

«Cualquiera al padre, ó en su caso á la madre, por medio de cedulas, en la forma que ordena el art. 272 de la ley, y como puede verse en su artículo (pag. 672 del tomo 1.º)»

TÍTULO VI

DEL MODO DE ELEVAR Á ESCRITURA PÚBLICA EL TESTAMENTO Ó CODICILO HECHO DE PALABRA

Las disposiciones de este título tienen por objeto, como su epígrafe lo indica, ordenar el procedimiento para elevar á escritura pública los testamentos hechos de palabra, cuando no han sido autorizados por notario. Se acomodó á lo que ordenaba la ley 1.ª, título 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, entonces vigente, sobre la solemnidad de testigos necesarios en el testamento abierto ó nuncupativo. Pero esta ley, que permitía hacer testamento abierto, ú otra postrimera voluntad, ante cinco testigos idóneos, vecinos del lugar, sin escribano público, aunque lo hubiere en el pueblo, y si no pudieren ser habidos cinco testigos ni escribano, ante tres testigos por lo menos, y las leyes del título 1.º de la Partida 6.ª, que declaraban las incapacidades para testificar en los testamentos, han sido derogadas por el Código civil, el cual ha dictado nuevas reglas sobre estos puntos, que es necesario tener presentes para aplicar el procedimiento establecido en este título, que queda vigente, como se declara en el art. 704 de dicho Código, en cuanto por él se ordena la forma de elevar á escritura pública los testamentos otorgados sin autorización de notario.

El Código civil da el nombre de *testamento*, á todo acto por el cual una persona dispone de lo suyo para después de su muerte, incluyendo en esa denominación el *codicilo*, que nuestras leyes de Partida tomaron de las romanas, y que no era más que una adición al testamento, que debía otorgarse con las mismas formalidades, según la ley 2.ª, título 18, libro 10 de la Novísima Recopilación. Establece el Código tres clases de testamento común: ológrafo, abierto y cerrado. Del primero y del tercero trataremos en el título siguiente, refiriéndose el actual sólo al abierto, que es aquel en que

«el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone» (art. 679 de dicho Código).

Por regla general, «el testamento abierto deberá ser otorgado ante notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, y de los cuales uno, á lo menos, sepa y pueda escribir» (art. 694). Sólo se exceptúan de esta regla los expresados en los arts. 700 y 701 del mismo Código, á saber: 1.º Cuando el testador se halle en peligro inminente de muerte; en cuyo caso puede otorgar el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de notario: 2.º En tiempo de epidemia; en cuyo caso puede también otorgarse testamento, sin intervención de notario, ante tres testigos mayores de dieciséis años, varones ó mujeres. Únicamente en estos dos casos puede emplearse el procedimiento que se establece en este título para elevar á escritura pública el testamento hecho de palabra; pues cuando interviene notario, basta la autorización de éste, debiendo extenderlo en su protocolo, en la forma prevenida para esta clase de escrituras, y queda, por tanto, prohibida la facultad que antes concedía la ley para otorgar testamento ante testigos solamente, sin necesidad de notario, aunque lo hubiere en el pueblo.

Además de esta restricción, adopta el Código otras medidas para evitar las suplantaciones y abusos á que se prestaba esa clase de testamentos. Según el art. 702, en dichos dos casos se escribirá el testamento, siendo posible; y no siéndolo, valdrá, aunque los testigos no sepan escribir. Sobre este punto, tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de casación de 16 de Febrero de 1891, que la formalidad de la escritura, ordenada por dicho art. 702, de la que no cabe prescindir sino en el caso extremo de imposibilidad material, tiende á impedir que pueda falsearse la voluntad del testador, y da al acto mayores garantías, y que en tal concepto la falta de ese importante requisito no puede menos de afectar á la validez del testamento, toda vez que, según prescribe el art. 687 del mismo Código, será nulo el otorgado sin observarse las *formalidades* establecidas para cada caso; y que el Código no distingue entre *formalidades* y *solemnidades* propias de los testamentos,

empleando indistintamente como sinónimas una y otra palabra.

