

5. CLASES DE TESTAMENTOS

5.1. INTRODUCCIÓN: TESTAMENTOS COMUNES, ESPECIALES Y EXTRAORDINARIOS

Son muchas las clasificaciones que se han hecho de los testamentos.

Así como en el derecho romano, en el régimen del Cc, por **sus caracteres abstractos** los testamentos pueden clasificarse en: testamentos públicos o privados según exijan o no la intervención de funcionario público; testamentos públicos y secretos según el testador manifieste su voluntad ante terceras personas o lo haga por sí solo sin intervención de nadie; testamentos comunes y especiales según concurren circunstancias ordinarias o singulares, por razón de la persona del testador, del lugar de otorgamiento, del tiempo o por varias circunstancias especiales concurrentes.

Pero desde un punto de vista estrictamente normativo el **Código Civil** la **sección III capítulo I del título III del libro III** presenta la siguiente clasificación:

Por el **Artículo 676**.

El testamento puede ser común o especial.

El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado.

Artículo 677.

Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

Esta es la única clasificación que ofrece el código, más nuestra doctrina dentro de estos tipos que tienen la consideración de *numerus clausus* en atención a las distintas formalidades legales que dentro de los testamentos comunes se prevén distingue: los ordinarios constituidos por los ológrafos, los abiertos y

cerrados otorgados en situaciones de normalidad y los extraordinarios que son los testamentos comunes otorgados en situaciones de anormalidad.

Dentro de los testamentos extraordinarios se incluyen:

- El testamento **abierto notarial** cuando el testador fuese ciego o no supiese o no pudiese leer y además fuere enteramente sordo, se trata de una modalidad de testamento abierto que requiere la lectura por dos testigos idóneos en presencia del notario y la declaración de los mismos que coincide con la voluntad manifestada.
- En segundo lugar las modalidades de testamento **abierto ante testigos** que son: el testamento en peligro inminente de muerte que exige la formalidad de que se otorgue ante 5 testigos y el testamento en caso de epidemia que puede otorgarse ante tres testigos mayores de 16 años.
- Y finalmente la modalidad aplicable al testamento **cerrado notarial** de los que no puedan expresarse verbalmente pero si escribir, que requiere formalidades especiales en cuanto a la firma del testador y al acta de otorgamiento.

5.2. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO

5.1. Introducción

El Cc regula en primer término los testamentos comunes y dentro de los mismos el testamento ológrafo.

El testamento ológrafo tal y como lo regula en la actualidad el Cc constituye una novedad tomada de las legislaciones extranjeras.

Así aun y cuando el **Fuero Juzgo** y las **Partidas** albergaron en su seno precedentes de esta forma de testar se considera que el testamento ológrafo no aparece verdaderamente en nuestro derecho hasta que por influencia del derecho consuetudinario francés plasmado en el código napoleónico, lo recogió expresamente el **art. 564 del proyecto de 1851**.

Este precepto y los siguientes se integran en la **sección 4ª del capítulo I del título III libro III del Cc** que viene referido íntegramente a los requisitos de este tipo de testamento.

La importancia de la determinación de los mismos trasciende de los casos en que se pretenda llevar a cabo un testamento ológrafo en sentido estricto, pues el **artículo 672** determina su extensión a otros supuestos al prever 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 o aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos establecidos para el testamento ológrafo.

Estos requisitos son los relativos:

- a la forma del documento para que pueda ser considerado en sí mismo testamento ológrafo.
- a las formalidades posteriores y complementarias a su otorgamiento y.
- a la capacidad.

5.2.2. Forma del testamento ológrafo

Según los el **art. 688**.

Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.

Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.

La **escritura** debe ser de puño y letra habitual del testador. Señala **Lacruz** que no perjudican a la autografía del testamento las palabras escritas o impresas en papel sobre el cual se va a escribir mientras el testamento conserve su independencia y unidad.

Al no requerir el testamento ológrafo el requisito de unidad de acto, cabe que se expresen **más de una fecha** de las distintas fases y confección del mismo. La fecha de la firma del testamento ha de coincidir con la de su otorgamiento, y constituye la fecha propia del testamento ológrafo pero si esta es errónea autores como **Puig Brutau** o **Traviesas** consideran que el testamento es válido si el error puede ser rectificado según el contenido del mismo testamento.

El testamento ológrafo que no contiene indicación exacta del año, mes y día en que fue escrito carece de una condición esencial para su validez como ha señalado de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en particular la **STS de 29 de septiembre de 1980**.

Pese a la literalidad del precepto, la jurisprudencia ha sentado la doctrina de que si se trata de **palabras tachadas, enmendadas o entre renglones**, no salvadas, que no afecten, alteren o varíen de modo sustancial la expresa voluntad del testador se tendrán por no puestas pero en otro caso la nulidad contamina todo el testamento (**STS 25 octubre de 1947 y de 3 de abril de 1945**).

Se entenderá que las palabras tachadas, enmendadas o escritas entre renglones han sido salvadas cuando al fin de la escritura o instrumento se ponga un nota para que valga lo enmendado o añadido entre renglones, en este sentido el **artículo 153 del Reglamento del Notariado de 2 de junio de 1944**, dispone que a continuación del último renglón del instrumento público, se consignarán las enmiendas y salvedades necesarias, con la aprobación de las partes y antes de la firma de los que la suscriben.

La **firma** ha de ser la habitual y estampada por el testador de su puño y letra, esta concluye el testamento de suerte que no forman parte del mismo las palabras extendidas después de aquellas.

