

INFORMES PORTAL MAYORES

Número 31

El testamento. Clases de testamentos y disposiciones testamentarias

Autor: Mélich Salazar, Rafael

Filiación: *Abogados y Asesores Vertex, S.L.* DP. C/ D. Ramón de la Cruz, 91, 2º A Madrid.- 28006 <http://www.asvertex.com>

Tfños: 91 402 96 73 / 91 401 01 62 Fax: 91 401 01 62

Contacto: rmelich@yahoo.es

Fecha de creación: 12-05-2005

Para citar este documento:

MÉLICH SALAZAR, Rafael (2005). "El testamento. Clases de testamentos y disposiciones testamentarias". Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, nº 31. [Fecha de publicación: 16/05/2005].

<<http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/melich-testamento-01.pdf>>

Una iniciativa del IMSERSO y del CSIC © 2003

ISSN de la serie: 1885-6780

EL TESTAMENTO: CLASES DE TESTAMENTOS Y DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.

1.- INTRODUCCIÓN

2. CLASES DE TESTAMENTOS

3. TESTAMENTOS OLÓGRAFOS ABIERTOS Y CERRADOS

3.1. El testamento ológrafo

3.2. Testamentos notariales: requisitos generales de éstos, los testigos y el juicio de capacidad

3.2.1. El testamento abierto

3.2.2. El testamento cerrado

4. TESTAMENTOS ESPECIALES

4.1. Testamento en peligro de muerte y testamento en caso de epidemia

4.2. El testamento militar

4.3. El testamento marítimo

4.4. El testamento hecho en país extranjero

5. PASOS PARA HACER TESTAMENTO

6. ESPECIALIDADES EN LOS DERECHOS FORALES

7. EL CONTENIDO DEL TESTAMENTO: LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

8.. EL TESTAMENTO VITAL

El testamento. Clases de testamento y disposiciones testamentarias

Rafael Mélich Salazar
Abogado

(Dedicado a mi maestro; **Don José María Cabrera Hernández**, que fue notario de Madrid, hoy jubilado, y maestro de notarios, y que hizo que me interesara en el derecho de sucesiones.)

EL TESTAMENTO: CLASES DE TESTAMENTOS Y DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.

I. INTRODUCCIÓN:

En informe anterior analizábamos lo que es la sucesión en general, la manera en que los bienes y derechos de una persona que ha dejado de existir, por fallecimiento por supuesto, pasan a otra u otras personas que los adquieren y, como se analiza en otro tema, las particularidades de la sucesión intestada.

De una manera muy esquemática se puede decir que hay dos grandes tipos de sucesión: la voluntaria, en la que el destino y destinatarios de bienes y derechos se eligen por el causante, y la legal (intestada o legítima) en que destinatarios y destino de los bienes y derechos resulta predeterminado por la Ley.

Pues bien el principal acto o negocio jurídico¹ por el que una persona dispone para después de su muerte de todos o de parte de sus bienes y derechos² Es el testamento. Así es ni más ni menos como lo define el Código Civil (artículo 667) en definición criticadísima por los juristas, pero que sencillamente resume y sintetiza más que las prolijas definiciones que dan estos autores, la sustancia de lo que sea este.

Créame que no le voy a aburrir con las doctísimas definiciones que dan estos autores, pues a los efectos de convertir este informe en algo que le pueda servir son inoperantes. Sí en cambio nos gustaría que se quedara con las principales características y notas del testamento.

- En primer lugar es un acto (o negocio jurídico) **“mortis causa”** este latinajo traducido literalmente significa por causa de muerte y viene a significar que el testamento es un acto “diferido” en el sentido de que quién expresa su voluntad no lo hace para que produzca efectos inmediatamente o después pero que pueda apreciarlos (como ocurriría en una compraventa), sino precisamente para después de que fallezca, cuando, evidentemente, ya no se percate del asunto. Pero también

¹ Calificación en la que los juristas, tan dados a discutirlo todo, no están de acuerdo.

² En absoluto el único, como verá Vd. Al hablar de las particularidades en los derechos forales.

en el sentido de que la situación que se regula, ordena o contempla es futura y que aunque se sabe que va a llegar (la muerte) se ignora cuando.

- Es un acto además de **personal y unilateral, personalísimo**, solo se puede hacer por el testador, por lo que a diferencia de otros negocios jurídicos (p. ej. la misma compraventa) no se puede hacer por medio de apoderado aunque tenga un poder especialísimo.

Tampoco puede encomendarse a un tercero la subsistencia del testamento ni la designación de herederos o legatarios (aunque en algunos derechos forales como verá haya especialidades).

- Como acto personal, no admite la concurrencia de más persona que el testador en su formación. Por eso se prohíbe el testamento mancomunado que es el hecho por dos o más personas en un mismo documento, aunque la persona concurrente sea el cónyuge del testador (artículo 669 Código Civil)³

- Es un acto o negocio jurídico libre, en el sentido que son inadmisibles las coacciones, los engaños y los fraudes en la formación de la voluntad del testador (artículo 673 CC) y si intervienen el testamento es nulo.

- Es un acto que requiere una **capacidad** específica (aunque es muy amplia) que en nuestro derecho se configura de forma negativa. Están capacitados para testar los que no se hallen encuadrados en una de las prohibiciones o incapacidades que la Ley señale (artículo 662). Pero estas son mínimas ya que el artículo 663 dice que no pueden testar los menores de 14 años y "*los que habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio*" (expresión que significa incapacidad habitual que entonces tiene que estar declarada judicialmente o momentánea que debe de apreciar el notario, en su caso) sea como fuere la presunción en nuestro derecho es que la persona es capaz salva la prueba en contrario. No obstante determinados tipos de testamentos (p. ej. el ológrafo) requieren especiales requisitos de capacidad.

- Es un acto o negocio jurídico válido aunque voluntariamente se omita el destino de bienes y derechos.

- Es **siempre revocable**, aunque en el testamento se hubiera expresado la voluntad de no revocarlo (artículo 737 CC).

- Es un **acto o negocio jurídico formal**. Para que sea válido debe de cumplir los requisitos de forma que marcan las leyes (artículo 687 CC con carácter general, y 705 para el testamento abierto y 7115 para el cerrado).

2. CLASES DE TESTAMENTOS :

Son muchas las clasificaciones que los autores nos ofrecen sobre las clases de testamentos, bien sea por la persona (o personas)⁴ que los hace, por su forma, por el lugar en que se hacen o por las circunstancias en que se hacen.

No le vamos a cansar con estas clasificaciones que a lo más tiene interés para abogados, jueces y autores, y entendiendo que este informe debe de ser

³ Nuevamente se verá que este principio quiebra en algunos derechos forales que permiten el testamento mancomunado amén de otras formas de concurrencia en los actos y negocios "mortis causa"

⁴ En los derechos que lo permiten.

eminente práctico en cuanto a la forma de hacer testamento o buscar determinados efectos las omitiremos salvo hacerle una breve mención a la propia clasificación que acogen nuestras leyes civiles.

Así el artículo 676 CC dice que el testamento puede ser común o especial, añadiendo que son comunes el ológrafo (u hológrafo pues también se puede escribir de esta forma), el abierto y el cerrado y especiales: el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero (art. 677).

Esta clasificación parte de las formalidades que se han de emplear en su confección las normales los comunes u otras particulares, bien sea por el lugar (testamentos hechos en país extranjero, marítimos) unido a veces como en el militar a la condición de la persona.

Pero como verá Vd. los testamentos que el Código llama comunes presentan en determinadas circunstancias algunas particularidades, atendiendo a la condición del testador.

Se trata de aquellos testamentos en que el testador es minusválido por una u otra razón o se haya impedido siquiera sea temporalmente en alguno de sus sentidos, lo cual puede sucederle a personas de edad avanzada, bien sea porque no oyen bien, no puedan firmar etcétera... En estas ocasiones se regulan determinadas especialidades generalmente de carácter formal a fin de asegurarse de una parte la capacidad y libre voluntad de quien testa y de otra que su voluntad se pueda manifestar de forma adecuada.

Es también especial, y de que modo, a pesar de que el código no los mencione como tales, los testamentos hechos en peligro de muerte y en tiempos de epidemia, que viene a considerar una forma de testamento abierto, atendiendo a la propia definición que se da de este tipo de testamentos (luego lo veremos), pero que otros derechos (forales) suelen considerar tipos distintos de testamentos como haremos aquí, por las particularidades de todo tipo que presentan.

3. TESTAMENTOS OLÓGRAFOS ABIERTOS Y CERRADOS:

3. 1. El testamento ológrafo:

Parafraseando al artículo 678 se puede definir el testamento ológrafo como aquel que *escribe personalmente el testador con las formalidades legalmente previstas*.

Es pues un testamento a priori sencillo y barato, pero decimos “a priori” porque la supuesta facilidad puede verse complicada por los requisitos formales que el Código o las Leyes forales exigen para que sea válido y que en ocasiones hacen que este testamento no sea eficaz, pese (sobre todo a determinados herederos pleiteadores y a notarios) a que en no pocas ocasiones determinados requisitos han sido interpretados de un modo flexible por los tribunales.

