**DERECHO CIVIL**

**TEMA 86**

**CLASES DE TESTAMENTOS EN EL CÓDIGO CIVIL: TESTAMENTO ABIERTO.** **TESTAMENTO CERRADO. TESTAMENTO OLÓGRAFO. SUS RESPECTIVOS REQUISITOS. PRINCIPALES VARIEDADES DEL DERECHO FORAL O ESPECIAL.**

**CLASES DE TESTAMENTOS EN EL CÓDIGO CIVIL: TESTAMENTO ABIERTO.**

**Clases de testamentos en el Código Civil.**

El artículo 676 del Código Civil de 24 de julio de 1889 dispone que “el testamento puede ser común o especial. El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado”.

Los comunes son los otorgados en circunstancias normales y con las solemnidades generales, si bien los testamentos abierto y cerrador presentan una forma ordinarias y varias formas extraordinarias.

Respecto de estos testamentos, el artículo 678 del Código Civil dispone que “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”, el artículo 679 añade que “es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone, y el artículo 680 concluye que “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”.

El artículo 677 del Código Civil, por su parte, considera “testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero”.

Estos testamentos son los que se otorgan en circunstancias de excepción que impiden acudir a las solemnidades generales, y el militar y el marítimo, junto con la forma ordinaria, admiten una extraordinaria.

El programa no exige hacer referencia a estos testamentos especiales, que se regulan por los artículos 716 a 736 del Código Civil, por lo que baste decir aquí lo siguiente:

1. Las formas ordinarias de los testamentos militar y marítimo exigen la intervención, además de testigos, de determinadas personas, como el oficial o jefe de la unidad militar del testador o el capitán del buque.
2. Se establecen especiales formalidades para la custodia del testamento.
3. Las formas especiales permiten otorgar testamento nuncupativo o de palabra en los casos de peligro próximo de acción de guerra o naufragio.

Analizadas en el tema anterior las solemnidades generales de todas las formas testamentarias, en el presente el programa exige estudiar las de cada una de ellas en particular, comenzando por las del testamento abierto.

**El testamento abierto.**

El testamento abierto tiene una forma ordinaria o notarial y dos formas extraordinarias no notariales.

Respecto de la ordinaria, el artículo 694 del Código Civil dispone que “el testamento abierto deberá ser otorgado ante notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento.

Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados “para el testamento en peligro inminente de muerte o en caso de epidemia)”

El artículo 695 del Código Civil regula el acto de otorgamiento, disponiendo que “el testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir.

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos.

Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad”.

El artículo 696 del Código Civil dispone que “el notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686 (de no haber podido identificar al testador). También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento”.

En principio, basta con la autorización notarial para la validez del testamento abierto, si bien el artículo 697 del Código Civil dispone que “al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:

1°. Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.

2°. Cuando el testador o el Notario lo soliciten”.

Junto a los testigos pueden concurrir otras personas, ya que el artículo 698 del Código Civil dispone que al otorgamiento también deberán concurrir:

1. Los testigos de conocimiento, si los hubiera, quienes podrán intervenir además como testigos instrumentales.
2. El intérprete que hubiera traducido la voluntad del testador a la lengua oficial empleada por el notario.

Desde la reforma operada por la Ley de Apoyo a las Personas con Discapacidad en el Ejercicio de su Capacidad Jurídica, de 2 de junio de 2021 ya no es preciso que concurran al otorgamiento del testamento de una persona afectada por una discapacidad dos facultativos que aseguren su capacidad, debiendo el notario asegurarse, conforme al artículo 665, que la persona con discapacidad “pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. No obstante, nada parece impedir que, para formarse tal juicio, el notario pueda acudir al auxilio de facultativos, en cuyo caso también tales facultativos concurrirán al otorgamiento.

Además, rige el principio de unidad de acto, ya que el artículo 699 del Código Civil dispone que “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”.

Por último, el artículo 705 del Código Civil dispone que “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”.

Junto con la anterior forma ordinaria existen dos formas extraordinarias del testamento abierto, a saber:

1. El testamento en peligro inminente de muerte, que conforme al artículo 700 del Código Civil “puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de notario”.
2. El testamento en caso de epidemia, que conforme al artículo 701 del Código Civil “puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de notario ante tres testigos mayores de dieciséis años”.

En estos dos casos, el artículo 702 del Código Civil dispone que “se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir”.

En cualquier caso, conforme al artículo 703, estos uno y otro testamento “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 notario competente para que lo eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente”.

El artículo 704 del Código Civil, por último, recalca que estos testamentos extraordinarios que se otorgan “sin autorización del notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la legislación notarial”.

**TESTAMENTO CERRADO.**

Establece el artículo 706 del Código Civil que “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 técnico o por otra persona a ruego del testador, este pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento. Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, deberá firmarse con una firma electrónica reconocida.

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”.

El artículo 707 del Código Civil regula el acto de otorgamiento del testamento cerrado, en el que “se observarán las solemnidades siguientes:

1ª. 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.

2ª. El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, o lo cerrará y sellará en el acto, ante el notario que haya de autorizarlo.

3ª. 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.

4ª. 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.

5ª. 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.

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

7ª. Concurrirán al acto de otorgamiento dos testigos idóneos, si así lo solicitan el testador o el notario”.

En cuanto a los requisitos especiales de capacidad, el artículo 708 del Código Civil dispone que “no pueden hacer testamento cerrado las personas que no sepan o no puedan leer. Las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, siempre que se observen los restantes requisitos de validez establecidos en este Código”.

