

9. GAIA: “Testamentu motak”

I.-ARAUDIA

Kode Zibila.

Euskal Herriko Foru-zuzenbide zibilari buruzko Legea.

Nafarroako Foru Berria

Hagako Hitzarmena, 1961eko urriaren 5ekoa, testamentu-xedapenek bete beharreko formaren gaineko lege-gatazkei buruzkoa (EBO 1988/8/17).

II.-TESTAMENTU IREKIA

FORMULAZIOA: KZeko 679. artikulua. Testatzaileak bere borondatea testamendua baimendu behar dutenen aurrean plazaratzen du eta hauek jakinaren gainean geratzen dira.

ARAUDIA: KZeko 679-705. Araudi honek aldaketa batzuk jaso ditu 30/1991 Legearen eraginez, lekukoan derrigortasunari dagokionez, batez ere.

EGILESTEKO MODUA:

1.-Kode Zibileko 694. artikulua zera dio: *el testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento*. Testamentu motarik erabiliena da, bere edukia osatzen laguntzen duelako notarioak.

1.2.-Egiteko modua, berriz, Kodeko 695. artikulua ezartzen du: testamentugileak notarioari adieraziko dio bere azken borondatea, ahoz nahiz idatziz; notarioaren zeregina da borondate hura idatziz jasotzea eta zuzen islatzea; noski, beti adierazi beharko ditu lekua, urtea, eguna eta ordua; gero, irakurtzeko emango dio testamentugileari edo, bestela, notarioak berak irakurriko du, baina ez beretzat, entzuteko moduan baizik; testamentugilea ados badago, sinatu egingo du. Notarioak, bere aurrean egiten diren egintza orotan bezala,

ziurtatu eta adierazi beharko du testamentugilearen identitatea (KZeko 685 eta 686 art) eta gaitasuna (κzeko 696. art.).

1.3.-Gainera, Kodeko 699. artikulua egintzak batasuna gordetzea eskatzen du: *todas las formalidades expresadas en esta Sección se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero*. Hala eta guztiz ere, jurisprudentziak onartu du, praktikak behartuta, aurrez notarioari aginduak eman eta idatzita jartzeko lana ahal duenean betetzea, beste egun baterako utziz irakurtzeko eta sinatzeko egintza (AGE 1987/4/10 [RAJ 2549]).

2.-Aipatutako testamentu ireki arrunta emateko orduan ager daitezke berezitasunak: batetik, bi lekukoen parte hartzea beharrezkoa da Kode Zibileko 697. artikulua ezartzen dituen kasuetan; eta, bestetik, Kode Zibileko 698. artikulua araberak, beste zenbait pertsonen ere parte hartu behar dute nahitaez hainbat kasu berezitan.

Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos: 1.º Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento. 2.º Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento. Si el testador que no supiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada (κzeko 697. art.).

Al otorgamiento también deberán concurrir: 1.º Los testigos de conocimiento, si los hubiera, quienes podrán intervenir además como testigos instrumentales. 2.º Los facultativos que hubieran reconocido al testador incapacitado. 3.º El intérprete que hubiera traducido la voluntad del testador a la lengua oficial empleada por el Notario (κzeko 698. art.).

3.-Notarioaren parte-hartzerik gabe ere, testamentu irekiak eman daitezke, baina aparteko inguruabarretan bakarrik. Berez, salbuespenezkoak dira, notarioak ez baitu parte hartzen eta legez ezarritako kasuetan bakarrik eman baitaitezke (κzeko 694.2. art.).

3.1.-Honako hauek dira:

(a) **Heriotz-arriskuan emandako testamentua:** *si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario* (κzeko 700. art.). Kasu horietan ere, noski, testamentugileak xedatzeko askatasuna gordetzea

funtsezkoa da; ezin da behartua izan, alegia. Gero egiaztatu beharreko inguruabarra da, hain zuzen, heriotz-arriskua benetako eta larri ote zegoen, notarioari deitzeko betarik uzten ez zuena. Baliozkoa izateko, bost lekuko egotea eskatzen da; horien lekukotasunak adieraziko du egoeraren larritasuna, azken borondatea adierazteko nahia eta horren edukia (ikus AGE 1977/7/2 [RAJ 3256]).

(b) **Izurrite aldiari emandako testamentua:** *en caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años* (kzeko 701. art.). Izurrite egoera deklaraturik egotea da inguruabar berezia. Horrek ez du esan nahi testamentugileak gaixo egon behar duenik, ez eta izurritearen ondorioz hil behar duenik ere. Horrelako egoera deklaratzeko eskatzen da erraz kutsatzen den gaitza zabaltzea eta heriotz-tasa oso-oso handia izatea.

3.2.-Testamentu ireki mota berezi horiei buruz, arau komunak ematen ditu Kodeak:

(a) Testamentua egiteko, gutxienezko formaltasunak eskatzen dira: *se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir* (kzeko 702. art.).

(b) Testamentua kadukatzeko suposamenduak aurreikusten dira: *quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte o 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 a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente* (kzeko 703. art.).

(c) Testamentu horiek gero protokolizatu egin beharko dira: *los testamentos otorgados sin autorización del Notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil* (kzeko 704. art.). Protokolizatzekeko prozedura PZLko 1943-1955. artikuluek arautzen dute, borondatezko jurisdikzioaren eremuan.

Bukatzeke, testamentua egilestekeko parte hartzen duen notarioaren erantzuletasuna aipatu behar da: *declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta*

procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables (Kzeko 705. art.).

III.-TESTAMENTU ITXIA

FORMULAZIOA: Kzeko 680 art. Testatzaileak bere borondatea paper edo pliego baten eramaten du eta testamendua baimendu behar dutenen aurrean aurkezten du, baina hauek kausatzailearen borondatea ez dute ezagutuko.

