

# La sucesión testamentaria

César Hornero Méndez

PID\_00237189

---

Tiempo mínimo previsto de lectura y comprensión: **7 horas**





# Índice

<b>Introducción.....</b>	<b>5</b>
<b>Objetivos.....</b>	<b>8</b>
<b>1. El testamento. Concepto y estructura.....</b>	<b>11</b>
1.1. Concepto de testamento .....	11
1.2. Caracteres .....	13
1.3. Capacidad para testar .....	16
1.4. Vicios de la voluntad testamentaria .....	18
1.5. Interpretación del testamento .....	22
<b>2. Las clases de testamento.....</b>	<b>24</b>
2.1. Los testamentos comunes .....	25
2.1.1. El testamento ológrafo .....	25
2.1.2. El testamento abierto .....	27
2.1.3. El testamento cerrado .....	29
2.2. Los testamentos excepcionales .....	32
2.3. Los testamentos especiales .....	33
2.3.1. El testamento militar .....	33
2.3.2. Testamento marítimo .....	35
2.3.3. Testamento de español en el extranjero .....	35
<b>3. El contenido del testamento (I): la designación de los favorecidos.....</b>	<b>37</b>
3.1. Designación del favorecido heredero o legatario .....	37
3.2. Supuestos dudosos de designación .....	38
3.3. Otros favorecidos: disposiciones en favor del alma, de los pobres o de parientes .....	39
3.4. Institución (de heredero o legatario) condicional, a término y modal .....	42
3.4.1. La disposición sometida a condición .....	42
3.4.2. La disposición sometida a término .....	46
3.4.3. Institución modal .....	47
<b>4. El contenido del testamento (II): las sustituciones.....</b>	<b>50</b>
4.1. Introducción .....	50
4.2. Sustitución vulgar .....	50
4.3. Sustitución pupilar y sustitución ejemplar .....	52
4.4. Sustitución fideicomisaria .....	52
<b>5. El contenido del testamento (III): los legados.....</b>	<b>58</b>

5.1. Concepto y características .....	58
5.2. Sujetos y objeto .....	59
5.3. Régimen de los legados: adquisición, pago e ineficacia .....	60
5.4. Las diversas especies de legado .....	63
<b>6. Adveración y ejecución de la voluntad testamentaria.....</b>	<b>68</b>
6.1. Registro General de Actos de Última Voluntad .....	68
6.2. Adveración del testamento .....	69
6.3. El albaceazgo .....	69
6.3.1. Concepto y características .....	69
6.3.2. Clases de albaceas .....	70
6.3.3. Contenido y ejercicio del albaceazgo .....	72
6.3.4. Extinción .....	73
<b>7. La ineficacia del testamento.....</b>	<b>74</b>
7.1. Planteamiento .....	74
7.2. Nulidad .....	74
7.3. La revocación del testamento .....	76
7.3.1. Concepto y requisitos .....	76
7.3.2. Clases de revocación .....	77
7.4. Caducidad del testamento .....	80
<b>Resumen.....</b>	<b>81</b>
<b>Actividades.....</b>	<b>83</b>
<b>Ejercicios de autoevaluación.....</b>	<b>83</b>
<b>Solucionario.....</b>	<b>85</b>
<b>Glosario.....</b>	<b>88</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>89</b>

## Introducción

"La facultad y posibilidad de disponer de los bienes para después de la muerte, que hoy se nos presenta como algo natural e indiscutible, no fue conocida en tiempos antiguos. El Derecho romano que atribuye al hombre con plena capacidad (*sui iuris*) un poder absoluto de actuación en vida, hasta época muy avanzada no le reconoce la facultad de proyectar su voluntad después de su muerte, realizando actos que sólo producirán efectos luego de extinguida su personalidad y capacidad [...], la voluntad de una persona puede actuar de modo imperativo directa y efectivamente después de su muerte" (García Gallo, *Del testamento romano al medieval*, AHDE 1977, págs. 438 y 439)

En estos pocos y acertados trazos, García Gallo nos presenta una de las grandes creaciones jurídicas del Derecho romano. Como señala, eso que hoy nos parece natural e indiscutible, el hecho de que el causante pueda organizar su sucesión *mortis causa*, disponer unilateral y personalmente, de forma solemne y con la garantía de que podrá modificar dicha voluntad hasta el último instante, no ha existido siempre. Detrás del testamento, que aparece hoy asentado firmemente en nuestra cultura jurídica, existe una larga evolución en la que sin caer en un burdo continuismo histórico-jurídico puede adivinarse ese origen romano, pero también características que lo separan significativamente de dicho modelo originario. En primer lugar, la unicidad, en el sentido de que la sucesión debe estar presidida por un único testamento. Si se quiere, este principio (*Nemo pluribus testamentis, pro parte relictis decedere potest*), que en Roma era una imposición lógica, derivada de la misma configuración de la sucesión *mortis causa* y del testamento –no podía existir más que un heredero y no podía, en consecuencia, existir más que un testamento que contuviera la institución de éste–, debe ser en la actualidad una tendencia, algo, al menos, que aparezca en el horizonte o en el ideal, si es que puede hablarse en esos términos, de sucesión testamentaria. En segundo lugar, en el Derecho romano, el testamento, como acaba de señalarse, si bien puede contener disposiciones de diverso tipo, debe ser, antes que nada, vehículo para el otorgamiento de la condición de heredero. Con respecto a esto puede hacerse también la misma precisión: lo que en Roma es nuclear e imprescindible, en la actualidad hay que situarlo en una especie de ideal testamentario, pero nunca como un requisito del testamento. En tercer lugar, el contenido del testamento romano es propia y fundamentalmente patrimonial. Es evidente que el hecho de que el testamento constituya un modo seguro –principal y especialmente por su formalidad, pero también por su carácter unilateral y personalísimo– para que el causante exprese su voluntad, lo hizo entonces y lo hace aún hoy atractivo en aras de poder contener disposiciones con un contenido no directa, clara y

necesariamente patrimonial. Todo lo cual, en ningún momento, debe impedir saber de dónde se parte, esto es, de un testamento típicamente contenedor de disposiciones patrimoniales

Pero el testamento no reina de forma absoluta como modo de organizar la sucesión *mortis causa*. La relación *tensionada* entre la sucesión testamentaria y la sucesión legitimaria debe considerarse uno de los principales *animadores* de nuestro sistema sucesorio. En este sentido, Pietro Bonfante iniciaba el capítulo XVI de sus *Lezioni di Filosofia del Diritto*, dedicado a *Le successioni a causa di morte*, resaltando la importancia de esta contraposición –la existente entre la sucesión que se regula según la voluntad del difunto, la testamentaria, y la que se rige por los vínculos de sangre con independencia de dicha voluntad– para entender la evolución de los sistemas sucesorios. Efectivamente, puede hablarse de la existencia, histórica pero también actual, de *tensiones* en el seno de nuestro sistema sucesorio. Tal vez la principal sea la existente entre la sucesión voluntaria o testamentaria y la sucesión legítima o forzosa, entre la libertad de testar y el derecho de los legitimarios. El legislador desde luego ha conseguido un difícil equilibrio, en la medida en que el papel protagonista lo ocuparía el testamento, el reconocimiento de la libertad del causante, eso sí, un testamento que sirve de vehículo a una voluntad que muchas veces puede pensarse que no tiene mucho campo donde moverse... *matemáticamente hablando* solamente un tercio. A pesar de *estas cuentas*, la presencia de este protagonismo testamentario en nuestro sistema sucesorio no es simplemente formal. El testamento es el objeto directo o indirecto de muchas de las normas que el Código civil dedica a la sucesión *mortis causa* (hecho justificado por su doble vertiente sustancial o de contenido y documental o formal), que le hace acreedor de todo un aparato legislativo que lo regule), y es también el motivo y el destinatario de diversos principios generales que superan lo meramente testamentario: respeto a la voluntad del testador, conservación del testamento o compatibilidad de la sucesión testada e intestada. En definitiva, todo apunta a que la sucesión determinada por testamento se erige en nuestro sistema de sucesión *mortis causa* en una protagonista esencial.

Esta importancia del testamento tiene su reflejo, como decimos, en su regulación en el Código civil. Una regulación que destaca, de un lado, por una especial atención al testamento como acto formal o solemne, acompañada de la preocupación por hacerlo lo más accesible posible, en tanto que instrumento por medio del cual organizar la sucesión *mortis causa* (algo que se pone de manifiesto, por ejemplo, en la generosidad con que se regula la capacidad necesaria para testar). De otro lado, la regulación del testamento destaca por la amplitud de los contenidos que éste puede albergar, por mucho que siempre se hable de las limitaciones que afectan a la libertad de testar. Estas limitaciones, como se verá, son más cuantitativas que cualitativas. Sin restarles importancia, la realidad es que el testador puede disponer de ese contenido testamentario de muy diverso modo. Puede designar a los favorecidos por las disposiciones testamentarias como herederos o legatarios, tiene un amplio catálogo de legados para elegir, muchos previstos y diseñados en el CC, puede

designar sustitutos a los primeros favorecidos por sus disposiciones y puede incluso hacer beneficiaria a su propia alma o a los pobres. En suma, un haz de posibilidades que desmiente de forma sobrada a todos aquellos que aminoran, con criterios básicamente cuantitativos, la importancia del testamento en tanto que medio para determinar por parte del propio causante cómo quiere que sea su sucesión.

En definitiva, si nada afecta a la eficacia del testamento (básicamente, una no deseable nulidad, que respondería a que han existido vicios o defectos en su otorgamiento, o la revocación del mismo, ésta siempre por voluntad del testador), éste asume ese papel indudablemente protagonista que le asigna nuestro sistema sucesorio.

## Objetivos

Los objetivos de este módulo son los siguientes:

- 1.** Conceptuar el testamento y enumerar y describir sus características.
- 2.** Determinar cuál es la capacidad necesaria para testar.
- 3.** Determinar qué vicios pueden afectar a la voluntad testamentaria.
- 4.** Conocer los criterios para interpretar la voluntad testamentaria.
- 5.** Conocer la clasificación general de los testamentos en el Derecho común: comunes, excepcionales y especiales.
- 6.** Describir y conocer los requisitos del testamento ológrafo.
- 7.** Describir y conocer los requisitos del testamento abierto.
- 8.** Describir y conocer los requisitos del testamento cerrado.
- 9.** Describir los testamentos excepcionales, dictados en peligro de muerte y en tiempo de epidemia.
- 10.** Describir y conocer los tipos de testamentos especiales: militar, marítimo y el realizado por español en el extranjero.
- 11.** Enumerar, con carácter general, quiénes pueden ser los favorecidos por disposiciones testamentarias.
- 12.** Conocer las disposiciones en favor del alma, de los pobres y de los parientes.
- 13.** Conocer y diferenciar el régimen de la institución de heredero o legatario sujeta a condición, a término o a modo.
- 14.** Definir y enumerar los diversos tipos de sustituciones: vulgar, pupilar, ejemplar, fideicomisaria.
- 15.** Definir y caracterizar el legado como disposición testamentaria.
- 16.** Conocer el régimen general de los legados: sujeto, objeto y forma.



- 17.** Enumerar las diversas especies de legado.
- 18.** Describir el procedimiento de adveración y ejecución del testamento.
- 19.** Definir y caracterizar al albacea testamentario como ejecutor de la voluntad del testador.
- 20.** Enumerar las causas de ineficacia de un testamento.
- 21.** Conocer las causas y el régimen de la nulidad del testamento.
- 22.** Conceptuar la revocación testamentaria y sus diversas clases.
- 23.** Conocer los supuestos de caducidad testamentaria como causa de ineficacia del testamento.



# 1. El testamento. Concepto y estructura

## 1.1. Concepto de testamento

Artículo 667 CC: "El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento".

La definición legal de testamento es bastante sobria, limitándose a fijar sus elementos fundamentales: sujeto y objeto, así como su carácter unipersonal y su contenido más evidente. Hay que decir que el modo en que se establece este contenido u objeto del testamento en el artículo 667 CC supone la derogación clara de uno de los elementos caracterizadores de la sucesión testamentaria romana, significada en el brocardo *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, es decir, la imposibilidad de que pudiera darse al mismo tiempo la sucesión testamentaria y la legal.

Tampoco se hace referencia en este precepto a ningún contenido necesario del testamento en forma de institución de heredero, circunstancia que se confirma expresamente en el artículo 764 CC al establecer que "El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero,...".

Por otro lado, esta definición presupone una concepción patrimonialista del testamento, en el sentido de que éste parece circunscribirse a constituir un acto de disposición de bienes *mortis causa*. Existen, sin embargo, indicios para desmentir esta percepción un tanto reduccionista y plantear que el testamento puede contener otro tipo de declaraciones de voluntad, de contenido no patrimonial (al menos de forma directa o inmediata).

Esta amplitud con la que debe contemplarse el testamento es lo que permite diferenciar un testamento en sentido formal (o *testamento como documento*) y un testamento en sentido sustancial (o *testamento como acto*). La complementariedad de ambas concepciones del testamento no oculta la preponderancia de la segunda, en el sentido de que, por muy determinante que sea el hecho de que se trata de un acto solemne *mortis causa*, éste, como apunta el artículo 667 CC, normalmente consistirá en un acto de disposición patrimonial *mortis causa*.

### Designación obligatoria de heredero

Esta designación obligatoria de heredero subsiste en el Derecho civil catalán, tal como previene el artículo 422-1 del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones: "3. Son nulos los testamentos que no contienen institución de heredero, salvo que contengan nombramiento de albacea universal o sean otorgados por una persona sujeta al derecho de Tortosa."

### Artículo 741 CC

Este artículo previene el reconocimiento testamentario de la filiación y, lo que es más significativo, que el testamento pueda tener por único contenido una declaración de este tipo: "El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere".

Jordano Barea, indiscutiblemente uno de nuestros más destacados estudiosos del testamento, admite estas dos posibles concepciones, formal o amplia y sustancial o estricta, para terminar identificando el concepto extraíble de nuestro ordenamiento con la segunda de ellas. En este sentido, señala que para definir el testamento como un negocio jurídico unilateral, unipersonal, personalísimo, no recepticio, formal o solemne, revocable y de atribución patrimonial por causa de muerte, normalmente gratuita, que opera mediante la institución de heredero o legado, no sólo hay que basarse en la definición del artículo 667 CC, sino que habrán de tenerse a la vista los artículos 658, 667, 668, 1.º, 669, 670, 687 y 737 CC.

Por su parte, Capilla Roncero define el testamento en sentido sustancial como "aquella declaración de voluntad por la que el causante, de acuerdo con las formalidades legalmente establecidas, ordena la sucesión en todo o parte de su patrimonio para cuando él muera".

Este planteamiento permite también diferenciar respecto del testamento un contenido *típico* de un contenido *atípico*. En efecto, el testamento es un documento que puede, en cuanto tal, ser un vehículo o instrumento adecuado para acoger disposiciones *mortis causa*, sean patrimoniales o no. Respecto de esta cuestión, resultan bastante esclarecedoras las palabras de Albaladejo:

"Se vio que el testamento, aunque el Código lo define como acto por el que se dispone de bienes para después de la muerte, puede consistir también en un acto en el que, guardando la forma legal testamentaria, se realicen otro tipo de disposiciones, e incluso contenga sólo de éstas. Así pues, cabe hablar de dos contenidos posibles: uno que se puede llamar típico en cuanto es el normal y el que básicamente aspira a recoger el testamento, y que consiste en lo que el testador establece para regular el destino de sus bienes cuando muera; y otro, atípico, compuesto por aquel conjunto de disposiciones que caben en el testamento y que se encaminan a regular para después de la muerte cuestiones no patrimoniales, como nombrar personas para cargos tutelares, reconocer un hijo, ordenar funerales y enterramiento, etc., de las cuales la ley exige para algunas que se hagan en testamento, y otras pueden hacerse en éste o también de otros modos. Todo ello, aparte de que en testamento no se prohíbe que se contengan otros extremos, que, sin embargo, nada obliga a incluir en él ni es el lugar más adecuado para ello (como reconocer una deuda), extremos que no deben perder su naturaleza por contenerse en testamento, sino seguir rigiéndose por sus reglas peculiares, pero que normalmente, al incluirse en él, sólo adquieren vigor con la muerte del testador".

El primero de dichos contenidos estaría constituido, de acuerdo con el artículo 668 CC, por la disposición de bienes, normalmente a título de herencia o legado. Se trata, debe subrayarse, de un contenido típico y patrimonial, pero que no necesariamente debe concretarse de un determinado modo. El testamento, a diferencia de lo que sucedía en el Derecho romano, como ya hemos insistido, no debe contener necesariamente la designación de heredero.

En cuanto al contenido atípico, señala Capilla que éste puede extenderse al ámbito patrimonial y extrapatrimonial. Sería ejemplo de disposiciones testamentarias atípicas la rehabilitación del indigno y el reconocimiento de la filiación (*cf.* arts. 757 y 741 CC, respectivamente).

Sea como fuere, la conocida –y repetidamente citada– STS 8 julio 1940 recoge una definición de testamento en sentido sustancial o material: "Que tanto de la declaración general contenida en el artículo 658 del Código civil, al decir que la sucesión se defiere 'por la voluntad del hombre manifestada en testamento', como de la definición consignada en el 667 del propio cuerpo legal, indicándonos que el testamento es 'un acto', se desprende inequívocamente que se trata de un acto o negocio jurídico, que tiene como elemento esencial una declaración de voluntad, sujeta a todas las reglas generales concernientes a las manifestaciones de voluntad con efectos jurídicos y que, ante todo y sobre todo, exige y presupone una voluntad expresada en forma suficientemente inteligible", llegando a las siguientes conclusiones: "Primera. Que al ser esencialmente el testamento un acto dispositivo de bienes o derechos, no es verdadero testamento el acto que, aun presentando la forma externa de tal, pueda dudarse si constituye un simple esbozo o proyecto y no un acto definitivo, o en que el otorgante se limite a aconsejar o rogar respecto al destino de su patrimonio; sin que esto quiera decir que el carácter imperativo de las disposiciones haya de colegirse únicamente de la literalidad de las expresiones que se empleen. Segunda. Que siendo el testamento, acto por el que alguno dispone para después de su muerte, no valdrá como tal si no consta con claridad la intención de testar, esto es, de disponer para después de la muerte del declarante. Tercera. Que si bien, en síntesis, es indiferente el modo y términos con que el testador se exprese, siempre es necesaria la esencia de la disposición 'mortis causa' en sus palabras".

### Lectura recomendada

Para una profundización clara y amena en esta materia, es siempre recomendable la lectura de **J. B. Jordano Barea** (1999). *El testamento y su interpretación*. Granada: Editorial Comares. Este libro recoge varios de los trabajos publicados durante sus muchos años de dedicación al estudio del testamento.

## 1.2. Caracteres

Podemos identificar una serie de características que definen el testamento:

- Unipersonal
- Personalísimo
- Solemne
- Revocable

### a) Unipersonal o unilateral

El testamento se caracteriza por ser un acto **unilateral**, es decir, el acto de una persona. Ello significa que la declaración de voluntad del testador es eficaz por sí misma para dar vida al testamento sin la concurrencia de ninguna otra.

El CC no recoge directamente esta característica, que puede decirse que se presupone. Sí que recoge, en cambio, un reflejo de la misma como es la prohibición del llamado *testamento mancomunado*: "No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero" (art. 669 CC).

En algunos Derechos civiles autonómicos sí que se contempla expresamente la posibilidad del testamento mancomunado. Así, en el Derecho aragonés se admite en el artículo 406 del Código del Derecho Foral de Aragón, en el que se distingue, como tipos de testamento, el unipersonal y el mancomunado, que define como "el acto naturalmente revocable por el cual dos personas ordenan en un mismo instrumento para después de su muerte, con o sin liberalidades mutuas y disposiciones correspectivas, el destino de todos sus bienes o de parte de ellos", diferenciando respectivamente en los artículos 410 y 411 el testamento mancomunado cerrado y el ológrafo. En los artículos 24 a 29 de la Ley de Derecho Civil Vasco se prevé el testamento mancomunado o *de hermandad*, testamento que sólo puede ser otorgado ante notario y en el que los cónyuges pueden disponer conjuntamente de sus bienes. Finalmente, también con el nombre de *testamento de hermandad*, se regula en las Leyes 199 a 205 de la Compilación del Derecho Civil de Navarra, siendo aquel "otorgado en un mismo instrumento por dos o más personas".

### b) Personalísimo

El artículo 670 CC califica el testamento como acto **personalísimo**, vetando la posibilidad de que se deje su formación, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero, ni que pueda hacerse por medio de comisario o mandatario.

El rigor del artículo 670 CC, que en su segundo párrafo es mucho más concreto estableciendo que "Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente", se aminora en el artículo 671 CC que, en correspondencia a lo previsto en los artículos 747 y 749 CC –en los que ya veremos que se regulan las disposiciones a favor del alma y de los pobres–, permite que el testador pueda "encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a los que aquéllas deban aplicarse".

También en los Derechos civiles autonómicos se contempla, bajo diversas formas y con distinto alcance, la designación de un tercero (comisario) que organice la sucesión. De este modo, en el libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, se regulan en los artículos 424-11 a 424-15, dentro de las "Disposiciones fiduciarias", los herederos y legatarios de confianza –estos son, según se prevé, personas individuales encargadas por el testador de dar "a los bienes el destino que les haya encomendado confidencialmente, de palabra o por escrito"–. En Aragón, por su parte, en los artículos 439 a 463 de su Código del Derecho Foral se regula con detalle la fiducia sucesoria, por medio de la cual el testador –"Todo aragonés capaz para testar"– puede nombrar uno o varios sujetos, los fiduciarios, "para que ordenen su sucesión, pudiendo actuar individual o conjuntamente. También en el Derecho foral navarro se prevé la figura del "fiduciario-comisario", en quien el causante puede delegar "las facultades de designar heredero o donatario universal, señalar dotaciones y disponer legados, dentro de los límites establecidos en la delegación" (Ley 281). Finalmente, la Ley de Derecho Civil Vasco contempla también el testamento por comisario, en el que "El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos" (art. 30).

### c) Solemne

De los artículos 676 a 736 CC, en los que se regula la forma de los testamentos y las diversas clases o tipos de éstos, en función precisamente de la forma, se deduce su **naturaleza formal o solemne**, una exigencia sustancial confirmada con la declaración del artículo 687 CC, según el cual "Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo".

La forma es una característica esencial del testamento, absolutamente necesaria en un acto que ha de desempeñar unas importantes funciones en el tráfico y que debe representar la última voluntad de alguien que ya no podrá intervenir sobre aquello que determina con carácter definitivo. Sobre la importancia de la forma para el testamento, se pronunciaba la **STS 10 julio 1944** en los siguientes términos:

"Que es uno de los dogmas fundamentales de la sucesión *mortis causa*, que la forma es esencial al acto testamentario, el cual, para que tenga existencia jurídica y produzca sus efectos propios, ha de ajustarse rigurosamente a las solemnidades establecidas por la Ley, como garantías de la libre manifestación de la voluntad del testador y de su segura con-

servación y prueba; y si bien la propia ley, para proveer necesidades extraordinarias, establece formas especiales y simplificadas, mediante las que se facilita la expresión de la última voluntad a ciertas personas y en determinadas circunstancias, el uso de tales formas está subordinado a la concurrencia de los supuestos y requisitos previstos para cada una de ellas, sin que sea lícito sustituir unas por otras en virtud de la aplicación de pretendidos criterios de analogía". Esta doctrina sobre el alcance de la forma testamentaria se ha visto reiteradamente confirmada. Así, la STS 16 junio 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".

#### d) Revocable

**Artículo 737 CC:** "Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o su resolución de no revocarlas.

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

El artículo 737 CC establece la **revocabilidad** esencial de todas las disposiciones testamentarias. Se *declara* algo que *existe* en la esencia –y en la lógica, nos atreveríamos a decir– del testamento. Efectivamente, el testamento se ha definido y se ha caracterizado desde su creación en el Derecho romano hasta su regulación actual como un acto esencialmente revocable. Hay que pensar que esta característica aparece tan indisolublemente unida al testamento desde siempre, que no es posible concebirlo, entonces y hoy, sin la misma. El legislador podrá determinar cómo actuar dicha revocabilidad, pero no podrá –a menos que renuncie al testamento mismo como instrumento dirigido a organizar la sucesión *mortis causa*– disponer de dicha revocabilidad: un testamento no revocable sería otra cosa, jamás un testamento.

La función de la revocabilidad, como explica Capilla Roncero, es garantizar que el testamento sea el acto de última voluntad del testador, mediante el cual éste ordena su sucesión *mortis causa*. Ser un acto de última voluntad significa, según señala, que el causante puede variar su voluntad a su antojo –obviamente dentro de los límites legales– hasta el último momento de su vida.

La revocabilidad del testamento tendría un par de excepciones: una desaparecida, las denominadas *cláusulas ad cautelam*, prohibidas expresamente, por el artículo 737, 2 CC, y el ya señalado, como contenido atípico, reconocimiento testamentario de la filiación *ex* artículo 741 CC.

