



UNIVERSITAS
Miguel Hernández

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

Grado en Derecho



Trabajo Fin de Grado

**FORMAS DE TESTAR RECOGIDAS EN LA
LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y SISTEMA DE LEGÍTIMAS:
UNA NECESARIA MODERNIZACIÓN**

CURSO ACADÉMICO 2021/2022

ALUMNO: Sergio Fernández García

TUTOR: María Remedios Guilabert Vidal

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. TIPOS DE TESTAMENTO.....	5
2.1. Testamento abierto.	5
2.2. Testamento cerrado.	10
2.3. Testamento ológrafo.	13
III. SISTEMA ACTUAL DE LEGÍTIMAS EN EL CÓDIGO CIVIL.	17
3.1. La legítima de los descendientes.	18
3.2. La legítima de los ascendientes.	19
3.3. La legítima del cónyuge viudo.....	20
3.4. Cálculo y pago de la legítima.	21
3.5. La desheredación y la indignidad.....	22
3.6. Rigidez del actual sistema de legítimas.	24
IV. ANTIGUOS FUEROS VALENCIANOS EN EL ÁMBITO DE SUCESIONES.....	26
4.1. Tipos de testamento existentes durante la etapa foral.....	26
4.1.1. Testamento notarial abierto:	26
4.1.2. Testamento notarial cerrado:	26
4.1.3. Testamento autógrafo:	26
4.1.4. Testamento nuncupativo	27
4.1.5. Testamento mancomunado.....	27
4.2. Formas de suceder en los antiguos fueros valencianos.....	28
4.2.1. Sucesión ab intestato:	28
4.2.2. Las reservas	29
4.3. Sistema de legítimas y posterior libertad para testar en la Valencia foral.....	30
4.3.1. Sistema de legítimas durante el período foral valenciano.....	30
4.3.2. Libertad de testar en la Valencia foral.	31
V. ANTEPROYECTO DE LEY DE SUCESIONES DE 2009 DE LA GENERALITAT VALENCIANA.....	32
5.1. Sistema de legítimas.....	32
5.1.2. Legítima de los progenitores.....	34
5.1.3. Legítima del cónyuge viudo.	34
5.2. Dos figuras especiales: la cambra y el any de plor.....	35
5.2.1. La cambra.	35
5.2.2. El any de plor.....	35

5.3. El testamento mancomunado y el testamento nuncupativo o “de paraula”	35
VI. TESTAMENTOS DURANTE EL CONFINAMIENTO DOMICILIARIO PROVOCADO POR LA PANDEMIA DEL COVID.....	37
6.1. Problemática acaecida en materia testamentaria por la declaración del estado de alarma.	37
6.2. Artículo 701 del Código Civil, referente al testamento en caso de epidemia y su aplicación durante el estado de alarma.....	39
6.3. Testamento ológrafo durante la pandemia de COVID-19.	40
VII. TESTAMENTO OTORGADO MEDIANTE VIDEOCONFERENCIA COMO ALTERNATIVA A LAS FORMAS DE TESTAR RECOGIDAS ACTUALMENTE EN EL CÓDIGO CIVIL.	42
VIII. DESHEREDACIONES POR CAUSA DE MALTRATO A LOS PADRES DURANTE LA PANDEMIA.	44
IX. CONCLUSIONES.	46
X. BIBLIOGRAFÍA.....	48
XI. JURISPRUDENCIA UTILIZADA.....	51



I. INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo realizaremos un análisis profundo de ciertos aspectos de nuestro Derecho de Sucesiones, conociéndose esta rama del Derecho Civil como aquella que se encarga de regular la sucesión por causa de muerte, estableciendo un marco normativo que permita establecer el sino de los derechos y obligaciones de una persona una vez fallecida.

Uno de los objetivos de este trabajo consistirá en realizar un análisis de los tipos de testamento existentes actualmente en la redacción del Código Civil. Este análisis no estará exento de ciertas sentencias y artículos doctrinales que respondan ciertas dudas que nos pueden asaltar a la hora de leer los preceptos.

También realizaremos un estudio de las más que anticuadas legítimas existentes en el Código Civil, las cuales asfixian al testador de forma que no puede dar a su haber hereditario el destino que desea. Este sistema de legítimas adolece de un marcado anacronismo en los tiempos actuales, en los que la libertad es, como destacaremos, piedra angular de esta nuestra sociedad.

No sólo realizaremos pesquisas en lo que respecta a la legislación nacional, sino que también nos centraremos en nuestra Comunidad. En territorio valenciano hemos llegado a tener una regulación sucesoria propia, recogida en los antiguos Fueros Valencianos. Esta regulación estuvo vigente durante siglos. No sólo analizaremos las normas que fueron, sino también las que pudieron ser, puesto que el Anteproyecto de Ley de 2009 de la Generalitat merece ser mencionado en este trabajo, ya que recoge una regulación en lo que respecta a las legítimas más que interesante.

Durante la pandemia de COVID y el confinamiento domiciliario surgieron innumerables problemas, uno de ellos fue la dificultad que tenían las personas para testar al no poder salir de casa y no otorgar ninguno de los testamentos recogidos en el Código las garantías necesarias. Las nuevas tecnologías podrían haber supuesto una solución a través de la realización del testamento mediante videoconferencia, lo que habría facilitado enormemente las cosas al conseguir una comunicación directa entre testador y Notario, como veremos en este trabajo.

II. TIPOS DE TESTAMENTO.

En el presente capítulo nos dedicaremos a exponer los distintos tipos de testamentos que encontramos regulados en nuestro Código Civil, a saber: el testamento abierto, el testamento cerrado y el testamento ológrafo.

Nuestro Código Civil en su artículo 667 define el testamento como el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos.

Parte de la doctrina opina que esta definición es deficiente, puesto que otorga al testamento una dimensión puramente patrimonial que, aun siendo indispensable, no es la única¹.

2.1. Testamento abierto.

Podemos definir el testamento abierto como aquel tipo de testamento en el cual el testador declara su última voluntad ante el Notario que ha de autorizar el acto y, en los casos en que proceda, ante dos testigos idóneos.

En la legislación actual podemos encontrar diversas manifestaciones de este tipo de testamentos, requiriendo en la inmensa mayoría de casos presencia Notarial, pudiendo prescindir de la misma en determinados casos especiales.

El testamento abierto ordinario, regulado en los artículos 694 a 696 CC, requiere únicamente la presencia del testador y de Notario hábil, no siendo necesaria la presencia de testigos.

Cuando decimos que el notario ha de ser “hábil”, ello no hace alusión a la destreza del mismo. Lo que se busca con dicho término es la corroboración de la competencia del Notario en el territorio de otorgamiento².