Finalmente **el último inciso del art. 688** es una regla con marcado sentido ampliador por lo que también deben admitirse el testamento ológrafo de *español redactado en idioma extranjero* según resolución de la **DGRN de 22 de noviembre de 1916** y testamento ológrafo *del extranjero redactado en idioma distinto del suyo*.

5.2.3. Formalidades posteriores y complementarias al otorgamiento del testamento

Las formalidades complementarias a su otorgamiento son las de: conservación, presentación, adveración y protocolización.

La **conservación** del testamento ológrafo sólo está prevista en el código cuando el mismo se otorgue por un español en el extranjero y lo deposite en poder del agente diplomático o consular de España conforme al **art. 736** y para el testamento ológrafo en alta mar de acuerdo con los **arts. 724 y 729** del mismo código.

No obstante en los demás casos es posible depositarlos en poder de un notario de conformidad con las reglas de los depósitos notariales y por el **artículo 3º apartado b) del anexo II del reglamento notarial de 2 de junio de 1944** es posible tomar razón del otorgamiento de un testamento ológrafo en el Registro General de actos de última voluntad si los otorgantes lo desean y lo hacen constar por medio de acta notarial, en que se expresen la fecha y lugar de su otorgamiento y por medio de acta notarial, en que se expresen la fecha y lugar de su otorgamiento y las demás circunstancias personales expresadas en el **artículo 4:** nombre y apellidos, estado, nombre y apellidos del cónyuge si fuere casado, etc.) pero la constancia de la fecha en el acta levantada no subsanaría la carencia de tal requisito en el testamento ológrafo.

A la presentación del testamento se refiere el **art. 689 del Cc** por el que:

El testamento ológrafo deberá protocolizarse presentándolo con este objeto al Juez de Primera Instancia del último domicilio del testador, o al del lugar en que éste hubiese fallecido, dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento. Sin este requisito no será válido.

El plazo de 5 años como ha señalado el Tribunal Supremo en sentencia de **27 de abril de 1940**, o en STS de **29 de septiembre de 1956** es un plazo de caducidad sin que pueda ser suspendido por el hecho de no haber tenido noticia del fallecimiento del testador.

Añadiendo el **art. 690** que:

La persona en cuyo poder se halle depositado dicho testamento deberá presentarlo al juzgado luego que tenga noticias de la muerte del testador, y, no verificándolo dentro de los diez días siguientes, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por la dilación.

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

Hay que entender que el plazo de los diez días se cuenta no desde la muerte del testador, sino desde la fecha en que la persona a la que alcanza la obligación tenga noticia del fallecimiento del otorgante.

Una vez presentado el testamento se practica su **adveración**. La adveración del testamento ológrafo consiste en la comprobación de su autenticidad y la consiguiente identidad del escrito como autografiado por la persona a quien se atribuye, constituye un trámite indispensable para alcanzar su protocolización y por lo tanto para que el testamento logre eficacia.

La adveración se practica en los términos previstos en el **artículo 691**:

El Juez lo abrirá si estuviere en pliego cerrado, rubricará con el actuario todas las hojas y comprobará su identidad por medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador, y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo.

A falta de testigos idóneos, o si dudan los examinados, y siempre que el juez lo estime conveniente, podrá emplearse con dicho objeto el cotejo pericial de letras.

El Juez no entrará a dilucidar los posibles vicios ni las posibles causas de anulabilidad de la disposición si no trascienden manifiestamente a la sustancia del testamento como negocio jurídico; aunque si deberá examinar su integridad, descartando la protocolización si el documento ha sido mutilado, como sostiene la doctrina.

El Tribunal Supremo en **sentencia de 26 de noviembre de 1968** ha puntualizado que la falta de tales rúbricas en todas las hojas del testamento constituye un defecto simplemente procesal, que ha de calificarse de irregularidad que por sí misma no produce la invalidez de la disposición testamentaria.

Señalando el **artículo 692** que:

Para la práctica de estas diligencias serán citados, con la brevedad posible, el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y los ascendientes del testador y, en defecto de unos y otros, los hermanos.

Si estas personas no residieren dentro del partido o se ignorare su existencia, o siendo menores o incapacitados carecieren de representación legítima, se hará la citación al Ministerio Fiscal.

Los citados podrán presenciar la práctica de dichas diligencias y hacer en el acto, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento.

Los parientes que el precepto menciona habrán de ser citados en su totalidad, sin que la convocatoria de algunos de ellos pueda dispensar del llamamiento de los restantes. La infracción del mandato legal provocará una causa de nulidad de las actuaciones y por consiguiente de la validez de la protocolización acordada, sin perjuicio de que en el correspondiente juicio declarativo se pueda sustanciar la controversia sobre la autenticidad del testamento ológrafo.

El **concepto de residencia** al que hace referencia el precepto, según el Tribunal Supremo entre otras en **sentencia 5 de julio de 1962**, no puede interpretarse atendiendo al rigorismo administrativo, ni guarda relación con el concepto de domicilio, que el **artículo 40 del Cc** equipara al de

residencia habitual, sino que más bien se refiere a la presencia real o con casa abierta del que haya de ser citado en el lugar o partido judicial en que se sustancia el expediente.

Aunque el Juez habrá de tomar en consideración las observaciones a que alude el precepto para formar su juicio sobre la identidad del testamento, aunque se hagan con el carácter de oposición y se formulen por escrito **no pueden producir en ningún caso el efecto de hacer contencioso el expediente de jurisdicción voluntaria** por aplicación de la regla general del **artículo 1.817 de la L.E.C.**, ni impedirán que si el Juez lo estima pertinente otorgue la protocolización.