En el art. 703 ordena, que quedarán ineficaces dichos testamentos, pasados dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte, ó cesado la epidemia, y que cuando el testador falleciere en ese plazo, también quedará ineficaz el testamento, si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al tribunal competente para que se eleve á escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente. Se previene, por último, en el 704, que «los testamentos otorgados sin la autorización del notario, serán ineficaces si no se elevan á escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil», dentro de los plazos antedichos. Además, según el art. 699, el testamento ha de practicarse en un solo acto, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero. El juez habrá de tener presentes estas disposiciones y las demás que indicaremos en las notas de los artículos, para apreciar si concurren todos los requisitos que la ley exige para que tenga eficacia el testamento y poder elevarlo á escritura pública por el procedimiento que en este título se ordena.

También se empleará este procedimiento para elevar á escritura pública los testamentos especiales, llamados *militar* y *marítimo*, que pueden otorgarse en campaña ó navegación, ante un oficial y dos testigos, conforme á lo prevenido en los arts. 716, 718, 722 y 727 del Código.

Conforme á lo prevenido en el art. 12 del mismo Código, en Cataluña y Aragón serán válidos los testamentos que se otorguen, sin intervención de notario, en los casos y con las solemnidades establecidas por su derecho foral vigente.

En Cataluña existen, autorizados por su derecho foral, los testamentos llamados *sacramentales*, que son los que, según el capítulo 48 del privilegio *Recognoscerunt Proceres*, pueden otorgar los *ciudadanos de Barcelona*, manifestando su voluntad en presencia de dos ó más testigos. La solemnidad que les da validez, consiste en que éstos presten su juramento sobre el altar de San Félix mártir, hoy de Santa Cruz, de la iglesia de los Santos Justo y Pastor de dicha ciudad, y declaren públicamente lo que vieron es-

cribir ú oyeron decir al testador con palabras claras y precisas ser su última voluntad, y su ánimo deliberado de testar en esa forma. El juez de primera instancia eleva á escritura pública ese testamento, llenando la solemnidad de recibir sobre el altar el juramento y la declaración de los testigos.

No necesitan de dicha intervención judicial ni de la protocolización en los registros de un notario, para su validez y eficacia, los testamentos otorgados también en Cataluña conforme á la Real provisión de 29 de Noviembre de 1736, por la cual se autorizó á los curas, rectores ó sus tenientes, en el antiguo Principado de Cataluña, para recibir y autorizar testamentos ó últimas voluntades, cada uno en su distrito ó feligresía, no habiendo en ella escribano real ó numerario, sin otra solemnidad que la de concurrir al otorgamiento dos testigos idóneos, llamados al efecto, y extenderse el documento en el papel sellado correspondiente, como se declaró por Real orden de 15 de Diciembre de 1863, á consulta de la Sala de gobierno de la Audiencia de Barcelona, y por la Dirección general de los Registros en su resolución de 19 de Abril de 1893.

En Aragón, conforme á su derecho foral, puede otorgarse testamento ante el párroco y dos testigos vecinos del lugar, á falta de escribano público ó notario, siendo la *adveración* requisito indispensable para la validez del testamento. Según los fueros 1.^o *De tutoribus*, 1.^o, 2.^o y 3.^o *De testamentis*, la adveración de tales testamentos debe hacerse públicamente á la puerta de la iglesia parroquial ante la justicia, leyéndose allí el testamento y recibíendose el juramento al párroco y los testigos sobre la cruz y los Santos Evangelios, y su declaración de ser verdad lo contenido en la cédula y que el testador les rogó dieran testimonio de ello. A este acto concurría un notario para levantar acta y elevar á escritura pública el testamento.

Publicada la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, ocurrió la duda de si tales testamentos debían elevarse á escritura pública por el procedimiento establecido en dicha ley, igual al de la actual, ó si debía verificarse la adveración conforme á la práctica antigua y á lo ordenado por los fueros antes citados; y se empleaban una y otra forma, según la opinión del que promovía ó resolvía el expe-

diente. El Tribunal Supremo, en sentencia de casación de 20 de Marzo de 1866, sentó la doctrina de que la adveración era una solemnidad indispensable, establecida por los fueros de Aragón, para la validez y firmeza de tales testamentos, y se declaró la nulidad de uno que había sido elevado á escritura pública en la forma ordenada por dicha ley, sin haberse realizado su adveración conforme al fuero. Poco antes, en 7 de Abril de 1865, la Dirección general del Registro de la propiedad había resuelto lo contrario, denegando la inscripción de un testamento adverado conforme á los fueros.