#### Las cláusulas *ad cautelam*

Las cláusulas *ad cautelam* consistían en disposiciones que dejaban impuesto, como requisito para cualquier derogación posterior válida, el empleo de palabras o señales que habían de servir como consigna o clave acreditativa de la verdadera voluntad derogatoria. Tenían por misión principal prever posibles supuestos de violencia que pudiera ejercerse sobre el testador, con el fin de obligarle a revocar el testamento o a otorgar otro diferente.

#### Revocabilidad del testamento

Para Cicu (*El testamento*, Madrid, 1959, pág. 19) la revocabilidad del testamento está unida a su carácter de acto de última voluntad, si bien, precisaba, ello no quiere decir "acto que contenga la voluntad última, existente o expresada en el momento de la muerte", sino que el acto de voluntad ha de ser eficaz después de la muerte y precisamente por ello el acto debe expresar la última entre las varias voluntades que el testador haya manifestado sucesivamente.

Hay quien no las considera propias y técnicamente una excepción a la revocabilidad, sino más bien un *plus* exigible al testador –o en sentido inverso: una restricción de sus posibilidades de revocación– al requerirse su comparecencia en el testamento posterior para que la revocación tenga lugar. La revocabilidad seguiría siendo nota esencial del testamento al que se le incorporase una cláusula de este tipo, lo único que sucedería es que se exigiría una determinada forma o modo para que ésta pudiera tener lugar. El artículo 737, 2 CC ha previsto la exclusión como posible contenido testamentario de dichas cláusulas *ad cautelam*, las cuales, autoimpuestas por el testador, acababan, eso sí, funcionando como una auténtica excepción a la revocabilidad: aquellas disposiciones en las que estaba prevista para su revocación la concurrencia de dicho tipo de cláusulas, si no se cumplía lo previsto en ellas –generalmente, unas determinadas palabras a modo de clave o consigna.

Tales cláusulas no eran bien contempladas, incluso con anterioridad a la entrada en vigor del CC, que finalmente las deroga. En el Derecho catalán sobrevivieron hasta el nuevo Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña de 1991, que no las contempló en los artículos 129 a 133 dedicados a la revocación testamentaria. Actualmente, subsistirían únicamente en Navarra por virtud de la Ley 208 de su Compilación Foral: "Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de disposiciones futuras. No obstante, al tiempo de otorgarse un testamento, podrá disponer el testador que no valgan o se entiendan revocados cualquier testamento ológrafo o memoria testamentaria que pudieran aparecer como otorgados por él, si no llevan determinados lemas o signos u otros requisitos".

### 1.3. Capacidad para testar

**Artículo 662 CC:** "Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente".

El CC establece de forma amplia quiénes están capacitados para testar. El art. 662 CC debe interpretarse como una presunción general, *iuris tantum*, de la capacidad de testar, sólo desvirtuable mediante prueba en contrario. Esta amplitud con que se reconoce la capacidad de testar no es más que una muestra del *favor testamenti* con que el legislador contempla el testamento, como instrumento más que adecuado para organizar la sucesión *mortis causa*. Si así se lo considera, cuantos más sean quienes puedan valerse del mismo, mejor que mejor.

La **STS 27 enero 1998** ofrece un buen resumen de la asentada doctrina jurisprudencial sobre esta materia:

"a) que la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (Sentencia de 25 abril 1959);

b) no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentificación y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (Sentencia de 25 octubre 1928);

c) que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (Sentencia de 18 abril 1916);

d) que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1) la edad senil del testador, 'pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrepito y achacoso...', ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a ésta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (Sentencia de 25 noviembre 1928); 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si éstos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (Sentencia de 25 octubre 1928); 3) no obsta a que se aprecie



la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos (Sentencia de 28 de diciembre 1918);

e) la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (Sentencia de 1 febrero 1956 pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (Sentencia de 25 abril 1959); de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción *iuris tantum* que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario 'evidente y completa' (Sentencias de 8 mayo 1922 y 3 febrero 1951 'muy cumplida y convincente' (Sentencias de 10 abril 1944 y 16 febrero 1945 'de fuerza inequívoca' (Sentencias de 20 febrero 1975 cualquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aún en estado latente en el sujeto (Sentencia de 25 abril 1959), pues ante la dificultad de conocer donde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (23 marzo 1944 y 1 febrero 1956);

f) la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre 'cumplidamente' en vía judicial su incapacidad, destruyendo la enérgica presunción *iuris tantum* (Sentencias de 23 marzo 1894; 22 enero 1913; 10 abril 1944 y 16 febrero 1945), que revela el acto del otorgamiento, en el que se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el Notario (Sentencia de 23 marzo 1944);

g) restando por añadir que la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz, –lo que no implica que puedan intervenir, especialmente si el Notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante (Sentencias de 18 abril 1916 y 16 noviembre 1918)– pues el artículo 665 del Código civil no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado (Sentencia 27 junio 1908)".

De acuerdo con el carácter amplio con el que se reconoce la capacidad para testar –"todos aquéllos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente" (art. 662 CC)–, el artículo 663 CC señala únicamente como incapacitados para testar: los menores de catorce años de uno y otro sexo y el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

Están incapacitados para testar:

1) Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

Esta regla tiene su excepción en el testamento ológrafo para el que, de acuerdo con el artículo 688 CC, se exige la mayoría de edad (dieciocho años).

2) El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

El CC se refiere a una situación de hecho. En la falta de la capacidad natural de entender o de querer, puede encontrarse un individuo de forma habitual –aunque no haya sido judicialmente incapacitado, conforme a lo previsto en los artículos 199 y sig. CC– o bien de forma no habitual, accidentalmente (supuestos, por ejemplo, como la embriaguez o encontrarse bajo hipnosis).

La incapacitación judicial puede indudablemente facilitar las cosas a la hora de determinar quién puede y quién no puede testar, aunque ello no supone que necesariamente aquel que se le declara incapaz está privado de la posibilidad de hacer testamento. De acuerdo con el artículo 760, 1 LEC, la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, pudiendo reconocer o no la posibilidad de realizar testamento. El incapacitado expresamente para testar no podrá otorgar testamento, ni siquiera por la vía que ofrece el artículo 665 CC. Éste contempla la posibilidad de que pueda testar el sujeto incapacitado judicialmente, pero que en la sentencia que lo declara como tal no exista pronunciamiento al respecto. Podrá otorgar testamento ante notario, que designará a dos facultativos para que previamente lo reconozcan y respondan, en su caso, de su capacidad.

El art. 665 CC, con la nueva redacción que le proporcionó la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de Modificación del Código civil en Materia de Testamentos, excluye de la posibilidad de otorgar testamento al que la sentencia de incapacitación le ha privado expresamente de la capacidad de testar. La redacción anterior del precepto permitía el llamado *testamento en intervalo lúcido*, que podía ser realizado –designando el notario dos facultativos para que previamente le reconozcan, dando fe de su dictamen favorable en el propio testamento, lo que suscribirán en este los facultativos y los testigos– incluso por el incapacitado judicialmente. Esta posibilidad no existiría ahora con la nueva redacción del precepto.

#### **1.4. Vicios de la voluntad testamentaria**

"La voluntad del testador es la ley de la sucesión". Este brocardo se compadece perfectamente con el propósito de asegurar que la voluntad testamentaria se forme y se exprese libremente, sin ningún tipo de vicio o interferencia. Este propósito se justifica además en las especiales características del testamento como acto unilateral y personalísimo y como acto además irrepetible (una vez, se entiende, que el testador ha fallecido). El testador debe ser el autor libre y consciente del contenido del testamento y debe tenerse la seguridad de que su voluntad no ha sido violentada por ningún tercero (especialmente, los posibles beneficiarios de sus disposiciones).

A pesar de la importancia de todo ello, el CC ofrece una regulación bastante escasa de los posibles vicios de la voluntad testamentaria. Dicha regulación, conforme al artículo 673 CC, se circunscribe a aquellos que inciden externamente sobre la voluntad del testador, declarando la nulidad del testamento en el que ha mediado violencia, dolo o fraude. El hecho de que el CC se olvide de otros posibles vicios de la voluntad o de la declaración que sin duda pueden afectar a éste (por ejemplo, el error), suscitó la duda de si éstos resultaban irrelevantes, considerándose incluso el breve listado del artículo 673 CC como una especie de *numerus clausus*. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de forma reiterada han llegado a la conclusión de que la nulidad del testamento puede declararse por otras causas además de las del artículo 673 CC, causas que tendrían su apoyo en la propia naturaleza del testamento.

Su parca regulación en el CC obliga prácticamente a acudir a las normas para éstos previstas para el contrato (arts. 1265 a 1270 CC). Obviamente, como ya se ha señalado, ello no oculta las evidentes diferencias existentes entre el testamento y el contrato. Dicha aplicación debe ser siempre en la medida de lo posible y teniendo muy presente la distinción entre un acto unilateral, el testamento, y un acto en el que se encuentran dos voluntades, el contrato.

Los vicios de la voluntad testamentaria serían los siguientes:

- Violencia e intimidación
- Dolo o fraude
- Error

### 1) Violencia e intimidación

La violencia, prevista expresamente en el artículo 673 CC como vicio invalidante del testamento, se caracterizaría:

- Por comprender tanto la violencia física como la moral (es decir, el miedo y la intimidación).

A este respecto, se establece en la STS 22 febrero 1934, de forma muy ilustrativa, lo siguiente:

"Que la violencia *in genere* en sus dos aspectos de violencia material, *vis*, y violencia moral, *metus*, asume el primer lugar en la jerarquía de los vicios que aniquilan o perturban la libertad de querer, puesto que la primera, en su sentido de constricción material, de fuerza física irresistible y la segunda, como amenaza grave e injusta de un mal temido, quitan toda posibilidad de obtener un movimiento propio y sujetan los motivos racionales de la noción frente a la conciencia rectora así encadenada; fundamento en méritos del cual el derecho romano incluyó las dos especies en un solo concepto (Ley primera, título segundo, libro cuarto del Digesto): *ait practor, quod metus causa gestum erit ratum non habeo, Olim ita dicebatur quod vi metusre causa... quia quodeumque vi atroce fit, id metu quoque fieri videatur* y así pasó a nuestra legislación, consignada en el Fuero Juzgo (Ley nueve, título quinto, libro segundo) el Fuero Real (Ley cuarta, título once, libro primero) y las Partidas (Ley veintiocho, título once, partida quinta) y se recoge cumplidamente en los artículos 1275 y 1267 del Código civil, interpretado por constante doctrina, los cuales, al explicar la naturaleza específica de la fuerza y el miedo, no los desintegra en su calidad efectual de analogía, aunque designe a la primera con una locución demasiado extensiva. [...] Que, concretamente al negocio unilateral testamentario, inspirado en una moción de liberalidad que, por lo mismo requiere mayor diafanidad y limpieza en las moliciones electivas, la ley establece normas depuradoras de la libre determinación en el querer del causante y entre ellas sanciona con nulidad el instrumento otorgado mediante violencia, dolo o fraude; bien entendido, que dominada la institución testamentaria por la concepción apriorística de la autonomía de la voluntad, no limita la norma legal el sentido de 'violencia' al de fuerza material al invencible *vis atrox, vis divina, vis maior* con una inconsecuencia e ilogismo impropios de la naturaleza jurídica de la institución, de su importancia social y de la sistemática del Código civil, sino que embebe en ella la coacción moral intimidatoria, causal, grave e injusta, porque tal criterio responde así a la dirección del pensamiento que guía este aspecto trascendente de la sucesión 'extestamento' en nuestro derecho; y aunque es verdad la inclusión de las amenazas entre los motivos de indignidad que enumera el artículo 756, en apariencia excluidas del 673 por no haber sido designadas en el k" no es menos cierto que la violencia y el fraude se citan en ambos y el dolo se omite en aquél, lo que supone más que un defecto de técnica, por la existencia de lagunas susceptibles en todo caso de ser cubiertas mediante construcciones jurisprudenciales, una gradación intensiva de los citados vicios de la voluntad, actos unas veces, si son agudos, para anular radicalmente el consentimiento cuando no aniquilan y anonadan o de enervarlo otras relativamente si el sujeto imputado de coaccionar en provecho suyo no logró destruir por completo la libre decisión y lucidez de la víctima, en cuyo caso y por vía de sanción penal, se le incapacita para suceder a causa de indignidad,

#### Artículos 1267 y 1268 CC

Estos artículos están dedicados a la violencia en los contratos y pueden completar su regulación.

conservando incólume el resto de la institución sucesoria; en suma, que si las amenazas en general no deben ser consideradas siempre como materia de violencia moral, aunque revistan entidad suficiente para dotar indignidad, cuando por el contrario son de tal naturaleza que infundan racionalmente temor grave al paciente y le causen inhibición de su libertad, constituyen una modalidad de la violencia genérica y pueden por lo tanto determinar la nulidad del testamento, a estímulos del artículo 673 del Código civil; y es claro que, dentro de esta categoría, caen indiscutiblemente las amenazas de muerte, como muy calificadas".

- Por proceder siempre, como es natural, de un tercero.

La posible intervención de un tercero para violentar la voluntad del testador se contempla en el CC como motivo de nulidad, pero también como presupuesto para sancionar a este tercero, declarándolo indigno para suceder, como se establece en el artículo 756 CC, núms. 5 y 6, o privándolo de su derecho a la herencia en el caso de que siendo posible sucesor intestado impida el otorgamiento del testamento con violencia, dolo o fraude, tal y como dispone el artículo 674 CC.

## 2) Dolo o fraude

Existe acuerdo en entender que ambos términos son equivalentes. Se trataría del supuesto en el que el testador se ve influenciado por la conducta maliciosa de un tercero, que puede actuar en su propio beneficio o en el de otro tercero.

El concepto de dolo que ofrece el artículo 1269 CC es perfectamente reconducible al ámbito testamentario: "Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho".

## 3) Error

El error supone una falsa representación de la realidad (incluyendo la ignorancia) que conduce al testador a adoptar una disposición testamentaria en un determinado sentido (o incluso a no adoptarla). Puede diferenciarse un error *vicio*, que se pone de manifiesto en el motivo mismo por el que se adopta la disposición, de un error *en la declaración* (conocido también como error obstativo).

El error, como sabemos, no se menciona en el artículo 673 CC. Es fundamentalmente respecto de este posible vicio de la voluntad testamentaria del que se ha planteado el carácter taxativo o no del elenco recogido en dicho precepto. Existe bastante acuerdo doctrinal en la admisión del error como hecho invalidante del testamento. Como argumentos para ello, se señala, de un lado, que el artículo 673 CC se refiere a los vicios que tienen su origen en un tercero, mientras que el error se produce en el mismo testador, y de otro, que respecto de concretas disposiciones testamentarias sí se contempla la relevancia del error como vicio. En concreto, el artículo 767 CC, en el que se considera irrelevante (no escrita) la expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario "a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la

falsedad de la causa", y el artículo 773 CC, que considera irrelevante el error en el nombre, apellido o cualidades del heredero "cuando de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada".

Las reglas básicas respecto del error como vicio invalidante del testamento serían:

a) Respecto del error vicio, para que sea relevante a los efectos de determinar la nulidad del testamento, se entiende que éste debe ser determinante. Como especifica Capilla Roncero, del artículo 767 CC se desprende que el carácter determinante del error debe resultar del propio testamento, si bien cabe flexibilizar esta exigencia en el sentido de que el error y su carácter determinante son el resultado de la interpretación del testamento, realizada al amparo del artículo 675 CC.

b) Respecto del error en la declaración, invalidará el testamento sólo en el caso de que no pueda salvarse por medio de la interpretación. A través de ésta, habrá de determinarse que es lo verdaderamente querido por el testador y que sin embargo no coincide con lo que ha declarado. A este respecto, señala la **STS 30 enero 1997** lo siguiente:

"Este Tribunal Supremo tiene declarado que merece tanto respeto la voluntad del que ordena la distribución de los bienes para después de su muerte, que constituiría grave trasgresión a esa ley tan sagrada torcerla por fútiles motivos cuando éstos no afectan a la esencia ni originan los casos de nulidad previstos por el legislador, a los que no debe darse más extensión que la por el mismo señalada, entre los cuales no se halla, por cierto, el error en los apellidos del favorecido cuando pueda saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada, como así lo expresa claramente el art. 773 del CC, que en su relación con el 675, tampoco anula la voluntad del testador por la disconformidad que pueda haber a veces entre el sentido literal de sus palabras y la verdadera intención, lo que da margen a la función interpretativa, que ha de ejercitarse, en buena regla de hermenéutica, a favor de la eficacia de la disposición siempre que sea posible, que es lo realizado por la sentencia recurrida haciendo primar la voluntad del testador mediante la indagación acuciante de su voluntad de modo lógico, sistemático y teleológico o finalista, mediante el empleo de un canon de la totalidad de tales medios con otros extrínsecos o circunstancias exteriores, dirigido todo a la búsqueda armónica de esta última voluntad que se interpreta, criterios subjetivista de medios extrínsecos plenamente sancionado por la jurisprudencia (SS. 4 noviembre 1961; 18 diciembre 1965; 5 junio 1978; 8 febrero 1980; 30 abril 1981; 9 marzo 1984; 9 junio y 2 septiembre 1987), debiendo tenerse en cuenta, en el caso que nos ocupa, la voluntad declara y decidida del causante de testar, incluso superando sus padecimientos físicos, sin que nadie haya puesto en tela de juicio su capacidad para hacerlo, ni la validez del testamento en cuanto a sus formalidades, por lo que ha de mantenerse en su integridad una vez salvados los errores padecidos y habida cuenta de que llama a sus primos, los designados, "por partes iguales", expresión utilizada por el art. 983, párrafo segundo, del CC, que ni siquiera se cita como infringido".

## 1.5. Interpretación del testamento

Artículo 675 CC:

"Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.

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

El testamento, en tanto que declaración de voluntad, es susceptible de ser sometido a interpretación con el objeto de fijar el sentido y el alcance de las disposiciones que contiene. El CC dedica sólo expresamente el artículo 675 a la interpretación del testamento. En él se establece la prevalencia del sentido literal de las palabras usadas en el testamento, a no ser que parezca claro que la voluntad del testador es otra. Para los casos de duda, el artículo 675 CC previene que se observará lo que resulte más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento.

El intérprete del testamento ha de establecer qué es lo querido por el testador, basándose para ello en la propia declaración testamentaria. Las **características** y **régimen** de la interpretación testamentaria serían los siguientes:

La precursora **STS 8 julio 1940** determinaba ya con claridad los elementos básicos del régimen de interpretación del testamento:

"Que en toda interpretación de voluntad, y más cuando se trata de las declaraciones de voluntad que la doctrina científica llama *no recepticias*, entre las cuales figura, como una de las más típicas, el testamento, se ha de considerar decisiva la voluntad real del declarante, cual así lo da a entender el artículo 675, apartado primero, de nuestro Código civil y está sancionado por la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo; mas ello es, como se infiere de ese mismo artículo, a base de que el contenido de dicha voluntad real haya tenido expresión en la declaración y pueda reconocerse en ésta de algún modo, cualquiera que sea, pues si bien no hay obstáculo legal que impida al juzgador acudir, para la interpretación del contenido de las disposiciones testamentarias, a circunstancias exteriores al testamento (los llamados medios de prueba *extrínsecos*), es menester, por razón sobre todo del carácter de acto formal o solemne que tiene el testamento y que aparece consagrado en el artículo 687, que el sentido averiguado y desenvuelto por la interpretación tenga una expresión, cuando menos incompleta, en el documento y pueda así la declaración formal ser configurada, por sí misma, como una declaración del contenido de la voluntad del testador".

1) La interpretación del testamento es **eminente** **subjetiva**. Esto significa que se trata de establecer, como resultado de la interpretación, la voluntad del sujeto, del testador.

Jordano Barea considera este precepto como el argumento decisivo a favor de "la interpretación subjetivista en materia de disposiciones de última voluntad", la tesis doctrinal dominante y aquella que se considera consagrada en nuestro Derecho positivo. Sin embargo, como advierte, este precepto no basta por sí mismo para mantener dicha tesis, ya que la misma reclama imperiosamente la posibilidad de utilizar elementos extraños al puro contexto del documento para la determinación de la voluntad real del testador (cfr. art. 773 CC). Es por ello por lo que rehace el precepto redactándolo en clave subjetivista, en un modo que resumiría perfectamente su posición: "en caso de duda se observará lo que parezca más conforme a la intención del testador, en la medida en que esa intención pueda conciliarse aún con el propio contexto del testamento". De esta manera, en su opinión, nada se opone a que el juez u otro interprete procuren determinar por todos los medios posibles cuál fue la verdadera intención del testador y se prohibiría tan sólo que la voluntad así averiguada pudiera considerarse expresada en el testamento, aunque no corresponda de ningún modo a uno de los posibles sentidos del mismo.

2) La interpretación está basada, como se desprende del artículo 675 CC, en **la preponderancia de la voluntad real del testador**. Esta voluntad real, lo efectivamente querido por el testador, se manifiesta externamente en la declaración formal en la que se concreta el testamento.

3) El intérprete puede valerse de **diversos medios o instrumentos**. Suelen diferenciarse los llamados medios intrínsecos de los extrínsecos, discutiéndose por algunos la pertinencia de estos últimos. La doctrina y la jurisprudencia se muestran partidarias de su admisión.

La jurisprudencia sobre la interpretación testamentaria es bastante amplia. La **STS 29 diciembre 1997** sintetiza bastante bien la doctrina existente:

"la interpretación del testamento, sobre la que tanta jurisprudencia ha recaído, tan escasa es la normativa (artículo 675 del Código civil) y tan pocos y valiosos estudios monográficos ha merecido, conviene destacar la Sentencia de 31 diciembre 1992 que dice (en su fundamento 1.º): 'La jurisprudencia de esta Sala al respecto es constante y reiterada, orientándose en dos sentidos: el primero referido a la misma función interpretativa, que es una actividad de la soberana incumbencia del Tribunal de instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario, al extremo de tergiversar manifiestamente el texto de la disposición testamentaria, supuestos para los que no se excluye el acceso casacional; y una segunda orientación aclarando, que el proceso interpretativo ha de hacerse con un criterio subjetivista, aspirando siempre a describir la voluntad del testador, pues aunque la primera regla del precepto legal sea la literalidad, debe acudir, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas del mismo, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados *medios extrínsecos*, o *circunstancias exteriores y finalistas* a la disposición de última voluntad que se interpreta. El testamento constituye pues una unidad, donde está dada la voluntad del causante en sus distintas disposiciones, siendo necesario interpretarlas integrándolas armónicamente, en el sentido de evitar las posibles contradicciones que puedan presentarse, producto de la separada utilización de una sola vía interpretativa (Sentencias de 6 abril 1992, y las que en ella se citan de 5 junio 1978; 8 febrero; 18 julio 1991, etc.)'. Cuya doctrina ha sido mantenida constante y reiteradamente por esta Sala, siempre insistiendo en que con la interpretación del testamento se busca el sentido y alcance de la voluntad del testador. Siendo el testamento un negocio jurídico *mortis causa*, que se perfecciona con la emisión de voluntad del testador y despliega su eficacia en el momento de la muerte, la voluntad real del testador es la del momento en que emitió su declaración, es decir, de cuando otorgó el testamento; tras este momento, pudo haber cambio de circunstancias, pero el testador siempre puede revocarlo y otorgar nuevo testamento hasta el instante mismo de su muerte. El testamento no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento; y pensar en su voluntad real, por unos hechos posteriores a la muerte del testador, es ya caer en el absurdo".

## 2. Las clases de testamento

La clasificación legal de los testamentos se establece, con carácter general, en los artículos 676 y 677 CC. El primero de ellos diferencia los testamentos en **comunes** y **especiales**. Los testamentos comunes, a su vez, pueden ser **abiertos**, **cerrados** y **ológrafos**. Los testamentos especiales, según el artículo 677, serían el **militar**, el **marítimo** y el **hecho en país extranjero**.

A ambos tipos de testamentos deben añadirse los llamados testamentos **excepcionales**, que se establecen, como veremos, para sujetos que se encuentran en circunstancias de ese tipo (peligro de muerte o epidemia).

Clases de testamento	
<b>Comunes</b>	Abiertos
	Cerrados
	Ológrafos
<b>Especiales</b>	Militar
	Marítimo
	Hecho en país extranjero
<b>Excepcionales</b>	Peligro de muerte
	En tiempo de epidemia

Hay que pensar que con esta diversidad de tipos de testamento se favorece, se facilita, su realización. Aquel que decida organizar su propia sucesión *mortis causa* tiene variedad donde elegir. El CC previene algunos testamentos para que ese deseo no se vea frustrado, ni siquiera en circunstancias extremas (por ejemplo, cuando alguien se encuentra en peligro de muerte). Por supuesto, esta manifestación del *favor testamenti* no implica una relajación de los requisitos exigidos al testamento. Una cosa es facilitar su realización a través de la previsión de diversos tipos y otra desnaturalizar el testamento a través del abandono de sus características esenciales.

