

Sin embargo, el precepto legal es tan claro y terminante que apenas hace posible alguna duda.

Cuando el testador dejare dos ó mas comisarios, si alguno ó algunos de ellos requeridos no quisieren, ó no pudieren usar del dicho poder ó se murieren, el poder quede por entero al otro ú otros que quisieren e pudieren usar del dicho poder; y en caso que los tales comisarios discordaren, cumplase y ejecutese lo que mandare y declare la mayor parte de ellos; y en caso que no haya mayor parte, y fueren discordes, sean obligados a tomar por tercero al corregidor, ó asistente, ó gobernador, ó el alcalde mayor del lugar donde fuere el testador, y si no oviere corregidor, ni asistente, ni gobernador, ni alcalde mayor, que tomen al alcalde ordinario del dicho lugar por tercero, y si muchos alcaldes ordinarios oviere, y no se concertaren los dichos comisarios cual sea, en tal caso echen suertes, y el alcalde á quien cupiese la suerte se junte con ellos é lo que la mejor parte declarare ó mandare, que aquello se guarde y ejecute.

Despues de un texto tan minucioso y claro, solamente se nos ocurre preguntar: cuando hay varios comisarios, ¿qué término se les concede

para otorgar el testamento? ¿será aplicable á cada uno de ellos las diversas reglas que hemos visto en el art. 901 (ley 33 de Toro)? ¿habrá, por el contrario, un término común á todos ellos; así para los que residieran en el mismo lugar como para los que se hallaren en el extranjero?

En cuanto al tercero nombrado para dirimir las discordias que surjan entre los comisarios, es opinion de los autores que hoy competen esas facultades á los jueces de primera instancia de la localidad, y en su defecto, al alcalde ordinario, en sentir de algunos, ó el juez municipal, segun manifiestan otros.

La eleccion de estos funcionarios se hará por mayoría de votos en los casos en que fueren varios los jueces de la misma localidad donde murió el testador, y solamente cuando tambien resulte empate en la designacion de juez se procederá á la insaculacion para determinarlo.

Segun expresan Gomez, Acevedo, Llamas y otros, la decision por suerte solamente tendrá lugar en el caso mencionado, y sin que ninguna otra cuestion ni discordancia pueda solventarse por aquel procedimiento.

No creemos que la ley haga necesaria esta aclaracion.

CAPÍTULO IV

DE LA APERTURA, PUBLICACION Y PROTOCOLIZACION DE LOS TESTAMENTOS

SECCION PRIMERA

DEL TESTAMENTO ABIERTO

Artículo 907.—A instancia de parte legítima, podrá elevarse á escritura pública el testamento hecho de palabra.

ORÍGENES

Ley 4.ª, tit. II, Partida 6.ª
Art. 1380 Ley Enjuic. civ.

JURISPRUDENCIA

Cuando el testamento nuncupativo ordenado

ante escribano no se redacta en escritura debidamente autorizada para que sea declarado testamento, deben preceder las mismas formalidades que para el hecho por cédula ante testigos exige este título (Sent. 11 Junio 1864).

Ni por este artículo ni por el 1383 de la ley de Enjuic. civ. se dispone que, aceptado un medio de prueba de la existencia de un testamento, no puede hacerse uso de los demas que reconoce el Derecho (Sent. 7 Diciembre 1866).

Cuando un español, con simple domicilio en un país extranjero, otorga en éste válidamente su testamento en cuanto á las formalidades externas, arreglándose al estatuto formal, ó lo que es lo mismo, á las solemnidades exigidas en el país en que testó, los tribunales de éste son competentes para todas las actuaciones de apertura del testamento, y para dictar las oportunas providencias respecto á su registro y á la conservacion y seguridad de los bienes (Sent. 6 Noviembre 1869).

COMENTARIO

El precepto contenido en este artículo no necesita explicacion.

Una duda solamente creemos que pueda estudiarse en este lugar. No señalándose en este artículo término dentro del cual el testamento hecho de palabra haya de formalizarse ante el juez competente, ¿estará en vigor la ley 11, tit. V, lib. II del Fuero Juzgo, que limita este término á seis meses bajo pena de nulidad?

No hemos visto propuesta esta duda por ningun comentarista. En nuestro sentir, despues de la ley 63 de Toro, quedó unificada la materia de prescripcion de acciones, y por consiguiente, derogada la ley del Fuero que resultaba en contradiccion con aquélla.

El silencio de los autores nos hace creer que participan de esta opinion. En su consecuencia, la accion que la ley confiere á todos los que sean parte legítima para que se eleve á escritura pública el testamento hecho de palabra, estará sujeta en cuanto á la prescripcion á lo dispuesto en la ley de Toro citada.

Artículo 908.—Se entiende ser parte legítima para los efectos del artículo anterior:

Primero. El que tuviere interes en el testamento.

Segundo. El que hubiere recibido en él cualquier encargo del testador.

Tercero. 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 párrafos anteriores.

ORÍGENES

Art. 1381 Ley Enjuic. civ.