En principio en cuanto a requisitos formales, el Código no exige nada fuera de lo normal, sólo que el testamento esté escrito todo él de mano propia del testador y firmado por el mismo expresando en dicho escrito el año mes y día en que se redacte (y normalmente, aunque esto no lo dice el Código la voluntad de disponer de todos o algunos de los bienes propios para después de la muerte, sin que sea necesario darle expresamente la denominación de “testamento”).

Hemos subrayado la expresión “todo él” porque esto es lo verdaderamente fundamental. No vale este tipo de testamento si se escribe a máquina o con ordenador, ni tampoco si se escribe por otra persona, de modo tal que quienes no sepan o no puedan por enfermedad u otra causa escribir no pueden utilizar este testamento.

La escritura y firma deben de ser las habituales, las que emplearíamos para escribir una carta a un amigo o la lista de la compra. Luego verá por qué.

Si hay tachaduras, enmiendas o frases o palabras escritas entre renglones es preciso que se salven bajo firma (también le diremos cómo).

Exige además el Código Civil que el testador sea mayor de edad, circunstancia esta que a Vd. como persona mayor no le afecta, pero si puede afectar a sus parientes y allegados.

Las principales particularidades de este testamento se producen después de haberse redactado y sobre todo al fallecimiento del testador.

- Después de haberse redactado decimos que hay particularidades por una razón muy sencilla, cuando Vd. va al notario el testamento que firma, el original, no se le entrega a Vd. personalmente sino que se lo queda el propio Notario, que luego lo archiva en unos libros especiales que se llaman protocolos. A Vd. a lo sumo, le darán una copia. A lo que nos estamos refiriendo es que el testamento queda perfectamente (según el notario por supuesto) conservado y lo que es más importante, localizado al fallecimiento de quién hizo el testamento.

No ocurre lo mismo con el testamento ológrafo pues se otorga privadamente y nadie sabe (salvo excepciones) que Vd. lo ha confeccionado, planteándose pues con toda su crudeza el problema que tienen estos testamentos frente a sus indudables ventajas (sencillez, intermediación y secreto), y es que es un documento fácilmente “ocultable” (por no decir sustraible por una persona que no le guste) al no quedar constancia fidedigna de su redacción y al no quedar conservado en un archivo público o semi-público. De hecho en no pocas ocasiones el destino y utilización de estos testamentos queda diferido a los intereses del que pueda resultar beneficiado por él (que lo presenta) o perjudicado por el mismo (que lo oculta).

Sobre la conservación de este tipo de testamentos nada dice la Ley de modo que puede guardarlo Vd. hasta su muerte, encomendar la guarda a una persona de su confianza (p. ejemplo si ha tenido a bien nombrarla albacea o contador-partidor) o a uno de sus herederos interesados en sus bienes.

- La otra particularidad es que para que este testamento produzca efectos a su fallecimiento es preciso **protocolizarlo** (es decir hacer de él un documento notarial que se incluirá en el protocolo del notario) y **adverarlo**, esto quiere decir acreditar de modo inequívoco que se trata del testamento de mano propia del testador, comprobándose a estos efectos la letra y firma.

La protocolización (en la terminología que emplea el Código y algunas leyes forales) del testamento ológrafo consta de dos fases: la adveración y la protocolización propiamente dicha. La primera es una fase que se ventila ante el Juzgado y la segunda ante el notario.

Vamos a intentar resumirle estas dos fases, que en el fondo no son interesantes en sí al testador, si no más bien a los presuntos y reales herederos o legatarios, a fin de que comprenda porque en la práctica, aparte del desconocimiento que de esta forma de testamento tiene no poca gente, es un testamento que se emplea menos de lo que merecería.

- Conforme a la Ley, este testamento para que sea válido debe de presentarse en el plazo de 5 años contados desde el fallecimiento del testador. Pasados estos cinco años aunque apareciera el testamento ya no es válido.

- La persona que tenga en su poder el testamento: Albacea, heredero, amigo... debe presentar el testamento en el plazo de 10 días desde que conociera el fallecimiento del testador, bajo sanción de ser responsable de los daños y perjuicios que causara su dilación.

- Ante el Juez, presentado, debe de acreditarse, el hecho fundamental del fallecimiento del testador, lo que normalmente se hace mediante el certificado de defunción. Acreditado el fallecimiento el Juez debe de abrirlo, si estuviera cerrado y firmar junto con el secretario todas las hojas del testamento.

- El Juez debe de comprobar la autenticidad de la firma y letra del testador por medio de tres testigos que las conozcan y que declaren que "*no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del testador*". A falta de estos testigos o si estos no pudieran hacer esa declaración de autenticidad, se acudirá a un procedimiento especial que se llama cotejo de letras (su propio nombre dice lo que es).

- Para la práctica de la adveración del testamento, el Juez ha de citar necesariamente al cónyuge superviviente – si lo hubiere- a los descendientes y ascendientes del testador – también si los hubiere – y en defecto de estos parientes, a los hermanos. Si no existiere ni un solo pariente o cónyuge, o se desconociera su paradero se hace la citación al fiscal.

Estos parientes pueden concurrir a la declaración de los testigos o en su caso al cotejo de letras (si bien hay que señalar que será al acto en que se presente el cotejo por el perito calígrafo) y hacer a los testigos y al perito las preguntas que estimen pertinentes y conducentes a autenticar el testamento presentado.

Estando todo conforme, es decir acreditada la autenticidad del testamento y que este es el último efectuado por el testador, se dicta auto por el Juez ordenando que se protocolice. Esto como ya le hemos dicho se hace por el notario quien efectúa un acta con el testamento ológrafo, el auto del juez y demás documentos. Del acta se pueden sacar cuantas copias por los interesados en la herencia se deseen, por supuesto pagándolas a su costa el peticionario.

El auto judicial, solo lo es a efectos de protocolización del mismo, pero no prejuzga más que a este efecto que el testamento sea realmente auténtico. Así si el heredero, real o presunto, cree pese a lo actuado en el Juzgado, o porque no pudo actuar en él, que el testamento es falso, puede interponer una demanda ante el Juzgado y contra los herederos nombrados en el testamento ológrafo, para que se declare la nulidad de aquel.

3.2 Testamentos notariales: requisitos generales de estos, los testigos y el juicio de capacidad.

Sencillamente testamento notarial es aquel en cuyo otorgamiento interviene un fedatario público, que en España, es el notario.

Tal intervención sea redactándolo conforme a las instrucciones del testador o dando fe de que se ha otorgado y que se halla en el sobre o cubierta que se le presenta da una serie de garantías, en cuanto a la capacidad del testador, la inexistencia de presiones de los eventuales herederos o beneficiarios, de autenticidad... que no posee el testamento ológrafo.

El testamento en que interviene el notario es un acto rigurosamente formal, que se rige primordialmente por las disposiciones del Código Civil, o las legislaciones forales sobre la materia y supletoriamente por la legislación notarial.

El notario que autorice un testamento debe pues cumplir varios requisitos formales inexcusables so pena de nulidad del testamento.

- El primero es la llamada **“fe de conocimiento” o mejor la identificación del testador.**

Este es un requisito obvio, para evitar suplantaciones de personalidad en la persona que va a testar (no vaya a ser que ocurra como en la opera “Gianni Schicchi”)

La identificación se hace de varias formas (artículo 685 CC):

- a) por el conocimiento que el notario tiene del testador. Tradicionalmente era la principal, pero en una ciudad grande es prácticamente imposible salvo que sea cliente habitual del mismo notario.
- b) Si el notario no conoce al testador, mediante dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo notario (supuesto aun más raro que el anterior).
- c) Mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades cuyo objeto sea identificar a las personas (v. gr: el DNI).

Esta es la forma habitual de identificar al testador, aun incluso con aquellos notario que le conozcan, de hecho lo primero que hará el notario antes de empezar la lectura de su testamento será pedírselo.

- El segundo es el **Juicio de capacidad**:

Este “juicio” es la declaración que hace el notario de que “a su juicio” tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. Tal exigencia se reitera además cuando se habla específicamente del testamento abierto (artículo 696) y del cerrado (art. 707).

Tal declaración por supuesto, puede ser enervada por la prueba en contrario, pero en principio y según nuestros tribunales crea una presunción de que el testador era plenamente capaz para disponer de sus bienes y hacer testamento.

- **La intervención de los testigos**: Esta intervención de los testigos solía encuadrarse por los juristas como el tercer requisito común a los testamentos notariales, pues se exigía su presencia siempre, en diferente número. Lo cierto es que tras las reformas en la materia de principios de los años noventa del siglo pasado (un poco siguiendo la estela de algunos derechos forales o en simultaneidad con estos derechos especiales) que con carácter general suprime la necesidad de presencia de los testigos tanto en los testamentos abiertos como en los cerrados, hablar de ellos y de su intervención, no es lo primordial.

Ello no significa sin embargo que los testigos no intervengan ya nunca. De hecho como verá su presencia es necesaria en circunstancias particulares, que coinciden con esas minusvalías de que se le habló; por ejemplo no poder firmar, ser ciego...