La última formalidad complementaria, es la de la **protocolización** y la prevé el **artículo 693**:

Si el juez estima justificada la identidad del testamento, acordará que se protocolice, con las diligencias practicadas, en los registros del notario correspondiente, por el cual se dará a los interesados las copias o testimonios que procedan. En otro caso, denegará la protocolización.

Cualquiera que sea la resolución del Juez, se llevará a efecto, no obstante oposición, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda.

La elección del notario corresponderá a los interesados si la designación fuese unánime, y de no haber conformidad se hará por reparto conforme a lo prevenido en el artículo 120 del Reglamento Notarial.

La resolución judicial, que revestirá forma de **auto**, se pronuncia únicamente sobre la identificación del testamento, pero sin rechazar la protocolización por defectos formales que no afecten a la sustancia del testamento.

Aplicando el párrafo segundo del **artículo 693** el Tribunal Supremo en **sentencia de 17 de noviembre de 1966** ha declarado que “por la gene-

ralidad con que el precepto se expresa, no estableciendo cortapisa ni limitación alguna para el ejercicio del derecho que reconoce, ya teniendo el carácter restringido y especial que ofrece la prueba que se autoriza a practicar en el expediente de protocolización, para cuyas diligencias la cita de las personas se ciñe a las que señala el **artículo 692**, por lo que pueden estar en involuntaria ausencia del expediente los verdaderos interesados en la sucesión, y, sobre todo, habida cuenta de la importancia que tiene la fijación de la norma rectora de aquélla, que puede afectar a intereses cuantiosos, sin existir razón alguna para que se disminuyan sus garantías en el orden procesal, se ha de concluir que el auto accediendo o denegando la protocolización **no puede producir o fundamentar la excepción de cosa juzgada**, ni aun en el sentido limitado a la autografía del testamento.” La no producción de cosa juzgada se ha reiterado por **sentencia de 16 de junio de 1988**.

Conforme al **artículo 226 del Reglamento del Notariado de 2 de junio de 1944**, el derecho a la obtención de **copias del testamento de una persona fallecida** lo ostentan, además de los herederos instituidos o sus representantes, los legatarios, albaceas, contadores y demás personas a quienes se reconozca algún derecho o facultad, los instituidos en testamento revocado y los parientes que, de no existir testamento o ser nulo, o en que no haya instituidos herederos forzosos, serían los llamados en todo o en parte a la herencia del causante, es decir, los eventuales herederos abintestato.

5.2.4. Capacidad para otorgar testamento ológrafo

El aludido **art. 688** del código dispone en su primer inciso que el testamento ológrafo solo podrá otorgarse por personas mayores de edad, constituye esta exigencia una excepción a la regla general de capacidad para testar de los mayores de 14 años de uno y otro sexo que prevé el **artículo 663**.

Tampoco podrán otorgarlo los que no sepan o no puedan escribir y según **Roca Sastre y Puig Ferriol** por analogía de lo dispuesto para el testamento cerrado en el **art. 708** los ciegos y los que no sepan o no puedan leer.

5.3. EL TESTAMENTO ABIERTO

5.3.1. Concepto de testamento abierto

El testamento abierto se regula en la **sección V del capítulo I del título III del libro III artículos 694 a 705** y se define en el primero de los indicados preceptos al disponer que:

Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.

El testamento abierto es el más usual en la práctica y es un concepto genérico que comprende diversas modalidades: la ordinaria y otras que suponen variedades de aquélla.

5.3.2. Modalidad ordinaria del testamento abierto

Artículo 694.

El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento.

Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma Sección.

Por tanto en su modalidad ordinaria y desde la reforma operada por **ley de 20 de diciembre de 1991**, el testamento abierto ante notario no requiere la concurrencia de testigos, garantizando así de este modo como señalaba la exposición de motivos de la citada ley el deseo generalizado de hacer posible el mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo como es la disposición de última voluntad.

Artículo 695.

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

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

Estos testigos deberán concurrir necesariamente al otorgamiento del testamento tal y como señala el **artículo 697.1**.

La formalidad esencial es la **manifestación de voluntad** hecha por el testador al notario y en presencia de los testigos, si éstos tuvieran que concurrir. Se trata del requisito característico del testamento abierto, que lo distingue del cerrado y del ológrafo.

La necesidad inexcusable de tal manifestación libre y espontánea provocará la nulidad del testamento en el que el testador se limita a prestar asentimiento, con signos o monosílabos, a las preguntas del notario o de un tercero. De este modo se niega la validez al testamento *ad alterus interrogationem*, es decir, aquel en que el testador se limita a responder al interrogatorio ajeno acerca de las disposiciones que el testador desea efectuar, pues se entiende que entonces falta la espontánea expresión de la voluntad postrera. Lo cual no excluye como aclara la doctrina, que el notario formule al otorgante las preguntas oportunas o le haga observaciones destinadas a precisar los términos de su manifestación testamentaria.

El Tribunal Supremo ha declarado en **sentencia de 30 de noviembre de 1991** que "no constituye circunstancia esencial del testamento que las instrucciones previas para su redacción sean dadas ante los testigos instru-

mentales, ya que el acto del otorgamiento comienza por la lectura de la disposición, equivaliendo la expresión de conformidad del otorgante al cumplimiento del primer requisito exigido por el artículo 695 del Cc ".

