

8. GAIA: “Testamentu bidezko oinordetza”

I.-ARAUDIA

Kode zibila

II.-TESTAMENTUA: KONTZEPTUA, IZAERA JURIDIKOA ETA EZAUGARRIAK

Jakina denez, Kode zibilak 658. artikuluan honako hau dio: *la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley*. Oinordetza bere borondatez antolatzeke aukera ematen dio kausatzaileari legegileak, nahiz eta Kode zibilaren sisteman testamentua den onartu eta arautzen den *mortis causa* negozio bakarra [*mortis causa* dohaintzarekin batera, noski, KZeko 620. art], itunak debekatuta baitaude. Testamentuarekiko lehentasun argia erakusten du, gainera, 1889ko legegileak, *abintestato* oinordetza azken aukera gisa kontsideratuz.

Kodeak 667. artikuluan esaten du testamentua zer den: *el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento*. Honako elementu hauek osatzen dute definizio hori:

1.- **Egintza**: Kodeak hitz hori erabiltzen, hain zuzen ere, dohaintzaren definizioaren pareko bat emateko (*vid.* KZeko 618. art.). Egokiagoa litzateke esatea **negozio juridikoa** dela, egoera juridiko bat arautzera zuzentzen baita; jurisprudentziak, berriz, egintza edo negozio juridikoa dela adierazten du, epaiaren arabera. Negozio juridiko hori, izaeraz, aldebakarrekoa da, elementu eratzailea, funtsezkoa eta gidatzailea, kausatzailearen borondatea delako. Beraz, batetik, *testamentua azken borondatea adieraztea da*; baina, bestetik, borondate-adierazpen hori jasotzen duen *dokumentuari* ere testamentua deitzen zaio, kasu guzti-guztietan azken borondatea dokumentuz islatzen ez bada ere (KZeko 702. art.).

2.- **Pertsona fisikoak emana**, juridikoek ezin baitute beren azken borondatea adierazi (KZeko 39. art.).

3.-**Xedatzeko borondatea**: kausatzaileak, bere borondatea agertuz, mandatuak edo aginduak ezartzen ditu bere ondasunak xedatzeko. Aholkuak ematera edo erreguak egitera mugatzen bada ez dago testamenturik; gauza bera gertatzen da zirriborro bat besterik ez bada ere edo, zentzu berean, *iocandi causa* egindako adierazpenak. Bestalde, borondate-deklarazio horretan ez dago erreserba mentalik, ez eta simulaziorik, horiek frogatzea ezinezkoa delako kausatzailea hil eta gero; gainera, errebokatzeo aukerak konpon litzake bi arazo horiek.

(4) **Heriotza da egitate juridikoa**, berez testamentuaren kausa eta testamentuak eragina izateko epea: egintza, noski, bizi den bitartean egin behar du testamentugileak, baina egilea hiltzen denean hasiko da eraginak sortzen. Eztabaidatu daiteke ea zer den testamentua testamentugilea hil bitartean. Pentsa daiteke proiektu soil bat besterik ez dela, edozein momentutan egileak alda dezakeena eta, beraz, oraindik burutu gabe dagoena; edo, beste muturretik hartuta, egiten den unetik baliozkoa eta erabat burututako negozioa dela (horren erakusle litzateke 741. art.), nahiz eta efektuak *post mortem* izan. Azken hau litzateke ildo argiena: testamentua negozio juridiko perfektua da legegileak arautzen dituen formaltasun guztiekin egiten bada, nahiz eta errebokagarria izan eta testatzaileak nahi duen testamentu beste egin hil arte.

(5) **Ondasunak**: ondareari buruzko negozio juridikoa da. Definizioaren arabera, ondasunei buruzko xedapenak osatzen dute testamentuaren edukia, nahitaez. Hala ere, ondasun guztiei buruzko xedapenak egitea ez da beharrezkoa. Xedatzen ez diren ondasunak, *abintestato* oinordetzaren bidez helduko dira oinordekoengana. Badago defendatzerik, hala ere, ondareari buruzko xedapenik jaso ez arren, testamentua *mortis causa* negozioa litzatekeela, Kode Zibileko 741. artikulua oinarritzat hartuz gero, beste mota bateko xedapenak dituen bere baitan: kausatzailearen seme-alabentzat tutore bat izendatzea, seme-alaba bat errekonozitzea, albazea baten izendapena, eta abar. Gerta liteke, beraz, ondarezko edukina izatea testamentuak, ondarezkoa ez den edukina gordetzea edo eta mistoa izatea, ondarezko xedapenak eta ez ondarezkoak, alegia.

