

## TÍTULO VII

### DE LA APERTURA DE TESTAMENTOS CERRADOS Y PROTOCOLIZACIÓN DE LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS

#### I.—Testamentos cerrados.

Se llama *testamento cerrado* el que, escrito por el mismo testador, ó por persona de su confianza, lo presenta aquél en pliego cerrado ante el notario y testigos, declarando ser su última voluntad lo que en dicho pliego se contiene. Las leyes 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>, tít. 1.<sup>o</sup>, Partida 6.<sup>a</sup>, autorizaron esta clase de testamentos hechos *en porridad*, de modo «que non sepan ninguno de los testigos lo que es escrito en él», y determinaron minuciosamente las formalidades con que debían otorgarse, una de ellas que concurrieran siete testigos llamados y rogados. La ley 3.<sup>a</sup> de Toro (2.<sup>a</sup>, tít. 18, libro 10, Novísima Recopilación) modificó aquellas formalidades, pero exigiendo también la concurrencia de siete testigos con escribano, todos los cuales habían de firmar con el testador encima de la cubierta del testamento, y si alguno no sabía ó no podía, que los unos firmasen por los otros, de manera que fuesen ocho firmas, además del signo del escribano.

La forma especial de estos testamentos hace indispensable su apertura, luego que fallezca el testador, para poder conocer su última voluntad y darla el debido cumplimiento. Con este objeto se dictaron las leyes del tít. 2.<sup>o</sup> de la Partida 6.<sup>a</sup>, que, en cuanto se refieren al procedimiento, quedaron derogadas por la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, la cual, aceptando la práctica generalmente admitida, dictó en el título 12 de su segunda parte las reglas que estimó convenientes para la apertura de dichos testamentos, como lo ha hecho también la actual en el presente título, aumentando las precauciones para asegurarse de la legitimidad del tes-

tamento, y dando reglas más minuciosas para su apertura y protocolización; siendo de notar en todas estas leyes el laudable propósito de evitar las falsificaciones y fraudes, á que tanto se prestan los testamentos de esta clase. También contribuyó á este fin la ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862, al ordenar por primera vez en su art. 34, que los notarios llevarán un libro reservado, en que insertarán, con la numeración correspondiente, copia de la carpeta de los testamentos cerrados cuyo otorgamiento hubieren autorizado.

El Código civil autoriza también los testamentos cerrados, dando reglas muy detalladas sobre la forma en que han de escribirse y otorgarse, como puede verse en sus arts. 706 y 707. La novedad más importante que introduce, es la de reducir á cinco testigos idóneos el número de siete que antes era necesario para el otorgamiento, además del notario, y sin exigir que aparezcan en la cubierta las firmas de todos, firmando unos por otros, sino que bastan las de los que sepan y puedan firmar, que han de ser tres por lo menos, y si el testador no sabe ó no puede, ha de firmar en su nombre uno de los testigos instrumentales ú otra persona designada por el mismo, haciendo constar en el acta esta circunstancia, como también el lugar, *hora*, día, mes y año del otorgamiento. No se permite hacer testamento cerrado á los ciegos, ni á los que no sepan ó no puedan leer; pero sí á los sordomudos y á los que no puedan hablar, siempre que lo escriban por sí mismos y con los demás requisitos que se determinan en el art. 709. Y se ordena en el 714, que «para la apertura y protocolización del testamento cerrado, se observará lo prevenido en la ley de Enjuiciamiento civil». Queda, por tanto, vigente la primera parte del presente título, ó sean los arts. 1956 al 1968, que deberán observarse, ahora lo mismo que antes, para la apertura y protocolización de los testamentos cerrados, armonizándolos con lo que ordena el Código en la forma que indicaremos al examinarlos.

