

DR 24 52

Derecho, asignatura Derecho Civil 4, título El Testamento, autor Jesús María Álvarez Carballo, fecha de grabación 24 de marzo de 1983, fecha de emisión 27 de abril de 1983. El Testamento, concepto de Testamento. El Código Civil Español, en su artículo 667, pretende dar una definición o concepto de Testamento que como tal suele ser mencionada por todos los tratadistas, pero a que yo noto en falta las notas esenciales del concepto que suelen desplazarse hacia lo que se suele llamar los caracteres del propio Testamento.

Para mí, son precisamente los caracteres lo que debe constituir la clave de una definición y no la mera superficialidad. En base a determinados caracteres esenciales, más o menos fáciles de identificar, es posible individualizar un sujeto, un fenómeno o un concepto, aislándolo de los géneros próximos con absoluta certeza, si la definición pretende ser correcta. Cuando el Código Civil, en su alucitado artículo 667, dice que el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama Testamento, está dando una definición incompleta por cuanto de esencia del concepto mismo, es lo que el Código Civil Español ha desplazado a otros dos preceptos, que son respectivamente el artículo 687 y 737, en donde se contienen.

Las, para mí, dos notas esenciales del concepto de Testamento, que están configuradas por sus rigurosas exigencias formales, cuyo incumplimiento acarrea la llamada habitualmente nulidad, aunque en puridad se trate de un supuesto de inexistencia, por más que sea preciso, normalmente, destruir la apariencia creada. Y, por otra parte, la otra nota es la de ser esencialmente revocable, y ello hasta el punto de que la propia voluntad del testador, manifestando su voluntad o resolución de no revocarla, será tenida por no opuesta, así como la propia compulsión a que el testador quiera someterse voluntariamente para hacer la revocación con determinadas frases o palabras. Si se tiene en cuenta cómo realmente es el ordenamiento jurídico, el que verdaderamente otorga los efectos, aunque el individuo pretenda a veces con su megalomanía particular creer que ellos son debidos a su acto de libérrima voluntad, que en verdad solamente da ocasión a que las previsiones legales se actúen, ya creo que está justificado mi intento de aglutinar los tres preceptos en cuestión para dar una verdadera definición de Testamento en los siguientes términos.

El acto, esencialmente formal y radicalmente revocable, por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, y declara su última voluntad, se llama Testamento. Soy perfectamente consciente de que puede haber alguien a quien no le guste esta frecuente manía mía de buscar conexión entre diversos preceptos, dando lo que ellos llaman latosos saltos en el seno del articulado del Código Civil, que para mí constituye una necesidad y una manifestación de la unidad sistemática de cada institución que de otra suerte se ofrecería troceada arbitrariamente. Y es al mismo tiempo, altamente formativa para unos alumnos oyentes a distancia, respecto a los cuales toda insistencia en el manejo habitual y ágil del Código Civil me consta, dejando en mí un cierto pozo de tristeza, es siempre insuficiente y

además desatendida.

Es frecuente citar, pedantemente en su texto latino, a Modestino y a Ulpiano, para criticarlos en las definiciones que del Testamento formularon, por no incluir en la misma la exigencia, vital para el derecho romano, de la institución de heredero. Pero en nuestro Código Civil esa exigencia ha desaparecido por obra de la influencia de los principios germánicos en la etapa que yo suelo llamar derecho intermedio. Y creo que es injusta la crítica que se hace de esas definiciones, por cuanto, si bien tiene un fondo de verdad, es en muy buena parte debida a la intervención de un elemento histórico posterior.

En efecto, para los romanos era tan evidente la necesidad de la institución de heredero que no hacía falta ni mencionarla, tal como, hablando de otro tema, decía Federico de Castro, mientras que cuando se produce el choque entre el derecho romano recibido y las influencias germánicas es cuando se nota la falta en las viejas definiciones de la solución a un problema que se empieza a plantear y que va a cristalizar en nuestro Código Civil por influencia directa del ordenamiento del Calán. Caracteres del testamento. Para no separarme excesivamente de la doctrina habitual, lo cual podría ocasionar perturbaciones a mis alumnos oyentes y a un arriesgo de que parezca existir un cierto grado de contradicción con lo antes dicho, deseo distinguir al ocuparme de los caracteres del testamento tres ámbitos distintos.

El primero de ellos está constituido por lo que yo he llamado hace un momento elementos esenciales del concepto de testamento, la formalidad del artículo 687 y la revocabilidad del 737 que no voy a repetir ahora. El segundo ámbito está constituido por unos pretendidos caracteres que para mí no son tales en el momento presente de la evolución histórica de la institución y ateniéndome a los preceptos positivos vigentes, su carácter patrimonial y su carácter gratuito, de los cuales quiero decir algunas palabras. Con una cierta insistencia critico yo la falta de rigor histórico al plantear los problemas que si bien nacen en un momento determinado y por ello perfectamente localizables históricamente con más o menos facilidad, no deben ser afrontados con traslados cronológicos menospreciadores de la ulterior evolución.

