

acto su disposicion. Consistiendo la fuerza de estos testamentos en la paladina manifestacion que el testador hace ante testigos de su última voluntad, y debiendo los testigos estar presentes a lo ver otorgar, han de dar fe de todo esto. No bastará que los testigos hayan oido al testador, es preciso que la última voluntad se declare delante de ellos y que vean al testador, circunstancias que harán constar los testigos. El testador puede dar á otro á leer la cédula en que haya hecho constar su voluntad, pero esto debe verificarse en presencia de los testigos y manifestando el testador claramente que aquella es su última voluntad (Sents. 6 Diciembre 1861 y 11 Junio 1864).

En cuanto á la unidad de acto, en otro lugar hemos dicho que ésta no ha de tomarse en el sentido riguroso del Derecho Romano, sino como recomendacion de seriedad por una parte, y con el propósito de que la voluntad del testador no se manifieste separadamente en distinto lugar ó tiempo á cada uno de los testigos, sino que de una vez, en un solo acto, la expresará á todos estando todos presentes.

4.º Que los testigos son los que exige la ley y reunen las cualidades que la misma establece. No reuniendo las cualidades que en otro lugar

hemos visto, no son verdaderos testigos testamentarios; su dicho carece de validez para probar cuál fué la voluntad del testador; de suerte que debe el juzgado comenzar por cerciorarse de si los testigos presentados son ó no de estas condiciones, pudiendo suspender el interrogatorio y declaracion de alguno tan luégo como aparezca con alguna incapacidad legal.

Ademas de estas circunstancias que han de aparecer del dicho de los testigos, será preciso que conste y se justifique ademas: 1.º, que no fué posible hallar notario ni cinco testigos: 2.º, que no aparezca que el testador estuviere incapacitado.

La oposicion que se hiciere por un tercero á la protocolizacion y elevacion á escritura pública del testamento otorgado de palabra, no surtirá el efecto de suspender la práctica de las diligencias arriba mencionadas, las cuales habrán de sucederse en el modo y forma que la ley determina, sin que dicho expediente pueda hacerse contencioso por dicho motivo.

El que se crea perjudicado podrá en su día solicitar la nulidad del testamento, ó que se declare falso si hubiere méritos para ello.

La declaracion de testamento hecha por el juzgado se hará siempre sin perjuicio de tercero.

## SECCION SEGUNDA

### DE LA APERTURA DEL TESTAMENTO CERRADO

Artículo 914.—El que tuviere en su poder un testamento deberá presentarlo al juez dentro del término de un mes, contado desde el fallecimiento del testador.

Si no cumpliere con esta obligacion, perderá la manda que le dejase en el mismo, y si no hubiere manda, estará sujeto al pago de una multa y resarcimiento de daños.

#### ORIGENES

Ley 2.ª, tit. II, Partida 6.ª  
Ley 18, tit. V, lib. III, Fuero Real.  
Ley 5.ª, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec.

#### JURISPRUDENCIA

La apertura de un testamento cerrado es un acto de jurisdiccion voluntaria, cuyo conoci-

miento corresponde á los jueces de primera instancia (Sent. 1.º Agosto 1859).

#### COMENTARIO

La presentacion de este testamento deberá hacerse por medio de una comparecencia ante cualquier juez de primera instancia, debiendo preferirse, no porque la ley lo exija, sino por conveniencia de los mismos interesados, el del lugar del otorgamiento, ó sea donde resida el notario y testigos que autorizaron la cubierta.

Tambien podrá hacerse la presentacion en un pedimento; mas aun cuando no se solicite la práctica de las diligencias sucesivas que la ley determina, habrá de practicarlas el juez.

