

## 3. LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

### 1. CONCEPTO DEL TESTAMENTO

Nuestro Cc sigue el sistema bimembre absoluto propio del derecho romano pues en la sucesión mortis causa de origen voluntario, no legal, únicamente se reconoce la manifestación ex testis, ya que en general rechaza en los arts. 1271.2, 991 y 816 la denominada sucesión contractual, que sólo se admite en circunstancias extraordinarias.

Nuestro Cc, por consiguiente, recoge el sentir romanista fortalecido por el derecho canónico y responde al principio del *favor testamenti*.

El concepto normativo de testamento se establece en el artículo 667, dispone este precepto que:

*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.*

Se trata de una definición que no difiere en mucho de la clásica de Modestino quien ya dispuso *testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*.

Sirviéndose el autor de la expresión *testamentum* por estimarse de acuerdo con las instituta que *testatio mentis est* (o que es testimonio de la mente).

## 2. CARACTERES DEL TESTAMENTO

Contribuyen a dar un mejor concepto del testamento los caracteres del mismo que siguiendo a **Roca Sastre** son los siguientes:

1. **Es un negocio jurídico** pues consiste en una declaración jurídica de voluntad dirigida a conseguir determinados efectos jurídicos.
2. Es un negocio jurídico **perfecto no recepticio** pues no requiere para su perfección la conformidad ni la puesta en conocimiento de los interesados a los que pueda afectar en su caso.
3. Es un negocio jurídico **por causa de muerte que tiene por objeto dictar y ordenar el testador las normas de su sucesión mortis causa** con esta u otras expresiones semejantes se evita la limitación o reducción posible del contenido del acto testamentario a la mera disposición de bienes.

A esta limitación conduce el **art. 667**, que en este sentido ha sido fuertemente criticado por la doctrina.

4. Es un negocio jurídico **individual**, así se desprende del **art. 669 del Cc**:

*No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.*

En el **art. 733** de la misma norma se ratifica esta prohibición en el ámbito del Derecho Internacional privado, según este precepto:

*No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiese otorgado.*

5. Es un negocio jurídico **personalísimo** conforme al **art. 670 del Cc.**

*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.*

Aunque si podrá el testador, como dice el **artículo 671**:

*Encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse.*

El **art. 830** a su vez prohíbe encomendar a otro la facultad de mejorar, sin perjuicio de lo señalado en el **artículo 831**.

6. Además todas las disposiciones testamentarias son **esencialmente revocables** de acuerdo con el **art. 737** y ello aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas, por ello como indica el citado precepto:

*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.*

### 3. LA CAPACIDAD PARA TESTAR

La facultad de testar llamada testamentifacción activa, es actualmente un derecho de naturaleza privada que puede ejercitar toda persona física.

Las excepciones a esta regla general son la incapacidades para testar, que se establecen de forma taxativa en el Cc y que toman su justificación en razones de orden estrictamente privado y natural.

Su regulación se contempla en la **sección I capítulo I título III del libro III artículos 662 a 666**.

La **regla general** de capacidad para testar está contenida en el art. 662 del código, que dispone que:

*Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente.*

Las **incapacidades absolutas** para testar referibles a toda forma testamentaria, son las establecidas en el **art. 663, a 666** en virtud de los cuales:

#### **Artículo 663.**

*Están incapacitados para testar:*

- *los menores de catorce años de uno y otro sexo.*
- *el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.*

#### **Artículo 664.**

*El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.*

#### **Artículo 665.**

*Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testa-*

*mento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.*

### ***Artículo 666.***

*Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento.*

En definitiva se requiere que el testador tenga un capacidad que según **STS de 19 de septiembre de 1998** equivale a la capacidad o aptitud natural siendo necesario tener presente la doctrina sentada a propósito de la misma en sentencias como la de 12 de noviembre de 1996 en la que se dispuso:

“a) según constante doctrina jurisprudencial, toda persona debe suponerse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, en consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer Con verdadera libertad de elección, postulado y presunción “iuris tantum” que se ajustan a la idea tradicional de “favor testamenti” y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con seguridad que el testador estaba aquejado de insania; b) la capacidad del testador es una cuestión de hecho sometida al Tribunal de instancia a cuya afirmación hecha por el notario autorizante sobre la capacidad del testador, si bien puede ser desvirtuada por ulteriores pruebas demostrativas de que en el acto del otorgamiento no se hallaba éste en su cabal juicio, es necesario para ello que dichas pruebas sean muy cumplidas y convincente, ya que la aseveración notarial de que se trata reviste especial relevancia de certidumbre; y c) El resultado de la prueba pericial ha de ser apreciada por el juzgador según las reglas de la sana crítica.”

