



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

INVALIDEZ E INEFICACIA DEL TESTAMENTO

Presentado por:

Sara Álvarez Cuadrillero

Tutelado por:

Cristina Guilarte Martín-Calero

Valladolid, 13 de julio de 2022

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es hacer un estudio del testamento y sus causas de ineficacia e invalidez. Para ello, primero nos centraremos en hacer un análisis general del instrumento, estudiando sus principales características. Seguidamente, veremos cuáles son los requisitos formales que permiten al testamento desplegar todos sus efectos y que son de gran importancia para el estudio que realizamos. Después, haremos una breve referencia a una cuestión terminológica entre los conceptos de invalidez e ineficacia y, por último, haremos el análisis concreto de los diferentes motivos de nulidad que se pueden dar en nuestro ordenamiento jurídico: nulidad, revocación y caducidad.

Palabras clave: testamento, ineficacia, invalidez, sucesión, nulidad, revocación, caducidad

ABSTRACT

The purpose of this paper is to make a study of the will and its causes of ineffectiveness and invalidity. To this end, we will first focus on a general analysis of the instrument, studying its main characteristics. Next, we will see which are the formal requirements that allow the will to deploy all its effects and that are of great importance for the study we are carrying out. Then, we will make a brief reference to a terminological issue between the concepts of invalidity and ineffectiveness and, finally, we will make a specific analysis of the different grounds for nullity that can occur in our legal system: nullity, revocation and expiration.

Key words: will, ineffectiveness, invalidity, succession, nullity, revocation, expiration

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1.	INTRODUCCIÓN.....	4
2.	CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERES DEL TESTAMENTO	5
2.1.	Concepto	5
2.2.	Naturaleza jurídica.....	7
2.3.	Caracteres	9
3.	REQUISITOS FORMALES DEL TESTAMENTO	14
3.1.	Normas generales	15
3.1.1.	Notario o persona autorizante	15
3.1.2.	Identificación del testador	16
3.1.3.	Testigos.....	17
3.1.4.	El intérprete	19
3.2.	El testamento ológrafo	19
3.3.	El testamento abierto.....	21
3.3.1.	El testamento abierto notarial.....	21
3.3.2.	El testamento abierto en peligro de muerte y en caso de epidemia	23
3.4.	El testamento cerrado.....	24
4.	LA TERMINOLOGÍA EN CUANTO A INVALIDEZ E INEFICACIA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL	29
5.	INEFICACIA DEL TESTAMENTO	33
5.1.	Nulidad testamentaria.....	34
5.1.1.	Concepto	34
5.1.2.	Clasificación	35
5.1.3.	Causas de nulidad.....	36
5.1.4.	Acción de nulidad	37
5.1.5.	Plazo de ejercicio de la acción.....	38
5.1.6.	Efectos de la declaración de nulidad.....	38
5.1.7.	Conversión del testamento nulo	39
5.2.	Revocación de los testamentos	40
5.2.1.	Concepto.....	40
5.2.2.	Naturaleza jurídica	40
5.2.3.	Clasificación	42
5.2.3.1.	Revocación expresa y tácita.....	42

5.2.3.2.	Revocación total y parcial.....	43
5.2.3.3.	Revocación real.....	43
5.2.4.	La compatibilidad de los testamentos.....	44
5.2.4.1.	Testamentos interpretativos o aclaratorios de otro anterior.....	45
5.2.4.2.	Testamento posterior sin contenido patrimonial.....	45
5.2.4.3.	Testamentos puramente compatibles.....	46
5.2.4.4.	Testamentos meramente modificativos.....	47
5.2.5.	Efectos de la revocación.....	47
5.2.6.	La cláusula ad cautelam.....	48
5.3.	Caducidad del testamento.....	48
5.3.1.	Concepto.....	48
5.3.2.	Efectos de la caducidad.....	49
6.	CONCLUSIONES.....	50
7.	BIBLIOGRAFÍA.....	51

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo haremos un estudio de uno de los principales instrumentos del Derecho civil como es el testamento, concretamente de su ineficacia e invalidez. Mediante él, los sujetos deciden el destino de todos sus bienes, derechos y obligaciones para el momento posterior a su muerte por lo que es de máxima importancia que el testamento se realice de una manera adecuada y despliegue todos sus efectos.

En primer lugar, haremos un breve repaso sobre el concepto del testamento en general, para, posteriormente, poder entender mejor cuáles son las causas que pueden hacer que un testamento sea defectuoso. Señalaremos cuáles son los caracteres del mismo, que han sido objeto de una amplia jurisprudencia, además, haremos referencia a su naturaleza jurídica, un tema no menos controvertido.

Posteriormente, veremos cuáles son las formalidades necesarias para que un testamento sea otorgado de manera plenamente válida y eficaz. Para ello, debemos señalar primero cuáles son los requisitos exigidos para todo tipo de testamento en general y después nos centraremos en las solemnidades exigidas para los diferentes tipos de testamentos recogidos en nuestro ordenamiento como son el testamento ológrafo, el testamento abierto y el testamento cerrado. Hay que hacer hincapié en estas condiciones de validez ya que es, en un amplio número de ocasiones, su inobservancia la que causa la ineficacia de unas disposiciones testamentarias.

Antes de analizar las distintas causas de invalidez que puede presentar el testamento, haremos referencia a una cuestión discutida por doctrina o jurisprudencia como es la utilización de los términos invalidez e ineficacia en el ordenamiento jurídico español. Para ello recogeremos las opiniones de ciertos autores y juristas sobre el tema.

Pasaremos entonces a estudiar en profundidad los motivos por los que un testamento puede calificarse como inválido e ineficaz: nulidad, revocación y caducidad. En todas ellas analizaremos su concepto y sus efectos, y cuando sea posible haremos un estudio mayor en cuanto a sus tipos, naturaleza jurídica o clasificación.

Para realizar todo esto acudiremos a distintas fuentes como son diversos manuales de Derecho de sucesiones, la opinión de la doctrina especializada o la jurisprudencia, especialmente la emanada del Tribunal Supremo.

2. CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERES DEL TESTAMENTO

2.1. Concepto

Una sucesión puede deferirse por la voluntad que manifiesta el hombre en el testamento, siendo esta la llamada sucesión testamentaria o, en su defecto, por disposición de la ley, es decir, la legítima (art. 658 CC). Ambas formas son compatibles entre sí, ya que podemos encontrarnos con sucesiones mixtas. Nos centraremos en el primer tipo de sucesión, siendo un elemento necesario de la misma el testamento.

Encontramos la definición del testamento en el art. 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.* Esta es la definición legal del testamento, que ha sido criticada duramente por la doctrina, en concreto Albaladejo señala que es imperfecta, ya que no alude a la institución de heredero, ni a las disposiciones no patrimoniales recogidas en el testamento, entre otras cosas.¹

Así pues, diferentes autores han dado sus propios conceptos de testamento: Traviesas señala que el testamento es el medio del que se sirve el causante para regular su sucesión hereditaria, y que el término testamento hace referencia al documento que contiene la declaración de voluntad, y no tanto a la voluntad del causante como tal.² Royo Martínez, por su parte, señala que el testamento «es un negocio jurídico unilateral, formal o solemne, personalísimo e irrevocable, por el que una persona dicta disposiciones, especialmente patrimoniales para después de su muerte»³. Para Albaladejo el testamento es el negocio solemne o formal por el que unilateralmente una persona sola establece para después de su muerte las disposiciones que le compete, pudiendo siempre revocarlas.

Jordano Barea considera que existen tres concepciones esenciales sobre el testamento: en primer lugar, en sentido formal el testamento sería considerado como un documento y no como un negocio jurídico caracterizado por su forma y no tanto por su contenido. En segundo lugar, de acuerdo al criterio sustancial, se concibe al testamento como un negocio unilateral a causa de muerte, que contiene tanto contenido patrimonial como no patrimonial.

¹ ALBALADEJO, M., *Comentarios a los artículos 657 a 693 del Código Civil en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1990, p.97

² TRAVIESAS, M., *El testamento*, Revista de Derecho Privado, 1935, p.99

³ ROYO MARTINEZ, M., *Derecho sucesorio mortis causa*, Editorial Edelce, Sevilla, 1951

Por último, el criterio amplio vería el testamento como un negocio jurídico unilateral y no recepticio, mortis causa típico.⁴

Como hemos visto, podemos encontrar en la doctrina diferentes definiciones del testamento, sin embargo, éstas se pueden resumir en dos tipos: aquellas definiciones de contenido general, que consideran que el testamento es un acto por el cual el hombre manifiesta su última voluntad para que sea cumplida después de su muerte. Del otro lado, encontramos definiciones con un contenido más detallado, que entienden que el testamento es un negocio jurídico unilateral, personalísimo, solemne y esencialmente revocable, mediante el que una persona física con capacidad suficiente dicta disposiciones para después de su muerte, según su arbitrio y las normas legales.

El Tribunal Supremo señala en su sentencia 9100/1987 de 2 de junio que el artículo 667 del Código Civil no es más que “un artículo genérico definidor y mejor aun conceptualmente limitador” y que, en cualquier caso, parece claro que el testamento es un negocio jurídico cuyo elemento esencial es una declaración de voluntad, sometida a unos requisitos formales especiales, así viene dispuesto en la doctrina general del testamento contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 8 de julio de 1940 (RJ 1940/689).

La definición que nos da el Tribunal Supremo de testamento es que se trata de “*un acto o negocio jurídico solemne, en principio, unilateral y esencialmente revocable, otorgado por persona capaz con la intención seriamente declarada de producir, para después de la muerte de su autor, consecuencias eficaces en derecho, y, por ello, es obvio que las admoniciones, ruegos o consejos, no elevados por el de de cuius al rango de normas de la delación hereditaria y de obligado acatamiento para los herederos, no producen acciones viables en justicia en orden a su estricta ejecución, ya que de otro modo se equipararía el mero deseo de índole sentimental o efectivo con las disposiciones testamentarias en sentido propio*” (STS de 24 de noviembre de 1958).

De la definición que encontramos en el art. 667 CC podemos entender que es necesario que el testamento tenga un contenido patrimonial, sin embargo, esto es discutible. Autores como Jordano Barea⁵ consideran las disposiciones no patrimoniales como actos secundarios asimilados al testamento por su sometimiento a los mismos requisitos de forma ya que considerarlos como parte del mismo sería sostener una concepción ecléctica del testamento.

⁴ JORDANO BAREA, J., *Comentario al Código Civil*, publicado por el Ministerio de Justicia y dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Díez Picazo, Salvador Cordech; tomo I, Madrid, 1991, p.1678

⁵ Obra citada, p. 101

Otros autores como Cicu⁶ sí que entienden como testamento como cualquier disposición de acto de última voluntad, aunque no fueran de disposición de bienes.

El Tribunal Supremo no ha sido claro en esta cuestión ya que tiene resoluciones en las que mantiene que no existe testamento si no hay disposición de bienes⁷ mientras que en otras ha entendido lo contrario, como en la STS 22 de diciembre de 1964 (RJ 1964/5906), en la que considera sí considera como testamento una manifestación de voluntad en la que no se contenía ninguna disposición de bienes, sino únicamente el reconocimiento de un hijo.

En cualquier caso, si hacemos una interpretación literal del art. 667 CC parece que el testamento será únicamente el acto por el que se dispone de todos sus bienes o parte de ellos, sin embargo, si mantenemos una interpretación más abierta del mismo, que para muchos autores es preferible, se puede entender que una disposición que únicamente contenga disposiciones extrapatrimoniales es también un testamento. En este sentido, el propio Código Civil admite que el testamento tenga otras finalidades: reconocimiento de un hijo no matrimonial (arts. 120.2º y 741 CC), nombramiento de tutor (art. 201 CC), o disposiciones específicas sobre sufragios, funerales y exequias (art. 902.1º CC).

2.2. Naturaleza jurídica

En cuanto a la naturaleza jurídica del testamento, la mayor parte de la doctrina y el Tribunal Supremo están de acuerdo en que tiene carácter de negocio jurídico, sin embargo, sí que hay cierto sector doctrinal que niega esto, alegando que no produce ningún efecto de entrada, ya que se trata de un mero proyecto⁸ que se hace para cuando se produzca el fallecimiento del causante, tratándose así de un negocio unilateral o imperfecto (*negotium imperfectum*), que se complementa con la muerte del causante. Autores como Josserand⁹ o De Buen¹⁰ mantienen esta postura, sosteniendo que el testamento adquiere el carácter definitivo el día de la muerte del testador.

Del otro lado, hay autores como Puig Peña¹¹ que mantienen que cuando el testador emite una declaración formal de voluntad lo hace con carácter definitivo y vinculante para después

⁶ CICU, A., *El Testamento*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 18

⁷ STS de 6 de agosto de 1914 y 8 de julio de 1940, que establece «el ser esencialmente el testamento un acto dispositivo de bienes o derechos».

⁸ PUIG PEÑA. *Tratado de derecho civil español*, tomo V, volumen I, Madrid, 1954, p. 91

⁹ JOSSERAND, L., *Cours de droit civile*, tomo III, París, 1930, p. 849

¹⁰ DE BUEN, D., *Derecho Civil*, tomo II, Madrid, 1932, p. 398.

¹¹ Obra citada, p. 92

de su fallecimiento, o Kohler¹², que sostiene que, al hacer el testamento, existe un acto jurídico perfecto, aunque la ejecución del mismo sea aplazada. Además, debemos tener en cuenta que existen los negocios jurídicos sometidos a término o condición, cuyos efectos dependen del transcurso de un periodo de tiempo o que se dé una determinada condición; y son considerados como negocios perfectos y definitivos. Hay que añadir que el testamento también puede producir efectos no revocables, como la revocación del testamento anterior o el reconocimiento de hijos.

