**DERECHO CIVIL**

**TEMA 85**

**LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA. EL TESTAMENTO: CARACTERES Y CONTENIDO.** **CAPACIDAD PARA TESTAR. INCAPACIDADES.** **SOLEMNIDADES GENERALES DE LOS TESTAMENTOS.**

**LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA.**

El artículo 658 del Código Civil de 24 de julio de 1889 establece que “la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la Ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la Ley”.

Por ello, la sucesión testamentaria es la que tiene su origen en la voluntad del hombre, si bien manifestada unilateralmente por medio del testamento, negocio jurídico que paso a analizar.

**EL TESTAMENTO: CARACTERES Y CONTENIDO.**

Conforme al artículo 667 del Código Civil, “el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento”.

**Caracteres.**

Los caracteres del testamento son los siguientes:

1. Es un *negocio jurídico*, ya que la base del testamento, como la de todo negocio jurídico, es la declaración de voluntad.
2. Es *mortis causa*, porque sus efectos tan sólo se producen tras la muerte del testador.
3. Es *unilateral*, puesto que se conforma y perfecciona por la sola declaración de voluntad del testador.

La aceptación del llamado o llamados es también una declaración de voluntad unilateral, pero a diferencia del contrato no concurre con la declaración de voluntad el testador conformando un único consentimiento, sino que testamento y aceptación son actos unilaterales distintos y se mantienen independientes, sin que den lugar a un único negocio bilateral.

La voluntad del testador no está condicionada por la de otras personas que puedan concurrir con él en su otorgamiento, como subraya el artículo 669 del Código Civil al disponer que “no podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero”.

Esta prohibición es, además, de orden público en el derecho común, ya que el artículo 733 del Código Civil dispone que “no será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiese otorgado”.

No obstante, los derechos forales sí admiten el testamento mancomunado, como se estudia en el tema siguiente del programa.

Así mismo, sí son válidos los testamentos por el que los otorgantes se instituyen herederos uno del otro simultáneamente y con conocimiento del testamento del otro, lo que es frecuente en el testamento otorgado por cónyuges.

1. Es *personalísimo*, por lo que no puede realizarse a través de representante, bajo ninguna forma de representación, legal o voluntaria, ni de mandato. Ni siquiera admite la figura del *nuntius* como persona que se limita meramente a trasladar la voluntad ya formada del causante

De esta forma, el artículo 670 del Código Civil dispone que “el testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.

Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente”.

No obstante, el artículo 671 del Código Civil establece que “podrá el testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse”.

1. Es *solemne*, puesto que el testador debe declarar su voluntad con las formalidades prescritas por la Ley, disponiendo el artículo 687 del Código Civil que “será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas” para cada clase de testamento.
2. Es *revocable*, ya que voluntad unilateral del testador puede ser modificada o derogada por el propio testador. Por ello, el artículo 737 del Código Civil dispone que “todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas.

Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales”.

No obstante, la facultad de revocar no afecta a las disposiciones testamentarias que no tengan contenido patrimonial. El ejemplo más claro es el reconocimiento de hijo, disponiendo el artículo 741 del Código Civil que “el reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo”.

**Contenido.**

La función esencial del testamento es ordenar el destino del patrimonio de una persona tras su muerte, por lo que su contenido típico está actos de disposición de bienes como son la institución de heredero y los legados.

Sin embargo, junto a estos actos típicamente testamentarios, el testamento puede contener otras manifestaciones, como son las siguientes:

1. Otras declaraciones de voluntad, complementarias o accesorias los actos de disposición patrimonial, como son el nombramiento de albacea o contador-partido, la partición de los bienes o las reglas que deben presidirla por que la vaya a hacer, las reglas de administración del caudal relicto mientras no esté partido o la mera revocación de un testamento anterior.
2. Actos jurídicos de carácter personal, como el reconocimiento de un hijo, conforme al artículo 120 del Código Civil, el nombramiento de tutor, conforme al artículo 213 del Código Civil, o disposiciones sobre su sufragio y funeral, conforme al artículo 902.
3. La *professio iuris*, es decir, la determinación por el testador de la ley aplicable a su sucesión, declaración de voluntad que es admitida por el Reglamento Europeo de Sucesiones de 4 de julio de 2012.
4. Meras admoniciones, ruegos o consejos que no sean de obligado acatamiento para los herederos.

El artículo 764 del Código Civil prevé que “el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes”, por lo que también es válido como tal testamento el que no contenga disposiciones de carácter patrimonial.