Para poner fin á estas dudas y cuestiones, se dictó y publicó por el Ministerio de Gracia y Justicia una Real orden en 4 de Febrero de 1867, por la cual, fundándose en que la adveración era una solemnidad indispensable para la validez de los testamentos de que se trata, en la que no podía prescindirse de las formalidades prescritas por los fueros antes citados, como lo había declarado el Tribunal Supremo, y que no era incompatible con el procedimiento establecido en la ley de Enjuiciamiento civil para elevar á escritura pública los testamentos hechos de palabra, se dictaron varias reglas para el cumplimiento de ambas disposiciones. Según ellas, la adveración de tales testamentos ha de practicarse, á instancia de parte legítima, por el juez de primera instancia correspondiente, el cual podrá dar comisión al juez municipal cuando haya de verificarse fuera de la cabeza del partido. Si el juez estima procedente la solicitud, acordará que se constituya el juzgado á la puerta de la iglesia parroquial, para llevar á efecto la adveración, en el día y hora que señale, citando al párroco y testigos para que concurran con la cédula testamentaria, si no hubiere sido presentada. El acto de la adveración se verificará con las solemnidades prevenidas por los fueros y en la forma acostumbrada, dando fe el actuario del conocimiento del párroco y testigos del testamento, y de la calidad de aquél; y si no los conoce, se presentarán dos testigos de conocimiento, como ordena la ley, haciéndose constar también la edad de aquéllos y su vecindad al otorgarse el testamento. Y si del acta de adveración resultan las circunstancias expresadas en el art. 1387 de aquella ley, que es el 1953 de la actual, el juez hará la declaración prevenida en dicho artículo, man-

dando protocolizar el testamento, conforme á lo dispuesto en los dos siguientes. Estas mismas reglas habrán de observarse en la actualidad, puesto que con ellas se armonizan el derecho foral de Aragón y el procedimiento establecido por la presente ley, que rige en todo el reino.

Pasemos ya al examen de los artículos de este título, indicando, por último, que será juez competente para conocer de estos asuntos el del lugar en que se hubiere otorgado el testamento abierto que haya de elevarse á escritura pública, como se ordena en la regla 22 del art. 63 de la presente ley.

ART. 1943 (1942). Á instancia de parte legítima podrá elevarse á escritura pública el testamento hecho de palabra.

ART. 1944 (1943). Se entiende ser parte legítima para los efectos del artículo anterior:

1.º El que tuviere interés en el testamento.

2.º El que hubiere recibido en él cualquier encargo del testador.

3.º El que con arreglo á las leyes pueda representar sin poder, á cualquiera de los que se encuentren en los casos que se expresan en los números anteriores.

ART. 1945 (1944). Si al otorgar el testamento de palabra, se hubiere tomado nota ó apunte de las disposiciones del testador, se presentará con la solicitud dicha nota ó memoria; se expresarán los nombres de los testigos que deban ser examinados, y el del notario si hubiere concurrido al otorgamiento y por cualquier causa no lo hubiere elevado á escritura pública, y se manifestará el interés legítimo que tenga el que promueve el expediente (1).

(1) En este artículo, y lo mismo en los siguientes 1946, 1949, 1950 y 1953, deben considerarse suprimidas, por carecer hoy de aplicación, las palabras que se refieren al *Notario* que hubiere concurrido al otorgamiento del testamento hecho de palabra y por cualquier causa no lo hubiere elevado á escritura pública. Esto no puede ocurrir después

ART. 1946 (1945). El Juez dictará providencia mandando comparecer á los testigos, y al notario en su caso, en el día y hora que señale, bajo apercibimiento de multa, y de las demás correcciones que la desobediencia haga necesarias (1).

ART. 1947 (1946). No concurriendo al acto alguno de los que deban ser examinados, sin alegar justa causa que se lo impidiere, el Juez lo suspenderá; seña-

del Código civil, como se ha dicho en la introducción de este título. Si concurre notario hábil para actuar en aquel lugar, tiene el deber de autorizar el testamento elevándolo á escritura pública, como debe hacerse por regla general; y si no está habilitado para actuar, podrá concurrir como uno de los testigos del testamento, si tiene capacidad para ello, pero no con el carácter de notario.