Téngase presente que la ley sobre el Timbre del Estado, reformando la de Septiembre de 1892, publicada por Real decreto de 25 de Septiembre de 1896, en su art. 20 dispone lo siguiente: «Llevarán timbre de 50 pesetas, clase 3.<sup>a</sup>: 1.<sup>o</sup> Los testamentos cerrados que

se protocolicen después de su apertura, además del timbre suelto de igual valor que debe tener su carpeta, el que será inutilizado con su rúbrica por el notario autorizante.» Se refiere al primer pliego de las copias de dichos testamentos, el que deberá llevar el timbre de 50 pesetas. El testamento original habrá de reintegrarse con un timbre de 2 pesetas por cada pliego, por ser este el timbre que debe emplearse en las actuaciones de jurisdicción voluntaria, y no haberse hecho excepción, aunque más regular sería el timbre de una peseta que, para protocolizar las particiones de bienes, se señala en el núm. 3.º del art. 174 de dicha ley.

Y en cuanto á competencia, corresponde al juez de primera instancia del lugar en que se hubiere otorgado el testamento cerrado, el conocimiento de las diligencias para su apertura, según la regla 22 del art. 63 de la presente ley.

#### II.—*Memorias testamentarias.*

De ellas trata este título en su segunda parte, que comprende los arts. 1969 al 1979, ordenando el procedimiento para comprobar su identidad y protocolizarlas. Por memoria testamentaria se entiende el escrito simple á que se refiere el testador en su testamento, ordenando se tenga como parte del mismo. En nuestro derecho antiguo no se encontraba disposición alguna que las autorizase; pero estaban admitidas por la jurisprudencia de los tribunales, dando valor y eficacia á lo que en ellas disponía el testador, siempre que se hiciera mención expresa de las mismas en el testamento y reunieran las circunstancias designadas en él para comprobar su autenticidad, aunque no estuviesen firmadas por el testador. Este podía disponer en la memoria cuanto tenía por conveniente, ampliando ó modificando su testamento, menos la institución de heredero. La ley de Enjuiciamiento civil de 1855 respetó esta jurisprudencia y autorizó indirectamente esa forma de testar, sin desconocer las falsificaciones y abusos á que se prestaba, dando reglas para protocolizar las memorias testamentarias en los arts. 1398, 1399 y 1400. Y lo mismo ha hecho la ley actual en los once artículos antes citados, ampliando las reglas para asegurarse de la identidad de aquéllas.

El Código civil ha rechazado, con razón, esa forma de testar, declarando sin valor ni efecto las memorias testamentarias. En su art. 672 declara, que «toda disposición que sobre institución de heredero, mandas ó legados haga el testador, refiriéndose á cédulas ó papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio ó fuera de él (esto eran las llamadas memorias testamentarias), será nula si en las cédulas ó papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo». Esta forma de testar, que antes no estaba autorizada en España, fué adicionada en el Código civil, en cumplimiento de lo mandado en la base 15 de las aprobadas por la ley de 11 de Mayo de 1888. Si la memoria testamentaria, para que sea válida, ha de otorgarse y elevarse á escritura pública con los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo, que luego indicaremos, claro es que pierde el carácter de tal memoria y se convierte en un segundo testamento, por el cual se puede ampliar, modificar y aun derogar en todo ó en parte lo dispuesto en el anterior, cualquiera que sea la forma en que este se hubiere otorgado. Por consiguiente, han desaparecido de nuestro derecho las memorias testamentarias, con el carácter y efectos que les daba nuestra antigua jurisprudencia, y quedan, por tanto, sin aplicación y derogadas virtualmente las disposiciones citadas del presente título, que á ellas se refieren.

#### III.—*Testamentos ológrafos.*

Se llama *ológrafo* el testamento que está escrito y firmado por el mismo testador, sin ninguna otra solemnidad. Según el art. 688 del Código civil, sólo puede otorgarse por personas mayores de edad, y para que sea válido, debe escribirse ó extenderse en papel sellado (cualquiera que sea la clase ó valor del timbre del Estado), correspondiente al año de su otorgamiento, y estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue, y salvando el mismo testador bajo su firma las palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones, si las contuviere. Y en el art. 689 se previene que el testamento ológrafo deberá protocolizarse, presentándolo con este objeto al juez de primera instancia del último domicilio del testador, ó al del lugar en que éste hubiese

fallecido, dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento, sin cuyo requisito tampoco será válido.