En un mismo sentido, se puede citar SAP de Tarragona de 4 de enero de 2005. FJ. 6º.

Estas valoraciones nos llevarían, en aplicación del documento obrante a folio 126 en el que se fijan las distintas fases de la enfermedad de

Alzheimer Según el global Deterioration Scale (G.D.S.), a establecer que Javier en 1996, año en que otorgó el testamento cuya nulidad se pretende, estaba en el 4º estadio, que es calificado de confusión tardía, o en el 5º, que se califica de demencia inicial, siendo los posteriores, el 6º y 7º de demencia moderada y demencia grave, pero tal situación no era incompatible con la capacidad para otorgar testamento que apreció el notario de Santa Bárbara el 19 de junio 1996, ante el cual ya había otorgado otro testamento el 6 de mayo de 1994, según consta en documento obrante a folio 17, pues el estado de Javier no superaba lo que cabía calificar de demencia leve, en el pero de los casos, y como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares sec 5ª de 4 de diciembre de 2003, siguiendo las indicaciones del dictamen pericial, la enfermedad de Alzheimer es susceptible de dividirse en tres fases, inicial a leve, intermedia o moderada y avanzada o grave, no existiendo incapacidad para testar en la inicial o leve, existiría sin duda en la grave, y en la intermedia, puede o no darse.

Esta sentencia es acorde con la opinión de los más reputados especialistas en neurología y psiquiatría (Documento de Sitges): Un paciente con diagnóstico de demencia es capaz de testar aunque tenga alteraciones ligeras de atención, comprensión el lenguaje, cálculo, memoria episódica y biográfica, funciones ejecutivas, de razonamiento abstracto, autocontrol e introspección, ideación espontánea o afectividad o en el estado emocional, moderadas en la expresión del lenguaje, la percepción de estímulos, orientación espacial y deterioro intenso en las praxias constructivas.

Las **incapacidades relativas** para testar se refieren a ciertas clases o formas testamentarias y son:

1. Conforme al **art. 688** el testamento ológrafo está prohibido a los menores de edad.
2. En virtud del art. 708 no pueden otorgar testamento cerrado los ciegos y los que no puedan o no sepan leer.

3. Por último señala Roca Sastre que los sordomudos que no sepan o no puedan leer ni escribir aunque no lo disponga el Cc, carecen de la testamentifacción activa porque de hecho no pueden testar en ninguna de las formas reguladas por dicho cuerpo legal.

## ÁMBITO DE LOS DERECHOS FORALES

El Cs de Cataluña regula las incapacidades relativas en los artículos 103 y 104 dentro de sección primera relativa a las disposiciones generales del capítulo primero del título tercero dedicado a la sucesión testada:

### *Artículo 103.*

*Podrán testar todas las personas que no sean incapaces de hacerlo según la ley.*

### *Artículo 104.*

*Son incapaces para testar los menores de catorce años y los que no tengan capacidad natural en el momento del otorgamiento.*

En los casos de posible ausencia de capacidad natural del testador, el otorgamiento de las disposiciones testamentarias viene regulado en el **artículo 116** según el cual:

*Cuando el testador tenga habitualmente disminuida su capacidad natural por cualquier causa, esté o no incapacitado, podrá otorgar testamento notarial abierto en intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el Notario certifican que el testador tiene, en el momento de testar, bastante lucidez y capacidad para hacerlo. Los facultativos harán constar su dictamen en el propio testamento y lo firmarán junto con el Notario y, en su caso, los testigos.*

Por tanto la diferencia respecto del artículo 665 del Cc estriba en que éste es de aplicación siempre que la sentencia no contenga pronunciamiento

acerca de su capacidad para testar pues en otro caso el defecto de capacidad no puede ser salvado, mientras que conforme a la legislación catalana aun en este supuesto el incapaz si se cumplen los requisitos del precepto puede otorgar testamento en intervalo lúcido.

**La ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón de 24 de febrero de 1999** dispone en su artículo 93 que:

*Pueden testar todas las personas físicas que, al tiempo de otorgar el testamento, sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural.*

*Pueden otorgar testamento ológrafo quienes sena mayores de edad.*

*La falta de capacidad de testar, general o para una forma concreta de testamento, en uno de los testadores impide otorgar el testamento mancomunadamente.*

**La compilación de derecho foral de Navarra de 1 de marzo de 1973** regula la testamentifacción activa en la ley 184, dentro del capítulo primero del título V relativo al testamento y sus formas señalando que, *son incapaces para testar:*

*Los impúberes.*

*Los que en el momento de otorgar testamento no se hallaren en su cabal juicio. Respecto al testamento otorgado en intervalo lúcido se estará a lo dispuesto en el Cc.*

#### **4. SOLEMNIDADES GENERALES**

Señalan los autores que aunque no sean aplicables a todas las formas testamentarias expuestas cabe considerar solemnidades generales del testamento: la intervención de los testigos, la traducción del testamento y la identificación del testador.