Como hemos señalado antes, el Tribunal Supremo sí que considera el testamento como un negocio jurídico, como puede desprenderse de su sentencia del 8 de julio de 1940 (RJ 1940/689): *se desprende inequívocamente que se trata de un acto o negocio jurídico, que tiene como elemento esencial una declaración de voluntad, sujeta a todas las reglas generales concernientes a las manifestantes de voluntad con efectos jurídicos y que, ante todo y sobre todo, exige y presupone una voluntad expresada en forma suficientemente inteligible.*

La determinación del momento en que se perfecciona el testamento ha sido también motivo de discusión, ya que se puede considerar que se produce en el momento de la emisión de la declaración de voluntad por el testador o en el momento de su muerte. Para Cicu, el elemento que perfecciona el testamento no es la muerte del testador, sino que ese es el momento en que comienza a producir efectos jurídicos. En cualquier caso, sostiene que la decisión de otorgar testamento debe ser una decisión firme que cumpla con las formalidades legales, y no tratarse de un mero proyecto¹³.

El Tribunal Supremo mantiene una postura similar, diferenciando los proyectos de los verdaderos testamentos, sosteniendo que los primeros, que no son un acto definitivo y en los que no consta claramente la voluntad de testar, no son testamento. Así, en la sentencia de 8 de julio de 1940 señala: *Que al ser esencialmente el testamento un acto dispositivo de bienes o derechos, no es verdadero testamento el acto que, aun presentando la forma externa de tal, pueda dudarse si constituye un simple esbozo o proyecto y no un acto definitivo, o en que el otorgante se limite a aconsejar o rogar respecto al destino de su patrimonio; sin que esto quiera decir que el carácter imperativo de las disposiciones haya de colegirse únicamente de la literalidad de las expresiones que se empleen. Segunda. Que siendo el testamento, acto por el que alguno dispone para después de su muerte, no valdrá como tal si no consta con claridad la intención de testar, esto es, de disponer para después de la muerte del declarante. Tercera. Que*

¹² KOHLER, *Ademption der legate*, en *Zeitschrift de Grünhut*, VII, p. 734 y 735. Citado por TRAVIESAS, M., *El testamento*, *Revista de Derecho Privado*, 1935, p. 101.

¹³ CICU, A., *El Testamento*, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1959, p. 5 y ss.

si bien, en síntesis, es indiferente el modo y términos con que el testador se exprese, siempre es necesario la esencia de la disposición "mortis causa" en sus palabras.

Podemos ver como la RDGRN de 6 de marzo de 1997 hace referencia a las características del testamento, señalando que en el Código Civil aparece configurado como un acto de disposición de bienes para después de la muerte (art. 667 CC), de carácter esencialmente revocable (arts. 737 y ss. CC), sujeto a formalidades determinadas (art. 687 CC), personalísimo (art. 670 CC) y no susceptible de ser otorgado por dos o más personas mancomunadamente (art. 669 CC).

2.3. Caracteres

Muchas veces son los caracteres del testamento los que suplen la pobre conceptualización legislativa que se hace del mismo por lo general. Con su observancia podemos identificar un testamento e incluso, en determinadas ocasiones, su ausencia puede conllevar la nulidad testamentaria.

El testamento es un negocio jurídico

- *Mortis causa*: esto quiere decir que no es posible la apertura del mismo en vida del testador ya que, como señalamos al hablar de su naturaleza, su eficacia está supeditada a la muerte de quien lo realizó, como puede desprenderse del art. 657 CC: *los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.*

Esto se puede ver de manera clara al analizar la jurisprudencia, en concreto la STS 128/2010 de 23 de marzo nos habla de un caso en que el tutor solicitó la nulidad del testamento por incapacidad del otorgante antes de su fallecimiento. Se entiende que no se puede impugnar un testamento que no tiene la condición de acto eficaz hasta que adquiera esa eficacia, es decir, hasta el momento de la muerte del testador, aunque su incapacidad sea anterior. Además, el Tribunal considera que el tutor debe actuar siempre en beneficio del tutelado y la acción para pedir la nulidad del testamento no le beneficiaría en ningún caso ya que, al fallecer el otorgante, los interesados ya tendrán la legitimación para ejercer las acciones convenientes para pedir su nulidad. Por último, hay que añadir que ni siquiera el propio testador puede pedir la nulidad del testamento por falta de capacidad, por lo que, si no está legitimado el tutelado para ejercer la acción, tampoco lo estaría el tutor. Es por todo esto, que la doctrina afirma que puede considerarse el testamento como un proyecto que será eficaz en el futuro, pero no por ello deja de ser un negocio perfecto.

- Formal y solemne: el testamento consiste en una declaración de voluntad que debe cumplir con determinadas formalidades previstas por la ley, es decir, se trata de una forma *ad solemnitatem*, cuyo incumplimiento daría lugar a la nulidad del testamento (art. 687 CC). Las formalidades se recogen en los arts. 676 a 736 CC.

Los dos pilares que identifican a los negocios jurídicos son la forma y contenido, especialmente en los testamentos, ya que nos ofrecen seguridad jurídica a una manifestación de voluntad que se oirá cuando quien la ha dicho ya no está. Los tribunales destacan esta nota de solemnidad del testamento y autores como Royo Martínez¹⁴ señalan que “*es un negocio jurídico para cuya eficaz celebración señala el Derecho objetivo una o varias formas ad substantiam o ad solemnitatem*”.

Hay un sector de la doctrina que sostiene que el formalismo de los testamentos no se reduce únicamente a la observancia de las formas previstas en la ley, sino también a que la voluntad del testador no puede derivarse sino del contenido del propio testamento¹⁵. Esto se completa con lo dispuesto en el artículo 672 del Código Civil que establece 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*”.

Por otro lado, hay sectores que apuestan por la modernización de las formas, lo que vemos reflejado en la sentencia STS 6848/2009 de 4 de noviembre, que da validez a la voluntad testamentaria contenida en un documento electrónico o de soporte duradero, expresada tanto mediante imágenes, audio, digital o de cualquier otra forma escrita firmado mediante firma electrónica reconocida, de conformidad con lo previsto en el art. 3 de la Ley de Firma Electrónica. Sin embargo, en esta sentencia, el Tribunal Supremo considera que la forma del testamento es una garantía del testador respecto a la exactitud y permanencia de la voluntad testamentaria por lo que no se puede admitir una relajación de las formas en este tipo de testamentos donde no concurre un funcionario público que compruebe la presencia de todos los requisitos exigidos por el Código Civil.

Para la jurisprudencia más clásica, la ausencia de estas formalidades siempre dará lugar a la nulidad del testamento, aunque la voluntad del testador sea clara; en cambio, la jurisprudencia moderna apuesta por una mayor flexibilidad, con el fin de proteger la voluntad testamentaria, la conservación del testamento y el cumplimiento del *favor*

¹⁴ ROYO MARTINEZ, M., "Derecho sucesorio mortis causa", Sevilla, 1951

¹⁵ BLASCO GASCÓ, F.D.P., *Instituciones de derecho civil, Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

testamenti, suavizando el rigorismo formal y adaptando los criterios de interpretación de la norma (art. 3 CC) a la realidad social actual. Así, se reflexiona sobre cuáles son los requisitos que habría que exigir a la manifestación de voluntad de un particular que está contenida en un soporte o dispositivo electrónico para que se le reconozca valor el valor y eficacia de voluntad testamentaria.

- Esencialmente revocable: el artículo 737 del Código Civil nos dice que todas las disposiciones testamentarias serán esencialmente revocables, aunque el testador se comprometa a no revocarlas. Además, se tendrán por no puestas todas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que el testador ordene que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales. Las legislaciones mantienen la idea de que la voluntad del hombre es cambiante mientras vive. En este sentido, Royo Martínez¹⁶ hace referencia al siguiente principio romano: *voluntas hominis est ambulatoria usque ad mortem* (la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte) y distingue esta manifestación de voluntad de la contractual, ya que ésta no produce efectos ni asigna derechos con anterioridad a la muerte del otorgante.

Esta revocabilidad debemos relacionarla con la libertad testamentaria, enunciada en el Código Civil en numerosas ocasiones con la prohibición de los pactos sucesorios (art. 1271 CC) o la prohibición de los testamentos mancomunados (art. 669 CC). Por tanto, aunque el testador haya dicho que quiere que esta sea su última y válida voluntad, en cualquier momento podrá otorgar un nuevo testamento, como parte de su libertad testamentaria, no pudiendo válidamente autovincularse a no modificar su testamento en el futuro ni autolimitar su voluntad.

- Personalísimo: debemos hacer referencia al artículo 670 del Código Civil: *El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. 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.*

A diferencia de otros muchos negocios jurídicos, el testamento no admite la representación, ni voluntaria ni legal, ya que solo puede ser otorgado por la misma persona sobre la que versa la sucesión. Es cierto que la ley sí permite que se encomiende a otra persona, que actuará como árbitro, la realización del inventario y la división de la herencia cuando concurren varias personas a su percepción.

¹⁶ ROYO MARTINEZ, M., "Derecho sucesorio mortis causa", Sevilla, 1951

Al estudiar el carácter personalísimo del testamento hay que hacer referencia a las sustituciones pupilar y cuasi pupilar de los artículos 775 y 776 del Código Civil. Esto no atentaría contra esta característica del negocio jurídico ya que el sustituto más bienes que los que el ascendiente le haya dejado su descendiente incapaz, aunque hay autores que consideran esto como una excepción a ese carácter.

Otros casos que pueden considerarse como excepciones a esta regla los encontramos en el artículo 831 CC, que permite conferir facultades al cónyuge para que realice mejoras a favor de los hijos o descendientes comunes incluso con cargo al tercio de libre disposición; o en el art. 671 CC, que permite al testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidad que deje en general a clases determinadas, como pueden ser los parientes, los pobres o establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes deban aplicarse.

En algunos Derechos civiles autonómicos se admite el testamento por comisario, por fiduciario o a través de herederos o legatarios de confianza. Por tanto, es importante tener en cuenta la vecindad civil del causante en el momento de otorgar el testamento (arts. 9.8 y 16.1.1º CC).

En cualquier caso, el Código Civil establece de forma clara la imposibilidad de delegar la facultad de testar, siendo sancionado el incumplimiento del art. 670 CC con la nulidad de pleno derecho del testamento.

- Unilateral: el testamento es un negocio jurídico que se produce a través de una única declaración de voluntad, la del testador, que además no es recepticia ya que para su validez no se precisa ni siquiera que llegue a conocimiento de los eventuales beneficiarios.

No hay que confundir esto con la aceptación de la herencia, que es un negocio jurídico diferente e independiente, también de naturaleza unilateral. No existe actualmente una herencia irrenunciable, es decir, que sea forzosa para los herederos, por lo que existe una independencia de la aceptación de la herencia y, en caso de que no sea aceptada, no se cumplirá con la voluntad del testador. Esto no tiene nada que ver con el carácter unilateral del testamento.

Es cierto que en las formalidades testamentarias pueden intervenir otras personas como el Notario o los testigos, pero éstas no forman parte en ningún caso del negocio testamentario.

Este carácter unilateral tiene cierta relación con la prohibición de los pactos sucesorios a los que hacíamos referencia al hablar de irrevocabilidad, que son admitidos por algunos Derechos civiles autonómicos.

- Unipersonal (individual): en el artículo 669 CC se prohíbe que dos o más personas puedan testar mancomunadamente o en un mismo instrumento, ya sea en beneficio propio o en el de un tercero. El testamento mancomunado, mutuo o de hermandad, se caracteriza porque en un mismo instrumento existen una pluralidad de declaraciones mortis causa.

Es importante estar a la vecindad civil del causante en el momento del otorgamiento ya que en algunos Derechos civiles autonómicos como el de Galicia o País Vasco se permite el testamento mancomunado.

El testamento mancomunado es una figura con numerosos defensores, así como detractores. Estos últimos señalan que afecta a la libertad de testar ya que existe un riesgo de captación o manipulación de la voluntad por parte del co-testador, generando también una vulneración de la autonomía de la voluntad. Otro argumento que defienden es que un testamento mancomunado quebrantaría el sentido de intimidad y reserva característico de los actos de última voluntad.

Los defensores, por su parte, señalan que su admisión sería conforme al artículo 33.1 CE, que reconoce el derecho a la propiedad privada y la herencia, ya que el carácter personalísimo del testamento no parece formar parte del contenido esencial de la herencia y esta modalidad supondría otro mecanismo para ordenar la sucesión.

- Acto voluntario y libre: el testamento forma parte de la autonomía de la voluntad, no se puede obligar a nadie por contrato ni por convenio a otorgar testamento. Ningún pacto ni disposición que restrinja la facultad de testar o implica una renuncia a este derecho será inexistente e inválida en derecho positivo (arts. 688, 705 y 715 CC). Además, el notario sería responsable de los daños y perjuicios si hubiera obrado con malicia, negligencia o ignorancia inexcusable.

3. REQUISITOS FORMALES DEL TESTAMENTO

El testamento consiste en una declaración de voluntad que debe cumplir con las formalidades previstas por la ley. Así, podemos afirmar que el testamento es un negocio jurídico solemne, es decir, se exige una forma *ad solemnitatem* para plasmar la declaración de voluntad y, en caso de omitirse esto, el testamento sería nulo de pleno derecho. Esto lo encontramos reflejado en el artículo 687 CC: *será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo.*

Las formalidades testamentarias aparecen en el Código Civil perfectamente delimitadas, en los artículos 676 a 687 CC, además, las clases de testamentos también aparecen reguladas en la ley con carácter de *numerus clausus*. Como consecuencia de esto último, no será un testamento válido aquella expresión de última voluntad que sea diferente a la establecida expresamente en la legislación. Cabe señalar, que el artículo 672 CC establece que toda disposición que haga el testador sobre la institución de heredero, mandas o legados, refiriéndose a cédulas o papeles privados y que aparezcan después de su muerte en su domicilio o fuera de él, será nula si en ellas no concurren los requisitos previstos para el testamento ológrafo.

El art. 670 CC establece que el testador no puede dejar la formación del testamento, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Además, tampoco podrá dejar la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios al arbitrio de terceros, ni tampoco la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente.

Veremos entonces que la ley hace una distinción entre:

- Testamentos comunes: abierto, cerrado y ológrafo.
- Testamentos excepcionales: testamento del incapacitado, testamento en lengua extranjera y testamento del sordo que no sabe o no puede leer. Encontramos también el testamento oral en peligro muerte y testamento oral en caso de epidemia.
- Testamentos especiales: testamento militar, marítimo y hecho en país extranjero.