El testador, de manera oral o mediante forma escrita, manifestará su última voluntad ante el Notario, que redactará el testamento con indicación expresa del sitio, hora, día, mes y año en el que tuvo lugar el acto. La formalidad de indicar la fecha y la hora se considera imprescindible para clarificar la capacidad del testador para otorgar

¹ Artero Felipe, J.L.: “¿Qué es un testamento?”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 888, 2014.

² Alventosa, J./ Cobas, M.E./ Montes, M.P./ Martínez, L.M.: *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, 19ª edición, Valencia, 2017, p. 429.

testamento y la idoneidad de los testigos en caso de que resulte necesario, también resulta útil para conocer la posible existencia de testamentos posteriores que lo dejen sin validez³.

En cuanto a la jurisprudencia, la misma es sumamente escrupulosa con esta formalidad, habiéndose declarado nulos testamentos en los que no aparecía la hora.

En este sentido, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 21 de junio de 1986, la cual expone que “para la validez de todo testamento, es de absoluta necesidad que se cumplan todas las solemnidades esenciales y requisitos establecidos en la normativa contenida en el artículo seiscientos noventa y cinco del Código Civil, que establece los requisitos de orden formal que determinan la validez del testamento abierto” (...). También establece que “es por ello por lo que ha de expresarse en el testamento “la hora” en que fuera otorgado, exigencia formal contenida en el artículo citado, cuya inobservancia apareja la nulidad, que puede declararse, no sólo a instancia de parte, sino también de oficio”⁴.

La necesidad de indicar en el testamento el año, el mes e incluso el día de otorgamiento del mismo resulta completamente comprensible e incluso lógica, puesto que dicha formalidad nos servirá para clarificar las dudas que puedan surgir en el futuro acerca de la capacidad del testador en el acto de otorgamiento, así como para saber cuál fue el último testamento otorgado en caso de existir varios testamentos incompatibles entre sí.

Sin embargo, en relación a la exigencia de indicación de la hora, las sentencias que han declarado la nulidad del testamento por ausencia de la misma pueden parecer un tanto anquilosadas en un formalismo excesivo. La necesidad de indicación de la hora puede resultar útil en casos tan hipotéticos como improbables, como es el caso de que una persona otorgue testamento por la mañana y por la tarde pierda la capacidad legal de testar u otorgue testamentos incompatibles entre sí el mismo día. La mínima probabilidad de que se den estos casos no debería provocar que se declare la nulidad del testamento en el que no se han dado estas situaciones y se han cumplido con el resto de las formalidades exigidas.

Una vez leído el testamento por el Notario y manifestado su conformidad por el testador, y habiendo examinado el primero la capacidad legal del testador para otorgar

³ Aguilar Ruiz, L./ Sánchez Lería, R.: *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, 3ª edición, Valencia, 2021, p. 59.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo. RJ 1986/3788

testamento, se procederá a la firma del testamento por el testador, no sin antes dar fe el Notario de que conoce al testador y que éste se ha identificado correctamente.

La manifestación de conformidad expresa del testador a la lectura del testamento por parte del Notario no consiste en un requisito imprescindible, sino que basta con que el testador muestre su aprobación por cualquier acto. Podemos apoyar dicha afirmación en la jurisprudencia, concretamente en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 21 de marzo de 2006, según la cual “no le da esta Sala la consideración de fórmula expresa y solemne, sino que entiende que lo exigido legalmente es una manifestación de voluntad del testador, que puede revestir diversas modalidades según las circunstancias, siempre que de ellas se deduzca inequívocamente aquella conformidad”⁵.

En relación a la capacidad legal del testador, hemos de destacar el artículo 664 del Código Civil, el cual establece una presunción de capacidad cuando el testamento se haya otorgado previamente a la declaración de enajenación mental del testador, siendo válido el testamento que hubiese sido otorgado con carácter previo a dicha declaración.

La jurisprudencia apoya esta afirmación, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 23 de marzo de 2010 establece que “la discusión sobre la nulidad o no del testamento no puede centrarse en una incapacidad declarada cuatro años después por medio de la declaración de incapacitación. Lo que debe demostrarse en una acción de nulidad por falta de capacidad es que el testador no estaba capacitado para otorgar el testamento en el momento en que lo hizo y ello no puede deducirse de una posterior incapacitación”⁶.

En la misma línea se mantiene la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª) de 31 de marzo de 2014, la cual expresa que “frente a la presunción de capacidad, y a la apreciación del Notario de la capacidad del testador, falta la prueba de la incapacidad en el momento de otorgar testamento”⁷

Ahora bien, nuestro Código Civil, en sus artículos 697 y 698, recoge diversos supuestos en los que se prevé necesaria la presencia de personas ajenas al testador y al Notario, es decir, los testigos idóneos.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo. RJ 2006/1590.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo. RJ 2010/2326.

⁷ Sentencia nº 147/2014 de la Audiencia Provincial de Las Palmas.

A la luz de lo expuesto en el artículo 697, resulta imprescindible la presencia de dos testigos idóneos en el acto de otorgamiento en caso de que el testador manifieste que no sabe o no le es posible firmar el testamento. De la misma forma, también deberán comparecer dos testigos cuando así lo demanden el Notario o el testador. También nos ofrece información al respecto el artículo 698 CC, el cual recoge que “en el caso de que los hubiese, también deberán acudir los testigos de conocimiento, que podrán intervenir como testigos instrumentales, así como los facultativos que hubieran reconocido al testador incapacitado y el intérprete que hubiese traducido la voluntad del testador a la lengua oficial del Notario”.

Encontramos jurisprudencia en lo relativo a la ceguera del testador, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª) de 17 de enero de 2018, la cual recoge que “este Tribunal mantiene que ha de darse por probada suficientemente por las demandantes-apeladas, principalmente con la documental médica obrante en autos, no contradicha por otra prueba que se le enfrente, la falta o carencia de visión del testador, su padre, el Sr. Eliseo, en un grado tal, cuasi absoluto, y tan patente que permite afirmar que en el otorgamiento de testamento de dicha persona debía entrar en juego la excepción legal prevista en art. 697.2 del CC de la presencia y concurrencia de testigos”⁸

Nuestra legislación también recoge diversas circunstancias bajo las cuales no se puede actuar como testigo en un acto de otorgamiento, véase el artículo 681 del Código Civil, que establece que no podrán actuar como testigos: aquellos que un tengan la mayoría de edad, los que no comprendan la lengua del testador y los que no se encuentren en su sano juicio. También afecta tal imposibilidad a “el cónyuge o los parientes dentro del segundo grado de afinidad o cuarto de consanguinidad del Notario que autoriza el acto y quienes tengan con este relación de trabajo”.

También el artículo 682 CC indica que “no podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquellos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”. salvo que el legado consista en “algún objeto mueble o cantidad de poca importancia en relación al caudal hereditario”.