AGE 1958/11/24 (RAJ 3800) : "El testamento, en nuestro Derecho Civil Común, es un acto o negocio jurídico solemne, en principio, unilateral y esencialmente revocable, otorgado por persona capaz con la intención seriamente declarada de producir, para después de la muerte de su autor, consecuencias eficaces en derecho, con mandatos inequívocos para regular la sucesión ante posibles divergencias de los interesados, deducidos por el intérprete de la voluntad real del causante que suele coincidir, en la generalidad de los casos, con la externamente manifestada para el exacto conocimiento de todos, y por ello, es obvio que las admoniciones, ruegos o consejos, no elevados por el de *de cuius* al rango de normas de la delegación hereditaria y de obligado acatamiento para los herederos, no producen acciones viables en justicia en orden a su

estricta ejecución, ya que de otro modo se equipararía el mero deseo de índole sentimental o efectivo con las disposiciones testamentarias en sentido propio descansando aquellos ruegos más en la conciencia que en la protección jurídica, confiriéndose a los favorecidos con ellos simples esperanzas de adquisición”.

Testamentuak, honako **ezaugarri** hauek biltzen ditu:

1.-**Aldebakarreko egintza edo negozio juridikoa da:** testamentugilea bera nahikoa da egintza hori burutzeko, beste inoren parte-hartzerik gabe. Beste kontu bat da jaraunsleek onartu beharra oinordetza eskuratzeko eta, beraz, horretarako testamentuaren berri izatea; egitate horrek ez du testamentuaren baliozkotasuna ukitzen.

2.-**Ez da inori helarazi beharreko negozioa:** oinordetza irekitzen denean, berez hedatzen dira bere efektuak, inork testamentuaren berri ez badauka ere. Horregatik, halaber, jaraunsleak jaraunspena onartzea aldebakarreko negozio juridikoa da, testamentuan eraginik ez duena; balioko du jaraunspena eskuratzeko, baina testamentuko adierazpenetan ez du inolako eraginik.

3.-**Unipertsonala da:** bakoitzak bakarrik egiten du bere testamentua; alegia, bi pertsonak edo gehiagok ezin dute bere azken borondatea testamentu berean agertu. Horregatik, Kodeak ez ditu onartzen hala testamentu mankomunatua (κzeko 669. eta 733. art.ak), nola oinordetzako kontratua (κzeko 1271.2. art.).

4.-**Izaeraz txit pertsonala da,** Kodeko 670. artikulua zera baitio: *el testamento es un acto **personalísimo**: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.* Hala ere, badaude zenbait ahalmen beste norbaiten esku utz daitezkeenak (κzeko 671., 831. eta 1057.1. art.ak); eta, ordezpen pupilarrez edo kuasi-pupilarrez, aurreko ahaideek bere ondorengoen ordez testamentua egiteko aukera ematen da, baina batik bat salbuespen gisa (κzeko 775. eta 776. art.).

5.-**Formala eta solemnea da,** Kode Zibileko 687. artikulua argi uzten baitu: *será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las **formalidades** respectivamente establecidas en este capítulo.* Azken borondatea adieraztea egintza garrantzitsua eta erabakigarria da; horregatik, borondatea bermatzeko eta, ahal den neurrian, zalantzak uxatzeko edo argitzeko, hainbat formalitate eskatzen dira.

6.-**Errebokagarria da,** Kodeko 737. artikulua agintzen duenez: *todas las disposiciones testamentarias son esencialmente **revocables**, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas.* Izaeraz errebokagarria izateak badu arrazoi bat, ez baitu eragin juridikorik harik eta emaila hil arte; beraz, nahi adina alda daiteke eta azken testamentuak bakarrik zehaztuko du kausatzailearen borondatea.

7.-Librea da: *será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude (κzeko 673. art.); el que con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero abintestato, otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido (κzeko 674. art.).*

Ez dira beharrezkoak, eta, beraz, honako hauek **ez** dira ezaugarriak:

(1) Liberaltasuna edo doakotasuna: jaraunsleak onartze soila egiten badu galerak izan ditzake, beraz, testamentuak ez du beti aktiboa kudeatzen eta irabazia suposatzen oinordekoentzat.

(2) Jaraunslea izendatu beharrik ez dago (κzeko 764. art.): legatudunak bakarrik izenda daitezke jaraunspen osoan, hala nahi badu kausatzaileak.

Testamentuaren mamiari begira, edukiz nahitaezkoa dela esan behar da [derrigorrez betearazi behar dena kausatzailea hil ostean]; izan ere, emailearen mandatuak eta aginduak jasotzen ditu, hiltzen denerako eta bere ondasunei buruz; lehenago ere adierazi denez, erreguak eta aholkuak bakarrik jasoko balitu, ez litzateke testamentua izango.

Testamentuak, normalean, honelako xedapenak jasotzen ditu (adibide gisa balio dezaten, inolako nahitaezkotasunik ez baitago):

(1) **Ohiko adierazpen tipikoak**, alegia, legearen barruan daudenak:

(1.1) Nagusiak: izendapenak (jaraunsleak edota legatudunak) eta baldintzak (esekitzaileak edota suntsiarazleak), edota kargak.