Cada una de las clases de testamentos tiene unas formalidades propias que deben cumplirse para su validez, sin embargo, encontramos una serie de elementos comunes a todos los tipos.

3.1. Normas generales

3.1.1. *Notario o persona autorizante*

En primer lugar, la presencia de un notario o persona autorizante que dé fe de la declaración y su contenido puede cobrar especial importancia en función del tipo del testamento ante el que nos encontremos. En el testamento ológrafo, no es necesaria su presencia, sin embargo, tanto en los testamentos abierto y cerrado como en los especiales esta cuestión es relevante.

El art. 694 CC exige la presencia de un Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento en los testamentos abiertos. En estos testamentos, el testador manifiesta su voluntad ante Notario y, en su caso, ante dos testigos idóneos. Hay que ver que entendemos por “Notario hábil”, que será aquel Notario con competencia territorial en el sitio donde el testamento va a ser otorgado. Los Notarios tienen una competencia territorial determinada por el territorio donde puede ejercer sus funciones. Esta cuestión viene regulada en los arts. 7 y 8 LN y en los arts. 116 y 125 RN, de los que podemos deducir que un testamento que se otorgue ante un Notario que no sea competente, será declarado nulo.

El Notario se regirá por lo dispuesto en la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, pero especialmente por lo determinado en el Código Civil. Esto lo vemos reflejado en el art. 29 LN que establece: *lo dispuesto en los artículos que preceden, relativamente a la forma de los instrumentos y al número y cualidades de los testigos, y a la capacidad de adquirir lo dejado o mandado por el testador, no es aplicable a los testamentos, y demás disposiciones mortis causa, en las cuales regirá la Ley o leyes especiales del caso.*

En los arts. 754 CC y art. 22 LN el testador no podrá disponer del todo o parte de su herencia en favor del Notario que autorice su testamento, o del cónyuge, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción que viene dispuesta en el art. 682 CC. Con esta disposición se pretende eliminar cualquier duda sobre la conducta del Notario que autorice el testamento por lo que se aplica tanto al testamento abierto como al cerrado. Por tanto, se trata de evitar cualquier influencia directa en la voluntad del testador, el ocultamiento de la falta de capacidad para testar, o incluso la propia manipulación del testamento. No obstante, esta prohibición no afecta a la posibilidad de nombrar al Notario como el albacea y el contador-partidor, a pesar de que pueda cobrar honorarios por este último concepto (art. 139 RN).

3.1.2. *Identificación del testador*

Otro de los elementos necesarios para la validez de cualquier tipo de testamento es la identificación del testador. Es esencial determinar si existe o no capacidad o no para testar en el momento del otorgamiento (art. 663 y 665 CC) por lo que es necesario que la persona que expresa su última voluntad esté perfectamente determinada.

La forma en que se identifica al testador varía dependiendo de las formas testamentarias.

- En los testamentos ológrafos, el art. 688 CC exige que todo esté escrito y firmado por el testador, pero además se impone un procedimiento posterior de adveración para comprobar su identidad (arts. 691 y 693 CC).
- En los testamentos notariales, se establece en el art. 683 CC que el Notario debe conocer al testador y, en caso de no ser así, lo identificará 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.

De esto extraemos que el conocimiento directo por parte del Notario es el principal sistema de identificación por lo que tenemos que saber a qué nos referimos con ese conocimiento directo. En este sentido, el legislador entiende esto como la posibilidad de distinguirlo de cualquier otra persona. En cuanto al testador, la legislación notarial exige que se dejen constancia de los siguientes datos: nombre, apellidos, edad (si es mayor de edad basta que se exprese eso), estado civil, vecindad civil, domicilio y DNI. Es común que se exprese en la parte expositiva el nombre de los padres, si éstos han fallecido y el lugar de nacimiento, aunque, en caso de que falte alguno de estos datos, no determinará la nulidad del testamento. Si la declaración cumple con los demás requisitos, el testamento será válido ya que la fe de conocimiento sólo afecta a la identidad y no a las circunstancias personales.

En el caso de que el Notario no conozca al otorgante, será necesario identificarlo con dos testigos que lo 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. Estos dos medios se sitúan en el mismo rango y no hay preferencia por uno u otro. En el caso de que la identificación se haga por medio de testigos, nos encontramos ante los testigos de conocimiento (art. 184 RN), cuyo único objetivo es acreditar la identidad del testador. Hay que tener en cuenta que los

testigos instrumentales pueden intervenir también como testigos de conocimiento (art. 698 CC y 180.III RN).

En cuanto a los documentos oficiales identificatorios que pueden utilizarse, en el caso de los nacionales, serán válidos tanto el Documento Nacional de Identidad (DNI) como el pasaporte. El carnet de conducir ofrece dudas sobre su posible validez. En el caso de los extranjeros, serán válidos en España sus documentos nacionales de identidad, su pasaporte y, si residen en España, su tarjeta de residente o documento nacional de extranjero.

Es importante que el Notario se asegure que, a su juicio, el testador tiene la capacidad legal necesaria para testar (art. 685 CC). El momento en que debe apreciarse dicha capacidad será el del otorgamiento del testamento (art. 666 CC), en el cual se deberá apreciar si el testador es mayor de catorce años y se halla en su cabal juicio (art. 662 y 663 CC), debiendo dejar constancia escrita de ello (art. 696 CC).

El juicio de capacidad se considera una presunción *iuris tantum* mientras no se demuestre lo contrario y, además, no requiere que intervengan facultativos para su comprobación. Así, la STS 1627/2016 de 8 de abril señala *que la carencia de capacidad mental ha de resultar acreditada de una manera indudable al tiempo del otorgamiento del testamento prevaleciendo, en caso contrario, la presunción iuris tantum de capacidad en virtud de la intervención notarial y su juicio de capacidad.*

Si no se puede identificar al testador mediante ninguna de las formas previstas en el art. 685 CC acudiremos a lo dispuesto en el art. 686 CC: *Si no pudiere identificarse la persona del testador en la forma prevenida en el artículo que precede, se declarará esta circunstancia por el Notario, o por los testigos en su caso, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo.* En este sentido, encontramos que en el art. 156.4 RN establece que en toda escritura se debe indicar el nombre, apellidos, edad, estado civil y domicilio de los otorgantes. El citado precepto de Código Civil añade que, en caso de ser impugnado el testamento por este motivo, la carga de la prueba será de quien sostenga su validez ya que no tenemos en este caso la identificación bajo fe pública notarial.

3.1.3. Testigos

Por último, debemos hacer referencia a la figura de los testigos. Éstos son quienes presencian voluntariamente el acto de otorgamiento del testamento enterándose de todo su contenido o, al menos, de que se ha otorgado la última voluntad. El legislador hace referencia a los testigos de muchas formas diferentes, estableciendo una distinción entre testigos instrumentales y de conocimiento.

- Los testigos instrumentales son los que presencian el acto de lectura, consentimiento, firma y autorización de una escritura pública (art. 180 LN). Cuando se trata de un testamento abierto, estos testigos se enteran de todo el contenido del testamento mientras que, en un testamento cerrado, únicamente presencia la entrega, la declaración de que en la cubierta entregada está su última voluntad y el acta del otorgamiento. Los testigos instrumentales pueden ser al mismo tiempo testigos de conocimiento.

El art. 183 CC establece que estos testigos serán designados por los otorgantes o, en su defecto, por el notario. Además, en el primer caso el notario y el segundo los otorgantes podrán oponerse a que sean nombradas determinadas personas, salvo en casos en que un mandato judicial o disposiciones especiales establezcan lo contrario.

- Los testigos de conocimiento tienen como única misión identificar a los otorgantes que el Notario no conozca directamente, no siendo necesario que el testador los conozca si ellos le conocen a él. Esto encuentra una excepción en el art. 685 CC que señala que en los testamentos en peligro de muerte y en caso de epidemia, los testigos tienen la obligación de conocer al testador y procuraran asegurarse de su capacidad. Dependiendo de la función que tenga los testigos en el momento del otorgamiento, se les puede limitar la lectura a la parte que les corresponde, que se reduciría a la identificación del testador (art. 193 RN).

Los testigos instrumentales pueden ser testigos de conocimiento (art. 698.1 CC).

Se han recogido en la Ley algunas causas de ineptitud o inhabilidad aplicables a todos los testamentos. Así, encontramos en el art. 681 CC que se establece la prohibición de que sean testigos en los testamentos:

Primero. Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701.

Segundo. Sin contenido.

Tercero. Los que no entiendan el idioma del testador.

Cuarto. Los que no presenten el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical.

Quinto. 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.

A ello debe añadirse en el caso de los testamentos abiertos la prohibición de que sean testigos los herederos y legatarios instituidos en el testamento y sus cónyuges o parientes, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (art. 682 CC). No se incluyen en esta

prohibición los legatarios ni los cónyuges o parientes si el legado es de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia en comparación con el caudal hereditario. Además, la STS 622/2016 de 19 de octubre declaró que la pareja de hecho de la que había sido instituida como heredera sí que era testigo idóneo en un testamento abierto ya que no aparecía enumerada en el art. 682 CC. Añadió además que no existe una regulación estatal sobre parejas de hecho que equipare la convivencia matrimonial con la no matrimonial a efectos de sus consecuencias jurídicas. Es por ello que suele prevalecer el principio *favor testamenti* frente a la excesiva rigidez, en ocasiones, del ordenamiento jurídico en cuanto a los requisitos para la eficacia testamentaria.

Con la Ley 30/1991 de 30 de diciembre se flexibilizó la necesidad de testigos para presenciar el otorgamiento del testamento. La regla general no serán necesarios testigos en los testamentos notariales comunes, salvo en los casos en que se den determinadas circunstancias en la persona del testador, cuando se necesitarán dos testigos idóneas. Si fuera un testamento abierto, deberíamos atender a las circunstancias recogidas en el art. 697 CC (cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento; o cuando lo soliciten el testador o el notario) mientras que para el testamento cerrado debemos ir al art. 707.5 y 7 CC.

3.1.4. *El intérprete*

Como veremos posteriormente, el art. 684 CC prevé la concurrencia del intérprete cuando se den ciertas circunstancias. Así, el precepto señala que cuando el testador haya redactado su última voluntad en una lengua que el Notario no conozca, deberá estar presente el intérprete elegido por el mismo. El intérprete traducirá el testamento en el lugar del otorgamiento a la lengua oficial que emplee el Notario. Se escribirá el testamento en las dos lenguas indicando cuál ha sido la empleada por el testador. En cuanto al testamento abierto y el acta del cerrado, el precepto señala que se escribirán en la lengua extranjera que utilice el testador y en la oficial emplee el Notario, aunque éste conozca la primera.

3.2. **El testamento ológrafo**

El art. 678 CC define el testamento ológrafo como aquel que es escrito por el testador en la forma y con los requisitos previstos en el art. 688 CC. Los requisitos recogidos en el citado precepto son los siguientes:

- Sólo lo podrán otorgar personas mayores de edad.
- Debe estar escrito todo él y firmado por el testador. Además, aunque no venga previsto en este artículo, el art. 691 CC establece que deberá hacerlo de su propia

mano. Esto puede adecuarse a los casos en que al testador no pueda hacerlo por imposibilidades físicas. No se permite que haya intervención de terceros ni de medios mecánicos, sin embargo, no hay mención en cuanto al soporte en que se realice. En el caso de los extranjeros, éstos podrán hacerlo en su propio idioma.

- El testamento debe expresar el año, mes y día en que se otorgue.
- En caso de haber palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, el testador las salvará bajo su firma.
- Es necesario protocolizar el testamento ológrafo, presentándolo ante Notario en los cinco años siguientes al día del fallecimiento. Éste extenderá el acta de protocolización de acuerdo con lo dispuesto en la legislación notarial (art. 689 CC). El art. 690 CC señala que la persona en cuyo poder se encuentre el testamento ológrafo deberá presentarlo ante Notario en los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la muerte del testador. Si incumple esto, será responsable de los daños y perjuicios causados. Podrá ser presentado también por cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea o en cualquier otro concepto.

En cuanto al procedimiento de protocolización del testamento ológrafo, este viene previsto en los arts. 691 a 693 CC. Una vez presentado el testamento y acreditado el fallecimiento del testador, el Notario lo abrirá si estuviera en pliego cerrado, rubricando todas las hojas y comprobando la identidad del otorgante mediante tres testigos que conozcan la firma y letra del testador. Estos testigos deberán declarar que no albergan dudas de que el testamento ha sido escrito y firmado de la propia mano del testador. Si no se encontraran testigos idóneos o existen, pero dudan, el Notario podrá decidir emplear el cotejo pericial de letras.

Para la realización de todas estas diligencias deben ser citados el cónyuge sobreviviente, los descendientes y los ascendientes del testador y, en su defecto, los hermanos. Si estas personas residieran fuera del partido, si no hubiera constancia de su existencia o fueran menores o incapacitados sin representación legítima, será citado el Ministerio Fiscal. Todos los citados podrán presenciar las diligencias pertinentes y hacer las observaciones que consideren sobre la autenticidad del testamento.

Si el Notario considera acreditado el testamento como auténtico, autorizará el acta de protocolización, haciendo constar en ella las actuaciones y las observaciones realizadas en su caso. Por el contrario, si el testamento no fuera averado por no estar suficientemente acreditada la identidad del otorgante, se realizará el archivo del expediente sin protocolizarlo.

En cualquier caso, sea o no autorizada la protocolización del testamento ológrafo, los interesados no conformes podrán ejercer sus derechos en el juicio que corresponda.

3.3. El testamento abierto

3.3.1. El testamento abierto notarial

El testamento será abierto siempre que la última voluntad del testador sea manifestada en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo dispuesto en él, según el art. 679 CC.

Se deberá otorgar el testamento abierto ante un Notario hábil para actuar en el lugar de otorgamiento y bajo su responsabilidad. Respecto a esto, el art. 705 CC establece que, si se declara nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades previstas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios sobrevenidos, siempre que la falta de ellas provenga de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables.