El notario ó persona de confianza en cuyo poder el testamento haya sido depositado, tiene la obligacion de ponerlo en manos del

juez; así lo establece la ley: «Todo hombre que fuere cabezalero de algun testamento, muéstrelo ante el alcalde hasta un mes, y el alcalde hágalo leer ante si públicamente, y el cabezalero que esto no cumpliere pierda lo que debe haber de la manda y dénlo por el alma del difunto: y esto mismo sea de todo hombre que tuviere el testamento y no lo mostrare ante el alcalde como dicho es, aunque no sea cabezalero, y si ninguna cosa hubiere mandado en el testamento, pague el daño á la parte y dos mil maravedis para la nuestra Cámara».

Artículo 915.—Luégo que se presentare ante cualquier juez un testamento cerrado, hará que se extienda por el escribano diligencia expresiva de su estado, firmándola la persona que haya hecho la presentacion.

En dicha diligencia se expresará cómo se han encontrado la cubierta y sus sellos, y las demas circunstancias que se noten y puedan dar á conocer el estado del pliego que lo contenga y se haya presentado.

#### ORIGENES

Arts. 1390 y 1391 Ley Enjuic. civ.

#### JURISPRUDENCIA

Unicamente serán jueces competentes para verificar la apertura de testamentos cerrados, los de primera instancia de la jurisdiccion ordinaria (Sents. 1.º Agosto 1859 y 23 Mayo 1860).

Cuando se deposita un testamento, siempre queda á disposicion del testador, sin que pueda negársele su entrega (Sent. 1.º Febrero 1861).

Artículo 916.—Hecho lo que queda prevenido en el artículo anterior, dispondrá que se cite para el día siguiente, ó ántes si es posible, al escribano y testigos que firmen en su cubierta, á fin de hacer ante ellos la solemne apertura del pliego.

#### ORIGENES

Art. 1392 Ley Enjuic. civ.

#### COMENTARIO

A propósito de esta materia, Manresa examina estas tres cuestiones: 1.ª ¿Quién es el juez competente para la apertura del testamento cerrado? 2.ª ¿Quién es parte legítima para solicitarla? 3.ª ¿En qué forma ha de pedirse?

La primera cuestion está resuelta por la jurisprudencia en el sentido de que las palabras cualquier juez de la ley se refieren única y exclusivamente á los jueces de primera instancia de la jurisdiccion ordinaria, pues aun tratándose de testamentos cerrados otorgados por los individuos que gozan de fuero militar, deberán ser protocolizados con las solemnidades de derecho comun y en la forma que se previene en la ley de Enjuiciamiento civil, por considerarse el otorgamiento de la última voluntad en forma de testamento cerrado como una renuncia lícita del fuero de guerra, quedando por lo mismo sujetos los otorgantes á la jurisdiccion ordinaria (R. O. 31 Octubre 1864).

Respecto á quién sea parte legítima para solicitar la apertura, nada dice la ley, sin duda porque una vez presentado el testamento el juez no puede retenerlo sin abrirlo, sino que deberá proceder á citar al notario y testigos, con todo lo demas que la ley expresa, sin necesidad de que se solicite por parte legítima.

Mas, si el que tiene el testamento cerrado demorase su presentacion, ¿quién tendrá derecho á exigir que lo ponga á disposicion del juzgado?

Si en esta demora concurrieren circunstancias justificativas de que el depositario incurria en la responsabilidad criminal determinada en el artículo 375 en relacion con el párr. 2.º del 377 del Código penal, podrá entablarse la querrela por cualquiera, con arreglo á los artículos 241 y 413 de la Compilacion de Enjuiciamiento criminal.

Si no hubiere méritos para exigirle esta responsabilidad, podrá hacer la reclamacion cualquiera que se crea interesado en el testamento, de lo cual, ó por lo ménos de no obrar maliciosamente, habrá de prestar juramento con arreglo á la ley 1.ª, tit. II, Partida 6.ª, que dice: «En poridad, e con escritura seyendo fecho el testamento, pueden aquellos a quien es mandado algo en el, demandar ante juez quel abran, seyendo muerto el que fizo el testamento. Pero el que esto demanda debe jurar primero, que non lo face maliciosamente, mas por cuydar que en aquel testamento yaze alguna cosa que le fué mandar a el, o a aquel por quien lo demanda. Esto es, por quel testamento non pertenece tan solamente a un ome solo, maguer sea heredero, mas a todos aquellos a quien es mandada alguna cosa en él.»