(1.2) Akzesorioak: aurreko testamentuak errebokatu, administratzeari buruzko erabakiak aurreikusi, jaraunspena banatu, albacea izendatu, eta abar.

(2) **Aparteko adierazpenak**, alegia, ohikoak ez direnak:

(2.1) Tipikoak: ezduinak onartu, filiazioa aitortu, eta abar.

(2.2) Atipikoak: fundazioak eratu, bere gorpuarekin eta idazkiekin zer egin adierazi, eta abar.

(3) **Egintza juridiko soilak** (borondatea agertu baino, adierazpenak egitea): zorrak aitortu, ondasunak norenak diren adierazi (κzeko 861. artikulua eraginetarako edo ezkontzako eraentza ekonomikoa kitatzeko), eta abar.

III.-TESTAMENTUA EGITEKO GAITASUNA

Testu honen lehen azalpenetan, oinordeko izateko gaitasuna aztertu da eta, orain, berriz, kausatzaileak baliozko testamentua egiteko behar duen gaitasuna azaldu behar da.

Kode Zibilak 662. eta hurrengo artikuluetan biltzen ditu testamentugilearen gaitasunari buruzko arauak. Lehenak adierazten du arau orokorra: *pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente*. Beraz, hasteko, gaitasunik zabalena ezartzen da hemen ere: pertsona fisiko guztiek badute gaitasun hori, baldin eta legeak debekatzen ez badie esanbidez. Ondorioz, ezgaitasuna salbuespenezkoa da eta, beraz, testamentugileak gaitasuna duela uste izango da kontrakoa —hau da, ezgaitasuna—frogatzen ez den bitartean. Norbait konkurtso egoeran baldin badago, ez du ahalmena galtzen, baina ezin ditu alde batera utzi konkurtsoak herentzian sortzen dituen eraginak (KLko 40.6.2. art.).

AGE 1987/4/10 (RAJ 2549) : “Es un principio general indiscutido en cuanto sancionado por el Código Civil y confirmado por la jurisprudencia, el de que la capacidad de las personas se presume siempre, mientras que su incapacidad, en cuanto excepción, debe ser probada de modo evidente y completo”.

Testamentua egiteko ezgaia izateko kausak bi motakoak dira:

1.-Kausa fisikoak: zenbait pertsonen, ezgaitasun fisikoak dituztela eta, ezin dituzte testamentua egiteko Kodeak eskatzen dituen formalitateak bete. Adibidez, testamentu olografoa egiteko, idazteko gaitasuna behar da; edo idazten eta irakurtzen ez dakiten gor-mutuek ezinezkoa dute hainbat testamentu egitea: olografoa (Kzeko 688. art.), itxia (Kzeko 708. art.) edo irekia (Kzeko 695. art.). Kasu askotan, ezgaitasuna erlatiboa da, zenbait testamentu mota egiteko ezintasuna besterik ez baitago.

2.-Kausa juridikoak (salbuespenak): Kode Zibileko 663. artikulua araberak, testamentua egiteko gaitasunik ez dute:

2.1.-*Los menores de catorce años de uno y otro sexo:* beraz, hamalau urte da testamentua egiteko adina; baina, testamentu olografoa egiteko, hemezortzi urte behar dira (Kzeko 688. art.). Esan ohi da ez ote den adin txikiegia, kontuan izanda,

gainera, xedatzeko negozio juridikoak egiteko adin-nagusia edo emantzipatua izatea eskatzen dela. Hala bada ere, ez da ahaztu behar testamentua izaeraz errebokagarria eta txit pertsonala dela.

De uno y otro sexo esapideak ere badu azalpena. Kodea eman aurretik zegoen araudian, testamentua egiteko gaitasuna eta ezkontzekoa parekatuak zeuden: emakumezkoek hamabi urte eta gizonezkoek hamalau. Horregatik, testamentua egiteko gaitasunerako adin berbera ezartzeko aipatzen du emakumezkoen eta gizonezkoen arteko berdintasuna Kodeak. Hala ere, egun esamoldeak bere zentzua galdu du.

2.2.-*El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.* Testamentugileak gai izan behar du ezartzen dituen xedapenak ulertzeko eta hori dela nahi duena erabakitzeko. Araua osatzeko, Kode Zibileko 685. artikulua zera aurreikusten du: notarioak ziurtatu behar du (*deberá asegurarse; cfr. 696. eta 707.4. artk.*) eta, behar izanez gero, espediente ireki dezake ziurtatzeko (mediku baten eritzia eskatuz), testamentugileak baduela testamentua egiteko legezko gaitasuna; eta lekukoak, beren aurrean bakarrik egiten bada testamentua, ahaleginduko dira hori ziurtatzen (*procurarán asegurarse; cfr. 685., 700. eta 701. artk.*).