ARAUDIA: Kzeko 706-715. Araudi honek aldaketa batzuk

EGILESTEKO MODUA:

Kode Zibileko 680. artikulua adierazten du testamentu itxia zer den: *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*. Beraz, jakin badakite testamentua eman dela, egin duenak esaten duelako, egia esaten badu, behintzat; baina bere edukia ezkutuan gordetzen da. Egin eta gero, inork ezin du ikusi testamentuaren edukia, eman duenak ere ez.

Testamentu itxia emateko moduagatik, hainbatek, testamentua egiteko ahalmen orokorra izanik ere, ez dute testamentu itxia egiteko gaitasunik: *no pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer* (Kzeko 708. art.). Muga horrek badu arrazoi garbia: ziurtatzea idatzitakoa dela testamentugileak nahi duena, bere azken borondatea dela, alegia.

Bi mota bereizten dira:

1.-**Testamentu itxi arrunta**, bi alditan edo fasetan ematen dena:

1.1.-Lehenik testamentua idazten da.

El testamento cerrado habrá de ser escrito. Si lo escribiese por su puño y letra el testador pondrá al final su firma. Si estuviese escrito por cualquier medio mecánico o por otra persona a

ruego del testador, éste pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento. Cuando el testador no sepa o no pueda firmar, lo hará a su ruego al pie y en todas las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad. En todo caso, antes de la firma se salvarán las palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones (κzeko 706. art.).

1.2.-Gero notario aurrean egilesten da.

En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes: 1º. 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. 2º. El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, o lo cerrará y sellará en el acto, ante el Notario que haya de autorizarlo. 3º. En presencia del Notario, manifestará el testador por sí, o por medio del intérprete previsto en el artículo 684, que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito y firmado por él o si está escrito de mano ajena o por cualquier medio mecánico y firmado al final y en todas sus hojas por él o por otra persona a su ruego. 4º. 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 está cerrado, y dando fe del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686, y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento. 5º. Extendida y leída el acta, la firmará el testador que pueda hacerlo y, en su caso las personas que deban concurrir, y la autorizará el Notario con su signo y firma. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los dos testigos idóneos que en este caso deben concurrir. 6º. También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento. 7º. Concurrirán al acto de otorgamiento dos testigos idóneos, si así lo solicitan el testador o el Notario (κzeko 707. art.).

2.-Testamentu itxi apartekoa, idazten dakiten mutuek egin dezaketena.

Los que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente: 1º. El testamento ha de estar firmado por el testador. En cuanto a los demás requisitos, se estará a lo dispuesto en el

artículo 706. 2º. Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del Notario, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando cómo está escrito y que está firmado por él. 3º. A 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 artículo 707, en lo que sea aplicable al caso (κzeko 709. art.)

Ondoren bete beharreko formaltasunak honako hauek dira:

(1) Testamentugileari eman.

Autorizado el testamento cerrado, el Notario lo entregará al testador, después de poner en el protocolo corriente copia autorizada del acta de otorgamiento (κzeko 710. art.).

(2) Testamentua kontserbatzea.

El testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado, o encomendar su guarda a persona de su confianza, o depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo. En este último caso, el Notario dará recibo al testador y hará constar en su protocolo corriente, al margen o a continuación de la copia del acta de otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirare después el testador, firmará un recibo a continuación de dicha nota (κzeko 711. art.).

(3) Testamentua irekitzea.

El Notario o la persona que tenga en su poder un testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador. Si no lo verifica dentro de diez días, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia (κzeko 712. art.).

Para la apertura y protocolización del testamento cerrado se observará lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (κzeko 714. art.). Protokolizatzekeo prozedura Judiziamendu Zibilari buruzko Legeak aurreikusten du 1956. eta hurrengo artikuluetan, borondatezko jurisdikzioaren eremuan.

(4) Erantzunkizuna.

El que con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder dentro del plazo fijado en el párrafo segundo del artículo anterior, además de la responsabilidad que en él se determina, perderá todo derecho a la herencia, si lo tuviere como heredero ab intestato o como heredero o legatario por testamento. En esta misma pena incurrirán el que sustrajere dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador o de la persona que lo tenga en guarda o depósito, y el que lo oculte, rompa o inutilice de otro modo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que proceda (Kzeko 713. art.).

Testamentu itxiaren baliozkotasunari buruz, azken bi ñabardura gehitu behar dira:

- (1) Testamentu itxia ez aurkezteak ez du bere kaduzitatean eragingo, legeak ez baitu esanbidez horrelakorik ezartzen (Kzeko 743. art.).
- (2) Deuseztasun formala baldin badago, testamentu olografo bihur daiteke.

Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables. Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento (Kzeko 715. art.).

IV.-TESTAMENTU OLOGRAFOA

FORMULAZIOA: KZeko 678. artikulua. Norberak bere testamentua idazten du, KZeko 688. artikuluan aurreikusten diren formaltasunak betez. Ez da testamentu notariala.

ARAUDIA: KZeko 688-693 art.

EGILESTEKO MODUA:

Testamentugileak berak eskuz idatzi eta sinatutako testamentua izaeraz olografoa da: *se llama ológrafo 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.). Pertsonak badu aukera testamentua era pribatu eta sekretuan egiteko. Alde horretatik, praktikoa eta erraza da; baina, noski, arriskuak ere baditu: errakuntzak, presioak, galtzeko arriskua.

Hain zuzen ere, legeak berme bereziak eskatzen ditu testamentu olografoak eraginak sortzeko moduan egiteko. Testamentugilearen azken borondatea bermatzeko, honako betekizun hauek eskatzen ditu Kode Zibilak:

El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad. Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma. Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma (kzeko 688. art.).

1.-Testamentua **idatzi** egin behar da:

1.1.-Adinez nagusiak direnek bakarrik dute gaitasuna.

