

caiga ejecutoria en este. Y por eso dispone la ley en su art. 1379, que *cualesquiera cuestiones que, ya entre el que haya promovido la subasta y los postores, ya entre el mismo y terceros interesados, ya entre los postores se susciten, se sustanciarán en la forma que corresponda, con arreglo á las prescripciones de esta ley y segun su índole y naturaleza.* Podrán suscitarse cuestiones entre el enagenante y los postores que den lugar al juicio contencioso, ya por no juzgar estos suficientemente acreditado el dominio del objeto que se vende por los títulos que aquel presentó, ó no creer bastante determinado éste, ó no corresponder, si fuese una finca, su cabida y linderos á los designados, etc. Podrá haberlas entre el enagenante y terceros interesados, ya por creerse perjudicados en algún derecho los dueños de los terrenos colidantes con el que se enagena, ó por presentarse terceros opositores, alegando pertenecerles este ó tener en él algún derecho que impida la enagenacion. Y finalmente, podrá suscitarse cuestion entre los mismos postores, sobre los límites y demás cosas que corresponden á los bienes que se remataron á favor de cada uno. V. los comentarios á este título de la ley de Enjuiciamiento del señor Hernandez de la Rúa.

TITULO XI.

Del modo de elevar á escritura pública el testamento hecho de palabra.

234. Sabido es por nuestro Derecho civil, se permite al testador hacer testamento de palabra ó nuncupativo, que tambien se llama abierto, no solamente reduciéndolo desde luego á escritura pública, sino tambien espresando ante escribano público y testigos, ó ante estos solo, cuál es su voluntad de viva voz ó de palabra, ó bien leyéndoles alguna cédula en que la ha consignado por escrito, pero sin reducir desde luego la espresion de su voluntad, á escritura pública, pues no es de esencia este requisito para la validez del acto. Véanse las leyes, entre otras, 1.^a, tit. 4.^o, Part. 6.^a y 1.^a tit. 18, lib. 10. Nov. Recop., y la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1861. Sin embargo, para evitar que no pueda hacerse constar los particulares ó la voluntad que espresó el testador, por falta de memoria de las personas á quienes la manifestó, ó por llegar á fallecer alguna de ellas, cuando fuere necesario para adquirir el dominio de lo que se dejó en el testamento y para los demás efectos de aquel, se reduce posteriormente el testamento á escritura pública. No basta para ello acudir al escribano público, aun cuando se hubiere testado á presencia de éste, pues para evitar los abusos y amaños á que puede dar ocasion el no haberse consignado desde luego en escritura pública la voluntad del testador, se ha creído necesaria la intervencion judicial, como quiera tambien que ha de

procederse á tomarse la declaracion en forma á los testigos presenciales y á la identificacion de sus personas, etc.

235. *El testamento hecho de palabra podrá elevarse á escritura pública á instancia de parte legitima:* art 1380, pues el respeto que se debe á las últimas voluntades y la conveniencia de no divulgarse estas, sino cuando hubiere alguno que se hallase interesado en ello legítimamente, aconseja que no pueda procederse á esta diligencia á instancia de persona que no tenga ésta interés ni legitimidad ó derecho á pedirla.

236. Para evitar toda mala inteligencia acerca de las personas que deben considerarse con esta legitimidad, espresa la ley en su art. 1380, que *se entiende ser parte legitima para los efectos del artículo anterior:*

1.^o *El que tuviere interés en el testamento,* tales como los herederos, entendiéndose por éstos, no solamente los nombrados en el testamento, sino tambien los herederos legítimos ó á quienes hubiera ido la herencia á falta de testamentarios, pues así como los primeros tienen interés en el testamento para que se les dé lo que en él se les dejó, lo tienen los segundos para ver si es válido, puesto que de no serlo, pueden pedir su nulidad y que se les difiera la herencia como herederos abintestato, asimismo, los hijos desheredados, porque pueden haberlo sido injustamente, y en tal caso tienen interés en que así resulte, para pedir la parte en que se les priva de la herencia, igualmente los sustitutos hereditarios, los fideicomisarios, los mejorados, los legatarios, los acreedores hereditarios, esto es, aquellos á quienes el testador debiera alguna cantidad, la mujer por su mitad de gananciales y por la restitucion de su dote, el marido por el capital que aportó al matrimonio y por la mitad de gananciales, y todas las demás personas que tuvieren interés en la herencia.

