

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.

Es personalísimo, requiere la capacidad para testar y una voluntad no viciada.

Ya en el derecho romano se encontró el **fundamento** de la revocación en la máxima: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*.

Partiendo de este presupuesto el **art. 737** del código dispone que:

Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas.

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

La revocación puede ser de diferentes **clases**, así puede ser:

- **Expresa** si se lleva a cabo como señala el **artículo 738** con las solemnidades necesarias para testar. Esta a su vez puede ser: Total o parcial.
- La revocación también puede ser **tácita** que es aquella que se realiza por el otorgamiento de un testamento posterior a ella se refiere el **art. 739** según el cual:

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.

Para que el segundo testamento produzca la revocación del anterior basta con que sea válido (perfecto, según el texto legal) aunque después no produzca efectos por causas que no atañen al testamento mismo, sino a la virtualidad de los llamamientos.

Pero pese al tenor del citado precepto entiende la doctrina y la jurisprudencia entre otras en **sentencia de 7 de mayo de 1990** que la voluntad de conservar el testamento anterior en todo o en parte también puede ser tácita si se deduce del testamento posterior.

En una misma línea dice **Pastor Ridruejo** que nada dispone el **artículo 739** acerca de como debe ser expresada esa voluntad de conservar el testamento y de ahí que la misma existe en los supuestos de testamentos posteriores interpretativos, aclaratorios o particionales, el testamento sin contenido patrimonial, el testamento posterior de cuyo tenor se desprende la voluntad de mantener la vigencia del anterior y el supuesto de testamento puramente codicilar en que el testador se limita a establecer uno o varios legados; el de institución hereditaria ex parte, y el de existencia de diversos testamentos que hacen referencia a un grupo distinto de bienes.

Como señala el **artículo 740**.

La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero o de los legatarios en el nombrados, o por renuncia de aquel o de estos.

Pero en todo caso prevé el **art. 741** que.

El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo éste.

La jurisprudencia ha descartado una aplicación extensiva de la norma a situaciones distintas de la filiación. En consecuencia, quedará desprovisto de eficacia el reconocimiento de deuda contenido en un testamento revocado, sin perjuicio que ese reconocimiento aun revocado pueda ser considerado como un indicio de prueba como se dispuso en **sentencia de 1 de julio de 1996**.

- El último tipo de revocación es la real que consiste en la destrucción intencionada del testamento por el testador. La única revocación de este tipo

que contempla el código es en el **art. 742** con relación al testamento cerrado.

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.

Este testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador y que el testamento es auténtico.

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.

Según ha entendido la **D.G.R.N.**, en **resolución de 5 de diciembre de 1945** no es aplicable el **artículo 742** al caso de la desaparición del testamento cerrado que impedirá el promover sin más el proceso de ab intestato, pues será en el juicio declarativo que corresponda donde será debatido el alcance de tal desaparición.

Este precepto tiene su origen en el derecho justinianeo procedente del derecho pretorio, se aceptó como una presunción de voluntad la revocación del testamento cuyas *tabulae* destruía o laceraba el testador voluntariamente; regulación que pasa a las partidas, y de ahí a la jurisprudencia y al Cc.

De estos antecedentes históricos, e incluso de la sustitución de la expresión “será ineficaz y quedará sin efecto” en la primera edición del código por la de “se presume revocado” en la vigente, se deduce que no se trata de un supuesto de nulidad del testamento por falta de formalidades, sino ante uno de revocación, pues las alteraciones sufridas por un testamento después de otorgado no pueden afectara su solemnidad.

6.2. CADUCIDAD DEL TESTAMENTO

La caducidad se produce por el transcurso de un determinado plazo de tiempo unido a la inobservancia de una conducta positiva. Su efecto es ipso iure y radical. Dadas las graves consecuencias que se pueden derivar de la nulidad de las disposiciones testamentarias y en relación con el principio *favor testamenti* el artículo 743 dispone que:

Caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este código.

El art. 704 hace una referencia general a este supuesto al expresar que *Los testamentos otorgados sin autorización del notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la LEC.*

Todos los casos de caducidad se refieren a testamentos en que no ha actuado el notario autorizante. Pudiéndose distinguir dos grupos:

- el de aquellos que tiene una eficacia efímera:
 - Como el **testamento abierto otorgado en eminente peligro de muerte o en tiempo de epidemia**, que caduca a los dos meses desde que el testador ha salido de peligro o ha cesado la epidemia (**artículo 703.1**).
 - El **testamento militar ordinario** que caduca a los 4 meses desde que el testador ha dejado de estar en campaña y el otorgado en peligro próximo de acción de guerra si el testador se salva del peligro (**artículo 719**).
 - El **testamento marítimo** caduca transcurridos 4 meses del desembarco del testador en un puerto donde pueda testar de forma ordinaria y el otorgado en peligro de naufragio caduca si se salva del peligro (**artículo 730**).

- En el segundo grupo se encuentran los testamentos que caducan cuando en un determinado plazo no se cumplen las formalidades posteriores a su otorgamiento y son los siguientes:
 - El **testamento ológrafo** si no se presenta para su protocolización al Juez de primera instancia dentro de 5 años a contar del día del fallecimiento del testador (**artículo 689**).
 - El **testamento abierto otorgado en inminente peligro de muerte o en tiempo de epidemia** si transcurren 3 meses desde la muerte del testador sin que se presente al Juez para su elevación a escritura pública (**artículo 703.2**).

6.3. NULIDAD DEL TESTAMENTO

6.3.1. Introducción

La nulidad presupone un defecto o vicio concurrente en el otorgamiento del testamento que determina su invalidez.