Arauk berak bereizten duenez, bestalde, ezgaitasuna izan daiteke ohikoa edo, hala dagokionean, akzidentala; alegia, pertsona, berez, zentzuduna da, baina une horretan ez du gaitasunik, esaterako, drogaturik dagoelako. Alderantzizkoa ere gerta daiteke: normalean zentzurik gabekoa dena momentu batean bere zentzura etorri eta baliozko testamentua egin dezake une horretan.

AGE 2001/2/15 (RAJ 2051): “La contundencia demostrativa necesaria para desmoronar la presunción de capacidad para testar y que a modo de declaración general contiene el artículo 662 del Código Civil, que ha de relacionarse con el 663 en cuanto emplea la expresión de cabal juicio y con el 664 que la explica al referirse a la enajenación mental, lo que permite una amplitud interpretativa para abarcar a todas las personas incapaces de gobernarse por sí mismas, conforme declara el artículo 200 (Sentencia de 19-9-1998), es decir no sólo aquellas declaradas incapaces por resolución judicial, sino también a las que resulten afectadas de mera incapacidad de hecho que ha de resultar suficientemente y concluyentemente acreditada. La insania mental, dice la sentencia de 8-6-1994, exige actividad probatoria dotada de la seguridad precisa de que efectivamente concurrió”.

Norbait (epai bidez, noski) desgaitua baldin badago (κzeko 199. art.), eraientza berezia aurreikusten du Kodeko 665. artikulua: *siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.*

a) Arauak formalitate bat eskatzen dio ezgaituari: **notarioaren parte-hartzea**. Beraz, haren parte-hartzerik gabeko testamenturik ezin du egin ezgaituak, baldin eta epaian bestelakorik xedatzen ez bada. Horrenbestez, testamentu irekia eman dezake zalantzarik gabe, eta, duda egin badaiteke ere, testamentu itxia ere egin dezake, zeren, azken finean, egiten ari denaz eta bere testamentuaren edukiaz jabetzen baita.

b) Formalitate berezia eskatzen da: **bi adituk parte hartzea**. Eta, hala, notarioa eta lekukoak agertzeaz gain, adituek ere agertu behar dute (formaltasun bat gehiago). Ezgaitua aurrez aztertua izango dute adituek, noski, baina egintza ematerakoan ere agertu behar dute, baldin eta beren iritzia aldekoa bada (ziurtasunez eta ez ustez).

d) Adituek emandako iritziaren balioa: izaeraz ez da *iuris et de iure* presuntzioa, *iuris tantum* baizik. Beraz, testamentua inpugnatu eta frogatzen bada berau egiteko momentuan egilea ez zela gai, testamentua baliorik gabe utziko da: bi adituk egiaztatu beharko dute gaitasuna, hori lortzea gauza zaila bada ere.

Gaitasuna, noski, testamentua egiteko garaian behar da: *para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento* (κzeko 666. art.); *el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido* (κzeko 664. art.). Hain zuzen, horregatik, notarioak eta lekukoek adierazi behar dute beren ustez testamentugileak baduela testamentua egiteko gaitasuna, une horretan egiten ari delako eta orduan balioetsi behar delako gaitasuna; ezer adierazten ez bada, tetamentua deuseza da. Adierazpen hori, noski, presuntzioa da, izaeraz *iuris tantum*.

AGE 1982/10/7 (RAJ 5545): "La doctrina jurisprudencial ha establecido en línea invariable los siguientes principios orientadores: 1.º Toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y por consecuencia ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción *iuris tantum* que se ajustan a la idea tradicional del *favor testamenti* y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insanía

mental. 2.º Aunque la apreciación afirmativa de capacidad hecha por el Notario y los testigos en el testamento público puede ser destruida en el correspondiente proceso declarativo demostrado que en el acto de otorgarlo no se hallaba el testador en su cabal juicio, está prueba no deberá dejar margen racional de duda, puesto que la aseveración del fedatario autorizante reviste especial relevancia de certidumbre. 3.º La cuestión referente al estado mental del testador tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia, asistida de la potestad de valorar libremente la prueba pericial, sin más sujeción que la pauta que ofrecen las reglas de la sana crítica, según disponen los arts. 1243 del C. Civ. y 632 de la Ley Procesal, armonizándola con la resultancia de los demás elementos de convicción, pues el dictamen de los técnicos dejó de constituir el llamado «juicio de peritos» contemplado en la Ley de Enjuiciamiento de 1855 y quedó reducido a simple medio probatorio no vinculante para el Juzgador”. Antzekoa, AGE 1995/4/26 (RAJ 3256).

