

Christian BORREGO MARTÍNEZ

Notario

• **ENUNCIADO:**

Acude a usted un matrimonio joven, sin hijos, por ahora, pero con deseo de tenerlos; viven los padres de ambos y no son hijos únicos. Acaban de comprarse un piso y, dado que viajan mucho, se están planteando hacer testamento porque les gustaría que, en caso de faltar uno de ellos, el piso quedara para el otro. Además, las relaciones con sus respectivas familias políticas no son muy buenas.

Les han aconsejado hacer testamento porque les han dicho que la Ley Sucesoria no protege mucho al cónyuge. Les han hablado del testamento ológrafo, de herederos forzosos, de legítimas y de cautela socini. Ahora se plantean las siguientes cuestiones.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. ¿Qué es el testamento y quién puede hacer testamento?
2. Si no hacen testamento, ¿heredaría el uno al otro? ¿Cuál sería el orden para heredar al fallecido si hubieran tenido hijos?
3. ¿Existen distintas clases de testamentos? ¿Puede hacerse cada uno su propio testamento? ¿Pueden hacer testamento conjunto? ¿Cuál es el coste notarial de un testamento?
4. ¿Quiénes son los herederos forzosos y qué son las legítimas? ¿Pueden desheredar a sus respectivos padres?
5. ¿Cómo podrán testar de la forma más favorable para el cónyuge superviviente? ¿Qué es la *cautela socini*?
6. ¿Podrían cambiar o revocar el testamento una vez hecho?

• **SOLUCIÓN:**

Responderemos a estas cuestiones de acuerdo con el derecho común, sin atender a especialidades forales.

1. De acuerdo con el artículo 667 del Código Civil (CC): «el testamento es el acto por el que una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos».

Es decir, a través del testamento, la persona que lo otorga o testador dispone cuál será el destino final de sus bienes o de parte de ellos. También se puede nombrar en el testamento tutores, administradores de bienes o albaceas, o realizar el reconocimiento de un hijo.

Respecto a quién puede hacer u otorgar testamento, existe una regla general amplia. Según el artículo 662 del CC pueden testar todos aquellos a quien la ley no lo prohíbe expresamente. El artículo 663 añade que están incapacitados para testar los menores de 14 años de uno y otro sexo y el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

Si bien en el caso del testamento ológrafo, del que luego hablaremos, el artículo 668 del citado texto legal exige mayoría de edad.

2. Si no hacen testamento y fallece uno de ellos, entraría en juego la llamada sucesión intestada. Esto es, al no haber otorgado testamento, es la Ley la que llama a los herederos o determina quiénes son. Y el cónyuge que sobrevive no es el llamado en primer lugar, si bien siempre tendrá el usufructo de unos determinados bienes.

La Ley llama en primer lugar a la línea recta descendiente, es decir, primero a los hijos por partes iguales y si alguno de los hijos hubiera muerto antes que el causante, los descendientes del hijo premuerto ocupan el lugar de éste. El cónyuge viudo sólo tendrá derecho al usufructo de un tercio de la herencia, su legítima (luego estudiaremos las legítimas). A falta de hijos y descendientes del causante, la Ley llama a heredarle a sus ascendientes, al padre y la madre por partes iguales y si sólo sobrevive uno de los padres, éste sucederá al hijo en toda su herencia. Fallecidos ambos padres heredarán los ascendientes más próximos en grado. Es decir, los ascendientes también van por delante del cónyuge viudo que sólo recibirá su legítima (que en este caso es el usufructo de la mitad de la herencia).

En tercer lugar, es decir, si no hay descendientes ni ascendientes, la Ley llama como heredero al cónyuge supérstite.

En cuarto y último lugar, si también falta el cónyuge supérstite heredarían los hermanos e hijos de hermanos y a falta de éstos los demás colaterales hasta el cuarto grado. En defecto de todos los anteriores, heredaría el Estado.

3. Existen testamentos comunes o especiales. Los comunes son el ológrafo, el abierto y el cerrado. Los especiales son el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

Los más importantes son los comunes, y el más utilizado es el testamento abierto.