Desde el Ordenamiento de Alcalá ha dejado de ser causa de nulidad como prevé el **art. 764** el que el testamento no contenga institución de heredero.

Por contra si son causas de nulidad para el código las siguientes:

- La falta de **capacidad del otorgante** conforme al **artículo 662** el que otorgue quien habitual o accidentalmente no se hallare en su habitual juicio, por el **artículo 663** es nulo el testamento otorgado por un menor de 14 años y de acuerdo con lo previsto en el **artículo 688** lo es el otorgado por un menor de edad si se trata de testamento ológrafo y
- La no observancia de las **solemnidades legales** de acuerdo con lo dispuesto en el **art. 687** a menos que sea posible la conversión como en el supuesto del **art. 715**.

- La tercera y última causa es que se otorgue en **forma** no permitida por el Cc. Son formas no permitidas las prohibidas en los **arts. 669 y 670** del código y aquellas no contempladas expresamente en aquél.

En cualquiera de estos casos cualquier persona puede interponer acción para que se declare la nulidad, la cual puede además apreciarse de oficio, la acción no prescribe y la nulidad no es subsanable.

Pese a la literalidad del **art. 673** no es nulo sino anulable el testamento otorgado con violencia dolo o fraude. En estos casos la acción sólo la pueden ejercitar los interesados contra los beneficiarios del testamento que se impugna. La acción es personal y prescribe a los 15 años.

Por último dispone el código con relación a la nulidad en el **art. 675** que:

El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley.

6.3.2. Modelo de demanda de nulidad de testamento ológrafo

AL JUZGADO

Don, Procurador de los Tribunales y de Don, según tengo acreditado mediante la escritura de poder que acompaño para su unión a los autos por copia certificada con devolución del original, como mejor en Derecho proceda, **DIGO:**

Que mediante el presente escrito formulo DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO contra Doña, con domicilio en y Don, con domicilio en, sobre nulidad de testamento, con base en los hechos y fundamentos de Derecho que se detallan a continuación.

Mi mandante, Don, DNI nº, con domicilio en, teléfono, es asistido en este pleito por el abogado Don y representado por el procurador que suscribe.

HECHOS

PRIMERO. Doña, esposa de mi mandante y tía de los demandados, Doña y Don, falleció el día, según acredito mediante la Certificación de defunción expedida por el Registro Civil de, y que se acompaña como documento nº UNO.

El patrimonio dejado por Doña en el momento de su muerte, está integrado, al menos, por los siguientes bienes:

“...”

Siendo estos los datos de los que dispone mi mandante, se calcula que el valor de la herencia asciende, al menos, a euros.

SEGUNDO. Los demandados tienen en su poder testamento ológrafo del causante que incumple los requisitos propios de tal figura, en la forma que se

explicará, según ha tenido conocimiento mi mandante a través de la exhibición del mismo.

Asimismo, hay que indicar que la causante no otorgó testamento alguno, según se desprende de la certificación extendida por el Registro General de Actos de Última Voluntad, que se acompaña como documento n° DOS al presente escrito.

Lo que mi mandante pretende, mediante la interposición de la presente demanda, es la declaración de nulidad del testamento otorgado en su día por su esposa, Doña, máxime cuando se halla amparada dicha pretensión en reiterada jurisprudencia que establece al respecto que la forma del testamento es un requisito y no, por afectar a la propia sustancia del negocio, que si no se ajusta a ella no llega a nacer (STS 25.4.1991).

A los anteriores Hechos les son de aplicación los siguientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Derecho sustantivo invocable: art. 687 C.c. y arts. 688 a 693 C.c.

II. Los efectos que comporta la falta de las solemnidades establecidas por la Ley para cada una de las formas testamentarias, han sido sobradamente puestos de manifiesto de forma reiterada e inveterada por la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

STS de 16 de junio de 1997, "Evidentemente, el criterio de libertad que impera en el ámbito contractual – del que es ejemplo el artículo 1255 del Código Civil – quiebra en lo sucesorio, en especial, en materia de testamentos, como ponen de relieve sus disposiciones reguladoras, al ser constante la jurisprudencia en el sentido de establecer que el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a su interpretación restrictiva, de manera que para su validez es absolutamente necesario que se cumplan de modo riguroso todas las solemnidades esenciales y requisitos exigidos por el Código Civil, como explícitamente reconoce su artículo 687, que estatuye la nuli-

dad de los testamentos en cuyo otorgamiento no se observasen las formalidades establecidas, y ello, hasta el punto en que este aspecto formal –imperativamente impuesto– predomina sobre la búsqueda interpretativa de la voluntad del testador, interpretación que avala el artículo 675 del Código".

STS 25 de abril de 1991: "...y si no se cumple con el medio señalado, el testamento será ineficaz, nulo, cual sanciona el art. 687 CC, siendo así la forma requisito ad solemnitatem y no ad probationem, pues afecta a la propia sustancia del negocio, que si no se ajusta a ella no llega a nacer, y ni aún acreditándose más tarde que tal era la auténtica voluntad del testador cabe concederle efecto alguno, pues voluntad y forma de expresión marcada por la ley forman unidad indisoluble, de imposible disociación; ..., siendo por ello nulo el testamento otorgado sin observar las formalidades antedichas" (STS 27.5.1914 y 12.6.1926).

STS 21 de junio de 1986 viene a decir que para la validez del testamento es necesario que se cumplan todas las solemnidades esenciales y que su inobservancia determina, conforme al art. 687 C.c., la nulidad de la disposición testamentaria, es decir, su inexistencia, por lo que la herencia habrá de ser deferida por las normas de la sucesión intestada.

