

nuevo, y aun prescindiendo de esto, pudo fácilmente realizarlo, si hubiera querido, con solo declarar al que no sabe leer equiparado al ciego, que no podía antes ni puede hoy otorgar por escrito su testamento, cuya solemnidad reformó la referida ley (1).

Discutiéndose en un pleito sobre la nulidad del testamento de un ciego, por no haber intervenido escribano público con los cinco testigos que asistieran á su otorgamiento, no es aplicable á él la ley 1.^a, tít. 18, lib. X de la Novísima Recopilación, porque dicha ley no dispone que en el caso de no concurrir el escribano lo haga por éste un número adecuado de testigos (2).

Si resulta de autos que el testamento otorgado por un ciego consta en cédula que aparece hecha ante siete testigos, de los cuales los más no fueron presenciales porque no vieron al testador, sino que oyeron leer al sacerdote la última voluntad del testador, que invertía la mayor parte de su herencia en misas y para las ánimas, y corroborado el dicho testamento, se advirtió que no compareció á declarar uno de los testigos, presentándose en su lugar otro que no se nombraba en la cédula como testigo, la sentencia que declara nulo ese testamento no infringe las leyes 2.^a, tít. 18, lib. X de la Novísima Recopilación, y 14, tít. 1.^o, Partida VI, porque ésta no es aplicable al caso, mediante á que no establece que el escribano pueda sustituirse con un testigo, no llegando á siete los que asistan al otorgamiento (3).

4. TESTAMENTO MILITAR.—La ley 8.^a, tít. 18, lib. X de la Novísima Recopilación y la Real orden de 17 de Enero de 1835, por las que se faculta á los individuos del fuero de Guerra para otorgar sus testamentos de cualquier modo en que conste su voluntad, no son aplicables, ni pueden ser quebrantadas, cuando falta la base que aquella ley establece, por haberse declarado, según la apreciación de las pruebas, que lo escrito en una piel de vaca y que se supone ser la expresión de la última voluntad de un militar, no es de puño y letra del mismo (4).

No desconoce la facultad que concede á los aforados de Guerra la ley 8.^a, tít. 18, lib. X de la Novísima Recopilación para otorgar sus testamentos en cualquier papel en que conste su voluntad, la sentencia que declara no ser válida la copia de un testamento militar que no está firmada más que del testador, á pesar de expresarse en ella que sería firmada por testigos (5).

(1) Sent. 6 Abril 1877.

(2) Sent. 13 Junio 1877.

(3) Idem id.

(4) Sent. 11 Diciembre 1871.

(5) Sent. 31 Mayo 1875.

ART. II

CÓDIGO CIVIL

§ 1.^o

Texto.

TESTAMENTOS ESPECIALES.

5. A. *Por razón de la persona del testador.*a. *Del loco.*

Art. 663, núm. 2.^o Del que habitual ó accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

Art. 664. El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.

Art. 665. Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos Facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los Facultativos además de los testigos.

Art. 666. Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento.

b. *Del enteramente sordo.*

Art. 697. El que fuere enteramente sordo deberá leer por sí mismo su testamento; y, si no sabe ó no puede, designará dos personas que lo lean en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del Notario.

c. *Del sordo-mudo; y también de los que no pueden hablar, pero sí escribir.*

Art. 709. Los sordo-mudos y los que no puedan hablar, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:

1.^o El testamento ha de estar todo escrito y firmado por el testador, con expresión del lugar, día, mes y año.

2.^o Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, á presencia del Notario y de los cinco testigos, que aquel pliego contiene su testamento y que está escrito y firmado por él.

3.^o Á continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el art. 707, en lo que sea aplicable al caso.

d. *Del ciego.*

Art. 698. Cuando sea ciego el testador, se dará lectura del testamento dos veces: una por el Notario, conforme á lo prevenido en el art. 695, y otra en igual forma por uno de los testigos ú otra persona que el testador designe.

Art. 708. No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan ó no puedan leer.

e. En peligro inminente de muerte.

Art. 700. Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario.

Art. 702. En los casos de los dos artículos anteriores, se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir.