En estos casos los testigos deben de ser idóneos. Esta palabra técnica que emplea el Código debe de ser entendida como persona en la que no concurra una causa de inhabilidad o una prohibición legal. Así el Código establece que no pueden ser testigos:

- 1º Los menores de edad, salvo en el testamento en caso de epidemia.
- 2º Los ciegos y los totalmente sordos o mudos.
- 3º Los que no entiendan el idioma del testador.
- 4º Los que no estén en su sano juicio.
- 5º El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del notario autorizante y quines tengan con este una relación de trabajo.

Además en el testamento abierto tampoco pueden ser testigos “ *los herederos o legatarios en el instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquellos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad*” (artículos 681 y 682).

No nos queda en esta parte más que decirle que de todo testamento que autoriza, sea abierto o cerrado, el notario remite un parte o información al registro Central de Actos de Última Voluntad para que quede constancia del otorgamiento y para información de los presuntos beneficiarios por el testamento.

3.2.1 El testamento Abierto:

Nuestro Código define el testamento abierto diciendo que es aquel en el que *el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto quedando enteradas de lo que en el se dispone* (conforme artículo 679 CC).

La definición que da el Código pretende abarcar cualquier tipo de testamento en que se revela la última voluntad, puesto que considera también abierto el testamento hecho en peligro de muerte, que si bien (por supuesto) se adapta a la definición legal, en realidad es un tipo especialísimo, por las condiciones y formalidades, de testamento, como se verá más adelante.

En la práctica testamento abierto es el que se realiza (autoriza) ante y por notario, con las formas y solemnidades marcadas por la Ley (El Código Civil, las legislaciones forales en su caso y la legislación notarial en lo que sea de aplicación supletoria).

En el derecho común los requisitos y solemnidades son las siguientes, distinguiendo primero las que se exigen de manera normal y corriente a todos testador, y a continuación las que se añaden cuando en el testador concurre alguna circunstancia o minusvalía que puede limitar sus capacidades (p. ej. ceguera, sordomudez etc...) .

a) **Expresión de la última voluntad al notario autorizantes.** Esta expresión puede ser hecha verbalmente o por escrito, (art. 695) pero siempre debe de existir y habida cuenta el carácter personalísimo del testamento debe ser hecha por el propio testador sin que valga que se haga por otra persona.

b) **Redacción del testamento.** Este es un acto que debe realizar el notario en base a aquella declaración de última voluntad, aunque evidentemente no se trata de la mera transcripción de lo que le haya dicho el testador, pues el Notario, debe de acomodar aquella, a las formalidades legales, plasmarla de acuerdo a la ley material del modo que las disposiciones testamentarias puedan cumplir con su finalidad y atendiendo a las prescripciones de la legislación notarial.

Como requisitos de esta redacción el Código exige que se exprese el lugar, día mes y año del otorgamiento (art. 695) pero por supuesto en la redacción concurrirán los requisitos comunes de identificación de la persona y el juicio de capacidad, como señala el artículo 696.

c) **Lectura del testamento.** Redactado el testamento el Notario debe obligatoriamente leer el testamento al testador para que *“manifieste si está conforme con su voluntad”* El Código señala que el notario debe de advertir al testador de su derecho a leerlo por si mismo; es decir antes de que se produzca la lectura por el Notario. La lectura que haga el testador de lo escrito es facultativa (aunque muy recomendable) pero el Notario necesariamente tiene que leerlo salvo determinadas minusvalías (sordera) en que la lectura debe hacerla el propio testador.

d) **Firma y autorización del Notario.** Estando todo conforme, el testador normalmente se lo manifestará al notario y lo firmará (salvo que no pueda hacerlo) la firma expresa la conformidad del testador a lo plasmado. De no poder firmar el testador lo harán por el los testigos que debieran de concurrir.

Firmado el testamento por el testador lo autorizará el notario con su firma, signo y sello.

e) **Unidad de acto.** El acto otorgamiento que comienza con la lectura del testamento, firma y autorización deben de realizarse en un solo acto (no en varios) salvo accidente pasajero (artículo 699).

Si intervienen testigos cuando en la persona del testador concurren circunstancias especiales, centrada en determinadas minusvalías sean permanentes o de carácter temporal, algunas de las cuales pueden afectar a las personas mayores.

En el testamento abierto se exige que concurren dos testigos idóneos cuando (artículo 697 CC)

1. Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.
2. Cuando el testador aunque pueda firmarlo, sea ciego, o declare que no sabe o no puede leer por si el testamento
3. Cuando el testador o el notario lo soliciten.

3.2.2. El testamento cerrado:

Este tipo de testamentos en el que a diferencia del ológrafo hay constancia de su otorgamiento por intervenir un fedatario público como es el notario (o el cónsul como luego veremos), fue más frecuente en otras épocas, y no en exceso, y hoy está en práctico desuso.

Se concebía como un testamento intermedio (por así decirlo) entre el testamento abierto y el ológrafo, combinando las ventajas de uno, constancia fidedigna de que se otorgó y de otra dejar en secreto (sin necesidad de revelar la última voluntad) el contenido. Así se empleó como medio de reconocer a hijos ilegítimos sin que se enteraran los testigos, notario y demás personas que hicieran copias del testamento, y sobre todo la familia legítima hasta después del fallecimiento del testador.

La forma de vida moderna muy particularmente en ciudades grandes, el que ya no sea necesario la presencia de testigos, el incremento del tráfico jurídico que hace que sean más el número de escrituras autorizadas por el notario, (que hacen que en realidad el contenido de un testamento abierto pueda ser tan desconocido como el cerrado), el propio desconocimiento de la existencia de esta particular forma de testar... todo ello unido a que por tener que redactarse el acta de otorgamiento en la cubierta o sobre del testamento en vez de por medios informáticos a mano por el notario u otra persona con letra legible, hace como decimos que este testamento sea rarísimo, bastante más que el ológrafo.

Tenga en cuenta que este testamento está vedado a los ciegos y a los que no sepan o no puedan leer (artículo 708) lo cual no es porque se presuma alguna incapacidad de su parte, sino para impedir que se suplante el testamento escrito por otro dentro del sobre.

Si por un casual le pica la curiosidad vamos a decirle la regulación de este testamento.

A) La primera fase, redacción, de este testamento es de confección privada. Se hace por el testador u otra persona a su ruego Así dice el artículo 706 *“El testamento cerrado habrá de ser escrito.”* (Luego no vale que se haga mediante una cinta de video, DVD u otro medio por más moderno que sea, pero si que el escrito como ahora se verá se haga por medios mecánicos, informáticos etcétera). Ahora bien, esta escritura no presupone necesariamente que deba ser autógrafa, de hecho puede ser manuscrito o *“estar escrito por cualquier medio mecánico”* e incluso *“por otra persona al ruego del testador”* pero en estos casos deberá el testador *“poner su firma en todas sus hojas y al pie del testamento”* (artículo 706, párrafo 2).

Se añade la previsión de que *“Cuando el testador no sepa o no pueda firmar, lo hará a su ruego y 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”.

B) Fase de otorgamiento: es la que se realiza ante el Notario que autoriza, una acta dando fe de que se ha otorgado un testamento y que este está dentro del sobre o cubierta que se le presenta, por esto los pasos que establece el artículo 707 del Código son los siguientes:

1.- El testamento debe de introducirse dentro de un sobre o cubierta que se sellará y cerrará, asegurando que no se pueda extraer el contenido sin romper tal sobre.

2.- Dicho “cierre” (de ahí el nombre de este testamento) puede realizarse de modo privado o en la propia notaría.

3.- El testamento se autoriza, como decimos, mediante acta, de modo que previo a su redacción, es necesario que el propio testador, que debe de ir a la notaría manifieste al notario: que el sobre o cubierta contiene el testamento, describiendo como se escribió, si personalmente (autógrafo) por el testador por algún medio mecánico (máquina de escribir u ordenador) o por otra persona, y en estos dos últimos casos si está firmado por el testador o por otra persona a su ruego.

4.- Con estas manifestaciones el Notario redacta el acta que da constancia del otorgamiento del testamento, y a diferencia de otros instrumentos, escrituras o actas, no se extiende en papel notarial, sino en el propio sobre o cubierta, expresándose por el notario: Los datos generales de las actas, el lugar hora día mes y año del otorgamiento (art. 707. 6ª) la identificación del testador, que este tiene juicio y capacidad suficiente para testar, fecha etcétera... y además la marca de los sellos con que estuviera cerrado y por supuesto la manifestación del testador de cómo está escrito el testamento.

5.- Extendida el acta se leerá, y la firmará el testador si pudiera hacerlo (obviamente si ya el testamento no fue firmado por él y no pudo antes es difícil que pueda ahora), si no lo hará uno de los dos testigos que en este caso deben concurrir obligatoriamente, consignándose esta circunstancia en el acta.

6.- Conforme, la autorizará el notario con su signo y firma (y también con su sello).

7.- Autorizado el testamento, el notario se lo entregará al testador, llevando a su libro de protocolo (el archivo) copia autorizada del acta de otorgamiento (artículo 710 CC) siendo hoy por hoy el único caso en que el documento original. Con las firmas del testador se entrega al interesado, pasando la copia al protocolo.