1.2.- Egileak berak idatzi eta sinatu behar du eskuz, eta data jarri, gainera. Betekizun horren bidez froga daiteke idazkera pertsona horrena dela eta, beraz, berak idatzi duela. Ezinbesteko elementuak dira:

(a) Data jartzea: gaitasuna zehazteko, eta testamentuen arteko lehentasuna finkatzeko. Badirudi amaitu ondoren jarri behar dela, zeren eta, hasieran jartzen bada— egiten hasterakoan, alegia— ezin da jakin noiz amaitu den, eta, bitartean, gaitasuna gal dezake. Dena den, berez, nahi den data ezar daiteke; gero frogatzen bada ez dela benetakoa, funtsezko betekizuna faltako zaio, baldin eta errakuntzarik ez bada egon.

(b) Sinatzea: halaber, funtsezkoa da, eta ezin da beste modu bat erabili. Benetako sinadura behar du izan, ohikoa. Azkenean jarri behar da *corpus* bakarra osatzeko.

1.3.-Zuzenketak testamentugileak berak adierazi behar ditu.

1.4.-Atzerritarrek, noski, beren hizkuntzan idatz dezakete. Euskaldunok euskaraz egiteko aukera dugu, baita.

2.-Oinordetza ireki ostean, dokumentu pribatuan aurkitzen den testamentua **egiaztatzeko eta protokolizatze**ko prozedura abian jarri behar da:

2.1.-**Aurkeztu**: aurkezteko kaduzitate-epea ezartzen da.

El testamento ológrafo deberá protocolizarse, presentándolo con este objeto al Juez de primera instancia del último domicilio del testador, o al del lugar en que éste hubiese fallecido, dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento. Sin este requisito no será válido (κzeko 689. art.).

Testamentu olografoa bost urteko kaduzitate-epe horren barruan borondatezko prozeduraz aurkeztu bada eta protokolizazioa ukatu egiten bada, beste epea hasten da, akzio pertsonala judizio arruntean baliaraztekoa, hain zuzen ere: hamabost urtekoa (κzeko 1964. art.). Borondatezko prozedura erabili gabe, edozein judizio arruntean ere eska daiteke testamentua egiaztatzea eta protokolizatzea.

2.2.-**Erantzunkizuna**:

La persona en cuyo poder se halle depositado dicho testamento deberá presentarlo al Juzgado luego que tenga noticia de la muerte del testador, y, no verificándolo dentro de los diez días siguientes, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por la dilación. También podrá presentarlo cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea o en cualquier otro concepto (κzeko 690. art.).

Testamentua duen pertsonak ez badu aurkeztu eta baldin badakigu nor den, behartu daiteke aurkeztera.

2.3.-**Irekitzea**:

Presentado el testamento ológrafo, y acreditado el fallecimiento del testador, el Juez lo abrirá si estuviere en pliego cerrado, rubricará con el actuario todas las hojas y comprobará su identidad por medio de tres testigos que

conozcan la letra y firma del testador, y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo. A falta de testigos idóneos, o si dudan los examinados, y siempre que el Juez lo estime conveniente, podrá emplearse con dicho objeto el cotejo pericial de letras (κzeko 691. art.).

Para la práctica de las diligencias expresadas en el artículo anterior serán citados, con la brevedad posible, el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y los ascendientes del testador, y, en defecto de unos y otros, los hermanos. Si estas personas no residieren dentro del partido, o se ignorare su existencia, o siendo menores o incapacitados carecieren de representación legítima, se hará la citación al Ministerio fiscal. Los citados podrán presenciar la práctica de dichas diligencias y hacer en el acto, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento (κzeko 692 art.).

2.4.-Eskritura publikoan jartzea:

Si el Juez estima justificada la identidad del testamento, acordará que se protocolice, con las diligencias practicadas, en los registros del Notario correspondiente, por el cual se darán a los interesados las copias o testimonios que procedan. En otro caso, denegará la protocolización. Cualquiera que sea la resolución del Juez, se llevará a efecto, no obstante oposición, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda (κzeko 693. art.).

Bukatzeko, kontuan hartu behar da Kode Zibileko 672. artikulua aipatzen dituen paperak: *toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo.* Horiek testamentua eman ostean egin behar dira eta hura osatzen dute. Izaeraz, desberdinak dira, alegia: bata testamentua da (egintza nagusia) eta besteak, berriz, hura osatzeko idazkiak. Doktrinan, eztabaidatzen da ea paper horiek *kodiziloa* edo, agian, *memorias testamentarias* izan ote daitezkeen. *Kodiziloa* azken borondateko egintza da, jaraunslerik izendatzen ez duena eta testamentuari zerbait erantsi edo aldatzeko erabiltzen dena; berez, desagertuta dago Kode Zibileko 764. artikulua jaraunsle-izendapenik gabeko testamentuak onartzen dituen geroztik. Bestalde, *memorias testamentarias* delakoak ere desagertutzat jo behar dira Kodeko

bigarren xedapen iragankorrak dioenaren arabera; *memoria* horiek testamentuan aipatu behar dira eta hortik hartzen dute indarra; horrelako idatziak aurkitzen badira, testamentuaren partetzat joko dira. Azken batean, memoriak, berez, ez dira testamentu, beste testamentu baten zati dira baizik, hori osatzeko emanak (testamentua *per relationem*). Jurisprudentziak memoriak protokolizatzeko beharra eskatu du (AGE 1956/9/29[RAJ 3167]).

Nafarroako konpilazioan: *son codicilos aquellos actos de última voluntad que, sin revocar el testamento, le adicionan algo o modifican sus disposiciones* (194. legea); *pueden otorgarse memorias testamentarias como rectificación o complemento de un testamento anterior, siempre que el testador o testadores se hubieren reservado la facultad de otorgarlas determinando a la vez los lemas, signos u otros requisitos que habrán de contener para su eficacia* (196. legea). **Katalunyako Oinordetza Kodeak** arautu egiten ditu Kodiziloak eta memoriak 122, 123 eta 124. artikuluetan.