Se ha dicho también, que el testamento hecho por el que se halla en peligro inminente de muerte, ó en tiempo de epidemia, únicos casos, además del militar y marítimo, en que el Código permite hacer testamento ante testigos, sin intervención de notario, ha de escribirse el testamento *siempre que sea posible*, como lo ordena el art. 702 del Código, y que el Tribunal Supremo ha declarado ser éste un requisito esencial é indispensable para la validez del acto, del que no se puede prescindir sino en el caso extremo de imposibilidad material, como sucederá cuando ninguno de los testigos sepa lo suficiente para escribir lo que disponga el testador, ni éste pueda hacerlo por sí mismo, ó porque no dé tiempo para ello la urgencia del caso. Siempre que se haya tomado nota ó apunte por escrito de las disposiciones del testador, debe presentarse con la solicitud para que se eleve á escritura pública; y si no hubiera sido posible escribirlo, se expresará en dicha solicitud la causa que lo impidió. En todo caso, como se previene en el presente artículo, han de expresarse los nombres de los testigos que hubieren concurrido al otorgamiento de la disposición testamentaria que han de ser examinados, y el interés ó razón que tenga el que promueva el expediente para ser parte legítima en él, teniendo presente lo que á este fin ordena el art. 1944.

(1) En la misma providencia en que se mande la comparecencia de los testigos en el día y hora que se señale, ha de fijarse la cuantía de la multa con que se aperciba al que no comparezca ni alegue excusa legítima, á fin de poder hacerla efectiva, como se ordena en el artículo siguiente. La ley deja al prudente arbitrio del juez el determinar dicha cuantía.

lará el día y hora en que haya de tener lugar; mandará hacer efectiva la multa, y conminará al desobediente con mayor corrección en el caso de reincidencia (1).

ART. 1948 (1947). Cuando un testigo no compareciere por hallarse enfermo ó impedido, podrá pedir el interesado que se traslade el Juzgado á la casa del enfermo, para recibirle declaración acto continuo de haber sido examinados los demás testigos.

Cuando un testigo estuviere ausente del partido judicial, podrá solicitar que se le examine por medio de exhorto dirigido al Juez del pueblo de su residencia actual (2).

(1) Se deduce de este artículo que todos los testigos del testamento han de comparecer á la vez ante el juzgado en el día y hora que se señale; tanto, que si no comparece alguno de ellos, debe el juez suspender el acto, haciendo nuevo señalamiento de día y hora, y mandando que se haga efectiva la multa fijada en la providencia anterior, en que ha incurrido el que no haya comparecido ni alegado justa causa que se lo impidiera, y conminándole con mayor corrección en el caso de reincidencia. Esta mayor corrección podrá ser una multa más grave que la anterior, y la formación de causa por desobediencia grave. Al exigir la ley que todos los testigos comparezcan en un mismo acto, se propone, sin duda, evitar confabulaciones, y no el que sean examinados á la vez, puesto que en el art. 1949 ordena que lo sean separadamente, y de modo que no tengan conocimiento de lo declarado por los que les hayan precedido. Si el testigo, que tenga su residencia en la cabeza del partido, se hubiere excusado de comparecer por hallarse enfermo ó impedido, y el actor pide que se traslade el juzgado á la casa del enfermo para recibirle la declaración, conforme á lo prevenido en el art. 1948, no debe suspenderse el acto: se examinarán los testigos que hayan comparecido, y acto continuo se trasladará el juzgado á la casa del enfermo y le recibirá la declaración. Y lo mismo habrá de practicarse cuando algún testigo se halle ausente, y pida el actor que se le examine por medio de exhorto, conforme á dicho artículo. Si el actor deduce cualquiera de dichas pretensiones en el acto de la comparecencia, podrá hacerlo verbalmente, consignándose en el expediente.

(2) Sobre el primer párrafo de este artículo, véase la *nota* anterior. El párrafo 2.º se refiere al caso en que algún testigo se halle ausente

ART. 1949 (1948). Los testigos, y el notario en su caso, serán examinados separadamente, y de modo que no tengan conocimiento de lo declarado por los que les hayan precedido.

El actuario dará fé de conocer á los testigos.

Si no los conociere, exigirá la presentación de dos testigos de conocimiento.

ART. 1950 (1949). También deberá acreditarse, si no constare por notoriedad, la calidad del notario del otorgamiento en los casos en que hubiere concurrido (1).