IV.-TESTAMENTU MOTAK

Sailkapena legeak berak ezartzen du, Kode Zibileko 676. eta hurrengo artikuluetan. Lehen artikulua horrek honako hau dio: *el testamento puede ser común o especial; el común puede ser ológrafo, abierto o cerrado.*

1.-**Testamentua arrunta** da inguruabar berezirik ez duena. Testamentu arrunta izan daiteke:

1.1.-**Olografoa**: *se llama olografo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 688 (kzeko 678. art.).*

1.2.-**Irekia**: *es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone (kzeko 679 art.).*

1.3.-**Itxia**: *el testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto (kzeko 680 art.).*

2.-**Testamentua berezia** izango da zenbait inguruabar berezietan egiten bada. Funtsezko elementua inguruabar berezi hori izanik, testamentu horretaz baliatu nahi duenak inguruabar hori frogatu beharko du, eskatzen diren formaltasunak betetzeaz gain.

2.1.-Kode Zibileko 677. artikulua inguruabar bereziei lotutako honako testamentu hauek aipatzen ditu: *se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero:*

(a) **Militarra**: *en tiempo de guerra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás*

individuos empleados en el ejército, o que sigan a éste (κzeko 716. art.).

(b) **Itsasoan eginikoa**: *los que durante un viaje marítimo vayan a bordo* (κzeko 722. art.).

(c) **Atzerrian egindakoa**: *los españoles podrán testar fuera del territorio nacional (...); también podrán testar en alta mar durante su navegación en un buque extranjero* (κzeko 732. art.).

2.2.-Horietaz gain, honako hauek ere bereziak dira:

(a) **Hiltzeko arriskuan egindakoa**: *si el testador se hallare en peligro inminente de muerte* (κzeko 700. art.).

(b) **Izurrite-aldian egindakoa**: *en caso de epidemia* (κzeko 701. art.).

V.-TESTAMENTUAREN FORMALTASUNAK

Kode Zibilak eskatzen dituen formaltasunak bete behar dituzte testamentuek. Betekizun formal horien artean, batzuk orokorrak dira, testamentu guztiek errespetatu beharrekoak, eta besteak, berriz, bereziak, testamentu mota bakoitzari dagozkionak.

Lehenago adierazi denez, betekizun formalak ez betetzeak testamentua deuseztat jotzea dakar: *será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo* (κzeko 687. art.); beste zenbait artikulutatik ere, arau bera ondorioztatzen da (κzeko 688., 705. edo 715. art.ak).

Espainiar Auzitegi Gorenak oso zorrotz jokutzen du betekizun formalak eskatzeko orduan; edozein motatako hutsegiterik balego, testamentua deuseztatu litzateke. Azken batean, betekizun horiek kausatzailearen borondate-adierazpena bermatzeko jartzen dira eta, formaltasunen bat falta bada, zalantzan jar daiteke borondate-adierazpena benetakoa edo zuzena ote den; zalantzarik balego, atzera botatzen da testamentua, ezinezkoa baita kausatzaileak –hilda dagoelako- ezer adieraztea. Dena den, 30/1991 Legeak, abenduaren 20koak, testamentuei buruzko Kodeko zenbait artikulua aldatzeko emanak, zenbait betekizun samurtu zituen.

Betekizun bereziak testamentu mota bakoitzari dagozkionez eta beren lekuan azalduko direnez, betekizun orokorrak bakarrik aztertuko dira orain.

Betekizun orokorrak azaltzeko, parte hartzen duten subjektuen ikuspegitik abiatu behar da:

1.-**Testamentugilea.** Bi gauza hauek ziurtatzea behintzat ezinbestekoa da: identitatea eta gaitasuna; bereziki, azken hori, emailea hil eta gero ezin baita ziurtatu. Kontuan izan behar dira Kodeko honako bi artikulua hauek:

1.1.- 685 artikulua: *el Notario deberá conocer al testador y si no lo conociese se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas. También deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. En los casos de los artículos 700 y 701, los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad.*

1.2.- 686 artikulua: *si no pudiese identificarse la persona del testador en la forma prevenida en el artículo que precede, se declarará esta circunstancia por el Notario, o por los testigos en su caso, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo. Si fuere impugnado el testamento por tal motivo, corresponderá al que sostenga su validez la prueba de la identidad del testador.*

Lekukoek ardura bera izango dute, noski, notarioaren parte hartzerik gabeko testamentuetan; horregatik, testamentugilea nor den egiaztatzeko lekukoak ere ager daitezke: LEKUKO IDENTIFIKATZAILEAK.

2.-**Baimentzailea, normalean notarioa.** Kodeko 694. artikulua zehazten du testamentua egilesteke notario eskuduna zein den: *el testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento. Sólo se exceptuarán de este regla los casos expresamente determinados en esta misma Sección.* Testamentu irekiari buruzko araua da, baina itxiari ere aplika dakioke. Beraz, dagokion notaritzako eskumena duen notarioa behar du izan; bere eremutik kanpo ez dute eskumenik notarioek, habilitazio berezia ez badu behintzat.