El testamento así otorgado, o mejor dicho la cubierta que lo encierra, puede ser guardado por el propio testador, por una persona de confianza del testador (p. ej. la que vaya a ser albacea que es un cargo de confianza del testador) o por el propio notario. En este caso el notario lo guardará, dando recibo al testador de que se lo ha quedado. Por supuesto los notarios cobran por el desempeño de este servicio de guarda y custodia del testamento.

Brevemente le explicaremos ahora que pasa al fallecimiento del testador.

Lo primero es que el testamento metido dentro del sobre o cubierta debe de presentarse al Juez competente (que por cierto es el de Primera Instancia). Para ello se impone al notario o la persona que lo tuviere en su poder en el momento de la muerte que lo presente en el plazo de 10 días, desde que conozca la muerte, y si no lo hace es responsable de los daños y perjuicios que origine por la no presentación.

Si la no presentación es maliciosa, además de los daños y perjuicios el custodio, pierde su derecho a la herencia por testamento o intestado que pudiera tener.

Iguales responsabilidades tiene el que lo oculte, rompa o inutilice de cualquier forma sin perjuicio de las consecuencias jurídicas en otro orden (penal).

Presentado el testamento procede a su apertura el juez y el secretario con intervención de los herederos presuntos.

- Plantea especialidades el testamento cerrado del que (en eufemismo del propio código) “*no pueda expresarse verbalmente pero si escribir*” (artículo 709) con lo que se está refiriendo al mudo o sordomudo independientemente que esta circunstancia sea habitual o accidental.

En estos casos se exige que el testamento esté siempre firmado por el propio testador, es decir que no vale que lo firme otra persona, debiendo el testador, que recordemos no puede hablar, escribir en la propia cubierta, en presencia del notario, que dentro del sobre está su testamento y la manera en que está escrita y por supuesto aseverando que está firmado de mano propia.

Es muy importante, conservar el testamento en perfecto estado de cierre, sin romper la cubierta o sobre y sin quebrar los sellos que lo aseguran, pues el Código Civil presume revocado el testamento cerrado en que el sobre esté roto rasgado o abierto, con raspados en las firmas del acta o los sellos rotos o quebrantados (artículo 742).

4. TESTAMENTOS ESPECIALES: EN PELIGRO DE MUERTE, TESTAMENTO MILITAR, TESTAMENTO MARÍTIMO, Y TESTAMENTO HECHO EN PAÍS EXTRANJERO.

Lo primero una aclaración. O mejor dos.

De la primera ya se le ha hecho una breve referencia. Es la correspondiente a los testamentos en peligro de muerte y en caso de epidemia, y es que nuestro Código regula estos dos testamentos bajo la misma rubrica del testamento abierto, considerándolos una variedad de aquél.

Quizá la decisión de hablar siquiera brevemente de estos testamentos de forma diferenciada, separándonos del plan del Código Civil, pueda chirriar a algunos tratadistas juristas y aun a compañeros de profesión.

Hemos preferido sin embargo separar el tratamiento de estos dos testamentos del de aquél considerando que en realidad se trata de dos testamentos muy especiales, cuya peculiaridad resalta respecto de lo que el propio Código regula como testamento abierto, que es precisamente el prototipo del testamento autorizado por notario. La peculiaridad de estos dos testamentos tras las últimas reformas habidas en esta materia testamentaria queda aun más resaltada por la necesidad de testigos, y de ahí que prefiramos tratarlo de manera aparte y propia.

Otra de las razones que nos aconsejan su tratamiento separado e incluirlo entre los testamentos especiales es también la consideración a las legislaciones forales, pues muchas de ellas tratan este tipo de testamentos en circunstancias peliagudas para las personas como testamentos especiales o al menos claramente distintos de los testamentos comunes u ordinarios.

La segunda aclaración es referente a la propia consideración por parte del Código de los testamentos especiales. Se ha de señalar que en realidad la ley (la común) no los define y se limita a decirnos que son testamentos especiales los militares los marítimos y los hechos en país extranjero.

Como se desprende de esta enumeración parece que la especialidad que establece el Código Civil está en el lugar y circunstancia en que se realiza el testamento, que se supone que no son las del común: así para el testamento militar deben concurrir que se trate de un militar y que esté en tiempo de guerra, de los marítimos que las personas, eventuales testadoras, se hallen a bordo de un barco sea de guerra o sea mercante, de los hechos en país extranjero, como su propio nombre indica se trata de que un español, se halle en otro país.

Vamos a ver estos testamentos:

4.1. Testamentos en peligro de muerte y testamento en caso de epidemia.

Si el testamento es precisamente un acto por el que se dispone de bienes y derechos, para después de la muerte, que facilita la continuidad de las relaciones jurídicas, es lógico que las legislaciones, traten de favorecer o facilitar que se pueda otorgar el testamento en situaciones de inminencia de la muerte o cuando se pueda presumir esta.

1.- El testamento en peligro de muerte: Debe de partirse de la base que este testamento en peligro de muerte es un testamento de carácter excepcional, por lo que solo puede acudir a él cuando efectivamente se pueda temer la muerte, por enfermedad actual y grave que haga presumir fundadamente que desembocará en muerte en pocos días, por accidente... de modo tal que la simple enfermedad, la edad (lo cual le atañe a Vd. especialmente), no son causas para acudir a este tipo de testamento.

Por supuesto ello no impide que estando en peligro de muerte pueda otorgar su testamento (el abierto por supuesto) normalmente, llamando al notario (de hecho son frecuentes las anécdotas de notarios en las UVIs) y realmente la mejora en los medios de transporte, que hacen que el notario pueda desplazarse sin las limitaciones de la época en que se redactó originalmente el código, ha supuesto en no pocas ocasiones la inoperancia de este tipo de testamento, que es infrecuente.

El Código regula este tipo de testamento en peligro de muerte como una especialidad al testamento abierto por eso sus requisitos formales son los de este con las siguientes especialidades:

- a) Es precisa la concurrencia de cinco testigos hábiles.⁵
- b) la última voluntad se expresará oralmente ante estos cinco testigos.
- c) El testamento se escribirá, se entiende que por uno de los testigos, y después se firmará por los mismos y por el testador si pudiera, siendo posible, pero es siempre válido aunque no se escriba, manteniéndose entonces dicha última voluntad por los testigos que se declarará, fallecido el testador en la protocolización del testamento.

2.- El testamento en caso de epidemia. El fundamento de este testamento, también de carácter excepcional, que no sencillamente especial, está en encontrarse el testador en unas circunstancias de crisis en la sociedad, que pueden dar lugar a restricciones de circulación de las personas y evidentemente a la imposibilidad de acudir o que acuda un notario.

Téngase en cuenta que en la época en que se redactó el Código la existencia de una epidemia en un país o zona podía dar lugar a cuarentenas más o menos largas, con restricciones a la entrada y salida de personas de la zona afectada.

Que esta la base para su excepcionalidad lo demuestra el hecho de que no es necesario que la persona que teste se halle afectada por la enfermedad epidémica, basta con que esté en la zona de la epidemia, por supuesto la epidemia tiene que estar declarada por autoridad competente.

⁵ Es decir en los que no concurra causa de incapacidad conforme al artículo 681 y 682.

Como en el caso del testamento abierto los requisitos formales son los del abierto con las particularidades:

- a) El testamento se otorga en presencia de tres testigos mayores de 16 años. Lo cual es una excepción a la norma de que los testigos han de ser mayores de edad.
- b) La última voluntad se expresará oralmente ante estos tres testigos.
- c) El testamento se escribirá, se entiende que por uno de los testigos, y después se firmará por los mismos y por el testador si pudiera, siendo posible, pero es siempre válido aunque no se escriba, manteniéndose entonces dicha última voluntad por los testigos que se declarará, fallecido el testador en la protocolización del testamento.

Muy Importante: Ambas clases de testamentos, dado su carácter excepcional pierden su eficacia: (artículos 703 y 704 CC)

- A los dos meses desde que el testador haya dejado de estar en peligro de muerte o cesado la epidemia.

- A los tres meses, aun si falleciere el testador dentro de los dos meses, si en ese plazo no se advierte y protocoliza, elevándose a escritura pública, en la forma establecida por la ley de procedimiento Civil, lo cual le vamos a ahorrar.

4.2. El testamento militar:

De este testamento vamos a tratar muy sucintamente, por la extremada rareza de su otorgamiento y a que, evidentemente, a Vd. como persona mayor, poco o muy poco le afecta y le puede afectar.

Este testamento está destinado a los militares o empleados del ejército (en cualquier grado, desde soldado a oficial) para facilitarles dictar sus últimas voluntades en tiempo de guerra. Dentro de España o fuera de sus límites.

La concurrencia de estas dos circunstancias ser militar y hallarse en guerra hace que en los últimos tiempos haya sido un testamento rarísimo y que en el futuro siga siéndolo, toda vez que por muy militar que se sea, si no se está en periodo de guerra debe de testar en la forma ordinaria.

Más aun si el testamento militar es abierto, caduca a los cuatro meses de que el testador haya dejado de estar en campaña (artículo 719).

Este tipo de testamentos adoptan las formas comunes de abierto y cerrado.

Si el testamento es abierto, en vez de ante notario se otorga ante un oficial que tenga al menos el rango de capitán y siempre ante dos testigos (artículo 716). Se exceptúan los casos en que el testador este enfermo o en destacamento en que el testamento puede ser autorizado por el capellán castrense o el médico que le asista o un oficial cualquiera aunque sea subalterno.