COMENTARIO

«Ante testigos,—decía la ley de Partida,—paladinamente seyendo fecho el testamento, o

sin escritura si alguno de aquellos a quien fué algo mandado en él pidiese al juez que fiziesse venir ante si los testigos, e rescibiesse los dichos dellos en escrito en la manera que el testamento fuera ordenado ante ellos, deve el juez fazerlo assi.» Mas este precepto ha sido considerablemente ampliado por la ley de Enjuiciamiento civil que comentamos.

En su virtud podrán pedir que el testamento hecho de palabra se eleve á escritura pública todos los que enumera el artículo.

En sentir de algunos, el juez que intervinere en las operaciones preliminares para la seguridad y custodia de los bienes, papeles y efectos pertenecientes á uno que se cree muerto sin testamento, deberá proceder de oficio á examinar los testigos que, segun su noticia, hayan asistido á la manifestacion de la última voluntad del testador, y si de sus declaraciones resultare la concurrencia de los requisitos que veremos más tarde, mandará, tambien de oficio, que se protocolicen, á fin de hacer constar de un modo fehaciente que existe disposicion testamentaria, y por lo tanto, que no puede continuar los autos del abintestato.

Entendemos, de acuerdo con el parecer de notables comentaristas, que la ley no consiente que el juez pueda elevar de oficio á escritura pública el testamento que resultare hecho de palabra: deberá limitarse á admitir la demanda que con aquel fin se hiciere por parte legítima, repeliéndola en otro caso.

En el primer número del artículo que comentamos deben comprenderse no sólo los que directa é inmediatamente han de recibir del testamento manda, legado, ó comision, sinó otras personas encargadas de representar determinados intereses, como el promotor fiscal por el Estado, el alcalde por el pueblo ó municipio, el diputado provincial, designado por la Diputacion, por ésta, etc.

¿Puede el acreedor pedir la protocolizacion del testamento otorgado de palabra? Manresa resuelve que los acreedores *reconocidos* en el testamento serán parte legítima para pedir que se eleve á escritura pública; pero no los *no reconocidos*, porque aquéllos tienen interes en que sea válido el testamento por la declaracion que contiene favorable al derecho de los mismos, y los segundos no se encuentran en este caso; su derecho no nace del testamento ni se justifica con él, sinó del convenio con el difunto, y pueden ejercitarlo contra la herencia, ya sea testada ó intestada, concediéndoles la ley en

ambos casos la facultad de intervenir en las operaciones de la misma para asegurarlo (artículos 376 y 407 Ley de Enjuiciamiento).

Si el testador no hubiere hecho designacion de heredero, limitándose á disponer legados ú otras declaraciones, ¿podrá el heredero *abintestato* pedir la protocolizacion del testamento?

El mismo autor ántes citado resuelve afirmativamente á esta pregunta, porque correspondiéndole á él darle cumplimiento, tiene este deber de conciencia, aunque le perjudique en sus intereses.

Artículo 909.—Hecha la solicitud, se señalarán día y hora para el exámen de los testigos y del escribano, si hubiere concurrido al otorgamiento.

Los testigos, y el escribano en su caso, serán examinados separadamente y de modo que no tengan conocimiento de lo declarado por los que les hayan precedido.

ORÍGENES

Arts. 1382 y 1383 Ley Enjuic. civ.

Artículo 910.—El escribano ante quien se practicaren 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.

Cuidará el juez bajo su responsabilidad de que se expresen en las declaraciones la edad de los testigos, y el lugar en que tuvieren su vecindad al otorgarse el testamento.

Tambien deberá acreditarse, si no constare por notoriedad, la calidad del escribano del otorgamiento en los casos que hubiere concurrido.

ORÍGENES

Arts. 1384, 1385 y 1386 Ley Enjuic. civ.

Artículo 911.—Resultando de las declaraciones clara y terminantemente:

Primero. El propósito deliberado que tuviere el testador de hacer su última disposicion.

Segundo. La institucion de heredero ó

el destino que el mismo diera á todos sus bienes ó parte de ellos.

Tercero. Que los testigos, y escribano en su caso, han oido de boca del testador y en un solo acto su disposicion.

Cuarto. Que los testigos son los que exige la ley, y reúnen las cualidades que la misma establece.

El juez declarará testamento lo que de dichas declaraciones resulte con la cualidad de sin perjuicio de tercero, y mandará protocolizar el expediente en el registro de una escribanía pública, que designará al efecto.

ORÍGENES

Ley 4.^a, tit. II, Partida 6.^a
Art. 1387 Ley Enjuic. civ.

JURISPRUDENCIA

La protocolizacion de un testamento es un acto de jurisdiccion voluntaria, cuyo conocimiento corresponde á los juzgados civiles ordinarios (Sent. 8 Agosto 1859).

Los tribunales no pueden, en cuanto á la prueba legal de un testamento, formar su conviccion por los amplios y racionales medios que para los hechos comunes establece la ley de Enjuiciamiento, sinó que deben necesariamente ajustar su criterio judicial á las reglas especiales que para la comprobacion de tales actos establece el derecho (Sent. 22 Octubre 1864).