Art. 703. El testamento otorgado con arreglo á las disposiciones de los tres artículos anteriores quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte, ó cesado la epidemia.

Cuando el testador falleciere en dicho 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.

Art. 704. 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.

f. Por un extranjero que no conoce el idioma español.

Art. 684. Para testar en lengua extranjera se requiere la presencia de dos intérpretes elegidos por el testador, que traduzcan su disposición al castellano. El testamento se deberá escribir en las dos lenguas.

g. Testamento ológrafo del extranjero.

Art. 688 (pár. último):

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.

6. B. Por razón del LUGAR del otorgamiento.

a. Durante un viaje por mar.

Art. 722. Los testamentos abiertos ó cerrados, de los que durante un viaje marítimo vayan á bordo, se otorgarán en la forma siguiente:

Si el buque es de guerra, ante el Contador ó el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos idóneos, que vean y entiendan al testador. El Comandante del buque, ó el que haga sus veces, pondrá además su V.º B.º

En los buques mercantes autorizará el testamento el Capitán, ó el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos idóneos.

En uno y otro caso los testigos se elegirán entre los pasajeros, si los hubiere; pero uno de ellos, por lo menos, ha de poder firmar, el cual lo hará por sí y por el testador, si éste no sabe ó no puede hacerlo.

Si el testamento fuera abierto, se observará además lo prevenido en el art. 695, y, si fuere cerrado, lo que se ordena en la sección sexta de este capítulo, con exclusión de lo relativo al número de testigos é intervención del Notario.

Art. 723. El testamento del Contador del buque de guerra y el del Capitán del mercante serán autorizados por quien deba sustituirlos en el cargo, observándose para lo demás lo dispuesto en el artículo anterior.

Art. 724. Los testamentos abiertos hechos en alta mar serán custodiados por el Comandante ó por el Capitán, y se hará mención de ellos en el Diario de navegación.

La misma mención se hará de los ológrafos y los cerrados.

Art. 725. Si el buque arribase á un puerto extranjero donde haya agente diplomático ó consular de España, el Comandante del de guerra, ó el Capitán del mercante, entregará á dicho agente copia del testamento abierto ó del acta de otorgamiento del cerrado, y de la nota tomada en el Diario.

La copia del testamento ó del acta deberá llevar las mismas firmas que el original, si viven y están á bordo los que lo firmaron; en otro caso, será autorizada por el contador ó capitán que hubiese recibido el testamento, ó el que haga sus veces, firmando también los que estén á bordo de los que intervinieron en el testamento.

El Agente diplomático ó consular hará extender por escrito diligencia de la entrega, y, cerrada y sellada la copia del testamento ó la del acta del otorgamiento si fuere cerrado, la remitirá con la nota del Diario por el conducto correspondiente al Ministro de Marina, quien mandará que se deposite en el Archivo de su Ministerio.

El comandante ó capitán que haga la entrega, recogerá del Agente diplomático ó consular, certificación de haberlo verificado y tomará nota de ella en el Diario de navegación.

Art. 726. Cuando el buque, sea de guerra ó mercante, arribe al primer puerto del Reino, el comandante ó capitán entregará el testamento original, cerrado y sellado, á la Autoridad marítima local, con copia de la nota tomada en el Diario; y, si hubiese fallecido el testador, certificación que lo acredite.

La entrega se acreditará en la forma prevenida en el artículo anterior, y la Autoridad marítima lo remitirá todo sin dilación al Ministerio de Marina.

Art. 727. Si hubiese fallecido el testador y fuere abierto el testamento, el Ministro de Marina practicará lo que se dispone en el artículo 718.

Art. 729. Si fuere ológrafo el testamento y durante el viaje falleciera el testador, el comandante ó capitán recogerá el testamento para custodiarlo, haciendo mención de ello en el Diario, y lo entregará á la Autoridad marítima local, en la forma y para los efectos prevenidos en el artículo anterior, cuando el buque arribe al primer puerto del Reino.

Lo mismo se practicará cuando sea cerrado el testamento, si lo conservaba en su poder el testador al tiempo de su muerte.

Art. 730. Los testamentos abiertos y cerrados, otorgados con arreglo á lo prevenido en esta sección, caducarán pasados cuatro meses, contados desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en la forma ordinaria.