En cuanto á la forma en que se ha de pedir la apertura y protocolizacion del testamento

cerrado, el Tribunal Supremo ha declarado que es objeto de un expediente de jurisdicción voluntaria, lo cual deberá ser, no sólo cuando se haga la presentación del testamento por el mismo depositario del testamento, sino cuando se reclame por parte legítima la presentación del testamento que el depositario retiene sin causa: mas en este caso, si por el depositario ó por otra persona que tenga derecho se formulare oposición ó se negare la entrega, el expediente se convertirá en contencioso y se sustanciará por la vía ordinaria.

Dice la ley «...quel abran seyendo muerto el que fizo el testamento...» por consiguiente, será preciso justificar esta defunción para que el juez proceda á ordenar la apertura.

Artículo 917.—Si alguno ó algunos de los testigos hubieren fallecido ó se hallaren ausentes, serán abonados examinándose dos testigos que conozcan las firmas de ellos y aseguren la semejanza de las del pliego con las legítimas.

Si el escribano hubiere fallecido ó se hallare ausente, será tambien de la manera prevenida en el párrafo anterior.

El juez y el escribano ante quien se instruya el expediente, cotejarán su signo con otro del mismo que sean indubitados, cuando esto pueda verificarse.

## ORÍGENES

Arts. 1393 y 1394 Ley Enjuic. civ.

Artículo 918.—Tanto el escribano como los testigos, si están presentes, reconocerán sus firmas expresando bajo juramento si son de su puño y letra.

Tambien expresarán con igual solemnidad si vieron poner las firmas de los que hayan fallecido ó estén ausentes y las tienen por legítimas.

Poniéndoseles el pliego de manifiesto y permitiéndose lo reconozcan previamente, expresarán igualmente si lo encuentran en el mismo estado en que se hallara cuando firmaron su carpeta.

## ORÍGENES

Leyes 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, tit. II, Partida 6.<sup>a</sup>  
Art. 1395 Ley Enjuic. civ.

## CONCORDANCIAS

Concuena en parte con: Art. 1007 Cód. Francia.—1643 Luisiana.—Leyes 4.<sup>a</sup> y siguientes, tit. III, lib. XXIX, Digesto.

Artículo 919.—Hecho todo lo que queda prevenido en los artículos precedentes, se abrirá el pliego por el juez ante los escribanos y testigos y la persona que lo hubiere presentado, leyéndose el testamento que contenga en presencia de todos ellos.

Verificada la lectura, se dictará providencia mandando protocolizar el testamento con todas las diligencias originales de su apertura, dándose á la persona que lo haya presentado testimonio de la expresada providencia para su resguardo.

## ORÍGENES

Arts. 1396 y 1397 Ley Enjuic. civ.

## JURISPRUDENCIA

Cualesquiera que sean los vicios ó defectos de que adolezcan las diligencias de apertura de un testamento, ya por hallarse extendidas en papel comun, ya por no haberse examinado algunos de los testigos de la carpeta, ni comprobado sus firmas, ni abonado sus dichos con arreglo á derecho, cuando los interesados en el mismo aceptan la parte de herencia que les corresponde, quedan legalizadas, sin que despues puedan decir nada contra ellas (Sent. 13 Mayo 1865).

Artículo 920.—Si hubiere memoria testamentaria se extenderá diligencia expresiva de la persona que la haya presentado, ó en poder de quien haya sido hallada, de su estado, y de si hay en ella las señales que en el testamento se hayan consignado para darla á conocer.

Hallándose en la memoria las señales referidas en el párrafo anterior, se mandará protocolizar juntamente con el testamento.