2.^o *El que hubiere recibido en el testamento cualquier encargo del testador,* como los herederos fiduciarios, ó á quienes se confia la entrega de la herencia á la persona que señala aquel, los albaceas ó testamentarios encargados del cumplimiento total ó parcial de las disposiciones testamentarias y los contadores ó partidores que deben distribuir la herencia con arreglo á las leyes entre los herederos nombrados, pues aunque estos no representan al testador tan inmediatamente como aquellos, tienen derecho á pedir se eleve á escritura pública el testamento, como consigna el señor Latorre en sus *Motivos de la Ley.*

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 espresan en los párrafos anteriores,* tales son, el padre respecto de los hijos que tiene en su potestad, el marido respecto de su mujer, el tutor por los pupilos que estuvieren á su cargo y el curador por los menores é incapacitados, pues estas personas son las que pueden representar por la ley á los que están bajo su dependencia, sin *necesidad de poder*, como dice el art. 1381, para dar á entender que no se refiere á los procuradores que necesitan poder general ó especial para gestionar en nombre de otro. Las personas mencionadas, al pedir que se eleve el testamento á escritura pública, no obran por sí sino á

nombre de los que, por el estado ó dependencia en que se hallan, no pueden hacerlo por sí mismos, pero en realidad son estos los que ejercitan aquel derecho. De aquí se sigue, que las facultades de aquellos se limitan á la instancia y diligencias necesarias para que se eleve el testamento á escritura pública, respecto á las personas que hubiesen recibido del testador algun encargo que fuese personalísimo. ó fundado en la confianza de su persona, pues deberán desempeñar éste las personas á quienes se hizo.

237. La solicitud deberá hacerse para ante el juez de primera instancia, espresando hallarse el que la hiciere con la legitimidad que requiere el artículo 1381 de la ley, y asimismo el nombre y apellido de la persona que testó verbalmente, el día, hora y lugar en que lo hizo (si se acordare), la circunstancia de haber fallecido bajo de ella, sin hacer otra posterior: los nombres y apellidos de los testigos y del escribano (en su caso, ante quienes lo efectuó, y pidiendo se proceda al exámen de estos sobre los particulares que constituyeron la disposicion testamentaria á que se refiere, y constando lo bastante, se declare por testamento y última voluntad lo que resultare de sus dichos, mandando protocolizar las actuaciones en el registro del escribano público para que se tengan por escritura pública, y dándose á los interesados las copias ó testimonios que pidieren.

238. *Hecha la solicitud, se señalarán por el juez, día y hora para el exámen de los testigos y del escribano, si hubiere concurrido al otorgamiento:* art. 1381. El plazo para concurrir al exámen será el que el juez calcule ser necesario para que puedan concurrir los testigos y escribano, según el lugar donde se hallaren.

239. *Los testigos presenciales del testamento, y el escribano en su caso, esto es, si lo presenció el escribano, serán examinados separadamente y de modo que no tengan conocimiento de lo declarado por los que le hayan precedido:* art. 1381. Esta disposicion es casi idéntica á la del art. 314 de la ley sobre el modo como deben examinarse los testigos en el juicio ordinario ó en los actos de jurisdiccion contenciosa, y tiene por objeto evitar que la presencia de los demás testigos pueda ejercer opresion ó intimidacion en el que declara, ó que sabiendo los unos las declaraciones de los otros, puedan confabularse ó declarar maliciosamente lo mismo unos que otros, ó viceversa, declarar falsamente en contrario. De esta identidad del art. 1381 respecto del 314, y del espíritu general de las disposiciones sobre el modo de procederse en el exámen de testigos, se deduce, que deberán tambien observarse en este caso las demás prescripciones del referido art. 314, sobre la prestacion de juramento, en la forma y bajo las penas que las leyes previenen, á no ser que fueran menores de 14 años los testigos, pues entonces se hallan relevados de prestar el juramento; las del art. 315 sobre que se les pregunte su nombre y apellido, edad y domicilio, requisito que confirma con mas fuerza y espresamente el art. 1386, diciendo, que *el juez cuidará bajo su responsabilidad de que se espresen en las declaraciones la edad de los testigos y el lugar en que tuvieran su vecindad al otorgarse el testamento.* La ley exige determinadamente, al tratar del modo de elevarse