3.-**Lekukoak.** Zenbait testamentutan, lekukoek parte-hartzea eskatzen da funtsezko betekizun gisa; edo ziurtatzeko egintza nola egin den, nagusiki emailearen borondatearen aurkako erasoak ekiditeko, edo testamentugileari bere borondatea adierazten laguntzeko, batik bat

notariorik ez dagoenean [lekukoak, beraz, identifikatzaileak izan daitezke soilik, edo eta egislestean parte-hartze zuzena izan; edo biak batera]. Gainera, testamentua izan badela ziurta dezakete eta, gehienetan, beraren edukia ere bai. Lekukoak testamentugileak berak izendatzen ditu. Lekukoa izateko, noski, gaitasuna behar da; legeak zehazten ditu lekukoa izateko baldintzak:

3.1.-Kodeko 681. artikulua: *no podrán ser testigos en los testamentos:*

(a) *Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701.* Emantzipatutako adin-txikikoak lekuko izan daitezke, heldutasuna badutelako eta gaitasun hori murriztu ez zaielako (κzeko 323. art.).

(b) *Los ciegos y los totalmente sordos o mudos.*

(c) *Los que no entiendan el idioma del testador.*

(d) *Los que no estén en su sano juicio.* Testamentugileei buruzko araua, Kodeko 665. artikulukoa, analogiaz lekukoei aplikatzea eztabaidatu daiteke, baina analogia aplikatzeko ukanbeharra -aplikatzeko beharra, kausa gisa ez da ematen.

(e) *El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo.*

3.2.-Testamentu irekian, lekuko izateko ezgaitasun berezia aurreikusten da: *en el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. No están comprendidos en esta prohibición los legatarios ni sus cónyuges o parientes cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario* (κzeko 682. art.). Arau hori Kodeko 754. artikuluekin bat dator.

3.3.-Bizkaiko zuzenbide zibilean, 30. atalak zera dio: *Bizkaiko lurralde guztian Eskribau aurrean egindako ezein testamentutan ez da lekukorik behar izango, testamentu-egileak berak edo egiaztatzen duen Eskribauak horrela eskatzen ez badute behintzat.*

Edozein kasutan, testamentua egiten den garaia da gaitasuna balioesteko unea: *para que un testigo sea declarado inhábil, es necesario que la causa de su incapacidad exista al tiempo de otorgarse el testamento* (κzeko 683. art.). Esate baterako, testamentuan parte hartu ondoren erotzen bada, testamentu hark balioko du.

Hizkuntzari dagokionez, Kodeko 684. artikulua, lehenik, bertako hizkuntza ofizialak arautzen ditu: *Cuando el testador exprese su voluntad en lengua que el Notario no conozca, se requerirá la presencia de un intérprete, elegido por aquél, que traduzca la disposición testamentaria a la oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el Notario. El instrumento se escribirá en las dos lenguas con indicación de cuál ha sido la empleada por el testador. Gero, atzerriko hizkuntzei buruz mintzo da: El testamento abierto y el acta del cerrado se escribirán en la lengua extranjera en que se exprese el testador y en la oficial que emplee el Notario, aun cuando éste conozca aquélla.*

VI.-IRAKURGAIAK

1. Oinordetza eta dohaintza

BELUCHE RINCÓN, Iris (1999): "La donación *mortis causa* (desde la prohibición de pactos sucesorios)", *Anuario d Derecho Civil*, 1057-1108.

DORAL GARCÍA, José Antonio (1993): "Donaciones *mortis causa* en el Derecho Civil y en el Derecho Civil de Navarra", *Revista Jurídica de Navarra*, 89-119.

FERNÁNDEZ OTERO, José Ramón (1995): "La donación según el Código Civil", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995-3, 411-430.

2. Betekizunak

HERRADA ROMERO, Rafael-Ignacio (2000): "Algunas consideraciones sobre el plazo *ex artículo 831 del Código Civil*", *Revista de Derecho Privado*, 838-855.

MARTÍN FERREIRA, María Del Pilar (1993): "La idoneidad de los testigos en los testamentos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 617. zb., 863-902.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María (1973): "La interpretación del testamento en el Derecho común", *Revista de Derecho Privado*, 281-308.

VII.-KOMENTATZEKO TESTUAK

(1) AGE 2003/7/28: "El núcleo esencial de la presente contienda judicial y que trasciende el motivo casacional, parte de la base de traer a colación el contenido del documento suscrito el 8 Nov. 1990,

que dice lo siguiente: «Que D.^a Lucia I. A., por razones que no interesa explicar, se compromete a satisfacer a su hija D.^a M.^a Pilar Z. I. la cantidad de 15.000.000 ptas. que promete satisfacerle, bien entendido que D.^a M.^a Pilar se compromete a su vez a no reclamar dicha suma durante la vida de su madre...». La referida María Pilar Z. I. es la parte recurrente en casación. Pues bien, el *quid* de la cuestión es determinar si dicho documento plasma una donación *mortis causa* --regulada en el art. 620 del CC--, que es la tesis de la sentencia recurrida, o supone una donación *inter vivos* --recogida en el art. 621 de dicho CC-- y que es la tesis de la parte recurrente. En otras palabras, si el contenido y efectos del mismo ha de estar enclavado y regulado por las disposiciones testamentarias, o, de darse el segundo supuesto, por las normas del contrato. En conclusión si ha de producir sus efectos a partir de la muerte del donante o desde el instante mismo de la plasmación escrita del referido documento.