El Notario dará fe tanto de la voluntad testamentaria del testados como de su identidad, ya sea porque lo conoce o lo ha identificado correctamente o, en su defecto, ha realizado la declaración establecida en el art. 686 CC. El art. 696 CC añade que, además de ello, el Notario dará fe de que el testador tiene la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

El art. 699 CC establece que todas las formalidades necesarias se realizarán en un solo acto, que dará comienzo con la lectura del testamento, siendo ilícita cualquier interrupción, salvo que esté motivada por algún accidente pasajero.

El testador, según lo dispuesto en el art. 695 CC podrá expresar de forma oral, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano al Notario su última voluntad. En caso de hacerlo oralmente, el Notario redactará el testamento de acuerdo con lo manifestado por el testador, expresando el lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento. Una vez redactado, se advertirá al testador de que tiene derecho a leerlo por sí mismo y posteriormente el Notario lo leerá en voz alte para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. De ser así, el testador y los testigos y demás personas que deban concurrir firmarán en el acto el testamento. En el caso de que el testador declare que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos. Si el testador tiene imposibilidad o dificultad para leer el testamento u oír la lectura del mismo, el Notario se deberá asegurar de que el testador entiende la información y las explicaciones que sean necesarias, y de que afirma que el

testamento recoge su voluntad fielmente. Para esto, se valdrá de los medios técnicos, materiales o humanos que sean necesarios.

Debemos ver qué personas deben concurrir al otorgamiento del testamento:

- Los testigos de conocimiento, que podrán intervenir también como testigos instrumentales. Como hemos señalado previamente, en el testamento abierto no podrán ser testigos los herederos y legatarios instituidos en él, ni sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Dentro de esta prohibición no se incluyen los legatarios ni sus cónyuges o parientes cuando el legado sea solo de un bien mueble o cantidad de poca importancia (art. 682 CC).
- Los facultativos que sean necesarios para apreciar la capacidad para testar del testador incapacitado.
- Si hubiera sido necesario traducir la voluntad del testador a la lengua oficial del Notario, deberá concurrir el intérprete que lo hubiera hecho.

El art. 697 CC establece que al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:

- 1º- Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.
- 2º- Cuando el testador sea ciego o no sepa o no pueda leer por sí el testamento, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y declararán que coincide con la voluntad manifestada.
- 3º- Cuando el testador o el Notario lo soliciten.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha establecido una serie de requisitos formales para la validez del testamento abierto:

- 1) La determinación de la fecha y la hora: para la validez de cualquier testamento es necesario que se cumplan los requisitos esenciales recogidos en el art. 695 CC ya que, de no estar presentes, el testamento será nulo como prevé el art. 687 CC.
- 2) La firma de los testigos instrumentales por el otorgante cuando sea necesario, como establece el art. 695 CC. La STS de 16 de junio de 1997 establece que, en el caso de que haya firmado un testigo instrumental por el otorgante y éste sí que sabía firmar, estamos ante una falta de formalidades esenciales.

3.3.2. *El testamento abierto en peligro de muerte y en caso de epidemia*

El art. 700 CC establece que en el caso de que el testador se hallare en peligro inminente de muerte, el testamento podrá otorgarse ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario. En la STS 675/2000 de 27 de junio, el Tribunal Supremo ha perfilado una serie de requisitos necesarios:

- 1- El peligro de la inminencia de muerte del testador debe ser real.
- 2- Esta situación extrema debe coincidir con la imposibilidad de la asistencia de un Notario.
- 3- Se deben cumplir de forma rigurosa los requisitos que se prevén en la ley para este tipo de testamentos, haciendo especial hincapié en lo previsto en los arts. 703 y 704 CC.
- 4- Se deben cumplir en general todas las solemnidades establecidas para el testamento abierto ordinario: capacidad del testador, idoneidad de testigos, ánimo de testar, presencia del testador y testigos en unidad de acto. Todo esto teniendo en cuenta la especial situación ante la que estamos y la naturaleza que tiene de testamento abierto simplificado.

Si nos encontráramos en situación de epidemia, el testamento podrá otorgarse también sin la intervención del Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años (art. 701 CC). El art. 702 CC establece que el testamento deberá escribirse en ambos casos, pero, en el caso de que no sea posible, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir.

En cualquier caso, el art. 703 CC señala que el testamento será ineficaz cuando pasen dos meses desde que el testador hubiera salido del peligro de muerte o haya acabado la epidemia. También será ineficaz cuando el testador haya fallecido en ese plazo, siempre que en los tres meses siguientes no se acuda al Notario competente para que lo eleve a escritura pública, independientemente de que se haya otorgado de forma escrita o verbal.

También serán ineficaces los testamentos que hayan sido otorgados sin autorización del Notario si no se elevan a escritura *pública* y se protocolizan según los establecido en la Ley Notarial (art. 704 CC).

Por último, el art. 685 CC recoge una norma referida a este tipo de testamentos que establece que los testigos deberán conocer al testador y tratarán de asegurarse de su capacidad.

3.4. El testamento cerrado

El testamento cerrado viene definido en el art. 680 CC: se trata de aquel testamento que el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se haya contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto. El art. 708 CC establece una limitación: no podrán hacer testamento cerrado las personas que no sepan o no puedan leer. En cuanto a las personas que tenga una discapacidad visual, sí que podrán otorgarlo mediante la utilización de los medios mecánicos o tecnológicos que sean necesarios para escribirlo y leerlo. Es necesario que en este caso se cumplan el resto de los requisitos de validez.

Así, el art. 706 CC señala que el testamento cerrado deberá ser escrito y, en el caso de que fuera escrito del puño y letra del testador, éste deberá poner su firma al final. Si el testamento fuera escrito por cualquier medio técnico o por otra persona a ruego del testador, será éste quien ponga su firma en todas sus hojas y al pie del testamento. Si fuera redactado en un soporte electrónico, se deberá firmar con firma electrónica reconocida. El mismo precepto establece que cuando el testador no sepa o no pueda firmar, lo hará otra persona a su ruego, al pie y en todas las hojas, expresando la causa de la imposibilidad. Por último, se prevé que, en todo caso, antes de la firma se salvarán las palabras tachadas, enmendadas o escritas entre renglones.

Existen una serie de formalidades que se deben tener en cuenta a la hora de otorgar el testamento cerrado previstas en el art. 707 CC:

- 1) El papel que contenga el testamento se debe poner dentro de una cubierta cerrada y sellada de forma que no se pueda extraer de ella sin romperla.
- 2) El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado o lo cerrará y sellará ante el Notario que deba autorizarlo.
- 3) El testador manifestará por sí mismo o, si estamos en el caso del art. 684 CC, por medio de intérprete, en presencia del Notario que el pliego presentado contiene su testamento. Deberá expresar si lo ha escrito y firmado él o si lo ha hecho una mano ajena o por un medio mecánico y si está firmado al final y en todas sus hojas por él o por otra persona a su ruego.
- 4) El Notario extenderá sobre la cubierta del testamento la correspondiente acta de otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que está cerrado. También dará fe del conocimiento del testador o de su identificación de la forma prevista en los arts. 685 y 685 CC, y de hallarse el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

- 5) Una se ha extendido y leído el acta, el testador que pueda hacerlo y las personas que deban concurrir la firmarán, y el Notario la autorizará con su signo y firma. Si el testador no supiera o no pudiera firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos idóneos que deben concurrir.
- 6) En el acta se expresará esta circunstancia y el lugar, hora día, mes y año de otorgamiento.
- 7) Si el testado o el Notario lo solicitan, concurrirán al acto de otorgamiento dos testigos idóneos.

Podemos observar que para el otorgamiento del testamento cerrado se exigen más requisitos que para el abierto y el ológrafo. Hay que tener en cuenta que, aunque intervengan el Notario y dos testigos idóneos, si lo solicitan el Notario o el testador estaríamos ante un documento privado sin el valor de un instrumento público como el abierto hasta que supere el control judicial. Puede ser esta una de las razones por la que esta forma de testamento tiene un uso escaso.

El art. 709 CC recoge una serie de previsiones para el caso de las personas que no se puedan expresar verbalmente pero sí escribir. Éstas podrán otorgar testamento cerrado teniendo en cuenta las siguientes solemnidades:

1.º El testamento ha de estar firmado por el testador. En cuanto a los demás requisitos, se estará a lo dispuesto en el artículo 706

2.º 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.º A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707 en lo que sea aplicable al caso.

Como hemos señalado, este precepto se refiere a los que no pueden hablar, pero sí escribir. Hay autores que consideran que aquellas personas que si puedan escribir deberían acudir a la forma ordinaria del art. 706 CC, estando en ese caso firmado por el testador. Los apartados 2 y 3 del art. 709 CC hace referencia a esa confirmación haciendo constar por el testador que está escrito por él mismo como ocurre en el modo normal. Esto debe ser escrito de puño y letra del testador, haciendo declaración expresa de que dentro del sobre se encuentra su testamento. El Notario dará fe de que esto se ha cumplido al extender el acta de otorgamiento.

Una vez finalizadas la redacción y el otorgamiento del testamento hay que atender a las obligaciones previstas en los arts. 710 a 714 CC como que el Notario ponga una copia autorizada del testamento en el protocolo corriente y le entregue el testamento al testador. Puede darse el caso de que el original y la copia muestren discrepancias como en la STS de 7 de julio de 1943. En este caso el testamento no sería nulo siempre que se hayan cumplido todas las solemnidades que pide la Ley.

El art. 711 CC establece que el testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado o encomendárselo a una persona de su confianza, o depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo. En los dos primeros casos basta con que la persona que lo tenga en su poder lo guarde de manera adecuada. En el último caso, el Notario dará recibo al testador y hará constar en su protocolo corriente, ya sea al margen o a continuación de la copia del acta del otorgamiento, que el testamento queda en su poder. Además, el Notario autorizante deberá cumplir una serie de requisitos recogidos en el art. 712.2 CC y deberá comunicarlo una serie de parientes señalados. Si posteriormente el testador retira el testamento, se firmará un recibo a continuación de dicha nota.

El Notario o la persona que tenga el testamento cerrado en su poder debe presentar el testamento cuando tenga noticia del fallecimiento. Para ello, los arts. 712 y 713 CC establecen una serie de plazos que han sido reformados por la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015. Si el testamento quedó en poder de una persona de confianza del testador, el art. 712 CC establece que deberá presentarlo ante el Notario competente en el plazo de diez días desde que conozca el fallecimiento. En el caso de que el testamento quedara en poder del Notario como depositario, éste deberá comunicarlo igualmente en los diez días siguientes en que tenga conocimiento del fallecimiento al cónyuge sobreviviente, a los descendientes y a los ascendientes del testador y, en su defecto, a los parientes del testador hasta cuarto grado. Si el Notario no conociera la identidad de éstos ni el domicilio, o si ignora su existencia, deberá dar publicidad de la forma exigida en la Ley notarial. Si el Notario incumpliera estas obligaciones, será responsable de los daños y perjuicios causados.

El art. 713 CC, también reformado, señala que quien con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder en el plazo antes señalado, además de ser responsable, perderá su derecho a la herencia, ya sea heredero abintestato o heredero o legatario por testamento. También tendrán esta sanción quienes sustrajeren dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador o de la persona que lo tenga en guarda, y quien lo oculte, rompa o inutilice de otro modo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que le pueda recaer.

En cuanto a estos dos últimos preceptos, surgen una serie de cuestiones que es preciso señalar.

- Hay que puntualizar que quien debe presentar el testamento es quien lo tenga en su poder, independientemente de que lo recibiera o no en su momento para la guarda. Lo único necesario es que tenga el testamento en su poder y sepa del fallecimiento del testador (STS de 16 de noviembre de 1932, RJ 1932/1289).
- La presentación al Notario será obligatoria siempre que haya fallecimiento o también en el caso de que haya auto de declaración de fallecimiento (arts. 195 y 196 CC).
- El Notario competente viene determinado por la Legislación notarial ya que así lo establece el Reglamento notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 en sus artículos 116 y siguientes.
- En cuanto al cómputo del plazo, la ley dice que será de diez días desde que se tenga conocimiento del fallecimiento del testador y se seguirá lo establecido en el art. 5.1 CC. Sin embargo, hay autores que piensan que este plazo es excesivamente corto ya que recibir el certificado de Registro de últimas voluntades ya sobrepasa los diez días y no habría posibilidad de saber si hay otro testamento posterior que revocase lo dispuesto en el primero que debe presentarse.
- La no presentación del testamento dentro de plazo dará lugar a responsabilidades civiles y penales, pero no supondrá la caducidad del testamento (art. 743 CC y STS de 5 de diciembre de 1945).

Posteriormente, se deberá hacer la apertura y protocolización del testamento cerrado para lo que el art. 714 CC nos remite a la legislación notarial. Por ello, para la presentación, adverbación, apertura y protocolización del testamento se deben seguir las reglas establecidas en los arts. 49 y siguientes del Título VII de la Ley del Notariado de 1862.

El art. 715 CC señala que será nulo el testamento cerrado para cuyo otorgamiento no se hayan seguido las solemnidades previstas, lo que podríamos entender como una aplicación de lo establecido de forma general en el art. 687 CC. También hace referencia a la responsabilidad por daños y perjuicios posibles del Notario que lo autorice, si se prueba que su falta procede de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables. Por último, prevé la posibilidad de que se convierta el testamento cerrado nulo en testamento ológrafo si se cumplen las formalidades previstas en el art. 688 CC: debe estar todo escrito y firmado por él y debe reunir las demás condiciones propias del testamento ológrafo. Estaríamos ante una

conversión *formal* y no *material*, ya que se estaría manteniendo el mismo negocio, pero con otra forma, siguiendo el principio de *favor testamenti* o conservación del negocio en general.

4. LA TERMINOLOGÍA EN CUANTO A INVALIDEZ E INEFICACIA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Debemos hacer referencia a las distintas concepciones que existen en el ordenamiento español en cuanto a los términos de invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos, así como sobre su contenido. Se discute cuáles serían los efectos de la declaración de cada uno de ellos, considerando, en ocasiones, ambos términos como sinónimos, mientras que otras veces son vistos como figuras completamente diferentes.