á escritura pública el testamento hecho de palabra, la espresion de la edad y domicilio de los testigos, por la grande importancia que pueden tener estas circunstancias en dichos testamentos, puesto que según la ley 9.^a, título 16, Part. 3.^a, para que pueda darse crédito á los dichos de los testigos, es necesario que estos sean mayores de 14 años, y según la ley 1.^a, tit. 18, libro 10 de la Nov. Recop., se exige en general para la validez del testamento nuncupativo, que los testigos que presenciaron su otorgamiento sean vecinos del pueblo donde éste se otorgó al tiempo de su otorgamiento. Sin embargo, parece que cuando se hubiese otorgado éste ante siete testigos, en cuyo caso no exige la ley dicha vecindad, no deberia ser necesario preguntar á los testigos por esta circunstancia; pero la disposicion legal es terminante, absoluta y rigurosa.

240. Para evitar que se presenten testigos que no concurrieron al otorgamiento, tomando los nombres de estos, ó que se atribuyan cualidades y circunstancias que no tienen, dispone el art. 1384, que *el escribano ante quien se practicasen estas actuaciones, dará precisamente fe de conocer á los testigos.* En los casos en que no los conozca, exigirá la presentacion de dos testigos de conocimiento, los cuales suscribirán las declaraciones de los que se encuentren en este caso. Para el caso de que no se encontraren testigos de conocimiento, no establece aquí la ley que puedan los testigos presenciales identificar sus personas por medio de la presentacion de un documento suficiente para esta comprobacion, como lo establece en el caso de una informacion para perpétua memoria, lo cual se funda sin duda en que una de las principales circunstancias que dan validez y eficacia á los testamentos consiste en la prueba testifical.

241. Por razones análogas á las que acabamos de esponer, *deberá tambien acreditarse, si no constare por notoriedad, la calidad del escribano del otorgamiento en los casos en que hubiere concurrido á éste:* art. 1385. No dice aquí la ley cómo deberá hacerse esta justificacion, por referirse sin duda á la manera indicada en el artículo anterior, esto es, á la presentacion de dos testigos de conocimiento.

242. Verificado de esta suerte el exámen de los testigos y del escribano que se presentaron como habiendo concurrido al otorgamiento del testamento nuncupativo, el juez declarará si lo que resulta de las declaraciones es testamento. Para ello, pues, no tendrá que oír á las partes interesadas, al menos en este acto de jurisdiccion voluntaria, sobre la nulidad ó validez como testamento de la manifestacion del testador: pues esta cuestion tendria que ventilarse en juicio contencioso, y la declaracion del juez en el acto de jurisdiccion voluntaria, no prejuzga cuestion ninguna de aquella clase y conserva á los interesados todo su derecho sobre este punto.

Asi, pues, previene el art. 1388, que *el juez declarará testamento lo que de dichas declaraciones resulta, con la calidad sin perjuicio de tercero,* esto es, que no perjudica esta declaracion á los que no intervinieron en el asunto, si resultare de aquellas clara y terminantemente:

1.^o *El propósito deliberado que tuviere el testador de hacer su última*

disposicion, como si los testigos declararan que el testador espresó á su presencia, sería y formalmente, que iba á hacer testamento nuncupativo en aquel acto ante ellos, ó que lo que les manifestó era su última voluntad y disposicion testamentaria, pues no bastaria que en una conversacion privada dijera el testador lo que queria se hiciese de sus bienes á su fallecimiento, para que se considerase como disposicion testamentaria.

2.º *La institucion de heredero*, si la hubiere habido, (puesto que por nuestras leyes dicha institucion no es necesaria para la validez del testamento) debiendo en tal caso espresar los testigos el nombre y circunstancias que designen al heredero nombrado, ó si no hubiere esta institucion, *el destino que el mismo testador diera á todos sus bienes ó parte de ellos*, para evitar las dudas y reclamaciones á que se daría lugar por falta de esta espresion.

3.º *Que los testigos y el escribano en su caso han oido de boca del testador y en un solo acto su disposicion*, esto es, que el testador espuso su voluntad con palabras claras é inteligibles, *paladinamente*, como dice la ley 1, tit. 1, Part. 6, ante dichos testigos y escribano en su caso que lo vieron y oyeron, *á lo ver otorgar*, dice la ley 1, tit. 18, lib. 10 de la Nov. Recop. Exige tambien la nueva ley, conforme con lo dispuesto por derecho civil (V. la ley 3, tit. 1, Part. 6), que el testador haya otorgado su disposicion *en un solo acto*, ó segun decia la ley romana, *uno contextu*, es decir sin que se interrumpa el acto de la declaracion con otro extraño á ella, para evitar equivocaciones, omisiones ú olvidos, tanto respecto del testador como de los concurrentes, mas no deberá entenderse sin embargo que se vicia el testamento cuando la interrupcion fuese por causas naturales, como si por acometer un accidente al testador ó testigos hubiese que interrumpir aquel acto. Véase la ley 3, tit. 1, Part. 6 citada.