Al aparecer como testigos inidóneos los cónyuges, resulta lógico preguntarnos si también le afecta dicha prohibición a la persona que mantenga una relación análoga a la

⁸ Sentencia nº 2/2018 de la Audiencia Provincial de Salamanca.

del matrimonio con el testador, más aún, conociendo los tiempos que corren, en el que la figura del matrimonio está en franca decadencia.

La jurisprudencia responde negativamente a esta cuestión, indicando que no procede dicha equiparación, véase la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) de 19 de octubre de 2016, que indica que “con independencia de la improcedencia de la aplicación analógica en el presente caso, pues se trata de figuras o institutos diferenciados en su regulación jurídica, debe precisarse que la interpretación extensiva que propugna la recurrente, conforme a la realidad social como criterio de interpretación normativa, tampoco puede estimarse...”⁹.

También encontramos doctrina que niega tal posibilidad, por ejemplo, Guillermo Cerdeira, establece: “siendo regla la posibilidad de ser testigo en el testamento -que legalmente se delimita negativamente o por exclusión-, el no poder serlo es excepcional, de modo que cualquier persona a la que la ley no se lo prohíba expresa y claramente, puede ser testigo en un testamento”¹⁰.

Cabe hacer alusión al artículo 699 del Código Civil referente al principio de unidad de acto, según el cual “todas las formalidades anteriormente expuestas 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”.

Si se declara nulo un testamento por no realizarse alguna de las solemnidades recogidas, el Notario será responsable de los daños y perjuicios que pudiesen surgir “si la falta procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables”, así viene recogido en el artículo 705 del Código Civil.

A parte de los ya expuestos, en los artículos 700 y 701 del Código Civil encontramos dos tipos de testamentos abiertos no notariales: el testamento en caso de peligro inminente de muerte y el testamento en caso de epidemia. A continuación, realizaremos una breve exposición del correspondiente al artículo 700, el testamento en caso de peligro inminente de muerte, puesto que el testamento en caso de epidemia será sometido a un análisis más profundo en el capítulo VII de este trabajo.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo. RJ 2016/4938.

¹⁰ Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: “¿Puede el conviviente de hecho del heredero ser testigo en un testamento abierto? Entre la analogía y la interpretación” *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 43, 2017.

Atendiendo al artículo 700 del Código Civil, el testador podrá otorgar testamento en presencia de cinco testigos idóneos, sin que resulte inexcusable la presencia de Notario en caso de encontrarse en peligro inminente de muerte. Siempre que sea posible, se tendrá que realizar por escrito, siendo válido de todas formas cuando no fuese posible. Serán ineficaces estos testamentos una vez transcurridos dos meses desde que el testador hubiese salido del peligro inminente de muerte. Igualmente, devendrá ineficaz el testamento si no se acude al Notario para que lo eleve a escritura pública dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento.

2.2. Testamento cerrado.

El artículo 680 del Código Civil dispone que el testamento cerrado es aquel tipo de testamento que se da “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”. Esta voluntad puede ser escrita por el testador por su puño y letra, en cuyo caso deberá rubricar su firma al final. También puede optar por usar otros soportes técnicos o utilice a otra persona para su escritura, de ser así, el testador deberá estampar su firma en cada una de los folios. En caso de que el testamento se hubiese redactado en soporte electrónico, se habrá de firmar con firma electrónica reconocida.

El testamento cerrado, a diferencia del abierto, tiene como característica principal el secreto de su contenido una vez otorgado por el testador. Ello no significa que el testador no pueda enunciar las disposiciones del mismo, puesto que lo que impide es que muestre las disposiciones enseñando el propio testamento, ya que ni siquiera él mismo puede verlo una vez otorgado. Resulta imprescindible que el Notario de fe de la certeza del otorgamiento.

Según lo establecido en los artículos 706 y 707 del Código Civil, al acto de otorgamiento deberá comparecer el testador en presencia de Notario y cinco testigos. En dicho acto, el testador tendrá que indicar que el pliego que se haya en la cubierta que expone incluye su última voluntad. El Notario desplegará el acta de otorgamiento encima de la cubierta en la que se ha incluido el pliego, en la cual rubricarán su firma el Notario, el testador y los testigos si el testador no fuese capaz de firmar, indicándose en la misma el lugar, año, mes, día y hora del acto de otorgamiento.

La falta de alguna de las formalidades anteriormente expuestas será causa de nulidad del testamento cerrado.

Apoyándonos en la jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) del 7 de julio de 1943 expone que “Considerando que (...) no se cumplieron las formalidades establecidas (...) de que “el papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquel sin romper ésta” y que “sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de otorgamiento” (...) se impone declarar, en el presente caso, por ella y las precedentemente indicadas, la invalidez de la disposición testamentaria impugnada”¹¹.

Resulta lógico que, al tratarse de un testamento cuya característica principal consiste en el secreto de su contenido, se declare la nulidad del mismo si la cubierta en la que se encuentra el pliego está abierta, ya que, por ejemplo, el tercero encargado de la guarda del testamento podría conocer el contenido del testamento antes de su presentación, lo cual se contradice con la voluntad del testador al haber otorgado testamento cerrado.

De la misma forma que en el testamento abierto, en el artículo 708 del Código Civil encontramos una serie de circunstancias bajo las cuales no se podrá otorgar testamento cerrado, es el caso de los ciegos y los que no sepan o no puedan leer. Esta norma tiene su razón de ser en que las personas que se encuentran bajo estas circunstancias no tienen forma de comprobar si el documento que se entrega al Notario que ha de autorizar el acto contiene verdaderamente su última voluntad, pudiendo entregarse uno falso.

Aquellos que no sepan expresarse verbalmente, pero sí tengan capacidad para escribir correctamente, tendrán la potestad de otorgar testamento cerrado cuando esté firmado por el propio testador y habiendo escrito éste en la cubierta, en presencia del Notario, que dentro de ella se encuentra su testamento.

Desplegada el acta de otorgamiento y acreditado el testamento, el Notario dará el testamento al testador, que podrá escoger entre mantenerlo en su haber, encargar su tutela a tercera persona o depositarlo en poder del Notario que hubiese autorizado el acto.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). RJ 1943/854 bis

Una vez producido el fallecimiento del testador, aquellos que tengan interés en el testamento, así como los familiares, podrán solicitar la presentación del testamento.

En el artículo 712 del Código Civil, viene recogido que “aquella persona que tenga en poder el testamento deberá presentarlo ante el Notario competente en el plazo de diez días desde que hubiese tenido conocimiento del fallecimiento del testador”, de lo contrario, serán responsables de los posibles daños y perjuicios que hubiese ocasionado su conducta negligente y, si además mediase dolo en dicha conducta, a parte de la responsabilidad ya mencionada, perderá todo derecho a la herencia. Se aplicará la misma medida a aquellas personas que sustraigan mediando dolo el testamento del domicilio de la persona encargada de su guarda, así como el que lo inutilice, rompa u oculte.