Dicho lo anterior, hay que proclamar que la tesis, tanto de la sentencia de primera instancia como la de la recurrida es la correcta al determinar que la donación especificada en el documento de 8 Nov. 1990 es una de las constituidas con carácter *mortis causa*.

En efecto, si partimos de la base que la donación es *mortis causa* o, en su caso *inter vivos* en razón a que produzca sus efectos por muerte del donante o desde el mismo momento de su constitución, y que las de la primera clase el donante dispone de lo donado pero sin quedar vinculado en el acto o sea de inmediato, y el donatario sólo podrá hacer suyos los bienes donados a la muerte del donante. No cabe decir otra cosa, partiendo de la antedicha base, que en el referido documento surge indubitadamente la figura de una donación *mortis causa*.

Y así es, porque del escrito en cuestión, no se puede inferir que D.^a Lucía procediera a efectuar una donación de presente con la pérdida lógica del dominio y disposición de lo donado, desde el instante mismo que su hija se compromete a no hacer reclamación alguna sobre este hecho, acto que sería ilógico si ya tuviera la propiedad plena de lo donado, propiedad que sólo podrá surgir a partir de la muerte de la donante --se habla literalmente de «durante la vida de su madre»--. En otras palabras, que la donación la hizo la madre de la parte recurrente a ésta sin intención de perder la libre disposición de lo donado, y que la donación en cuestión surtiría sus efectos al terminar la vida de la donante, que es lo especificado en el documento. Esta tesis interpretativa está avalada por la DGRN R 6 Mar. 1997.

Y llega ahora el momento de decir, que al surgir en el presente caso la subsunción de los hechos en la figura de una donación *mortis causa*, ésta no producirá sus efectos hasta que cumpla todos los requisitos de las disposiciones testamentarias (S 25 Jul. 1996, entre otras muchas).

Y en el presente caso, es incontrovertido que la referida donación no ha cumplido los requisitos que exige la plasmación de una voluntad en testamento, y ni siquiera dentro de la modalidad del ológrafo, ya que el documento referido fue redactado sin autografía total -requisito indispensable-".

(2) Es causa de incapacidad para testar el no hallarse en su cabal juicio (artículo 663, 2º, Código civil) al tiempo de otorgar testamento (artículos 664 y 666 del Código civil). Sobre esta cuestión, es doctrina jurisprudencial que:

(a) La incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (Sentencia 25-IV-1959).

(b) No bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentifacción y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (Sentencia 25-X-1928).

(c) Que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (Sentencia 18-IV-1916).

(d) Que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1) La edad senil del testador, "pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrepito y achacoso, ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a ésta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (Sentencia 25-XI-1928). 2) Que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si éstos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (Sentencia 25-X-1928).

(e) No obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos (Sentencia 28-XII-1918).

(f) La sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (Sentencia 1-II-1956), pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (Sentencia 25-IV-1959); de modo que, en orden al

derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción *iuris tantum* que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario "evidente y completa" (Sentencias 8-V-1922; 3-II-1951), "muy cumplida y convincente" (Sentencia 10-IV-1944; 16-II-1945), "de fuerza inequívoca" (Sentencia 20-II-1975), cualquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aun en estado latente en el sujeto (Sentencia 25-IV-1959), pues ante la dificultad de conocer dónde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (23-II-1944; 1-II-1956).

(g) La falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre "cumplidamente" en vía judicial su incapacidad, destruyendo la "enérgica presunción *iuris tantum*" (Sentencias 23-III-1894; 22-I-1913; 10-IV-1944; 16-II-1945), que revela el acto del otorgamiento, en el que se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el Notario (Sentencia 23-III-1944).

(h) Restando por añadir que la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz, lo que no implica que puedan intervenir, especialmente si el Notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante (Sentencias 18-IV-1916; 16-XI-1918), pues el artículo 665 del Código Civil, no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado (Sentencia 27-VI-1908).

(i) No ha de constar expresamente en el testamento la apreciación por los testigos de la capacidad del testador, según el Código civil en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre), el artículo 685 disponía: también procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar; en el caso del Notario, exigía el artículo 695, último párrafo, que lo hiciera constar expresamente en el testamento, pero no se dispone lo mismo para los testigos por lo que, si no consta su apreciación, no es un defecto de forma que dé lugar a la nulidad (S 12-05-1998).