4.º *Que los testigos son los que exige la ley y reúnen las cualidades que la misma establece*, esto es, que son en número de tres y vecinos del lugar donde se hiciese el testamento, si concurrió escribano público, ó cinco testigos de la misma vecindad, si se hizo sin la concurrencia de éste; ó tres testigos vecinos, no habiendo en el pueblo cinco con esta calidad ni escribano; ó siete testigos aunque no fueren vecinos, teniendo las demas cuatidades que el derecho requiere, aunque no pase ante escribano.

245. Cuando el juez declare testamento lo que resulta de las declaraciones de los testigos, *mandará protocolizar el expediente en el registro de una escribania pública que designará al efecto*: art. 1587, § final, para que se conserve sin estraviarse y al abrigo de toda suplantacion y fraude y se pueda dar en todo tiempo á los interesados las copias ó testimonios que pidieren.

Será preferida para la protocolizacion de todo testamento hecho de palabra y que se eleva á escritura pública, la escribania del lugar en que tuviere su domicilio el testador: art. 1588, por considerarse ser esta en la que es mas fácil la protocolizacion por estar en el mismo domicilio, y á la que naturalmente acudirán los herederos ó la familia de aquel á pedir datos ó copias. *Si hubiere varias, se hará en la que designe el juez.*

244. *No habiendo escribano público en el lugar del domicilio del testador, tendrá lugar la protocolizacion en la escribania de la cabeza de partido que el juez determinare*: art. 1589, lo cual hará teniendo por objeto la mejor conservacion y custodia del expediente, y la mayor facilidad de acudir á consultarlo ó pedir copias.

245. Hemos dicho al principio de este titulo, que el testador puede hacer el testamento nuncupativo, bien de viva voz, bien leyendo un papel ó cédula en que lleva escrita su voluntad, pues como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1861, la virtud y eficacia del testamento nuncupativo consisten esencialmente en la abierta ó paladina manifestacion de la voluntad del testador, ya la enuncie oralmente, ya por la lectura de un papel, cédula, apunte ó memoria para que todos los asistentes al acto la entiendan y recuerden, siendo de todo punto indiferente que la lea por sí ó la mande leer á otra persona, con tal que despues de leida oigan el escribano, si asistiere, y siempre el competente número de testigos, que aquel es su testamento y última voluntad.

246. Cuando el testador hubiere dispuesto su testamento nuncupativo en cédula ó papel, leyéndolo á los testigos, se hará la solicitud espresando los particulares que hemos espuesto, y pidiendo se proceda al exámen de los testigos y se declare por testamento nuncupativo y última voluntad del difunto lo que contiene la cédula y demás ya enunciado, y el juez habrá por presentada la cédula, y procederá á la informacion testifical, segun ya hemos dicho.

247. Aunque la ley de Enjuiciamiento se refiere en este titulo solamente á los testamentos nuncupativos, no hay duda que se comprenden tambien en el espíritu de sus disposiciones los codicilos otorgados en la misma forma por militar identidad de razon, y porque si la ley ha considerado suficientes aquellas medidas para asegurar la legitimidad de los testamentos, que es una manera de testar mas solemne que la de los codicilos, puesto que en ellos puede hacerse institucion de heredero, lo que no cabe en estos, con más razon deben considerarse suficientes para asegurar la de este modo de manifestar la voluntad.

248. Respecto de los testamentos nuncupativos que se otorgan en Cataluña ante notario y dos testigos, si bien no son aplicables los arts. 1580 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, esto es, los de este titulo, segun se ha declarado por sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1861, en cuanto al número de testigos que deben concurrir en el otorgamiento de los testamentos nuncupativos, lo son acerca del modo como deben elevarse estos á instrumento público.

Tambien son aplicables estos artículos en el mismo concepto, respecto de los testamentos que se hacen ante el párroco y testigos en Cataluña, Aragon y Navarra, segun esponemos al esplicar el art. 1415, último de la Ley, al fin de esta obra.