Cabe destacar que, según lo establecido en el artículo 715 del Código Civil, si se hubiese declarado nulo el testamento por la inobservancia de las formalidades anteriormente expuestas, se aceptará su validez como testamento ológrafo, “si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento”.

Lo cierto es que el testamento cerrado es un tipo de testamento que casi no se aplica en la actualidad, puesto que presenta un número de formalidades mucho mayor respecto al resto de testamentos, siendo el secreto de su contenido su principal ventaja, cosa que se puede conseguir mediante el testamento ológrafo, presentando este último la ventaja del secreto de otorgamiento y un número de formalidades mucho menor¹².

El uso de este tipo de testamento se reduce a las personas que no pueden otorgar testamento ológrafo por insuficiencia de edad o por imposibilidad de escribir.

¹² Aguilar Ruiz, L./ Sánchez Lería, R.: *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2015, p. 51.

2.3. Testamento ológrafo.

El testamento ológrafo es aquel que el testador escribe de su puño y letra en un documento firmado por él, dándose las características que encontramos en el artículo 688 del Código Civil, siendo la primera característica la obligatoriedad de ser mayor de edad para otorgar testamento, a diferencia del resto de testamentos en los cuales se exige tener 14 años de edad. Cabe preguntarse si pueden otorgar testamento ológrafo los menores de edad emancipados. Al tratarse de un testamento otorgado sin la intervención de Notario, se exige como garantía la mayoría de edad del testador, por lo que la norma se ha de interpretar literalmente. Por ello, no podrán otorgar testamento ológrafo los menores emancipados.

Otra de las exigencias de este tipo de testamento es que tiene que haber sido escrito enteramente por el testador de su puño y letra, siendo nulos los escritos por otros medios como el ordenador. Se requiere que sea el testador el único que haya escrito y que las características de la caligrafía sean las propias de éste. La importancia de esta característica del testamento ológrafo ha sido reivindicada por la jurisprudencia, véase, por ejemplo, el Auto número 29/2000 de 28 de enero del 2000 de la Audiencia Provincial de Toledo, estipula que “la redacción del testamento ha sido hecha con máquina de escribir o aparato semejante (ordenador) y sólo al pie del documento consta, escueta, la firma del causante; no es por tanto el testamento autógrafo, ni en todo ni en parte; es, todo lo más, un documento firmado por el supuesto testador” (...) exponiendo más adelante que “la inexistencia del requisito esencial para la validez del testamento ológrafo, su autografía, impide la estimación del recurso”¹³.

Se exige también que el testador haya estampado su firma. Generalmente esta firma ha de consistir en la que use en su día a día, pero, acogiéndonos a la jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 5 de mayo de 2011 manifiesta que “la doctrina y la jurisprudencia siempre se han referido a la firma “habitual” o “usual”, pero nunca lo han 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” (...)¹⁴.

¹³ Auto de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª). AC 2000/133

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo. RJ 2012/1101

Además, se tendrá que indicar el día, mes y año de otorgamiento, no siendo necesario indicar el día y la hora como en los otros tipos de testamentos. El Tribunal Supremo trata con suma importancia los casos de defecto de fecha, declarando la invalidez de los testamentos en los que no se indica. La fecha del testamento será la que hubiere puesto el testador en el mismo, sin que importe la fecha en la que se escribió. Dicha afirmación es respaldada por la jurisprudencia, concretamente, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) del 10 de febrero de 1994, la cual expone que “será fecha en este testamento la que ponga el testador independientemente del momento en que se haya escrito el testamento” (...). Más adelante, la misma sentencia afirma 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”¹⁵.

También podemos destacar el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª) de 4 de abril del 2005, que indica que la fecha “es un requisito esencial, según reiterada jurisprudencia, que no permite suplir su ausencia por otros medios de prueba que acrediten la data del otorgamiento”¹⁶.

La doctrina se mantiene en la misma línea que la jurisprudencia, indicando que, careciendo el testamento ológrafo de fecha, el acto de otorgamiento no tendrá una localización temporal, considerándose el mismo como un testamento atípico¹⁷.

También expone el artículo 688 que “si el testamento contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma”. Sin embargo, cualquier tachadura en un requisito básico del testamento, como puede ser la fecha, provocará la nulidad del mismo.

En cuanto a los extranjeros, según el artículo 688 del Código Civil “podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma”.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo. RJ 1994/848

¹⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid. AC 2005/449.

¹⁷ Romero Coloma, A.M.: “El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes” *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2015, nº. 907.

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 689 Código Civil, dentro de los cinco años siguientes al fallecimiento del testador se tendrá que presentar ante el Notario, de no ser así, devendrá ineficaz.

De la misma manera que en el testamento cerrado, aquella persona que tenga en poder el testamento ológrafo tendrá que presentarlo al Notario dentro de los diez días siguientes al momento en que tuvo noticias de la muerte del testador. De no ser así, será responsable de los daños y perjuicios derivados de tal incumplimiento.

El Notario, una vez presentado el testamento ológrafo y habiendo acreditado la muerte del testador, procederá a la apertura del testamento y a la posterior comprobación de la identidad del testador.

Por último, el artículo 693 del Código Civil establece que si el Notario estima justificada la identidad del testamento, acordará que se protocolice, con las diligencias practicadas. En otro caso, denegará la protocolización.

El testamento ológrafo presenta ciertas ventajas respecto al resto de testamentos, ya que al no requerir personas distintas al testador para su otorgamiento es mucho más práctico y mucho más sencillo de otorgar. También podemos destacar que es un tipo de testamento sumamente barato para el testador, ya que no corre con ningún gasto en la realización del mismo.

Sin embargo, no presenta las mismas garantías en relación a la protección de la voluntad del testador con respecto a los demás tipos de testamento, los cuales requieren un mayor número de formalidades que permiten blindar la voluntad del testador, al requerir, por ejemplo, intervención de Notario y testigos. Lo económico que le resulta al testador el testamento ológrafo también tiene su contraparte, puesto que dicho testamento habrá de protocolizarse lo que provocará que los herederos incurran en gastos.

No resulta imprescindible que el testador exponga de forma clara e inequívoca que su intención es hacer testamento, puesto que es suficiente el denominado *animus testandi*. Es decir, no hemos de analizar el sentido de cada una de las palabras, sino hacer una interpretación teleológica sobre la voluntad real de la persona que está redactando el documento. Podemos acogernos, por ejemplo, a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 25 de noviembre de 2014, la cual expone que “no se trata de analizar las exactas palabras, en su sentido gramatical o, mucho menos, jurídico, sino ver

la intención que se desprende del texto”¹⁸. En dicha Sentencia, el Tribunal Supremo considera como testamento ológrafo un escrito que, a pesar de no usar la terminología precisa, del mismo se desprende la clara e inequívoca voluntad de la testadora de legar uno de sus pisos a una amiga.



¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo. RJ 2014/6006

III. SISTEMA ACTUAL DE LEGÍTIMAS EN EL CÓDIGO CIVIL.

En este tercer capítulo procederemos a analizar el sistema de legítimas hereditarias existente en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico.

Primeramente, realizaremos una breve explicación del concepto de legítima, para ello nos apoyaremos en el artículo 806 del Código Civil, que la define como aquella parte del caudal hereditario que están reservados por la Ley a una serie de sucesores (a los cuales se les denomina herederos forzosos) y que, por esta reserva, el testador no puede darles el destino que más desee.

Sin embargo, aunque en la definición se exponga que el legitimario es heredero, ello no significa que haya de ser necesariamente heredero, puesto que puede recibir su parte por herencia, legado o donación. Por lo tanto, el legitimario también puede ser legatario o donatario¹⁹.

La jurisprudencia también respalda tal afirmación, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 28 de septiembre de 2005 establece que “el legitimario que hubiera recibido íntegramente la legítima por herencia, legado o donación, carece del derecho a reclamarla como heredero forzoso, independientemente del título de su atribución por el causante, pues no ha sido favorecido por una delación legal inmediata y directa”²⁰.

Una vez realizada una primera aproximación del concepto de legítima, podemos destacar que dicha figura supone un claro límite a la libertad de testar del causante, así como a la libertad de donar del mismo, puesto que ha de reservar ciertos bienes a los herederos forzosos.

En lo concerniente a la libertad de testar, podemos encontrar tres grandes sistemas: el anglosajón, caracterizado por la libertad absoluta de testar, sin reservas ni ningún tipo de sucesión forzosa; el germánico, consistente en un sistema de reserva con parcial libertad de testar; y el sistema propio del Derecho Romano, caracterizado por la libertad de testar, concurrente con la existencia de legítima en favor de determinadas personas.

¹⁹ Serrano Fernández, M.: *Derecho de Sucesiones*, 3ª edición, Valencia, 2021, p. 128.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo. RJ 2005/7154

Este último, el sistema romano, es el sistema recogido claramente en nuestro Código Civil.

El Código Civil, en su artículo 807, establece quienes son las personas a las que se le reserva esta porción del caudal hereditario, es decir, establece quienes son los legitimarios. En dicho artículo encontramos un orden de prelación, el cual es el siguiente:

- “1. Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.
2. A falta de los primeros, los padres y ascendientes, respecto de sus hijos y descendientes.
3. El viudo o viuda en la forma y medida que establece el Código Civil.”

A continuación, procederemos a analizar cada uno de los legitimarios que aparecen recogidos en el Código Civil, con sus respectivas cuantías y particularidades.

3.1. La legítima de los descendientes.

Los descendientes son los legitimarios los cuales gozan de una situación preferente respecto al resto, por lo que la existencia de los descendientes conlleva la no inclusión de los ascendientes dentro de esta figura.

En el caso de la existencia de un descendiente legítimo premuerto, o que el mismo hubiese sido declarado indigno o lo hubiesen desheredado, los hijos o descendientes del mismo podrán ocupar su lugar ejerciendo el derecho de representación, no pudiendo ejercitarse tal derecho si el hijo legítimo hubiese renunciado a la herencia, en cuyo caso su cuota se fraccionará entre el resto de legitimarios, o bien desaparecerá en caso de que no existan más legitimarios²¹.

Según establece el artículo 808 del Código Civil, la cuantía de la legítima de los hijos o descendientes es de dos terceras partes del total del haber hereditario. Estos dos tercios es lo que llamamos legítima larga. Dentro de la legítima larga, encontramos un tercio que es la legítima estricta, es decir, aquella que se divide por igual entre todos los legitimarios. El otro tercio perteneciente a la legítima larga es el tercio de mejora, mediante el cual el legítimo puede aumentar la cuota de uno de los legitimarios sin

²¹ Serrano Fernández, M.: *Derecho de Sucesiones*, 3ª edición, Valencia, 2021, p. 132.

necesidad de utilizar el tercio de libre disposición. Lógicamente, el tercio restante es el tercio de libre disposición, porción del haber hereditario a la que el causante puede dar el destino que guste sin ningún tipo de limitación.

Llegados a este punto, cabe hacer mención de una figura especial introducida en el artículo 808 del Código Civil, que otorga al causante la facultad de atribuir los dos tercios de legítima a uno o varios hijos o descendientes judicialmente incapacitados, gravando con una sustitución fideicomisaria el tercio de legítima estricta, ostentando la posición de fiduciarios los hijos o descendientes que hayan sido declarados incapaces y la de fideicomisarios los demás legitimarios.

3.2. La legítima de los ascendientes.

Únicamente serán considerados legitimarios los padres o ascendientes cuando no existan hijos o descendientes, sin caber la posibilidad de que ambas figuras lo sean simultáneamente. Si existen hijos o descendientes legitimarios, los padres o ascendientes de ningún modo podrán ostentar dicha calificación

Según lo establecido en el artículo 809 del Código Civil, la legítima de este grupo estará constituida por la mitad del haber hereditario de los descendientes, siendo de una tercera parte del haber hereditario si concurren con el cónyuge viudo del causante.

La legítima de los padres se dividirá entre los dos por partes iguales en caso de que los dos estuviesen vivos, pero en caso de que uno hubiese muerto, la cuantía íntegra de la legítima se asignará al sobreviviente, así viene establecido en el artículo 810 del Código Civil. Si el causante no hubiese dejado padres, pero si ascendientes de igual grado (el caso más común, abuelos) de ambas líneas, tanto materna como paterna, la legítima se dividirá entre ambas líneas por la mitad. La división dentro de cada línea se realizará por cabezas.

Este tipo de legítima no puede ser sujeta a conmutación, habiendo de procederse siempre al pago *in natura*²².

²² Alventosa, J./ Cobas, M.E./ Montes, M.P./ Martínez, L.M.: *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, 19ª edición, Valencia, 2017... *cit.*, p. 666.

3.3. La legítima del cónyuge viudo.

Al contrario de lo que ocurre entre los ascendientes y descendientes, la legítima del cónyuge viudo no es excluyente, por lo que puede concurrir con otros legitimarios. Esta legítima es siempre en usufructo, no transfiriéndose al viudo la nuda propiedad²³.

El artículo 834 del Código Civil establece que la cuantía de la legítima del cónyuge viudo dependerá de los legitimarios con los que concurre a la herencia. De esta forma, si concurre con los descendientes legitimarios del causante, su legítima consistirá en el usufructo de una tercera parte del haber hereditario. Este tercio corresponderá al tercio de mejora.