Todas ellas se regulan en una sección general del código que trata de la forma de los testamentos, sin distinción de su clase o tipo, es la sección III capítulo I título III libro III artículos 681 a 687 y la regulación se contiene en los siguientes términos.

#### **4.1. INTERVENCIÓN DE TESTIGOS**

##### *Artículo 681.*

*No podrán ser testigos en los testamentos:*

- 1. los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701.*
- 2. los ciegos y los totalmente sordos o mudos.*
- 3. los que no entiendan el idioma del testador.*
- 4. los que no estén en su sano juicio.*
- 5. 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.*

La exigencia de la presencia de testigos en los testamentos comunes, abierto y cerrado, ha sido flexibilizada por la ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Cc, en el sentido de no hacerla obligatoria para los testamentos notariales, y requerirse sólo en atención a circunstancias subjetivas concretas del testador.

No obstante la alteración normativa aludida, cuando se precise la intervención de los testigo, su cumplimiento será un requisito de validez del acto.

Es controvertida la cuestión acerca de si los menores emancipados pueden ser considerados como testigos hábiles. Hay autores que entienden que no es posible por cuanto la reforma del de la ley 30/1991 no ha modificado

esta causa y sigue manteniendo como única excepción a la mayor edad la del artículo 701 del Cc, no obstante creo que es la afirmación contraria la que debe ser sostenida por ser de interpretación restrictiva las normas que suponen limitaciones a la capacidad de las personas, en este caso del menor emancipado y por el principio favor testamenti que exigiría admitir la validez de aquellos testamentos en que interviniera un menor de edad emancipado.

### *Artículo 682.*

*En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*

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

Se trata de una causa de ineptitud específica que se fundamenta en la falta absoluta de objetividad sobre la validez del acto, ya que su contenido implica a los testigos.

Es de la competencia del Tribunal de instancia la apreciación de si el legado es o no módico en relación con el caudal hereditario

### *Artículo 683.*

*Para que un testigo sea declarado inhábil, es necesario que la causa de su incapacidad exista al tiempo de otorgarse el testamento.*

El notario debe consignar expresamente bajo pena de nulidad en el testamento que a su juicio y por las manifestaciones que le hubieren hecho, requeridos previamente, los testigos testamentarios son idóneos, según doctrina de la importante **resolución de la DGRN de 12 de febrero de 1901.**

## ÁMBITO DE LOS DERECHOS FORALES

El Cs de Cataluña prevé que en el caso de intervenir el número de testigos serán dos y como dispone el **artículo 108**, *deberán entender al testador y al Notario y deberán saber firmar. No será necesario que sean rogados, ni que conozcan al testador; ni que tengan su misma residencia.*

*No podrán ser testigos en el testamento ni en el codicilo:*

*1º. Los menores de edad y los incapaces para testar.*

*2º. Los totalmente sordos o ciegos y los mudos que no puedan escribir.*

*3º. Los favorecidos por el testamento o el codicilo.*

*4º. El cónyuge y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del heredero instituido o el legatario designado y del notario autorizante.*

*Estas prohibiciones se aplicarán también a los facultativos, intérpretes y expertos que intervengan en el testamento.*

**La ley 1/1999 de Aragón** en términos muy parecidos dispone en su artículo 99 que:

*En todos los casos en que sea necesaria la intervención de testigos, serán dos, deberán entender al testador o testadores y al Notario o persona ante quien se otorgue el testamento y deberán saber firmar.*

No será necesario que sean rogados ni que conozcan al testador ni que tengan su misma residencia.

Y por el **artículo 100**.

*1. No pueden ser testigos en los testamentos:*

- a. *Los menores de catorce años y los demás incapaces para testar.*
  - b. *Los totalmente sordos o ciegos y los mudos que no puedan escribir.*
  - c. *Los favorecidos por el testamento.*
  - d. *El cónyuge y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del heredero instituido o del legatario designado y del Notario o persona ante quien se otorganen.*
2. *Estas prohibiciones se aplican también a los facultativos, intérpretes y expertos que intervengan en el testamento.*

**La compilación de derecho civil foral de Navarra** se refiere a la idoneidad y rogación de testigos en la ley 185.

En los testamentos otorgados en Navarra los testigos deberán ser idóneos y rogados.