Tal posibilidad ha sido expresamente recogida en el nuevo texto, que faculta al testador para expresar por escrito su última voluntad al notario. Tal escrito, borrador o minuta, como dispuso la **sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1956** puede consistir en un nota manuscrita, autógrafa del testador o no, o mecanografiada, pues el **artículo 695** no señala exigencia alguna en cuanto la forma.

La solemnidad de la **lectura** por el notario no queda dispensada ni aun en el caso de que el otorgante haya leído por sí el testamento. La lectura del testamento ha de hacerse inmediatamente después de haber concluido su redacción. La constancia de haberse realizado es preceptiva, y no se deduce que se haya procedido a la lectura por el hecho de haberse firmado el testamento tal y como se dispuesto ya en **Sentencia de 18 de noviembre de 1915**.

Si el testador manifiesta que no sabe firmar y resulta que su aserción es mendaz, el testamento queda viciado de nulidad, pues hay que valorar su proceder como de rechazo a la aprobación del documento, y el caso viene a ser equivalente al de un testamento que se encuentra sin firma del testador, carente, por tanto, de un requisito esencial (**Sentencia de 10 de noviembre de 1973**). Sin embargo, tal criterio no debe ser aplicado al supuesto en que el testador que apenas sabe firmar dice ser analfabeto.

Artículo 696.

El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686. También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

La afirmación del notario acerca de la capacidad del testador constituye un juicio de valor no cubierto por la fe pública, pero que entraña una pre-

sunción favorable en tal sentido únicamente destruible mediante una demostración cumplida, convincente e inequívoca. La fórmula acuñada en la práctica es la de "hallándose el testador a mi juicio con la capacidad legal necesaria para testar" u otra parecida.

El artículo 697 indica los supuestos en que deben concurrir testigos en el testamento abierto.

Deberán hacerlo en el acto del otorgamiento tal y como indicaba el artículo 695 cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento, pero además deberán concurrir:

2º Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento.

Si el testador que no supiere o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.

3º Cuando el testador o el notario lo soliciten.

Con relación al **testamento otorgado por una persona ciega**, como indica la **sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1973**, el texto legal, a diferencia de lo que ocurre en el testamento del sordo, no utiliza el adverbio "enteramente" para referirse a su minusvalía, por ello, hay que considerar que el testador es ciego, aunque no se encuentre totalmente privado de la visión con tal que no esté en condiciones de apreciar que el testamento que se lee es el mismo que se firma.

Por contra la expresión "**fuere enteramente sordo**" parece indicar que la falta de capacidad auditiva debe ser total e imposible de subsanar por medios técnicos. En estos casos el cometido de los testigos es especial, pues excede de la simple lectura del testamento, en tanto que deben decidir si el documento ha sido redactado de acuerdo con la voluntad del testador. Por esta razón han de encontrarse presentes en el momento de la

emisión de la voluntad testamentaria ante el notario y los testigos, como medio de por comprobar la adecuación del testamento redactado a la declaración efectuada por el testador como postrera voluntad; lo que procederá incluso cuando ha sido presentada minuta o nota escrita, por cuanto son ellos quienes en nombre del otorgante han de dar la conformidad al testamento extendido. La declaración de los testigos acerca de la concordancia entre la voluntad manifestada por el testador y lo escrito por el notario habrá de ser específicamente recogida en el testamento.

Artículo 698.

Al otorgamiento deberán concurrir:

- 1º Los testigos de conocimiento, si los hubiera quienes podrán intervenir además como testigos instrumentales.*
- 2º Los facultativos que hubieran reconocido al testador incapacitado.*
- 3º El intérprete que hubiera traducido la voluntad del testador a la lengua oficial empleada por el Notario.*

Artículo 699.

Todas las formalidades expresadas en esta Sección se practicarán en un solo acto, que comenzará con la lectura del testamento, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero.

El requisito de unidad de acto tiene su fundamento, según criterio general, en la necesidad de evitar detenciones en el desarrollo del acto de otorgamiento testamentario que puedan ser aprovechadas para alterar el testamento de la declaración e influir en la libre determinación del testador, perturbando la trascendencia e importancia de la disposición de última voluntad.

Pero tanto la doctrina como la jurisprudencia interpretan la exigencia de la unidad de acto con racional flexibilidad, entendiendo que, propiamente-

te, el otorgamiento de la disposición testamentaria da comienzo cuando reunidos el testador, los testigos y el notario procede éste a la lectura del testamento, y por ello la unidad de acto no se extiende a las instrucciones previas dadas por el disponente al notario para que redacte el testamento. En este sentido se pueden citar las sentencias de **16 de mayo de 1974** y la **25 de junio de 1990**, así como la de **10 de abril de 1987** según la cual: no quebranta el principio de unidad de acto el hecho de que el notario autorizante redacte el testamento según las instrucciones recibidas previamente del otorgante, siempre que después se proceda a su lectura presencia del mismo y de los testigos instrumentales.

En cuanto a la expresión **accidente pasajero**, habrá que entender que tiene lugar el mismo cuando acaece un suceso de poca duración que no afecta a la seriedad del acto y que de ordinario obedece a necesidades insoslayables. Así la jurisprudencia entiende que no se rompe la unidad de acto por la intervención de facultativos a requerimiento del notario para examinar la capacidad del testador, ya que semejante asistencia, más que un acto extraño al otorgamiento, es un complemento del mismo.