Si concurre con los ascendientes del causante, la cuantía de la legítima del cónyuge viudo ascenderá a la mitad de la herencia, cuya cuantía corresponderá a la parte de libre disposición.

En caso de no concurrir ni descendientes ni ascendientes legitimarios, se asignará al cónyuge viudo el usufructo de dos terceras partes del haber hereditario, por lo que el causante tendrá la facultad de destinar la parte de libre disposición como guste.

Para acceder a esta legítima el Código Civil exige que la persona supuestamente legitimaria esté casada con la persona fallecida una vez se produzca la apertura de la sucesión. Así, el divorciado y el cónyuge de matrimonio declarado nulo (excepto si media buena fe del mismo, una vez declarado nulo una vez fallecido el causante) no mantienen ningún crédito respecto a la legítima. Tampoco tendrá derecho a la legítima el cónyuge que cuando se hubiese abierto la sucesión se encontrase separado judicialmente o de hecho del causante, a no ser que se hubiera notificado la reconciliación al Juzgado competente.

A ello se refiere la jurisprudencia, concretamente podemos atenernos a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 17 de enero de 1962, la cual indica expresamente que “habiendo perdido el estado de cónyuge no puede concederse un derecho legitimario al amparo de una situación jurídica inexistente, siendo

²³ Aguilar Ruiz, L./ Sánchez Lería, R.: *Derecho de Sucesiones*, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2015, p. 121.

necesario para ello que la reconciliación o la nulidad del divorcio se consiga antes del fallecimiento de uno de los interesados”²⁴.

También podemos referirnos a la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) de 22 de octubre del 2010, la cual estipula que “pretender reclamar unos derechos a la legítima usufructuaria, tras 16 años de rotura de la convivencia, en situación de separación de hecho, con plena desvinculación personal y patrimonial entre ambos esposos, desapareciendo el fundamento propio de tal régimen legal, en un contexto en que la separación de hecho se le otorgan relevantes efectos jurídicos, conforma una situación de ejercicio abusivo de un derecho, que no podemos amparar...”²⁵.

En lo que respecta a la separación de hecho, encontramos artículos doctrinales, por ejemplo, de Carmen López, que establece que “la separación judicial elimina todo derecho a la legítima del cónyuge viudo, y se evita, como es lógico, cualquier alusión a la culpabilidad o la inocencia de cualquiera de los cónyuges...”²⁶.

Cabe mencionar que el artículo 840 del Código Civil, a sabiendas de las dificultades que puede provocar la figura del usufructo, permite que se pueda realizar la conmutación del usufructo del cónyuge viudo por la entrega de bienes, por una renta vitalicia o por la entrega de un capital en efectivo cuando éste únicamente acuda a la herencia con hijos del causante.

3.4. Cálculo y pago de la legítima.

Con el objetivo de establecer la cuantía de la legítima, tendremos que realizar diversas operaciones.

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 818 del Código Civil, una vez establecido el valor de los bienes hereditarios, la primera operación a realizar consistirá en deducir de dicho valor la cuantía de las deudas y cargas de la herencia. El resultado que obtendremos de esta operación será el activo del caudal relicto, al que doctrinalmente se le conoce como *relictum*. Si el *relictum* fuese negativo, es decir, si las deudas superan a los bienes,

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo. RJ 1965/445.

²⁵ Sentencia nº 462/2010 de la Audiencia Provincial de A Coruña.

²⁶ López Beltrán de Heredia, C.: “Sucesión hereditaria: legítima del cónyuge viudo”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 16, 2006.

no habrá legítima. Y, lógicamente, si el *relictum* fuese positivo, los bienes superan a las deudas, por lo que continuaremos con las operaciones pertinentes.

El siguiente paso, también contenido en el artículo 818 del Código Civil, consistirá en añadir al *relictum* anteriormente mencionado el *donatum*, es decir, se añadirá el valor (no los bienes como tal) de los bienes que el causante hubiese donado en vida. Una vez realizada esta operación, obtendremos el valor del caudal hereditario.

Encontramos en la jurisprudencia algunas sentencias que hacen alusión a este hecho, véase la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 24 de enero de 2008, que menciona que “el cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de ésta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el *relictum* con el *donatum*”²⁷.

Obtenida la cuantía correspondiente al caudal hereditario, se procederá a atribuir los legados y las donaciones hechas por el causante a los tercios en los que se divide la herencia en caso de que existan legitimarios.

Para terminar, se procederá a realizar el pago de la legítima, el cual se podrá realizar de distintas formas. Generalmente, este pago se realizará mediante la entrega de bienes de la herencia. Anteriormente, el pago de la legítima en metálico se aceptaba en casos especiales, pero la Ley 11/1981 abrió el abanico de posibilidades, aceptando este método en un mayor número de casos.

3.5. La desheredación y la indignidad.

La desheredación y la indignidad son las dos figuras por las que el legitimario puede verse privado de su derecho a la legítima.

En el caso de la desheredación, ha de realizarse en testamento, estipulando en el mismo la razón de tal desheredación, que ha de ser una de las recogidas en los artículos 852 a 856 del Código Civil.

Atendiendo a la posible inclusión del maltrato psicológico como causa de desheredación, resulta necesario acogernos a la jurisprudencia, concretamente a la

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo. RJ 2008/306.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 3 de junio de 2014, la cual establece que “la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante”²⁸.

También hemos de atender otras sentencias, como la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 30 de enero de 2015, que indica que “los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación, que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen”²⁹.

Las causas de indignidad, por su parte, son recogidas en el artículo 756 del Código Civil. La indignidad y la desheredación están íntimamente vinculadas, sin embargo, existen algunas diferencias entre estas figuras. Las causas por las que se puede incurrir en motivo de desheredación tienen carácter previo a la redacción del testamento, mientras que las de indignidad son previas a la muerte del causante, pudiendo ser algunas posteriores a ésta. La desheredación ha de ser conocida por el testador, habiendo de ser estipulada en el testamento por el mismo y, por su parte, la indignidad no ha de ser necesariamente acreditada por el testador en testamento ni conocida por éste.

La doctrina también nos presenta algunas diferencias existentes entre la indignidad y la desheredación, por ejemplo, Beatriz Gutiérrez indica que “la indignidad puede ejecutarse en la sucesión intestada, mientras que la desheredación sólo puede ejercitarse en la sucesión testada”³⁰.

Beatriz Gutiérrez, en el mismo artículo, nos ofrece otra diferencia sustancial entre ambas figuras, indicando que “la indignidad afecta a todos los beneficiarios del causante mientras que la desheredación sólo atañe a los legitimarios”³¹.

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo. RJ 2014/3900.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo. RJ 2015/639.