(3) AGE 1974/5/16 (RAJ 3220): Entre los requisitos legalmente exigidos para que las expresadas disposiciones testamentarias sean válidas y de cuyo cumplimiento debe dar fe el Notario, figuran:

(a) Que los testigos instrumentales que concurren a su otorgamiento se hallen en presencia del testador (art. 678) y lo vean (art. 694, párraf. 1.º), o, como se indicó en la Ley Primera, Título XVIII,

Libro X de la Novísima Recopilación “estén presentes a lo ver”; tanto para que el acto se celebre con la unidad –uno contextu actus testari oportet- a que aludía el fragmento 21 núm. 3, del Título I, Libro XXVIII del Digesto, y que actualmente impone el párrafo 1.º del art. 699 del referido Código; como, para que tales señores puedan garantizar la verdadera personalidad del otorgante, evitando de ese modo la posibilidad de suposiciones o suplantaciones, razón por la cual no pueden ejercer esa función los ciegos (arts. 681 núm. 1 y 1246 núm. 2) y las monjas de clausura deben descubrir su rostro ante quienes intervengan en los documentos públicos de esta clase en que sean protagonistas (art. 168 núm. 3 del Regl. De 2 de junio de 1944), habiéndose, además, declarado en la sentencia de 3 de diciembre de 1904, la nulidad de un testamento por no hallarse simultáneamente reunidas la totalidad de las personas, anteriormente relacionadas.

(b) Que los referidos testigos entiendan al testador (art. 694 párraf. 1.º) y queden enterados de sus manifestaciones (art. 679), para lo cual habrán de oírle y comprender su idioma, quedando excluidos de semejante cometido quienes no se encuentren en esas condiciones (arts. 681 núms. 3.º y 4.º), puesto que su misión consiste en atestiguar la coincidencia entre lo expresado por el fedatario y las declaraciones de aquél, que, para su confrontación, deberán serles leídas en alta voz (art. 695 párraf. 2.º).

(c) Que aun cuando siguiendo el criterio adoptado por la Ley 11, Título V, Libro II del Fuero Juzgo, el testamento pueda ser firmado por persona distinta del testador, es imprescindible para que tal sustitución no se sancione con la nulidad, como expresan las sentencias de esta Sala de 16 de febrero de 1956 y 27 de septiembre de 1968, en armonía con el párraf. 2.º del art. 695 de la Ley civil sustantiva, que dicho señor manifieste no poder o no saber hacerlo, que ruegue a aquél lo haga a su nombre y que ambas circunstancias se hagan constar bajo fe del autorizante.

(4) AGE 1984/2/13 (RAJ 648): El testamento mancomunado prohibido por el mencionado art. 669 del C. Civ. es aquel que contiene en un solo acto o instrumento las declaraciones de última voluntad de dos personas, y caracterizado, por tanto, por su unidad instrumental, no por su contenido, situación que no se da en el caso de litis, pues, por una parte, el testamento abierto de 13 marzo 1967 es otorgado única y exclusivamente por el señor M., sin que pierda su carácter individual por el hecho de que manifieste el «acuerdo con su consorte» respecto a la división o adjudicación de ciertos bienes, entre ellos el que tenía en proindiviso con su esposa; y, por otra parte, las llamadas notas, codicilos o memorias testamentarias -a las que la sentencia atribuye naturaleza distributiva y no dispositiva y el recurrente carácter de disposición mortis-causa- están escritas y firmadas únicamente por el señor M. y en ellas se contiene única y exclusivamente su unilateral declaración de voluntad, sin que tal carácter individual y unilateral se pierda por la circunstancia de que

a continuación, pero en acto o diligencia independiente, estén aceptadas por su esposa, lo que impide considerar el acto como mancomunado, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de tales notas.

(5) AGE 1995/11/27 (RAJ 8717): Aunque la apreciación afirmativa de capacidad hecha por el Notario y los testigos en el testamento público puede ser destruida en el correspondiente proceso declarativo, la prueba de que el testador no se hallaba en su cabal juicio no deberá dejar margen a la duda. También es cierto que no basta una casi seguridad en los facultativos. Y que la senilidad o senectud, como estado fisiológico, es diferente a la demencia senil, como estado patológico, de manera que es igualmente admisible en términos generales que «la expresión cabal juicio del núm. 2 del art. 663 del Código Civil, no hay que entenderla en su sentido literal de absoluta integridad sino más bien en el de que concurren en una persona las circunstancias y condiciones que normalmente se estiman como expresivas de la aptitud mental». Aún hemos de añadir nosotros que la aseveración notarial respecto de la capacidad de testamentación del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción «iuris tantum» de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario (Sentencias de 21 junio 1986, 10 abril 1987, 26 septiembre 1988, 13 octubre 1990).