5.3.3. Variedades del testamento abierto

En ocasiones determinados eventos aconsejan el empleo de precauciones suplementarias, o adaptar alguna de las formalidades, a fin de asegurar mejor la veracidad del acto y la integridad y exactitud de la expresión de la última voluntad. El Cc regula, en esta línea, las siguientes modificaciones o adiciones a la forma testamentaria típica.

Artículo 700.

Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario.

Habrà de existir propósito de testar, como presupuesto primordial. El Tribunal Supremo ha declarado que en "en los testamentos extraordinarios regulados por los **artículos 700 y 701 del Cc**, la expresión de la última volun-

tad no puede presuponerse legalmente, ni tener eficacia cuando sólo se hace consistir por manifestaciones a las que no precede acto formal y serio que revele en el supuesto testador la deliberada resolución de testar" criterio que informa las **sentencias de 19 de mayo de 1947 y 24 de octubre de 1948.**

También hace hincapié la jurisprudencia en la necesidad de **acreditar la inminencia de la muerte** y se puntualiza que "no basta que se otorgue en estado de grave enfermedad, ya que es preciso que figure el testador en situación urgente, inmediata y extrema, que haga temer un próximo y fatal desenlace, debiendo acreditarse tanto la existencia de ese peligro que apremia, como el hecho de **no ser racionalmente posible la intervención notarial**, cuando se pida la elevación a escritura pública y la protocolización del documento, en que se hizo constar la voluntad del testador (**Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1953, 4 de octubre de 1957 y 3 de noviembre de 1962**).

Corresponde a los **órganos de primera instancia** el apreciar que se cumple tanto el requisito del peligro inminente de muerte como que no fue racionalmente posible la intervención del notario tal y como señaló la **sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1959.**

Por otro lado, no es necesario como dispuso la **sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1977** que se acredite la causa que impidió la concurrencia del notario.

"Las facultades que concede el **artículo 700** no excluyen que se dé cumplimiento a los demás requisitos esenciales que para el acto de disponer de los bienes se exigen en la sección del Código dedicada al testamento abierto, siempre que sean racionalmente compatibles con las peculiaridades que distinguen esta forma especial de testar" como señala la **sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1967.** Aplicando esta doctrina el Tribunal Supremo en sentencia de **3 de febrero de 1951** resolvió que no afectan a la validez del testamento otorgado en inminente peligro de muerte la falta de expresión de la hora ni el no consignarse el motivo por el que no firmó el testador y lo hizo un testigo a su ruego.

Artículo 701.

En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años.

Como la norma contempla una situación extraordinaria en una sociedad avanzada e incluso insólita al tiempo de la promulgación del Cc; no hay jurisprudencia sobre esta modalidad testamentaria a la que alude el Tribunal Supremo en **sentencia de 10 de julio de 1944**, para declarar que, como las de los **artículos 700, 720 y 731 del Cc**, responde a finalidades limitadísimas que no es dable ampliar.

Puede acogerse a esta forma especial todo el que se halle en el lugar donde se padezca la enfermedad epidémica, sin necesidad de estar alcanzado por la afección patológica criterio éste expresamente acogido por otras legislaciones como la italiana o portuguesa, sin que exista unanimidad por parte de la doctrina acerca de si es imprescindible o no la declaración oficial por las autoridades sanitarias competentes de que se ha producido la situación de epidemia.

No se requiere la concurrencia de notario aunque su asistencia fuera factible, ni acreditar el motivo que la haya impedido, por lo que no cabrá impugnar el testamento argumentando que había existido la posibilidad de recabar sus servicios.

Al igual que en los supuestos de testamento otorgado en inminente peligro de muerte son aplicables al hecho en tiempo de epidemia todas las solemnidades propias del testamento ordinario abierto, en cuanto no estén expresamente exceptuadas y resulten racionalmente compatibles con esta forma excepcional.

Artículo 702.

En los casos de los dos artículos anteriores se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir:

El Tribunal Supremo ha condensado la doctrina legal sobre los anteriores aspectos en la **sentencia de 2 de julio de 1977**, del siguiente tenor literal: lo verdaderamente excepcional de este testamento resulta cuando según el **artículo 702** no sea posible escribirlo, a pesar de lo cual será válido, pudiendo proceder esa imposibilidad de dos causas diferentes: Primera, cuando por la urgencia del caso no pueda escribirse en el mismo momento del otorgamiento, o por no tener en tal acto los elementos necesarios para hacerlo, lo que no impide que los testigos con posterioridad, y con la mayor brevedad posible, consignen por escrito las manifestaciones que el testador les hizo y lo suscriban con su firma; y segunda, cuando los testigos no sepan escribir, y entonces, al no poderlo consignar de esta forma, tendrán que conservar en la memoria las manifestaciones del testador hasta el momento de hacer la declaración ante el Juez, para su elevación a escritura pública y protocolización, habiendo declarado la jurisprudencia que no constituye causa optativa para la escritura del testamento la imposibilidad de observar cualquiera de las demás formalidades esenciales que por hallarse establecidas para casos análogos, y en cuanto sean razonablemente compatibles con la índole de esta forma de testar han de guardarse en su otorgamiento, no siendo posible prescindir de la formalidad de la escritura sino en el caso extremo de imposibilidad material, para impedir que pueda falsearse la voluntad del testador por medio de confabulaciones posteriores, que pongan en peligro su autenticidad, siendo nulo si fue posible escribirlo y no se escribió, y en caso de litigio sobre la posibilidad de escribir el testamento, constituye su apreciación una cuestión de hecho, sobre la que incumbe la decisión a la sala sentenciadora.