Interpretando este precepto, la jurisprudencia considera que son válidas las disposiciones no patrimoniales expresadas en la forma prevenida para los testamentos, aunque el documento que las contenga, al carecer de otras disposiciones patrimoniales, no pueda calificarse materialmente de testamento.

La revocación del testamento solo alcanza, *stricto sensu*, a su contenido típico, a la institución de heredero y a los legados.

En cambio, la jurisprudencia considera que la revocación no priva de eficacia probatoria a otras disposiciones testamentarias, como el reconocimiento de una deuda por el testador o de que el dominio de un bien por él poseído es de otra persona.

Esta es la postura del Código Civil en el caso de su artículo 741, que dispone que “el reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere”.

**Clases.**

El programa exige analizar las clases de testamentos en el tema siguiente, por lo que baste decir aquí que en el artículo 676 del Código Civil 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 son el militar, el marítimo y el otorgado en el extranjero. Los dos primeros, junto con la forma ordinaria, admiten una extraordinaria.

**CAPACIDAD PARA TESTAR.**

La regulación de la capacidad para testar ha sido modificada por la Ley de Apoyo a las Personas con Discapacidad en el Ejercicio de su Capacidad Jurídica de 2 de junio de 2021.

De esta forma, establece actualmente el artículo 662 del Código Civil que “pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”, añadiendo el artículo 663 que “no pueden testar:

1º. La persona menor de catorce años (si bien el testamento ológrafo requiere mayoría de edad, conforme al artículo 688 del Código Civil).

2º. La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello”.

**INCAPACIDADES.**

En particular, el artículo 665 del Código Civil dispone que “la persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”.

Desde la vigencia de la Ley de Apoyo a las Personas con Discapacidad en el Ejercicio de su Capacidad Jurídica, ya no es preciso que el notario designe dos facultativos que se aseguren de la capacidad del testador.

El artículo 666 del Código Civil dispone que “para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento”, por lo que la validez del testamento no queda afectada por el hecho de que después de su otorgamiento el testado dejara de poder conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello.

Es en este sentido en el que ha de interpretarse la previsión del artículo 664 del Código Civil, a cuyo tenor “el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido”.

Por otro lado, la doctrina ha discutido sobre la validez del tradicionalmente llamado testamento del incapacitado en intervalo lúcido, es decir, el otorgado por una persona judicialmente incapacitada respecto de la que la sentencia de incapacitación no contuviera pronunciamiento expreso acerca de su capacidad para testar.

No obstante, desaparecida la incapacitación judicial por la reforma del Código Civil operada por la Ley de Apoyo a las Personas con Discapacidad en el Ejercicio de su Capacidad Jurídica, para las personas con discapacidad, como para cualquier otra persona, se presume su capacidad para otorgar testamento.

Esta presunción, en principio, se suspende cuando el notario autorizante considera que la persona con discapacidad no puede comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones, en cuyo caso no autorizará el testamento, como se desprende del artículo 665 del Código Civil.

Si se trata de testamento ológrafo, o de testamentos especiales, a quien alegue que el testador no podía en el momento del otorgamiento conformar o expresar su voluntad, que es lo que requiere el artículo 663 del Código Civil para otorgar testamento, le corresponde la prueba.

Por último, precisar que conforme a la jurisprudencia el juicio que hace el notario al amparo del artículo 665 del Código Civil no hace prueba plena, por lo que siempre se podrá demostrar en juicio que el testador no podía realmente comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones, y si así lo hace el testamento será declarado nulo.

Finalmente, precisar que la doctrina tradicionalmente añadía a las incapacidades para testar previstas por el Código Civil la de la persona sorda y muda que no sepa leer ni escribir, pues el Código Civil no prevé una forma posible para que puedan testar, por lo que debe entenderse que les está prohibido por imposibilidad material de verificarlo con arreglo a las solemnidades previstas.

No obstante, la reforma del Código Civil operada por la Ley de Apoyo a las Personas con Discapacidad en el Ejercicio de su Capacidad Jurídica permite, a estas personas otorgar testamento siempre que por cualquier medio técnico, material o humano pueda expresar su última voluntad al notario y entender la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad, ya que entonces podrá otorgar testamento abierto conforme al artículo 695 del Código Civil.

**SOLEMNIDADES GENERALES DE LOS TESTAMENTOS.**

El testamento, como he indicado con anterioridad, es un acto solemne, y el formalismo testamentario implica, además de que el testador debe observar alguna de las formas legalmente previstas so pena de nulidad de la disposición testamentaria, que la voluntad del testador sólo puede expresarse en el propio testamento, el cual es un acto íntegro y completo, que no admite la remisión a otros documentos no testamentarios.