En caso de peligro inminente de batalla, asalto, se permite que se otorgue "testamento abierto" sin presencia de oficial e incluso de palabra pero siempre ante dos testigos los cuales tienen obligación de formalizarlo (es decir declarar su existencia y contenido ante un auditor de guerra.) como vera se trata de una especie de testamento en peligro de muerte (artículo 720).

Si el testamento es cerrado se otorgará como el testamento cerrado común con la especialidad de que no se hace ante un notario (que no van a la guerra), sino ante un oficial de la intervención militar (que han sustituido a los comisarios de que habla el Código en el artículo 717). En peligro de batalla asalto o acción de guerra el interventor o auditor puede ser sustituido por un oficial con rango de capitán (artículo 721).

Si falleciere el testador en este tiempo de guerra se prevén una serie de formalidades para la conservación, apertura y protocolización del testamento. Lo cual le omitimos para no serle farragoso.

4.3. El testamento marítimo:

Literalmente, el testamento marítimo es el que se hace por los pasajeros, tripulantes o en su caso marinos durante un viaje a bordo de un buque o nave, (conforme artículo 722).

Como se observará pues el testamento así hecho tiene un carácter puramente accidental, pues se trata de que la persona que teste se encuentre en un viaje marítimo.

Este testamento a diferencia del militar, está abierto a todos, sean marinos (militares de la armada) sean tripulantes de un buque mercante, o sean los pasajeros del mismo.

Pero no se emocione y piense en lo bonito que sería hacer testamento en un barco durante las vacaciones y que lo autorice el capitán del barco o un oficial del mismo, pues dado el carácter accidental a que le aludíamos, lo cierto es que estos testamentos caducan. Es decir pierden su validez pasado cierto tiempo. Algo así si recuerda pasaba con los testamentos en peligro de muerte.

En el caso de los testamentos marítimos, abiertos o cerrados, caducan, pierden su validez a los 4 meses “desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en la forma ordinaria” (artículo 730).

Las formas que reviste el testamento marítimo son la abierta y cerrada, en la forma que hemos visto con la sustitución de la persona del autorizante (el notario) por el capitán del buque si este es mercante o por el contador – o el que ejerza sus funciones- si la nave es militar.

La otra particularidad a diferencia del testamento con notario es que siempre es necesaria la presencia de dos testigos (artículo 722).

El Código además de esta regulación desgrana una serie de actuaciones posteriores al otorgamiento para la custodia del testamento, conservación y entrega a las autoridades portuarias, con diferentes procedimientos según el testamento sea abierto, cerrado, perteneciera a un extranjero etc.... se hace también mención a la obligación que tienen capitanes y comandantes de naves de hacer mención de los testamentos ológrafo y de conservarlos (fallecido el testador) hasta la arribada a puerto, (artículo 729).

Obviamente no le vamos a aburrir con la mención de los pasos que debe de dar el capitán o el comandante.

4.4. El testamento hecho en país extranjero.

Bajo este epígrafe el Código Civil, no está regulando nada más que eso el testamento que un español hace fuera del territorio nacional, señalando que lo puede hacer conforme a las leyes que rigen en el país en que testa.

Por supuesto se trata de la forma del testamento, no del fondo, que será regulado en todo caso por la ley del propio testador.

Así por ejemplo imagínese Vd. que ha visto una película americana en que el difunto hacía un testamento a través de un video o DVD y en el que aparte de distribuir sus bienes se dedicaba a poner verdes a sus herederos y legatarios. Tanto le ha gustado a ud la idea que decide ponerla en práctica aprovechando que, jubilado, se ha ido a hacer un viaje atravesando el charco. Pues bien tan extravagante testamento sería válido en cuanto a su forma.

Por supuesto también puede hacer testamento en el extranjero de acuerdo con las formas admitidas por la legislación española (artículo 11 del Código Civil) añadiéndose, por si las moscas, que este puede ser el ológrafo “aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento” (artículo 732).

La única excepción que establece nuestro Código es el **testamento mancomunado** (el que se hace por dos personas en provecho recíproco o de un tercero, pero en un mismo documento), aun cuando lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiera otorgado (artículo 733), aunque esto debe de matizarse por el hecho de haber legislaciones civiles dentro de España que si admiten esta clase de testamentos (v.gr. el fuero de Navarra). Esto lo veremos al hablar de las especialidades forales.

Por último el Código Regula bajo el epígrafe de testamento hecho en país extranjero, el que el español que se encuentren en otra nación otorgue ante el funcionario diplomático o consular español que ejerza sus funciones en el país que se pretenda otorgar el testamento (artículos 734 y siguientes).

Aquí se trata de un testamento normal que autoriza el cónsul o diplomático en la embajada o consulado correspondiente, dado que los cónsules y determinados diplomáticos (de acuerdo con el Reglamento específico en la materia) ejercen la fe pública (a la manera de los notarios) en el extranjero.

Obviamente el Cónsul o diplomático debe ser el competente y designado para ese territorio o Estado, no cualquiera que pasare por el consulado de que se trate por un casual.

Las formas de este testamento son las ya vistas para los abiertos y cerrados con los mismos requisitos, también vistos, que cuando actúa el notario.

Dichos testamentos abiertos o cerrados otorgados ante cónsul o diplomático tienen plena validez en territorio español sin necesidad alguna de otros requisitos, tipo legalización o adverbación (salvo los que pueden requerir su propia naturaleza como ocurre con el cerrado).

5. PASOS PARA HACER TESTAMENTO:

Hacer testamento, de cualquier clase que sea, tiene más importancia práctica de lo que la gente suele creer. No se trata solamente de “facilitar la vida” a los herederos y a los legatarios, sino de alguna manera dejar arreglado aspectos de su patrimonio, de su vida personal e incluso intentar que no haya disputa entre sus hijos o descendientes por sus bienes efectuando una serie de disposiciones de las que trataremos en el epígrafe siguiente, y que son mucho más variadas de lo que también se suele suponer.

En algunas ocasiones hemos podido observar que ciertas personas mayores (y otras no tan mayores) tienen una especie de prevención a testar.

A veces la razón que esgrimen es de carácter supersticioso: les parece que hacer testamento es como anticipar la muerte, otras la causa es la apatía, las ganas de no complicarse la vida con cuestiones jurídicas que “prima facie” les suenan como complicadas (y ahora veremos que no es así) pensando que “ya se arreglarán sus hijos, o nietos”. Otras nos han venido a decir que no quieren “ir al notario” porque no están decididos del todo y quieren ver como se comportan sus hijos con ellos pensando que el testamento es como si fuera una donación que una vez hecha te priva de disposición del bien⁶. En no pocas tiene mucha influencia la cuestión económica pensando que ir al notario o al abogado le va a suponer un notable desembolso.

Bueno pues deseché, si alguna vez las ha tenido, estas ideas. Ni hacer testamento adelanta la muerte, ni hacer testamento es complicarse la vida sino al contrario, ni los testamentos aun los que se hacen en el notario son caros. Y por supuesto tenga siempre en cuenta que siendo el testamento un acto siempre revocable, expresa o tácitamente, como le dijimos más arriba al hablar de las características del mismo, no queda vinculado por lo que hizo en un testamento anterior, puede revocarlo total o parcialmente (es decir modificarlo) cuantas veces quiera, pueda o le convenga, según actúen sus herederos presuntos, con ud. o por las razones que le vengán en gana, pues nadie le va a pedir explicaciones. Como se suele decir, testamento se puede hacer todos los días si quiere, pero tampoco se lo tome como un entretenimiento.

Como quiera que en estos informes nos hemos propuesto ofrecer a las personas de la tercera edad soluciones prácticas, que no sabemos si siempre lo

⁶ En el correspondiente informe sobre donaciones, verá que no siempre la donación es irrevocable, aquí obviamente por razones de espacio no podemos tratarle esta cuestión.

habremos conseguido, es por lo que aquí le vamos a ofrecer unas sencillas instrucciones de cómo hacer el testamento, dejando para otro informe el otro aspecto: ¿Cómo actuar si Ud. ha sido el beneficiado en un testamento?, no sin dejar de hacerle notar que vamos a referirnos a los testamento comunes no a los especiales ni a los hechos en peligro de muerte.

a) Testamento Ológrafo:

- Coja un papel en blanco, o varios si cree que va a escribir mucho. No importa nada la forma del mismo.
- Coja asimismo un medio de escritura (bolígrafo, pluma...) procure que sea indeleble.
- Para que no se le olvide escriba en la parte superior el día mes y año en que redacta su testamento. Es conveniente y más si Ud. sabe o presume que puede estar sujeto a algún derecho foral que ponga el lugar en que hace el testamento: p. ej. como si escribiera un carta ponga “*Madrid a 30 de septiembre de 2005*” (o el lugar y día que sea).
- A continuación escriba sus disposiciones de última voluntad. Todas ellas manuscritas. Aunque no se exige legalmente es conveniente hacer siquiera sea una breve referencia a que esa es su voluntad testamentaria, de disponer para después de su muerte; como si por ejemplo dijera, “este es mi testamento” o “a mi fallecimiento quiero que mis bienes vayan a ...” o cualesquiera otras que demuestren bien a las claras su voluntad de disponer de sus bienes para después de su muerte.
- Firme el testamento con su firma habitual.
- Si hubiera cometido errores, tales como tachar una palabra, intercalar otras o meter una línea de escritura, debajo de la firma tiene que “salvar” estos errores. ¿Cómo se hace esto? Es fácil. Señale el lugar del error por ejemplo si ha tachado una palabra en la línea cinco diga “La tachadura de la línea cinco vale”. Lo mismo haga con las enmiendas o interlineados. Al final de las correcciones vuelva a firmar.

