

Testamento ológrafo: elementos necesarios para su validez

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

EXTRACTO

El testamento ológrafo como medio establecido en el Código Civil, para disponer de los bienes para después de la muerte, exige unos requisitos para su protocolización que parten necesariamente de la capacidad del testador, existiendo una presunción de capacidad que se destruye cuando se pruebe, cumplidamente, por quien alegue la incapacidad, la concurrencia en el momento de la realización de enfermedades o deficiencias que así lo determinen, pues, en otro caso, concurriendo los requisitos que establecen los artículos 688 y siguientes del Código Civil y acreditándose la existencia de una voluntad testamentaria, el documento que lo contenga determinará la revocación total o parcial de los anteriores. La protocolización puede solicitarse a través del procedimiento ordinario sin necesidad de acudir con carácter previo al procedimiento de jurisdicción voluntaria que recoge la ley, que ofrece mayores garantías de acierto que un acto de jurisdicción voluntaria.

Palabras clave: testamentos; ológrafo; requisitos.

Fecha de entrada: 08-07-2018 / Fecha de aceptación: 25-07-2018

ENUNCIADO

Don Francisco, que padecía una enfermedad grave, otorgó testamento abierto ante notario en mayo de 2015, disponiendo su sucesión, instituyendo herederos a sus hijos, uno de ellos extramatrimonial, y a su esposa; meses después, en documento firmado y escrito por él, dona a su hijo extramatrimonial otros bienes. Fallecido don Francisco un año después del testamento notarial, su hijo extramatrimonial solicita judicialmente su protocolización, oponiéndose a la demanda los demás herederos. Los demandados se opusieron poniendo en duda la autenticidad de la firma y su falta de capacidad en el momento que se realizó, y la falta de capacidad de don Francisco (testador) por su edad avanzada, así como la enfermedad grave que padecía. El juzgado de la localidad desestimó la demanda por entender que no utiliza expresión que permita unir el documento con el testamento otorgado meses antes, sin que deje clara su voluntad de testar, ya que no habla de testamento, ni de herederos, ni hace referencia alguna a la existencia del testamento anterior, ni usa palabras que dejen clara su voluntad de donar a su hijo extramatrimonial, y que firma diciendo que es un documento sin nada que tenga que ver con una disposición testamentaria, por lo que existen dudas para que pueda calificarse de disposición testamentaria, a lo que añade que su situación en los momentos de la redacción del documento hacen dudar sobre la capacidad para otorgarlo; además, cuestionó la vía procesal elegida previa a la protocolización del documento como testamento ológrafo. El hijo demandante piensa recurrir en apelación por considerar la sentencia contraria a derecho.

Cuestiones planteadas:

1. Testamento ológrafo: cuestiones materiales y procesales.
2. Solución.

SOLUCIÓN

1. El caso que se propone exige adentrarse, en primer lugar, en los requisitos que determinan la existencia de un testamento ológrafo. En primer lugar, la capacidad de testar que, aparte de la edad que específicamente se prevé para el testamento ológrafo en el artículo 688 y que no presenta problema alguno en este caso, exige la capacidad general de obrar y que, en forma ne-

gativa, el artículo 663.2.º del Código Civil la excluye al que no se hallare en su cabal juicio; y las sentencias de 27 de enero de 1998, 12 de mayo de 1998 y 27 de junio de 2005 exigen «una prueba en contrario muy cumplida y convincente», para eliminar la presunción general de capacidad.

Así señala la STS de 4 de octubre de 2007 que la capacidad para testar equivale a capacidad o aptitud natural y se presume que asiste a todo testador, pudiendo testar «todos aquellos a quienes la Ley no lo prohíbe expresamente» (art. 662 del Código Civil), como sería «la persona que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio» (art. 663.4.2 del Código Civil), y para la apreciación de la capacidad del testador «se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento» (art. 666 del Código Civil), siendo válido «el testamento hecho antes de la enajenación mental» (art. 664 del Código Civil), debiendo por todo ello reputarse que la misma está en su «cabal juicio» como atributo normal de su ser, por lo que su incapacidad, en cuanto excepción, debe ser probada de modo evidente y completo (SSTS de 15 de febrero de 2011 y 24 de abril de 2008), siendo esta presunción una manifestación del principio *pro capacitate*, que deriva a su vez del general del *favor testamentii*, correspondiendo al que sostiene la incapacidad su completa y concluyente justificación.