Art. 731. Si hubiere peligro de naufragio, será aplicable á las tripulaciones y pasajeros de los buques de guerra ó mercantes lo dispuesto en el artículo 720.

B. Por un extranjero en buque español.

Art. 728. Cuando el testamento haya sido otorgado por un extranjero en buque español, el Ministro de Marina remitirá el testamento al de Estado, para que por la vía diplomática se le dé el curso que corresponda.

Art. 729. Si fuere ológrafo el testamento y durante el viaje falleciera el testador, el comandante ó capitán recogerá el testamento para custodiarlo, haciendo mención de ello en el Diario, y lo entregará á la Autoridad marítima local, en la forma y para los efectos prevenidos en el artículo anterior, cuando el buque arribe al primer puerto del Reino.

Lo mismo se practicará cuando sea cerrado el testamento, si lo conservaba en su poder el testador al tiempo de su muerte.

C. Por español en país extranjero.

Art. 732. Los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose á las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen.

También podrán testar en alta mar, durante su navegación en un buque extranjero, con sujeción á las leyes de la nación á que el buque pertenezca.

Podrán asimismo hacer testamento ológrafo, con arreglo al art. 688, aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento.

Art. 733. No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el art. 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiese otorgado.

Art. 734. También podrán los españoles que se encuentren en país extranjero otorgar su testamento, abierto ó cerrado, ante el agente diplomático ó consular de España residente en el lugar del otorgamiento:

En estos casos dicho Agente hará las veces de Notario, y se observarán respectivamente todas las formalidades establecidas en las secciones quinta y sexta de este capítulo, no siendo, sin embargo, necesaria, la condición del domicilio en los testigos.

Art. 735. El Agente diplomático ó consular remitirá, autorizada con su firma y sello, copia del testamento abierto, ó del acta de otorgamiento del cerrado, al Ministerio de Estado para que se deposite en su Archivo.

Art. 736. El Agente diplomático ó consular, en cuyo poder hubiese depositado su testamento ológrafo ó cerrado un español, lo remitirá al Ministerio de Estado cuando fallezca el testador, con el certificado de defunción.

El Ministerio de Estado hará publicar en la *Gaceta de Madrid* la noticia del fallecimiento, para que los interesados en la herencia puedan recoger el testamento y gestionar su protocolización en la forma prevenida.

D. En país ó buque extranjero por español conforme á aquellas leyes.

Art. 732. (Antes inserto.)

Art. 733. (Ídem id.)

E. Disposiciones comunes á estos testamentos.

Art. 730. (Antes inserto.)

7. C. Por razón del TIEMPO.

Único. *En el de epidemia.*

Art. 701. En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento

sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de diez y seis años, varones ó mujeres.

Art. 702. (Antes inserto.)

Art. 703. (Ídem id.)

Art. 704. (Ídem id.)

8. D. Por razón de la PERSONA, LUGAR Y TIEMPO.

a. Ante los Comisarios de guerra.

Art. 717. También podrán las personas mencionadas en el artículo anterior otorgar testamento cerrado ante un Comisario de guerra, que ejercerá en este caso las funciones de Notario, observándose las disposiciones de los artículos 706 y siguientes.

Art. 718. Los testamentos otorgados con arreglo á los dos artículos anteriores deberán ser remitidos con la posible brevedad al cuartel general, y por éste al Ministro de la Guerra.

El Ministro, si hubiese fallecido el testador, remitirá el testamento al juez del último domicilio del difunto, y, no siéndole conocido, al decano de los de Madrid, para que de oficio cite á los herederos y demás interesados en la sucesión. Estos deberán solicitar que se eleve á escritura pública y se protocolice en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil.

Cuando sea cerrado el testamento, el Juez procederá de oficio á su apertura en la forma prevenida en dicha ley, con citación é intervención del Ministerio Fiscal, y después de abierto lo pondrá en conocimiento de los herederos y demás interesados.