V.-TESTAMENTU BEREZIAK

1.-Testamentu militarra:

1.1.-Eremua finkatzeko inguruabarrak honako hauek dira: garaia (gerra-denboran), lurraldea (gerra-lekuan) eta subjektuak (militarrak, boluntarioak, gerra-atxilotuak, laguntzaileak).

En tiempo de guerra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército, o que sigan a éste... Es aplicable esta disposición a los individuos de un ejército que se halle en país extranjero... (kzeko 716. art.).

1.2.-Testamentu motak:

(a) **Irekia:**

(...) podrán otorgar su testamento ante un Oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán... Si el testador estuviere enfermo o herido, podrá otorgarlo ante el Capellán o 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 (kzeko 716. art.).

(b) Urgentzia-egoeran egindakoa:

Durante una batalla, asalto, combate, y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra, podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos (kzeko 720.1. art.).

(c) Itxia: testamentua egilesten duen pertsonaren arabera eman daiteke:

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 (kzeko 717. art.).

Si fuere cerrado el testamento militar, se observará lo prevenido en los artículos 706 y 707; pero se otorgará ante el Oficial y los dos testigos que para el abierto exige el artículo 716, debiendo firmar todos ellos el acta de otorgamiento, como asimismo el testador, si pudiere (kzeko 721. art.).

1.3.-Kontserbatzeko ardura:

Los testamentos otorgados con arreglo a los dos artículos anteriores deberán ser remitidos con la posible brevedad al cuartel general, y por éste al Ministro de la Guerra (kzeko 718.1. art.).

1.4.-Protokolizatu beharra:

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 a los herederos y demás interesados en la sucesión. Estos deberán solicitar que se eleve a 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 a su apertura en la forma prevenida en dicha ley, con citación e intervención del Ministerio fiscal, y después de abierto lo pondrá en conocimiento de los herederos y demás interesados (kzeko 718.2 eta 3. art.).

1.5.-Kaduzitatea:

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

Testamentua urgentzia-egoeran eman bada, berriz:

Pero este testamento quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó. Aunque no se salvere, será ineficaz el testamento si no se formaliza por los testigos ante el Auditor de guerra o funcionario de justicia que siga al ejército, procediéndose después en la forma prevenida en el artículo 718 (κzeko 720.2 eta 3. art.).

2.-**Itsasoko testamentua: itsasoko bidai batean egin daitekeena:**

2.1.-Noren aurrean egiletsi:

Los testamentos, abiertos o cerrados, de los que durante un viaje marítimo vayan a bordo, se otorgarán en la forma siguiente: Si el buque es de guerra, ante el Contador o el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos idóneos, que vean y entiendan al testador. El Comandante del buque, o el que haga sus veces, pondrá además su visto bueno. En los buques mercantes autorizará el testamento el Capitán o 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 o no puede hacerlo. Si el testamento fuera abierto, se observará además lo prevenido en el artículo 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 e intervención del Notario (κzeko 722. art.).

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 (κzeko 723. art.).

2.2.-Kontserbatzeko ardura:

Los testamentos abiertos hechos en alta mar serán custodiados por el Comandante o 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 (κzeko 724. art.).

Si fuere ológrafo el testamento y durante el viaje falleciera el testador, el Comandante o Capitán recogerá el testamento

para custodiarlo, haciendo mención de ello en el Diario, y lo entregará a 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 (κzeko 729. art.).

2.3.-Entregatzeko obligazioa:

Si el buque arribase a un puerto extranjero donde haya Agente diplomático o consular de España, el Comandante del de guerra, o el Capitán del mercante, entregará a dicho agente copia del testamento abierto o del acta de otorgamiento del cerrado, y de la nota tomada en el Diario. La copia del testamento o del acta deberá llevar las mismas firmas que el original, si viven y están a bordo los que lo firmaron; en otro caso será autorizada por el Contador o Capitán que hubiese recibido el testamento, o el que haga sus veces, firmando también los que estén a bordo de los que intervinieron en el testamento. El Agente diplomático o consular hará extender por escrito diligencia de la entrega, y cerrada y sellada la copia del testamento o 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 o Capitán que haga la entrega recogerá del Agente diplomático o consular certificación de haberlo verificado, y tomará nota de ella en el Diario de Navegación (κzeko 725. art.).

Cuando el buque, sea de guerra o mercante, arribe al primer puerto del Reino, el Comandante o Capitán entregará el testamento original, cerrado y sellado, a 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 Ministro de Marina (κzeko 726. art.).

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

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. Por Ley de 30 de enero de 1938 dicho Ministerio pasó a denominarse de Asuntos Exteriores (κzeko 728. art.).

2.4.-Kaduzitatea:

Los testamentos, abiertos y cerrados, otorgados con arreglo a 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 (κzeko 730. art.).

2.5.-Urgentzia-egoeran egindako testamentua:

Si hubiere peligro de naufragio, será aplicable a las tripulaciones y pasajeros de los buques de guerra o mercantes lo dispuesto en el artículo 720 (κzeko 731. art.).

3.-Atzerrian egindako testamentua: berez, ez da testamentu berezia, beste forma batean egiteko aukera baizik.

3.1.-Aukeran badira testamentua egiteko hainbat modu:

Los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose a 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 a las leyes de la Nación a que el buque pertenezca. Podrán asimismo hacer testamento ológrafo, con arreglo al artículo 688 aún en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento (κzeko 732. art.).

(3.2) Dena den, testamentu mankomunatua ematea debekatzen da:

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

(3.3) Noski, Espainiako ordenamenduaren arabera egiteko aukera ere badago:

También podrán los españoles que se encuentren en país extranjero otorgar su testamento, abierto o cerrado, ante el funcionario diplomático o consular de España que ejerza funciones notariales en el lugar del otorgamiento. En estos casos se observarán respectivamente todas las formalidades establecidas en las Secciones quinta y sexta de este capítulo (κzeko 734. art.).