### Clases de testamento en los Derechos civiles autonómicos

Las clases de testamentos del Derecho civil común se reproducen en gran medida en los Derechos civiles autonómicos. En éstos, en términos generales, se encuentran los mismos tipos testamentarios, diferenciándose los comunes y los especiales (abierto, cerrado, ológrafo). Lo que llama la atención en estas comunidades autónomas con Derecho civil propio, además de la existencia, como ya hemos visto, en algunos de estos ordenamientos del testamento mancomunado y del testamento por comisario, son las peculiaridades que presentan –empezando por su propia denominación– algunos testamentos especiales. Quizá de los más llamativos resulte el testamento *hil-buruko* previsto en el artículo 23 de la Ley del Derecho Civil Vasco. Se trata de un testamento en peligro de muerte que se puede otorgar ante tres testigos, tanto en forma escrita como de palabra.



## 2.1. Los testamentos comunes

### 2.1.1. El testamento ológrafo

La característica principal del **testamento ológrafo** es que se trata de un testamento **escrito** por el testador, por sí mismo, en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 688 CC (art. 678 CC).

El régimen del testamento ológrafo se establece en los artículos 688 a 693 CC:

- En cuanto a la **capacidad** para testar, se exige la mayoría de edad (art. 688, 1 CC), lo que supone una excepción a la regla general del artículo 663, 1 CC (catorce años).
- Estrictamente como **requisitos** (art. 688, 2 CC), se exige la **autoría** de todo el testamento por parte del testador, la **firma** de éste y la expresión de la **fecha** (año, mes y día en que se otorga)
- El artículo 688, 3 CC dispone que si el testamento "contuviese **palabras tachadas, enmendadas o entre paréntesis** las salvará el testador bajo su firma".
- Del artículo 688, 4 CC hay que inferir que el testamento puede otorgarse en el **idioma** que desee el testador.
- En los artículos 689 a 693 CC se regula el procedimiento (judicial) que debe conducir a la **protocolización** (y por tanto efectividad) del testamento ológrafo: "El testamento ológrafo –dispone el artículo 689 CC, tras la reforma operada en éste por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria– deberá protocolizarse presentándolo, en los cinco años siguientes al fallecimiento del testador, ante notario. Éste extenderá el acta de protocolización de conformidad con la legislación notarial." El procedimiento consiste en:
  - Se procede a la **presentación** del testamento. El testamento, una vez realizado, ha podido quedar en manos del propio testador o de un tercero. Sea quien sea, dispone el artículo 690 CC –también modificado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria– que "La persona que tenga en su poder un testamento ológrafo deberá presentarlo ante Notario competente en los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del fallecimiento del testador. El incumplimiento de este deber le hará responsable de los daños y perjuicios que haya causado". De forma un tanto redundante añade el precepto que "También podrá presentarlo cualquiera que tenga interés en el

testamento como heredero, legatario, albacea o en cualquier otro concepto".

- Una vez presentado el testamento debe llevarse a cabo su **adveración**. Esta tiene por objeto determinar si el testamento fue realizado por el testador. Esta adveración se llevará a cabo conforme a la legislación notarial (arts. 691 y 693 CC).
- Si el notario considera acreditada la autenticidad del testamento, autorizará el acta de protocolización, es decir, que quede incorporado al protocolo y elevado a escritura pública. En caso contrario, si el testamento no fuera averado, por no acreditarse suficientemente la identidad del otorgante, se procederá al archivo del expediente sin protocolizar aquel (art. 693 CC).

En general, sobre el testamento ológrafo y especialmente sobre la importancia de la fecha en éste, la **STS 10 febrero 1994** establece lo siguiente:

"Se impugna aquí la conclusión a que llega la sala de instancia de que la fecha del testamento es inexacta y que ello determina por sí sola su nulidad, conclusión que el recurso considera radicalmente contraria al precepto que se invoca como infringido, que exige que para ser válido el testamento ológrafo... 'deberá expresar el año, mes y día en que se otorgue'. Este motivo ha de ser estimado según se deduce de las siguientes consideraciones: a) Como ya se expresó en el fundamento jurídico segundo de los que anteceden, la fecha del testamento determina esencialmente si entonces la testadora tenía la capacidad suficiente de testamentifacción activa. Es de poner de relieve, en primer lugar, que la fecha del testamento ológrafo no tiene el mismo alcance que la del testamento abierto o testamento notarial. Dado que el testamento ológrafo puede mantenerlo en secreto su autor y nada obsta a que antes de llegar al texto definitivo haga bosquejos, borradores o proyectos, o lo extienda con la idea de reflexionar posteriormente sobre lo escrito, y solamente cuando se decida definitivamente pueda poner la fecha y la firma, y es desde entonces cuando puede decirse que el testamento está otorgado, de modo que tal otorgamiento surge no de lo escrito y de su contenido sino de colocar la fecha y la firma. b) Estas consideraciones explican o se basan en los antecedentes del testamento ológrafo y en su regulación en los códigos modernos, sobre la base siempre de que la cooperación interpretativa del derecho extranjero ha de tomarse con mucha cautela y sólo como elemento subsidiario, sin que por ello deje de ser útil en una época como la actual en que la amplitud e intensidad de la comunidad internacional ha hecho más frecuente las relaciones entre países distintos, y podría sostenerse que la participación en la interpretación de las normas nacionales de instituciones extranjeras basadas, como en este caso, en el mismo Derecho común recibido del Derecho romano forma parte de una hermenéutica sociológica acogida en el artículo 3 del Código civil bajo la expresión de 'la realidad social del tiempo en que (las normas) han de ser aplicadas'. c) Así, es de observar que el Código civil de Austria (& 578) dice que el que quiera testar por escrito sin testigos ha de hacerlo de propia mano escribiendo el testamento y firmarlo con su nombre, y, continúa, 'la expresión del día, año y lugar donde se otorga no es ciertamente necesaria, pero sí aconsejable para evitar litigios'. El mismo sentido no preceptivo de la fecha sigue el Código civil de Alemania (& 2247), que al referirse a la fecha dice que 'debe expresarse' (*soll...angeben*); es decir, no la considera obligatoria; y si no consta, sólo se considerará válido el testamento cuando de otra forma puedan averiguarse los datos necesarios sobre la fecha. d) La doctrina científica acoge estas ideas, sin negar que la fecha tiene la importancia de afirmar el carácter jurídico del testamento ológrafo y elevarlo a declaración de voluntad, por virtud de la cual el simple proyecto privado pasa a ser testamento. Por lo tanto, será fecha en este testamento la que ponga el testador independientemente del momento en que se haya escrito el testamento, pues su eficacia en el tiempo depende de la imposición que de la misma haya hecho el causante; y se afirma también que no es nulo el testamento ológrafo redactado en una fecha efectiva diferente de aquella en la cual el testador había escrito su texto de propia mano, siempre y cuando exista cierta relación entre la fecha expresada en el acto y las disposiciones en él contenidas".

### 2.1.2. El testamento abierto

La característica principal del **testamento abierto** es que la voluntad del testador se manifiesta públicamente, en presencia de las personas que deben autorizar el acto, por lo que dicha voluntad es necesariamente conocida por esos terceros (art. 679 CC). Pueden diferenciarse dos modalidades de testamento abierto según la presencia o no de testigos instrumentales, ya que la intervención del notario es siempre necesaria:

- Testamento abierto otorgado ante notario y sin testigos.
- Testamento abierto otorgado ante notario y con testigos instrumentales (supuestos *ex art. 697 CC*)

Tras la reforma operada sobre la regulación del testamento abierto por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código civil en materia de testamentos, la presencia de testigos, antes prescriptiva, devino en meramente potestativa u obligatoria sólo en los supuestos del artículo 697 CC. Esta reforma, como se señala en el preámbulo de la Ley, "recoge el deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo como la disposición de última voluntad y se suprime como requisito general el concurso de los testigos, con el testador y el notario, en la formalización del testamento. Sin embargo, sigue siendo necesario el concurso de los testigos cuando no sabe o no puede leer o no sabe o no puede firmar, cualquiera que sea la causa, y se ha prestado especial atención al caso, tradicional, del sordo que no sabe o no puede leer".

Además del testador, el notario y, en su caso, los testigos, pueden intervenir **otras personas en el otorgamiento de los testamentos abiertos** (cfr. art. 698 CC). En concreto, se trataría de los siguientes supuestos:

- El artículo 685 CC prevé la intervención de los llamados **testigos de conocimiento**: "El notario deberá conocer al testador y si no lo conociese se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas. También deberá el notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar".
- El artículo 665 CC obliga, siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, a que el notario designe **dos facultativos** que previamente le reconozcan. El notario sólo autorizará el testamento cuando éstos respondan de la capacidad para ello del testador incapacitado judicialmente.
- El artículo 684 CC contempla la presencia obligatoria de un **intérprete**, cuando el testador exprese su voluntad en una lengua que el notario no conozca. En este caso, el intérprete deberá traducir la disposición testa-

#### Testamentos excepcionales

Hay que aclarar que los que denominamos *testamentos excepcionales* (testamento en peligro de muerte, art. 700 CC, y testamento en tiempo de epidemia, art. 701 CC) se regulan en la sección que el CC dedica al testamento abierto. Su característica principal, como veremos, es la de ser en ambos casos un testamento abierto, si bien en ellos no se da la intervención del notario, lo que justifica la obligatoriedad de la concurrencia de testigos (y el mayor número de éstos, cinco, en el caso del testamento en peligro de muerte).

mentaria a la lengua oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el notario.

Veamos brevemente los dos **supuestos de testamento abierto**:

### 1) Testamento abierto otorgado ante notario y sin testigos

Su regulación permite diferenciar los que pueden denominarse *actos preparatorios* (manifestación de la voluntad testamentaria y redacción del testamento) del **otorgamiento** propiamente dicho, que comprendería los siguientes actos: lectura, conformidad del testador y firma.

El artículo 695, 1 CC describe de manera bastante completa el proceso: "El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ello 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".

Para garantizar la seriedad del otorgamiento y en aras de preservar la libertad del testador, se añade una solemnidad más al testamento abierto como es la llamada **unidad de acto**. El artículo 699 CC dispone que "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".

Existe, no obstante, cierta flexibilización de esta exigencia de la unidad de acto, admitida doctrinal y jurisprudencialmente. En este sentido, véase la **STS 30 noviembre 1991**:

"El tercero y último de los motivos, con idéntico amparo procesal que el anterior, acusa la infracción por la sentencia recurrida del art. 699 del Código civil, afirmando que las formalidades del testamento abierto impugnado no se verificaron en un solo acto, como exige el precepto legal invocado. También en el desarrollo del motivo prescinde el recurso de los hechos acreditados en la instancia, donde claramente se dedujo, y lo hizo constar la Sala *a quo*, que el notario dio fe, entre otros extremos, de la unidad de acto y del cumplimiento de todas las formalidades legales. Por tanto, no son de tener en cuenta como contrarios a esa unidad de acto los hechos que el motivo refiere (haber dado con anterioridad instrucciones verbales al notario, el que transcurrieran varios meses desde el día en que se dieron esas instrucciones hasta el del otorgamiento del testamento, el que el notario fuera avisado por el sobrino del testador al que nombró heredero), hechos que desde luego no permiten llegar acertadamente a la conclusión de que el acto del otorgamiento el testamento impugnado no guardó la exigible unidad de acto; requisito que consiste según conocida jurisprudencia en la lectura del testamento en alta voz por el notario y firma de los asistentes, equivaliendo la expresión de conformidad del otorgante al cumplimiento del primer requisito exigido por el art. 695 del Código civil, sin que sea preciso ni necesario que los testigos oigan de boca del testador cada una de las disposiciones testamentarias (S. 12-5-1945); y habiendo sido sustituida la firma del testador, en el caso litigioso, por la de un testigo, ya que se hallaba aquél, según hecho acreditado, en situación de no poder firmar por su estado de enfermedad. Consiguientemente este motivo ha de decaer y el recurso mismo por haber sido desestimados todos".

## 2) Testamentos abiertos notariales y con testigos instrumentales

A partir de 1991, la presencia de testigos en los testamentos abiertos notariales no es siempre necesaria. Sólo lo será en los supuestos que previene el artículo 697 CC (que no es desde luego un dechado de claridad), y en los que se diferencian con nitidez aquellos supuestos (párrafos 1 y 2) en los que el testador sufre alguna disfunción (ceguera, sordera o no saber o no poder firmar) del supuesto, muy diferente en cuanto a su fundamento, en el que son el propio testador o el notario los que solicitan la presencia de los testigos (párrafo 3.º).

Los supuestos en los que se requiere obligatoriamente la presencia de testigos, siguiendo a Capilla Roncero serían los siguientes:

a) Cuando el testador declara que no sabe o no puede firmar.

En este supuesto, hecha constar esta circunstancia por el notario, bastará con que uno de los testigos firme, a su ruego, por el testador (arts. 695, 2 y 697, 1 CC).

b) Cuando el testador es ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento.

En este caso, el testador no puede comprobar por sí mismo que lo leído por el notario se corresponde con el documento que firman. Esta verificación es la que deben llevar a cabo los testigos.

c) Cuando el testador es sordo y no supiese o no pudiese leer.

El testador en estas circunstancias no sólo no puede verificar si lo leído es lo que firma, sino tampoco si lo leído contiene su última voluntad. En este caso, se exige que los testigos lean el testamento y manifiesten que coincide con la voluntad manifestada por el testador.

### 2.1.3. El testamento cerrado

Artículo 688 CC: "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". Este testamento común se caracteriza por ser **escrito**, por su **contenido secreto** y su **otorgamiento público**. Esto último lo diferencia del testamento ológrafo y lo aproxima al testamento abierto. Por otro lado, es un testamento **notarial**, en el que el notario ha de intervenir necesariamente en su otorgamiento.

La regulación del testamento cerrado en el CC, artículos 706 a 715 CC, es bastante precisa. Se pueden diferenciar tres momentos fundamentales:

- La redacción del escrito que contiene la última voluntad.
- El otorgamiento notarial.
- Vicisitudes posteriores al otorgamiento del testamento: conservación, presentación, apertura y protocolización.

#### 1) La redacción del escrito que contiene la última voluntad.

El testamento ha de ser escrito por el testador, de su puño y letra, incluyendo al final su firma. Ello no impide que se escriba por cualquier medio mecánico (máquina de escribir u ordenador) o por otra persona a ruego del testador (al dictado, por ejemplo). En este caso, el testador deberá poner su firma en todas las hojas y al pie del testamento.

En cuanto a la firma, 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. Las palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones, se salvarán antes de la firma (art. 706 CC).

#### 2) El otorgamiento notarial.

El artículo 707 CC, modificado también por la Ley30/1991, regula con bastante detalle esta fase del testamento cerrado:

"En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes:

1. 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.
2. El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, o lo cerrará y sellará en el acto, ante el notario que haya de autorizarlo.
3. 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 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.
4. 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 artículos 685 y 686, y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.
5. 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 dos testigos idóneos que en este caso deben concurrir.

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

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

#### Nota

El artículo 708 CC prohíbe que puedan hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer. El artículo 709 CC previene una serie de requisitos para los testamentos de los que no puedan expresarse verbalmente pero sí escribir.

### 3) Vicisitudes posteriores al otorgamiento del testamento: conservación, presentación, apertura y protocolización.

Una vez que se produce el otorgamiento del testamento, debe procederse a su **conservación**. Para ello, el notario lo entregará al testador (art. 710 CC). El testador puede conservar el testamento cerrado en su poder o bien encomendar su guarda a una persona de su confianza, o depositarlo en poder del notario autorizante para que lo guarde en su archivo (art. 711 CC).

Acaecido el fallecimiento del testador, deberá procederse a la **presentación** del testamento ante notario competente. Le corresponde presentarlo, en primer lugar, a la persona que lo tenga en su poder, en el plazo de los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del fallecimiento del testador. En segundo lugar, si el testamento está en poder del notario autorizante, constituido como depositario, este deberá comunicar, en el plazo de diez días desde el fallecimiento del causante, la existencia del testamento al cónyuge sobreviviente, a los descendientes y a los ascendientes de este, y, en su defecto, a los parientes colaterales hasta el cuarto grado. En caso de incumplimiento de este deber por el notario como del de presentación por quien lo tenga en su poder, serán responsables de los daños y perjuicios causados (artículo 712 CC, modificado por Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria). El artículo 713 CC contempla la posibilidad de que esa falta de presentación no sea negligente sino dolosa: "El que con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder dentro del plazo fijado en el artículo anterior, además de la responsabilidad que en él se determina, perderá todo derecho a la herencia, si lo tuviere como heredero abintestato o como heredero o legatario por testamento", así como que pueda deberse a la sustracción o incluso a la destrucción del testamento: "En esta misma pena incurrirán el que 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".

Para la **apertura y protocolización** del testamento cerrado se observará lo prevenido en la legislación notarial (art. 714 CC).

El artículo 715 CC declara la nulidad del testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades exigidas en la ley. Como consecuencia de esta nulidad, se establece, de un lado, la responsabilidad por daños y perjuicios del notario que lo hubiese autorizado, siempre que se pruebe que la falta procedió de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables, y, de otro, la validez (prácticamente una *conversión*) del testamento cerrado nulo como testamento ológrafo, siempre que se encontrase escrito y firmado por el testador y tuviese las demás condiciones propias de dicho testamento.

## 2.2. Los testamentos excepcionales

Los testamentos excepcionales son abiertos, no notariales y ante testigos. Su singularidad estriba en las circunstancias extraordinarias (peligro de muerte o epidemia) que justifican que pueda valerse de ellos quien pretende hacer testamento y no le es posible –precisamente por esas circunstancias– recurrir a los otros tipos testamentarios.

1) Nuestro CC previene expresamente dos tipos de testamento excepcional:

- El testamento en inminente peligro de muerte.
- El testamento en tiempo de epidemia.

a) El testamento en inminente peligro de muerte.

El artículo 700 CC dispone que "Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de notario".

La STS 27 junio 2000 recoge de forma clara la doctrina jurisprudencial sobre este tipo de testamento: "de acuerdo con criterios doctrinales generalizados sobre el artículo 700, testamento 'en peligro inminente de muerte' es aquel testamento abierto especial en el que se sustituye la intervención del notario, funcionario público, por la asistencia de cinco testigos idóneos, con la única condición de que el testador se encuentre en 'inminente peligro de muerte', es decir, en una situación de gravedad extrema. La justificación de esta forma de testar ha sido ampliamente debatida por la doctrina desde la publicación del Código, en la mayoría de los casos en sentido negativo, alegándose que ofrece pocas garantías de fiabilidad, y que puede ser fuente de abusos graves; aconsejándose fuertes cautelas a tomar por los órganos judiciales, para evitar que en la práctica se extienda a situaciones que no se correspondan con la que excepcionalmente contempla el Código. Exige, en todo caso, como presupuestos esta forma de testar: a) peligro real de la inminencia de muerte del testador; b) que esta situación extrema coincida con la imposibilidad de la asistencia de un notario; c) que se cumplan rigurosamente las formalidades y requisitos establecidos en la Ley para esta forma de testar, entre los cuales no son los menos importantes las disposiciones de los artículos 703 y 704 del Código civil y 1953 y 1954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y d) que, con las salvedades correspondientes y dada su naturaleza de testamento abierto simplificado, se cumplan en general todas las solemnidades establecidas para el testamento abierto ordinario, es decir, capacidad del testador, idoneidad de los testigos, ánimo de testar, presencia del testador y testigos en unidad de acto, entre otros. En el supuesto que se contempla, se incumple, a todas luces, el requisito consistente en la imposibilidad de contar con la presencia de notario, puesto que la excepcionalidad de esta forma de testar está directamente condicionada, no sólo a la inminencia de la muerte, sino también a la imposibilidad, dada la gravedad del testador, de contar con el tiempo suficiente para que pueda acudir un notario; criterios fundamentales que no cabe se obvien. La imposibilidad de la intervención notarial no aparece en la redacción del precepto, pero es necesario entenderlo así, pues el artículo 700 no puede interpretarse en el sentido de que sea una fórmula para prescindir discrecionalmente del notario, cuando existe la posibilidad de que pueda concurrir. Se ha sostenido, describiendo así la situación de modo concreto, que el testamento en peligro de muerte sirve, de modo exclusivo, para cuando, según una apreciación razonable, hay riesgo de que fallezca o pierda sus facultades el testador, antes de que pueda acudir el notario. Para defender la validez de esta forma de testar, resulta obligada la justificación de que no se ha prescindido del notario hábil para actuar, de una manera discrecional o voluntaria, sino en función de la premura del tiempo disponible, de las circunstancias de alejamiento, de la dificultad en las comunicaciones, o de la no localización inmediata, es decir, justificar una conducta razonablemente explicativa, que será distinta en cada caso concreto. No puede, por menos que extrañar, en el caso que se examina la conducta, fuera de sus responsabilidades legales, adoptada por el notario que se niega a autorizar el testamento abierto que corresponde y, con la asistencia de cuatro testigos y de él mismo en función de testigo (lo que denota, con toda claridad su presencia), aconseja la susti-



tución de una forma de testar, por otra, al margen de una interpretación pacíficamente consolidada del artículo 700 del Código civil"

**b) El testamento en tiempo de epidemia.**

El artículo 701 CC establece que "En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de notario ante tres testigos mayores de dieciséis años".

**2) El CC prevé unas normas comunes a ambos tipos de testamentos:**

- En primer lugar, del artículo 702 CC se desprende que estos testamentos pueden ser verbales, si bien, siendo posible, deben redactarse por escrito.
- En segundo lugar, el artículo 703 CC establece un doble plazo de caducidad. De un lado, estos testamentos serán ineficaces si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte o cesado la epidemia. De otro lado, si el testador fallece en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al notario competente para que lo eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente.

## **2.3. Los testamentos especiales**

### **2.3.1. El testamento militar**

El **testamento militar** es un testamento especial, de honda tradición, que se caracteriza en cualquiera de sus subtipos:

- a) Por ser un testamento otorgado en tiempo de guerra.
- b) Por ser un testamento del que sólo pueden servirse determinados sujetos: "los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército, o que sigan a éste" (art. 716 CC).

La **STS 10 julio 1944**, sobre la validez de un testamento otorgado en 1937, en plena Guerra civil, hallándose la testadora presa y con sujeción a la forma del testamento militar extraordinario se extiende en consideraciones bastante claras sobre este tipo testamentario:

"Que la relación y concordancia que hay que establecer entre los artículos 716 y 720 del Código civil lleva a la obligada consecuencia de que la modalidad extraordinaria del testamento militar que estatuye, para las situaciones de mayor apremio o peligro, el segundo de los preceptos citados, requiere la concurrencia de las siguientes fundamentales circunstancias: A) Como condiciones generales, previstas en el artículo 716, que el testador esté comprendido entre las personas que puedan acogerse al beneficio del testamento

militar, o sea, aquellas que forman parte del Ejército, teniendo en él su empleo, o aquellas otras –como los rehenes, prisioneros, etcétera– que, por cualquier motivo, están incorporadas al Ejército y le siguen en sus operaciones, y que el testamento, además, se otorgue en el tiempo de guerra; B) Como condición específica, señalada en el artículo 720, que se encuentre el testador militar en una situación de inminente peligro, otorgando su disposición durante una batalla asalto, combate, o, de modo general, en un peligro próximo de acción de guerra [...]. Que, en el presente caso, aunque pueda inferirse de la apreciación de los hechos emitida por el Tribunal de instancia, que doña Fernanda J., al manifestar su voluntad ante testigos en la Cárcel de Llanes, donde estaba presa como persona de derechas, el día 3 de septiembre de 1937, corría un serio peligro de muerte, derivado de la guerra civil y proximidad al frente, es de notar, de una parte, que, según el juicio de la sala, dicha señora se salvó de ese peligro, y, de otro lado que no podría en ningún caso estimarse que concurrían en la supuesta testadora las condiciones que por razón de la persona requiere el testamento militar, dada diferencia sustancial que existe entre presos y prisioneros; por la que es de concluir que la sentencia recurrida, al declarar que la manifestación de voluntad referida no reúne las formalidades que se requieren en las varias secciones del capítulo primero, título tercero del libro III del Código civil para otorgar válidamente un testamento, no ha incurrido en la infracción que el motivo primero del recurso le atribuye del artículo 720 del propio cuerpo legal".

Las clases de testamento militar que contempla el CC son las siguientes:

### 1) Testamento militar abierto

Previsto en el artículo 716 CC, se podrá otorgar ante un oficial que tenga por lo menos la categoría de capitán, si bien si el testador estuviere enfermo o herido, podrá otorgarlo ante el capellán o el facultativo que le asista, y si estuviere en destacamento, ante el que lo mande, aunque sea subalterno. Sea como fuere, en todos los casos será siempre necesaria la presencia de dos testigos idóneos.

Los testamentos militares abiertos caducarán cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña (art. 719 CC).