STS 27 de junio de 1977: "...pero indiscutiblemente el recurrente olvida que la acción que aquí se ejercita es la de nulidad de un testamento y consecuencia de tal nulidad la reintegración a la masa hereditaria de los bienes que habían salido de la misma a virtud de ese testamento y se hallaren en posesión de aquellos que los hubiesen adquirido por consecuencia del mismo..."

STS 27 de septiembre de 1968 y de 8 de marzo de 1975: "El cumplimiento de los requisitos de forma es ineludible, sin que quepa la convalidación ulterior".

III. Art. 6 L.E.C., en cuanto a la capacidad de las partes.

IV. Arts. 23 y 31 L.E.C., en cuanto a la representación y defensa de las partes, a los cuales se da cumplimiento de conformidad con lo expresado en el encabezamiento del presente escrito.

V. Art. 45 L.E.C., en cuanto a la competencia objetiva.

VI. Art. 52.4º L.E.C., en cuanto a la competencia territorial.

VII. Art. 249.2 L.E.C., en cuanto a la llevanza por el procedimiento de juicio ordinario, por razón de la cuantía, que se ha calculado, como refleja el Hecho Primero de este escrito, de conformidad con la regla contenida en el art. 251.3º.12º y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 253, ambos de la L.E.C.

VIII. Arts. 399–436 L.E.C., en relación con las normas del juicio ordinario.

IX. Art. 394 L.E.C., en cuanto a las costas procesales.

X. “lura novit curia” y cuantos otros principios sean de aplicación.

En su virtud,.

AL JUZGADO SUPlico: Que habiendo por presentado este escrito con sus copias y documentos acompañados, lo admita, se sirva tener por formulada en nombre y representación de Don, demanda de Juicio Ordinario contra Doña y Don, y, en su día, previos los demás trámites legales, se sirva dictar sentencia por la que:

1º) Se declare la nulidad de pleno derecho del testamento ológrafo de Doña que obra en poder de los demandados.

2º) Como consecuencia de la nulidad del testamento, y no existiendo ninguna otra disposición testamentaria otorgada por la misma, se declare abierta la sucesión intestada en los bienes de la causante, Doña

3º) Se condene a Doña y Don a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

4º) Se imponga condena en costas a los demandados, caso de oponerse a la declaración de nulidad solicitada.

- Si la causa de nulidad fuera el incumplimiento del requisito de la autografía se podría reproducir el modelo de demanda expuesto con las modificaciones que se ofrecen a título orientativo:

EN LOS HECHOS.

TERCERO. El referido documento que, según estiman los demandados constituye el testamento ológrafo de la causante, no está íntegramente escrito del puño y letra de la testadora, como quedará debidamente acreditado, siendo exclusivamente caligrafía de aquélla la que consta al final dando validez a la redacción anterior e íntegra del documento no efectuada por ella.

Y EN LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.

XI. Se incumple el requisito de forma del testamento ológrafo viciándolo por tanto de nulidad conforme a lo indicado en el artículo 688.2.

- Si la causa de nulidad fuera el incumplimiento del requisito de la mayoría de edad se podría reproducir el modelo de demanda expuesto con las modificaciones que se ofrecen a título orientativo:

EN EL APARTADO DE LOS HECHOS.

Dentro del punto primero se destacaría la circunstancia de la minoría de edad que se acreditará mediante la partida del nacimiento.

Y EN LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.

XI. Se constituye en requisito de carácter esencial del testamento ológrafo, cuyo incumplimiento lo vicia de nulidad, lo indicado en el art. 688, párr. 1º C.c.: "El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad".

Art. 315, párr. 1º C.c.: "La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos".

- Si la causa de nulidad fuera el incumplimiento del requisito de la indicación de la fecha se podría reproducir el modelo de demanda expuesto con las modificaciones que se ofrecen a título orientativo:

EN EL APARTADO DE LOS HECHOS.

TERCERO. El indicado documento no puede constituir, como se ha pretendido argumentar por los demandados, testamento ológrafo, debido a que no se incluye en él fecha alguna. Tampoco puede extraerse de algún dato contenido en el mismo el día en que fue suscrito por la finada.

Y EN LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.

XI. Se constituye en requisito de carácter esencial del testamento ológrafo, cuya ausencia lo vicia de nulidad, lo indicado en el art. 688, pár. 2º C.c.: "Para que sea válido el testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue."

Es invocable aquí la STS de 4 de noviembre de 1947, que, tras determinar que el rigor en la forma exigida a los testamentos "lo ha de ser de una manera más esencial, si cabe, a los ológrafos, en los que, por ser la excepción del testamento solemne y acto personalísimo de quien lo otorga, es forzoso exigir con el mayor rigor el cumplimiento de las prevenciones que la Ley tiene establecidas", indica lo siguiente:

"Considerando que la imperativa redacción del párrafo segundo del artículo 688 del Código Civil, no permite duda alguna de que la exigencia de la expresión del día, mes y año en que el testamento ológrafo se otorgue es formalidad esencial para la eficacia de tal forma de testar, de suerte que su ausencia produce la invalidez de la misma, y esto no solamente por la virtualidad del precepto mencionado, sino por la declaración general de nulidad que se contiene en el artículo 687 del mismo Cuerpo legal, ...".

En sentido parecido, puede citarse la STS de 3 de abril de 1945.