ART. 1951 (1950). Cuidará el Juez, bajo su responsabilidad, de que se exprese en las declaraciones

del partido judicial, permitiendo que se le examine por medio de exhorto, si lo solicita el interesado. Pero puede suceder que el testigo ausente no se halle fuera del partido judicial, sino dentro de él, en un pueblo del mismo, que no sea la cabeza del partido, y que no pueda comparecer por estar enfermo ó impedido: creemos que el testigo que se halle en ese caso podrá ser examinado por medio de carta orden ó despacho dirigido al juez municipal de su residencia, conforme á lo prevenido en el art. 254 de esta ley. Y puede ocurrir también, que por haberse otorgado el testamento en un pueblo que no sea el de la cabeza del partido, residan allí todos los testigos: en tal caso, que es bastante frecuente, si el juez de primera instancia no puede trasladarse á aquel pueblo, á instancia del actor podrá dar comisión al juez municipal correspondiente para el examen de todos los testigos, conforme también á la disposición antes citada. En todos los casos en que los testigos del testamento, ó alguno de ellos, sean examinados por medio de exhorto ó despacho, el juez comisionado deberá cuidar, bajo su responsabilidad, de que se cumpla lo que previenen los artículos 1949, 1951 y 1952, y no podrá dictarse la resolución definitiva mientras no se reciba cumplimentado el exhorto ó despacho.

(1) Este artículo ha quedado sin aplicación á los testamentos abiertos, otorgados conforme al Código civil. Al advenir los que se otorgan en Aragón ante el párroco y dos testigos, conforme á sus fueros, debe acreditarse, si no constare por notoriedad, la calidad del párroco del otorgamiento, como se mandó por la Real orden de 4 de Febrero de 1867, aplicando al párroco lo que se dispone en este artículo respecto del notario.

la edad de los testigos y el lugar en que tuvieren su vecindad al otorgarse el testamento (1).

ART. 1952 (1951). Cuando la voluntad del testador se hubiere consignado en alguna cédula ó papel privado, se pondrá de manifiesto á los testigos para que digan si es la misma que se les leyó, y si reconocen por legítimas sus respectivas firmas y rúbricas, en el caso de haberlas puesto.

(1) Según la legislación vigente al publicarse la ley de Enjuiciamiento civil, era requisito indispensable para la validez de los testamentos, que los testigos fuesen varones, mayores de catorce años, y vecinos del lugar del otorgamiento; y por esto, el artículo que estamos examinando impuso al juez la obligación, bajo su responsabilidad, de que se exprese en las declaraciones la edad de los testigos y el lugar en que tuvieran su vecindad al otorgarse el testamento. Pero el Código civil ha modificado esos dos requisitos: según los números 1.º, 2.º y 3.º de su art. 681, no pueden ser testigos en los testamentos las mujeres en absoluto, ni los varones menores de edad, ó sea menores de veintitrés años, salvo la excepción que establece el art. 701 para los testamentos hechos en caso de epidemia, en los que pueden ser testigos los mayores de dieciséis años, sean varones ó mujeres; y tampoco pueden serlo los que no tengan la *calidad de vecinos ó domiciliados* en el lugar del otorgamiento, salvo también lo ordenado sobre este punto para el testamento militar y el marítimo. El Código civil no define la vecindad, y respecto del *domicilio* dice en su art. 40, que el de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual; circunstancia que también exige para la vecindad la ley Municipal vigente, además de la de hallarse inscrito en el padrón de vecinos del pueblo, reconociendo ambas clases de habitantes y añadiendo en su art. 13, que el que tuviere residencia alternativa en varios pueblos, optará por la vecindad en uno de ellos. Concediendo, pues, el Código, de acuerdo con la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, como puede verse en las sentencias de 31 de Diciembre de 1890 y 20 de Febrero de 1893, capacidad para ser testigos de los testamentos, no sólo á los vecinos, sino también á los domiciliados con residencia habitual en el lugar del otorgamiento; las preguntas que el juez deberá hacer á los testigos, para dar cumplimiento al presente artículo y á lo que el Código ordena, será sobre la edad que tenga el declarante, y sobre el lugar en que tenía su vecindad ó su domicilio con residencia habitual al otorgarse el testamento, consignándose en la declaración lo que conteste sobre uno y otro extremo.