Como no estaba autorizada esta forma de testar cuando se publicó la ley de Enjuiciamiento civil, no pudo ordenarse en ella el procedimiento para elevar á escritura pública y protocolizar el testamento ológrafo, y sin duda por esto lo ha ordenado el mismo Código, en sus arts. 690 al 693, que creemos deber insertar íntegros para suplir la deficiencia de la ley procesal, y sin ninguna observación por la claridad y precisión con que están redactados. Dicen así:

Art. 690. La persona en cuyo poder se halle depositado dicho testamento deberá presentarlo al Juzgado luego que tenga noticia de la muerte del testador, y, no verificándolo dentro de los diez días siguientes, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por la dilación.

También podrá presentarlo cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea ó en cualquier otro concepto.

Art. 691. Presentado el testamento ológrafo, y acreditado el fallecimiento del testador, el Juez lo abrirá si estuviere en pliego cerrado, rubricará con el actuario todas las hojas y comprobará su identidad por medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador, y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo.

A falta de testigos idóneos, ó si dudan los examinados, y siempre que el Juez lo estime conveniente, podrá emplearse con dicho objeto el cotejo pericial de letras.

Art. 692. Para la práctica de las diligencias expresadas en el artículo anterior serán citados, con la brevedad posible, el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y los ascendientes legítimos del testador, y, en defecto de unos y otros, los hermanos.

Si estas personas no residieren dentro del partido ó se ignorare su existencia, ó siendo menores ó incapacitados carecieren de representación legítima, se hará la citación al Ministerio fiscal.

Los citados podrán presenciarse la práctica de dichas diligencias y hacer en el acto, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento.

Art. 693. Si el Juez estima justificada la identidad del testamento, acordará que se protocolice, con las diligencias practicadas, en los registros del Notario correspondiente, por el cual se darán á los interesados las copias ó testimonios que procedan. En otro caso, denegará la protocolización.

Cualquiera que sea la resolución del Juez, se llevará á efecto, no obstante oposición, quedando á salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda.

Este mismo procedimiento se empleará para protocolizar las memorias testamentarias, que por estar escritas y firmadas por el mismo testador, en papel timbrado del año corriente, y con expresión del año, mes y día en que se otorguen ó escriban, tienen el carácter de testamento ológrafo, pues las demás están prohibidas, como ya se ha dicho. Y pasemos al examen de los artículos que se refieren á la apertura de los testamentos cerrados.

ART. 1956 (1955). El que tenga en su poder algún testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente, tan luego como sepa el fallecimiento del otorgante(1).

ART. 1957 (1956). Podrá también pedir su presentación el que tuviere conocimiento de haber sido otorgado el testamento y obrar en poder de tercero.

Siendo el reclamante persona extraña á la familia del finado, jurará que no procede de malicia, sino por

(1) El Código civil, después de declarar en su art. 711, que el testador, después de otorgar el testamento cerrado, podrá conservarlo en su poder, ó encomendar su guarda á persona de su confianza, ó depositarlo en poder del notario autorizante, el cual deberá darle recibo, ordena en el 712, que «el notario ó la persona que tenga en su poder el testamento cerrado, deberá presentarlo al juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador», y que «si no lo verifica dentro de diez días, será responsable de los daños y perjuicios que ocasionare su negligencia». Sustancialmente ordena lo mismo que el presente art. 1956 de la ley, pero fijando el plazo de diez días, desde que sepa el fallecimiento del testador, para presentar al juez el testamento, bajo la responsabilidad de daños y perjuicios; y si procede con dolo, perderá además el derecho que pudiera tener á la herencia como heredero abintestato, ó como heredero ó legatario por testamento. La presentación podrá hacerse por comparecencia ante el juez, entregándole el testamento para que acuerde lo que estime procedente, cumpliendo así con la ley y salvando su responsabilidad el que lo tenga en su poder; ó por medio de escrito, sin necesidad de procurador ni de letrado. Habrá de emplearse este medio cuando al presentador le interese solicitar á la vez la apertura del testamento.

creer que en él puede tener interés por cualquier concepto (1).