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

El Agente diplomático o consular, en cuyo poder hubiese depositado su testamento ológrafo o 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 (κzeko 736. art.).

VI.-TESTAMENTU MOTAK EUSKAL AUTONOMIA ERKIDEGOKO ORDENAMENDUAN ETA NAFARROAN

1. Bizkaiko zuzenbide zibilean

Testamentuan parte hartu behar dutenei buruz, Euskal Herriko Foru Zuzenbide Zibilari buruzko Legeak honako arau orokor hau ezartzen du 30. atalean: *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.*

(1) Hilburuko testamentua

EHFZZLak zera dio 29. atalean: *Legeria zibil orokorrean araututako testamentu moduez gain, "hil-buruko" testamentua ere onartzen da lurralde forudunean.*

Hilburuko testamentua egiteko modua, berriz, EHFZZLko 31. atalak arautzen du: *Hil zorian dagoenak testamentua egin dezake hiru lekukoren aurrean, bai ahoz bai idatziz. Testamentu hori indarrrik gabe geratuko da egilea hiltzeko arriskutik atera eta bi hilabetegarrenean. Testamentu-egile hori epe horren barruan hilez gero ere indarrrik gabe geratuko da testamentua, baldin heriotza osteko hiru hilabeteen barruan egiaztaerazten ez bada, ihardunbide-legeek agintzen duten eran. Testamentu-egilea hilteko arriskutik atera baina beste testamenturik egiteko ezgai geratuko balitz, egiaztaerazteko epea hiru hilabetekoa izango litzateke, testamentua egin zenetik kontatzen hasita. Testamentua epaile batek egiaztaerazi ostean, Eskribau-liburuan jasoeraziko da.*

(2) Ermandadeko edo elkarrekiko testamentua: TESTAMENTU MANKOMUNATUA

Senar-emazteek biek batera erabaki dezakete euren ondasunei buruz testamentua elkarrekin edo ermandadean eginda. Testamentu hori Eskribau aurrean baino ezin daiteke egin (EHFZZLko 49. atala).

Elkarrekin edo ermandadean egindako testamentua ezeztatu edo aldatu egin dezakete senar-emazteek biek batera, Eskribau aurrean egindako beste testamentu edo oinordetza-itun batez (EHFZZLko 50. atala).

Senar-emazteetariko batek ere ezezta dezake bere aldetik elkarrekin edo ermandadean egindako testamentua, besteari modu egiazkoan jakinarazita. Hori gabe, ezeztapenak ez du indarrik izango. Alde batak elkarrekin edo ermandadean egindako testamentua edo bere ataletakoren bat ezeztatzen badau, testamentu osoa geratuko da indargalduta (EHFZZLko 51. atala).

Senar-emazteetariko bat elkarrekin edo ermandadean egindako testamentua egin eta urtebete baino lehenago hiltzen bada, alargunak ezin izango du ezeztatu bion ondasunen gaineko erabakirik (EHFZZLko 52. atala).

Hala, beraz, “testamentua elkarrekin edo ermandadean egitea arautzen da, behinolako Bildumak jasotzen ez zuena. Testamentuera hori, Aragoi eta Nafarroan zaindu zena eta, gaurregungo Kode batzutan indar-indarrean dirauena, Bizkaiko Zuzenbidearen berezitasunetariko bat da, forulegeek aldarrikatu eta ohiturak etenik gabe zaindutakoa. Gainera, horri irauneraztea askatasun zibilaren eskakizuna ere bada. Elkarrekin edo ermandadean egindako testamentuaren eragozpenik handienetarikoa, legelari batzuen iritzian, aldatu ezinezkoa izatean datza. Bizkaiko legeak asko mugatzen zuen aldaezintasun hori, ezkontide testamentu-egileetarikoren bat testamentu hori egin osteko urtebete eta egun bateko epe barruan hilez gero baino ez bait zuen mantentzen (xxi. Idazpuruko 1. Legea). Erakunde hori aipatutako muga horrekin jasotzen da legean, adituek ekarritako beste aurrerapen batzuk jaso beharretik eratorritako beste zehaztasun batzuk gehituz, aldatu ezinezkotasuna bienak izandako ondasunenei buruz erabakitzera mugatuz, ondasunok direlako hori holan izatearen benetazko arrazoia (49. ataletik 52.era)”.

2. Gipuzkoako zuzenbide zibilean

Testamentua emateko aukeren artean, “elkarrekiko testamentuaren araudia zehazten da, funtsezko bitartekoa baita

baserria zatitu gabe eskualdatu ahal izateko eta, beraz, ezkontideek oinorde bakarra hautatzeko. Testamentua egiteko modu hori baliabide ezin egokiagoa da ondasun komunak familiaren interesen arabera xedatzeko, ordenatzeko eta banatzeko, izan ere aukera ematen du oinordetza partitzerakoan ezkontideen araudi ekonomiko berariazkoena den irabazizkoen elkartea likidatzeak sortzen dituen eragozpenak leuntzeko”.

Elkarrekiko testamentuaren bidez ezkontideek agiri bakar batez xeda dezakete baserriko oinordetza, eta beren gainerako ondasun guztiak ere xeda ditzakete hartan. Elkarrekiko testamentua egin ahal izateko, gutxienez ezkontide batek bete behar ditu aplikagarria izateko foru honek ezarritako baldintzak (EHFZZLko 172. atala).

Elkarrekiko testamentua irekia izango da beti, eta notario aurrean egin beharko da (EHFZZLko 173. atala).

Ezkontza deuseztatzeko, dibortziatu edo banantzeko epaiek eraginik gabe utziko dituzte ezkontideek elkarrekiko testamentuan elkarri aitortutako liberalitateak. Epai horiek, halaber, eraginik gabe utziko dituzte ezkontideren batek bere jaraunspenari buruz egindako xedapenak ere, horien kausa bestearen xedapenetan datzanean. Elkarrekiko testamentuan ondareari dagokionez emandako xedapen guztiek elkarrekikotasun izaera hori dutela joko da, aurkako frogarik ezean (EHFZZLko 174. atala).