ART. 1953 (1952). Resultando clara y terminantemente de las declaraciones de los testigos:

1.^o Que el testador tuvo el propósito serio y deliberado de otorgar su última disposición (1);

2.^o Que los testigos, y el notario en su caso, han oído simultáneamente (2) de boca del testador todas las disposiciones que quería se tuviesen como su última voluntad, bien lo manifestase de palabra, bien leyendo ó dando á leer alguna nota ó memoria en que se contuviese;

3.^o Que los testigos fueron en el número que exige la ley, según las circunstancias del lugar y tiempo en que se otorgó, y que reúnen las cualidades que se requiere para ser testigo en los testamentos (3);

(1) No basta que el testador manifieste á los testigos su intención de hacer testamento aplazando su otorgamiento: es preciso que manifieste su propósito serio y deliberado de otorgarlo en aquel acto, á cuyo fin ha llamado á los testigos, debiendo consignarse en sus declaraciones lo que estos digan sobre ese particular.

(2) *Simultáneamente*, ó «en un solo acto, sin que sea lícito ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero», como lo ordena el art. 699 del Código civil. No es válida la manifestación que el testador haga de su última voluntad á cada uno de los testigos en particular: es indispensable que haga esa manifestación simultáneamente, ó en un solo acto, á todos los testigos reunidos al efecto. Puede hacerla de palabra, ó por escrito, leyendo en este caso por sí mismo, ó dando á leer á cualquiera de los concurrentes, á su presencia y la de los testigos, la nota ó memoria que contenga las disposiciones que quiere se tengan por su última voluntad; pero en todo caso han de oír los testigos de boca del testador, viéndolo y entendiéndolo, que lo contenido en el escrito ó manifestado de palabra es su testamento. A continuación de la nota ó memoria, deberá hacerse constar el otorgamiento y su fecha, firmando el testador y los testigos que sepan y puedan hacerlo. Si el testamento fué de palabra, deberá escribirse en el acto, siempre que sea posible, como lo ordena el art. 702 del Código, firmándolo los que sepan y puedan. El juez cuidará también de que todas esas circunstancias resulten de las declaraciones de los testigos, y en su caso las causas que impidieron escribir el testamento.

(3) El número y la capacidad de los testigos pertenecen á la solem-

El Juez declarará testamento lo que de dichas declaraciones resulte, con la calidad de sin perjuicio de tercero, y mandará protocolizar el expediente.

ART. 1954 (1953). Cuando resultare alguna divergencia en las declaraciones de los testigos, el Juez aprobará como testamento aquello en que todos estuvieren conformes.

Si la última voluntad se hubiere consignado en cédula presentada ó escrita en el acto del otorgamiento, se tendrá como testamento lo que de ella resulte, siem-

nidad del testamento, tanto, que éste será ineficaz y no podrá elevarse á escritura pública, si no hubieren concurrido al otorgamiento testigos idóneos en el número que exige la ley para cada caso, sin que pueda suplirse la falta con otros testigos que hubieren presenciado el acto, ni apreciarse la prueba conforme á las reglas de la sana crítica, como es de jurisprudencia constante y tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 26 de Septiembre de 1862, 22 de Octubre de 1864 y otras; por esto, el encargo que se hace al juez en este número, de examinar si los testigos fueron en el número que exige la ley para el caso de que se trate, y si reúnen las cualidades que se requieren para ser testigos en los testamentos. Aunque concurran en número suficiente, si alguno de ellos no reúne estas cualidades, ó fallece antes de rendir su declaración ante el juez, quedará sin eficacia el testamento, á no ser que por haber concurrido al otorgamiento mayor número del necesario, quedase el de capaces ó idóneos exigido por la ley, como también lo declaró el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de Junio de 1864. Ya se ha dicho que la falta de éstos no puede suplirse con otros que no consten como testigos en la nota escrita, ó que accidentalmente hayan presenciado el acto. En cuanto el número, véase la introducción de este título, en la que hemos indicado el número de testigos idóneos que son necesarios en cada uno de los testamentos, que pueden otorgarse sin intervención de notario; y respecto de la *capacidad*, véanse los artículos 681 y 682 del Código, que determinan taxativamente la incapacidad absoluta y la relativa para ser testigos en los testamentos; de suerte que serán capaces é idóneos los que no se hallen comprendidos en las prohibiciones de dichos artículos, teniendo presente que, según el 683, «para que un testigo sea declarado inhábil, es necesario que la causa de su incapacidad exista al tiempo de otorgarse el testamento».

pre que todos los testigos estén conformes en que es el mismo papel que se escribió ó presentó en aquel acto, aun cuando alguno de ellos no recuerde cualquiera de sus disposiciones (1).

ART. 1955 (1954). La protocolización se hará en los registros del notario de la cabeza del partido; y si hubiere más de uno, en el que designe el Juez.