³⁰ Gutiérrez Lima, B.: “Causas de la desheredación de los descendientes”, *Revista Centro Asociado a la UNED Ciudad de la Cerámica*, nº 18, 2018, p. 276.

³¹ *Op. cit. supra.*, p. 277.

3.6. Rigidez del actual sistema de legítimas.

El actual sistema de legítimas recogido en nuestro Código Civil se ha quedado anquilosado en la primera redacción que se le dio al mismo en el Código Civil, fechada a finales del siglo XIX.

Hemos de destacar que, cuando se les dio redacción a estos preceptos, la sociedad española era eminentemente agrícola, en la cual el concepto de familia suponía uno de los valores centrales de la época, siendo los núcleos familiares muy sólidos. En esta época, este sistema de legítimas tan rígido tenía cierto sentido, dada la importancia que presentaba el núcleo familiar y los valores de la época³².

Sin embargo, en la actualidad, la libertad ocupa un aspecto central en nuestro día a día. La libertad de expresión, la libertad religiosa, la libertad personal, la libertad ideológica... lo cierto es que se nos llena la boca con la palabra "libertad", suena muy bien, pero no profundizamos, no nos preguntamos por qué esta libertad absoluta no existe cuando una persona procede a disponer de todos los bienes y derechos que ha generado a lo largo de su vida y buena parte de estos han de adjudicarse por decreto a los legitimarios procedentes.

Además, el contexto sociocultural actual es radicalmente distinto al de finales del siglo XIX, donde las familias habituaban ser de padre y madre y contar con una prole numerosa. Hoy en día, existen ciertas clases de familia las cuales no hallan en nuestro ordenamiento jurídico una regulación apropiada, véase: las familias de un solo padre, las parejas que no tienen hijos o las familias que únicamente han tenido uno o dos hijos. También cabe destacar que cada vez se casa menos gente, existiendo más parejas de hecho, las cuales no están calificadas en el Código Civil ni como legitimarios ni como herederos en la sucesión intestada³³.

Por todo ello, resulta necesario que exista mayor libertad a la hora de testar, incluso que exista una libertad absoluta, no sólo para respetar la libertad de decisión del causante y atender las nuevas necesidades de las actuales familias, sino también para que éste pueda atender de la manera que crea más correcta las necesidades de su propia

³² Martínez, P.: "Cómo organizar la herencia", *Revista Escritura Pública*, nº18, 2002, p. 51-52.

³³ *Op. cit. supra.*, p. 52.

familia. Por ejemplo, que el causante pueda favorecer sin límite alguno a su hijo discapacitado, en detrimento del resto de hijos.

No podemos dejar de mencionar otro punto sumamente importante, que consiste en la dignidad del causante como padre. ¿Por qué un padre ha de dejar una parte importante de sus bienes a un hijo que se ha olvidado de él o lo ha tratado mal sin haber incurrido en causa de desheredación o indignidad? Como bien señala el Notario Pablo Gutiérrez: “la legítima se ha convertido, en cierta manera, en una especie de seguro del hijo a la herencia del padre, cualquiera que sea el comportamiento afectivo del hijo con su progenitor. Y esto es intrínsecamente injusto, beneficia al hijo apático e indolente”³⁴.



³⁴ Gutiérrez-Alviz y Conradi, P.: “La legítima no es intocable”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, nº 24.

IV. ANTIGUOS FUEROS VALENCIANOS EN EL ÁMBITO DE SUCESIONES.

Este cuarto capítulo estará dedicado a abordar el tema concerniente al sistema hereditario existente en Valencia durante el período foral.

Hemos de destacar que, el sistema romano, al igual que ocurre en la actualidad, inspiró varias materias del derecho civil de la época, incluido el derecho hereditario.

4.1. Tipos de testamento existentes durante la etapa foral.

4.1.1. Testamento notarial abierto:

El testamento notarial abierto fue uno de los más usuales de la etapa foral. Este tipo de testamento recogido en los fueros presentaba unas características muy similares al testamento abierto actual, con las diferencias obvias existentes por la época.

En esta modalidad, el testador otorgaba testamento ante un Notario y tres testigos, debiendo ser el notario del colegio notarial de Valencia y no pudiendo ser los testigos mujeres, esclavos, herejes, etc.

4.1.2. Testamento notarial cerrado:

Igual que el anterior, este tipo de testamento presentaba escasas diferencias con el testamento cerrado existente en el actual ordenamiento jurídico.

El testamento se introducía dentro de una plica, la cual se facilitaba al notario, haciéndole ver que en esta plica estaba su última voluntad, posteriormente la plica se zurcía y se sellaba. En la cubierta se estipulaba por escrito el nombre del testador y el notario procedía a levantar acta de otorgamiento.

4.1.3. Testamento autógrafo:

De la misma forma que el testamento ológrafo actual, resultaba absolutamente necesario que este testamento hubiera sido redactado de puño y letra por el testador.

En este tipo testamentario, únicamente resultaba necesario que la autoría del mismo fuese del testador, sin resultar imprescindibles para la validez del mismo la firma o la fecha. Era improrrogable un proceso de verificación del testamento, en el cual se había de describir la forma en la que se había hallado el testamento y en el que dos o tres testigos tenían que afirmar que la letra era del testador. Se ponía fin al procedimiento con

una sentencia que verificaba que dicho documento contenía la última voluntad del testador³⁵.

4.1.4. Testamento nuncupativo:

En esta modalidad testamentaria, el testador se encuentra en un estado que le hace pensar que su muerte está cerca, bien sea por un accidente o por una afección. En este tipo de testamento, el testador pronunciaba su última voluntad de forma oral en presencia de testigos, los cuales en un principio tenían que ser tres, sin embargo, este número aumentó ante los problemas que fueron apareciendo, debiendo de ser cinco. Los testigos tenían un plazo de diez días para anunciar al tribunal pertinente las disposiciones expresadas por el testador, acarreado su incumplimiento responsabilidades penales y financieras. Este plazo era de tres meses, sin embargo disminuyó a diez días a causa de los fraudes que se llevaban a cabo en las disposiciones testamentarias. La declaración por parte de los testigos ante el tribunal competente para la protocolización del testamento consistía en aseverar que el causante se encontraba en uso pleno de sus facultades mentales a la hora de otorgar dicho testamento³⁶.

4.1.5. Testamento mancomunado:

Dicha figura no tuvo una regulación formal en los Fueros, sin embargo, fue admitida en la práctica en todo el territorio nacional.

Este testamento es aquel que realizan dos o más personas en un mismo documento, ya sean las disposiciones del mismo interdependientes entre las partes o no³⁷.

Con el paso de los años fue desapareciendo de la práctica ya que presentaba ciertos aspectos sumamente controversiales. Por ejemplo, una vez fallecido uno de los testadores que hubiesen participado en el testamento, parte de los autores de la época opinaban que dicho testamento ya no podía revocarse por el resto de testadores, mientras que otra

³⁵ Marzal Rodríguez, P.: "El derecho hereditario valenciano. Análisis de sus particularidades durante el período foral". *Derecho Civil Valenciano*, 2000, pp. 8-11.