5.4. EL TESTAMENTO CERRADO

5.4.1. Concepto

Dispone el **art. 680 del Cc** que.

El testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto.

Se regula en la **sección VI del capítulo I del título III del libro III artículos 706 a 715** y como ocurre con el testamento abierto, el testamento cerrado es un concepto genérico que contempla diversas modalidades.

El testamento cerrado notarial que es sumamente extraño en la práctica.

5.4.2. Fases del testamento cerrado

a) La preparación. **artículo 706.**

La preparación del testamento cerrado que se regula en el **art. 706** a cuyo tenor:

El testamento cerrado habrá de ser escrito.

Si lo escribiese por su puño y letra el testador pondrá al final su firma.

Si estuviese escrito por cualquier medio mecánico o por otra persona a ruego del testador, éste pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento.

Cuando el testador no sepa o no pueda firmar, lo hará a su ruego al pie y en todas las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad.

En todo caso, antes de la firma se salvarán las palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones.

Con relación a este precepto cabe hacer las siguientes apreciaciones:

- No existe impedimento legal para que el testamento sea escrito **en parte por cualquier medio mecánico y en parte sea manuscrito.**
- También cabe la posibilidad de que en la confección del testamento **intervengan varias personas**, siempre que no pueda ponerse en duda la existencia de verdadera voluntad de testar y que se dé cumplimen-

to a lo ordenado en cuanto a la estampación de las respectivas firmas por todas ellas en las distintas hojas del testamento.

- El precepto permite al testador **encomendar la redacción del testamento a otra persona** aunque sepa escribir, ya que esta posibilidad no viene limitada al supuesto de que no sepa o no pueda hacerlo el propio interesado. El tercero que escriba el testamento no está sometido a condiciones particulares de capacidad e idoneidad ni le afectan las prohibiciones establecidas para los testigos en los actos de última voluntad.
- Al igual que en el testamento ológrafo hay que entender que las **enmiendas, tachaduras y palabras escritas** entre renglones que aparezcan sin salvar, se tendrán por no puestas y desprovistas de eficacia; pero si afectan a partes esenciales del testamento resultará éste viciado de nulidad.
- También igual que el testamento ológrafo podrá escribirse en cualquier idioma o dialecto con independencia de la nacionalidad del testador.
- En cuanto a la fecha en tanto que el **artículo 706** omite cualquier referencia a la solemnidad de la misma el código se sitúa en la misma línea de otros ordenamientos foráneos, como el italiano o portugués, que no estiman necesario que en el testamento secreto o cerrado esté fechada la cédula. En consecuencia, la data del acta notarial ha de ser considerada como la del testamento a todos los efectos legales. No obstante, aunque no sea preceptivo indicar la fecha de redacción del testamento el testador puede indicar la misma. Tal indicación puede ser extremadamente útil, por cuanto permitiría la conversión del testamento cerrado en ológrafo si se produjere la nulidad del primero, cuando exista autografía total y se haga expresión del día, mes y año de redacción de la cédula, o en su defecto el documento alude a una determinada festividad, religiosa o de otra naturaleza, o un acontecimiento, del que se desprenda con certeza el tiempo en que el testamento fue escrito.

a) el otorgamiento **artículo 707**.

En la segunda fase del otorgamiento del testamento cerrado por el **art. 707** se observarán las solemnidades siguientes:

1º. El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta, cerrada y sellada de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta.

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

3º. En presencia del Notario, manifestará el testador por sí, o por medio del intérprete previsto en el artículo. 684, que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando como se halla escrito, si se halla escrito y firmado por él o si está escrito de mano ajena o por cualquier medio mecánico y firmado al final y en todas sus hojas por él o por otra persona a su ruego.

4º. Sobre la cubierta del testamento extenderá el notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que está cerrado, y dando fe del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los arts. 685 y 686 y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

5º. Extendida y leída el acta, la firmará el testador que pueda hacerlo y, en su caso, las personas que deban concurrir; y la autorizará el notario con su signo y firma.

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

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

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

La **sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1943** se pronuncia sobre el alcance de dos de las reglas mencionadas en este artículo, la primera y la cuarta, cuya vulneración determina la nulidad del testamento.

b) La entrega y conservación del testamento **artículos 710 y 711.**

La tercera fase es la de conservación del testamento y principia cuando de conformidad con el **art. 710.**

Autorizado el testamento cerrado, el notario lo entregará al testador; después de poner en el protocolo corriente copia autorizada del acta de otorgamiento.

Según el **art. 711.**

El testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado, o encomendar su guarda a persona de su confianza, o depositarlo en poder del notario autorizante para que lo guarde en su archivo.

En este último caso el notario dará recibo al testador y hará constar en su protocolo corriente, al margen o a continuación de la copia del acta de otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirare después el testador, firmará un recibo a continuación de dicha nota.

c) Vicisitudes ulteriores: presentación, apertura y protocolización del testamento **artículos 712 a 714.**

La cuarta fase comienza una vez fallecido el testador entonces por el **Artículo 712.**

El notario o la persona que tenga en su poder un testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador.

Si no lo verifica dentro de diez días, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia.

Artículo 713.