Art. 721. Si fuere cerrado el testamento militar, se observará lo prevenido en los arts. 706 y 707; pero se otorgará ante el oficial y los dos testigos que para el abierto exige el art. 716, debiendo firmar todos ellos el acta de otorgamiento, como asimismo el testador, si supiere.

b. En campaña.

Art. 716. En tiempo de guerra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el Ejército, ó que sigan á éste, podrán otorgar su testamento ante un oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán.

Es aplicable esta disposición á los individuos de un Ejército que se halle en país extranjero.

Si el testador estuviere enfermo ó herido, podrá otorgarlo ante el Capellán ó el facultativo que le asista.

Si estuviere en destacamento, ante el que lo mande, aunque sea subalterno. En todos los casos de este artículo será siempre necesaria la presencia de dos testigos idóneos.

Art. 718. (Antes inserto.)

Art. 719. Los testamentos mencionados en el art. 716 caducarán cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña.

Art. 721. (Antes inserto.)

Art. 706. El testamento cerrado podrá ser escrito por el testador, ó por otra

persona á su ruego, en papel común, con expresión del lugar, día, mes y año en que se escribe.

Si o escribiere por sí mismo el testador, rubricará todas las hojas y pondrá al final su firma, después de salvar las palabras enmendadas, tachadas ó escritas entre renglones.

Si lo escribiere otra persona á su ruego, el testador pondrá su firma entera en todas las hojas y al pie del testamento.

Cuando el testador no sepa ó no pueda firmar, lo hará á su ruego y rubricará las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad.

Art. 707. En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes:

1.^a El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta.

2.^a El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, ó lo cerrará y sellará en el acto, ante el Notario que haya de autorizarlo y cinco testigos idóneos, de los cuales tres, al menos, han de poder firmar.

3.^a En presencia del Notario y los testigos manifestará el testador que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito, firmado y rubricado por él, ó si está escrito de mano ajena y firmado por él al final y en todas sus hojas, ó si, por no saber ó no poder firmar, lo ha hecho á su ruego otra persona.

4.^a Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que esté cerrado, y dando fe de haberse observado las solemnidades mencionadas, del conocimiento del testador ó de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los arts. 685 y 686, y de hallarse, á su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

5.^a Extendida y leída el acta, la firmarán el testador y los testigos que sepan firmar, y la autorizará el Notario con su signo y firma.

Si el testador no sabe ó no puede firmar, deberá hacerlo en su nombre uno de los testigos instrumentales ú otra persona designada por aquél.

6.^a También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, nora, día, mes y año del otorgamiento.

c. En peligro militar.

Art. 720. Durante una batalla, asalto, combate, y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra, podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos.

Pero este testamento quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó.

Aunque no se salve, será ineficaz el testamento si no se formaliza por los testigos ante el Auditor de guerra ó funcionario de justicia que siga al Ejército, procediéndose después en la forma prevenida en el art. 718.

Art. 718. (Antes inserto.)

d. En peligro de naufragio.

Art. 731. (Antes inserto.)

9. E. Por razón de la FORMA.

Único. Elevación á escritura pública de los hechos de palabra ó sin intervención de Notario.

Art. 704. (Antes inserto.)

§ 2.º

Jurisprudencia según el Código civil.

10. TESTAMENTO EN PELIGRO INMINENTE DE MUERTE.—Los arts. 700 y 702 del Código civil guardan entre sí íntima relación y hay que apreciarlos juntamente (1).

Según el art. 694 del Código civil, 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; que como únicas excepciones de esta regla general que modifica nuestro antiguo Derecho, se dispone en los arts. 700 y 701 de dicho Código, que puede otorgarse testamento ante los testigos que respectivamente señalan, y sin necesidad ó sin intervención de notario, si el testador se hallare en peligro únicamente de muerte ó en caso de epidemia; y que comprendiendo ambos casos de excepción, se establece en el art. 702 que se *escribirá el testamento siendo posible*, y no siéndolo, el testamento valdrá, aunque los testigos no sepan escribir (2).

La formalidad de la escritura, de la que no cabe prescindir, sino en el caso extremo de imposibilidad material, tiende á impedir que pueda falsearse la voluntad del testador con arreglos ó confabulaciones ulteriores, dando al acto del otorgamiento 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 civil, será nulo el otorgado sin observarse las formalidades respectivamente establecidas en todo aquel capítulo (3).