Una distinción tradicional entre invalidez e ineficacia es la que establece que en el primer caso estaríamos ante un “no valer”, mientras que en el segundo caso sería un “no tener efectos jurídicos”. Esta postura ha sido criticada por autores como Betti¹⁷, que sostiene que un negocio nulo es ineficaz de la misma forma que un negocio ineficaz en sentido estricto. Por otro lado, en cuanto a la distinción entre inexistencia y nulidad, se ha entendido que, para el Derecho, lo nulo es lo equivalente a lo inexistente. Incluso hay autores que muestran dudas sobre la distinción de los negocios ineficaces entre nulos y anulables ya que defiende que lo nulo sería la manifestación procesal de la nulidad.

Donde sí se ha observado una distinción muy clara es entre “no valer como negocio” y “no producir efectos”¹⁸, dos términos que es muy frecuente que coincidan en la práctica, aunque no es indispensable. Como reflejo de esto, encontramos el ejemplo de un matrimonio inválido, que sí que producirá efectos frente al contrayente de buena fe y a los hijos, y estos efectos no se suprimirán a la hora de declarar la nulidad de ese matrimonio (art. 79 CC).

Es por todo esto que hay quien sostiene que sería conveniente cambiar la terminología utilizada, empleando términos como anulabilidad absoluta, nulidad relativa o inoponibilidad para los casos de ineficacia.¹⁹

En el ámbito jurídico, entendemos la ineficacia de los contratos como la carencia de cualquier efecto jurídico, de los efectos deseados o de los que le son propios, siendo este el concepto general que englobaría al resto²⁰. Así, dentro de este podemos diferenciar invalidez, cuando

¹⁷ BETTI, E., *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Comares, Granada, 2000, p.405

¹⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil. Sucesiones V* (4ª ed.), Dykinson, Madrid, 2007, p. 246

¹⁹ DE CASTRO, F., *El Negocio Jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 462.

²⁰ En cuanto a esto, Díez-Picazo sostiene que sería más exacto hablar de “eficacia anormal” aunque la palabra ineficacia merezca ser conservada por su fuerza expresiva y fácil manejo (DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I, Editorial Civitas, Pamplona, 2007, p. 557)

se deba a motivos intrínsecos del proceso de formación del negocio; y la ineficacia en sentido estricto, cuando sea por motivos extrínsecos al proceso.

Así, podemos considerar que lo característico en los casos de invalidez es la falta de los elementos constructivos del acto y contrato, no la falta de eficacia. En cuanto a la ineficacia, si la entendemos como algo totalmente diferente a la invalidez, se produce por causas ajenas al negocio. Por tanto, un negocio ineficaz sería aquel en el que, aun teniendo los requisitos formales y los presupuestos de validez necesarios, se da una circunstancia ajena a él que le impide desplegar sus efectos. En el negocio inválido lo que ocurriría sería que falta alguno de los elementos esenciales o de los presupuestos necesarios.

Hay que señalar que todo contrato inválido será ineficaz pero no sucede lo mismo al contrario ya que no todo contrato ineficaz será inválido, es decir, no siempre coinciden ambas figuras en un mismo contrato, como sostienen autores como Lacruz²¹.

Dentro de cada figura podemos distinguir varias categorías. En primer lugar, la ineficacia abarcaría la rescisión, la resolución y la revocación, mientras que la invalidez englobaría la inexistencia, la nulidad y la anulabilidad. Aunque parece claro que tanto nulidad como anulabilidad estarían dentro de la invalidez, hay autores que no están de acuerdo con la inclusión de la inexistencia

Como ya hemos señalado, en la ineficacia, el contrato nace sin vicios ni irregularidades y son motivos extrínsecos a su formación los que hacen que no se lleguen a producir los efectos deseados. Esto sucede en casos como la resolución de un contrato, cuando una de las partes no cumple con las obligaciones derivadas del mismo y la otra puede pedir la ineficacia del contrato. Otro ejemplo de ineficacia es la extinción del contrato por mutuo acuerdo, en el que las partes pactan un segundo contrato que contenga la declaración de ineficacia del primero. Por último, la revocación sería también un caso de ineficacia, que podría darse en el otorgamiento de un testamento, el cual podrá ser revocado unilateralmente sin necesidad de causa por el otorgante en cualquier momento de su vida.

Existen autores como Díez-Picazo²² que sostienen que esta distinción entre invalidez e ineficacia es innecesaria ya que considera que la terminología es arbitraria ya que un contrato inválido tendrá que ser necesariamente ineficaz. Es por esto que considera que lo adecuado sería hablar de una ineficacia proveniente de la invalidez y otra ineficacia que tiene su origen

²¹ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil. Sucesiones V* (4ª ed.), Dykinson, Madrid, 2007, p. 531

²² DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I, Editorial Civitas, Pamplona, 2007, p. 565 y ss.

en otras causas. Además, añade que hay casos considerados de ineficacia, como la revocación, que no tienen por qué ser así ya que el negocio deja de producir sus efectos por una situación que se contemplaba en el propio contrato ya que lo que ha ocurrido es que se ha producido o se ha frustrado una condición establecida en el mismo.

Aunque parezca ilógico, es conveniente hablar de los efectos de un contrato ineficaz ya que, aunque no sean los esperados, el contrato desplegará una serie de efectos jurídicos. Así, podemos hacer referencia a una serie de situaciones que provocará la ineficacia contractual:

- La inexigibilidad de los efectos contractuales: ninguna de las partes podrá exigir los efectos de un contrato en base a un negocio ineficaz. En caso de que fueran exigidos, el demandado podrá oponerse basándose en la ineficacia del negocio.
- La irrelevancia de los efectos contractuales: se puede dar el caso de que los efectos del negocio ya se han producido, en estos casos, esos efectos no podrán ser tenidos en cuenta por la ley.
- La desaparición de los efectos contractuales: se debe restituir a la situación original aquellos efectos que no se debieron producir. El ordenamiento otorga para ello a ambas partes el poder de exigir la restitución y les impone la obligación de realizar esa restitución.
- La excepcional consolidación de los efectos contractuales: existen ciertos casos en los que el ordenamiento permite el mantenimiento de los efectos producidos. Esto puede ser por causas como la protección que se debe otorgar en ciertos casos a determinados intereses, en especial a personas que actuaron de buena fe-
- La extensión de los efectos de la ineficacia contractual: puede ocurrir que, por la unión entre diferentes contratos, la ineficacia de uno de ellos se extienda a otro. Podemos distinguir dos conexiones entre contratos: cuando uno de ellos sea una condición para que el otro se realice plenamente y que ambos contratos sean necesarios para conseguir el objetivo de uno de ellos.

Por último, veremos las distintas formas de ineficacia contractual que nos podemos encontrar establecidas por Díez-Picazo²³:

- a) Automática y provocada: la primera se produce por la propia fuerza del ordenamiento jurídico, sin que sea necesario ningún requisito más, por lo que el negocio es ineficaz desde su aparición. En el segundo caso, se atribuye a uno o varios

²³ DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I, Editorial Civitas, Pamplona, 2007, p. 564 y ss.

sujetos un poder jurídico para reclamar esa ineficacia. En la primera situación, cualquier persona podría declarar la ineficacia mientras que en la ineficacia provocada sólo la podrán instar algunas personas, al no existir un interés público

- b) Absoluta y relativa: la ineficacia del contrato será absoluta cuando no produzca efectos para nadie, es decir, es ineficaz para todos. Por el contrato será relativa cuando produzca diferentes consecuencias a distintos grupos de personas, es decir, para algunos será ineficaz mientras que para otros sí que será eficaz.
- c) Originaria y sobrevenida: en el primer caso, la sanción que acompaña a la ineficacia se debe aplicar al celebrar el contrato mientras que en el segundo se aplica en un momento y por un hecho posteriores a su celebración. No debe confundirse esta distinción con la realizada entre ineficacia automática y provocada.
- d) Total y parcial: la ineficacia total afectará a la totalidad del negocio mientras que la parcial solo a una parte o partes del mismo. Esto último encuentra su base en el principio de conservación del negocio.
- e) Estructural y funcional: la ineficacia estructural tiene su origen en la propia estructura del negocio, por lo que se ha producido en la fase de formación del mismo, mientras que la ineficacia funcional viene causada por las consecuencias que puede causar en la realidad un negocio formado correctamente.
- f) Sanable e insanable: la ineficacia sanable podrá ser corregida por un acto jurídico posterior a la creación del contrato que le hará eficaz mientras que será insanable la ineficacia que no se podrá subsanar posteriormente de ningún modo. Algunos medios de sanación son la conversión, la confirmación o la ratificación.

5. INEFICACIA DEL TESTAMENTO

El Código Civil no ofrece una normativa general sobre la ineficacia testamentaria y presenta una regulación insuficiente que, en muchas ocasiones, deriva a la normativa en materia de contratos. Una cuestión importante es la confusión entre los términos de ineficacia e invalidez del testamento. La invalidez se producirá cuando falte alguno de los requisitos formales o parte del contenido esencial del testamento, como la capacidad del testador o defectos de forma. Por otro lado, se suele considerar que un testamento es ineficaz en los casos de revocación y caducidad testamentaria.²⁴

En cualquier caso, se utiliza el término ineficacia en los supuestos en que el testamento no llega a producir los efectos y el fin para el que fue otorgado, por lo que englobaría todos los casos de nulidad, revocación y caducidad. La nulidad se producirá cuando falte alguno de los requisitos esenciales para el tipo de testamento en cuestión, la revocación dependerá de la voluntad del testador y la caducidad tiene lugar por el transcurso del tiempo sin que se cumplan las formalidades necesarias para la perfección del negocio testamentario.

Para estudiar la ineficacia de los testamentos debemos tener presente el principio *favor testamenti*, por lo que debemos hacer una interpretación restrictiva de sus causas para conseguir la conservación del negocio testamentario.

La jurisprudencia (SAP de A Coruña 227/2006 de 12 de mayo) ha señalado en este sentido que el Código Civil no contiene una doctrina general sobre la ineficacia del testamento. Así, aunque la sección décima del Capítulo primero del Título III del Libro III del Código se titule “De la revocación e ineficacia de los testamentos”, únicamente en su último precepto, el art. 743, se refiere con carácter general a la ineficacia, mientras que en el resto de la sección lo que se regula es la revocación de los testamentos. Además, en el citado artículo se señala que *caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código*, lo que supone una manifestación del principio *favor testamenti* pero esto no puede ser interpretado literalmente ya que hay podría dar lugar a un tratamiento jurídico deficiente de la ineficacia testamental. Ejemplo de ello es, por ejemplo, que en el art. 673 CC (*Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude*) no se contemplan

²⁴ MOLINER distingue tres tipos de invalidez o ineficacia: nulidad, revocación y caducidad. Señala que en la revocación y la caducidad existen razones extrínsecas que impiden que el testamento despliegue sus efectos sin una acción impugnatorio. Con la nulidad lo que sucede es que las causas son intrínsecas, pero tienen efectos exteriores, que impiden que el testamento sea otorgado o realizado con normalidad (MOLINER NAVARRO, R., *La impugnación del testamento* en “El Patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista” (dir.) LLEDÓ YAGÜE, F., FERRER VANRELL., M.P., TORRES LANA, J.A. (coord.) por MONJER BALMASEDA, O., Tomo I, Dykinson, 2015, p. 584)

vicios de la voluntad testamentaria que han sido ampliamente aceptados por la doctrina como el error o la intimidación. Concluye la sentencia diciendo que el Código únicamente nos ofrece una “construcción general, completa y sistemática” de la ineficacia testamentaria por lo que para regular la cuestión de forma adecuada habrá que acudir a la doctrina y a la jurisprudencia.

Estas deficiencias de regulación en el texto legal han hecho que autores como Fernández Hierro²⁵ consideren que es necesario llenar el vacío legal existente acudiendo a la aplicación analógica de la ineficacia contractual, aunque siempre teniendo en cuenta la distinta naturaleza del testamento y el contrato. En la STS de 12 de noviembre de 1964 (RJ 1964/5080) se mantiene que, al no tener nuestro ordenamiento civil un título o capítulo que recoja una doctrina general sobre la ineficacia de los negocios jurídicos, ni una normativa general sobre la ineficacia de los testamentos, habría que inducirla de los preceptos que aludan a una u otra, pero sin aplicar de forma íntegra a los testamentos la doctrina general sobre la nulidad de los negocios jurídicos, ya que los primeros son unilaterales no recepticios.

En esa línea, sostiene Capilla Roncero²⁶ que la regulación de los supuestos de ineficacia del testamento se encuentra muy dispersa en el texto legal, con muchos supuestos particulares de invalidez del testamento, sin que haya un régimen jurídico general que reproduzca los tipos de ineficacia de los negocios jurídicos *inter vivos* (nulidad, anulabilidad), siendo estos difíciles de trasladar a los negocios *mortis causa*.

Pese a todos estos problemas de sistemática que presenta el Código Civil en el ámbito de la ineficacia del testamento, lo habitual es distinguir tres causas o supuestos: nulidad, revocación y caducidad.

5.1. Nulidad testamentaria

5.1.1. Concepto

La nulidad tiene lugar cuando el testamento no presenta los requisitos que exige la ley, por lo que es una invalidez que se produce desde el nacimiento del mismo.²⁷ Es decir, es una

²⁵ FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Los testamentos*, Granada, 2000, p. 807

²⁶ CAPILLA RONCERO, F., Nulidad e impugnabilidad del testamento. Algunas Consideraciones Sobre el Régimen de la Ineficacia del Testamento Inválido, *Anuario de derecho civil*, Vol. 40, Núm 1, 1987

²⁷ PUIG BRUTAU define la nulidad del testamento señalando que se produce cuando el otorgante no tiene capacidad para testar, o cuando no expresó libremente su voluntad o cuando en el acto del otorgamiento se infringieron los requisitos de forma esenciales para la validez del testamento (PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Volumen II, Editorial Bosch, Barcelona, 1977, p. 181)

ineficacia originaria del testamento debido a algún defecto o irregularidad en el otorgamiento. Todos los testamentos se ven afectados por la nulidad, sea cual sea su naturaleza.