### 2) Testamento militar cerrado

Aquellos que pueden otorgar testamento militar abierto, tienen también la opción de otorgar testamento cerrado, ante un "comisario de guerra" –hoy se trataría de un interventor militar–, que ejercerá las funciones de notario. Este testamento deberá observar el régimen previsto para esta clase de testamentos en los artículos 706 y sig. (art. 717 CC).

### 3) Testamentos militares extraordinarios

a) De acuerdo con el artículo 720 CC, podrá otorgarse testamento oral y ante dos testigos, durante una batalla, asalto, combate, y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra. Este testamento será ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó.

b) Según el artículo 721 CC, en las mismas circunstancias puede otorgarse testamento militar cerrado ante el oficial y los dos testigos que para el abierto exige el artículo 716, debiendo firmar todos ellos el acta de otorgamiento, junto con el testador, si éste pudiese hacerlo

### 2.3.2. Testamento marítimo

De forma bastante detallada, el CC regula otro testamento especial: el marítimo (arts. 722 a 731 CC). Su especialidad se justifica por las circunstancias singulares en las que se encuentra quien se haya a bordo de una nave, circunstancias que le pueden impedir acceder a algunas de las formas testamentarias comunes.

El CC diferencia, respecto del testamento marítimo, las *formas ordinarias* (abierto y cerrado) de la *forma extraordinaria* (abierto).

#### 1) Formas ordinarias

El artículo 722 las establece en los siguientes términos:

"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 lo 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 sexta de este capítulo, con exclusión de lo relativo al número de testigos e intervención del notario"

#### 2) Forma extraordinaria

De acuerdo con el artículo 731 CC, si existiese peligro de naufragio, las tripulaciones y pasajeros de los buques de guerra o mercantes pueden otorgar testamento oral ante dos testigos (en el modo previsto en el art. 720 CC para el testamento militar extraordinario).

### 2.3.3. Testamento de español en el extranjero

Como una circunstancia especial ha de calificarse el hecho de que un ciudadano español que se encuentre en el extranjero desee otorgar testamento. Esta posibilidad es objeto de regulación expresa en el CC, en los artículos 732 a 736. Sin embargo, actualmente habría que considerarla superada por la regulación contenida en el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961, sobre Conflictos de Leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias.

Efectivamente, el artículo 1 del Convenio establece una regulación bastante completa de la materia:

"Una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma si ésta responde a la Ley interna:

- a) Del lugar en que el testador hizo la disposición, o
- b) De la nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o
- c) Del lugar en el cual el testador tenía su domicilio, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o
- d) Del lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o
- e) Respecto a los inmuebles, del lugar en que estén situados.

A los fines del presente Convenio, si la ley nacional consiste en un sistema no unificado, la ley aplicable quedará determinada por las normas vigentes en dicho sistema y, en defecto de tales normas, por el vínculo más efectivo que tuviera el testador con una de las legislaciones que componen este sistema.

La cuestión de saber si el testador tenía un domicilio en un lugar determinado se regirá por la ley de este mismo lugar".

En ella deben entenderse subsumidos los supuestos que prevé el artículo 732 CC:

"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 CC

Este artículo extiende la prohibición del testamento mancomunado *ex artículo 669 CC*, incluso cuando se haga testamento bajo un ordenamiento que lo permita.

En los artículos 734 a 736 CC, se regula el llamado *testamento consular*, como un testamento abierto o cerrado, que puede ser otorgado por los españoles que se encuentren en país extranjero, ante el funcionario diplomático o consular de España que ejerza funciones notariales en el lugar del otorgamiento.

### 3. El contenido del testamento (I): la designación de los favorecidos

#### 3.1. Designación del favorecido heredero o legatario

La designación del heredero o legatario formaría parte del que hemos denominado *contenido típico* –que no necesario– del testamento. En efecto, la validez del testamento no exige que en éste se contenga necesariamente la institución de heredero. Como se ha insistido, nuestro CC no sigue la regla romana de que la designación del heredero constituye el *caput et fundamentum totius testamenti* (cfr. art. 764 CC).

A pesar de esa no obligatoriedad de la institución de heredero, como contenido del testamento, el CC dedica específicamente a la institución de heredero un buen número de preceptos, de los que pueden extraerse unas reglas aplicables, así se entiende, generalmente a la designación de cualquier sucesor (heredero o legatario). Estas reglas serían las siguientes:

##### 1) Certeza en la designación del favorecido

El artículo 750 CC es categórico en el sentido de declarar nula la disposición realizada en favor de persona incierta.

El artículo 772 CC precisa un tanto esta regla por lo que se refiere a la identificación del heredero, exigiendo en principio que se le designe por su nombre, así como que se señale alguna circunstancia especial de éste, por la que se le conozca, cuando haya dos que tengan nombres iguales. No obstante, esta exigencia se modera al admitirse, en el mismo precepto, la designación en la que se haya omitido el nombre del heredero, pero en la que se le designe de modo que no pueda dudarse de su identidad.

##### 2) La causa de la designación

Se habla de la causa de la designación como aquellos motivos o móviles que han impulsado al testador a disponer, de la forma en que lo haya hecho, en favor de determinadas personas.

La regla general que se extrae del artículo 767 CC es que estos motivos son irrelevantes: "La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa.

La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita".

### 3) Determinación del objeto de atribución

Para que sea completa la designación del favorecido, a éste se le debe atribuir algo. Ello exige la determinación del objeto de la atribución. Como señala Capilla Roncero, pueden utilizarse las expresiones más variadas y no es necesario identificar concretamente en el testamento los bienes o derechos que se atribuyen. Eso es lo que explica la asignación bastante frecuente de cuotas o partes, e incluso la llamada atribución residual (cuando a alguien se le atribuye el sobrante de lo dejado a otros).

A estos efectos, el CC establece algunas reglas para determinar la cuota de participación de cada sucesor. Estas reglas que tienen carácter dispositivo, es decir, supletorio de lo que disponga el testador, serían las siguientes:

- **Artículo 765 CC:** "Los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales".
- **Artículo 769 CC:** "Cuando el testador nombre unos herederos individualmente y otros colectivamente, como si dijere: 'Instituyo por mis herederos a N. y a N. y a los hijos de N.', los colectivamente nombrados se considerarán como si lo fueran individualmente, a no ser que conste de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador"
- **Artículo 770 CC:** "Si el testador instituye a sus hermanos y los tiene carnales y de padre o madre solamente, se dividirá la herencia como en el caso de morir intestado".
- **Artículo 771 CC:** "Cuando el testador llame a la sucesión a una persona y a sus hijos, se entenderán todos instituidos simultáneamente y no sucesivamente".

### 3.2. Supuestos dudosos de designación

Existen una serie de supuestos de designación de beneficiarios del testamento, la mayoría de ellos regulados en el CC, en los que resulta dudosa la calificación del favorecido como heredero o legatario.

#### a) La institución de heredero en cosa cierta

Si cuando se instituye heredero, a éste no se le asigna la herencia o una parte alícuota de ésta sino un bien concreto, surge la duda sobre si debe considerársele heredero o legatario. Frente al criterio del Derecho romano clásico, que

lo consideraba heredero, el artículo 768 CC se muestra rotundo en el sentido contrario: "El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario".

A pesar de la rotundidad del artículo 768 CC, la doctrina y la jurisprudencia recientes reconocen a este precepto carácter meramente dispositivo, no imperativo, tratándose sólo de una norma que habrá de tenerse en cuenta en la interpretación del testamento. Habrá de estarse, en definitiva, a lo querido por el testador para saber si el designado favorecido con una cosa cierta es un heredero o un legatario.

#### b) El legado de parte alicuota

El llamado legado de parte alicuota es el supuesto en el que el testador lega una parte de la herencia. Es el supuesto exactamente contrario a la institución de heredero *ex re certa*.

El CC no lo recoge expresamente, limitándose a mencionarlo de pasada en el artículo 665, 3. Donde sí existen referencias a la figura es en la legislación hipotecaria (art. 42 LH y art. 152 RH) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto en la de 1881 (art. 1038) como en la actualmente vigente, en la cual la contemplación del legatario de parte alicuota es reiterada (*cf.* arts. 782, 783, 792, 793 y 795).

#### c) La distribución de toda la herencia en legados

La posibilidad de que la herencia se distribuya en su totalidad en legados aparece contemplada expresamente en el artículo 891 CC: "Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa".

Es un supuesto, por sus requisitos –debe distribuirse *toda* la herencia en legados–, poco utilizado. Como recuerda Lasarte Álvarez, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado no dudan en calificarlo, en las escasas ocasiones en que se han enfrentado con esta posibilidad, como una forma especial de sucesión hereditaria.

### **3.3. Otros favorecidos: disposiciones en favor del alma, de los pobres o de parientes**

#### a) La disposición en favor de alma

Es indudable que este tipo de disposiciones pueden aparecer para muchos como un residuo de otros tiempos, en los que sí resultaban muy habituales. La preocupación por el alma y que esta preocupación pueda tener incluso una repercusión patrimonial no es claramente en la actualidad una de las primeras preocupaciones de cualquiera que se decide a hacer testamento.

Como acaba de señalarse, la certeza e identificación del sujeto es un requisito de la designación testamentaria. Con la previsión expresa de que pueden realizarse disposiciones a favor del alma, hay que pensar que nos encontramos más que con una excepción a la exigencia de la certeza en la designación, con un precepto que trata de evitar que este tipo de disposiciones puedan resultar ineficaces por ser dudosamente ciertas.

**Artículo 747 CC:** "Si el testador dispusiere del todo o parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al diocesano para que lo destine a los indicados sufragios y a las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al gobernador civil correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto, para los de la provincia".

Este precepto ha de aplicarse como una norma supletoria que puede servir para completar las lagunas de la disposición realizada por el testador.

En la **STS 31 diciembre 1998** se discute en torno a un testamento que contenía la siguiente institución de herederos, incluyendo entre éstos el alma del propio testador: "Segunda... Instituye herederos: a) en una cuarta parte de su herencia, a la Congregación de Religiosas Hermanitas de Ancianos Desamparados, de la Casa-Asilo de Burgos, a los fines benéficos del establecimiento; b) en otra cuarta parte de su herencia, a la Iglesia católica, apostólica, romana, para su pontificia obra misionera de propagación de la fe; c) en otra cuarta parte de su herencia a los pobres a los pobres de Burgos y su provincia en la manera que se dirá; y d) en otra cuarta parte de su herencia, a su alma, también de la manera que se dirá". El testador determinaba también 'en lo que se refiere a la institución a favor del alma del testador que se contiene en el apartado d) procedente de esta cláusula, el albacea entregará los bienes correspondientes a tal institución al excelentísimo señor arzobispo de Burgos, para atenciones de culto y religiosas en sufragio del alma del testador; el arzobispo de Burgos, tendrá plena disposición de los bienes, sean muebles o inmuebles'. El conflicto planteado sobre esta institución en favor del alma lleva a la sala a las conclusiones siguientes: "La institución en favor del alma, de honda raigambre en el derecho histórico, ha sido reconocida como válida y eficaz por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto la anterior como la posterior al Código civil y así la Sentencia de 20 abril 1906 dice que 'es válida la institución hereditaria hecha a favor del alma del testador, según lo dispuesto en el artículo 747 y lo declarado por el Tribunal Supremo en diferentes sentencias, entre ellas en las de 31 diciembre 1888 y 2 enero 1889, y que estando determinados concretamente en el testamento de don J. B. los sufragios y obras piadosas a que han de aplicarse los productos de la finca a tal efecto legada, debe cumplirse la voluntad del testador, por ser ésta la suprema ley a que ha de atenderse en materia de sucesión', y la Sentencia de 16 abril 1927 afirma que 'la institución de heredero a favor del alma de la testadora no estuvo nunca prohibida en nuestras antiguas leyes aplicables a este caso, ni lo están en el Código civil, que la autoriza en su artículo 747, habiéndose reconocido por la jurisprudencia la validez de tal institución, y siendo esto así, preciso es admitir como válida y eficaz la designación de heredero que a favor de su alma hizo la causante'. No obstante no poder ser considerada el alma como heredera se reconoce la validez de esta institución sin que pueda ser considerado como heredero el albacea encargado de la distribución de los bienes ni tampoco el diocesano ni el gobernador a los que se refiere el artículo 747 del Código civil. El artículo 747 del Código civil contiene una norma interpretativa aplicable en aquellos casos en que la disposición de sus bienes por el testador para sufragio y obras piadosas en favor de su alma se hace 'indeterminadamente y sin especificar su aplicación', estableciéndose así una norma de distribución supletoria de la voluntad del testador y que habrá de ceder, como establece la citada Sentencia de 20 abril 1906, ante la manifestada voluntad de aquél acerca del destino de los bienes dado el carácter de ley suprema de la herencia que tiene el testamento. Dado que en el testamento del causante se estableció, en los términos transcritos en el primero de los fundamentos jurídicos de esta resolución, el destino de los bienes objeto de la institución a favor de su alma, no resulta aplicable la regla distributiva del artículo 747, que sólo puede entenderse violado en el sentido de reconocerse en el mismo la validez de la institución de heredero a favor del alma en cuanto esta forma de institución no hace adquirir, en concordancia con el artículo 609, párrafo segundo del Código civil, el dominio de los bienes por la institución o establecimiento favorecido por el destino impuesto por el testador o, supletoriamente, por el artículo 747, que haya de darse a los bienes. Por ello no puede aceptarse por esta Sala la declaración contenida en el fundamento segundo de la sentencia recurrida, en el sentido de que 'la Diócesis de Burgos y... adquirieron por herencia la propiedad del edificio sito en el núm. 7 de la calle Almirante Bonifaz, de Burgos,

#### Lectura recomendada

Puede resultar interesante la lectura de un clásico sobre la materia: **Maldonado y J. Fernández del Torco** (1944). *Herencias en favor del alma en el Derecho español*. Madrid: Revista de Derecho privado.



por partes concretas (la diócesis la planta baja y el piso primero,...)', ya que, se reitera, la institución en favor del alma no constituye título hereditario a favor de los beneficiados para la adquisición del dominio de los bienes de que así dispuso el testador".

## b) Los pobres como favorecidos

Con el mismo sentido que el artículo 747 CC, incluso de modo más obligado, ya que los pobres como tal son una categoría bastante indeterminada, el artículo 749 CC reconoce la posibilidad de que el testador pueda realizar disposiciones testamentarias en su favor.

**Artículo 749 CC:** "Las disposiciones hechas a favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, se entenderán limitadas a los del domicilio del testador en la época de su muerte, si no constare claramente haber sido otra su voluntad.

La calificación de los pobres y la distribución de los bienes se harán por la persona que haya designado el testador, en su defecto por los albaceas, y, si no los hubiere, por el párroco, el alcalde y el juez municipal, los cuales resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran.

Esto mismo se hará cuando el testador haya dispuesto de sus bienes en favor de los pobres de una parroquia o pueblo determinado".

El precepto tiene un doble propósito. De un lado, delimitar a qué pobres debe aplicarse la disposición cuando el causante los hace beneficiarios del testamento sin designación de qué personas son, ni de en qué población o territorio pueden localizarse. En este caso, habrá que entender que se trata de las personas que se encuentren en dichas circunstancias en el lugar donde tiene su domicilio el testador. De otro lado, el artículo 749 CC establece el procedimiento para hacer efectivas estas disposiciones, es decir, de qué modo y quiénes han de llevar a cabo la calificación de los pobres y la distribución de los bienes entre ellos. De acuerdo con lo previsto en el artículo 671 CC, la persona a la que en primer lugar le corresponde este cometido será aquella que haya designado el testador.

## c) Parientes

**Artículo 751 CC:** "La disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado"

Se trata para muchos autores de un precepto extraño, susceptible de ser interpretado de manera diversa. Para la mayoría, con Albaladejo a la cabeza, supone una remisión a las reglas de la sucesión intestada, resolviendo cualquier cuestión que se plantee cuando el difunto se hubiese limitado simplemente a testar diciendo que instituía por herederos a sus parientes. Entender de esta forma el precepto resolvería de golpe, como también señala Albaladejo, la mayor parte de las dudas que pueden presentarse ante este tipo de disposiciones tan genéricas. Sea como fuere, tal como opina Lacruz Berdejo, el llamamiento debe extenderse tanto como el concepto vulgar de parientes, sin el límite de

la sucesión intestada (los colaterales de cuarto grado), alcanzado incluso a parientes lejanos, con el propósito indisimulado de que puedan hacerse con la herencia con preferencia al Estado.

Albaladejo sintetiza lo que denomina "el espíritu del art. 751" del siguiente modo:

"Lo que aparte de que sea o no remisión a la sucesión intestada, sí es desde luego el art. 751 un precepto de interpretación de voluntad. Esto es lo primero y básico que es, sin duda, y hay que tenerlo presente al resolver cualquier extremo de la institución a favor de los parientes. De modo que, sea o no el art. 751 dicha remisión a la sucesión intestada, la institución en favor de los parientes se regirá, salvo otra voluntad del testador, por las reglas de esa sucesión, resultando pues, llamados a suceder los parientes del instituyente que le habrían heredado *abintestato*, y en las porciones en las que les tocarían en tal caso, y la única variante que el art. 751 aporta a la regulación intestada es la de que los parientes llamados a la herencia serán los de cualquier grado, inclusiva más allá del cuarto colateral".

### **3.4. Institución (de heredero o legatario) condicional, a término y modal**

El testador puede determinar que la institución de heredero o legatario queden sujetas a una **condición**, suspensiva o resolutoria (art. 790 CC), o a un **término** (art. 805 CC). También pueden someterse, tanto la institución de heredero como el legado, al cumplimiento de un **modo**.

El CC dedica los artículos 790 a 805 a estas tres posibilidades que se ofrecen al testador. El número de preceptos que se ocupan específicamente de cada una de ellas está bastante descompensado, siendo los más numerosos los que regulan expresamente la condición en las disposiciones testamentarias. Ello denota sin duda la importancia real y práctica de estas últimas, muy usadas por los testadores que no pueden resistirse, por diversos motivos, a introducir estas previsiones condicionales sobre la institución de heredero o el legado.

#### **3.4.1. La disposición sometida a condición**

El artículo 791 CC remite para la regulación de las condiciones impuestas a los herederos y legatarios, en lo que no esté regulado expresamente en la sección en la que se incluye, a las reglas de las obligaciones condicionales (art. 1113 y sig. CC). Esta remisión es bastante importante, dado que la regulación de las condiciones testamentarias se circunscribe a la condición suspensiva, con olvido de la condición resolutoria cuyo régimen deberá, por tanto, elaborarse a partir de lo que se establece en sede de obligaciones.

Por lo que se refiere al **régimen específico** contemplado en el CC para las condiciones testamentarias, éste prácticamente se reduce al establecimiento de criterios para determinar su licitud o ilicitud (arts. 792 a 794 CC), así como a decretar la admisibilidad de las condiciones puramente potestativas, que no caben en el ámbito obligacional (arts. 795, 796 y 800 CC):

- El artículo 792 CC declara que "las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa", lo que contrasta con lo establecido en el art. 1116 CC, que establece la anulación de la obligación de la que dependa la obligación ilícita.
- El artículo 793 CC aclara la licitud o ilicitud de condiciones cuyo contenido afecta a la libertad matrimonial. En el párrafo primero se declara como no puesta, es decir, nula, la condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio. La excepción que se establece –"a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste"– es cuando menos discutible. En el párrafo segundo, se admite expresamente el legado de usufructo, uso o habitación, o de una pensión o prestación personal, "por el tiempo que permanezca soltero o viudo" el sujeto beneficiario.
- El artículo 794 CC se refiere a las denominadas *disposiciones captatorias*, aquellas en las que trata de incidirse sobre la voluntad testamentaria del beneficiado con una disposición. Con el fin de evitarlas, se declara la nulidad de "la disposición hecha bajo condición de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona".

Los artículos 795 y 796 CC suponen la admisión de las condiciones puramente potestativas, es decir, aquellas cuyo cumplimiento depende del heredero o del legatario.

Las disposiciones testamentarias pueden someterse a dos tipos de condición:

- Condición suspensiva
- Condición resolutoria

### 1) La condición suspensiva

La **condición suspensiva** se da cuando los efectos de la institución de heredero o del legado dependen de que la condición tenga lugar, es decir, quedan en suspenso en tanto en cuanto no se produzca el hecho futuro o incierto en que consiste la condición. Las disposiciones sometidas a condición suspensiva pueden encontrarse en tres situaciones diversas:

- Cuando la condición se encuentra pendiente
- Cuando la condición se ha cumplido
- Situación en la que la condición se ha incumplido

**a) Cuando la condición se encuentra pendiente**

La lógica y el régimen de las obligaciones condicionales apuntan al hecho de que, encontrándose la condición suspensiva pendiente de cumplimiento, el heredero no puede manifestarse sobre si acepta o no la herencia (*cf.* art. 991 CC). En definitiva, la condición suspensiva impide la delación en favor del heredero o del legatario.

Ello hace difícilmente explicable un precepto como el artículo 799 CC, que establece que "La condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento". No se entiende cómo alguien puede transmitir derechos que no le pertenecen y sobre los que ni siquiera ha tenido oportunidad de pronunciarse. Por si no fuera suficiente, el artículo 799 CC presenta además una antinomia frontal con el artículo 759 CC, en el que se dispone que "El heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos".

Esta innegable contradicción, sin duda grave y sobre la que el legislador sorprendentemente parece no haber reparado desde 1889, ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en el sentido de que el artículo 799 CC no sería aplicable a las disposiciones condicionales sino a las sujetas a término. A la institución de heredero y al legado condicionales les será de aplicación el artículo 759 CC.

Esta doctrina se establece, entre otras, en la **STS 3 noviembre 1989**, relativa a una sustitución fideicomisaria sujeta a condición:

"se configura así esta sustitución fideicomisaria como sujeta a condición suspensiva en virtud de la cual nace un estado jurídico de incertidumbre respecto del nacimiento del derecho, que no desaparece sino con la ocurrencia del evento puesto como condición y sin el cual no hay adquisición de los derechos, como dice el artículo 1114 del Código civil y por ello dispone el artículo 759 del mismo cuerpo legal que el heredero o legatario que muera antes que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos. No resulta de aplicación el artículo 799 del Código civil, como se aduce en el motivo tercero, ya que tal precepto, no obstante emplear el término *condición*, se refiere, como ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, no a la verdadera condición sino al término *incertus quando*, y en el presente caso no se trata de la fijación de un término ni de que la suspensión afecte a la sola ejecución de lo dispuesto por la testadora, sino de la suspensión de la disposición misma, por lo que es de aplicación el artículo 759 del Código civil y no el 799. Por ello procede la desestimación de este tercer motivo y con ella la del cuarto y quinto apoyados en la tesis mantenida por la recurrente en el anterior y que al no prosperar hace inviables estos otros dos motivos, así como el recurso en su totalidad no obstante aceptarse en el tercer fundamento de esta resolución la tesis de la parte recurrente de encontrarnos ante una sustitución fideicomisaria, ya que por lo dicho en el cuarto fundamento debe mantenerse el pronunciamiento de la Sala *a quo* aunque partiendo de otros argumentos jurídicos distintos de los usados por ella".

Al encontrarse la herencia *pendiente conditione*, en una situación de incertidumbre, ello justifica su puesta en **administración**, tal y como dispone el artículo 801, 1 CC: "Si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse". El régimen de la administración de la herencia se establece en los artículos 802 a 804 CC.

#### b) Cuando la condición se ha cumplido

En el momento en que acaezca el hecho contemplado en la condición, ésta ha de considerarse cumplida. Los efectos principales del cumplimiento de la condición son dos: primero, cesa la situación de administración de la herencia; segundo, se produce la delación a favor del designado, que podrá aceptar o repudiar la herencia, retrotrayéndose los efectos de su decisión al momento de la apertura de la sucesión (*cf.* art. 989 CC).

#### c) Situación en la que la condición se ha incumplido

En el caso de que la condición no se cumpliera (o resultase de imposible cumplimiento), el instituido pierde el derecho a la herencia o al legado de forma definitiva.

## 2) La condición resolutoria

En el supuesto de **condición resolutoria** la disposición testamentaria despliega toda su eficacia, el instituido heredero o el legatario asumen su condición, cesando sus efectos de forma sobrevenida si acaece el hecho en el que consiste la condición.

Se trata de un supuesto mucho más extraño, extravagante además a la tradición jurídica romana en la que regía el principio *semel heres, semper heres*. Ello quizá explique que el CC desconozca su regulación y que se circunscriba, cuando se ocupa específicamente de las disposiciones testamentarias condicionales, a las sometidas a condición suspensiva.

En todo caso, es perfectamente posible que el testador sujete una designación de heredero o legatario a condición resolutoria. Los efectos del cumplimiento de la condición serían básicamente dos: primero, el principal, sería la ineficacia del llamamiento testamentario, de forma retroactiva, debiendo ser llamado a la herencia otro sujeto, bien por haber sido designado por el propio testador, bien porque lo determine la ley (sucesor *abintestato*); segundo, en cuanto a los frutos, de acuerdo con lo que sugiere Capilla Roncero, es razonable considerar aplicables las reglas de liquidación de los estados posesorios.