Y en cuanto a la edad, debe significarse que las limitaciones normales de una edad avanzada no prueban forzosamente la incapacidad mental, sino un estado acorde a las personas de tal edad, pues como señala la STS de 4 de mayo de 1998, la expresión «cabal juicio» no hay que entenderla en su sentido literal de absoluta integridad sino más bien en el de que concurren en una persona las circunstancias y condiciones que normalmente se consideran expresivas de la aptitud mental, debiendo tenerse en cuenta que la Ley fija una edad mínima de adquisición de la plena capacidad de obrar pero no una máxima para su pérdida.

Las SSTS de 27 de enero y 12 de mayo de 1998 señalan que:

«a) 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 (STS de 25 de abril de 1959).

b) No bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, considerando que se va contra los preceptos reguladores de la testamentifacción 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 (STS de 25 de octubre de 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 (STS de 18 de abril de 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 esta de un estado de demencia requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho. 2) Que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si estos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón.

e) 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.

f) 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 solo puede destruirse por una prueba en contrario evidente y completa, o muy cumplida y convincente, o de fuerza inequívoca, cualesquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aun en estado latente en el sujeto pues la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración».

En segundo lugar, la autenticidad de la autografía y de la firma, el Tribunal Supremo se ha manifestado siempre a la firma «habitual» o «usual», pero nunca lo ha hecho en el sentido de que la misma debe ser idéntica a las anteriores, sino que no sea una distinta, sin nada que ver con la que utiliza normalmente. Como habitual debe entenderse la que usa en el momento actual, la habitual en el momento presente, en función de la persona y de sus circunstancias (por ejemplo, la edad), sin poder obviar que la firma evoluciona a través del tiempo y no siempre es idéntica en circunstancias distintas. Más recientemente, la STS 682/2014 vuelve a exigir como requisito del testamento ológrafo la firma habitual.

En tercer lugar, la revocación parcial del testamento abierto, anterior. En cuanto al principio de que el testamento posterior revoca al anterior, que proclama el artículo 739 del Código Civil, que ha sido atemperado por la jurisprudencia en el sentido que se mantiene el anterior cuando aparezca evidente la intención de conservar o mantener el testamento anterior, respecto del que el posterior es complementario, aclaratorio o simplemente modificativo, como dicen las sentencias de 7 de mayo de 1990 y 14 de mayo de 1996, y como añade la de 28 julio de 2009, la voluntad de dejar subsistente el anterior «puede ser, no sólo la expresa, sino también la que se deduzca del tenor de ambos testamentos». Esta revocación parcial puede producirse, por tanto, a través del testamento ológrafo, pudiendo ser una adición al testamento notarial previo.

Otra cuestión es si concurre la intención de la causante, su voluntad testamentaria de disponer *mortis causa* de unos bienes inmuebles a favor solo de uno de sus herederos.

Como dijo la Sentencia de 9 de junio de 1987, referida a la interpretación del testamento en general, «dados los términos del artículo 675 del Código Civil, puede deducirse que el mismo se basa en un criterio subjetivo, que aspira esencialmente a descubrir la voluntad del testador,

por lo que, aun cuando la primera regla interpretativa del precepto sea la de la literalidad, puede acudirse, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, empleando unitariamente las normas de hermenéutica, e incluso haciendo uso de los llamados medios extrínsecos o circunstancias exteriores al testamento (SSTS de 8 de julio de 1940, 26 de marzo de 1983, 29 de febrero de 1984, 9 de marzo de 1984)». No se trata tanto de interpretar un texto, sino de que, partiendo de la claridad del mismo, estas palabras claras sean calificadas como disposiciones de última voluntad, que coincide con el concepto de testamento que da el artículo 667 y con el principio de *favor testamentii*, que no puede ser obviado. La Sentencia de 19 de diciembre de 2006 calificó el término «mi deseo de» como constitutivo de disposición de última voluntad.