De esta forma se ve con claridad como en los inicios de la evolución del testamento este era exclusivamente un acto solemne de atribución patrimonial de bienes por medio de la institución de heredero para después de la muerte del testador. La desaparición de la necesidad de la institución de heredero y la derogación de la norma romana de absoluta incompatibilidad entre la sucesión testada e intestada ha dado lugar a que poco a poco se haya abierto camino a lo que ahora llama la doctrina el contenido atípico del testamento. La verdad es que el testamento es una especie de vehículo transportador de un contenido volitivo cuyos dos únicos límites son los constituidos, por la capacidad del testador y por las disposiciones legales cogentes.

Así ya podemos reconocer que en el derecho moderno se admiten en el seno del testamento cualesquiera declaraciones de voluntad sin más limitaciones que las antes establecidas y tenemos como casos concretos expresamente previstos el del artículo 120 del Código Civil

referible al reconocimiento de un hijo y la del artículo 204 referida al nombramiento testamentario de tutor. A mí me parece que la cuestión está mal planteada por partirse del artículo 667 como definición y que la única pregunta, con un cierto rigor lógico, debiera centrarse en el examen de los requisitos formales y de capacidad que cada una de las declaraciones de voluntad insertas en el único documento que es el testamento requiere para su eficacia. Por ello, sería preciso matizar y ver hasta qué punto es válida cada una de ellas, individualmente considerada, atendido en los peculiares requisitos de forma que a la misma se le exigen y qué declaraciones de voluntad estarán salvadas por el amplio manto del testamento.

De esta suerte, se puede ya comprender si el problema más ficticio que real en los términos del testamento abierto, en los términos del propio testamento hológrafo a través de la adverbación y en los términos mismos del testamento cerrado cuya custodia se entrega a un notario, y únicamente habría dudas respecto al contenido testamentario atípico en algún supuesto de los previstos en los testamentos especiales o con forma extraordinaria. Para que se vea que no pretendo incidir en el llamado derecho de profesores al margen de las necesidades de la realidad social, quiero permitirme poner un ejemplo. Sea el del artículo 700 del Código Civil, en el supuesto de contestador, solterón en inminente peligro de muerte debido a accidente de tráfico, que desea otorgar testamento ante cinco testigos idóneos sin necesidad de notario, sin el cual pretenda reconocer a un hijo y transferir a la madre con quien convive los derechos de adquisición de un piso procedentes de una escritura pública de opción de compra.

Es evidente que el reconocimiento del hijo tendrá plena validez por cuanto se encuentra contenido en un testamento, pero ya en cambio, la otra declaración de voluntad de contenido atípico con relación al testamento es algo dudoso, al menos que alcanzase validez, aunque el argumento favorable vendría dado por lo dispuesto en el artículo 703, con lo cual se podría entender que la elevación a escritura pública por el tribunal competente, dentro del plazo previsto del testamento incluso oralmente otorgado por el accidentado, suplía la falta de forma del número 6 del artículo 1280, ya que en este supuesto concreto es imposible compeler a un difunto a rellenar la forma como previene, en términos generales, el artículo 1279 del Código Civil. Reconociendo que el supuesto es bastante sofisticado, sin embargo, yo creo que lo que yo antes he llamado el amplio manto de la forma testamentaria, también en este caso ampararía la transmisión de los derechos de adquisición, aunque no sea un supuesto, por su propia naturaleza, ni frecuente, ni tampoco previsto entre los casos de legado de nuestro Código Civil, que no ha previsto el legado de derechos, y pese a ello, es claro, que no se podría configurar como un derecho extingible por la muerte del adquirente. Al mismo resultado, se llegaría configurando el caso como un típico acto dispositivo inserto en el testamento, y entonces las formalidades del testamento ampararían sustancialmente a todas las manifestaciones de voluntad, típicas o atípicas, contenidas en el mismo.

Otra de las características que se suele señalar al testamento es la gratuidad, y aquí se confunden fácilmente los términos, ya que si bien a determinadas disposiciones del testamento se le pueden atribuir indudablemente ese carácter, ya no es cierto, en cambio, en términos

absolutos, esa misma expresión referida a la totalidad del testamento, ni tampoco a la posible totalidad de los supuestos en que juega el testamento. Si es exacto que un legado puede ser una atribución gratuita, pero puede ser también que exista un legado con carga, y además, conviene tener presente la posibilidad de que en la herencia existan cargas de las que va a responder el heredero que acepta la herencia simplemente, y en este supuesto, tampoco puede decirse con fundamento que la atribución hereditaria sea absolutamente a título gratuito. El tercer ámbito es el que destina la consideración del llamado carácter personalísimo del testamento, y a la conclusión refleja de la prohibición expresa y terminante del testamento mancomunado.