Para la validez del testamento á que se refiere el art. 700 del Código civil, es necesario, aparte otras circunstancias, que el testador se halle en inminente peligro de muerte, y que exprese su voluntad ante cinco testigos idóneos, ó sea, varones mayores de edad y vecinos ó domiciliados en el lugar del otorgamiento (4).

No tratándose de aplicar el precepto del art. 702 referente al testamento que no haya podido escribirse, sino de una disposición que se escribió y firmó, y se halla por ello comprendida sólo en el art. 700, no habiéndose observado en el otorgamiento formalidades establecidas en el cap. 1.º, tít. 3.º, lib. III del Código

(1) Sent. 16 Febrero 1891.

(2) Idem id.

(3) Idem id.

(4) Sent. 7 Octubre 1904.

civil, es procedente la declaración de nulidad, conforme al art. 687 del mismo Código y á la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1).

Tiene innegable analogía con el caso citado lo resuelto por la sentencia de 5 de Mayo de 1887, en la que se declaró la nulidad del testamento otorgado, hallándose el testador en innegable peligro de muerte ante cuatro testigos que únicamente le firmaron, de los seis que estuvieron presentes, verificándolo con posterioridad uno de los albaceas, que no había concurrido al acto (2).

Cuando los preparativos y aun el comienzo de un testamento se encaminaron al otorgamiento del que autoriza el art. 694 del Código civil, y se interrumpió por accidente que produjo la muerte del testador, no hay términos hábiles para atribuirlo *a posteriori* el carácter de definitivo, según el art. 700, al acto realizado en presencia de varios testigos, de los que sólo tres fueron convocados para asistir á la disposición testamentaria, circunstancia que contribuye á integrar la garantía de la autoridad y fidelidad de sus manifestaciones, de la que en absoluto carecen los que sólo accidentalmente se hallan presentes y escuchan con atención mayor ó menor, pero no obligada, lo que el testador dispone (3).

No cabe entender otra cosa cuando ni por el testador ni por otra persona alguna de los presentes al acto se hizo manifestación de la voluntad de aquél de testar en la forma del citado art. 700, siendo así que la expresión de dicha voluntad es la única que puede ser determinante de la validez de un testamento (4).

11. TESTAMENTO EN PELIGRO INMINENTE DE MUERTE Ó EN TIEMPO DE EPIDEMIA.—Las mayores facilidades que se dan para el otorgamiento de los testamentos á que se refieren los arts. 700, 701 y 702 del Código civil, no excluyen el cumplimiento de todos los demás requisitos esenciales que para el testamento abierto se exigen en la misma sección donde aquéllos se encuentran incluidos, siempre que sean racionalmente compatibles con las condiciones de su otorgamiento (5).

En el testamento escrito, otorgado de conformidad con lo dispuesto en el art. 702, debe hacerse expresión, en una ó en otra forma, de los testigos que concurran al acto del otorgamiento, por ser esto parte integrante y condición esencial de los testamentos de aquella clase, sin que pueda estimarse subsanada la falta de un testigo por una prueba posterior, atendida la sustantividad de las formas que el Código establece para la validez de los testamentos.

El párrafo final de dicho art. 702 demuestra esto mismo, pues sólo cuando no hubiese sido posible escribir el testamento, da el legislador eficacia al verbal, que ofrece menos garantías, y sólo entonces es cuando se impone la necesidad de justificar *a posteriori* la concurrencia de los testigos necesarios.

No observando la precedente doctrina, se infringen los arts. 700, 701, 702 y 687 del mismo Código (6).

(1) Sent. 31 Diciembre 1904.

(2) Sent. 8 Noviembre 1907.

(3) Sent. 9 Marzo 1908.

(4) Idem id.

Sent. 5 Mayo 1897.

ent. 5 Mayo 1897.