Artículo 912.—Será preferida para la protocolizacion de todo testamento hecho de palabra y que se eleve á escritura pública, la escribanía del lugar en que tuviere domicilio el testador.

Si hubiere varias, se hará en la que designe el juez.

ORÍGENES

Art. 1388 Ley Enjuic. civ.

Artículo 913.—No habiendo escribano público en el lugar del domicilio del testador, tendrá lugar la protocolizacion en la escribanía de la cabeza de partido que el juez determinare.

ORÍGENES

Art. 1389 Ley Enjuic. civ.

COMENTARIO

Debe el expediente de protocolizacion del testamento comenzar necesariamente por la solicitud ó demanda de parte legítima, en la que se acompañe la cédula testamentaria si la hubiere, y en todo caso la designacion de los testigos y del notario que presenciaron el otorgamiento de la última voluntad. Si hubiere cédula y no estuviere en poder del solicitante, se expresará así, pidiendo que se le obligue á que la presente. Tambien deberá el demandante, si lo supiere, exponer las disposiciones que fueron objeto de testamento hecho de palabra, en párrafos numerados, á fin de que puedan servir para que á su tenor sean examinados los testigos; mas si no lo supiere el demandante se remitirá á lo que aquéllos declaren á las preguntas que les dirija el juzgado. Acompañará tambien á esta solicitud el certificado de defuncion del testador.

Presentada la solicitud en forma, y acreditada la personalidad del demandante al efecto de tenerle como parte legítima con arreglo á la ley, el juzgado señalará día y hora para el exámen de los testigos, debiendo verificarse el interrogatorio de todos ellos en un solo día, con separacion y de manera que unos no puedan oír ni enterarse de los declaraciones de los otros. A este objeto el juez adoptará las medidas que estime más oportunas, sin necesidad de que lo solicite el demandante.

Si citados los testigos para un día determinado no compareciesen todos, no podrán ser interrogados los que hubiesen comparecido, sinó que habrá de señalarse nuevo día, á no ser que la falta de asistencia de alguno de los testigos fuere motivada por enfermedad ú otra causa suficiente debidamente justificada, ó por ausencia, en cuyos casos y á instancia de parte, pasará el juzgado á casa del enfermo ó impedido á recibirle la declaracion, ó lo hará por exhorto en caso de ausencia.

Antes de comenzar la declaracion deberá el escribano dar fe del conocimiento de los testigos; en otro caso deberán éstos ir acompañados de dos testigos que acrediten su identidad, en la forma comun y ordinaria.

Se hará constar la edad, domicilio actual y el que tuvieren en la época del otorgamiento, con todas las demas circunstancias que sean útiles á fin de determinar la personalidad de los testigos y que reúnen las condiciones que

las leyes exigen para que puedan serlo en el testamento hecho de palabra.

La edad y vecindad de los testigos no serán objeto de más justificacion que el dicho del mismo testigo.

El notario deberá acreditar su carácter de tal, exhibiendo el título, del que se tomará razon en autos, á ménos que sea conocido por el juez ó el escribano, en cuyo caso aquella justificacion es innecesaria; pero se hará constar por éste su conocimiento como notario, con resiliencia y habilitacion.

De estas declaraciones resultará, ó que existe testamento, ó que no existe.

Existirá testamento si de aquellas declaraciones apareciera clara y terminantemente probado: 1.^o, el propósito deliberado que tuviere el testador de hacer su última disposicion: el testamento, como acto solemne y trascendental, exige que el que lo otorga tenga ánimo de que sus palabras sean oídas, conservadas por los testigos y ejecutada su voluntad despues de la muerte. Todo otro acto en que este propósito deliberado no resulte, no podrá considerarse como testamento. Fue la necesidad de hacer constar esto debidamente, nació en Roma la *rogacion* de los testigos, acto con el cual era imposible la duda que hoy se ha suscitado alguna vez.

2.^o La institucion de heredero ó el destino que el mismo diera á todos sus bienes ó parte de ellos. No habiendo institucion de herederos no disponiéndose de todos los bienes ó siquiera de parte de ellos, no puede decirse que existe verdadero testamento. ¿Podrán elevarse á escritura pública las *declaraciones de pobre* que no contengan designacion de heredero? Las disposiciones testamentarias que suelen otorgar aquellos que carecen absolutamente de bienes, son perfectamente válidas y pueden contener algunas declaraciones de verdadera importancia que deben ser guardadas y cumplidas. Gomez expresa que pueden hacerse en estas declaraciones de pobreza: 1.^o, sustituir pupilarmente al hijo que sea rico: 2.^o dar tutor ó curador á sus hijos: 3.^o, que un amigo ó consanguíneo del testador puede dejar sus bienes ó hacer un legado al mismo á quien éste habia instituido heredero. En nuestro concepto estas declaraciones pueden ser elevadas á escritura pública cuando fueren otorgadas de palabra ó por cédula.

3.^o Que los testigos y el escribano en su caso han oído de boca del testador y en un solo