### 3.4.2. La disposición sometida a término

**Artículo 805 CC:** "Será válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado.

En ambos casos, hasta que llegue el término señalado, o cuando éste concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo. Mas en el primer caso, no entrará éste en posesión de los bienes sino después de prestar caución suficiente, con intervención del instituido".

Este precepto contempla la posibilidad de que la institución de heredero o el legado puedan someterse a un término inicial o final. En el primer caso, se establece el momento a partir del cual será efectiva la disposición testamentaria, y en el segundo, aquél en el que dejará de tener efectos. En ambos supuestos, en tanto que llega el término fijado hay que entender llamado al sucesor legítimo.

El término, conforme a lo previsto en el artículo 1125-2 CC, es aquel día o momento que necesariamente ha de venir, aunque puede ignorarse cuándo. El término podrá consistir, por tanto, en primer lugar, en la fijación de una fecha futura pero concreta (por ejemplo, 28 de enero del año 2016); en segundo lugar, en la fijación de un periodo de tiempo determinado, contado a partir de una fecha fija (por ejemplo, el fallecimiento del causante: "quince años desde mi muerte"), y finalmente, en tercer lugar, mediante la referencia a un hecho que necesariamente ha de suceder pero del que se ignora el momento en que se producirá (por ejemplo, el fallecimiento de una persona).

La similitud de este supuesto con la sustitución fideicomisaria (que estudiaremos inmediatamente) es bastante clara, ya que en ambas existen dos sucesores sucesivos. Ello lleva a plantear la aplicación de las reglas de ésta a las disposiciones sometidas a término. Sin embargo, hay algunas diferencias insalvables. En este supuesto, contrariamente a lo que sucede en la sustitución fideicomisaria, si el primer llamado no comparece, fallece por ejemplo, antes de que se cumpla el término, los bienes no pasan al segundo. Éstos van a parar a quien la ley designe con derecho sobre la parte vacante y sólo cuando llegue el día del cumplimiento del término tendrá eficacia el llamamiento realizado en segundo lugar.

### 3.4.3. Institución modal

El testador puede imponer al beneficiario de una disposición testamentaria, heredero o legatario, la realización de una carga o gravamen. Esta carga o gravamen puede tener como beneficiario al propio gravado o a un tercero, e incluso al mismo testador.

La categoría del modo testamentario pertenece a la categoría más general del modo negocial. El modo es uno de los elementos accidentales del negocio jurídico. Castán Tobeñas. *El "modo" en los actos jurídicos. III. Concepto del modo* (pág. 217). RDP 1921, estudioso pionero de la materia en nuestro país, lo definía escuetamente como "una obligación accesoria impuesta al que recibe una liberalidad". De esta definición se desprenden los elementos característicos del modo genéricamente (o *negocialmente*) hablando: la obligatoriedad, la gratuidad y la accesoriedad. Estas características, con sus correspondientes matizaciones o adaptaciones, se verifican también en el modo testamentario. En este sentido, Capilla Roncero describe el modo "como el deber de prestación impuesto por el disponente a cargo del destinatario de la atribución, como accesorio de la atribución, que debe ser cumplido por este último, aunque no desvirtúe el carácter lucrativo de la atribución, ya que no constituye un corresponsivo de la misma en sentido propio".

#### Modo testamentario

Lledó Yagüe define el modo testamentario como el supuesto en el que "el testador impone al heredero instituido o al legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin exigir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado". En: Lledó Yagüe (1991). *Derecho de Sucesiones. La adquisición de la herencia y la sucesión testamentaria, vol. II.* (pág. 444). Bilbao: Universidad de Deusto.

El CC español no contiene una regulación sistemática del modo, lo que se complica aún más por la no utilización de la palabra *modo* en los artículos 797 y 798 CC, preceptos que, según la doctrina casi unánimemente –y si nadie demuestra lo contrario–, regulan la materia. Este escaso y pobre tratamiento legal del modo testamentario no se ha visto compensado por una importante doctrina jurisprudencial ni tampoco por una atención específica de los autores, entre los que es evidente que no se trata de un argumento muy popular.

De esa escasa jurisprudencia destaca la **STS 4 junio 1965** que define la institución modal como "aquella en que el testador impone al heredero instituido o al legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación pues en este supuesto se estaría ante un legado".

El **régimen jurídico** de las disposiciones testamentarias sub modo sería el siguiente:

- 1) Los **sujetos** de este tipo de estas disposiciones serían tres:
  - a) El sujeto disponente, es decir, el causante y testador.
  - b) El heredero o legatario favorecido con la disposición, pero gravado al mismo tiempo con el modo.
  - c) El sujeto beneficiado con el modo, es decir, aquél a quien está destinada la prestación en la que el modo consiste.

Los beneficiarios del modo pueden ser diversos. En primer lugar, el mismo testador, lo que puede extrañar ya que, según señala la conocida **STS 18 diciembre 1965**, el modo implica siempre una actividad del sucesor a realizar después de la muerte del causante. Ello no impide que los beneficiarios puedan ser el "alma" o la "memoria" del testador. En segundo lugar, puede ser también beneficiario el propio sujeto gravado. Finalmente, en tercer lugar, cabe establecer el modo en favor de terceros. Con respecto a estos últimos, se ha sostenido como algo necesario el hecho de que estos terceros beneficiarios constituyan una categoría genérica de personas, eso sí, identificada y determinada, excluyéndose la posibilidad de que puedan ostentar esta condición de beneficiarios sujetos determinados (o determinables) caso en el cual habría que comenzar a pensar en un legado. A esto, que se utiliza como principal criterio distintivo entre el modo y el legado, se oponen aquellos que sostienen la posibilidad de que el modo se establezca tanto en favor de un tercero (sujeto individual), determinado o determinable, como también para una categoría más o menos determinada de personas o incluso a favor del público en general (sujeto plural).

2) En cuanto al **contenido** u **objeto** de la carga que se establece, es decir, la prestación en que se concreta la obligación que se impone al instituido heredero o legatario *sub modo*, ésta puede ser de cualquier clase, es decir, puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa (art. 1088 CC). En definitiva, lo propio de cualquier obligación, lo que trae como consecuencia que le sean exigibles los requisitos de la prestación: posible, lícita, determinada o determinable (arts. 1271 a 1273 CC).

3) Es con relación al **cumplimiento** del modo donde hay que aprovechar, a pesar de su escasez, la regulación que el CC nos ofrece. Ésta se centra en algunos extremos del cumplimiento atinentes a las vicisitudes de la prestación.

En este sentido, en el artículo 798, 1 CC se fijaría una especie de criterio general para determinar cuándo puede considerarse cumplido el modo: éste debe ejecutarse en los mismo términos que haya ordenado el testador, es decir, el gravado debe ejecutar la carga modal en la forma y en el tiempo señalados por aquél. En el mismo apartado se prevé, igualmente, la circunstancia de que el modo no pueda hacerse efectivo en los términos expresamente previstos por el testador, supuesto para el que cabría el cumplimiento en "los más análogos y conformes" a la voluntad del causante. Se trata del cumplimiento que algunos llaman *aproximado* o *por equivalente*, que sólo puede tener lugar cuando tal imposibilidad, siempre posterior o sobrevenida, aparezca sin culpa o hecho propio del heredero o legatario.

También en el artículo 798 CC, en su apartado segundo, se contempla el caso en el que puede considerarse cumplido el modo aunque no tenga lugar la realización efectiva del mismo. En concreto se establece que "cuando el interesado en que se cumpla, o no, impidiere su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario se considerara cumplida la condición".

4) Por lo que atañe al **incumplimiento** del modo, el carácter obligacional de éste se manifiesta con claridad, ya que el incumplimiento imputable genera el nacimiento de responsabilidad. Los legitimados (herederos, albaceas, beneficiarios del modo y beneficiarios de la revocación de la atribución modal) po-



drán pedir el cumplimiento forzoso específico, o la revocación de la atribución patrimonial a la que el modo se vincula. El beneficiario podrá además solicitar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

## 4. El contenido del testamento (II): las sustituciones

### 4.1. Introducción

El CC regula en los artículos 774 a 789 CC (libro III, título III, capítulo II, sección 3) **la sustitución hereditaria**. En estos preceptos se contemplan cuatro tipos distintos de sustitución:

- vulgar,
- pupilar,
- ejemplar, y
- fideicomisaria.

A pesar de que el CC se refiere a todas ellas como sustituciones y las coloca en la mencionada sección, únicamente en la vulgar y en la fideicomisaria tendría lugar verdaderamente una sustitución. Como señala Lasarte Álvarez, sólo éstas responden al esquema en el que un heredero, llamado en segundo o ulterior lugar, sustituye al anterior, bien sea porque éste no ha llegado a heredar efectivamente (modalidad vulgar) o bien porque es heredero *ad tempus* (fiduciario). En las sustituciones pupilar y ejemplar (también llamada cuasipupilar), por el contrario, no hay verdadera sustitución del heredero. En éstas el sustituido es el causante que por no poder testar válidamente es reemplazado en dicha actividad por un ascendiente. Como también señala Lasarte Álvarez, se produce con ello una derogación legal del carácter personalísimo del testamento, ya que puede ser realizado por sujeto distinto del causante.

La regulación de las sustituciones en el CC aparece referida a la institución de heredero, sobre la que además suele recaer en la práctica. No obstante, el artículo 789 CC aclara que esa misma regulación es aplicable a los legados: "Todo lo dispuesto en este capítulo respecto a los herederos se entenderá también aplicable a los legatarios".

### 4.2. Sustitución vulgar

**Artículo 774 CC:** "Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia.

La sustitución simple y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario".

La **sustitución vulgar** es una disposición testamentaria en la que el causante, en previsión de que el heredero o el legatario no llegue a adquirir lo que le corresponde de la herencia, designa a una o a varias personas que le sustituirán en la posición de heredero o legatario.

En cuanto a la **naturaleza jurídica** de la sustitución vulgar, la doctrina mayoritariamente habla de su carácter condicional. Que el sustituto sea finalmente llamado a la herencia, depende del hecho de que el llamado en primer lugar no llegue a adquirir la herencia. Esta calificación condicional de la sustitución vulgar supone, en opinión de algunos autores, la aplicación a ésta de las normas que regulan la institución de heredero sujeto a condición, así como de las normas generales sobre condiciones.

Los **supuestos** en los que cabe la sustitución vulgar y que se establecen en el artículo 774 CC quedan sometidos a la voluntad del testador, que podrá limitarlos o añadir incluso otras previsiones relativas a la sustitución. Sea como fuere, el artículo 774, 1 CC previene los siguientes casos:

- 1) Premoriencia del instituido heredero al testador.
- 2) Que el llamado a la herencia no quiera aceptarla.
- 3) Que el llamado a la herencia no pueda aceptarla (por ejemplo, por haber incurrido en causa de indignidad para suceder).

Sobre las **formas** posibles de sustitución vulgar, como se ha señalado, rige en esta materia la libertad de testar, por lo que el causante puede establecer la sustitución en el modo en que crea conveniente. En consecuencia, lo establecido en el artículo 778 CC debe entenderse como la previsión de unos tipos de sustitución vulgar, pero no los únicos posibles: "Pueden ser sustituidas dos o más personas a una sola; y al contrario, una sola a dos o más herederos".

Otra posibilidad de sustitución es la llamada **sustitución recíproca**, prevista en el artículo 779 CC: "Si los herederos instituidos en partes desiguales fueren sustituidos recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, a no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador".

### 4.3. Sustitución pupilar y sustitución ejemplar

**Artículo 775 CC:** "Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad".

**Artículo 776:** "El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.

La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón".

Estos dos preceptos se refieren respectivamente a la sustitución pupilar y a la sustitución ejemplar (o cuasipupilar). De un claro origen romano, puede afirmarse que han perdido la utilidad práctica que tuvieron en el pasado. Calificarlos como verdaderos residuos históricos, incluso cuando el CC fue promulgado, no resulta exagerado.

Montés Penadés, respecto de ambas, señala, con carácter general, que "no resuelven el problema de 'sustitución' del heredero llamado en primer lugar, sino la imposibilidad de que determinadas personas, por menor edad o incapacidad, puedan designar válidamente un heredero mediante un testamento eficaz".

En las **sustituciones pupilar y ejemplar** lo que existe realmente es un testamento hecho por quien no le corresponde. El sustituyente (ascendiente) testa por el sustituido (descendiente menor de catorce años o descendiente mayor de catorce años que haya sido declarado incapaz), llamando como sucesor al sustituto. En estos supuestos, bajo la apariencia de la sustitución, se tolera una directa contravención del carácter personalísimo del testamento, al permitir que una persona teste por otra. La finalidad, como ha señalado la jurisprudencia, es básicamente evitar la sucesión intestada.

#### STS 26 mayo 1997

Dicha STS reitera la doctrina jurisprudencial sobre la sustitución ejemplar, señalando que "consiste en un nombramiento del heredero del incapaz por el sustituyente" y que "su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél".

### 4.4. Sustitución fideicomisaria

Al testador, con la sustitución fideicomisaria, se le plantean dos formas de instituir heredero (o en su caso legatario). Una, la más habitual, en la que instituye una persona y se limita a establecer la senda que quiere que siga su herencia cuando muera, sin pretensión alguna de determinar el destino de estos bienes en posteriores transmisiones, una vez que fallezca el beneficiario que ha designado. Frente a esta manera normal de organizar la sucesión, estaría aquella en la que el causante puede tener interés en determinar incluso posteriores transmisiones de su herencia o de parte de ella, para lo cual tratará de mantenerla unida hasta que se produzcan esas transmisiones. Este modo de proceder, en el que se encomienda al heredero o al legatario que conserve y transmita a un tercero, el todo o parte de la herencia, es lo que se llama sustitución fideicomisaria.

En nuestra doctrina se suelen **definir** las sustituciones fideicomisarias partiendo de lo establecido en el artículo 781 CC, precepto no exento de críticas, incluso por los términos que emplea, producto de determinados resabios históricos de los que no lograron desprenderse sus redactores: "Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador".

#### Sustitución fideicomisaria

Ossorio Morales define descriptivamente la sustitución fideicomisaria como aquella que "tiene lugar cuando el testador encarga al heredero (o al legatario) que conserve y transmita el todo o parte de la herencia (o del legado) a terceras personas, expresamente designadas por aquél en su testamento".

#### Apuntes histórico-jurídicos sobre la sustitución fideicomisaria

La sustitución fideicomisaria posee unas interesantes connotaciones histórico-jurídicas. En su regulación en el CC hay mucho de decantación histórica de una figura que acaba finalmente sobreponiéndose al movimiento desvinculador contrario a su misma existencia. Las concretas y específicas vinculaciones, las familiares, que están en el origen y esencia de la sustitución fideicomisaria no son las únicas existentes o posibles en la Europa de finales del siglo XVIII, ni siquiera acaso las más importantes, pero sí desde luego figuraban entre las más llamativas, como exponentes de lo que era al fin y al cabo un privilegio de clase. Éstas aún hoy –si bien han perdido ese marchamo estamental que tuvieron– pueden contemplarse como una manera especial de acometer la sucesión *mortis causa*, un modo de proceder que generalizado en la Edad Media y en el Antiguo Régimen acaba teniendo una enorme trascendencia social y económica. Superada una primera fase en el proceso desvinculador que se inicia en nuestro país prácticamente con el siglo XIX (la Ley desvinculadora es de 1820), cuya característica principal es la rigidez y la inflexibilidad de las medidas tendentes a impedir la vinculación, comienza a distinguirse y a recuperarse el sentido que ya en el Derecho romano parecían tener las sustituciones fideicomisarias.

1) Las **características** esenciales –generalmente admitidas por la doctrina– de la sustitución fideicomisaria son las siguientes:

a) Aunque resulte un tanto obvio, hay que reiterar que se tratará siempre de una disposición **ordenada en testamento**. Ello tiene como consecuencia además que debe establecerse expresamente (*cf.* art. 785, 1 CC).

b) La sustitución fideicomisaria se caracteriza por la llamada **doble disposición** de una misma herencia o legado. Este doble llamamiento (o también doble liberalidad, para algunos), es operado por el mismo testador sobre unos mismos bienes, en favor de dos personas llamadas sucesivamente, la una después de la muerte de la otra.

c) Otra característica es el denominado **orden sucesivo**, en virtud del cual el fideicomisario, el segundo llamado, viene a la herencia o al legado en el momento de la muerte del primer llamado o fiduciario. El orden sucesivo, que se establece en toda sustitución fideicomisaria, supone la presencia, como mínimo, de dos sucesores, ambos de un único causante.

Albaladejo, que ha estudiado específicamente estas sustituciones (*Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario*, RDP 1979, págs. 519-545 y págs. 641-666) y que parte de un concepto esquemático, pero contundente, de sustitución fideicomisaria –considera como tal "el nombramiento de varios herederos sucesivos, manteniendo la unidad de la propia herencia en las diversas transmisiones"–, no duda de que los diversos herederos lo son del causante: "hay un causante único al que suceden, primero el heredero, y después el sustituto". Esta afirmación, sin embargo, no encuentra fundamento en ningún precepto específico nuestro CC, a diferencia de lo que sucede en la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro IV del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, en cuyo artículo 426-1, apartado 2, se establece que "Los fideicomisarios suceden siempre al fideicomitente, aunque uno sea fideicomisario después de otro", o en la Ley 225 de la Compilación navarra, que se expresa en términos muy similares.

d) En la sustitución fideicomisaria existe la **obligación de conservar** y la correspondiente **obligación de entregar o transmitir** lo conservado.

Para algún autor la obligación de conservar constituye su nota más acusada, como algo connatural e inherente a la propia estructura de la sustitución fideicomisaria, ya que por virtud de ella queda privado el fiduciario de la disponibilidad de los bienes a los que alcance la sustitución, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*. Sin embargo, el testador puede establecer expresamente lo contrario o, sin llegar a ello, otorgar al fiduciario facultades de disposición concretas, relativas a determinados bienes o circunscritas a una porción de la herencia.

Sobre la obligación de entrega, el artículo 783, 2 CC establece que "El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa".

Acerca de la obligación de conservar, la **STS 6 abril 1954** establece:

"Que en cuanto a la obligación de conservar los bienes el primer heredero y transmitirlos a un tercero, el nombrado en su sustitución, que es inherente a los fideicomisos, como se previene en el artículo 781 del Código civil y a la que se hace referencia en las sentencias de esta sala de 28 de junio de 1928, 27 de septiembre de 1930 y 2 de marzo de 1935, citadas por el recurrente, al decirse en ellas que son requisitos indispensables para la sustitución fideicomisaria la doble disposición de una misma herencia, la obligación de conservar y restituir, y el orden sucesivo de los herederos, no es preciso que de un modo expreso la imponga el testador, por llevarla consigo esa institución y ser por el contrario necesario para que el heredero fiduciario pueda disponer de los bienes, aparte de las deducciones originadas por gastos legítimos, créditos y mejoras, que el testador le haya autorizado para ello, como se dispone en el artículo 783 del Código civil, doctrina mantenida también por este Tribunal en sus Sentencias de 29 de enero de 1916 y 26 de febrero de 1919, y a la que con acierto se atiene la sentencia impugnada cuando partiendo del hecho de que la heredera usufructuaria no puede disponer de los bienes que en esa forma se le dejan y del nombramiento del citado Asilo como su sustituto en la plena propiedad de todos sus bienes, califica de sucesión fideicomisaria la instituida por el testador, sin que al hacerlo se cometan ninguna de las infracciones legales que se le atribuyen en el segundo motivo del recurso".

2) Los **elementos personales o sujetos intervinientes** en la sustitución fideicomisaria serían los siguientes:

a) Fideicomitente

Es el testador que ordena la sustitución fideicomisaria. Lo hace, obviamente, al otorgar testamento.

#### b) Fiduciario

Se trata del llamado a la herencia en primer lugar, que debe conservar la herencia a favor del fideicomisario.

#### c) Fideicomisario

Es el destinatario final de la sustitución, ya que debe recibir la herencia del fiduciario. Pueden designarse varios fideicomisarios de forma sucesiva.

En efecto, el fideicomitente puede designar a varios sujetos como fideicomisarios siempre que se trate, tal y como se deduce del inciso final del artículo 781 CC, de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador. Lo que no puede la sustitución fideicomisaria es proyectarse de forma indefinida hacia el futuro. En el caso de que el fideicomitente pretenda designar como fideicomisarios a personas que no se encuentren vivas en el momento de fallecimiento, existe la limitación de segundo grado que prevé el artículo 781 CC.

Esta limitación de los fideicomisarios en función del grado generó una polémica doctrinal, convertida en una auténtico clásico del género. Los primeros comentaristas y tratadistas del Código interpretaron el segundo grado como referido a los grados de parentesco. Posteriormente, la doctrina y la escasa jurisprudencia existente sobre la materia impusieron otra interpretación: grado se referiría al número de llamamientos de los fideicomisarios. De acuerdo con la tesis dominante, el fideicomitente puede designar, de forma sucesiva, dos sustitutos fideicomisarios que no vivan en el momento del fallecimiento del causante.

La STS 31 enero 1980 recoge esta interpretación del siguiente modo: "[S]e alega infracción, al no haber sido aplicado, del artículo 781 del C. C., por estimar que, conforme a dicho precepto legal y a la doctrina sentada por la sentencia de esta sala de 23 junio 1940 que lo interpreta, la palabra *grado* equivale a *llamamiento*, [...] el contenido del mencionado artículo por entender que si *segundo grado* es sinónimo de *segundo llamamiento* y su cómputo ha de realizarse a partir del fiduciario, como primer heredero instituido, que en este caso lo son los dichos demandantes, los biznietos del testador están en segundo grado y, por ello, son los que en realidad adquirirían el pleno dominio de la finca litigiosa".

#### Ejemplo

Juan, soltero y sin hijos, ha decidido hacer testamento. Siempre ha estado muy agradecido a su tío Manuel, ya que se hizo cargo de él cuando quedó huérfano a los ocho años. Por esa circunstancia lo ha designado heredero en el testamento y, para cuando él fallezca, sucesivamente, a la hija de éste, María, y a la hija mayor de las que ésta pudiera tener.

En este supuesto, Juan es el fideicomitente. Su tío Manuel es el fiduciario y mientras éste viva, María será fideicomisaria. Una vez fallezca su padre se convertirá en heredera y fiduciaria respecto de la hija mayor que haya podido tener que será la segunda fideicomisaria.

3) Finalmente, pueden diferenciarse diferentes **clases** de sustitución fideicomisaria:

#### a) La sustitución fideicomisaria ordinaria

Sería la sustitución fideicomisaria descrita hasta ahora. Es la que Albaladejo clasifica como *normal*. Por oposición a la sustitución fideicomisaria condicional, puede calificarse también como *pura y simple*.

## b) La sustitución fideicomisaria condicional

El testador que dispone una sustitución fideicomisaria puede, en uso de su libertad testamentaria, establecer el llamamiento del fideicomisario de forma condicional. Es decir, este llamamiento queda subordinado al acaecimiento de cualquier hecho futuro e incierto.

Es muy habitual que la condición consista en un hecho relativo al fiduciario. En concreto, puede vincularse el llamamiento del fideicomisario al hecho de que el fiduciario fallezca sin descendencia. Es lo que se conoce con la expresión latina *si sine liberis decesserit*.

## c) La sustitución fideicomisaria de residuo

Albaladejo describe esta sustitución como aquélla en la que "el testador fideicomitente autoriza al fiduciario a disponer (total o parcialmente) de los bienes hereditarios, de forma que, cuando llegue el momento de que los reciba el fideicomisario, éste sólo tomará aquellos de que el fiduciario no hubiese dispuesto, es decir, únicamente le corresponden los que *queden* o los que *resten*".

Se ha discutido doctrinalmente (y de forma un tanto estéril) si se trata de una verdadera sustitución fideicomisaria o de una figura diferenciada. Quienes así lo entienden prefieren denominarlo fideicomiso, en el modo propio del Derecho romano.

En función del alcance que tenga para el fiduciario la obligación de conservar, se diferencian dos tipos distintos de sustitución fideicomisaria de residuo:

La sustitución fideicomisaria de residuo de los bienes hereditarios restantes (*de eo quod supererit*): el fiduciario carece de la facultad de agotar completamente los bienes fideicomitidos; aquellos que resten, de los que no puede disponer, deberán ser transmitidos al fideicomisario.

La sustitución fideicomisaria de residuo en caso de quedar bienes hereditarios (*si aliquid supererit*): el fiduciario goza de la facultad para disponer completamente de los bienes fideicomitidos; sólo en el caso de que quede algo de éstos se realizará el llamamiento al fideicomisario.