Rivas²⁸ hace una distinción entre los diferentes grados de invalidez: la nulidad insubsanable sería la invalidez más extrema, después habría un segundo grado donde están los casos en que la falta de las formalidades no afecta a la esencialidad del testamento y, por último, el tercer grupo abarcaría los vicios materiales o defectos que no afectan a la capacidad del otorgante, algo que asimila a la anulabilidad de los contratos.

A pesar de que la nulidad del testamento sea una cuestión compleja por la falta de sistematización, se suele considerar que existen una serie de causas típicas de nulidad:

- La falta de capacidad para testar por el otorgante, por no tener el requisito de la edad o de aptitud psíquica (art. 663 CC).
- La falta de las formalidades que requiere cada tipo de testamento (art. 687 CC).
- La existencia de algún vicio (error, dolo, violencia o intimidación) en el otorgamiento del testamento (art. 673 CC).
- El empleo de formas testamentarias prohibidas por ley.

Albaladejo²⁹ incluye una quinta causa de nulidad del testamento no prevista en el Código Civil: la falta de seriedad en el otorgamiento.

5.1.2. Clasificación

Podemos diferenciar entre nulidad absoluta y relativa. La nulidad absoluta sería en aquellos casos en que es imposible subsanar los defectos del testamento o de la voluntad del testador. Es decir, a pesar del principio *favor testamenti* y la idea de conservación del negocio jurídico, la causa tiene una entidad suficiente que hace que el testamento no valga. Un ejemplo de ello sería el otorgamiento de un testamento mancomunado que está prohibido por el derecho común. Por otro lado, la nulidad relativa se produciría en los supuestos en que existe algún defecto que da lugar a la acción para pedir la declaración de ineficacia del testamento, aunque no hacen dudar sobre la existencia del mismo.

Otra clasificación que podemos hacer es la distinción entre nulidad total y parcial. En el primer caso, se vería afectado todo el testamento, por lo que se abriría la sucesión intestada,

²⁸ RIVAS MARTÍNEZ, J.J. *Derecho de sucesiones común y foral*, Madrid, 1992, p. 720

²⁹ ALBALADEJO, M, *Curso de Derecho civil*, V, Edisofer, Madrid, 2013

mientras que el segundo caso solo afectaría a una cláusula del testamento. Generalmente este segundo tipo está relacionado con el contenido del testamento ya que si afectara a la forma estaríamos ante nulidad total, nunca sería nulidad parcial.

5.1.3. *Causas de nulidad*

Señalaremos algunas notas relativas a la nulidad por vicios de la voluntad. El art. 673 CC señala que *será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude*.

El citado precepto no hace referencia al error como causa de nulidad testamentaria. Esto ha dado lugar a diferentes posturas de la doctrina y la jurisprudencia, que se plantean si estamos ante una laguna legal que se puede subsanar con la teoría general del contrato del Código Civil o si se trata de una exclusión que impide que se considere el error como causa de nulidad. Podemos diferenciar dos tesis entorno a esto:

La primera tesis sostiene que el no incluir el error como causa de nulidad no ha sido un error, por lo que no sería considerado como una causa de ineficacia. Defienden que el legislador no reconoció expresamente el error como causa de nulidad y, además, el art. 767 CC declara que el error será irrelevante a no ser que sea en el motivo y sea determinante. También hacen referencia al art. 743 CC que dice que solo serán ineficaces los testamentos en los casos expresamente previstos en el Código, entre los que no se encuentra el error.

Del otro lado, parte de la doctrina sostiene que se trata de una laguna que debe ser subsanada mediante la analogía. Mantienen que estamos ante una insuficiencia normativa y que, si el art. 1265 CC señala entre las causas de nulidad contractual el error, en el testamento como negocio jurídico al igual que el contrato, se debe proteger la voluntad y el consentimiento.

Debemos tener cuidado en este último caso ya que hay que diferenciar el caso de los contratos del de los testamentos. En el primer caso, se protegen las voluntades de dos partes mientras que en los testamentos solo se tutela la voluntad del testador. Es por esto por lo que podría ser peligroso extender principios del derecho contractual al derecho testamentario.

En cuanto a la violencia como causa de nulidad por ser vicio del consentimiento, nuestra ley no hace distinción entre la violencia física y la intimidación. Frente a esto, la jurisprudencia entiende que se utiliza un concepto amplio de violencia, que incluiría los dos tipos. Añaden además que la violencia supondría que una falta absoluta de voluntad, por lo que no existiría negocio jurídico, mientras que la intimidación produciría su nulidad. El Código Civil no establece que características debe presentar la intimidación para causar la nulidad del

testamento por lo que se aplicará el art. 1267 del texto legal que establece que habrá intimidación *cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes*. Para calificar esa intimidación deberemos tener en cuenta la edad y condición de la persona. Rivas³⁰ añade que la intimidación debe ser injusta (sin razón jurídica), grave (que produzca un temor que impulse la disposición testamentaria) y probada (quien la alega deberá probarla).

En el art. 673 CC se señalan también como causas de vicios de la voluntad el dolo o fraude. El dolo sería la falta de buena fe mientras que el fraude es una maquinación o engaño. La doctrina jurisprudencial ha definido esto como la utilización de palabras o maquinaciones insidiosas con las que se induce a una persona a otorgar un testamento en un sentido diferente del que hubiera otorgado si no se hubieran realizado.

Así, la jurisprudencia ha subsanado la laguna legal que supone la falta de definición de estos términos en el art. 673 CC mediante la aplicación analógica de los arts. 1269 y 1270 CC. En cuanto a esto, la doctrina ha diferenciado entre dolo contractual y dolo testamentario, señalando que, en este último, el dolo proviene de un tercero, mientras que, en el dolo contractual, al tratarse de un negocio bilateral, el dolo vendrá de una de las partes del mismo.

El dolo puede ser positivo, cuando conduzca al otorgamiento del testamento, o negativo, cuando impida que se haga. Además, la jurisprudencia ha señalado algunas características que debe presentar el dolo o fraude para ser causa de nulidad. Debe ser grave, es decir, que tenga una determinada entidad, sin que se considere suficiente el *dolus bonus*³¹. También debe ser probado, no se puede presumir, y la prueba la deberá aportar quien lo alega. Por último, debe existir una relación de causa-efecto entre la maquinación en cuestión y el otorgamiento del testamento.

5.1.4. *Acción de nulidad*

Se entiende que, en principio, la nulidad del testamento no es apreciable de oficio por los Tribunales, sino que se debe alegar mediante el ejercicio de la acción de nulidad, que podrá hacerse por las personas legitimadas activamente para la impugnación del testamento. Es

³⁰ RIVAS MARTÍNEZ, J.J. *Derecho de sucesiones común y foral*, Madrid, 1992, p. 739

³¹ Por *dolus bonus* entendemos aquel tipo de engaño menor que es aceptable si se encuentra dentro del margen que toleran los usos y la moral.

cierto que encontramos sentencias como la STS de 14 de octubre de 1997 (RJ 1997/7408) que sostienen que sí se podría apreciar de oficio.³²

La acción de nulidad tendría únicamente efectos declarativos, que acreditarían la falta de validez del testamento.

En cuanto a la legitimación, la parte legitimada activamente para ejercitarla podría ser cualquier persona con interés legítimo en la declaración de invalidez del testamento. La legitimación pasiva la tendrían todos aquellos que se vean perjudicados por la declaración de nulidad del mismo.

La doctrina ha planteado que no podrán ejercitar la acción de nulidad por vicio de forma aquellos que reconocieran de forma expresa o tacita la validez del mismo. La STS de 14 de junio de 1963 (RJ 1963/3059) aplica la doctrina de los actos propios en la impugnación de testamento y operaciones particionales, así, sostiene que *subsiste la presunción lógica de que al momento de aceptar la herencia con expresa declaración de que conocían el testamento, ni existió error en sus manifestaciones, ni podían desconocer las causas de impugnación que ahora alegan y al aceptar por acto propio y solemne la herencia, aceptaron también el testamento.*

5.1.5. *Plazo de ejercicio de la acción*

Una cuestión controversial es el plazo de ejercicio de la acción ya que no tiene regulación expresa en el Código Civil. Hay autores que entienden que se aplicaría el plazo de caducidad de quince años de las acciones personales, mientras que otros defienden el plazo de cuatro años de las acciones por vicios de voluntad. Capilla Roncero³³ considera que se trata de una acción imprescriptible, por su carácter declarativo.

5.1.6. *Efectos de la declaración de nulidad*

Nos debemos plantear en este punto si se puede diferenciar entre nulidad y anulabilidad de un testamento. Actualmente, la doctrina sostiene que sí, y Lacruz Berdejo³⁴ defiende esa postura manteniendo que el art. 673 se refiere a anulabilidad y el art. 687 a nulidad de pleno

³² Así, la STS de 14 de octubre de 1997 señala: “*queda como cuestión decidir si puede la Audiencia tener por nulo un testamento sin que medie petición expresa, y la solución afirmativa que es la dada por la sentencia recurrida es la razonable, porque criterios previamente formales no pueden prevalecer sobre los substanciales, porque pedida la nulidad de la declaración de herederos, ese pedimento sólo puede tener como razón de fondo para obtenerla, que el testamento fuera válido, y porque la nulidad de éste, no pedida formalmente, ha sido esgrimida como excepción contra la demanda de nulidad del auto de declaración de herederos. Y sabido es que un acto nulo permite ser tenido como tal cuando realmente lo es, incluso de oficio, por los Tribunales, y esgrimirse como excepción, como sucede por ejemplo en las tercerías de dominio, en que los ejecutados demandados pueden oponerse frente a quien demanda la propiedad de un bien con fundamento en contrato nulo*”.

³³ CAPILLA RONCERO, F., *Nulidad e impugnabilidad del testamento. Algunas Consideraciones Sobre el Régimen de la Ineficacia del Testamento Inválido*, Anuario de derecho civil, Vol. 40, Núm 1, 1987

³⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil. Sucesiones V* (4ª ed.), Dykinson, Madrid, 2007

derecho. Por tanto, serían supuestos de anulabilidad los vicios del consentimiento mientras que la falta de capacidad, la falta absoluta de consentimiento y el uso de una forma prohibida por la ley, serían casos de nulidad total.

Entendiendo esto así, en los casos en que hay nulidad de pleno derecho, el testamento no tendrá ningún efecto, aunque, para destruir la apariencia jurídica que crea el testamento nulo, sería necesario llevar a cabo una acción de nulidad.

Los efectos de la declaración de un testamento como nulo dependerán de si estamos ante un caso de nulidad parcial o total. En el primer caso, únicamente perderá eficacia la cláusula afectada; mientras que, si se trata de nulidad total, todo el contenido del testamento se verá afectado y habrá que tener en cuenta los derechos de los terceros de buena fe.

Además de lo señalado, la nulidad dará lugar a otros efectos. En primer lugar, se abrirá la sucesión intestada, ya que el art. 912.1 CC nos dice que la sucesión legítima tendrá lugar cuando uno muere con testamento nulo o que haya perdido después su validez. Hay que fijarse también en el art. 674 CC que señala que *el que con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero abintestato, otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido.*

Por otro lado, responderá por daños y perjuicios el Notario que haya autorizado un testamento nulo por falta de las solemnidades si esa falta se produce por su malicia, negligencia o ignorancia inexcusable (art. 705 CC).

Por último, hay que estar a lo dispuesto en el art. 222.3 LEC ya que establece que la sentencia que declara la nulidad del testamento tendrá efectos de cosa juzgada contra las partes del proceso, sus herederos y causahabientes y los sujetos no litigantes que sean titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes.

5.1.7. *Conversión del testamento nulo*

En caso de que se renuncie o se pierda la posibilidad de ejercitar la acción de nulidad de un testamento que ha sido otorgado con alguna irregularidad, se convalidará el testamento nulo en uno válido plenamente, y será imposible impugnar su validez por esta causa. El artículo 715 CC establece: *Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables. Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y*

tuviere las demás condiciones propias de este testamento. Es decir, un testamento nulo puede valer como otra modalidad de testamento si reúne los requisitos que éste exige.

5.2. Revocación de los testamentos

5.2.1. Concepto

El legislador considera la voluntad del hombre como mudable, cambiante y voluble por lo que permite cambiarla en cualquier momento de su vida. Así lo establece la STS 405/2010 de 17 de junio al concluir *que la revocabilidad del testamento es inherente a su concepto, ya que recoge la última voluntad del testador, solo la última, y esta es variable hasta el momento mismo de la muerte.* Así, una de las características básicas del testamento es su revocabilidad (art. 737 CC), es decir, el testador tiene la posibilidad de dejar sin efecto todo o parte del testamento que realiza, mediante el otorgamiento de una nueva voluntad testamentaria. Expresará una nueva manifestación de voluntad en el testamento que dejará sin efecto de forma expresa o tácita las disposiciones testamentarias anteriores.

Se ha definido la revocación como un negocio o acto jurídico que tiene como efecto fundamental el de dejar sin efecto o invalidar testamentos anteriores. Esto es un concepto estricto ya que puede existir revocación también cuando coexistan testamentos o cuando se mantengan parcialmente las cláusulas de uno de ellos. Además, hay que tener en cuenta que estamos ante un negocio jurídico unilateral, por lo que solo será posible revocar un testamento mediante otro testamento y no a través de otros actos o negocios jurídicos.

Se trata así de un negocio jurídico mortis causa, con los mismos caracteres que el testamento en el que se encuentra: tiene naturaleza unilateral, es personalísimo, individual y voluntario. El fundamento de estas declaraciones se considera dentro del ámbito de la privacidad y la autonomía de la voluntad de la persona por lo que no es discutible. Rivas Martínez³⁵ sostiene que *el fundamento de la revocabilidad hay que buscarlo en la ratio específica del testamento, y esta no es otra que la de facilitar al testador el medio de ordenar su sucesión para después de su muerte.*

5.2.2. Naturaleza jurídica

El Código Civil hace una breve referencia a la revocación ya que, al estar vinculada al testamento, sigue su destino. Sin embargo, la incorrecta aplicación de las revocaciones testamentarias y el desinterés en la averiguación de la voluntad real del testador poder dar lugar a grandes problemas como que la persona muera intestada o que sus últimas voluntades

³⁵ RIVAS MARTÍNEZ, J.J. *Derecho de sucesiones común y foral*, Madrid, 1992

no sean las que realmente quería. Para que esto no ocurra es importante la intervención del Notario en el momento de otorgamiento del testamento.