El que con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder dentro del plazo fijado en el párrafo segundo del artículo anterior; además de la responsabilidad que en él se determina, perderá todo derecho a la herencia, si lo tuviere como heredero ab intestato o como heredero o legatario por testamento. En esta misma pena incurrirán el que se sustrajere dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador o de la persona que lo tenga en guarda o depósito, y el que lo oculte, rompa o inutilice de otro modo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que proceda.

Artículo 714.

Para la apertura y protocolización del testamento cerrado se observará lo prevenido en la L.E.C.

La referencia debe entenderse hecha a la L.E.C. de 1881 que regula la cuestión en los artículos 1956 a 1979 título VII del libro III.

5.4.3. Capacidad

La regla general de capacidad para el otorgamiento del testamento cerrado viene establecida en el artículo 708, en virtud del cual:

No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer.

No obstante hay que tener presente que puede darse el caso que teniendo la capacidad general para otorgar el testamento cerrado, sea preciso el cumplimiento de una serie de formalidades específicas, esto ocurre en el supuesto que el otorgante no pueda expresarse verbalmente, siempre que sea capaz de escribir. Es entonces, cuando el artículo 709 exige una serie de especificidades formales que hacen devenir el testamento una modalidad extraordinaria del cerrado. El testamento cerrado del artículo 709 no

hace sino cumplir en definitiva las formalidades del testamento ológrafo. Así establece el mencionado precepto que:

Los que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:

- 1. El testamento ha de estar firmado por el testador. En cuanto a los demás requisitos, se estará a lo dispuesto en el artículo 706.*
- 2. Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del notario, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando cómo está escrito y que está firmado por él.*
- 3. A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707 en lo que sea aplicable al caso.*

5.4.4. Nulidad formal y conversión del testamento

Finalmente la regulación del testamento cerrado concluye con la previsión de la consecuencia que puede derivar de la nulidad formal de este tipo de testamento. Se trata de la consecuencia prevista en el **artículo 715**, es decir, la conversión del testamento en ológrafo . Establece este precepto que:

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.

Por tanto es necesario que además cumpla los requisitos de mayoría de edad al otorgarlo y protocolización dentro del plazo.

5.5. TESTAMENTOS ESPECIALES

Dice el artículo art. 677 que:

Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

5.5.1. El testamento militar

El testamento militar se regula en la sección séptima del capítulo I del título III del libro III artículos 716 a 721.

Tiene dos formas ordinario y extraordinario, uno y otro pueden ser abierto y cerrado.

5.5.1.1. testamento militar ordinario

Artículo 716.

En tiempo de guerra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército, o que sigan a éste, podrán otorgar su testamento ante un Oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán.

Es aplicable esta disposición a los individuos de un ejército que se halle en país extranjero.

Si el testador estuviere enfermo o herido, podrá otorgarlo ante el Capellán o el Facultativo que le asista.

Si estuviere en destacamento, ante el que lo mande, aunque sea subalterno.

En todos los casos de este artículo será siempre necesaria la presencia de dos testigos idóneos.

Artículo 717.

También podrán las personas mencionadas en el artículo anterior otorgar testamento cerrado ante un comisario de guerra, que ejercerá en este caso las funciones de Notario, observándose las disposiciones de los artículos 706 y siguientes.

Artículo 718.

Los testamentos otorgados con arreglo a los dos artículos anteriores deberán ser remitidos con la posible brevedad al cuartel general, y por éste al Ministro de la guerra (hoy ministro de defensa).

El ministro, si hubiese fallecido el testador, remitirá el testamento al Juez del último domicilio del difunto, y, no siéndole conocido, al decano de los de Madrid, para que de oficio cite a los herederos y demás interesados en la sucesión. Estos deberán solicitar que se eleve a escritura pública y se protocolice en la forma prevenida en la L.E.C.

Cuando sea cerrado el testamento, el Juez procederá de oficio a su apertura en la forma prevenida en dicha ley, con citación e intervención del Ministerio Fiscal, y después de abierto lo pondrá en conocimiento de los herederos y demás interesados.

5.5.1.2. testamento militar extraordinario

Como testamento abierto se regula en el **artículo 720.**

Durante una batalla, asalto, combate y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra, podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos.

Y como testamento cerrado se regula en el **artículo 721.**

Si fuere cerrado el testamento militar, se observará lo prevenido en los artículos 706 y 707; pero se otorgará ante el oficial y los dos testigos que para el abierto exige el artículo 716, debiendo firmar todos ellos el acta de otorgamiento, como asimismo el testador, si pudiere.

5.5.2. El testamento marítimo

El testamento marítimo se regula en la sección octava del **capítulo I del título III del libro III artículos 722 a 731**.

Este testamento puede ser ordinario abierto o cerrado. Y se otorgará con las solemnidades propias de uno y otro y con las siguientes especialidades.

Artículo 722.

Los testamentos, abiertos o cerrados, de los que durante un viaje marítimo vayan a bordo, se otorgarán en la forma siguiente:

Si el buque es de guerra, ante el contador o el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos idóneos, que vean y entiendan al testador. El comandante del buque, o el que haga sus veces, pondrá además su visto bueno.

En los buques mercantes autorizará el testamento el capitán, o el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos idóneos.

En uno y otro caso los testigos se elegirán entre los pasajeros, si los hubiere; pero uno de ellos, por los menos, ha de poder firmar, el cual lo hará por sí y por el testador, si éste no sabe o no puede hacerlo.

Si el testamento fuera abierto, se observará además lo prevenido en el artículo 695, y si fuere cerrado lo que se ordena en la sección 6ª de este capítulo, con exclusión de lo relativo al número de los testigos e intervención del notario.