### **Las sustituciones hereditarias en los Derechos civiles autonómicos**

En varios Derechos civiles autonómicos se prevén y regulan las sustituciones hereditarias. En algún caso, de manera especialmente detalladas y prolija. En este sentido, la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones dedica nada menos que desde el artículo 425-1 426-59 a las sustituciones hereditarias. Entre éstas se incluyen y diferencian la sustitución vulgar, pupilar, ejemplar y los fideicomisos. Por su parte, la Compilación del Derecho Civil de Navarra dedica menos disposiciones a las sustituciones (leyes 220 a 239), pero las regula con mucha más precisión que en el CC. Finalmente, en Baleares, en su Compilación del Derecho civil, se incluye la regulación de las sustituciones fideicomisarias en las disposiciones aplicables en la Isla de Mallorca y de Menorca (arts. 25 a 37), así como un único precepto, el



artículo 78, muy genérico, relativo a las sustituciones en general, entre las disposiciones aplicables en las islas de Ibiza y Formentera.

## 5. El contenido del testamento (III): los legados

### 5.1. Concepto y características

El **legado** es una disposición *mortis causa*, testamentaria, de contenido patrimonial, realizada por el causante en beneficio de una persona y a cargo generalmente del patrimonio hereditario.

Las **características** fundamentales del legado fueron adelantadas en el módulo 1, con ocasión del estudio del legatario. Allí se señalaba, en primer lugar, el carácter de **disposición testamentaria** que tiene siempre éste; el que haya de tener necesariamente un **contenido patrimonial**; y tercero, por último, el hecho de que constituya una **liberalidad**.

Lo que no está tan claro para algunos autores es que el legatario sea un sucesor del causante. Más bien, señalan, como ya se recogía en el Digesto o en las Partidas (6,9,1: "Manda es una manera de donación, que dexa el testador en su testamento"), se trata de una especie de donación *mortis causa*. Y no les falta razón si se piensa que el legatario, el beneficiario del legado, no sucede jurídicamente al causante sino que obtiene un bien (o un derecho) de lo que deja el difunto.

#### Ejemplo

Roca Trias aclara bastante la cuestión. En su opinión, lo normal es que el legatario sea un sucesor *mortis causa* del difunto a título particular (art. 660 CC), incluso en algunos casos en que el legado no tiene efectos reales. Ahora bien, respecto de los herederos y de los acreedores del causante, el legatario es tercero, gozando, con relación al heredero, de las acciones que el tipo de legado le proporcione para obtener lo atribuido por el testador. Sin embargo, insiste, frente a los legitimarios y a los acreedores de la herencia, el legatario es un sucesor.

También debe destacarse, como algo característico del legado, la vigencia en este ámbito del **principio de autonomía de la voluntad**. Éste rige no sólo en lo más esencial o fundamental, en el hecho mismo de que el testador pueda disponer de sus bienes a título de herencia o de legado (arts. 668 y 891 CC), sino que se manifiesta más específicamente, una vez elegida la segunda opción, en la libertad de elección y determinación del tipo de legado. Para ello, como veremos, el testador cuenta con un amplio catálogo en el que elegir la fórmula que mejor se adapte a su propósito.

#### Ved también

Podéis consultar el apartado 2 del módulo "La sucesión *mortis causa*" para ampliar esta información.

Finalmente, los legados suponen en verdad una **obligación** para el gravado con el legado. Ello se traduce en la titularidad de un verdadero derecho de crédito para los legatarios: éstos son, en virtud del legado que se les atribuye, acreedores del gravado, titulares de un derecho que pueden incluso hacer efectivo en juicio a través de la correspondiente acción.

Esta consideración obligacional de los legados se traduce en su regulación en nuestro CC. Así, por ejemplo, el artículo 881 CC es taxativo: "El legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos".

No debe confundirse el carácter obligacional de todos los legados, con la existencia de una **tipología básica** de éstos que permite diferenciar los legados reales, o con efectos reales (*legatum per vindicationem*) de los legados obligacionales, o con efecto obligacional (*legatum per damnationem*). En los primeros, el legatario adquiere directamente del patrimonio del causante una cosa o derecho existente en éste ya antes de su muerte. En cambio, en el legado obligacional, lo que se establece es un derecho para el legatario a cargo del gravado, derecho que no existía en el patrimonio del difunto. Este derecho como veremos puede tener un contenido variado.

Sea como fuere, tiene razón Albaladejo, cuando señala que en ambos supuestos existe obligación. En el legado obligacional hay efectivamente obligación de proporcionar la cosa o prestación en que éste consista; pero también en el legado real hay una obligación, aunque la titularidad del legado pase directamente al legatario al morir el causante, ya que el gravado queda obligado a hacer entrega de ello a éste.

## 5.2. Sujetos y objeto

### 1) Sujetos

#### a) Dispone

Es aquel que dispone el legado. Como ya se ha señalado, dicha disposición ha de realizarse siempre a través del testamento.

#### b) Gravado

El gravado es el sujeto a quien corresponde el pago y cumplimiento de los legados. De acuerdo con lo previsto en el artículo 858, 1 CC, estos pueden ser los herederos, uno o varios, u otros legatarios, uno o varios. Este último supuesto, legatario gravado con legado, es lo que se conoce con el nombre de *sublegado*. El párrafo segundo del artículo 858 CC limita su obligación de responder "hasta donde alcance el valor de lo legado".

Puede existir una evidente dificultad a la hora de diferenciar el legado modal del sublegado. La diferencia puede estar en la limitación del artículo 858, 2 CC que no rige para el primero, y que hace que el gravado en el sublegado no quede obligado más allá del valor de su propio legado. Díez-Picazo y Gullón, destacan la dificultad para diferenciar ambas figuras y recurren al criterio de que si el testador trata de favorecer al legatario habrá sublegado, y si, en cambio, el beneficio es indirecto, se configurará como modo, aunque como señalan –citando las STS 17 marzo 1961 y 4 junio 1965– la jurisprudencia no es clara al respecto.

### c) Legatario

Es el beneficiario de la atribución particular, la persona favorecida o beneficiada con el legado. Legatario puede ser, en principio, cualquier persona, incluido el heredero. En este caso, cuando se instituye legatario a quien es ya heredero en la misma herencia, se habla de *prelegado*.

Se le exige la misma la capacidad que para ser heredero (art. 744 y sig. CC), si bien con salvedades, como por ejemplo ciertas prohibiciones para suceder aplicables con distinto rigor a herederos y a legatarios (el art. 682, 2 CC permite favorecer al notario autorizante del testamento, su esposa y los parientes del mismo en los grados que especifica el artículo 754 CC, con un legado de cosa mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal relicto).

### 2) Objeto

El CC no dedica un precepto a identificar con carácter general cómo puede configurarse el objeto del legado. La interpretación *a senso contrario* del artículo 865 CC –"Es nulo el legado de cosas que estén fuera del comercio de los hombres"– y la multiplicidad de figuras de legado que recoge el CC, en gran medida por la diversidad del objeto, justifican sobradamente una concepción amplia del objeto de éstos.

En este sentido, señalaba Osorio Morales que la amplia fórmula que sugiere el CC debe entenderse como que pueden ser objeto de legado todas las cosas y derechos, presentes y futuros, propias del testador o ajenas susceptibles de transmisión y apropiación, así como cualquier prestación lícita y posible.

## 5.3. Régimen de los legados: adquisición, pago e ineficacia

### 1) Adquisición del legado

**Artículo 881 CC:** "El legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos".

El legado se adquiere, en principio, con la delación. Distinto será que el legado esté sometido a condición (resolutoria o suspensiva) o a término. Las consecuencias de que el legado esté sujeto a uno u otro ya han sido estudiados (*cf.* arts. 759 y 799 CC).

### 2) La prestación o pago del legado

El legatario, como tal, goza del derecho a reclamar del gravado (heredero o legatario) que le haga efectivo su derecho.

Con ocasión del pago se ponen de manifiesto la diferencia señalada entre legados reales y obligacionales. No obstante, puede identificarse un régimen general del pago de los legados:

a) Con relación a la *especie* en que debe hacerse efectivo el legado, el artículo 886 CC dispone:

"El heredero debe dar la misma cosa legada, pudiendo hacerlo, y no cumple con dar su estimación.

Los legados en dinero deberán ser pagados en esta especie, aunque no lo haya en la herencia.

Los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada serán a cargo de la herencia, pero sin perjuicio de la legítima".

b) Respecto de los *frutos*, la regla general se establece en el artículo 884 CC: los frutos e intereses corresponden al legatario desde la muerte del testador siempre que éste lo haya dispuesto expresamente.

c) El legatario tiene derecho al *saneamiento por evicción*, de acuerdo con los artículos 860 y 869, 3 CC, cuando el legado fuese de cosa indeterminada y se señalase sólo por el género o la especie. Fuera de estos supuestos no tiene la garantía del saneamiento.

d) La regla general respecto de las *cargas* que gravan la cosa legada es que deben ser soportadas por el legatario. Dicha regla se deduce del artículo 867, 3 CC cuando establece que "Cualquiera otra carga, perpetua o temporal, a que se halle afecta la cosa legada, pasa con ésta al legatario; pero en ambos casos las rentas y los intereses o réditos devengados hasta la muerte del testador son carga de la herencia", y del artículo 868 CC que en similares términos dispone que "Si la cosa legada estuviere sujeta a usufructo, uso o habitación, el legatario deberá respetar estos derechos hasta que legalmente se extingan".

### 3) La ineficacia del legado

#### a) Nulidad

La nulidad del legado, que tiene como consecuencia que el legatario no tiene derecho a reclamarlo, puede deberse a las siguientes causas:

- Cuando se realiza a favor de una persona afectada por una prohibición de suceder (arts. 752 a 754 CC).
- Cuando el testador está afectado por una prohibición de disponer respecto del objeto o derecho legado.
- Cuando la cosa legada está fuera del comercio (art. 865 CC).

## b) Extinción

Un legado perfectamente válido, puede devenir ineficaz por causas ajenas a la voluntad del disponente. Los casos en que esto sucede, siguiendo a Roca Trias son los siguientes:

- Destrucción o pérdida de la cosa legada (*cf.* art. 869, 3 CC).
- Renuncia del legatario.
- La no realización de la condición, en el caso de legado condicional.
- En el caso del legado de un crédito contra tercero, cuando el testador hubiese cobrado el crédito (art. 870 CC).
- Adquisición anterior y a título gratuito por parte del legatario de la cosa legada (art. 878 CC; si la adquisición es a título oneroso, podrá pedir al heredero que le indemnice lo desembolsado)

## c) Revocación

La revocación del legado, obviamente, se da cuando se revoca completamente el testamento que contiene ésta. Esta revocación puede ser, como veremos, expresa o tácita. No obstante, es perfectamente posible la revocación de un legado en particular, dejando subsistente el resto del testamento. Esta revocación de un legado en particular también puede ser expresa o tácita. El CC contempla en el artículo 869 dos supuestos de revocación tácita de los legados:

- Transformación de la cosa legada. El legado queda sin efecto "Si el testador transforma la cosa legada, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía".
- Enajenación de la cosa legada. El legado queda sin efecto "Si el testador enajena, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto a la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa".

Una forma especial de ineficacia de los legados es la **reducción**. Es especial tanto por su causa, la lesión de las legítimas, como por sus consecuencias. En efecto, la reducción supone, en su caso, invalidar parcialmente el legado, en función del alcance de la lesión de la legítima que se haya producido (*cf.* arts. 821 y 822 CC).

## 5.4. Las diversas especies de legado

La clasificación de los tipos de legado puede establecerse a partir de su consideración específica en el CC. Entre los artículos 858 a 891 CC, el legislador – de 889 no se olvide– habría recogido, en rica casuística, sólo los supuestos más habituales de éste. No existe, como recuerda Roca Trias, un *numerus clausus* en esta materia.

Hay también quien prefiere hablar de legados típicos, como los que se regulan en el CC, y atípicos, aquellos que crea el propio testador en uso de la autonomía de la voluntad. Sobre éstos, señalaba Ossorio Morales que el testador puede configurar sus disposiciones a título singular bajo formas distintas de las que el CC regula de modo específico, modalidades de legado que podían efectivamente denominarse atípicas y entre las que incluía: en primer lugar, el legado imponiendo al heredero la realización de una prestación de hacer o de no hacer en favor del legatario; en segundo lugar, el legado consistente en atribuir a este último, con carácter constitutivo, un derecho real limitativo sobre una cosa hereditaria o sobre un bien ajeno en favor del legatario; en tercer lugar, un tipo cuyo alcance y eficacia puede ofrecer dudas en la práctica, el legado de cosas que deben tomarse de un determinado lugar, o que se designan con referencia al sitio en que se encuentran, y por último, el problemático legado de parte alícuota.

El CC no establece un listado ordenado de las distintas especies de legado. Los autores ensayan enumeraciones –más que clasificaciones–, que presentan pocas variaciones entre sí. La que se expone a continuación sigue básicamente la propuesta de Roca Trias:

- Legado de cosa propia del testador
- Legado de cosa ajena
- Legado de cosa genérica
- Legados alternativos
- Legado de crédito y de liberación de deuda
- Legado en favor del acreedor
- Legado de prestaciones periódicas

### 1) Legado de cosa propia del testador

Este legado –sin duda el más frecuente– es aquél en el que el testador atribuye una cosa de su propio patrimonio al favorecido.

En concreto, el artículo 882, 1 CC se refiere al legado de cosa específica y determinada. Además de éste caben otros posibles objetos configuradores de este tipo de legado (por ejemplo, una cosa genérica o un derecho). En este sentido, un supuesto sería aquel en el que lo legado fuese un derecho real sobre alguno o todos los bienes de la herencia, en favor de personas distintas del heredero.

Un supuesto de legado de derecho real sería el legado de usufructo universal sobre todos los bienes de la herencia. Se trata de un legado que no se prevé en el CC, aunque sí en algunos Derechos civiles autonómicos. Por ejemplo, en el artículo 427-34 del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, se contempla expresamente el legado de usufructo universal, legado con eficacia real, a no ser que el testador le otorgue carácter obligacional, que se extiende a todos los bienes relictos, salvo voluntad en contra de este, excepto los que "hayan sido objeto de donación por causa de muerte, sin perjuicio de lo que el presente libro establece sobre las legítimas".

De forma muy escueta, el régimen del tipo básico de esta especie, el legado de cosa específica y determinada del testador, sería el siguiente:

- a) La cosa legada debe entregarse con todos sus accesorios y en el estado en que se encuentre al morir el testador (art. 883 CC).
- b) Los riesgos de pérdida o deterioro de la cosa desde la apertura de la sucesión corren por cuenta del legatario, como también son de su provecho el aumento o mejora que tenga ésta (art. 882, 2 CC).
- c) El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla (art. 885 CC).

## 2) Legado de cosa ajena

A primera vista resulta llamativo el hecho de que el testador pueda establecer el legado de una cosa que no le pertenece. Sin embargo, nuestro CC admite expresamente el legado de cosa ajena (art. 861 CC), con el único requisito para su validez de que el testador sea consciente de que la cosa legada no le pertenece. En realidad, este tipo de legado supone el establecimiento para el gravado de la doble obligación de adquirir la cosa legada y entregársela al legatario.

El supuesto descrito es una de las modalidades posibles del legado de cosa ajena. En función de a quién pertenece ésta, pueden diferenciarse las siguientes subespecies:

### a) Legado de cosa propia de un tercero

Es el supuesto que acaba de describirse, previsto en el artículo 861 CC:

"El legado de cosa ajena si el testador, al legarla, sabía que lo era, es válido. El heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario; y, no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación.

La prueba de que el testador sabía que la cosa era ajena corresponde al legatario".

### b) Legado de cosa sólo en parte del testador



El testador puede legar una cosa que le pertenece solo en parte, o que pertenezca sólo en parte al heredero o al legatario gravados con el legado. En este caso, dispone el artículo 864 CC, "se entenderá limitado el legado a esta parte o derecho, a menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero". Si el testador lega la cosa por entero, hay que entender que realiza dos legados: uno de cosa propia, sobre la parte que le pertenece, y otro de cosa ajena, que recae en la parte que no le pertenece.

Un caso particular y muy habitual de este supuesto es el *legado de cosa ganancial*. Su importancia práctica queda demostrada en el hecho de su regulación específica en el artículo 1380 CC: "La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario, se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento".

#### c) Legado de cosa propia del gravado

El artículo 863, 1 CC dispone que "Será válido el legado hecho a un tercero de una cosa propia del heredero o de un legatario, quienes, al aceptar la sucesión, deberán entregar la cosa legada o su justa estimación, con la limitación establecida en el artículo siguiente".

#### d) Legado de cosa propia del legatario

Conforme al artículo 866, 1 CC, no produce efecto el legado en el que la cosa legada pertenezca al legatario en el momento de hacerse el testamento. La pertenencia de la cosa legada puede haberse modificado al tiempo de la apertura de la sucesión. El artículo 878 CC contempla dos supuestos: primero, si la cosa que era originariamente del legatario, no lo es en el momento de la apertura de la sucesión, porque éste la hubiese enajenado a otro sujeto, el legado sigue siendo ineficaz; segundo, si la cosa la ha adquirido con posterioridad al testamento y le pertenece en el momento de la apertura de la sucesión, debe diferenciarse cuando la ha adquirido a título oneroso, supuesto en el que puede pedir al heredero lo desembolsado por ella, y cuando la ha adquirido a título lucrativo, caso en el que no puede reclamar nada.

### 3) Legado de cosa genérica

El legado de cosa genérica se caracteriza por recaer sobre una cosa de estas características.

Como sabemos, los legados suponen el nacimiento de una obligación, en la que el legatario es el acreedor y el gravado el obligado o deudor. En este caso, lo que surge es una obligación genérica, lo que conlleva la aplicación del régimen aplicable a las mismas (*cf.* art. 1167 CC).

El CC prevé algunas reglas o disposiciones para este tipo de legados:

a) En cuanto a la *especificación*, el artículo 875, 3 CC dispone que "La elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior". En el caso de que el testador encomiende expresamente la elección al heredero o al legatario, el artículo 876 CC previene que "el primero podrá dar, o el segundo elegir, lo que mejor les pareciere".

b) La *eficacia* o *ineficacia* de este tipo de legados, según el artículo 875 CC, se establece del siguiente modo: primero, si es de cosa mueble será válido aunque no haya cosas de su género en la herencia; si es legado de cosa inmueble no determinada sólo será válido si la hubiere de su género en la herencia.

#### 4) Legados alternativos

En los legados alternativos aparecen previstas varias cosas, de forma alternativa, que pueden ser entregadas al legatario, cumpliendo el gravado con la entrega de una sola de ellas.

El artículo 874 CC se remite, para establecer su régimen, a la regulación de las obligaciones alternativas (arts. 1131-1136 CC), "salvas las modificaciones que se deriven de la voluntad expresa del testador".

#### 5) Legado de crédito y de liberación de deuda

Respecto de los créditos, como objeto posible de legado, el testador puede establecer uno en el que legue un crédito que tenga contra un tercero o puede liberar al legatario de las deudas que tenga frente al propio testador.

El primer supuesto es el llamado *legado de crédito* y se caracteriza por asumir el legatario la posición de acreedor que poseía el testador. El artículo 870, 1 CC especifica que "el heredero cumplirá con ceder al legatario todas las acciones que pudieran competirle contra el deudor". Obviamente, el crédito debe existir en el momento de la apertura de la sucesión.

El *legado de perdón o liberación de una deuda del legatario*, como lo denomina el artículo 870, 1 CC, es una condonación *mortis causa* por parte del testador, que surtirá efecto sólo en el caso de que el crédito subsista en la apertura de la sucesión.

#### 6) Legado en favor del acreedor

El testador puede legar de forma expresa a su acreedor lo mismo que le debe. Este legado, previsto en el artículo 873 CC, suele denominarse también *legado de deuda*, expresión un tanto equívoca, ya que el testador no lega una deuda suya, sino que realiza el pago de una que tenía.

#### 7) Legado de prestaciones periódicas

En esta especie de legado, el legatario recibe del gravado la prestación de forma sucesiva y reiterada, a lo largo del tiempo preestablecido en el propio legado (que puede ser determinado o durante toda la vida del legatario).

Existen tres subtipos de este legado previstos en nuestro CC:

- a) Legado de educación (art. 879, 1 CC).
- b) Legado de alimentos (art. 879, 2 CC).
- c) Legado de renta vitalicia (art. 880 CC).

## 6. Adveración y ejecución de la voluntad testamentaria

Una vez que se produce el fallecimiento del causante, se desencadena un proceso cuya culminación debe ser la ejecución de la voluntad testamentaria. Previamente, debe constatarse la existencia o no de testamento, es decir, averiguar si el fallecido se había valido de esta posibilidad para organizar su sucesión *mortis causa*. Para ello, se cuenta con el **Registro General de Actos de Última Voluntad**. Constatada la existencia de testamento, debe procederse a su **adveración**, es decir, a acreditar la autoría del mismo por parte del sujeto a cuya sucesión se pretende aplicar. A partir de la adveración del testamento, puede procederse a la **ejecución de la voluntad testamentaria**. Para ello, cabe la posibilidad de que el testador se valga del **albaceazgo**, o sea, que encargue a una persona la ejecución de todas o algunas de sus disposiciones. A este sujeto pueden encomendársele misiones concretas o simplemente que vele por el cumplimiento de la voluntad testamentaria.

### 6.1. Registro General de Actos de Última Voluntad

Este registro cumple una función instrumental. Su existencia está ordenada a la averiguación de si el causante ha fallecido con testamento o no, y, en el caso de que existan varios testamentos del mismo sujeto, a establecer cuál de ellos es el último. Con este propósito se crea, por el Decreto de 14 de noviembre de 1885, con el objetivo básico, se señala en su Exposición de Motivos, de facilitar la noticia de los testamentos otorgados por un posible causante, evitar la inscripción en el Registro de la Propiedad de titularidades que se basen en testamentos revocados y evitar indebidas declaraciones de sucesores intestados.

El artículo 3 del Anexo II del Reglamento notarial de 1944 señala los actos de los que se tomará razón en el Registro:

"a) De los testamentos abiertos, de la autorización del acta de otorgamiento y protocolización de los cerrados o sus respectivas revocaciones, de las donaciones *mortis causa* y, en general, de todo acto relativo a la expresión o modificación de la última voluntad autorizado por notario de la península e islas adyacentes, posesiones del Norte de África y demás territorios de soberanía nacional; por cura párroco, en los puntos en que por ley, fuero o costumbre tenga esta facultad, o por agente diplomático o consular de España en el extranjero.

b) De los testamentos ológrafos, 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 las demás circunstancias personales expresadas en el artículo siguiente.

c) De la protocolización de los testamentos ológrafos y de los abiertos otorgados sin autorización de notario, de los testamentos otorgados por militares con arreglo a los artículos 716 y 717 del Código civil y de los otorgados en viaje marítimo.

d) Las personas que, residiendo o hallándose accidentalmente en el extranjero, otorgaren testamento ante funcionario del país en que se halle podrán hacer constar el hecho de este otorgamiento ante el agente diplomático o consular de España, suscribiendo un acta en la que constará su nombre y apellidos, estado, nombre y apellidos del cónyuge, si

fuere casado o viudo, naturaleza y vecindad, nombre de los padres, nombre y apellidos del funcionario que haya autorizado el acto, población en que tenga lugar, fecha y clase del instrumento. El representante diplomático o consular de España dará referencia de dichas actas, con transcripción de todos sus datos, al Registro General de Actos de Última Voluntad.

e) De las ejecutorias que afecten a la validez o nulidad de los testamentos y demás actos de última voluntad".

Mediante el **Certificado de actos de última voluntad**, que puede solicitarse en el Registro una vez transcurridos quince días del fallecimiento del causante, se acredita si una persona ha otorgado testamento (o testamentos) y ante qué notario (o notarios). De este modo, los sucesores podrán dirigirse al notario autorizante del último testamento y obtener una copia (autorizada) del mismo. Este documento es necesario para la realización de cualquier acto sucesorio. Puede solicitarlo cualquier persona, siempre que presente los documentos requeridos, bien presencialmente (en las gerencias territoriales del Ministerio de Justicia), bien por correo, bien por medio de la sede electrónica del Ministerio de Justicia.

## 6.2. Adveración del testamento

El estudio de la adveración del testamento, de la verificación de su autoría por parte del causante a cuya sucesión se pretende aplicar, corresponde a cada uno de los tipos de testamento que han sido estudiados con antelación.

## 6.3. El albaceazgo

### 6.3.1. Concepto y características

El albacea es un ejecutor de la voluntad testamentaria, encargo que recibe del testador. Se trata, por tanto, de un tercero, no de un sucesor. Puede incluso considerarse una figura innecesaria, ya que sus funciones serían desempeñadas normalmente por el heredero.

El CC lo regula extensa y detalladamente en los artículos 892 a 911.

Su carácter extraño, dado su origen medieval, al sistema sucesorio romano, en el que se inspira fundamentalmente nuestro Derecho de sucesiones, le otorga una cierta nota de extravagancia, que ha dado origen al ensayo de diversas teorías explicativas sobre su naturaleza jurídica. De este modo, hay quien habla del albacea como un mandatario *post mortem*, como un representante del causante o del caudal hereditario, o incluso como un fiduciario.