B) Testamento Abierto:

- Al igual que en todo testamento piense previamente como quiere repartir sus bienes entre sus potenciales herederos y legatarios.
- Llame a una Notaría o acuda directamente a ella, para pedir cita a fin de hacer testamento. Le darán un determinado día en que le recibirá un oficial de la Notaría (es rarísimo salvo en zonas rurales que le reciba el Notario directamente aunque esto es lo que marca la Ley, pero en la práctica como le decimos verá al Notario cuando vaya a firmar).
- El día de la cita lleve su carné de identidad. En presencia del Oficial (o del Notario) diga como quiere hacer su testamento, como quiere dejar sus bienes y aquellas disposiciones que sin ser hereditarias o de legado quiera que consten en el mismo.

Aquí ya empezamos a encontrar problemas:

Problema número uno: algunas Notarías sobre todo en capitales o pueblos grandes suelen poner reparos a los testamentos, no por el testamento en sí, sino por hacerlo. La causa es muchas veces el exceso de trabajo y otra que se trata de documentos relativamente baratos que sin embargo pueden llegar a revestir cierta complejidad, por lo que no compensan tanto como por ejemplo una compraventa de piso o una hipoteca.

En este caso proteste e insista. Es una obligación del Notario autorizar los testamentos, y entra dentro de su profesión. En cualquier caso sepa que hay un servicio que recoge las quejas contra las actuaciones de los Notarios en los colegios notariales.⁷

Problema número dos: como le hemos dicho lo general suele ser que le reciba un oficial de la notaría al que Vd. le dirá cual es su voluntad testamentaria. Estos oficiales, personas las más de las veces capacitadísimas y sobrecargadas de trabajo, suelen sin embargo tener una especial propensión a reconducir los asuntos a aquello en lo que ya tienen experiencia y más particularmente a algún formulario en su ordenador. De esta manera (y no siendo en ocasiones licenciados en derecho) si Ud. presenta ante el oficial un testamento poco “al uso” o con disposiciones que no son las habituales, se encontrará ya no con reparos sino con malas caras y en ocasiones con contestaciones del tipo que eso no se puede hacer.

(Para ilustrarle el problema le pondré un caso verídico: cierto cliente acudió a un notario de Madrid con el objeto de hacer testamento en el que al tiempo en que iba a disponer de sus bienes a favor de determinados parientes desheredaba a un hijo con el cual había tenido un pleito por causa de ciertos malos tratos – un juicio de faltas- que el hijo le había inferido. No puede Vd. imaginarse lo que le costó, de hecho, tuvo que ir a otra notaría en que no le ponía tantas pegas ante una previsión legal).

La solución a este problema es insistir y pedir ver al Notario directamente, que según nuestra experiencia suelen actuar con la profesionalidad que les caracteriza y solucionar el asunto. Como en el caso anterior, ante cualquier problema reclamar siempre.

- Si todo ha ido bien, el oficial o le pasará directamente con el Notario para que firme el testamento o le citará para otro día en que pueda firmar el notario. En uno u otro caso pida a quién le haya atendido que le deje leer el testamento, sin perjuicio de la que pueda hacer el notario antes de la firma.

- Si es el caso de que Vd. por su edad o por otra causa tiene alguna de las incapacidades que le señalábamos al tratar de este tipo de testamentos ya en la notaría le dirán lo pertinente acerca de los testigos que deben de intervenir o en su caso el interprete de las disposiciones testamentarias si es extranjero.

⁷ Este problema, no es ni muchísimo menos lo frecuente. En realidad hay muchos, muchísimos notarios cuya actividad y dedicación, según las peticiones de sus clientes, han innovado y abierto nuevos caminos en materia sucesoria y de testamento. Lo contrario a este problema y al siguiente también se lo puede encontrar, que se trate de un notario con un especial gusto por la materia y que ante disposiciones poco corrientes, u omitidas por la ley no es que se tome interés, sino que le hará un testamento irreprochable o casi. Este informe precisamente va dedicado a uno de ellos.

- Llegado el día de la firma, sea el mismo día u otro que le hayan dado los empleados del Notario, y siempre provisto de su DNI, lea el testamento, pues lo mas probable es que le den una especie de borrador, antes de imprimirlo en el papel timbrado que emplean los notarios, obviamente si esta todo conforme con su voluntad, manifiéstelo así. Le pasaran, si tiene suerte y no haya mucha gente esperando, con el Notario, el cual después de pedirle su carne de identidad y de comprobar de qué se trata de Ud. Le hará una lectura del testamento. Muchas veces el notario le hará una lectura explicativa, diciéndole que es lo que pone, en un lenguaje más coloquial, y preguntándole si es eso lo que Ud. quería decir y disponer. Terminada, le preguntará si esta de acuerdo con el contenido. Si lo está, lo dice así y firmará el testamento (el lugar ya se lo indicara el propio notario) y después lo firmará el Notario.

- Aunque no es necesario, si es conveniente que pida una copia, siquiera sea simple, que es más barata del testamento, más que nada para saber Ud. Lo que hizo, esta copia se la darán después de que pague los honorarios del Notario.

C) Testamento Cerrado:

Este testamento es como se le apuntaba más arriba una mezcla del testamento ológrafo y del testamento otorgado con presencia notarial, pues al mismo tiempo que haya una fase privada de otorgamiento haya otra en el que el Notario da fe de que el testamento existe.

A efecto prácticos vamos a decirle que este tipo de testamentos es rarísimo de ver, de hecho este letrado solo ha tenido ocasión de intervenir en uno, por lo que si vd. se presenta en la notaría y dice que va a otorgar un testamento cerrado puede ocurrirle dos cosas: o que el notario (o quien le reciba) se asuste (en sentido figurado por supuesto) y pretenda reconducirle al testamento abierto, o que por lo novedoso o raro se muestren encantados de hacérselo.

Sea como fuere vamos a indicarle las particularidades en las dos fases.

- En la fase privada, es vd. mismo quien redacta su testamento; esta fase es parecida en cuanto a sus requisitos al testamento ológrafo, aunque hay más posibilidades así el escrito puede estar totalmente escrito y firmado por Vd., puede estar escrito a maquina o con ordenador y firmado por vd, o puede estar escrito por otra persona (con la letra de esa persona se entiende) y firmado por Vd. Y aun se permite que lo firme otra persona a su ruego, si por cualquier causa vd. testador no puede hacerlo, si bien en este caso debe de hacerse constar ante el notario.

En cualquier caso lo mejor es ser pragmático y dado que como le decíamos más arriba, si el testamento cerrado por haber sido rota la cubierta es invalidado como tal testamento cerrado pero puede reconvertirse en testamento ológrafo a posteriori, lo mejor y más sencillo es escribirlo del puño y letra de uno y firmarlo, siempre y cuando se pueda estar en disposición de hacerla.

La fase ante notario, queda bien reflejada en lo que anteriormente se expuso sobre este testamento. De hecho ya en el propio Código aparece bien explicado. Allí se lo dijimos y no lo vamos a repetir.

El consejo nos obstante es claro. Lea. Lea siempre lo que va a firmar aunque se lo lea después el notario y ante cualquier problema no dude en hacer valer sus derechos.

También le hablamos e la parte “teórica” de este informe sobre la conservación, y le exponíamos las ventajas e inconvenientes de una y otra, en cualquier caso recuerde siempre guardar el sobre con cuidado, de forma que no se abra siquiera sea accidentalmente, pues ya sabe que se puede considerar revocado el testamento cerrado que contrariamente a su nombre aparezca roto, abierto o con los sellos quebrantados. Quizá por eso la mejor manera de conservarlo sea depositándolo en la notaría, aunque le cobren por tal deposito.

6. ESPECIALIDADES EN LOS DERECHOS FORALES.

Tradicionalmente, en los temas, informes, tratados, manuales en que se habla de materia testamentaria o sucesoria, la regulación contenida en las legislaciones forales, se suele tratar como un apéndice a lo que establece el Código Civil, muchas veces sin mayor trascendencia e incluso en las facultades en territorio en que rige exclusivamente el derecho común (o sea el Código Civil y leyes complementarias) es una materia, algunos hemos tenido la oportunidad de sufrirlo, que prácticamente ni se ve, ni se examina de ella.

La verdad es que por no hacer este informe farragoso y amplio en exceso vamos a caer en el vicio que criticamos, no sin reconocer que hoy por hoy, tras la aprobación de la Constitución Española que reconoce y ampara las legislaciones forales, y lo que es más importante permite su actualización y desarrollo por los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas en que rige este tipo de derechos (sea en todo su territorio o en parte de él) estas legislaciones han pasado de ser de venerables piezas de museo con instituciones en desuso, (en algunas ocasiones, que no en todas) a convertirse en derecho vivo y dinámico, que dedican a estas materias sucesorias tanto o más espacio que el propio código civil, por lo que merecerían por si solas un informe aparte. (el ejemplo más característico es el de las sustituciones, muy rico y variado en el Derecho catalán y parquísimo en el Código Civil).