Efectivamente, el artículo 672 del Código Civil dispone que “toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo”, pero si así ocurriera, y salvo que la voluntad del testador fuese otra, tales cédulas o papeles tendrían un efecto revocatorio del testamento anterior, no complementario del mismo, ya que el artículo 739 del Código Civil dispone que “el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte”.

El fundamento de este formalismo radica en la propia naturaleza *mortis causa* del testamento, ya que se necesita garantizar la autenticidad de la declaración testamentaria y evitar la posibilidad de suplantaciones, fraudes y simulaciones, puesto que cuando se ponga en duda cuál fue la auténtica voluntad del testador éste ya no podrá aclararlo, por haber muerto.

Así mismo, siendo esencialmente revocable la voluntad del testador hasta el momento mismo de su muerte, el formalismo testamentario dota de seguridad jurídica a la condición de *última* de la voluntad expresada por el testador.

Por último, la intervención notarial propia de los testamentos abierto y cerrado garantiza, en gran medida, la capacidad del otorgante y la ausencia de vicios en su voluntad.

Sin perjuicio de las especialidades contenidas en otros preceptos, el Código Civil regula las solemnidades generales de los testamentos en sus artículos 681 a 687, que contienen una serie de normas generales relativas a la intervención de testigos y a la identificación y comprobación de la capacidad del testador. A ellas la doctrina suele añadir la intervención de notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento en el caso de los testamentos abierto y cerrado, por exigencias de los artículos 694 y 707 del Código Civil.

La primera solemnidad general de los testamentos hace referencia a la intervención de testigos, si bien la misma es meramente voluntaria con las siguientes excepciones:

1. Cuando el notario no conociese al testigo y no lo identificase mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas, en cuyo caso es precisa la intervención de dos testigos que conozcan al testador y sean conocidos del mismo notario, conforme al artículo 685 del Código Civil.
2. Conforme al artículo 697 del Código Civil, cuando el testador sea ciego, o no sepa o no pueda firmar o leer, o lo soliciten el testador o el notario.
3. Conforme a los artículos 700 y 701 del Código Civil, en los testamentos abiertos extraordinarios en peligro de muerte o en caso de epidemia.
4. En los testamentos especiales.

Para todos estos casos, el artículo 681 del Código Civil dispone que no podrán ser testigos en los testamentos:

1. Los menores de edad, salvo el testamento en caso de epidemia, en el que basta que los testigos sean mayores de 16 años.
2. Los que no entiendan el idioma del testador.
3. Los que no presenten el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical.
4. El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo.

Además, el artículo 682 del Código Civil prevé que “en el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

No están comprendidos en esta prohibición los legatarios ni sus cónyuges o parientes cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario”.

Para todos los casos anteriores, el artículo 683 del Código Civil establece que “para que un testigo sea declarado inhábil es necesario que la causa de su incapacidad exista al tiempo de otorgarse el testamento”.

Por otro lado, el artículo 685 del Código Civil establece que “el notario deberá conocer al testador y si no lo conociese se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas. También deberá el notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar.

En los casos (del testamento en peligro inminente de muerte y en caso de epidemia) de los artículos 700 y 701, los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad”.

La identificación del testador a través de testigos es residual en la práctica, ya que en la inmensa mayoría de las ocasiones los notarios identifican a los otorgantes de los instrumentos públicos que autorizan referencia a carnets o documentos de identidad con retrato y firma expedidos por las autoridades públicas, cuyo objeto sea identificar a las personas, tal y como prevé el artículo 23 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.

El artículo 686 del Código Civil, por su parte, establece que “si no pudiere identificarse la persona del testador en la forma (que acabo de exponer), se declarará esta circunstancia por el notario, o por los testigos en su caso, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo.

Si fuere impugnado el testamento por tal motivo, corresponderá al que sostenga su validez la prueba de la identidad del testador”.

Por último, el artículo 684 del Código Civil dispone que “cuando el testador exprese su voluntad en lengua que el notario no conozca, se requerirá la presencia de un intérprete, elegido por aquél, que traduzca la disposición testamentaria a la oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el notario. El instrumento se escribirá en las dos lenguas con indicación de cuál ha sido la empleada por el testador.

El testamento abierto y el acta del cerrado se escribirán en la lengua extranjera en que se exprese el testador y en la oficial que emplee el notario, aún cuando éste conozca aquélla”.

José Marí Olano

12 de septiembre de 2021