Para luego precisar, en la Ley 186, las condiciones que deben reunir los testigos según el tipo de testamento así:

*En los testamentos no otorgados ante Notario, los testigos deben conocer al testador y apreciar su capacidad y cuando fueren otorgados sólo ante testigos, éstos deben tener además la vecindad del testador.*

*En los testamentos otorgados ante Notario o se requiere que en los testigos aprecien la capacidad ni que, en su calidad de testigos instrumentales, conozcan a éste, siempre que sean vecinos del lugar del otorgamiento. Podrán ser testigos los empleados o dependientes del Notario.*

*En los testamentos otorgados ante Notario, Párroco o Clérigo ordenado de Presbítero, uno de los testigos al menos ha de poder leer y escribir. En los testamentos otorgados sólo ante testigos, dos de estos al menos han de poder leer y escribir.*

## 4.2. TRADUCCIÓN DEL TESTAMENTO

### *Artículo 684.*

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

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

### AMBITO DE LOS DERECHOS FORALES.

El Cs de Cataluña contempla esta cuestión en el **artículo 109**.

El testamento se redactará en la lengua oficial de Cataluña que el otorgante escoja.

*Se podrá testar en lengua no oficial en Cataluña siempre que el Notario autorizante conozca esta lengua, y si el Notario no la conoce, en presencia y con intervención de un intérprete, no necesariamente oficial, elegido por el testador y aceptado por el Notario que deberá firmar. El testamento se escribirá en la lengua oficial en Cataluña que elija el testador y, si éste lo solicita, además, en la lengua no oficial de que se trate.*

*El testador podrá otorgar testamento ológrafo en su propia lengua, incluso si ésta no es oficial en Cataluña o es una lengua extranjera.*

La ley 1/1999 de Aragón regula el tema del idioma en el otorgamiento del testamento en su **artículo 97**.

*Los testamentos notariales podrán redactarse en cualquiera de las lenguas o modalidades lingüísticas de Aragón que los testadores elijan, si el autori-*

*zante o, en su caso, los testigos o demás personas intervinientes en el otorgamiento no conocieran la lengua o modalidad lingüística elegida, el testamento se otorgará en presencia y con intervención de un intérprete, no necesariamente oficial, designado por los testadores y aceptado por el autorizante, quien deberá firmar el documento.*

*Igualmente, los testamentos cerrados y los ológrafos podrán otorgarse en cualquier lengua o modalidad lingüística de Aragón.*

**La compilación de derecho foral de Navarra en la ley 192** dispone que:

*Los navarros podrán testar en vascuence. Cuando el testamento se otorgare ante Notario y éste no conociere el vascuence, se precisará la intervención de dos intérpretes elegidos por el testador que traduzcan su disposición al castellano; el testamento se escribirá en las dos lenguas, conforme se establece en el Reglamento Notarial.*

#### **4.3. IDENTIFICACIÓN DEL OTORGANTE**

Y finalmente como en todo instrumento público, para evitar engaños en el testamento es indispensable la prueba preconstituída de la identificación del otorgante.

El Cc en su **art. 685** estableció los medios de identificación del testador al disponer que:

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

*En los casos de los artículos 700 y 701, los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procuraran asegurarse de su capacidad.*

Añade el **artículo 686** que:

*Si no pudiere identificarse la personas 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.*

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

Para los instrumentos públicos en general el **artículo 190 del Reglamento Notarial** ha previsto que en defecto de conocimiento de los otorgantes por el notario, reseñará éste “*los documentos que le presenten para identificar su persona*”, a cuyo efecto “*tendrán preferencia los carnés y demás documentos de identidad que estén expedidos por el Estado*”, e incluso le faculta para “*pedir la fotografía del interesado, incorporándola al protocolo*”. en términos semejantes, la Ley del Notario ha previsto como medio supletorio de identificación de los otorgantes “*la referencia a carnés o documentos de identidad con retrato y firma expedidos por las autoridades públicas, cuyo objeto sea identificar a las personas*”.

Y según la Dirección General de los Registros, la omisión de dichas formalidades relativas a puntos tan importantes como la determinación de la personalidad y conocimiento del testador, afectan sustancialmente a la legalidad del documento, es decir, a las formas intrínsecas, e impide consiguientemente la inscripción de la escritura particional basada en el mismo.

#### **4.4. INCUMPLIMIENTO DE LAS SOLEMNIDADES**

Las consecuencias que se derivan del incumplimiento de cualquiera de estas solemnidades se determina en el **artículo 687** cuando dispone que:

*Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo.*