Vaya pues por delante nuestra disculpa a aquellos de nuestros mayores residentes en Comunidades Autónomas con especialidades forales, por no detenernos más en el estudio de estas legislaciones, si bien encontraran notables tratadistas y juristas que les podrán ilustrar mejor que yo.

En tema de testamentos frente a legislaciones con formas testamentarias muy particulares, encontramos otras muy semejantes a la regulación del Código Civil, con testamentos de carácter especial, o a los que se añade instituciones no contempladas por el derecho común.

Con la brevedad posible vamos a verlos:

6. 1. El fuero de Vizcaya:

En principio este fuero se remite a *las formas de testar reguladas por la legislación civil general*” (artículo 29 Ley del derecho civil foral del País Vasco) permitiendo como especialidad un testamento en inminente peligro de muerte que aquí se denomina “*hil buruko*” y presentar algunas especialidades que están prohibidas por el derecho común, como es el poder testatorio y el testamento mancomunado.

a) El testamento “Hil buruko” es un testamento en peligro inminente de muerte, que coincide muy sustancialmente con la regulación que hemos visto más arriba, del Código Civil.

Pero si en este se exige 5 testigos idóneos, en el fuero de Vizcaya sólo son necesarios tres testigos.

De igual modo que en territorio común, el testamento pierde su eficacia si pasan dos meses sin que le testador fallezca, y aun fallecido si en el plazo de tres meses no se advierte y protocoliza conforme a las leyes procesales.

Se permite sin embargo que el testamento conserve su validez si, aun no habiendo fallecido el testador, queda incapacitado para otorgar otro nuevo en la forma ordinaria.

b) El poder testatorio y el testamento hecho por comisario:

En rigor más que una formalidad del testamento, que en si no se puede hacer por poder, aunque sea especial, se trata de una particularidad del contenido del testamento.

En efecto este testamento por comisario, consiste en que el testador encomiende a uno o varios comisarios (apoderados) la designación de los sucesores, la distribución de los bienes y todas las facultades que le corresponderían al propio testador para la sucesión (artículo 32 LDCPV).

Ahora bien la designación de este o estos comisarios sólo puede hacerse en testamento otorgado ante notario, que se convierte en válido aunque sólo contenga esta disposición, apoderamiento o nombramiento de comisario, por lo que por así decirlo el testamento se convierte en un poder a otra u otras personas para ordenar la herencia.

Excepcionalmente los cónyuges pueden nombrarse recíprocamente comisarios, en capitulaciones matrimoniales.

c) El testamento mancomunado o de hermandad:

Es el testamento que los cónyuges (y sólo los cónyuges) hacen conjuntamente para disponer de sus bienes recíprocamente (es decir a favor el uno del otro) o favor de un tercero (artículo 49 LDCPV).

Este testamento mancomunado sólo puede otorgarse ante notario.

6.2. El Código de Sucesiones Catalán:

Mediante esta ley, se extrajo de la Compilación del derecho foral catalán esta materia sucesoria.

En materia de testamentos, el Código de Sucesiones catalán establece, una regulación prácticamente idéntica a la del Código en lo que son los testamentos notariales (así los denomina) sean abiertos o cerrados y testamento ológrafo, aunque exige que el testador exprese el lugar del otorgamiento de este testamento (artículo 120 CSC), particularidades son:

a) La posibilidad de otorgar codicilos o memorias testamentarias:

- **El codicilo** se emplea para disponer de bienes no incluidos en capitulaciones matrimoniales (que contengan un pacto sucesorio) ⁸ para adicionar (por ejemplo con bienes que hubieran venido después de haber hecho testamento sin que se quiera revocar este) o reformar un testamento e incluso para que una persona sin bienes y derechos presentes haga disposiciones con cargo a sus derechos “ab intestato” (como si se dijera en dicho codicilo que se quiere que los derechos que le pudieran corresponder en la herencia de un hijo sin descendientes, quiere que vayan a la esposa o a otro hijo). También se puede hacer en codicilo la designación de los beneficiarios de seguros de vida o cambiar el nombramiento que se hubiera hecho anteriormente (artículo 122 CSC).

Lo que no se puede hacer en el codicilo es instituir heredero o revocar al que se había nombrado, desheredar ni excluir a ningún heredero.

- Las **memorias testamentarias**, se concibe como una forma de codicilo siempre que estén firmadas en todas sus hojas por el testador y que aludan a un testamento anterior. Pero aun con estas prevenciones en estas memorias sólo pueden hacerse disposiciones referentes al vigésima parte del caudal y a objetos personales (artículo 123 CSC). También se puede en las memorias testamentarias disponer sobre el destino de órganos o restos mortales y sobre la forma de entierro (incineración, inhumación...).

b) La obligatoriedad para la validez del testamento, de que este contenga institución de heredero que se convierte no sólo en un contenido obligatorio del testamento sino también en un requisito forma (artículo 136 CSC).

c) El testamento ante párroco: (artículos 117 a 119) En aquellas localidades en que no haya notaría o esté vacante se permite otorgar el testamento en forma de abierto ante el párroco del lugar en que se halle el testador. Y dos testigos idóneos que deben de firmar el testamento junto con el párroco y el testador que esté en posibilidad de hacerlo.

La forma de este testamento es como decimos la del abierto notarial cuyos requisitos han de cumplirse por el párroco, quién puede custodiarlo en la parroquia o protocolizarlo ante notario más próximo o cuando ocupe la plaza. Tal protocolización se hace obligatoria, cuando fallecido el testador lo solicite cualquier interesado en la herencia.

⁸ Tema de pactos sucesorios que tanto en el derecho común, cuyo ámbito es muy limitado y desconocido por la generalidad de los ciudadanos, como en el derecho foral, en que se contemplan las diversas variantes con mayor amplitud, dejamos para otro informe)

6.3 Baleares: (artículo 53 Compilación)

Presentaba especialidades antes de la reforma del Código Civil, (de 1991) en el sentido de no exigir la presencia de testigos en los testamentos notariales salvo en los supuestos tasados que el citado artículo enumeraba.

6.4. Navarra:

La compilación Navarra ya de por si presenta la particularidad de que sus disposiciones no se denominan artículos sino leyes, por lo que si citamos estas no piense que se trata de una ley específica sino de una disposición de la misma compilación.

En esta materia de testamentos nos encontramos las siguientes particularidades forales:

a) Intervención de testigos en los testamentos notariales. Así la Ley 188 dispone que en el testamento abierto deben de intervenir 2 testigos y en los cerrados 7, en lo demás como en el Código Civil.

b) Testamentos en peligro de muerte: Que adopta dos modalidades, el testamento ante párroco u otro clérigo ordenado de presbítero y el testamento antes testigos.

Ambos requieren la inminencia de la muerte del testador y que no sea posible la presencia de notario que autorice el testamento.

El testamento ante párroco requiere la presencia de dos testigos y el hecho ante testigos exclusivamente 3 de estos.

En cualquier caso han de cumplirse los siguientes requisitos:

- debe de escribirse, con expresión del día, mes y años de su otorgamiento
- debe de firmarse por el testador, los testigos y el párroco (si interviniere)
- El párroco o los testigos deben de custodiar el testamento así otorgado.
- Caduca o pierde su eficacia a los dos meses de que el testador haya salido del peligro de muerte.
- también queda ineficaz, si fallecido el testador no se advera y protocoliza en el plazo de un año y un día.

c) El testamento de hermandad (leyes 199 y siguientes)

Bajo este nombre se designa al testamento mancomunado, que como sabe es que el que hacen 2 ó mas personas en un solo instrumento (entendido como documento).

A diferencia del testamento de hermandad vizcaíno, en Navarra se permite a cualesquiera personas ya lo hagan en institución recíproca (p. ejemplo los dos testadores se designa herederos para el caso de que fallezca el otro) o en provecho de un tercero (p. ejemplo dos padres testan a favor de su hijo).

Es más la compilación Navarra dispone expresamente que “ *Los Navarros pueden otorgar testamento de hermandad tanto en Navarra como fuera de ella, así en España, como en el extranjero*” (ley 200) Lo que contrasta con la prohibición del Código Civil para los españoles en el extranjero (artículo 732 CC)

Este testamento de hermandad puede otorgarse de cualquier forma salvo en la ológrafa. (Ley 199.)

d) El codicilo y las memorias testamentarias:

Regula también la compilación Navarra Codicilos y memorias testamentarias.

El Codicilo (ley 194) es considerado un acto de última voluntad de adición o modificación del testamento anterior.