- Si la causa de nulidad fuera el incumplimiento del requisito de la indicación de la firma se podría reproducir el modelo de demanda expuesto con las modificaciones que se ofrecen a título orientativo:

EN EL APARTADO DE LOS HECHOS.

TERCERO. El indicado documento no puede constituir, como se ha pretendido argumentar por los demandados, testamento ológrafo, debido a que no se puede entender que el signo contenido en dicho documento, por otra parte tampoco coincidente del todo con la rúbrica de la causante, sea suficiente para ser tenido como la firma que se reclama de esta forma testamentaria.

Y EN LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.

XI. Se constituye en requisito esencial del testamento ológrafo, cuya ausencia lo vicia de nulidad, lo indicado en el art. 688, párr. 2º C. c. : "Para que sea válido el testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador".

Cabe traer a colación lo indicado por la doctrina contenida en la STS de 5 de enero de 1924:

"Considerando que uno de los requisitos esenciales que exige el artículo 688 del Código civil es que el papel, carta o documento que se haya de protocolizar en concepto de testamento ológrafo esté firmado por el otorgante, y como el presentado ante el Juzgado de primera instancia de para su protocolización por los demandantes está autorizado sólo con el nombre de pila o patronímico de la señora doña, y por firma de una persona se entiende la que está en todos los actos de su vida".

6.3.3. Modelo de demanda de nulidad de testamento abierto

AL JUZGADO

Don, Procurador de los Tribunales y de Don, según tengo acreditado mediante la escritura de poder que acompaño para su unión a los autos por copia certificada con devolución del original, como mejor en Derecho proceda, **DIGO:**

Que mediante el presente escrito formulo DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO contra Doña, con domicilio en y Don, con domicilio en, sobre nulidad de testamento, con base en los hechos y fundamentos de Derecho que se detallan a continuación.

Mi mandante, Don....., DNI nº....., con domicilio en....., teléfono....., es asistido en este pleito por el abogado Don..... y representado por el procurador que suscribe.

HECHOS.

PRIMERO. Doña, esposa de mi mandante y tía de los demandados, Doñay Don, falleció el día, según acredito mediante la Certificación de defunción expedida por el Registro Civil de, y que se acompaña como documento nº UNO.

El patrimonio dejado por Doña..... en el momento de su muerte, está integrado, al menos, por los siguientes bienes:

“ ...”

Siendo estos los datos de los que dispone mi mandante, se calcula que el valor de la herencia asciende, al menos, aeuros.

SEGUNDO. Previamente a su fallecimiento, la causante otorgó testamento abierto el día, ante el Notario de, Don Como docu-

mento nº DOS se adjunta la Certificación correspondiente del Registro General de Actos de Última Voluntad, acreditando el otorgamiento del testamento mencionado.

En cuanto al contenido de dicho testamento, (debe ponerse de relieve que del matrimonio habido entre mi mandante y la causante, no hubo descendencia alguna) puede resumirse del siguiente modo:

1º.- Lega a su sobrino, Don, los siguientes bienes: y
.....

2º.- Lega a su sobrina, Doña, los siguientes bienes:y
.....

3º.- Lega a su esposo, Don, el usufructo de los bienes de su sobri-
no, Don

4º.- Instituye heredero universal a su sobrino

Como documento nº TRES se acompaña la copia del testamento expedida por el Notario autorizante del mismo.

A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Derecho sustantivo: art. 687 C. c., en relación con los arts. 694 y ss del mismo cuerpo legal.

II. Los efectos que comporta la falta de las solemnidades establecidas por la Ley para cada una de las formas testamentarias, han sido sobradamente puestos de manifiesto de forma reiterada e inveterada por la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

SAP de Guipúzcoa, de 2 de junio de 1998, "La solemnidad como requisito intrínseco de los testamentos implica que su ausencia, total o parcial pero

siempre esencial, conlleva la ineficacia de la declaración de la informalmente manifestada. La STS 25 abril 1991 afirma que "la forma es así requisito "ad solemnitatem" y no "ad probationem", afecta a la propia sustancia del negocio, que si no se ajusta a ella no llega a nacer, según el tan conocido principio de "dat esse rei" y ni aun acreditándose más tarde que tal era la auténtica voluntad del testador cabe concederle efecto alguno, pues voluntad y forma de expresión marcada por la Ley forman una unidad insoluble, de imposible disociación". La STS 21 junio 1986 establece asimismo que: "para la validez de todo testamento, es de absoluta necesidad que se cumplan de manera rigurosa todas las solemnidades esenciales y requisitos establecidos en la normativa contenida en el artículo 695 del Código Civil, que establece los requisitos de orden formal que determinan la validez del testamento abierto, inobservancia de formalidades que determina, conforme el art. 687 del mismo que proclama, la nulidad de la disposición testamentaria, así lo tiene dicho el TS en sus SS. 28 octubre 1965, 27 septiembre 1968 y 8 marzo 1975, que declara que el cumplimiento de los requisitos de forma es ineludible, sin que quepa la convalidación posterior..." En el mismo sentido la STS 9 mayo 1990 recoge otras Resoluciones: 10 julio 1944 27 septiembre 1968, 8 marzo 1975, 8 diciembre 1975...

Conclusión lógica de los anteriores razonamientos es la desestimación total de la demanda al ser imposible calificar el documento aportado como núm. 1 con la demanda como testamento, implicando ello que "la herencia habrá de ser definida por las normas de la sucesión intestada" (STS de 21 junio 1986) para el caso de no existir ningún testamento válido."