Para la validez del testamento otorgado ante testigos en cualquiera de las dos circunstancias extraordinarias á que se refieren los arts. 700 y 701 del Código civil, requiere el siguiente art. 702 que se escriba el testamento, sin admitir más excepción á esta regla que la de ser imposible escribirlo, y que, con arreglo á este precepto, rectamente entendido, no constituye causa obstativa para la escritura del testamento la imposibilidad de observar cualquiera de las demás formalidades esenciales, que, por hallarse establecidas para casos análogos y en cuanto sean racionalmente compatibles con la índole de esa forma de testar, han de guardarse en el otorgamiento, porque escribir un testamento no es lo mismo que otorgarlo con sujeción á determinadas formalidades, ni, menos aún, equivalente á tanto como á hacerlo perfecto, siendo, por el contrario, inconcuso que, aun tratándose de testamentos otorgados ante notario, constituye la escritura tan sólo uno de los requisitos formales que han de observarse, y que su objeto directo, aunque trascendental bajo diversos aspectos, se reduce á consignar por cierto el acto de otorgamiento, según y como hubiera tenido lugar, háyanse ó no observado las demás formalidades inherentes á la clase de testamento que se otorgue; lo cual demuestra que la imposibilidad de observar alguna de esas formalidades afectará á la validez del testamento, pero no á la posibilidad de escribirlo, y que, por constituir la escritura, siendo, como debe ser, fiel expresión de la verdad, una prueba indeleble del otorgamiento, preferida por la ley al testimonio falible de la memoria, mediante cuya prueba se evidencia la validez ó nulidad del testamento, tiene la observancia de tal requisito un valor sustancial que en modo alguno puede reputarse subordinada á la concurrencia de los demás requisitos, ni, por tanto, dispensarse, en otro caso, más que en el caso extremo de imposibilidad material, según ha delarado ya el Tribunal Supremo.

En el propio caso, declarándose la nulidad del testamento por la falta de aquel requisito, no siendo imposible su cumplimiento y declarándose abierta la sucesión intestada, no se infringen los arts. 694, 695, 696, 702 y 912 del Código civil, y 1.945 y 1.954 de la ley Procesal (1).

La eficacia y validez del testamento otorgado ante testigos, en cualquiera de las extraordinarias circunstancias á que se refieren los arts. 700 y 701 del Código civil, no depende únicamente del cumplimiento de las formalidades en esos preceptos consignadas, y del sustancial requisito de su escritura, que, como fiel expresión de la verdad, establece el 702 de ese mismo texto legal, sin otra excepción que la imposibilidad de realizarlo, sino que, además, es condición indispensable y esencial, á tenor del 679, que el testador manifieste, en presencia de las personas que deben autorizar el acto y quedar enteradas de lo que en él se dispone, cuál es su última voluntad; porque ésta no puede presumirse legalmente, ni tener virtualidad, cuando sólo se hace consistir en manifestaciones, á las que no precede acto alguno formal y serio que revele en el supuesto testador su deliberada resolución de testar, llenándose después los demás requisitos que la ley exige según los casos (2).

12. TESTAMENTOS SIN INTERVENCIÓN NOTARIAL.—Por estimar la Sala sen-

(1) Sent. 5 Noviembre 1902.

(2) Sent. 11 Febrero 1907.

tenciadora, según el resultado de las pruebas, que en el otorgamiento de una cédula testamentaria han intervenido cinco testigos y se han cumplido todos los demás requisitos exigidos por la ley, declarándola, en su consecuencia, válida y eficaz, no infringe los arts. 687 y 700 del Código civil, y 1.953 y 1.954 de la ley Procesal, porque la apreciación de la prueba testifical, como cuestión de mero hecho, es de la exclusiva competencia de la Sala y no puede ser combatida en casación (1).

Presentada una cédula testamentaria en tiempo hábil al juez competente para elevarla, en acto de jurisdicción voluntaria, á escritura pública, y hecho contencioso el expediente por la oposición de parte interesada, quedó suspendido el término para la resolución del mismo, y entendiéndolo así, no se infringe el art. 703, párrafo 2.º del Código civil (2).