Los artículos 678, 679 y 680 del CC definen respectivamente los siguientes testamentos:

- Ológrafo: es el que el testador escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 688 del CC.

- Abierto: es aquel en el que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.

- Cerrado: es aquel en el que el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que deben autorizar el acto.

Por tanto, respondiendo a la pregunta de si pueden hacerse su propio testamento la respuesta es afirmativa pues ambos cónyuges, si son mayores de edad, podrán escribir su propio testamento de su puño y letra, firmándolo y expresando el año, mes y día en que se otorgue. Ahora bien, para que este testamento ológrafo sea válido, se requiere su protocolización, lo que precisa un procedimiento judicial posterior.

Respecto a la posibilidad de hacer testamento conjunto, la Ley es clara y señala que 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. Además el artículo 670 del CC dice que el testamento

es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.

Y en relación al coste, señalar que el ológrafo es el más barato para el testador ya que, como hemos visto, lo puede hacer él mismo a mano; si bien los herederos tendrán que costear la protocolización judicial.

El testamento abierto ante notario tiene como coste el arancel del notario que dependerá de la extensión de cada testamento. Para una extensión normal rondará los 40 euros.

4. De acuerdo con el artículo 807 del CC son herederos forzosos:

1. Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.
2. A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.
3. El viudo o viuda en la forma y medida que establece este código.

Por tanto, el testador no puede disponer libremente de todos sus bienes sino que tiene que respetar los derechos de los citados herederos forzosos y esos derechos son las legítimas. Así, el artículo 806 del CC dice que la legítima es la porción de bienes de la que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos llamados por esto herederos forzosos.

Veamos en qué consiste la legítima de:

1. Los hijos y descendientes: las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. La tercera parte restante será de libre disposición.

2. Los padres o ascendientes: la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo en el caso en el que concurran con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo caso será de una tercera parte de la herencia.

3. El cónyuge viudo: si al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a la mejora.

No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia.

Sí pueden desheredar a los padres pero sólo por alguna de las causas que expresamente señala la Ley (arts. 862 y ss. del CC). Son causas que, normalmente, no será frecuente que se den en la práctica.

5. De acuerdo con lo que hemos visto respecto a las legítimas, un cónyuge no puede dejar todos sus bienes al otro. Si tienen hijos, a éstos les corresponde por ley dos tercios de la herencia y al cónyuge no separado o que no lo estuviera por culpa del difunto tendrá el usufructo de un tercio. Del otro tercio se puede disponer libremente. En este caso se puede incluir la llamada *cautela socini* por la que cada cónyuge lega al otro el usufructo universal de sus bienes, es decir, el usufructo sobre toda la herencia, e instituye herederos universales a sus hijos en el resto, es decir, tendrán la nuda propiedad de todos los bienes. Añadiendo que si algún hijo no aceptase este usufructo universal del cónyuge supérstite porque exija su legítima libre de cargas, esto es, sin la carga del usufructo, entonces éste recibirá sólo lo que por legítima estricta le correspondiese. Se busca con este testamento proteger al cónyuge viudo de forma que los hijos necesitasen su consentimiento para poder dispo-

ner de todos los bienes ya que éste tendría el usufructo. En todo caso, en relación al piso comprado por ambos cónyuges si su régimen matrimonial era el de gananciales al fallecer uno de ellos se disolvería la sociedad de gananciales y, en principio, una mitad sería para el cónyuge superviviente y la otra mitad para los herederos del fallecido.

Si no tuvieran todavía hijos, a los padres de ambos les corresponderá por ley un tercio de la herencia y también por ley el cónyuge superviviente tendrá el usufructo de la mitad de la herencia. En este caso podrían dejar a los padres lo que por legítima estricta les corresponda, pudiendo ordenar que se satisfaga en metálico.

6. Conforme al artículo 737 del CC: «Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas». Por consiguiente, el testamento se puede cambiar todas las veces que se quiera otorgando uno nuevo.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Código Civil, arts. 77, 662, 663, 667, 668, 670, 678, 679, 680, 688, 807 y 862.**