## ORÍGENES

Arts. 1398 y 1399 Ley Enjuic. civ.

## JURISPRUDENCIA

Lo sancionado acerca de memorias testamentarias por los artículos 1398 y 1399 de la ley de Enjuiciamiento civil y por la jurispru-

dencia, es que la validez y eficacia de tales memorias depende esencialmente de que estén insinuadas en un testamento arreglado á las prescripciones de derecho del cual tomen su autoridad y fuerza, y aparezcan ó sean presentadas con las señales que en el mismo testamento se hubiesen consignado para darlas á conocer (Sent. 30 Junio 1876).

Artículo 921.—La protocolización de los testamentos cerrados y memorias, se hará precisamente en el registro del escribano que haya autorizado el otorgamiento de los primeros siempre que sea posible.

Caso de no serlo por cualquier causa, en la escribanía que designe el juez de las del lugar del domicilio del testador.

## ORÍGENES

Art. 1400 Ley Enjuic. civ.

## JURISPRUDENCIA

La protocolización del testamento cerrado debe hacerse en el registro del escribano que lo autorizó, siempre que sea posible (Sent. 1.<sup>a</sup> Agosto 1859).

## COMENTARIO

Tales son las diligencias que deben practicarse para la apertura y protocolización de testamentos cerrados. En cuanto á las memorias testamentarias, en otro lugar (pág. 422) hemos dicho lo suficiente sobre su carácter y valor.

Estas disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil, que hemos creído necesario colocar en este sitio por exigirlo así el plan adoptado por el Proyecto de Código, plan á que nosotros nos hemos acomodado, no merecen más explicacion. Las dudas á que puedan dar lugar, se han de referir únicamente á detalles de procedimiento que serian ociosos en este sitio.

## CAPÍTULO V

## DE LA CAPACIDAD PARA DISPONER Y ADQUIRIR POR TESTAMENTO

Artículo 922.—Pueden disponer por testamento los varones mayores de 14 años y las hembras mayores de 12 que al hacerlo gocen de su cabal juicio.

Los locos ó dementes que tengan lúcidos intervalos, pueden disponer durante ellos.

## ORÍGENES

Ley 13, tit. I, Partida 6.<sup>a</sup>  
Ley 10, tit. V, lib. II, Fuero Juzgo.  
Ley 6.<sup>a</sup>, tit. II, lib. V, Fuero Viejo de Castilla.  
Ley 6.<sup>a</sup>, tit. V, lib. III, Fuero Real.  
Ley 4.<sup>a</sup>, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec. (5.<sup>a</sup> de Toro).

## CONCORDANCIAS

El art. 1464 Cód. Luisiana señala la edad de 16 años.—El 562 Vaud la de 17.—El 944 Holanda la de 18.—Lo mismo el 569 Austria.—Lo mismo el 17, tit. XII, parte I; pero concediendo al mayor de 14 y menor de 18 testar

de viva voz ante el tribunal.—Ley 17, tit. I, lib. XXVIII, Digesto.—Párr. 1.<sup>o</sup>, tit. XII, lib. II, Instituta.

## JURISPRUDENCIA

Aunque el demente y el desmemoriado no pueden hacer testamento mientras se encuentran en semejante situacion, pueden, sin embargo, otorgarlo cuando se hallen en aptitud mental para ello (Sent. 5 Octubre 1859).

Para que el testamento otorgado por el que padeció en algun tiempo demencia se presuma hecho en tal estado, mientras no se justifique lo contrario, es preciso que conste que se hallaba en tal estado habitual y ordinariamente (Sent. 11 Febrero 1860).

Por la ley 13, tit. I, Partida 6.<sup>a</sup>, se prohibe al desmemoriado otorgar testamento (Sent. 12 Octubre 1860).

La validez y eficacia de los testamentos no sólo consiste en que se hayan otorgado con todas las solemnidades externas que exigen las leyes, sino ademas en que el testador, al tiempo