Si hago esta separación, es por estimar que este pretendido carácter del testamento es completamente aleatorio al propio concepto del testamento, y estriba simplemente en una opción que se tomó en un momento que solamente sirve, sin una razón suficiente que lo justifique, para marcar una contraposición con los derechos forales de la que debiera prescindirse en pro de una cada vez más amplia aproximación de las regulaciones. La verdad es que la prohibición del testamento mancomunado, impuesta por el Código Civil en su artículo 669, y vigente, en cambio, en la Compilación Aragonesa que lo regula de forma muy satisfactoria en los artículos 94 a 98, y en sentido muy parecido, en las leyes 199 a 205 de la Compilación Navarra, no tiene una fácil justificación. El testamento mancomunado estuvo en vigor en Castilla, en base a la Ley 9 del Título 6 del Libro III del Fuero Real, y fue García Goyena que se manifestó por la prohibición del mismo, a mi juicio sin excesivo fundamento, tomando como base, precisamente, las dudas originadas en la doctrina, que fueron resueltas por la Ley 41 de las Cortes de Navarra de 1766, que García Goyena y toda Castilla desconocía, para dar anticipada respuesta.

Es una realidad al verso machadiano, en un sentido plenamente concordante con lo que hoy se dispone en las mencionadas compilaciones forales que lo mantienen. La expresión también de este pretendido carácter personalísimo del testamento que se introduce en nuestro Código Civil, procedente del proyecto de Código Civil de 1851, es la norma del artículo 670, por virtud de la cual se prohíbe asimismo el testamento por comisario, por mandatario y la intervención de persona alguna ajena al testador, a no ser, en el especialísimo caso del artículo 671, en donde se autoriza simplemente a un tercero a determinar puntos concretos del testamento, que son en realidad irrelevantes, como es la distribución de cantidades entre personas determinadas, a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, y la elección de las personas o establecimientos a quienes la disposición testamentaria debe beneficiar. Con esta norma se marca, una vez más, un hito de separación entre el Código Civil y los derechos forales, que tampoco en este caso estimo justificada, especialmente si se tiene en cuenta que todas las disposiciones que ahonden las discrepancias entre el Código Civil y las diversas compilaciones forales que no tengan una verdadera justificación, merecen ser tratadas con un espíritu crítico de acercamiento que debería intentarse por dos caminos.

Uno sería el de la aproximación de las diversas compilaciones entre sí, y el otro sería el de la opción, desde un planteamiento crítico del Código Civil, aceptando la mejor solución técnica,

sin hacer acepción de su procedencia, con lo cual se podrían dar notables pasos en torno a la cicatrización de viejas heridas procedentes de la época de promulgación del Código Civil.

Capacidad para atestar Dentro del ámbito de la capacidad para atestar, a mi juicio hay que distinguir dos supuestos distintos. El primero de ellos viene dado por la capacidad general para atestar, que conforme al artículo 662 se centra en una regla general.

Pueden atestar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente. Pero esta afirmación yo deseo matizarla en el sentido de que una cosa es la capacidad para hacer testamento, es decir, referida a lo que se suele llamar contenido típico del testamento, y otra cosa distinta es la diversa capacidad que puede requerirse para determinados contenidos testamentarios, de carácter no típico, por tanto, que requerirán, en términos generales, la capacidad de obrar precisa para cada uno de los contenidos testamentarios. Los contenidos atípicos, según las normas generales, aunque lo que yo he llamado el amplio manto del testamento como tal documento público o publicado a posteriori, con una cierta frecuencia, cubra las posibles discrepancias, si bien no en todos los casos y en todos los supuestos posibles.

Existen dos prohibiciones también de carácter general. Una, la contenida en el artículo 663, según la cual está vedado el testamento a los menores de 14 años, y otra, la contenida en el segundo párrafo del mismo artículo 663, según la cual no podrá tampoco hacer testamento el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio. Es digno de señalarse que ni la prodigalidad ni la interdicción civil afectan en absoluto la capacidad para hacer testamento, y que solamente, por vía de lo que a mí me gusta llamar en mi lenguaje coloquial carambola, también carecen de capacidad para hacer testamento los sordomudos que no sepan leer ni escribir, ya que para éstos no se ha previsto ninguna forma especial de testamento que supla sus deficiencias físicas combinadas con su falta de formación cultural, tal como para otros casos que no afectan a la capacidad de testar en general, sino a formas concretas de realizar ese acto mortis causa, tal como se ve claramente en que el sordo podrá hacer testamento abierto si sabe leer, con solamente leer por sí mismo su testamento, y si no sabe leer, podrá designar dos personas que lo lean en su nombre, en presencia de los testigos y notario, tal como manda el artículo 697, mientras que no tendrá dificultades para hacer testamento hológrafo si es mayor de edad y sabe escribir, y tampoco tendrá dificultad alguna para hacer testamento cerrado si sabe leer, ya que se lo podrá escribir otra persona a su juego.

Los ciegos podrán hacer testamento abierto con solamente cumplir el requisito de la doble lectura del testamento, una por el notario y otra por una persona a su ruego, mientras que en cambio no podrá hacer testamento cerrado en absoluto. Los mudos podrán hacer testamento cerrado y hológrafo si es que saben escribir, y por último carecerá de capacidad para hacer testamento hológrafo aquel que no haya alcanzado la mayoría de edad.