La naturaleza jurídica de la revocación se encuentra unida a la nota de transitoriedad que presenta el testamento, ya que es un proyecto que sólo tendrá efectos cuando muera el testador. Es por ello que la ley no limita las manifestaciones de voluntad que pueda hacer una persona en vida e, incluso, ofrezca facilidades para que eso ocurra. Esto se pone de relieve al permitir el texto legal la revocación a través de cualquier tipo de testamento.

La revocación encuentra su amparo en el art. 737 CC que establece 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 hiciera con ciertas palabras o señales.* Es decir, está estableciendo el carácter esencialmente revocable del testamento y prohibiendo las cláusulas ad cautelam y revocatorias que se puedan incluir en el mismo.

La doctrina entiende que este carácter revocable está conectado directamente con la última voluntad del testador, por lo que la revocabilidad del testamento es inherente a su concepto ya que debe recoger únicamente la última voluntad del testador, la cual será variable hasta el día de su muerte.

Ha surgido un debate en la doctrina científica en torno a si la revocación debe considerarse como un negocio mortis causa o un acto inter vivos. Si tomamos como referencia la doctrina italiana, de un lado se defiende lo establecido en el Código de 1865, que mantenía que era un acto inter vivos, mientras que en la actualidad la tesis que prevalece la idea de que es un acto mortis causa. Autores como Lacruz³⁶ entienden que la revocación presenta una doble naturaleza, es decir, se trata de un acto inter vivos porque tiene efecto inmediato ya que opera *ex nunc* al invalidar el testamento anterior y, por otro lado, es un acto mortis causa porque el objetivo final de la revocación es dejar sin efecto un acto mortis causa: el testamento. Ridruejo³⁷, sin embargo, opina que la revocación se debe considerar como un acto mortis causa.

³⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L., en su traducción y anotación del libro de Binder, *Derecho de Sucesiones*, 1953, p. 119

³⁷ PASTOR RIDRUEJO, F., *La Revocación del Testamento*, Editorial Nauta, Barcelona, 1964, p- 25 y ss.

En esa línea está la posición de Albaladejo³⁸, que considera la revocación más como un acto mortis causa que inter vivos porque la vincula con su finalidad que sería poner en vigor una regulación testamentaria distinta que la que existía para la regulación mortis causa y, para ello, simplemente se utiliza un medio, que sería la derogación del testamento. Sostiene que quien realiza la revocación solamente piensa en el destino de su sucesión y no trata de invalidar sin más el testamento, sino que esto es el camino para lograr un determinado fin.

Es cierto que la revocación encuentra su mayor interés en su fin, y no en el acto en sí de revocar por lo que no parece adecuado obviar su naturaleza como acto mortis causa. Esto se corresponde con la doble naturaleza que se considera que tiene el testamento, al verlo como un acto de disposición mortis causa y un acto de última voluntad. Fadda³⁹ entiende por acto mortis causa todo aquel negocio jurídico que, no sólo produce sus efectos en el momento de la muerte del disponente, sino que los produce a causa de ella.

5.2.3. Clasificación

5.2.3.1. Revocación expresa y tácita

Estaremos ante una revocación expresa cuando la voluntad de dejar sin efecto el testamento anterior se realiza de forma solemne y directa en el testamento posterior. El artículo 738 del Código Civil nos dice que la revocación expresa debe hacerse necesariamente en otro testamento ya que dispone que *el testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar*. Así, no se admite la revocación efectuada a través de otros medios como cédulas o memorias testamentarias.

El testamento revocatorio no tiene por qué ser de la misma especie que el revocado. Esto quiere decir que, por ejemplo, un testamento ológrafo puede revocar un testamento abierto.

Respecto a la revocación tácita, el artículo 739 CC establece: *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. Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero*. Así, a diferencia de otras legislaciones en las que el testamento posterior solo hace ineficaz al anterior en la medida en que sus disposiciones sean incompatibles, nuestro código sigue otro criterio.

³⁸ ALBALADEJO, M., *Comentarios a los artículos 657 a 693 del Código Civil» en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1990, p. 380

³⁹ FADDA, C., *Parte generale con special riguardo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1909, p. 301

En el citado artículo se regulan dos cuestiones de gran importancia: en primer lugar, la revocación del anterior testamento por el posterior, salvo que la voluntad del testador sea que subsista y, en segundo lugar, la cuestión referente a la reviviscencia del testamento anterior si se otorga otro revocando el que lo revocó y se declara la voluntad de que valga el primero.

En cuanto a la primera cuestión, el artículo lo que hace es presumir que el testamento primero y el revocatorio son incompatibles, por lo que el último testamento en sus disposiciones contiene cláusulas incompatibles con el que revoca. Esto no es necesariamente así, por lo que esta norma se ha suavizado. Se considera que la voluntad del testador es clara y precisa, sin ningún matiz, cuando no siempre es así, lo que requiere hacer una interpretación flexible del artículo. Hay autores que se oponen a esto, ya que consideran que sólo podrán ser válidos diversos testamentos cuando el testador lo ha dispuesto así expresamente.

5.2.3.2. Revocación total y parcial

La revocación total priva de eficacia totalmente al testamento anterior mientras que en la parcial se mantiene parte de su vigencia. Esto dependerá de la voluntad del testador de mantener vigente parte del contenido del testamento anterior, afectando únicamente a una o varias disposiciones testamentarias. Por ejemplo, puede decidir redistribuir las mejoras o dejar sin efecto un legado, manteniendo intacto lo demás. En cualquier caso, aunque se trate de una revocación parcial, se sigue exigiendo el cumplimiento de las solemnidades testamentarias previstas.

5.2.3.3. Revocación real

La ley y la doctrina, basándose en la clasificación que hace el Código Civil de los testamentos, han previsto otra forma de revocación: la revocación real. No estamos ante un caso de nulidad del testamento ya que éste nació de forma válida, reuniendo las solemnidades necesarias, sin embargo, los defectos de forma han aparecido con posterioridad a su otorgamiento. Autores como Royo Martínez⁴⁰ incluyen esta forma dentro de la revocación expresa, pero es habitual que se considere como una forma especial de ineficacia testamental por las peculiaridades que presenta.

⁴⁰ ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho Sucesorio Mortis Causa*, Editorial Edelce, Sevilla, 1951

La encontramos en el art. 742 CC: *Se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen.*

El testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador o hallándose este afectado por alteraciones graves en su salud mental; pero si apareciere rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez.

Si el testamento se encontrare en poder de otra persona, se entenderá que el vicio procede de ella y no será aquél válido como no se pruebe su autenticidad, si estuvieren rota la cubierta o quebrantados los sellos; y si una y otros se hallaren íntegros, pero con las firmas borradas, raspadas o enmendadas, será válido el testamento, como no se justifique haber sido entregado el pliego en esta forma por el mismo testador.

Por tanto, vemos que este tipo de revocación es aplicable al testamento cerrado, pero autores como Mucius Scaevola⁴¹ sostiene que también podría ser de aplicación al testamento ológrafo. Sin embargo, el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de junio de 1925 mantuvo el criterio contrario.

En el caso de los testamentos abiertos, si lo que se altera es una copia, el testamento seguirá siendo válido. En el caso de que lo afectado sea la matriz, se deberá de reconstruir mediante el procedimiento de reconstitución de documentos públicos regulado por el Reglamento notarial (RN). Si se conoce la existencia de un testamento abierto, pero no su contenido porque no se ha podido reconstruir, y el testador ha otorgado anteriormente al destruido otro testamento del que conocemos su existencia y contenido, la DGRN entiende que el otorgante ha fallecido intestado ya que el testamento posterior destruido ha revocado al anterior. Esta postura fue criticada por González Palomino⁴² que señala que alguien que ha otorgado dos testamentos no quería morir intestado. Es cierto también que, aunque no quisiera morir intestado, tampoco quería que su última voluntad fuera la del testamento revocado.

5.2.4. *La compatibilidad de los testamentos*

La posible compatibilidad entre testamentos ha dado lugar a diversos problemas, especialmente en relación a la revocación tácita. Vemos que en el art. 739 CC se establece que el testamento anterior quedará revocado por el posterior perfecto siempre que el testador

⁴¹ MUCIUS SCAEVOLA, Q, *Código Civil Comentado y Concordado*, Tomo XIII, Editorial Reus, Madrid, 1.943.

⁴² GONZÁLEZ PALOMINO, J., *El Acrecimiento en la Mejora*, en AAMN, Tomo II

no exprese su voluntad de que el primero subsista todo o en parte. Sin embargo, en la práctica esto no es tan claro como parece en el texto legal. Así, pueden darse casos de coexistencia de testamentos, es decir, diferentes manifestaciones de voluntad dadas en fechas diferentes que tienen eficacia jurídica.

La norma no regula los casos en qué estamos ante compatibilidad o concurrencia de testamentos por lo que será necesario establecer una regla de interpretación de los testamentos. Así, tanto doctrina como jurisprudencia han suavizado lo establecido en el art. 739 CC señalando que se mantendrá la validez del testamento anterior siempre que se aprecie la intención evidente del testador de conservarlo, siendo el posterior un testamento complementario, aclaratorio o modificativo.

Podemos considerar entonces que para que exista compatibilidad de testamentos deben darse dos circunstancias: que existan dos testamentos otorgados en fechas diferentes y que sus disposiciones sean compatibles entre sí. Para considerar que se da esta segunda circunstancia, tendremos que demostrar cuál era la verdadera voluntad del testador, para lo que habrá que atender a su situación personal, el lenguaje empleado, las cláusulas incluidas en los testamentos y todo el contexto que rodeó su otorgamiento, así como los actos previos y posteriores a ese momento.

Por tanto, puede darse esa compatibilidad de testamentos y la doctrina ha diferenciado distintos casos en función de las cláusulas contenidas. Podemos encontrarnos con testamentos aclaratorios, compatibles, meramente modificativos o posteriores sin contenido patrimonial.

5.2.4.1. Testamentos interpretativos o aclaratorios de otro anterior

Estos testamentos son utilizados por el testador para aclarar el contenido de otro anterior, complementándose entre sí. Se considera que ambos son compatibles ya que, por la finalidad del segundo, existe una voluntad de que el primero subsista. Así, muchos autores consideran que estamos ante un caso de testamentos complementarios, por lo que esto querría decir que estamos ante una declaración de subsistencia.

5.2.4.2. Testamento posterior sin contenido patrimonial

Estamos ante un tipo de testamento que únicamente contiene disposiciones sin contenido patrimonial. Ejemplos de ello pueden ser los que reconocen un hijo, nombran un tutor o contienen disposiciones acerca del funeral. Estos testamentos se denominan muchas veces como “simplemente compatibles” y serían válidos ya que el derecho español permite que un

testamento sea eficaz, aunque no contenga disposiciones de contenido patrimonial, no siendo esto un elemento esencial para su validez.

Algo que sí ha creado dudas entre la doctrina es si, cuando el último testamento otorgado no tiene contenido patrimonial, el anterior subsiste. De un lado, hay autores que entienden que el último testamento sería revocatorio del anterior, y el testador aceptaría la sucesión intestada al no manifestar un interés patrimonial. En contraposición a esto, autores como Rivas sostienen que no puede darse la revocación de un testamento cuando no se observa una voluntad revocatoria expresa y debe prevalecer siempre la voluntad manifestada rectamente.

5.2.4.3. Testamentos puramente compatibles

Dentro de esta categoría podemos encontrar diferentes supuestos, por ejemplo, cuando existen diferencias en la extensión objetiva de los testamentos, que se trata del caso en que cada uno de ellos se limita a disponer grupos de bienes diferenciados perfectamente.

La doctrina ha tratado de establecer fórmulas para saber cuándo estamos ante dos testamentos compatibles. Se ha entendido que existirá incompatibilidad objetiva cuando sea imposible aplicar las disposiciones de ambos testamentos por ser contrarias u opuestas, mientras que la imposibilidad subjetiva o intencional tendrá lugar cuando exista una incoherencia derivada de la voluntad del testador.

La jurisprudencia ha considerado que debe conciliarse lo establecido en el art. 739 CC sobre la revocación de los testamentos con el art. 675 CC sobre la interpretación de los mismos. Así, podemos encontrarnos con situaciones en las que es claro que la voluntad del testador era que el testamento anterior subsistiera y, siendo la base de cualquier testamento la voluntad de su otorgante debe prevalecer siempre aquello que sea más conforme a ello.

Por tanto, se ha admitido únicamente la revocación tácita cuando existe incompatibilidad de testamentos, rechazándose en los casos de testamentos interpretativo, aclaratorio, particional o sin contenido particional.

El Tribunal Supremo ha considerado que se puede observar una voluntad del testador de que subsista el testamento anterior, aunque no se diga de manera literal. Siempre se debe tratar de averiguar la verdadera voluntad del testador y, únicamente cuando no sea posible conocerla mediante el testamento o medios extrínsecos, se deberá acudir a la incompatibilidad objetiva como último recurso

5.2.4.4. Testamentos meramente modificativos

Los testamentos meramente modificativos serán aquellos en los que el testamento posterior modifica al anterior, añadiendo o quitando algo del mismo. Se considera que su único objetivo debe ser incluir alguna modificación o alteración en el anterior testamento.

Estos testamentos pueden dar problemas ya que en muchos casos no se utiliza un lenguaje suficientemente claro sobre lo que se desea mantener o modificar y no es posible conocer la voluntad testamentaria a través de otras circunstancias extrínsecas. Es por eso que muchos autores han rechazado estos testamentos mientras que otros sí que la han aceptado. Es el caso de Gutiérrez-Solar⁴³ que considera que no existen dudas sobre el carácter conservador del testamento modificado, aunque la conservación es parcial, realizando las modificaciones expresadas por el testador.