Procesalmente se plantea en el caso la necesidad de proceder a la protocolización previa o la posibilidad de acudir directamente al procedimiento ordinario. La STS de 16 de junio de 2015, recurso 2651/2013, en relación con esta cuestión establece que desde el punto de vista procesal se ha discutido sobre la necesidad de obtener con carácter previo la protocolización del documento donde se contiene el testamento ológrafo (art. 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Este artículo prevé la adverbación por el juez de primera instancia del testamento ológrafo, como acto de jurisdicción voluntaria, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial, pero no impide, todo lo contrario, que se declare su autenticidad por medio de juicio declarativo ordinario. Así lo expresa la Sentencia de 14 de mayo de 1996, con cita de sentencias anteriores, que ahora se reitera, en estos términos: «Obtener la declaración judicial de que un determinado documento es válido y eficaz como testamento ológrafo, lo cual puede pretenderse directamente a través de un juicio declarativo ordinario, sin haber tenido que obtener previamente la protocolización del mismo, como así lo tiene proclamado esta Sala en sentencias de 31 de enero de 1911 y 28 de enero de 1914, la primera de las cuales declara lo siguiente: "... siendo así que esas mismas solemnidades, en lo que tengan de fundamental para hacer constar la voluntad de un testador y su forma legal de expresión, pueden y deben acreditarse, bien en el expediente de jurisdicción voluntaria previsto en el título 6.º, libro 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien en el correspondiente juicio contradictorio", y agregando la segunda que "no puede admitirse, como se pretende en el recurso, que la no existencia de esa protocolización les prive de su carácter ni obste para que en el procedimiento de juicio ordinario, como se ha hecho en este caso, pueda sostener su validez o solicitar la declaración de nulidad, porque en cuanto a lo primero, así lo reconoció este Tribunal, entre otras, en su sentencia de 31 de enero de 1911, declarando la eficacia de disposición testamentaria que no estaba protocolizada". La expresada solución es la que aquí se mantiene subsistente, ya que el juicio declarativo ordinario, con la plenitud de conocimiento que comporta, ofrece mayores garantías de acierto que un acto de jurisdicción voluntaria, cual el que regulan los artículos 689 y siguientes del Código Civil, siempre que, como es obvio, no haya transcurrido el plazo de caducidad que establece el primero de los citados preceptos y, además, en dicho juicio ordinario se dé posibilidad de ser oídos a todos los parientes del testador que relaciona el artículo 692 de dicho Código».

2. La solución del caso, vistos las consideraciones anteriores, ha de pasar necesariamente por considerar el documento de don Francisco como un testamento ológrafo, en el que aparecen los requisitos de identificación, autografía, firma y capacidad. La mera edad avanzada y la existencia

de una enfermedad grave no determinan sin más la ausencia de capacidad para testar, por lo que su incapacidad, en cuanto excepción, debe ser probada de modo evidente y completo, correspondiendo al que sostiene la incapacidad su completa y concluyente justificación. Asimismo, ha de considerarse que se está en presencia de un testamento ológrafo que complementa al anterior otorgado notarialmente, y que viene a suponer una adición al mismo, compatible con este, de acuerdo con la voluntad manifestada por el testador a través del documento que redacta, que no exige tener expresiones o contenidos jurídicamente acertados, sino que al margen de las expresiones que tenga, se deduzca, como se deduce del mismo, su voluntad de establecer una disposición testamentaria, aunque establezca una donación o no manifieste que esta es su voluntad a efectos testamentarios. Tampoco debe darse prioridad o preferencia al procedimiento de jurisdicción voluntaria de adveración y protocolización frente a un procedimiento ordinario, que ofrece mayores garantías de acierto que un acto de jurisdicción voluntaria, que regulan los artículos 689 y siguientes del Código Civil, siempre que, como es obvio, no haya transcurrido el plazo de caducidad de cinco años.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Código Civil, arts. 662, 663, 664, 666, 675 y 688.
- Ley 1/2000 (LEC), art. 691.
- SSTs de 9 de junio de 1987, 7 de mayo de 1990, 14 de mayo de 1996, 27 de enero de 1998, 4 y 12 de mayo de 1998, 27 de junio de 2005, 19 de diciembre de 2006, 4 de octubre de 2007, 24 de abril de 2008, 28 de julio de 2009, 15 de febrero de 2011 y 16 de junio de 2015.