Testamentugileak bizirik dauden bitartean, elkarrekiko testamentua errebokatu edo aldatu ahal izango dute bi ezkontideek elkarrekin, testamentua egiteko eskatzen diren baldintza berberak betez edo oinordetzako ituna eginez. Bietako batek bakarrik errebokatu edo aldatzeko, notarioaren aurreko testamentu irekia edota oinordetzako ituna egin beharko du. Alde bakarraren errebokazioak edo aldaketak beste ezkontideari era frogagarrian jakinarazten zaionetik aurrera bakarrik izango du eragina (EHFZZLko 175. atala).

Aurreko atalean aipatzen den alde bakarraren errebokazioak edo aldaketak ondoriorik baldin badu beste testamentugileak emandako xedapenen batek kausatutako xedapenen batean, eraginik gabe geratuko dira orobat elkarrekikoak diren guztiak. Aurkako frogarik ezean, errebokatzen edo aldatzen den testamentuan ondareari dagokionez emandako xedapen guztiak elkarrekikoak direla ulertuko da (EHFZZLko 176. atala).

Ezkontide bat hiltzen denean besteak ezingo ditu bere jaraunspenari buruz emandako xedapenak errebokatu ez aldatu, xedapen horien kausa lehenago hildakoaren xedapenetan badatza. Eta halakoetan, aurreko ataleko 2. zenbakian aipatzen den ustezko elkarrekikotasuna izango da aplikagarria (EHFZZLko 177. atala).

Bizirik gelditzen den ezkontideak ezingo ditu doako izaeraz xedatu goian aipatu legez elkarrekikoak diren xedapenetan sartutako ondasunak, elkarrekiko testamentuan berorien onuradun izendatuak ziren pertsonen alde ez bada. Aurreko zenbakian ezarritako mugak ez du eraginik izango, elkarrekiko testamentuan bertan beste zerbait xedatu bada (EHFZZLko 178. atala).

3.-Nafarroako Foru Berria

Nafarroako Foru Berriak V. Tituluan arautzen ditu testamentu motak, 184 eta hurrengo legeetan, hain zuzen ere. Notarioaren aurrean egiletsitako testamentuak onartzen ditu, irekiak zein itxiak, eta, baita apaizaren aurrean egiletsitakoak eta lekukoaren aurrean eginikoak ere. Arau bereziak eskaintzen ditu Foruak 184-191 legeetan, testamentu hauei buruz. Testamentu olografoa, gorrak eginikoa, mutuak eginikoa, itsasoan eginikoa, atzerrian eginikoa, testamentu militarra eta izurrite egoeratan egiletsitakoa ere arautzen ditu Foru Berriak. Elementu deigarriak aztertzekotan, alegia, hurrengo hauek nabarmentzea komeni da:

Kodiziloa arautzen du, bestalde, Foru Berriak, 194. legean. Lege honek dio: *son codicilos aquellos actos de última voluntad que, sin revocar el testamento, le adicionan algo o modifican sus disposiciones. Se otorgarán en cualquiera de las formas previstas para los testamentos y con los requisitos exigidos a las mismas.* Foruak 195. legean honako hau xedatzen du, gainera: *Los codicilos podrán contener cualesquiera disposiciones de última voluntad, excepto la institución de heredero, las sustituciones hereditarias, modificaciones de una y otras, desheredaciones y la institución en la legítima foral.*

Testamentu memoriak ere arautzen ditu Nafarroan legegileak, 196-198 legeetan: *Pueden otorgarse memorias testamentarias como rectificación o complemento de un testamento anterior, siempre que el testador o testadores se hubieren reservado la facultad de otorgarlas determinando a la vez los lemas, signos u otros requisitos que habrán de contener para su eficacia. Deberán estar firmadas en todas sus hojas por el testador o testadores y llevar los lemas o signos y cumplir los demás requisitos prevenidos*

en el testamento. También pueden otorgarse estas memorias como complemento de cualquier otro acto de última voluntad (196. legea). Se aplicará a las memorias lo establecido para los codicilos en la ley 195 (197. legea). Dentro del plazo de cinco años, a contar desde la fecha del fallecimiento del testador, las memorias testamentarias deberán presentarse para su abonamiento o adveración y protocolización, sin cuyo requisito quedarán ineficaces. En las otorgadas conjuntamente por dos o más personas, el plazo se contará a partir del fallecimiento de la última de éstas, a no ser que se ordene otra cosa en el testamento o en la propia memoria. Para la protocolización habrán de cumplirse los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si las memorias hubieran sido otorgadas en el extranjero, las diligencias de protocolización podrán también practicarse ante Cónsul o Vicecónsul de España.

Foru Berriko 199 eta hurrengo legeetan arautzen da, halaber, **ermandadeko testamentua edo testamentu mankomunatua:**

-199. legea:

Concepto

Es testamento de hermandad el otorgado en un mismo instrumento por dos o más personas.

Formas

Con excepción de la forma ológrafa, el testamento de hermandad puede revestir cualquier otra forma admitida en esta Compilación, en tanto se cumplan todos los requisitos establecidos para cada una de ellas.

A los efectos de lo dispuesto en las leyes 189 y 190, la circunstancia del peligro inminente de muerte bastará que concurra en uno de los otorgantes.

-200. legea:

Ley personal

Los navarros pueden otorgar testamento de hermandad tanto en Navarra como fuera de ella, así en España como en el extranjero.

-201. legea:

Ineficacia

Si el testamento de hermandad se hubiera otorgado por marido y mujer, la sentencia posterior de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación produce la ineficacia de las liberalidades que en él se hubieran concedido los cónyuges y de las demás disposiciones que uno de los testadores hubiera establecido sobre su propia herencia y que tengan su causa en las disposiciones del otro.