Además, el artículo 709 del Código Civil establece que “las personas que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:

1°. El testamento ha de estar firmado por el testador. En cuanto a los demás requisitos, se estará a lo dispuesto en el artículo 706 (con carácter general para este testamento, antes expuesto).

2°. 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.

3°. 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 (sobre el acto del otorgamiento) en lo que sea aplicable al caso.

Las personas con discapacidad visual, al hacer la presentación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por ellas”.

Una vez autorizado el testamento cerrado, el artículo 710 del Código Civil prescribe que el notario lo entregará al testador, después de poner en el protocolo corriente copia autorizada del acta de otorgamiento”.

Conforme al artículo 711 del Código Civil, “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”.

Una vez fallecido el testador, el artículo 712 del Código Civil dispone que “la persona que tenga en su poder un testamento cerrado deberá presentarlo ante Notario competente en los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del fallecimiento del testador.

El notario autorizante de un testamento cerrado, constituido en depositario del mismo por el testador, deberá comunicar, en los diez días siguientes a que tenga conocimiento de su fallecimiento, la existencia del testamento al cónyuge sobreviviente, a los descendientes y a los ascendientes del testador y, en defecto de éstos, a los parientes colaterales hasta el cuarto grado.

En los dos supuestos anteriores, de no conocer la identidad o domicilio de estas personas, o si se ignorase su existencia, el notario deberá dar la publicidad que determine la legislación notarial.

El incumplimiento de este deber, así como el de la presentación del testamento por quien lo tenga en su poder o por el notario, le hará responsable de los daños y perjuicios causados”.

Añade el artículo 713 del Código Civil que “el que con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder dentro del plazo (que he expuesto), además de la responsabilidad que en él se determina, perderá todo derecho a la herencia, si lo tuviere como heredero abintestato 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.

Para la apertura y protocolización del testamento cerrado el artículo 714 del Código Civil ordena observar lo previsto en la legislación notarial.

Por último, conforme al artículo 715 del Código Civil, “es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades (antes expuestas); 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”.

**TESTAMENTO OLÓGRAFO.**

Dispone el artículo 688 del Código Civil que “el testamento ológrafo solo 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”.

Conforme al artículo 689 del Código Civil “el testamento ológrafo deberá protocolizarse, presentándolo, en los cinco años siguientes al fallecimiento del testador, ante notario. Este extenderá el acta de protocolización de conformidad con la legislación notarial”.

A efectos de esta protocolización, el artículo 690 del Código Civil dispone que “la persona que tenga en su poder un testamento ológrafo deberá presentarlo ante notario competente en los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del fallecimiento del testador. El incumplimiento de este deber le hará responsable de los daños y perjuicios que haya causado.

También podrá presentarlo cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea o en cualquier otro concepto”.

Conforme a los artículos 691 y 692 del Código Civil, “presentado el testamento ológrafo y acreditado el fallecimiento del testador, se procederá a su adveración conforme a la legislación notarial”, de forma que “adverado el testamento y acreditada la identidad de su autor, se procederá a su protocolización”.

A tal efecto, el artículo 693 del Código Civil prevé que “el notario, si considera acreditada la autenticidad del testamento, autorizará el acta de protocolización, en la que hará constar las actuaciones realizadas y, en su caso, las observaciones manifestadas.

Si el testamento no fuera adverado, por no acreditarse suficientemente la identidad del otorgante, se procederá al archivo del expediente sin protocolizar aquel.

Autorizada o no la protocolización del testamento ológrafo, los interesados no conformes podrán ejercer sus derechos en el juicio que corresponda”.

**PRINCIPALES VARIEDADES DEL DERECHO FORAL O ESPECIAL.**

Finalmente, el programa exige una referencia a las principales variedades forales en materia de testamentos, pudiendo mencionarse las siguientes:

1. La Ley de Derecho Civil del País Vasco de 25 de junio de 2015 admite todas las formas testamentarias del Código Civil y regula de forma particular el testamento *hilburuko* o el peligro inminente de muerte. Además, admite el testamento mancomunado y el testamento por comisario o poder testatorio.
2. La Ley de Derecho Foral de Navarra de 1 de marzo de 1973 requiere la intervención de testigos en los testamentos notariales abierto y cerrado, regula el testamento en pleigro inminente de muerte, permite el codicilo pero con limitaciones y regula el testamento mancomunado o de hermandad.
3. El Código del Derecho Foral de Aragón de 22 de marzo de 2011 admite tanto el testamento unipersonal como el mancomunado, los cuales pueden revestir cualquier forma, común, especial o excepcional, admitida por la ley. Basta que concurran en uno de los testadores las circunstancias requeridas por cualquier forma especial o excepcional de testamento para que se pueda otorgar mancomunadamente.
4. El Código Civil de Cataluña regula los testamentos notariales abierto y cerrado y el ológrafo, que para su validez deben necesariamente contener institución de heredero, excepto en el testamento otorgado por una persona sujeta al derecho de Tortosa, en cuyo caso el testador puede distribuir toda la herencia en legados. También admite los codicilos, que no requieren institución de heredero, y las memorias complementarias de un testamento anterior.
5. El texto refundido de la Compilación de Derecho Civil de Baleares de 6 de septiembre de 1990 exige la institución de heredero para la validez del testamento y admite la figura del heredero distribuidor en Mallorca y Menorca, mientras que en las Pitiusas la sucesión testamentaria se rige por el Código Civil.

José Marí Olano

12 de septiembre de 2021