Sobre el origen y naturaleza del albaceazgo, se señala en la **STS 13 abril 1992** que "El albaceazgo es un cargo especial testamentario (art. 892 del Código civil), en el que predominan las funciones tuitivas y gestoras amplias –etimológicamente proviene del vocablo árabe *al waci* ('gestor') y tiende a la ejecución de la voluntad del *de cuius* designante, reflejado en correspondiente testamento, como plan y proyecto que sujeta su actuación, para culminar la testamentaria y en la mayoría de los supuestos y con funciones acumuladas de contadores-partidores (art. 1057), con la liquidación, división y adjudicación de los bienes a los coherederos y sucesores, concurriendo en el mismo las características de ser un cargo de confianza entre el causante y su ejecutor, para lo que suele tenerse muy en cuenta las especiales cualidades concurrentes en las personas designadas, que se reputan como las idóneas a fin de actuar correcta y eficazmente en la condición jurídica

de fiduciarios de aquél que los eligió, perdiendo éste todo control sobre las mismas por la imperativa causa de fallecer; asimismo es cargo gratuito, salvo las excepciones del art. 908; voluntario, ya que no hay ninguna obligación legal de aceptarlo (arts. 899 y 900); personalísimo e indelegable [art. 909 y S. 2-6-1962], y temporal (art. 910), con posibilidades de poder ser prorrogado, bien por la voluntad del testador (art. 904 y 905), de los herederos y legatarios (art. 906) o por decisión judicial (art. 905, párrafo segundo)".

Las **características** del cargo de albacea, siguiendo básicamente a Roca Trias, serían las siguientes:

a) Es un cargo **voluntario** y **renunciable**, como se establece expresamente en el artículo 898 CC: "El albaceazgo es cargo voluntario, y se entenderá aceptado por el nombrado para desempeñarlo si no se excusa dentro de los seis días siguientes a aquél en que tenga noticia de su nombramiento, o, si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al aquél en que supo la muerte del testador". Sobre la renuncia, el artículo 899 CC dispone que el designado deberá alegar "causa justa al criterio del secretario judicial o del notario".

b) Es un cargo **personalísimo**, en tanto que persona de la confianza del testador al que encarga la ejecución de su voluntad testamentaria. Ello tiene su reflejo en que el albacea no puede delegar el cargo sin expresa autorización del testador (art. 909 CC)

c) Es un cargo **temporal**, es decir, no se trata de una función a desempeñar de manera perpetua, sino que está limitado a la ejecución del concreto encargo testamentario. A este respecto, con carácter general, dispone el artículo 904 CC: "El albacea, a quien el testador no haya fijado plazo, deberá cumplir su encargo dentro de un año, contado desde su aceptación, o desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento o de alguna de sus disposiciones". La posibilidad de ampliación de este plazo se prevé en el artículo 905 CC.

d) Es un cargo **gratuito**, como establece tajantemente el artículo 908 CC. A continuación, no obstante, prevé la posibilidad de su remuneración: "Podrá, sin embargo, el testador señalar a los albaceas la remuneración que tenga por conveniente; todo sin perjuicio del derecho que les asista para cobrar lo que les corresponda por los trabajos de partición u otros facultativos".

### 6.3.2. Clases de albaceas

La clasificación de los albaceas puede establecerse en función de distintos criterios.

1) Por su nombramiento, o por el origen de su designación, se distinguen los siguientes:

a) Albacea testamentario. Es el nombrado por el testador, obviamente en el testamento (art. 892 CC).

**b) Albacea dativo.** Este albacea dativo, tal y como se preveía en la LEC 1881, ha sido suprimido en la vigente LEC. El derogado artículo 966, 1 LEC 1881 establecía el nombramiento por parte del juez, en el caso de haber fallecido el causante sin testar y sin parientes, de un albacea dativo "que se encargue de disponer el entierro, exequias y todo lo demás que sea propio de este cargo con arreglo a las leyes". La nueva LEC no prevé expresamente la figura, si bien hay que entenderla subsumida en los procedimientos relativos a la intervención y administración del caudal hereditario (art. 790 y sig.).

**c) Albacea legítimo.** En los casos de extinción del cargo, sin haber finalizado sus funciones, o cuando el designado no acepta, el artículo 911 CC dispone que corresponderá a los herederos la ejecución de la voluntad del testador. Para algunos autores no se trata estrictamente de un supuesto de albaceazgo, ya que los herederos pueden actuar con relación a la herencia sin necesidad de nombramiento alguno por parte del testador, que se les antoja característica esencial del albacea.

**2) Por el número de albaceas y las modalidades de llamamiento:**

Puede nombrarse más de un albacea (art. 892 CC). Cuando son varios, el CC prevé que actúen bien de forma simultánea, bien de forma sucesiva. La actuación simultánea o conjunta puede ser, a su vez, mancomunada o solidaria.

**a) Albaceas sucesivos.** La designación se hace previendo un sustituto o varios del nombrado en primer lugar.

**b) Albaceas mancomunados.** El artículo 895 CC prevé con relación a estos que "Cuando los albaceas fueren mancomunados, sólo valdrá lo que todos hagan de consuno, o lo que haga uno de ellos legalmente autorizado por los demás, o lo que, en caso de disidencia, acuerde el mayor número".

**c) Albaceas solidarios.** Artículo 897 CC: "Si el testador no establece claramente la solidaridad de los albaceas, ni fija el orden en que deben desempeñar su encargo, se entenderán nombrados mancomunadamente y desempeñarán el cargo como previenen los dos artículos anteriores".

**3) Por la extensión de las facultades del albacea:**

**a) Albacea universal.** Es aquel supuesto en el que éste recibe el encargo de ejecución de todas las disposiciones testamentarias, incluyendo las funciones propias del contador-partidor de la herencia.

**b) Albacea particular.** Se trata de un albacea que recibe uno o varios encargos concretos. Es muy habitual el nombramiento de un albacea que asuma todo lo relativo a la administración de los bienes hereditarios hasta el momento en que se lleve a cabo la partición de la herencia.

### 6.3.3. Contenido y ejercicio del albaceazgo

#### 1) Facultades

En cuanto a la facultades del albacea, la regla general para su establecimiento es la voluntad del testador, salvo que lo dispuesto por éste sea contrario a la ley (art. 901 CC).

En el caso de que el testador no determine las facultades del albacea, el artículo 902 CC le asigna como tales:

- a) Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo a lo dispuesto por él en el testamento; y, en su defecto, según la costumbre del pueblo.
- b) Satisfacer los legados que consistan en metálico, con el conocimiento y beneplácito del heredero.
- c) Vigilar sobre la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio y fuera de él.
- d) Tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, con intervención de los herederos presentes.

El artículo 903 CC se refiere a unas facultades de disposición sobre los bienes de la herencia que puede ejercer además de las que le atribuya el testador:

"Si no hubiere en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados, y los herederos no lo aportaren de lo suyo, promoverán los albaceas la venta de los bienes muebles; y, no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos.

Si estuviere interesado en la herencia algún menor, ausente, corporación o establecimiento público, la venta de los bienes se hará con las formalidades prevenidas por las leyes para tales casos".

#### 2) Deberes

El detalle con que el CC regula la figura del albacea no tiene su continuación en el establecimiento de sus deberes. Prácticamente respecto de éstos se limita a establecer su obligación de ejercer el cargo, una vez aceptado (art. 899 CC) y a rendir cuentas cuando haya concluido el desempeño de sus funciones (art. 907 CC).

Esta ausencia de regulación determina acudir a unas reglas generales que no pueden ser otras que las establecidas en los artículos 1101 CC y sig. para las obligaciones. Ello permite, entre otras cosas, por mor del artículo 1104, 2 CC, establecer el canon de diligencia exigible al albacea, cuando el testador no lo determine, en el correspondiente a un buen padre de familia.



### 6.3.4. Extinción

Como se señalaba, el albaceazgo se caracteriza por su carácter temporal, de modo que su existencia queda vinculada al cumplimiento de los encargos que encomienda el testador. La causa principal de extinción es, por tanto, el cumplimiento del encargo.

El artículo 910 CC dispone otras causas de extinción:

"Termina el albaceazgo por la muerte, imposibilidad, renuncia o remoción del albacea, y por el lapso del término señalado por el testador, por la ley y, en su caso, por los interesados".

El efecto principal de la extinción es la obligación de rendir cuentas, obligación indisponible por el testador, según el artículo 907 CC, y que se hace especialmente acusada en el supuesto de que hubiese sido nombrado, no para entregar los bienes a herederos determinados, sino para darles la inversión o distribución que el testador hubiese dispuesto en los casos permitidos por derecho, supuesto en el que debe rendir cuentas judicialmente.

## 7. La ineficacia del testamento

### 7.1. Planteamiento

El CC no establece de forma general y sistemática cuáles son las causas de ineficacia de un testamento. Sí dedica a la revocación testamentaria los artículos 737 a 742, que junto con el artículo 743, referido a la caducidad, conforman, en el libro III, título III, capítulo I, la sección décima titulada: "*De la revocación e ineficacia de los testamentos*". Ambas, **revocación** y **caducidad**, pueden incluirse, conceptualmente hablando, en la genérica categoría de la **ineficacia**, es decir, cuando el testamento no produce los efectos para los que estaba ordenado. También en la ineficacia estaría comprendida la **nulidad**, entendida ésta como la invalidez del testamento por algún defecto o vicio concurrente en su otorgamiento.

Capilla Roncero destaca críticamente la falta de rigor del CC en materia de ineficacia con carácter general y en concreto en sede testamentaria. Ello trata de paliarse con la aplicación al testamento de la tipología básica de la invalidez e ineficacia del contrato, lo que plantea sin embargo evidentes dificultades, básicamente desde un punto de vista estructural (bilateralidad en el contrato y unilateralidad en el testamento). Estas importantes diferencias dificultan, señala, que se pueda hablar de una categoría general de la anulabilidad del testamento.

A este respecto, la **STS 12 noviembre 1964** señalaba que

"nuestro ordenamiento civil, no recoge en un título o capítulo la doctrina general relativa a la ineficacia de los negocios jurídicos, con su gama de inexistencia, nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión, revocación, denuncia, caducidad, etc., ni contiene tampoco una normación general sobre la ineficacia de los testamentos; por lo que no habrá que inducirla de los diversos preceptos que a una y otra aludan, pero sin que pueda reputarse aplicable íntegramente a los testamentos, la doctrina general sobre la nulidad de los negocios jurídicos, por ser aquellos unos negocios de estructura unilateral y comprensivos de declaraciones no recepticias".

Hay que tener en cuenta lo que supone que el testamento resulte ineficaz. El causante, el testador, ha depositado su voluntad en un testamento que no va a desplegar sus efectos. Ello justifica el especial cuidado y delicadeza con que deben regularse y aplicarse las causas de ineficacia. El autor del acto que resulta nulo, revocado o ineficaz por caducidad, puede, será lo más normal, que no esté vivo para defenderlo.

### 7.2. Nulidad

#### 1) Concepto y causas

La nulidad supone la ineficacia originaria del testamento. La concurrencia de determinadas circunstancias en el origen del testamento pueden provocar su nulidad. Ello es lo que permite diferenciar la nulidad –además de no depender

de que sea provocada por el testador– de la revocación, la cual presupone un testamento válido y tiene su causa en la voluntad del propio testador, ordenada a dejar sin efecto lo que el mismo había dispuesto.

Las **causas** de nulidad han sido ya apuntadas en diversas partes de este módulo, ya que se refieren a los requisitos que deben reunir los testamentos. A modo de recordatorio, éstas son:

- a) Los defectos debidos a la falta capacidad del otorgante (*cf.* arts. 663 y 688 CC).
- b) Los defectos formales en el otorgamiento del testamento (art. 687 CC).
- c) La utilización de modalidades testamentarias prohibidas (como el testamento mancomunado, art. 669 CC, o el testamento por comisario, art. 670 CC).
- d) La existencia de vicios de la voluntad (violencia, intimidación, error, dolo) en el momento del otorgamiento del testamento.

## 2) Régimen de la acción de nulidad

La acción de nulidad es una **acción meramente declarativa**, dirigida a acreditar la concurrencia de los defectos invalidantes en el testamento.

En cuanto a la **legitimación activa**, la regla general es que cualquier sujeto con un interés legítimo en la declaración de nulidad puede interponer la acción.

El artículo 675, 2 CC establece una norma que puede resultar un tanto obvia: "El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley". Su justificación hay que encontrarla en el uso muy frecuente, en el pasado, por parte del testador, de cláusulas de prohibición de impugnación del testamento.

La **legitimación pasiva** corresponde a todos a los que de algún modo afecte o perjudique la declaración de nulidad del testamento.

La jurisprudencia establece la exigencia de demandar a todos los posibles perjudicados (litisconsorcio pasivo necesario), a diferencia de lo que sucede desde el punto de vista activo. En este caso, cualquiera de los interesados puede demandar la nulidad, aprovechando los efectos beneficiosos de la sentencia a los no intervinientes en el pleito.

En este sentido, la **STS 10 noviembre 1979** dispone: "porque la acción de nulidad de un testamento abierto por no haberse observado las formalidades o solemnidades establecidas para el caso, ha de ser forzosamente dirigida contra todos los interesados, entendiéndose por tales los que de manera directa tengan interés en que se mantenga su validez y subsistencia, es decir, en el presente caso, los herederos y la legataria instituidos en el citado testamento, sin que tal acción tenga también que ser necesariamente dirigida contra el notario que lo autorizó, y así lo viene estableciendo implícitamente la doctrina jurisprudencial, pudiendo citarse entre otras muchas, las SS. de 15 marzo 1951, 24 octubre 1963, 31 enero 1964, 27 septiembre y 15 noviembre 1968, 3 junio 1972 y 16 diciembre 1975, todas ellas recaídas en pleitos en los que se ejercitaba una acción de aquella naturaleza sin haber sido demandado el notario autorizante del testamento, pese a lo cual, esta sala no estimó la falta de *litis consorcio* pasivo necesario, como tendría que haberlo hecho incluso de oficio de ser tal circunstancia determinante de una defectuosa constitución de la relación jurídico procesal; y en cuanto al segundo motivo, porque ni en los escritos del periodo impositivo del pleito, ni en la sentencia recurrida, se hace

alusión ni referencia alguna a la eventual existencia de otras personas que se crean o puedan ser herederos de dicha causante, antes por el contrario, en la contestación y en la dúplica de los demandados no opusieron objeción de ninguna clase a la legitimación activa de la demandante, que actúa en el pleito en su propio nombre y derecho como heredera *abintestato* de la citada causante y en beneficio de la comunidad de herederos legítimos de la misma".

La cuestión del **plazo de prescripción**, del tiempo del que se dispone para ejercitar la acción, no es pacífica. El hecho de que no venga expresamente determinado en el CC ha hecho surgir la polémica. Así, algunos sostienen que se trata de una acción personal, sometida por tanto al plazo general previsto para éstas (art. 1964 CC, que ha pasado de quince a cinco años, tras la reforma introducida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre). Otros mantienen que para determinados vicios debería acortarse a cuatro años, por analogía con el plazo previsto para la anulabilidad del contrato, o a cinco, por analogía con el plazo de ejercicio de la acción de nulidad.

En esta cuestión, nos parece acertada la opinión de Capilla Roncero, que habiendo estudiado con profundidad la nulidad testamentaria (*Nulidad e impugnabilidad del testamento*, ADC 1987, pág. 3 y sig.), concluye que por tratarse de una acción declarativa, lo más congruente es considerarla imprescriptible.

### 3) Convalidación del testamento nulo

La convalidación puede venir propiciada por diversas circunstancias, de las que se deduce que el testamento deviene firme y por tanto inatacable. En este sentido, puede operar, por ejemplo, la teoría de los actos propios, que impediría el ejercicio de la acción de nulidad a aquellos que se hubiesen beneficiado de él. Igualmente, los legitimados pueden renunciar a la acción de nulidad, expresa o tácitamente.

Un supuesto que no puede entenderse como convalidación es la conversión en testamento ológrafo del testamento cerrado declarado nulo, como dispone el artículo 715 CC. En este caso, más que conversión lo que existe es una recalificación testamentaria.

## 7.3. La revocación del testamento

### 7.3.1. Concepto y requisitos

El artículo 737 CC establece, como sabemos, la revocabilidad esencial de todas las disposiciones testamentarias.

Albaladejo (1984). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Tomo X. Vol. 2.º. Arts. 774 a 805 del Código civil* (pág. 386). Madrid: Edersa, sistematiza el artículo 737 CC advirtiendo en él la presencia de tres preceptos: el primero, que contendría el principio de la esencial revocabilidad de las disposiciones testamentarias; el segundo, aquel que establece que habrán de considerarse por no puestas las cláusulas derogatorias de disposiciones futuras, y por último, el ordenado también a tener por no puestas aquellas cláusulas (las llamadas cláusulas *ad cautelam*) que exijan ciertos requisitos no establecidos por la ley para que valga la revocación que después se pudiere hacer del testamento que los exige.

Por medio de la revocación, el testador priva de su eficacia, total o parcialmente, al testamento otorgado por el mismo. En consecuencia, la sucesión *mortis causa* no podrá regirse por el testamento revocado. Esta ineficacia del testamento anterior deberá producirse por medio de otro testamento, posterior a éste naturalmente. La regla básica –muy similar a la que opera para la eficacia de las leyes en el tiempo– es, por tanto, la de que el testamento posterior deroga el testamento anterior.

Sancho Rebullida (1993). *Comentario del Código civil. Ministerio de Justicia. Tomo I* (pág. 1845). Madrid, de manera concisa y clara, la define como "una declaración de voluntad del testador por la que dispone la ineficacia del anterior testamento o de parte de su contenido".

Los requisitos generales de la revocación testamentaria son:

1) Se revoca mediante otro testamento (art. 738 CC).

La regla es que debe elaborarse otro testamento, en cualquiera de sus modalidades, conteniendo la voluntad revocatoria. Esto es necesario tanto para la revocación expresa como para la revocación tácita. La excepción sería la llamada revocación real (art. 742 CC), lo que lleva a pensar a algunos que no se trata realmente de un supuesto de revocación.

Esta exclusividad del testamento como acto revocatorio se justificaría en un sistema como el nuestro en el que no sólo se veta o se restringe la posibilidad del pacto sucesorio, la llamada *sucesión contractual*, sino en el hecho de que también han desaparecido otros actos testamentarios, como eran los codicilos.

Por otro lado, esta exclusividad es realizada por el hecho de que caben testamentos solamente revocatorios, es decir, que contengan sólo una declaración revocatoria, abriendo así el camino a la sucesión intestada.

2) Un tercero no puede revocar el testamento de otro. Es un requisito bastante evidente, ya que el testamento es un acto personalísimo (*cf.* art. 742 CC).

3) El testamento revocador debe ser perfecto (art. 739 CC), en sí mismo eficaz. Si es nulo, no tiene efectos, ni siquiera el efecto revocador.

### 7.3.2. Clases de revocación

Las clases de revocación pueden establecerse en función de diversos criterios. Así, pueden diferenciarse, según como se produce el acto revocatorio:

- la revocación **expresa**,
- la revocación **tácita**, y
- la revocación **material**.

También puede distinguirse, en razón de su alcance:

- la revocación **total**, y

- la revocación **parcial**.

La distinción entre revocación total y parcial puede entenderse en un doble sentido. De un lado, hay revocación total cuando el testamento posterior revoca todos los testamentos anteriores, y revocación parcial cuando revoca uno o algunos de éstos. De otro lado, cuando existiendo un único testamento anterior el posterior revoca todas (revocación total) o sólo alguna o algunas (revocación parcial) de las disposiciones contenidas en éste.

Veamos detenidamente los **supuestos de revocación**, en función de cómo se lleva a cabo ésta:

La **STS 29 septiembre 1986** describe las posibilidades de dejar sin efecto la voluntad expresada en testamento válido, afirmando que "no puede quedar sin efecto como no haya sobrevenido, o la revocación de éste en forma expresa y legal o el otorgamiento de otro testamento de contenido incompatible o contrario al del antecedente o si se da el caso de la revocación llamada real consistente en la destrucción intencionada del testamento hecha por el propio testador".

#### a) Revocación expresa

Es la revocación, en principio, menos problemática, ya que, dado su carácter expreso, se evitarán los problemas que los otros modos de revocación, sobre todo el tácito, previsiblemente pueden ocasionar.

Ha sido definida como "aquella mediante la cual el testador declara, de una manera taxativa, el cambio de su voluntad por lo que respecta al contenido de uno o varios testamentos anteriores". [Pastor Ridruejo (1964). *La revocación del testamento* (págs. 165 y 166). Barcelona.]

#### b) Revocación tácita

El artículo 739, 1 CC establece que el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo en parte.

La letra del artículo 739, 1 CC, puede decirse, si se quiere ser tajante, que no deja lugar a dudas: nos encontramos con el establecimiento *ex lege* de la incompatibilidad entre testamentos sucesivos. Ello se hace de manera terminante, exigiendo al testamento posterior, al revocatorio, que sea un testamento perfecto, pero sin requerir que en éste se exprese por el testador su voluntad revocatoria. El que de esta específica voluntad se derive tácitamente ese especial efecto revocatorio –hay que deducirlo así– viene decretado por el legislador, en el sentido, como señalaba Pastor Ridruejo, de que la misma equivaldría a una cláusula derogatoria que la ley lee o da por existente en el nuevo testamento, a pesar de no estar escrita ni pronunciada.

Esta interpretación estricta del precepto –ahora veremos que minoritaria– es la que se sostenía en la **STS 8 noviembre 1932**:

"Considerando que la norma taxativa del art. 739 del Código civil establece con el máximo rigor de juicio una presunción absoluta *iures et de iure*, de que el testamento posterior perfecto abroga el anterior, si aquél no contiene cláusula expresa confirmatoria de éste; y tan categórico precepto toma razón de derecho en el principio de vocación testamentaria exclusiva fundada en el hecho real de la existencia de una última voluntad revestida de todas las formalidades legales, mejor que en el mero contenido de instituciones diferentes, propensas con interpretaciones arriesgadas o contradictorias a desnaturalizar la postrera declaración solemne y autorizada del *de cuius*, manifiesta en la exteriorización definitiva de su querer en trance de muerte".

A esta interpretación del artículo 739, 1 CC, se opondría la mayoritariamente seguida por doctrina y jurisprudencia, que sostiene que la regla contenida en este precepto no puede significar que, salvo manifestación en contrario del testador, cualquier testamento ulterior inutilice del todo al anterior. Según este planteamiento, debe procederse a la interpretación y comparación de los contenidos testamentarios, subsistiendo del anterior todo aquello que resulte compatible con el posterior.

Esta forma de entender la revocación tácita se describe en la **STS 1 febrero 1988** del siguiente modo:

"La revocación sólo debe producirse en tanto en cuanto el contenido de la última disposición testamentaria sea incompatible con el de la anterior". Antes en la **RDGRN 28 diciembre 1951**, se consagraba definitivamente la idea de que el precepto no debía interpretarse "con tan absoluto rigor que impida la coexistencia de disposiciones testamentarias complementarias o aclaratorias", a la vez que se insistía en su armonización con lo establecido en el artículo 675 CC, infiriendo de todo ello que "la última disposición testamentaria, de contenido muy concreto, puede estimarse compatible con la ordenación de la voluntad manifestada anteriormente".

### c) Revocación real o material

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

Este testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador, o hallándose éste en estado de demencia; pero si aparecieren rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez.

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

En principio, la destrucción de un testamento no puede considerarse un tipo de revocación. Ello equivaldría a someter al testamento a un peligro o riesgo innecesario. Cosa distinta es que la destrucción o alteración –puede ser parcial– sean obra del propio testador. Dicho de otro modo, entender que los actos que lleva a cabo el testador y que suponen la destrucción material del testamento equivalen a su revocación.

Albaladejo (1961). *Cuestiones en materia de revocación de testamentos* (pág. 41). AAMN, la definía concisamente como "la destrucción intencionada del testamento por el testador", concluyendo que se trata de una revocación "que no se dice, sino que se hace".

Es ésta una revocación en la que no existe un nuevo testamento. En este caso, no hay un testamento que entre sus disposiciones o como única cláusula contenga una voluntad expresa de revocar un testamento anterior, y no existe tampoco un testamento más reciente que independientemente de su contenido y sin declarar nada sobre otro anterior establezca la sucesión del causahabiente. Lo que tiene lugar es una actividad material, un comportamiento, del que tácitamente se presume una voluntad contraria a la subsistencia del testamento y, en definitiva, a la misma voluntad contenida en el mismo.

#### **7.4. Caducidad del testamento**

La caducidad del testamento está anudada al hecho de que algunos tipos de testamento dependan, para su plena eficacia, del transcurso del tiempo o de la realización de un determinado hecho o requisito. Así sucede, como hemos visto, por ejemplo, con el testamento en peligro de muerte, que caduca a los dos meses desde que el testador haya salido del peligro (art. 703 CC), o con el testamento ológrafo, cuando no se produce la protocolización del mismo (art. 689 CC). El CC, en el artículo 743, remite para su regulación a cada uno de dichos supuestos.