Revocación: a) En vida de todos los otorgantes

En vida de todos los otorgantes, el testamento de hermandad podrá revocarse:

- 1) Por todos conjuntamente.*
- 2) Por cualquiera de ellos separadamente; en este caso, la revocación no surtirá efecto hasta que conste el conocimiento de todos los demás de forma fehaciente. Cuando fuere ignorado el paradero de la persona a quien haya de comunicarse la revocación, podrá hacerse la notificación por edictos, justificándose previamente esa situación mediante acta notarial de notoriedad o información ad perpetuam memoriam, los edictos deberán publicarse en el Boletín Oficial del Estado, en el de la Provincia y en uno de los periódicos de mayor circulación del último domicilio conocido.*

En cualquier caso, la revocación dejará sin efecto la totalidad de las disposiciones contenidas en el testamento, salvo que en éste se hubiere previsto otra cosa.

Lo dispuesto en esta ley se aplicará aunque cualquiera de los otorgantes, o todos ellos, hubieren perdido la condición foral.

-202. legea:

b) Fallecido alguno de los otorgantes

Fallecido alguno de los testadores, el testamento de hermandad será irrevocable, salvo que en él se hubiere establecido otra cosa.

Sin embargo, podrán excepcionalmente revocarse y ordenarse de nuevo por el sobreviviente:

- 1) En todo caso, las disposiciones a favor de persona que hubiera devenido incapaz o hubiese premuerto, sin perjuicio de los derechos de representación y de acrecer cuando deban tener lugar.*
- 2) Las disposiciones que en cualquier concepto hubiere establecido sobre su propia herencia y que no tengan causa en las disposiciones del otro de los testadores*

-203. legea:

Aunque el testamento de hermandad contuviere cláusula en contrario, cada uno de los testadores podrá disponer por título oneroso de sus propios bienes, aun después del fallecimiento de los demás o de alguno de ellos.

Salvo cláusula en contrario, todo testador podrá disponer, por título oneroso, de los bienes que hubiere recibido de otro testador premuerto.

Si el testamento contuviere institución recíproca y designación de heredero común, con prohibición de enajenar, se entenderá referida la prohibición solamente a los bienes del testador premuerto.

-204. legea:

b) A título lucrativo

Ninguno de los testadores podrá disponer por título lucrativo de sus propios bienes, salvo en cualquiera de los casos siguientes:

- 1) *Que en el testamento de hermandad se hubiere establecido otra cosa.*
- 2) *Que disponga de conformidad con todos los demás testadores.*
- 3) *Que se trate de bienes cuya disposición en el testamento no tuviera su causa en lo establecido por otro de los testadores*

VII.-IRAKURGAIK

1. Testamentu olografoa

RUIZ VADILLO, Enrique (1972): “El testamento ológrafo”, *Revista de Derecho Privado*, 615-648.

2. Itsuek testamentua egitea

ROCA DE LAQUÉ, M^a Encarnación (1970): “El testamento del ciego”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 309-321.

VIII.-KOMENTATZEKO TESTUAK

(1) AGE 1981/2/14 (RAJ 526): Si la censura ha de limitarse, como es lo correcto, a la consideración del documento privado testamentario (testamento ológrafo), entendiéndose que el recurrente denuncia su infravaloración como documento público, es claro que habrá de recordar que tal escrito no opera en el juicio sólo como medio de prueba, sino como título y fundamento de la *causa petendi*, como instrumento esencial del derecho discutido (título de heredero), objeto el mismo de la controversia o contienda, falto *ab initio* de reconocimiento legal en cuanto es su propia autenticidad y legitimidad lo que está en tela de juicio y, consiguientemente, darle o no ese valor de autenticidad no vendrá determinado por la regla del art. 1225 del C. Civ., sino por la concurrencia de los presupuestos señalados en los arts. 688 y siguientes y, naturalmente, por las normas generales de los testamentos previstas en los arts. 662 y siguientes de dicho cuerpo sustantivo legal.

(2) AGE 1986/6/21 (RAJ 3788): El primero de los preceptos exige conste en el testamento (abierto) la expresión de la hora correspondiente al

día de su otorgamiento; motivo que si es de acoger, por los siguientes razonamientos:

Primero, para la validez de todo testamento, es de absoluta necesidad que se cumplan de manera rigurosa todas las solemnidades esenciales y requisitos establecidos en la normativa contenida en el artículo seiscientos noventa y cinco del Código Civil, que establece los requisitos de orden formal que determinan la validez del testamento abierto, inobservancia de formalidades, que determina, conforme el artículo seiscientos ochenta y siete del mismo proclama, la nulidad de la disposición testamentaria, así lo tiene dicho esta Sala en sus sentencias de veintiocho de octubre de mil novecientos sesenta y cinco, veintisiete de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho y ocho de marzo de mil novecientos setenta y cinco, que declaran que «el cumplimiento de los requisitos de forma es ineludible, sin que quepa la convalidación posterior».

Segundo, es por ello por lo que ha de expresarse en el testamento «la hora» en que fuera otorgado, exigencia formal contenida en el artículo citado, cuya sentencia apareja la nulidad, sentencias de dieciocho de junio de mil ochocientos noventa y seis y diecinueve de enero de mil novecientos veintiocho.

Tercero, el carácter imperativo indudable de tal norma, determina su aplicación por los Tribunales, cuando se denote tal inobservancia formalista, a la luz de lo que establece el párrafo tercero del artículo seis del Código sustantivo, lo que apareja la declaración de nulidad del acto o documento que adolezca de la falta de cumplimiento de un requisito formal, nulidad que conforme a las sentencias invocadas por la recurrente, de veintisiete de mayo y veintisiete de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve, puede declararse, no sólo a instancia de parte, sino también de oficio.