STS de 16 de junio de 1997, "Evidentemente, el criterio de libertad que impera en el ámbito contractual –del que es ejemplo el artículo 1255 del Código Civil– quiebra en lo sucesorio, en especial, en materia de testamentos, como ponen de relieve sus disposiciones reguladoras, al ser constante la jurisprudencia en el sentido de establecer que el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a su interpretación restrictiva, de manera que para su validez es absolutamente necesario que se cumplan de modo riguroso todas las solemnidades esenciales y requisitos exigidos por el Código Civil, como explícitamente reconoce su artículo 687, que estatuye la nuli-

dad de los testamentos en cuyo otorgamiento no se observasen las formalidades establecidas, y ello, hasta el punto en que este aspecto formal –imperativamente impuesto– predomina sobre la búsqueda interpretativa de la voluntad del testador, interpretación que avala el artículo 675 del Código.”.

STS 25 de abril de 1991: “...y si no se cumple con el medio señalado, el testamento será ineficaz, nulo, cual sanciona el art. 687 CC, siendo así la forma requisito ad solemnitatem y no ad probationem, pues afecta a la propia sustancia del negocio, que si no se ajusta a ella no llega a nacer, y ni aún acreditándose más tarde que tal era la auténtica voluntad del testador cabe concederle efecto alguno, pues voluntad y forma de expresión marcada por la ley forman unidad indisoluble, de imposible disociación; ..., siendo por ello nulo el testamento otorgado sin observar las formalidades antedichas” (STS 27. 5. 1914 y 12. 6. 1926).

STS 21 de junio de 1986 viene a decir que para la validez del testamento es necesario que se cumplan todas las solemnidades esenciales y que su inobservancia, determina conforme al art. 687 C. c., la nulidad de la disposición testamentaria, es decir, su inexistencia, por lo que la herencia habrá de ser deferida por las normas de la sucesión intestada.

STS 27 de junio de 1977: “...pero indiscutiblemente el recurrente olvida que la acción que aquí se ejercita es la de nulidad de un testamento y consecuencia de tal nulidad la reintegración a la masa hereditaria de los bienes que habían salido de la misma a virtud de ese testamento y se hallaren en posesión de aquellos que los hubiesen adquirido por consecuencia del mismo ...”.

STS 27 de septiembre de 1968 y de 8 de marzo de 1975: “El cumplimiento de los requisitos de forma es ineludible, sin que quepa la convalidación ulterior. ”.

III. Art. 6 L. E. C., en cuanto a la capacidad de las partes.

IV. Arts. 23 y 31 L. E. C., en cuanto a la representación y defensa de las partes, a los que se da cumplimiento de conformidad con lo expresado en el encabezamiento de este escrito.

V. Art. 45 L. E. C., en cuanto a la competencia objetiva.

VI. Art. 52. 4º L. E. C., en cuanto a la competencia territorial.

VII. Art. 249. 2 L. E. C., en cuanto a la llevanza por el procedimiento de juicio ordinario, en función de la cuantía, que se determina en el Hecho Primero de este escrito, de conformidad con la regla 251. 3ª. 12º y en cumplimiento de lo establecido en el art. 253, ambos de la L.E.C.

VIII. Arts. 399–436 L. E. C., en relación con las normas del juicio ordinario.

IX. Art. 394 L. E. C., en cuanto a las costas procesales.

X. “lura novit curia” y cuantos otros principios sean de aplicación.

En su virtud,.

AL JUZGADO SUPPLICO: Que habiendo por presentado este escrito con sus copias y documentos acompañados, lo admita, se sirva tener por formulada en nombre y representación de Don, demanda de Juicio Ordinario contra Doña y Don, y, en su día, previos los demás trámites legales, se sirva dictar sentencia por la que:

1º) Se declare la nulidad de pleno derecho del testamento otorgado por Doña el día ante el Notario de, Don, bajo el número de su protocolo.

2º) Se declare la nulidad de pleno derecho de las aceptaciones y adjudicaciones de bienes realizadas, en virtud del testamento cuya nulidad se pretende, a favor del heredero y legataria instituidos.

3º) Como consecuencia de la nulidad del testamento abierto otorgado por la causante, y no existiendo ninguna otra disposición testamentaria otorgada por la misma, se declare abierta la sucesión intestada en los bienes de la causante, Doña

4º) Se condene a Doña y Don a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituir a la masa hereditaria los bienes que, habiendo pertenecido a la causante, hayan podido percibir en virtud del testamento cuya nulidad se pretende.

5º) Se impongan las costas a los demandados.

- Si la causa de nulidad fuera el incumplimiento del requisito del notario hábil se podría reproducir el modelo de demanda expuesto con las modificaciones que se ofrecen a título orientativo:

EN EL APARTADO DE LOS HECHOS.

TERCERO. El referido testamento abierto fue otorgado, como se ha indicado, ante el Notario Don, en la localidad de, que no se encuentra en el distrito notarial del fedatario autorizante. El Notario autorizante no estaba especialmente habilitado para proceder al otorgamiento en el mencionado lugar.

De lo anterior se desprende que el Notario carecía de fe pública en el momento en que otorgó el testamento de la causante Doña, lo que se constituye en un defecto de forma que comporta la nulidad de la disposición testamentaria en su conjunto.