No puede otorgarse cuando dicha embarcación no haya zarpado todavía aunque si según **Amerigo Cruz** durante una escala.

Artículo 723.

El testamento del contador del buque de guerra y el del capitán del mercante serán autorizados por quien deba sustituirlos en el cargo, observándose para los demás lo dispuesto en el artículo anterior.

Artículo 724.

Los testamentos abiertos hechos en alta mar serán custodiados por el comandante o por el capitán, y se hará mención de ellos en el diario de navegación.

La misma mención se hará de los ológrafos y los cerrados.

El diario de navegación, se reglamenta por orden de 6 de marzo de 1989.

Artículo 725.

Si el buque arribase a un puerto extranjero donde haya agente diplomático o consular de España, el Comandante del de guerra, o el Capitán del mercante entregará a dicho Agente copia del testamento abierto o del acta de otorgamiento del cerrado, y de la nota tomada en el diario.

La copia del testamento o del acta deberá llevar las mismas firmas que el original, si viven y están a bordo los que lo firmaron; en otro caso será autorizada por el Contador o Capitán que hubiese recibido el testamento, o el que haga sus veces, firmando también los que estén a bordo de los que intervinieron en el testamento.

El Agente diplomático o consular hará extender por escrito diligencia de la entrega, y, cerrada y sellada la copia del testamento o la del acta del otorgamiento si fuere cerrado, la remitirá con la nota del diario por el conducto correspondiente al Ministro de Marina, quien mandará que se deposite en el Archivo de su Ministerio.

(la remisión que se hace en este precepto y en los sucesivos que hagan referencia al Ministerio de Marina, hay que entenderla hecha al Ministerio de Defensa si el buque es de guerra y el Transportes y comunicaciones si es mercante).

El comandante o capitán que haga la entrega recogerá del agente diplomático o consular certificación de haberlo verificado, y tomará nota de ella en el Diario de Navegación.

Artículo 726.

Cuando el buque, sea de guerra o mercante, arribe al primer puerto del Reino, el Comandante o Capitán entregará el testamento original, cerrado y sellado, a la autoridad marítima local, con copia de la nota tomada en el diario; y, si hubiese fallecido el testador, certificación que lo acredite.

La entrega se acreditará en la forma prevenida en el artículo anterior, y la autoridad marítima lo remitirá todo sin dilación al ministro que corresponda según el tipo de buque.

Artículo 727.

Si hubiese fallecido el testador y fuere abierto el testamento, el Ministro de Marina practicará lo que se dispone en el artículo 718.

Artículo 728.

Cuando el testamento haya sido otorgado por un extranjero en buque español, el Ministro de Marina remitirá el testamento al de estado, para que por la vía diplomática se le dé el curso que corresponda.

El ministerio de estado se denomina ministerio de asuntos exteriores (ley de 30 de enero de 1938).

Artículo 729.

Si fuere ológrafo el testamento y durante el viaje falleciera el testador, el Comandante o Capitán recogerá el testamento para custodiarlo, haciendo mención de ello en el diario, y lo entregará a la autoridad marítima local, en la forma y para los efectos prevenidos en el artículo anterior, cuando el buque arribe al primer puerto del reino.

Lo mismo se practicará cuando sea cerrado el testamento, si lo conservaba en su poder el testador el tiempo de su muerte.

Artículo 731.

Si hubiere peligro de naufragio, será aplicable a las tripulaciones y pasajeros de los buques de guerra o mercantes lo dispuesto en el artículo 720.

5.5.3. El testamento otorgado en país extranjero

El testamento hecho en país extranjero se regula en la sección novena del capítulo I del título III del libro III.

Artículo 732.

Los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen.

También podrán testar en alta mar durante su navegación en un buque extranjero, con sujeción a las leyes de la nación a que el buque pertenezca.

Podrán asimismo hacer testamento ológrafo, con arreglo al artículo 688, aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento.

Artículo 733.

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.

Artículo 734.

También podrán los españoles que se encuentren en país extranjero otorgar su testamento, abierto o cerrado, ante el funcionario diplomático o consular de España que ejerza funciones notariales en el lugar del otorgamiento.

En estos casos se observarán respectivamente todas las formalidades establecidas en las secciones quinta y sexta de este capítulo.

Artículo 735.

El agente diplomático o consular remitirá, autorizada con su firma y sello, copia del testamento abierto, o del acta del otorgamiento del cerrado, al ministerio del estado para que se deposite en su archivo.

El Ministerio de Estado se denomina Ministerio de Asuntos Exteriores (Ley de 30 de enero de 1938).

Artículo 736.

El Agente, diplomático o consular, en cuyo poder hubiese depositado su testamento ológrafo o cerrado un español, lo remitirá al ministerio de estado cuando fallezca el testador, con el certificado de defunción.

El Ministerio de Estado hará publicar en la Gaceta de Madrid la noticia del fallecimiento, para que los interesados en la herencia puedan recoger el testamento y gestionar su protocolización en la forma prevenida.

6. INEFICACIA DEL TESTAMENTO

Acontece la ineficacia de un testamento cuando éste no produce los efectos pretendidos ya sea inicialmente o de forma sobrevenida por revocación, nulidad y caducidad.

Causas que se prevén en la **sección X del capítulo I del título III del libro III artículos 737 a 743.**

6.1. REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO

La revocación es un negocio jurídico unilateral mortis causa por el que el causante deja sin efecto un testamento anterior.