ART. 1958 (1957). El actuario examinará en el acto el pliego que contenga el testamento, y pondrá diligencia de su estado, describiendo minuciosamente los motivos, si existieren, para poder sospechar que haya sido abierto ó sufrido alguna alteracion, enmienda ó raspadura.

Esta diligencia la firmará tambien el presentante, y si no supiere, ó no quisiere, un testigo á su ruego en el primer caso, y dos testigos elegidos por el actuario en el segundo.

ART. 1959 (1958). Acto continuo el actuario dará cuenta al Juez, el cual, acreditado el fallecimiento del otorgante, acordará que para el día siguiente, ó ántes si es posible, se cite al notario autorizante y á los testigos instrumentales.

ART. 1960 (1959). Comparecidos los testigos, se les pondrá de manifiesto el pliego cerrado para que lo examinen y declaren bajo juramento, si reconocen como legítima la firma y rúbrica que con su nombre aparece en él, y si lo hallan en el mismo estado que tenía cuando pusieron su firma.

(1) La solicitud que podrá deducir cualquier pariente del testador ó un extraño que por cualquier concepto crea tener interés en que se abra el testamento cerrado, para que se requiera y obligue al tercero, en cuyo poder obre, á que lo presente, puede formularse como acto de jurisdicción voluntaria; pero si se opone el requerido, se hará contencioso el expediente, y se ventilará la cuestión por los trámites establecidos para el juicio declarativo que corresponda, como se ordena en el art. 1817, cuyo juicio deberá ser el ordinario de mayor cuantía, por ser inestimable la cuantía litigiosa. El juramento de no proceder de malicia, que debe prestar el extraño, y que habrá de consignar en el escrito, se exigía también en la práctica antigua, conforme á las leyes 1.ª y 2.ª, tít. 2.º de la Partida 6.ª En tales casos, el juez habrá de conceder el plazo de diez días para la presentación del testamento, con apercibimiento de las responsabilidades y penas que el Código civil establece, indicadas en la nota anterior.

Si alguno de los testigos no supiere firmar y lo hubiere hecho otro por él, serán examinados los dos, reconociendo su firma el que la hubiere puesto (1).

ART. 1961 (1960). Los testigos serán examinados por órden sucesivo, é interrogados sobre la edad que tenían el día del otorgamiento (2).

ART. 1962 (1961). Si alguno ó algunos de los testigos hubieren fallecido ó se hallaren ausentes, se preguntará á los demas si los vieron poner su firma y rúbrica, y se examinará además á otras dos personas que conozcan la firma y rúbrica del fallecido ó ausente, acerca de su semejanza con las estampadas en el pliego.

Si esto último no pudiere tener lugar, será abonado el testigo en la forma ordinaria (3).

(1) Lo que se ordena en este párrafo no puede tener lugar en los testamentos cerrados, otorgados después de regir el Código civil, puesto que éste no exige que firmen unos testigos por otros: sólo han de firmar los que sepan y puedan hacerlo, que han de ser tres por lo menos de los cinco necesarios para estos testamentos. (Art. 707 de dicho Código.)

(2) El art. 707 del Código civil exige como solemnidad para la validez de los testamentos cerrados, que concurren al otorgamiento, además del notario autorizante, cinco testigos *idóneos*, esto es, que sean varones mayores de edad, y vecinos ó domiciliados en el lugar del otorgamiento, aparte de las demás prohibiciones expresadas en el art. 681. La legislación anterior no exigía para estos testigos la calidad de vecinos, y por esto el presente artículo previene que sólo sean interrogados sobre la edad que tenían el día del otorgamiento. Pero hoy, en armonía con lo que dispone el Código, el juez deberá preguntar á los testigos, no sólo por la edad, sino también por el vecindario ó domicilio con residencia habitual que tuvieran el día en que se otorgó el testamento, como para los abiertos sin intervención de notario se previene en el art. 1951 de la ley.

(3) De las disposiciones de la ley sobre esta materia, y especialmente del presente artículo, se deduce el propósito del legislador de que por ningún motivo se dilate la apertura del testamento cerrado, fuera del caso en que el mismo testador hubiere fijado la época en que deba abrirse. Por esto, si algún testigo está ausente del lugar en que