CUARTO. En definitiva, pues, la ausencia de uno de los requisitos de forma esenciales en el otorgamiento del testamento abierto, como es realizarlo ante Notario hábil para actuar en el lugar en que se otorga aquél, implica que las disposiciones testamentarias de Doña, referidas en el Hecho SEGUNDO, son ineficaces y no producen efecto alguno traslativo de dominio, dado que. El testamento cuya declaración de nulidad aquí se reclama, adolece, por lo indicado en el Hecho anterior, de una ineficacia intrínseca y radical, no susceptible de convalidación en forma alguna. Lo anterior lo ha puesto de manifiesto numerosa jurisprudencia respecto de la falta de los requisitos de forma en las disposiciones de última voluntad, indicando que la forma del testamento es un requi-

sito y no, por afectar a la propia sustancia del negocio, que si no se ajusta a ella no llega a nacer (STS 25. 4. 1991).

De este modo, no sólo pretende mi mandante, con la presente demanda, la declaración de nulidad del testamento otorgado por su esposa el día, ante el Notario de, Don, bajo el número de su protocolo, sino en su consecuencia, que los demandados Don y Don, reintegren a la masa hereditaria los bienes que hayan podido adquirir en virtud del testamento referido, abriéndose, por ende, la sucesión intestada sobre los bienes hereditarios de la causante, Doña

- Si la causa de nulidad fuera el incumplimiento del requisito de la expresión de la última voluntad al notario y redacción notarial con arreglo a la misma se podría reproducir el modelo de demanda expuesto con las modificaciones que se ofrecen a título orientativo:

EN EL APARTADO DE LOS HECHOS.

TERCERO. El referido testamento abierto fue otorgado, como se ha indicado, ante el Notario Don, quien procedió a la redacción del testamento sin que la testadora expresara su voluntad al fedatario otorgante ni a los testigos previamente, y sin que presentase por escrito su disposición testamentaria. El espíritu del art. 695 C. c. pretende que cuando el testador manifieste su última voluntad, conforme a la que deberá redactar el Notario el testamento, lo haga ante el fedatario y los testigos, en su caso, para que, unos y otros, queden enterados de aquélla.

La circunstancia de que Doña no hiciese en el acto del otorgamiento de su testamento expresión de su última voluntad en la forma legalmente requerida, se constituye en una inobservancia de un requisito de forma del testamento abierto que conlleva indefectiblemente aparejada la nulidad radical de aquél.

CUARTO. En definitiva, pues, la ausencia de uno de los requisitos de forma esenciales en el otorgamiento del testamento abierto, implica que las disposi-

ciones testamentarias de Doña, referidas en el Hecho SEGUNDO, son ineficaces y no producen efecto alguno traslativo de dominio, dado que. El testamento cuya declaración de nulidad aquí se reclama, adolece, por lo indicado en el Hecho anterior, de una ineficacia intrínseca y radical, no susceptible de convalidación en forma alguna,. Lo anterior lo ha puesto de manifiesto numerosa jurisprudencia respecto de la falta de los requisitos de forma en las disposiciones de última voluntad, indicando que la forma del testamento es un requisito y no, por afectar a la propia sustancia del negocio, que si no se ajusta a ella no llega a nacer (STS 25. 4. 1991).

De este modo, no sólo pretende mi mandante, con la presente demanda, la declaración de nulidad del testamento otorgado por su esposa el día, ante el Notario de, Don, bajo el número de su protocolo, sino en su consecuencia, que los demandados Doña y Don, reintegren a la masa hereditaria los bienes que hayan podido adquirir en virtud del testamento referido, abriéndose, por ende, la sucesión intestada sobre los bienes hereditarios de la causante, Doña

- Si la causa de nulidad fuera el incumplimiento del requisito de la lectura se podría reproducir el modelo de demanda expuesto con las modificaciones que se ofrecen a título orientativo:

EN EL APARTADO DE LOS HECHOS.

TERCERO. El referido testamento abierto fue otorgado, como se ha indicado, el día ante el Notario Don, quien procedió a la redacción del testamento según la previa expresión de voluntad que la testadora manifestó ante el fedatario otorgante y los testigos. El espíritu del art. 695 C. c. pretende que cuando el testador manifieste su última voluntad, conforme a la que deberá redactar el Notario el testamento, lo haga ante el fedatario y los testigos para que, unos y otros, queden enterados de aquélla. Tras lo anterior el Notario redacta el testamento y procede a su lectura en voz alta ante los testigos y el testador, para poder comprobar los asistentes al acto de otorgamiento que la redacción responde a lo

expresado por quien desea testar. La máxima expresión de lo anterior se manifiesta en la conformidad con la redacción que debe exteriorizar el testador. La conformidad debe ser expresada por el testador de forma plena y clara, debiendo la misma constar en el propio testamento; para que la manifestación de conformidad tenga la condición de plena debe estar el testador enterado del contenido del testamento lo que se logra mediante la lectura del mismo en alta voz por el Notario.

Lejos de seguirse las formas esenciales predicadas para el otorgamiento de un testamento abierto, lo que sucedió en el otorgamiento de la disposición testamentaria de Doña, fue que se omitió, por parte del Sr. Notario, Don, la lectura previa del documento redactado por él, a la testadora (y a los testigos). Esta circunstancia, que se acreditará en su momento oportuno, invalida la conformidad de la testadora con la redacción de su disposición testamentaria, puesto que su consentimiento se proyectó sobre el contenido de un documento que desconocía, que quizás presumía coincidente con la expresión manifestada al Notario, pero tal circunstancia no pudo ser constatada en el acto del otorgamiento.