## Resumen

Este módulo, dedicado a la sucesión testamentaria, es el más extenso de todos cuanto configuran la asignatura *Derecho civil IV*. El módulo no se limita al estudio del concepto, la estructura y las clases de testamento, sino que se ocupa de los posibles contenidos testamentarios. Sólo su extensión es demostrativa, por sí misma, de la importancia del testamento como instrumento para organizar la sucesión *mortis causa*.

Se inicia con el estudio del **concepto de testamento y de sus características esenciales**. Éstas (unilateralidad, personalismo, revocabilidad, solemnidad) ponen de manifiesto su importancia como vehículo para manifestar la voluntad sucesoria de un sujeto. Una trascendencia que se acusa en el hecho de que sea instrumento casi único, ya que en el Derecho común –a diferencia de lo que sucede en algunos Derechos civiles autonómicos– no cabe la sucesión contractual. La importancia y las características del testamento se manifiestan, por último, en la especial atención que debe darse a su interpretación también estudiada en esta primera parte del módulo.

El módulo, en su segunda parte, está dedicado a las **clases de testamento**. La pluralidad y diversidad de formas testamentarias que se ofrecen a quien opte por este modo de organizar su sucesión actúan a favor del testamento, en la medida en que facilitan la realización del mismo en las más diversas circunstancias. Con este sentido, de *favor testamenti*, debe abordarse la distinción entre testamentos comunes (ológrafo, abierto y cerrado) y testamentos especiales (militar, marítimo y de ciudadano español en el extranjero). La demostración de que nadie, por muy extremas que sean las circunstancias en las que se encuentre, puede verse privado de la posibilidad de testar, se halla en la previsión de estos testamentos especiales y sobre todo de los llamados testamentos excepcionales, en peligro de muerte o en tiempo de epidemia.

Al posible **contenido del testamento** se dedican los siguientes apartados del módulo (tercero, cuarto y quinto). Un contenido que no es necesario: el testamento de nuestro sistema sucesorio no tiene que contener obligatoriamente la designación de heredero. Esto no quiere decir que el testamento no tenga un contenido *típico*, en el que evidentemente la institución de heredero tiene un importante protagonismo. Ello explica el estudio particularizado, en su diversidad, de los posibles contenidos testamentarios: desde la designación de heredero hasta los legados, pasando por las sustituciones, en sus diversas versiones: vulgar, pupilar, ejemplar y fideicomisaria.

La sexta parte del módulo se ocupa de la **adveración del testamento** y de su **ejecución**. El testamento es un acto realizado por un sujeto, que despliega sus efectos a la muerte de éste. Para que ello sea posible, debe procederse, en

primer lugar, a establecer que el fallecido se había valido de este instrumento para organizar su sucesión –algo que facilita la existencia del Registro General de Actos de Última Voluntad– y, en segundo lugar, una vez que se dispone del testamento, a su adveración, es decir, a determinar que su autor es el sujeto cuya sucesión pretende regirse por el mismo. Una vez adverado el testamento, ha de procederse a su ejecución, esto es, a dotar de eficacia a sus disposiciones. La ejecución del testamento puede ser encomendada a un albacea.

Finalmente, el módulo concluye con el estudio de la **ineficacia testamentaria**. Ésta supone la frustración de los efectos que el testamento debe desempeñar, básicamente la organización de la sucesión *mortis causa*. El origen de la invalidez del testamento puede localizarse tanto en defectos o vicios que éste sufra en su elaboración (nulidad), pero también en la propia voluntad del testador por medio de la revocación.

## Actividades

1. Comentad el siguiente fragmento del capítulo IV de la obra de Alonso Martínez, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. En: Rogel Vide y Vattier Fuenzalida (coord.). *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra* (págs. 1169-1311). Madrid.

"No quiero decir con esto que no influyera en el ánimo de los señores vocales el deseo de facilitar en ese punto la avenencia entre castellanos y catalanes; al contrario, reconozco que esta patriótica aspiración fue una de las causas determinantes de su voto; pero afirmo que no fue la única, sino que al lado y por encima de ella, había en todos el convencimiento de que la prohibición en absoluto de las sustituciones fideicomisarias obedeció, así en Francia e Italia como en la España de 1851, a una preocupación de todo punto injustificada. ¿Qué razón puede haber para prohibir las sustituciones fideicomisarias a favor de personas que *vivan* al tiempo del fallecimiento del testador? Ninguna. Y sería menester que un alto interés social la demandara imperiosamente para que fuese legítima esa limitación a la libertad humana. Del fideicomiso, encerrado dentro de ciertos límites, ni puede decirse con fundamento que lleve la librea feudal, ni tampoco que favorezca la vinculación ni sea una institución aristocrática. [...] Lo verdaderamente importante en el fideicomiso es fijar su extensión, porque prohibirle es un acto de tiranía, una violación del derecho individual; y permitir que se establezca indefinidamente o en favor de muchas generaciones, es volver a amortizar y esterilizar la tierra, resucitar la vinculación y herir un alto interés social. En este punto, ya las opiniones de los vocales de la Comisión anduvieron divergentes. Quién proponía, inspirándose en la legislación inglesa, que se autorizase al testador para hacer cuantos llamamientos tuviera por conveniente, con tal de que recayesen en personas vivas, y cuando más en las personas en las que nacieran en los veinte o treinta años posteriores a la muerte del último llamado. Quien entendía que tratándose de una institución tan española, no había para qué copiar legislaciones extrañas; éste quería extender el fideicomiso a tres generaciones distintas, mientras que aquel no concebía que se otorgaran derechos a personas aún no nacidas. La disidencia era, sin embargo, más aparente que real; y de todas suertes, recaía sobre meros accidentes".

2. Comentad el siguiente fragmento de la STS 7 mayo 1990, sobre la llamada revocación testamentaria tácita *ex* artículo 739, 1 CC: "Dentro del ámbito de la revocación testamentaria, en su forma o modalidad llamada "tácita", que establece el párrafo primero del artículo 739 del Código civil, cuando prescribe que "el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte", uno de los problemas hermenéuticos que ha venido suscitando la correcta aplicación de dicho precepto es el atinente a la forma en que ha de considerarse acreditada o manifestada por el testador su voluntad acerca de la subsistencia (en todo o en parte) del testamento anterior, no obstante el otorgamiento del posterior perfecto. Superado un primitivo criterio rigorista de ineludible exigencia de que la voluntad del testador en el indicado sentido había de aparecer explícita y formalmente expresada en el testamento posterior, sin cuyo requisito en ningún caso podía pervivir total o parcialmente el anterior, el nuevo y más flexible criterio jurisprudencial, ya iniciado en las Sentencias de esta Sala de 22 de marzo de 1901, 17 de junio de 1915 y 11 de diciembre de 1929, y consolidado en la reciente de 1 de febrero de 1988 coincidente, además, con el de la doctrina científica mayoritaria y con el que ya adoptó la Dirección General de los Registros y del Notariado –Resoluciones de 12 de septiembre de 1947 y 18 de diciembre de 1951–, es el de que la 'voluntad' que se exige en el párrafo primero del artículo 739 del Código civil para dejar subsistente un testamento anterior puede ser, no sólo la explícita o expresa en tal sentido, sino también la que se deduzca del tenor de ambos testamentos cuando, aplicando las reglas de interpretación que establece el artículo 675 del mismo cuerpo legal, aparezca evidente la intención del testador de mantener o conservar el testamento anterior, respecto del cual el posterior sea complementario, aclaratorio o simplemente modificativo".

## Ejercicios de autoevaluación

1. ¿Cuáles son las características esenciales del testamento?
2. Juan, de treinta años, padece una grave esquizofrenia. Sus padres se han negado siempre a iniciar el proceso para incapacitarlo judicialmente. Aconsejado por sus propios padres, Juan ha decidido hacer testamento. Tanto él como sus padres dudan sobre su capacidad para realizarlo.
3. ¿Cómo se interpreta, de acuerdo con el artículo 675 CC, el testamento?
4. ¿Cuáles son los llamados testamentos comunes?
5. ¿Se exige algún requisito especial al sujeto para la realización de un testamento ológrafo?

6. ¿Es siempre necesaria la presencia de testigos en el testamento abierto?

7. Amalia, de noventa años, se encuentra hospitalizada en Sevilla desde hace tres meses. Los médicos han advertido a su familia que su fallecimiento es cuestión de días. Dos de sus hijos creen que puede otorgar testamento conforme a lo previsto en el artículo 700 CC, que contempla una modalidad excepcional de testamento en caso de peligro de muerte. ¿Es ello posible?

8. ¿Cuáles son los llamados testamentos especiales?

9. Rafael ha anunciado a sus cuatro hijos que pretende aumentar la cuota hereditaria de Felipe, el más pequeño de ellos. Los desvelos que éste tiene con él desde que enviudara y su dedicación al negocio familiar es motivo más que suficiente para mejorarle. Ha preguntado a su abogado si debe hacer constar estos motivos en el testamento.

10. La bondad de Dionisia era conocida por todos. Su espíritu caritativo y su dedicación a los demás han sido, durante toda su vida, proverbiales. A nadie ha sorprendido que en el testamento ológrafo hallado en su domicilio tras su fallecimiento aparezca esta única cláusula: "Sean beneficiarios de mis bienes los pobres, criaturas amadas por nuestro Dios misericordioso". Sus únicos parientes vivos, dos sobrinos, hijos de una hermana, se muestran reacios a admitir que un testamento con una disposición de este tipo pueda ser válido.

11. Rafael ha incluido en su testamento la siguiente disposición: "Herédeme mi sobrina Matilde, pero si se va a vivir fuera de España, perderá mi herencia y pasará a su hermana Rosario". ¿Cómo calificaría esta disposición?

12. Javier, viudo y padre dos hijos, José Antonio y Juan, ha decidido hacer testamento. Su mayor preocupación es que su hijo Juan, que padece síndrome de Down, no quede desamparado tras su muerte. El notario ante quien piensa otorgar testamento, le ha propuesto la realización de un legado modal. ¿Es ello posible? ¿Cómo podría redactarse la cláusula testamentaria que contuviese esta disposición?

13. "Canelo", una finca de olivar de la campiña cordobesa ha pertenecido, desde la Desamortización, en el siglo XIX, a la familia Vélez. Enrique Vélez está decidido a que la finca no salga de su familia, para ello está dispuesto a hacer, como ha confesado muchas veces, "lo que haga falta". Ha consultado a su abogado sobre la posibilidad de que su hijo reciba la finca, pero con la obligación de transmitirla a su nieto, nacido hace tres años, imponiéndose la misma obligación, pretende, a éste y al hijo de éste, su bisnieto, y también al de éste, su tataranieto. Esto debe asegurar la permanencia del bien en la familia al menos en los próximos cien años. ¿Cómo puede realizarse lo que pretende el Sr. Vélez? ¿Es posible que un bien quede vinculado de ese modo y durante todo el tiempo que pretende?

14. ¿Quiénes son los sujetos intervinientes en un legado?

15. ¿El testador puede establecer un legado sobre un bien que no le pertenece?

16. ¿Es posible establecer otros legados distintos de los previstos en el CC?

17. ¿Cuál es el cometido del Registro General de Actos de Última Voluntad?

18. ¿Qué características reúne el cargo albacea testamentario?

19. ¿Por qué causas puede resultar ineficaz un testamento?

20. Felipe Clemente de Diego, un ilustre civilista español, planteaba el siguiente ejemplo de revocación: "Supóngase que hecho ya un testamento disponiendo por completo de sus bienes con institución de heredero y ordenación de legados, se otorga otro para reconocer un hijo natural o para hacer un legado sin hacer otra declaración; muere el testador con estos dos testamentos, y, a tenor de la doctrina del Código, como el posterior deroga al anterior y en aquel no se dispone de los bienes o sólo en muy pequeña parte, en rigor muere intestado, contra voluntad del testador, que perseveraba en la voluntad manifestada en el primeramente confirmado". ¿A qué doctrina del CC se refiere?; ¿cómo se califica la revocación que describe?; ¿cabe un planteamiento distinto o necesariamente el testamento posterior, sea cual sea su contenido, deroga al anterior?

## Solucionario

### Ejercicios de autoevaluación

1. El testamento, que se define en el artículo 667 CC como "El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos", tiene como características las siguientes: primero, unipersonal o unilateral; segundo, personalísimo; tercero, solemne, y cuarto, revocable.

2. El artículo 662 CC, con carácter general, establece que "Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente". El artículo 663 CC declara incapacitados para ello a los menores de catorce años de uno y otro sexo y a aquél que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio. En esta segunda categoría se situaría Juan, si bien puede apreciarse su aptitud para testar ante notario, siempre que dos facultativos, designados por éste, lo reconozcan y respondan de su capacidad (art. 665 CC). La incapacitación judicial no es necesaria para privar de la capacidad de testar. Es más, quien ha sido declarado incapaz judicialmente puede llegar a testar, siempre y cuando la sentencia en que se establece su incapacidad no se lo prohíba expresamente.

3. La interpretación del testamento, conforme a lo que dispone el artículo 675 CC, es, en primer lugar, eminentemente subjetiva, en el sentido de que trata de establecer, como objetivo fundamental, la voluntad del sujeto. En segundo lugar, está basada en la preponderancia de la voluntad real del testador, o lo que es lo mismo: lo efectivamente querido por el testador. En tercer lugar, el intérprete puede valerse de diversos medios o instrumentos, extrínsecos o intrínsecos, para llevar a cabo su cometido.

4. De acuerdo con el artículo 676 CC, los testamentos comunes son tres: el abierto, el cerrado y el ológrafo.

5. Por lo que atañe a la capacidad para testar necesaria para poder realizar un testamento ológrafo se exige mayoría de edad (art. 688, 1 CC), lo que implica una excepción a la regla general de los catorce años como edad mínima para hacer testamento (art. 663, 1 CC).

6. El testamento abierto se caracteriza porque ha de otorgarse públicamente, en presencia de quien debe autorizar el acto. Las modalidades de éste se establecen en función, precisamente, de la presencia o no de testigos en su otorgamiento. De este modo, se diferencia el testamento abierto ante notario y sin testigos de aquél en que además del notario intervienen testigos instrumentales. En concreto, los supuestos de este último, se recogen en el artículo 697 CC: cuando el testador declara que no sabe o no puede firmar, cuando el testador es ciego o declare que nos sabe o no puede leer por sí el testamento, cuando el testador es sordo y no supiese o no pudiese leer, o el caso en el que el propio testador o el notario solicitan la presencia de testigos.

7. El artículo 700 CC previene el llamado testamento en inminente peligro de muerte, testamento excepcional, abierto, no notarial y ante testigos, que requiere que el testador se halle "en inminente peligro de muerte". Esta circunstancia permite que pueda otorgarse ante cinco testigos idóneos y sin necesidad de notario. La jurisprudencia ha cuidado especialmente que esta forma excepcional no se convierta en habitual, por lo que exige que la situación extrema de peligro de muerte coincida con la imposibilidad de la asistencia de un notario. En este caso, es evidente que la comparecencia del notario es perfectamente posible.

8. Los testamentos especiales, conforme al artículo 677 CC, son tres: militar, marítimo y hecho en país extranjero.

9. La designación del favorecido no exige que se hagan constar los motivos o causas que han impulsado al testador a disponer en su favor y en el modo en que lo ha hecho (cfr. art. 767 CC). Si se requiere la certeza en la designación del favorecido, su identificación (arts. 750 y 772 CC) y la determinación del objeto de atribución.

10. Los sobrinos de Dionisia no tienen razón, ya que el artículo 749 CC dispone expresamente la validez de las disposiciones testamentarias realizadas en favor de los pobres. Estas disposiciones podrán hacerse, como en este supuesto, en favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, supuesto en el que se entenderán limitadas a los del domicilio del testador en la época de su muerte, si no constare claramente haber sido otra su voluntad. En todo caso, la calificación de los pobres y la distribución de los bienes se harán por la persona que haya designado el testador, en su defecto por los albaceas, y, si no los hubiere, por el párroco, el alcalde y el juez municipal, los cuales resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran.

11. Lo que establece Rafael es una institución de heredero sujeta a condición, en este caso resolutoria, perfectamente válida. En este supuesto el testador además se ha preocupado en

determinar quien debe suceder al heredero en el caso de que acaezca la condición, lo que traerá como consecuencia la resolución de la institución de heredero.

12. La disposición testamentaria *sub modo*, en este caso un legado, supone la imposición al heredero o al legatario de la realización de una carga o gravamen. De ésta puede ser beneficiario el testador, el propio gravado o un tercero, como sucedería en este supuesto. La cláusula en la que se recogiese el legado modal que se pretende establecer podría ser del tenor siguiente: "Lego a mi hijo Javier la casa solariega que poseo en Villaluenga de Tajo, disposición que conlleva la obligación para éste de tener consigo y atender las necesidades de mi hijo Juan, su hermano, hasta el día de su fallecimiento".

13. Lo que pretende el Sr. Vélez es establecer una sustitución fideicomisaria, prevista expresamente en el artículo 781 CC: "Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador". El fideicomitente puede designar a varios sujetos como fideicomisarios siempre que se trate, requiere el precepto, de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador o que, sin vivir entonces, no superen el segundo grado. Esto último se interpreta, de acuerdo con la tesis dominante, en el sentido de que el fideicomitente puede designar, de forma sucesiva, dos sustitutos fideicomisarios que no vivan en el momento del fallecimiento del causante. En este supuesto, la designación de fideicomisarios conforme al criterio de personas que vivan al tiempo de fallecimiento del testador sólo podría hacerse a favor del nieto. Conforme al criterio del segundo grado, podría alcanzar hasta el tataranieto siempre que se designase fiduciario al nieto.

14. Los sujetos intervinientes en el legado son tres: primero, el disponente, que es el causante que a través de testamento lo establece; segundo, el gravado, que es aquél a quien corresponde el pago y cumplimiento del legado, pudiendo encargarse este cometido a uno o varios de los herederos o a uno o varios legatarios (supuesto este conocido como sublegado); tercero, el legatario, que es la persona beneficiada o favorecida con el legado y que puede ser, en principio, cualquiera, incluido un heredero (caso en el que se habla de prelegado).

15. El artículo 861 CC admite expresamente el legado de cosa ajena. El único requisito que establece es que el testador sea consciente de que la cosa legada no le pertenece. Este legado supone que el gravado está obligado, en su caso, a adquirir la cosa legada y posteriormente a entregársela al legatario. Se diferencian cuatro modalidades: el legado de cosa propia de un tercero, el de cosa sólo en parte del testador, el de cosa propia del gravado y el de cosa propia del legatario.

16. El CC establece, fundamentalmente entre los artículos 858 a 891, las especies más habituales de legado, pero sin que dicho listado constituya un *numerus clausus* de éstos. El testador, en ejercicio de su autonomía privada, puede configurar otros legados. Estos últimos son los que algunos autores califican como legados atípicos, frente a los tipificados expresamente por la ley.

17. El Registro General de Actos de Última Voluntad, creado por Decreto de 14 de noviembre de 1885, tiene por objeto básico facilitar la noticia de los testamentos otorgados por un posible causante. Con ello se puede evitar la inscripción en el Registro de la Propiedad de titularidades basadas en testamentos revocados, así como indebidas declaraciones de sucesores intestados.

18. El albacea es un ejecutor de la voluntad testamentaria, por encomienda del causante. Este cargo se caracteriza por ser, en primer lugar, voluntario y renunciable (art. 898 CC); en segundo lugar, por ser un cargo personalísimo, sin que quepa la delegación, a no ser que se cuente con la expresa autorización del testador para ello (art. 909 CC); en tercer lugar, por ser un cargo temporal, no perpetuo (art. 904 CC); en cuarto lugar, por ser un cargo gratuito, aunque el testador podrá fijar la remuneración que estime conveniente (art. 908 CC).

19. El CC no establece de forma sistemática las posibles causas de ineficacia de un testamento. No obstante, éstas serían: 1.º La nulidad, invalidez del testamento cuando éste padece algún defecto o vicio en su otorgamiento; 2.º La revocación, cuando es el propio testador el que priva de eficacia, total o parcialmente, al testamento otorgado por el mismo; puede ser expresa, tácita y real o material; 3.º La caducidad, es la ineficacia sobrevinida del testamento bien por el transcurso del tiempo o por la no realización de un determinado hecho o requisito del que dependa el mismo.

20. La doctrina a la que se refiere este conocido civilista es la que recoge el artículo 739, 1 CC que previene que el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquel subsista en todo en parte. Se trata de la llamada revocación tácita. Frente a la interpretación literal y tajante del precepto, la doctrina y la jurisprudencia mayoritariamente sostienen que la regla contenida en este precepto no puede significar que, salvo manifestación en contrario del testador, cualquier tes-

tamento ulterior inutilice del todo al anterior. Para este planteamiento, debe procederse a la interpretación y comparación de los contenidos testamentarios, subsistiendo del testamento anterior todo aquello que resulte compatible con el posterior.

## Glosario

**albacea** *m y f* Tercero encargado por el testador de la ejecución de las disposiciones testamentarias.

**condición** *f* Hecho futuro e incierto del que se hace depender la iniciación de los efectos de un acto o de una disposición contenida en éste, en el caso de que se trate de una condición suspensiva, o su resolución, cuando es una condición resolutoria.

**legado** *m* Disposición testamentaria realizada a título singular o particular.

**modo** *m* Carga o gravamen impuesto al heredero o legatario que viene obligado a realizar una prestación a favor del testador, de un tercero o de el mismo.

**prelegado** *m* Legado realizado a favor del heredero.

**sublegado** *m* Legado en el que el gravado, el encargado por el testador de realizar el legado, es otro legatario.

**sustitución ejemplar** *f* Disposición testamentaria en la que el causante designa un sucesor para el descendiente mayor de catorce años que haya sido declarado incapaz.

**sustitución fideicomisaria** *f* Disposición testamentaria en la que se impone al heredero o legatario la obligación de conservar la herencia o legado y de transmitirla a su muerte a otras personas designadas por el testador.

**sustitución pupilar** *f* Disposición testamentaria en la que el causante designa un sucesor para el descendiente que muera antes de alcanzar los catorce años, edad mínima requerida para poder hacer testamento.

**sustitución vulgar** *f* Disposición testamentaria en la que el causante, en previsión de que el heredero o el legatario no llegue a adquirir lo que le corresponde de la herencia, designa a una o a varias personas que le sustituirán en la posición de heredero o legatario

**término** *m* Determinación del momento en el que un acto o una disposición contenida en este debe comenzar o cesar sus efectos, según se trate de un término inicial o suspensivo o resolutorio o final respectivamente.

**testamento** *m* Acto unilateral, personalísimo, solemne y revocable por el que un sujeto dispone de sus bienes para después de su muerte.

**testamento abierto** *m* Testamento en el que el testador manifiesta su voluntad en presencia de personas que deben autorizar el acto y quedan enteradas del contenido de lo que dispone.

**testamento ológrafo** *m* Testamento realizado por el testador de su puño y letra.



## Bibliografía

### Bibliografía básica

**Albaladejo García, M.** (2015). *Curso de Derecho civil. V. Derecho de sucesiones*. Madrid: Edisofer Libros jurídicos.

**Díez-Picazo, L.; Gullón, A.** (2012). *Sistema de Derecho civil. Volumen IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*. Madrid: Editorial Tecnos.

**Lacruz Berdejo, J. L.; Sancho Rebullida, F.** (1988). *Elementos de Derecho, V. Derecho de sucesiones*. Barcelona: Librería Bosch.

**Lasarte Álvarez, C.** (2015). *Principios de Derecho civil. Tomo séptimo. Derecho de sucesiones*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

**López López, A.; Montés Penadés, V. L.** (coords.) (1998). *Derecho de sucesiones*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

**López López, A.; Valpuesta Fernández, R.** (ed.) (2015). *Derecho de sucesiones*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

**Rivas Martínez, J. J.** (2009). *Derecho de sucesiones común y foral*. Tomos I y II. Madrid: Dykinson.

### Bibliografía complementaria

**Capilla Roncero, F.** (1987). *Nulidad e impugnabilidad del testamento* (pág. 3). ADC.

**Cicu, A.** (1959). *El testamento*. Madrid: Edersa.

**González Pacanowska, I.** (1985). *El legado de cosa ajena: Estudio sobre las disposiciones "mortis causa" a título singular en el código civil*. Madrid: Montecorvo.

**Gordillo Cañas, A.** (1980). *El error en el testamento* (pág. 747). Madrid: ADC.

**Jordano Barea, J. B.** (1999). *El testamento y su interpretación*. Granada: Editorial Comares.

**Ossorio Morales, J.** (1957). *Manual de sucesión testada*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

**Puig Ferriol, L.** (1965). *El heredero fiduciario*. Barcelona: Universidad de Barcelona.

**Vaquero i Aloy, A.** (2003). *La interpretación del testamento*. Barcelona: Calamo.