Si bien en los testamentos son esenciales para su validez todas las formalidades ó solemnidades que el Código civil establece para cada uno de ellos, y la mayor facilidad que la ley concede para otorgar el testamento ante cinco testigos, sin necesidad de notario, cuando el testador se hallare en inminente peligro de muerte, no excluye el cumplimiento de los demás requisitos esenciales que para tal testamento abierto se exigen, siempre que sean racionalmente compatibles con las condiciones de su otorgamiento, debe tenerse en cuenta que cuando la disposición testamentaria se otorga conforme al art. 700, y se escribe, por deber así realizarse, siendo posible, es necesario distinguir entre aquellas solemnidades fundamentales del acto, para que conste la última voluntad del testador en la forma prevista por la ley, de aquellas otras que son meramente ritualidades de la escritura, que, aunque esenciales en la misma, cuando concurre notario, el cual es responsable, caso de no expresarlas, no lo son asimismo cuando el testamento se ordena conforme al art. 700, y se escribe como preceptúa el 702, ya porque aquél no dispone las fórmulas que el escrito debe contener, ya porque tal última disposición tiene su legal complemento en la elevación posterior á escritura pública, con arreglo á lo dispuesto en el art. 704 del Código y 1.953 de la ley Procesal, aplicable este último, así al testamento hecho de palabra como al escrito, según el art. 703, párrafo 2.º, y 1.952, respectivamente (3).

Si la cédula testamentaria aparece otorgada sin asistencia de notario, por no haberlo en la localidad, y sólo ante cuatro testigos, no puede estimarse subsanada la falta del quinto, en virtud de una prueba posterior, atendidas las solemnidades que la ley requiere para la validez de los testamentos, de las que no es dado prescindir, y que tienden á impedir que pueda falsearse la voluntad del testador con arreglos ó confabulaciones ulteriores (4).

(1) Sent. 23 Mayo 1905.

(2) Idem íd.

(3) Sent. 30 Septiembre 1907.

(4) Sent. 8 Noviembre 1907.

§ 3.º

Explicación.

13. Oportunamente hemos distinguido (1) los testamentos *comunes* de los *especiales*, y determinado el concepto de cada uno de ellos, así como las solemnidades y reglas de los primeros; procede aquí tratar de los segundos.

Los testamentos *especiales* que, según se ha dicho, no lo son más que por la *singularidad* de los supuestos de algunos, se caracterizan en este capítulo por la limitación temporal de su eficacia, y por estar afecto su otorgamiento á solemnidades especiales, aumentadas ó disminuídas en comparación con las requeridas para los testamentos *comunes*. Este aumento de solemnidades, con relación al tipo del testamento *común*, es la única base cierta para la determinación de todas las variedades de testamentos *especiales* que ofrece el Código, y no la impresión que la lectura de su índice de materias puede ofrecer, según el cual, y formando parte de su cap. 1.º, tít. 3.º, lib. III, después de haber tratado, en las secciones 4.ª, y 5.ª y 6.ª, de las tres especies de testamentos, *comunes*, *ológrafo*, *abierto* y *cerrado*, las tres siguientes 7.ª, 8.ª y 9.ª, se consagran cada una de ellas sucesivamente al testamento *militar*, al *marítimo* y al *hecho en país extranjero*; por lo que, á primera vista, podía creerse que no hay otras clases de testamentos especiales registrados por el Código que estos tres, y sin embargo, no es así.

14. Para ofrecer en toda verdad el contenido del Código, acerca de esta materia, ha de partirse de la base de reconocer la existencia de testamentos *especiales*, allí donde haya una diferencia de solemnidad de las establecidas para el testamento *común* de su clase; y á fin de apreciar, con alguna *sistematización*, esta doctrina excepcional de las solemnidades de los testamentos *especiales*, entendemos que de ella puede hacerse, sin otros motivos que los de la realidad legislativa que el Código presenta, la siguiente clasificación. Los testamentos son *especiales*:

- 1.º Por razón de la *persona* del testador.
- 2.º Por razón del *lugar* del otorgamiento.
- 3.º Por razón del *tiempo* en que se otorgan.
- 4.º Por estas tres circunstancias reunidas, ó sea por razón de *persona*, *lugar* y *tiempo*.
- 5.º Por razón de la *forma*.
- A. Por razón de la *persona del testador*.

(1) Caps. 6.º al 9.º de este tomo.