Se otorga con las mismas formalidades que el testamento y pueden contener cualquier disposición de última voluntad salvo la institución de heredero, sustituciones hereditarias, modificación de una u otra así como tampoco se puede mediante codicilo desheredar o hacer la institución en la legítima foral.⁹

La memorias testamentarias son asimismo una “rectificación o complemento de un testamento anterior “(Ley 196) que exige como presupuesto formal básico, que el testador o testadores se hubiera o hubiera reservado la facultad de otorgarlas (que puede ser tácita, como si dijera “respecto del destino de mis joyas como disponga en memoria testamentaria”) y en segundo lugar debe de determinarse en el testamento cuales van a ser los lemas, signos o requisitos que hayan de contener para su validez.

Fuera de esto su forma es la escrita a mano o mecánicamente, pero con la firma del testador en todas sus hojas y al pie, además debe de llevar aquellos lemas o signos que hubiera establecido en el testamento.

Al ser “cuasi ológrafas”(en el sentido de escritas sin intervención de fedatario o testigos) deben de adverbarse y protocolizarse ne el término de 5 años contados desde l fallecimiento del testador. Si pasa este plazo, aunque se encontraran, ya no valen.

e) Mandas pías: Dice la ley 187 “*En los testamentos abiertos, otorgados ante notario, párroco u otro clérigo ordenado de presbítero, deberá consignarse la advertencia hecha al testador sobre si desea o no ordenar mandas pías o benéficas*”

⁹ Que carece de contenido patrimonial ya que es (ley 267) “La atribución meramente formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos febles o “carlines” por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles”.²¹ La atribución puede no ser una desheredación legal, pero si en el fondo pues al heredero forzoso no se le deja nada en realidad.

6.5 Aragón:

Como en el caso de Cataluña, la regulación de la materia testamentaria (y por supuesto la sucesoria) de su compilación ha pasado a una ley específica (Ley de Sucesiones por Causa de muerte).

Las particularidades más relevantes en esta ley sucesoria aragonesa giran en torno al testamento mancomunado: y de hecho gran parte del articulado dirigido a regular las formas de los testamentos están pensando en esta institución típica del derecho aragonés.

El testamento mancomunado que se define como *“el acto naturalmente revocable por el cual dos personas ordenan en un mismo instrumento, para después de su muerte, con o sin liberalidades mutuas y disposiciones correspectivas, el destino de todos sus bienes o de parte de ellos”*.

En consecuencia el testamento mancomunado puede ser otorgado por los cónyuges o por otras dos personas sean o no parientes (artículo 102).

Añadiéndose la previsión de que si uno de los testadores es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal (como sucede con los ciudadanos de territorio común) pueden testar mancomunadamente incluso fuera de Aragón.

Conforme a la citada Ley de Sucesiones Aragonesa, el testamento mancomunado puede revestir cualquier forma común, especial o excepcional, por lo que cabe el testamento mancomunado ológrafo, que puede estar escrito por uno sólo de los testadores, siempre que el que no escriba manifieste por escrito en el mismo que “valga igualmente como testamento suyo” y firme en todas las hojas y al pie del mismo (artículo 96).

Si este testamento mancomunado fuera cerrado basta con que este escrito de puño y letra (en esta modalidad) por uno cualquiera de los testadores, siempre que lo firmen ambos y ambos comparezcan ante el notario (artículo 97).

7. CONTENIDO DEL TESTAMENTO: Las disposiciones testamentarias.

En todo testamento el testador expresa su última voluntad, como se le ha venido reiterando a lo largo de todo este informe, por lo que pretender reducir el contenido del testamento a un patrón o estándar es en realidad inútil, pues su contenido es todo aquello que el testador quiera ordenar. Y como las voluntades son muy diversas, un testamento contendrá unas disposiciones con exclusión de otras, otros omitirán otra y así...

Ahora bien si el testamento tiene alguna virtualidad, de acuerdo con su propia definición y finalidad es disponer de los bienes y derechos para después de la muerte, por lo que su contenido se podrá encuadrar aquí, en la forma en que se hace esta disposición.

La disposición de los bienes y derechos es considerada por algunos autores y tratadistas como el contenido típico del testamento en contraposición, con aquellas disposiciones de carácter familiar que considerarían como atípico (lo que no significa en absoluto inválido o raro sino simplemente eso no típico, no corriente).

El contenido típico y principal, en cuanto que disposición de bienes y derechos se puede hacer por dos vías:

- a) A título universal: institución de heredero.
- b) A título particular: el legado.

Sobre estas dos formas de disponer se volverá más adelante en otro informe, por lo que no vamos a extendernos mucho.

Si hay no obstante que precisarle algunos conceptos:

La disposición a título universal implica dejar a una persona la totalidad o una fracción del patrimonio del testador-causante. Al dejársele esta totalidad o parte del patrimonio la persona a quién se le deja sucede en la totalidad de estos bienes y derechos como si continuase la relación que con ellos tenía el difunto.

La forma de esta disposición a título universal es la institución de heredero. Quien es nombrado heredero sucede, colocándose en el lugar del difunto, en la totalidad o parte de su patrimonio, y no sólo en la parte activa sino también haciéndose cargo del pasivo: deudas del difunto, viniendo a decirse que el heredero continúa la personalidad del difunto.

Por el contrario en la disposición a título particular, cuya principal figura es el legado, sucede únicamente en el bien o derecho concreto, de tal forma que lo adquiere y no se ve obligado a responder de las deudas del difunto con su propio patrimonio.

Sobre estas cuestiones, como le decimos volveremos más adelante, pues no carecen de importancia y de consecuencias, baste por ahora con que se quedé con el dato, para hacer su testamento, de que a diferencia de lo que ocurre en determinados derechos (fieles seguidores del Romano) en la legislación civil española (salvo en Cataluña). El testamento *“es válido aunque no contenga institución de heredero, o esta no comprenda la totalidad de los bienes y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar.*

En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimo¹⁰ (artículo 764).

Ello quiere decir que Vd. al hacer testamento puede nombrar heredero o herederos o no nombrarlos, dejar su herencia toda en legados o incluso no disponer de parte de sus bienes por olvido o con consciencia y no por ello su testamento será nulo. Como verá mayor libertad no puede tener.

¹⁰ Es decir los herederos ab intestato designados por la Ley directamente.(véase el informe correspondiente de la sucesión intestada.)

Si la institución de heredero o herederos y el nombramiento de legatario o legatarios es el contenido típico principal, existe otro contenido típico de carácter instrumental, cuyos principales exponentes son el nombramiento de albacea y el de contador-partidor, personas que cada una de ellas en su ámbito, se encargan de velar por el cumplimiento del testamento y el reparto del patrimonio.

Sobre estas figuras hablaremos en otro informe con el detenimiento que merece su nombramiento.

Por último como le hemos dicho el testamento puede contener otra serie de disposiciones no dirigidas al regir el destino y reparto de la herencia, que se consideran atípicas o extrañas a la sucesión y tienen una índole familiar evidente.

Ejemplos de esto es el nombramiento de tutor o tutores para un hijo menor o incapacitado (artículo 234. 3 CC) El reconocimiento de hijos no-matrimoniales (artículos 120 y 124 CC) y otras de carácter semejante.

8 EL TESTAMENTO VITAL

El testamento vital no es un testamento en el sentido que lo estamos analizando en este informe, pues si el testamento es un negocio que produce efectos después de la muerte de la persona testadora, el “testamento” vital es un documento o instrucción para producir efecto en vida de la persona, normalmente un paciente. Es por esto que también suele denominarse como “instrucciones previas” (que es la terminología legal) o de “voluntades previas”.

Debe también señalarse que es una institución que pese a la indudable importancia que tiene es aun poco conocida y lo que es peor poco empleada por los pacientes.

Con carácter general se regula esta institución en la Ley 41/2002 de 14 de noviembre Reguladora de la Autonomía del Paciente, si bien no pocas Comunidades Autónomas han establecido regulaciones específicas

El artículo 11 de esa Ley lo define como *“el documento realizado por una persona mayor de edad, capaz y libre, por el que manifiesta anticipadamente su voluntad con objeto de que esta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarla personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, o una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo”*.

El documento puede además contener la designación de un representante, para que llegado el caso sirva de enlace, interlocutor, o instrumento de manifestación de esa voluntad frente a médico u hospital y encargarse del cumplimiento de la volunta expresada en el testamento vital o Voluntades previas.

La forma de este testamento, como indica el artículo 11 que le hemos citado ha de ser la escrita.

Además de los requisitos de fondo (ser mayor de edad, tener capacidad legal y por supuesto libre y espontáneo, libre de coacción o violencia, que produce su nulidad) los formales son los siguientes.

- a) En forma privada debe de redactarse por escrito (existiendo formularios de estos testamentos vitales o instrucciones bastante completos) debiéndose firmar por el “testador” y tres testigos de los cuales 2 no tienen que tener relación de parentesco ni patrimoniales con el otorgante (valdría en este sentido como supletorias las incapacidades establecidas para los testamentos)
- b) Ante notario, y en la forma prescrita por la legislación notarial, siendo el propio notario el que dará fe de su capacidad, libre voluntad y mayoría de edad, y encargándose de llenar las lagunas u olvidos de forma.

No vamos a entrar aquí en el contenido de fondo de estos “testamentos vitales” pero si en las causas de su ineficacia que según el artículo 11.3 son: cuando sean contrarias a la ley, cuando atenten a una buena practica sanitaria y cuando la situación real (la enfermedad) no se corresponda con las instrucciones.