Cuarto, a la vista de lo razonado, no puede admitirse, como en la sentencia impugnada se establece, que la alegación de nulidad del testamento, al adolecer de la falta de expresión de hora, verificada en el acto de la vista del recurso de apelación, entrañe el planteamiento de una cuestión nueva, puesto que viene referida a la nulidad acusada del testamento, implica el incumplimiento de un requisito formal, sin que pueda estimarse se produzca indefensión para la contraparte, que en manera alguna, aunque la cuestión se hubiera planteado en la fase expositiva del proceso, hubiera podido redargüirla con probanza de ningún tipo.

(3) AGE 2000/627 (RAJ 5910): PRIMERO.- En concordancia con la pretensión de nulidad de testamento, solicitada, entre otros extremos, por la parte actora y recurrida, los hechos que, en síntesis, resultan probados, de acuerdo con la sentencia recurrida y los que tácitamente devienen aceptados, explicitan que el día 14 de abril de 1993, en la habitación núm. ..., piso ..., de la Residencia Sanitaria General Yaqüe, de Burgos, se personó, en compañía de su empleada

doña M^a Angélica B. D., el notario de la ciudad de Burgos, don José María G. O. S., previamente requerido, al efecto, para autorizar el testamento de doña Primitiva R. A., a la sazón, internada en referido centro sanitario. Ante el estado físico de la testadora (que falleció el día 16 del mismo mes y año), el notario que pidió la presencia de personal sanitario (concurrieron don Félix Daniel G. M., médico; don Francisco Javier B. A., médico; y doña M^a Begoña I. H., ATS), manifiesta, presentes todos, que no cabe otorgar testamento abierto, pero sí testamento en inminente peligro de muerte, y, acto seguido, procede a tomar nota de las estimadas como declaraciones de voluntad de la testadora, en presencia de cinco testigos, integrados por el mismo y su empleada y los componentes del equipo sanitario, ya citados. Con fecha 28 de abril de 1993, don José María G. O. S., en su calidad de testigo, comparece ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Burgos a fin de que se eleve a escritura pública el documento en que se hizo constar la última voluntad de doña Primitiva R., iniciándose la tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria número 222/1993. El día 21 de mayo de 1993, referido Juzgado acuerda la protocolización del referido expediente, declarando ser el testamento de doña Primitiva R.

SEGUNDO.- Frente a la declaración de nulidad del expresado testamento, acordada por la sentencia de segunda instancia (que revocó la de primera instancia) los demandados señores L. P. y señores R. M., formulan el presente recurso de casación, cuyo primer motivo (artículo 1692.4^o de la Ley de Enjuiciamiento Civil) denuncia por infracción de ley la errónea interpretación de los artículos 700 y 704 del Código Civil y cuyo segundo motivo (al amparo de igual ordinal, estima infringida la jurisprudencia de esta Sala en relación con dichos preceptos, menester es tomar, en consideración, a los fines de encuadrar el tema suscitado, que de acuerdo con criterios doctrinales generalizados sobre el artículo 700, testamento «en peligro inminente de muerte» es aquel testamento abierto especial en el que se sustituye la intervención del notario, funcionario público, por la asistencia de cinco testigos idóneos, con la única condición de que el testador se encuentre en «inminente peligro de muerte», es decir, en una situación de gravedad extrema. La justificación de esta forma de testar ha sido ampliamente debatida por la doctrina desde la publicación del Código, en la mayoría de los casos en sentido negativo, alegándose que ofrece pocas garantías de fiabilidad, y que puede ser fuente de abusos graves; aconsejándose fuertes cautelas a tomar por los órganos judiciales, para evitar que en la práctica se extienda a situaciones que no se correspondan con la que excepcionalmente contempla el Código. Exige, en todo caso, como presupuestos esta forma de testar: a) peligro real de la inminencia de muerte del testador; b) que esta situación extrema coincida con la imposibilidad de la asistencia de un Notario; c) que se cumplan rigurosamente las formalidades y requisitos establecidos en la Ley para esta forma de testar, entre los cuales no son los menos importantes las disposiciones de los

artículos 703 y 704 del Código Civil y 1953 y 1954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y d) que, con las salvedades correspondientes y dada su naturaleza de testamento abierto simplificado, se cumplan en general todas las solemnidades establecidas para el testamento abierto ordinario, es decir, capacidad del testador, idoneidad de los testigos, ánimo de testar, presencia del testador y testigos en unidad de acto, entre otros. En el supuesto que se contempla se incumple, a todas luces, el requisito consistente en la imposibilidad de contar con la presencia de notario, puesto que la excepcionalidad de esta forma de testar está directamente condicionada, no sólo a la inminencia de la muerte, sino también a la imposibilidad, dada la gravedad del testador, de contar con el tiempo suficiente para que pueda acudir un notario; criterios fundamentales que no cabe se obvien. La imposibilidad de la intervención notarial no aparece en la redacción del precepto, pero es necesario entenderlo así, pues el artículo 700 no puede interpretarse en el sentido de que sea una fórmula para prescindir discrecionalmente del notario, cuando existe la posibilidad de que pueda concurrir. Se ha sostenido, describiendo así la situación de modo concreto, que el testamento en peligro de muerte sirve, de modo exclusivo, para cuando, según una apreciación razonable, hay riesgo de que fallezca o pierda sus facultades el testador, antes de que pueda acudir el notario. Para defender la validez de esta forma de testar, resulta obligada la justificación de que no se ha prescindido del notario hábil para actuar, de una manera discrecional o voluntaria, sino en función de la premura del tiempo disponible, de las circunstancias de alejamiento, de la dificultad en las comunicaciones, o de la no localización inmediata, es decir, justificar una conducta razonablemente explicativa, que será distinta en cada caso concreto. No puede, por menos que extrañar, en el caso que se examina la conducta, fuera de sus responsabilidades legales, adoptada por el notario que se niega a autorizar el testamento abierto que corresponde y, con la asistencia de cuatro testigos y de él mismo en función de testigo (lo que denota, con toda claridad su presencia), aconseja la sustitución de una forma de testar, por otra, al margen de una interpretación pacíficamente consolidada del artículo 700 del Código Civil.