5.2.5. Efectos de la revocación

El principal efecto de la revocación será el de dejar sin efecto el testamento anterior, en el caso de que sea total. Si la revocación fuera parcial solo afectaría a las disposiciones a las que se refiere. Si el testador no distinguiera, debemos entender que se trata de una revocación total. La revocación mantendrá sus efectos incluso cuando la institución de herederos o el nombramiento de legatarios que se hace en el segundo testamento queden sin efecto por la incapacidad o renuncia de éstos, según el artículo 740 CC.

La revocación del segundo testamento no conllevará que el primero recobre su fuerza, salvo que el testador lo disponga así expresamente. Así, el art. 739 CC establece que *el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.*

Es reseñable el caso de las disposiciones en las que se reconozcan hijos naturales pues éstas subsisten incluso en el caso de que se produzca la revocación. El art. 741 CC señala que *el reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo.* Es distinto cuando lo que se hace es reconocer una deuda. La doctrina considera que el testamento revocado puede servir como medio de prueba mientras que el TS en su sentencia del 11 de abril de 1916 niega la eficacia de una declaración de deuda en un testamento revocado. El Código Civil no contiene ninguna disposición al respecto.

⁴³ GUTIERREZ-SOLAR BRAGADO, E, *Testamentos Especiales*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, p. 60

5.2.6. *La cláusula ad cautelam*

Basándose en las Leyes de Partidas, se establecieron una serie de restricciones que afectan a la libertad de revocación, dando lugar a las cláusulas derogatorias y *ad cautelam*. Las cláusulas derogatorias sirven para que el testador derogue todas las disposiciones futuras, haciendo invariable la voluntad manifestada. Con las cláusulas *ad cautelam* el testador condiciona la revocación futura al empleo de ciertas palabras, fórmulas o señales previamente fijadas.

Ambas cláusulas fueron muy usadas tanto en el derecho castellano como en los territorios forales ya que eran vistas como una garantía de la libertad de testar. Sin embargo, esto dio lugar a numerosas discusiones sobre su interpretación por lo que se decidió suprimir su uso, estableciéndose así en el art. 732.2 CC que *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.*

Pese a ello, sí que serán válidas las cláusulas *ad cautelam* de los testamentos que se hayan otorgado antes del año 1889, así viene establecido en la disposición transitoria 2ª al señalar que *los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas.* Es decir, las cláusulas *ad cautelam* que se hayan incluido al amparo de la legislación precedente serán válidas.

5.3. Caducidad del testamento

5.3.1. *Concepto*

La caducidad, a diferencia de la nulidad y la revocación, se produce por el simple paso del tiempo. Podemos encontrar una regulación general de la caducidad en el artículo 743 del Código Civil: *caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código.* Se establece un *numerus clausus* de causas de caducidad, pudiéndose solo alegar las recogidas en el texto legal.

La doctrina ha tratado de sistematizar los supuestos en que se produce la caducidad de un testamento, concluyendo que se pueden distinguir dos grupos: los provocados por el simple paso del tiempo o por la omisión de formalidades legales.

Dentro del primer grupo podemos encontrar tres casos: los testamentos otorgados en inminente peligro de muerte o en tiempo de epidemia cuando transcurren dos meses del final de estos eventos, los testamentos militares abiertos a los cuatro meses de haber dejado de

estar en campaña o, si es en caso de una guerra, se salvase, y los testamentos marítimos ordinarios, abiertos y cerrados, cuando pasen cuatro meses del desembarco, y el hecho en peligro de naufragio si el testador se salva (arts. 703, 719, 720, 730 y 731 CC).

En aquellos casos en que la ineficacia se debe a la omisión de las formalidades legales podemos encontrar, con carácter general, los testamentos otorgados sin la autorización del notario si no se elevan a escritura pública y no se protocolizan como prevé la LEC en su art. 704; y con carácter especial:

- a) Los testamentos ológrafos que no se protocolicen dentro de los cinco años siguientes a la muerte del testador (art. 689 CC).
- b) Los testamentos otorgados en peligro de muerte y en caso de epidemia si, habiendo fallecido el testador, dentro de los dos meses siguientes a la cesación del peligro o epidemia no se presentan ante el tribunal competente para su elevación a escritura pública.
- c) Los testamentos en caso de guerra, aunque no se salve el testador, si no se formalizan por los testigos ante el Auditor (art. 720 CC) y los testamentos que se rigen por esa norma debido a la remisión del art. 731 CC.

5.3.2. *Efectos de la caducidad*

La principal consecuencia de la caducidad de un testamento sería la pérdida de eficacia del mismo, abriéndose así la sucesión intestada.

Una cuestión importante son los efectos revocatorios que pueda tener un testamento caducado respecto a los testamentos anteriores. Manresa, De Buen, Ossorio y Castán mantienen que un testamento posterior caducado no es perfecto y, por tanto, no puede tener efectos revocatorios. Sánchez Román mantiene una postura opuesta. Pastor Ridruejo, por su parte, sostiene una posición intermedia ya que cree que se deben distinguir entre las diferentes causas de caducidad. Así, las que se deben al simple transcurso del tiempo no tendrían efectos revocatorios, mientras que las que se deben a la omisión de formalidades legales sí que tendrían esos efectos.⁴⁴

⁴⁴ MANRESA, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, T. VIII, Madrid, 1901

DE BUEN, D., *Derecho Civil*, tomo II, Madrid, 1932

OSSORIO MORALES, J., *Manual de Sucesión Testada*, Editorial Comares, Granada, 2001

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo VI, volumen 1º, Editorial Reus, Madrid, 2010

SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*. Tomo II, Estudio Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1911

PASTOR RIDRUEJO, F., *La Revocación del Testamento*, Editorial Nauta, Barcelona, 1964

6. CONCLUSIONES

Después de hacer un análisis del testamento como instrumento para expresar las últimas voluntades del otorgante y sus principales causas de ineficacia e invalidez podemos pasar a resumir las principales conclusiones obtenidas.

En primer lugar, hemos visto como el testamento es una de las instituciones de derecho civil que ha sido objeto de un mayor estudio, por sus diferentes caracteres y por su naturaleza jurídica. Es importante delimitar cuáles son los rasgos que caracterizan esta figura en nuestro ordenamiento. Pero quizá lo más determinante de este instrumento es la importancia de las solemnidades que deben seguirse en su otorgamiento. Hemos visto como es indispensable seguir los requisitos formales establecidos en nuestro Código Civil ya que la inobservancia de cualquiera de ellas daría lugar a que las disposiciones testamentarias quedarán sin validez alguna. Es reseñable además las diferencias en cuanto a las formalidades que existen en unos y otros tipos de testamento e, incluso, la posibilidad de que, al faltar alguna de ellas, un tipo de testamento dé lugar a otro tipo distinto.

Seguidamente, observamos como en nuestro ordenamiento jurídico puede llegar a ser confuso el uso de los términos invalidez e ineficacia para los negocios jurídicos, y no son pocos los autores que han expresado sus teorías acerca de las diferencias o similitudes entre ambos conceptos.

Por último, hemos estudiado los diferentes motivos que pueden hacer que un testamento sea ineficaz. En primer lugar, la nulidad, como una de las causas más comunes, señalando cuáles son sus efectos y haciendo referencia a la acción de nulidad que se debe llevar a cabo entre otras cosas. En segundo lugar, hemos analizado la revocación del testamento, una de las causas con más contenido por sus diferentes tipos, así como por la cuestión de compatibilidad de testamentos. Por último, hemos hecho referencia a la caducidad del testamento, una causa de invalidez con menos desarrollo que las dos anteriores.

Por tanto, podemos ver como el testamento se presenta como un negocio jurídico solemne, en el que el cumplimiento de sus requisitos formales es determinante para su validez ya que la falta de alguno de ellos acarrearía su nulidad. Sabiendo de la importancia que tiene el contenido de las disposiciones testamentarias para el otorgante, es importante tener en cuenta y conocer de forma clara cuáles son las cuestiones que pueden hacerlo ineficaz, para no caer en esos casos y que las últimas voluntades de una persona se vean cumplidas tal y como ella lo decidió en vida.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M, *Curso de Derecho civil*, V, Edisofer, Madrid, 2013

ALBALADEJO, M. *Cuestiones en materia de revocación de testamento*, AAMN, 1961

ALBALADEJO, M., «*Comentarios a los artículos 657 a 693 del Código Civil*» en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1990

ALVENTOSA DEL RÍO., COBAS COBIELLA, M. E., *Derecho de sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

BETTI. E., *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Comares, Granada, 2000

BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P., *Instituciones de derecho civil, Derecho de sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

CANIZARES LASO, ZUMAQUERO GIL, L., & SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., *Esquemas de derecho civil V: derecho de sucesiones* (3a edición). Tirant lo Blanch, Valencia, 2020

CAPILLA RONCERO, F., *Nulidad e impugnabilidad del testamento. Algunas Consideraciones Sobre el Régimen de la Ineficacia del Testamento Inválido*, Anuario de derecho civil, Vol. 40, Núm 1, 1987

CICU, A., *El Testamento*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959

CRESPO ALLUÉ, F., FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA, F., HIDALGO GARCÍA, S., MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *La sucesión hereditaria y el juicio divisorio. Cuestiones básicas*, Lex Nova. Thomson Reuters, Valladolid, 2012

DE BUEN, D., *Derecho Civil*, tomo II, Madrid, 1932

DE CASTRO, F., *El Negocio Jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 462.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Civitas, 2012

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Comentarios al Código Civil*, Dir: Domínguez Luelmo, A., Lex Nova, Valladolid, 2010

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Lección 8: El Testamento*, Apuntes de derecho civil IV, Universidad de Valladolid

Enciclopedia Jurídica. (s.f.) *Dolus bonus*. <http://www.enciclopedia-juridica.com/d/dolus-bonus/dolus-bonus.htm#:~:text=El%20tambi%C3%A9n%20llamado%20dolo%20bueno,la%20verdad%20sobre%20lo%20anunciado> [Consulta: 22/06/2022]

FADDA, C., *Parte generale con special riguardo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1909

FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., “Concepto y naturaleza del testamento”, *Revista de Derecho Público, Estudios de Deusto*, Vol, 46/1, enero-junio 1998

FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Los testamentos*, Granada, 2000

GONZÁLEZ PALOMINO, J., *El Acrecimiento en la Mejora*, en AAMN, Tomo II

GOZALO FERMOSEL, J. (2014) *Invalidez del testamento, especial análisis de su nulidad parcial* [Tesis doctoral, Universidad complutense de Madrid]. E-Prints Complutense - Repositorio Institucional de la UCM

GUTIERREZ-SOLAR BRAGADO, E., *Testamentos Especiales*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996

JORDANO BAREA, J., *Comentario al Código Civil*, publicado por el Ministerio de Justicia y dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Díez Picazo, Salvador Cordech; tomo I, Madrid, 1991

JOSSERAND, L., *Cours de droit civile*, tomo III, París, 1930

KOHLER, *Ademtion der legate*, en *Zeitschrift de Grünhut*, VII

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil. Sucesiones V* (4ª ed.), Dykinson, Madrid, 2007

LACRUZ BERDEJO, J.L., en su traducción y anotación del libro de Binder, *Derecho de Sucesiones*, 1953

LASARTE, C., *Derecho de sucesiones. Principios de derecho civil VII* (14ª edición), Marcial Pons, Madrid, 2019

LÓPEZ Y LÓPEZ, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., PIZARRO MORENO, E., & AGUILAR RUIZ, L., *Derecho de sucesiones* (2a ed.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2017

MANRESA, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, T. VIII, Madrid, 1901

MOLINER NAVARRO, R. “*La impugnación del testamento*” en *El Patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (dir.) LLEDÓ YAGÜE, F., FERRER VANRELL., M.P., TORRES LANA, J.A. (coord.) por MONJE BALMASEDA, O. Tomo I, Dykinson, 2015

MORENO QUESADA, B., SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Curso de derecho civil IV, Derechos de familia y sucesiones* (9ª edición), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019

MUCIUS SCAEVOLA, Q, *Código Civil Comentado y Concordado*, Tomo XIII, Editorial Reus, Madrid, 1.943.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., PEDREIRA ANDRADE, A., *Introducción al Derecho y Derecho Civil Patrimonial, Colección Ceura*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.995

OSSORIO MORALES, J., *Manual de Sucesión Testada*, Editorial Comares, Granada, 2001

PASTOR RIDRUEJO, F., *La Revocación del Testamento*, Editorial Nauta, Barcelona, 1964

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Volumen II, Editorial Bosch, Barcelona, 1977

PUIG PEÑA, F., *Tratado de derecho civil español*, tomo V, volumen I, Madrid, 1954

RIVAS MARTÍNEZ, J.J. *Derecho de sucesiones común y foral*, Madrid, 1992

ROMERA COLOMA, A.M., “Testamento y capacidad: problemática jurídica de la incapacidad mental del testador”, *Diario La Ley*, núm. 7349, 2010

ROMERA COLOMA, A.M., “Ventajas e inconvenientes del testamento ológrafo”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 907, 2015

ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho Sucesorio Mortis Causa*, Editorial Edelce, Sevilla, 1951

TRAVIESAS, M., *El testamento*, *Revista de Derecho Privado*, 1935

TRINCHANT BLASCO, C., *Memento familia y sucesiones*, Francis Lefebvre, Madrid, 2014

VERDERA IZQUIERDO, B., *La Nulidad del Testamento o Disposiciones Testamentarias*,
Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011

Listado de jurisprudencia

- STS de 6 de agosto de 1914
- STS de 16 de noviembre de 1932 (RJ 1932/1289)
- STS de 8 de julio de 1940 (RJ 1940/689)
- STS de 24 de noviembre de 1958 (RJ 1958/3800)
- STS de 14 de junio de 1963 (RJ 1963/3059)
- STS de 12 de noviembre de 1964 (RJ 1964/5080)
- STS de 22 de diciembre de 1964 (RJ 1964/5906)
- STS 9100/1987 de 2 de junio
- STS de 14 de octubre de 1997 (RJ 1997/7408)
- STS 675/2000 de 27 de junio
- STS 1208/2007 de 20 de noviembre
- STS 6848/2009 de 4 de noviembre
- STS 1544/2010 de 23 de marzo
- STS 405/2010 de 17 de junio
- SAP de A Coruña 227/2006 de 12 de mayo (JUR 2006/165812)