(1) En este artículo y en el que le precede se dictan reglas, á las que debe sujetarse el juez, para la resolución definitiva de los expedientes de que se trata. Ordenásele que se ajuste á lo que resulte de las declaraciones de los testigos que autorizaron el acto, porque ellas constituyen la esencia y solemnidad de los testamentos hechos de palabra sin intervención de notario: por consiguiente, no puede admitirse ni apreciarse ningún otro medio de prueba, fuera de la certificación del fallecimiento del testador, que es indispensable. Los testigos deben haber consignado en sus declaraciones, no sólo lo que el testador hubiere dispuesto como su última voluntad, sino también si se llenaron todos los requisitos y formalidades que la ley exige para la validez del acto, á cuyo fin el juez les habrá hecho las preguntas conducentes á consignar los extremos expresados en los tres números del art. 1953 y en el 1951, explicados en sus notas. También deberá resultar si conocían al testador y si le consideraron en su cabal juicio, pues aunque la ley no ordena que se les hagan estas preguntas, deben hacerse en virtud de lo que previenen los artículos 663 y 685 del Código. Y si no hubiere sido posible escribir el testamento como lo exige el art. 702, expresarán la causa que lo hubiere impedido. Cuando de las declaraciones de los testigos resulte haberse omitido alguno de esos puntos esenciales, ó que el actuario no ha dado fe de conocer á alguno de los testigos, sin haberse presentado los dos testigos de conocimiento, ó que falta alguna otra de las formalidades exigidas por la ley, el juez acordará de oficio la subsanación de la falta antes de dictar su resolución definitiva.

Recibidas las declaraciones de los testigos, el actuario pasará el expediente al estudio del juez, el cual, sin necesidad de providencia llamando los autos á la vista, ni de ninguna otra actuación, lo examinará, y subsanadas, en su caso, las faltas esenciales que se hubieren cometido, dictará sin dilación por medio de auto la resolución definitiva que estime procedente. Si están conformes los testigos, declarará el juez testamento lo que resulte de sus declaraciones ó de la cédula presentada por el testador, ó escrita en el acto del otorgamiento, que aquéllos hayan reconocido, cuya declaración hará con la calidad de

FORMULARIOS DEL TITULO VI

Para elevar á escritura pública el testamento hecho de palabra.

Escrito.—Al Juzgado de primera instancia.—D. N., vecino de esta villa, con cédula personal, etc., ante el Juzgado parezco en acto de jurisdicción voluntaria, y como mejor proceda, digo: Que mi tío H. falleció en esta villa el día 3 de Septiembre último, del cólera morbo asiático, cuya epidemia reinaba entonces en esta población, y de la que no se vió

sin perjuicio de tercero, y mandará protocolizar el expediente en los registros del notario que designe, conforme al art. 1955. Cuando se haya escrito el testamento, se tendrá por tal, siempre que todos los testigos estén conformes en que el papel unido á los autos es el mismo que se escribió ó presentó en el acto del otorgamiento, aunque alguno de ellos no recuerde alguna de sus disposiciones. Si resultare divergencia en las declaraciones de los testigos, se aprobará como testamento aquello en que todos estuvieren conformes. Pero si la divergencia es tal, que no resulta la conformidad absoluta sobre ninguna de las disposiciones del supuesto testamento, no puede éste ser aprobado y se declarará no haber lugar á elevarlo á escritura pública. Se han adicionado en la nueva ley estas declaraciones para resolver las dudas que antes ocurrían en la práctica.

Quando la resolución sea negativa, y por tanto, contraria al que hubiere promovido el expediente, podrá éste apelar de ella en ambos efectos, conforme al art. 1819, que es de aplicación general á los actos de jurisdicción voluntaria. Pero si la resolución fuere favorable al testamento, creemos que no cabe contra ella el recurso de apelación y que desde luego debe llevarse á efecto la protocolización del testamento, sin admitirse ninguna oposición, como para casos análogos lo previene el art. 1965 de la ley y el 93 del Código. Por eso se hace la declaración, *sin perjuicio de tercero*: el que tenga interés en impugnarla, podrá pedir en el juicio declarativo correspondiente la nulidad del testamento, después de aquella declaración, pues antes no hay legalmente tal testamento, ni motivo para un litigio sobre su nulidad ó ineficacia, ya se funde en no haberse guardado en su otorgamiento todas las formalidades ó requisitos que la ley exige para su validez, ya en cualquier otro motivo.