CUARTO. En definitiva, pues, la ausencia de uno de los requisitos de forma esenciales en el otorgamiento del testamento abierto, implica que las disposiciones testamentarias de Doña, referidas en el Hecho SEGUNDO, son ineficaces y no producen efecto alguno traslativo de dominio, dado que el testamento cuya declaración de nulidad aquí se reclama, adolece, por lo indicado en el Hecho anterior, de una ineficacia intrínseca y radical, no susceptible de convalidación en forma alguna. Lo anterior lo ha puesto de manifiesto numerosa jurisprudencia respecto de la falta de los requisitos de forma en las disposiciones de última voluntad, indicando que la forma del testamento es un requisito y no, por afectar a la propia sustancia del negocio, que si no se ajusta a ella no llega a nacer (STS 25. 4. 1991).

De este modo, se ven afectadas por la nulidad las adjudicaciones que hayan podido efectuarse en favor de los demandados Doña y Don, ya que constituyen un efecto que no se ha producido en este caso, dada la nulidad radical de la disposición testamentaria. Por lo tanto, deberán volver a la masa hereditaria los bienes que se hayan podido adquirir en virtud del testamento referido, abriéndose, por ende, la sucesión intestada sobre los bienes hereditarios de la causante, Doña

- Si la causa de nulidad fuera el incumplimiento del requisito de la falta de conformidad se podría reproducir el modelo de demanda expuesto con las modificaciones que se ofrecen a título orientativo:

EN EL APARTADO DE LOS HECHOS.

TERCERO. El referido testamento abierto fue otorgado, como se ha indicado, el día ante el Notario Don, quien procedió a la redacción del testamento según la previa expresión de voluntad que la testadora ante el fedatario otorgante. Tras lo anterior el Notario redacta el testamento y procede a su lectura en voz alta ante los testigos y el testador, para poder comprobar los asistentes al acto de otorgamiento que la redacción responde a lo expresado por quien desea testar. La máxima expresión de lo anterior se manifiesta en la conformidad con la redacción que debe exteriorizar el testador. La conformidad debe ser expresada por el testador de forma plena y clara, debiendo la misma constar en el propio documento.

Sin seguirse las formas esenciales predicadas para el otorgamiento de un testamento abierto, en el otorgamiento de la disposición testamentaria de Doñase omitió, por parte del Sr. Notario, Don, la expresión de conformidad de la testadora constituida legalmente en requisito esencial de forma respecto del otorgamiento de un testamento abierto, como es el caso.

CUARTO. En definitiva, pues, la ausencia de uno de los requisitos de forma esenciales en el otorgamiento del testamento abierto, implica que las disposiciones testamentarias de Doña, referidas en el Hecho SEGUNDO, son ineficaces y no producen efecto alguno traslativo de dominio, dado que. El testamento cuya declaración de nulidad aquí se reclama, adolece, por lo indicado en el Hecho anterior, de una ineficacia intrínseca y radical, no susceptible de convalidación en forma alguna,. Lo anterior lo ha puesto de manifiesto numerosa jurisprudencia respecto de la falta de los requisitos de forma en las disposiciones de última voluntad, indicando que la forma del testamento es un requisito y no, por afectar a la propia sustancia del negocio, que si no se ajusta a ella no llega a nacer (STS 25. 4. 1991).

Consecuentemente, cualquier efecto que traiga causa de este negocio inexistente se entenderá no producido, como es el caso de las adjudicaciones que hayan podido efectuarse a los demandados Doña y Don Por ello, deberán reintegrarse a la masa hereditaria todos los bienes que hayan podido adquirirse en virtud del testamento referido, para retrotraer el estado de las cosas al momento de la apertura de la sucesión de Doña

6.3.4. Modelo de demanda de nulidad de testamento cerrado

AL JUZGADO

Don, Procurador de los Tribunales y de Don, según tengo acreditado mediante la escritura de poder que acompaño para su unión a los autos por copia certificada con devolución del original, como mejor en Derecho proceda, **DIGO:**

Que mediante el presente escrito formulo DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO contra Don, con domicilio en y Doña, con domicilio en sobre nulidad de testamento, con base en los hechos y fundamentos de Derecho que se detallan a continuación.

Mi mandante, Don, DNI nº, con domicilio en, teléfono, es asistido en este pleito por el abogado Don y representado por el procurador que suscribe.

HECHOS

PRIMERO. Doña, esposa de mi mandante y tía de los demandados, Doñay Don, falleció el día, según acreditado mediante la Certificación de defunción expedida por el Registro Civil de, y que se acompaña como documento nº UNO.

El patrimonio dejado por Doña en el momento de su muerte, está integrado, al menos, por los siguientes bienes:

"..."

Siendo estos los datos de los que dispone mi mandante, se calcula que el valor de la herencia asciende, al menos, a euros.

SEGUNDO. Previamente a su fallecimiento, la causante otorgó testamento cerrado el día, ante el Notario de, Don

Como documento nº DOS se adjunta la Certificación correspondiente del Registro General de Actos de Última Voluntad, acreditando el otorgamiento del testamento mencionado.

En cuanto al contenido de dicho testamento, (debe ponerse de relieve que del matrimonio habido entre mi mandante y la causante, no hubo descendencia alguna) puede resumirse del siguiente modo:

1º.- Lega a su sobrino, Don, los siguientes bienes: y

2º.- Lega a su sobrina, Doña, los siguientes bienes: y

3º.- Lega a su esposo, Don, el usufructo de los bienes de su sobrino, Don

4º.- Instituye heredero universal a su sobrino

Como documento nº TRES se acompaña la copia del testamento expedida por el Notario autorizante del mismo.

TERCERO. (Descripción del vicio de que adolece el testamento).

CUARTO. Así pues, con la ausencia de uno de los requisitos de forma esenciales en el otorgamiento del testamento cerrado, cual es

Con la presente demanda pretende mi mandante, la declaración de nulidad del testamento otorgado por su esposa el día, ante el Notario de, Don, bajo el númerode su protocolo, sino en su consecuencia, que los demandados Don y Doña, reintegren a la masa hereditaria los bienes que hayan podido adquirir en virtud del testamento referido, abriéndose, por ende, la sucesión intestada sobre los bienes hereditarios de la causante, Doña, máxime cuando se halla amparada dicha pretensión en reiterada jurisprudencia que establece al respec-

to que la forma del testamento es un requisito y no, por afectar a la propia sustancia del negocio, que si no se ajusta a ella no llega a nacer (STS 25. 4. 1991).

A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

I. Derecho sustantivo: art. 687 C. c., en relación con el art. 707, 5ª y 7ª del mismo cuerpo legal.

II. En lo referente a los efectos que comporta la falta de las solemnidades establecidas por la Ley para cada una de las formas testamentarias, han sido sobradamente puestos de manifiesto de forma reiterada e inveterada por la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

STS de 16 de junio de 1997, "Evidentemente, el criterio de libertad que impera en el ámbito contractual –del que es ejemplo el artículo 1255 del Código Civil– quiebra en lo sucesorio, en especial, en materia de testamentos, como ponen de relieve sus disposiciones reguladoras, al ser constante la jurisprudencia en el sentido de establecer que el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a su interpretación restrictiva, de manera que para su validez es absolutamente necesario que se cumplan de modo riguroso todas las solemnidades esenciales y requisitos exigidos por el Código Civil, como explícitamente reconoce su artículo 687, que estatuye la nulidad de los testamentos en cuyo otorgamiento no se observasen las formalidades establecidas, y ello, hasta el punto en que este aspecto formal –imperativamente impuesto– predomina sobre la búsqueda interpretativa de la voluntad del testador, interpretación que avala el artículo 675 del Código".

STS 25 de abril de 1991: " ... y si no se cumple con el medio señalado, el testamento será ineficaz, nulo, cual sanciona el art. 687 C. c., siendo así la forma requisito ad solemnitatem y no ad probationem, pues afecta a la propia sustancia del negocio, que si no se ajusta a ella no llega a nacer, y ni aún acreditándose más tarde que tal era la auténtica voluntad del testador cabe concederle efecto alguno, pues voluntad y forma de expresión marcada por la ley

forman unidad indisoluble, de imposible disociación; ..., siendo por ello nulo el testamento otorgado sin observar las formalidades antedichas" (STS 27. 5. 1914 y 12. 6. 1926).

STS 27 de junio de 1977: " ... pero indiscutiblemente el recurrente olvida que la acción que aquí se ejercita es la de nulidad de un testamento y consecuencia de tal nulidad la reintegración a la masa hereditaria de los bienes que habían salido de la misma a virtud de ese testamento y se hallaren en posesión de aquellos que los hubiesen adquirido por consecuencia del mismo ...".

STS 21 de junio de 1986 viene a decir que para la validez del testamento es necesario que se cumplan todas las solemnidades esenciales y que su inobservancia determina, conforme al art. 687 C.c., la nulidad de la disposición testamentaria, es decir, su inexistencia, por lo que la herencia habrá de ser deferida por las normas de la sucesión intestada.

STS 27 de septiembre de 1968 y de 8 de marzo de 1975: "El cumplimiento de los requisitos de forma es ineludible, sin que quepa la convalidación ulterior."

III. Art. 6 L. E. C., en cuanto a la capacidad de las partes.

IV. Arts. 23 y 31 L. E. C., en cuanto a la representación y defensa de las partes, a los que se da cumplimiento de conformidad con lo expresado en el encabezamiento de este escrito.

V. Art. 45 L. E. C., en cuanto a la competencia objetiva.

VI. Art. 52. 4º L. E. C., en cuanto a la competencia territorial.

VII. Art. 249. 2 L. E. C., en cuanto a la llevanza por el procedimiento de juicio ordinario, por razón de la cuantía, que ha quedado determinada en el Hecho Primero de este escrito, de conformidad con la regla del art. 251. 3ª. 12º y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 253, ambos de la L. E. C.

VIII. Arts. 399–436 L. E. C., en relación con las normas del juicio ordinario.

IX. Art. 394 L. E. C., en cuanto a las costas procesales.

X. "Iura novit curia" y cuantos otros principios sean de aplicación.

En su virtud,.

AL JUZGADO SUPPLICO: Que habiendo por presentado este escrito con sus copias y documentos acompañados, lo admita, se sirva tener por formulada en nombre y representación de Don, demanda de Juicio Ordinario contra Doña y Don, y, en su día, previos los demás trámites legales, se sirva dictar sentencia por la que:

- 1º) Se declare la nulidad de pleno derecho del testamento otorgado por Doña el día ante el Notario de, Don, bajo el número de su protocolo.
- 2º) Se declare la nulidad de pleno derecho de las aceptaciones y adjudicaciones de bienes realizadas, en virtud del testamento cuya nulidad se pretende, a favor del heredero y legatario instituidos.
- 3º) Como consecuencia de la nulidad del testamento cerrado otorgado por la causante, y no existiendo ninguna otra disposición testamentaria otorgada por la misma, se declare abierta la sucesión intestada en los bienes de la causante, Doña
- 4º) Se condene a Doña y Don a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituir a la masa hereditaria los bienes que, habiendo pertenecido a la causante, hayan podido percibir en virtud del testamento cuya nulidad se pretende.
- 5º) Se impongan las costas a los demandados.