³⁶ Ramón Fernández, F.: "El testamento nuncupativo: del derecho foral a la futura regulación sucesoria valenciana", *Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano*, nº 5, 2009.

³⁷ Sánchez-Rubio García, A.: "El testamento mancomunado aragonés", *Revista de derecho civil aragonés*, nº 18, 2012, p.124.

corriente de pensamiento sí que otorgaba dicha facultad de revocación al resto de causantes³⁸.

4.2. Formas de suceder en los antiguos fueros valencianos.

4.2.1. Sucesión ab intestato:

Esta sucesión es aquella que se da cuando el causante no hubiese otorgado testamento en vida o este fuese declarado inválido.

En dicha etapa se entendía que eran dos las clases de sucesión ab intestato que podían darse, una propia, que se daba cuando la persona fallecida podría haber otorgado testamento, y una impropia, que ocurría cuando el causante no hubiese tenido la capacidad de testar por alguna de las causas de incapacidad de la época (demencia, no estar en posesión de los 15 años de edad...)

Los primeros llamados a la herencia eran los descendientes, es decir, los primeros eran los hijos del causante y, de haber muerto un hijo, tendrían derecho a su parte los hijos del hijo premuerto, es decir, los nietos del causante. Cabe hacer mención a la figura de la hija dotada que, a partir del siglo XIV, se le imponía la obligación de firmar en acuerdo prematrimonial la renuncia a los derechos sucesorios que tuviera sobre la herencia de sus padres. De no haber descendientes, recibiría su derecho la línea ascendente, es decir, los ascendientes, véase los padres o abuelos, excluyendo la presencia de los primeros a los segundos. Al igual que ocurre en la actualidad y hemos indicado en capítulos anteriores, el grado más próximo excluye al más remoto. Sin embargo, si concurrían ascendientes y hermanos del causante, éstos heredaban por partes iguales, existiendo un derecho de representación a favor del hijo del hermano premuerto, es decir, del sobrino del causante. En tercer y último lugar encontramos a los colaterales, no existiendo en este caso derecho de representación a favor de los sobrinos del difunto si existiesen otros hermanos del causante, por lo que sólo tenían derecho de acceder a la herencia si no existían hermanos del fallecido³⁹.

³⁸ Marzal Rodríguez, P., *op.cit.*, p. 14.

³⁹ Marzal Rodríguez, P., *op.cit.*, pp. 16-17.

4.2.2. Las reservas:

La reserva se trataba de una institución que surgió con el objetivo de que una serie de bienes concretos del causante no saliesen de la misma familia

Tiene ciertas diferencias con la legítima, puesto que ésta se refiere a la totalidad del haber hereditario del fallecido, mientras que la reserva limita su actuación a una serie de bienes determinados.

Encontramos, por ejemplo, la reserva viudal, figura según la cual la viuda que contraía matrimonio otra vez, perdía el derecho que poseía sobre los bienes que hubiese recibido del marido, teniendo que proceder a la entrega de los mismos a los hijos del marido de quien hubiese obtenido estos bienes⁴⁰.

También podemos destacar la reserva del menor de quince años. Esta reserva indica que cuando un menor hubiese fallecido antes de cumplir los quince años, los bienes que hubiese recibido en herencia tanto de su madre como de su padre, regresaban a la línea de procedencia de estos bienes⁴¹.

Llegados a este punto, cabe mencionar que el régimen económico predominante durante la etapa foral era el de separación de bienes con asignación dotal. La dote consistía en una donación realizada normalmente por el padre de la mujer (si bien también podía realizarla la propia mujer o un tercero) al marido⁴².

De ahí deriva la figura que nos atañe: el derecho de reversión del dotador, que es aquel derecho que pertenecía a la persona que hubiese dotado a una mujer de reclamar los bienes que hubiesen formado parte de la dote, una vez hubiese fallecido la mujer dotada. Si el dotador hubiese fallecido, los bienes pasaban a formar parte de los herederos de éste. En este caso, si los herederos eran parientes del dotador, no había inconveniente ninguno, sin embargo, de no ser así, los bienes dotales se repartían con los herederos ab intestato. Si la mujer dotada hubiese hecho testamento, el derecho de reversión del

⁴⁰ Donado Vara, A.: "La reserva viudal y la posible reserva de una bodega legada: análisis crítico de su concepto, naturaleza y utilidad", *Revista de derecho UNED*, nº 7, 2010, p. 232-233.

⁴¹ Marzal Rodríguez, P., *op.cit.*, p. 20.

⁴² Sánchez Collada, T.: "La dote matrimonial en el derecho castellano de la baja edad media. Los protocolos notariales del archivo histórico provincial de Cuenca", *Revista Espacio, Tiempo y Forma. Serie III, Historia Medieval*, nº 29, 2016, p. 704.

dotador era de dos tercios de los bienes dotales, perteneciendo el tercio restante a quien la dotada fallecida hubiese estipulado. Si no hubiese testado, se revertían todos los bienes dotales al dotador⁴³.

4.3. Sistema de legítimas y posterior libertad para testar en la Valencia foral.

Durante la etapa foral valenciana existieron dos sistemas que, en principio, se encuentran en las antípodas el uno del otro. Durante los primeros compases de esta etapa, imperaba en materia de sucesiones un sistema de legítimas que procederemos a analizar a continuación, el cual fue decayendo progresivamente para terminar dando lugar a la libertad de testar.

4.3.1. Sistema de legítimas durante el período foral valenciano.

Los fueros de Jaime I establecieron un sistema de legítimas muy parecido al del emperador Justiniano, variando la legítima de los descendientes del fallecido según la cantidad de hijos que el testador tuviese.

Esta legítima era de un tercio de la masa hereditaria del causante si los hijos del mismo eran cuatro o menos, ascendiendo la cuota de la legítima a la mitad si el número de hijos era de cinco o más⁴⁴.

En caso de no existir descendientes, la legítima de los ascendientes era de un tercio del patrimonio hereditario del causante. En lo que respecta a la legítima del cónyuge, únicamente encontramos el caso de la mujer que no hubiese aportado dote a la hora de casarse, la cual tenía derecho a recibir el siete por ciento de los bienes del marido. En caso de que los hijos del marido viviesen, la mujer tenía derecho a escoger entre esta opción o quedarse en casa del marido fallecido, imponiéndose a los hijos la obligación de alimentarla⁴⁵.

⁴³ Marzal Rodríguez, P., *op.cit.*, pp. 20-21.

⁴⁴ Martínez Roda, F.: "El derecho común y la supresión de los fueros de valencia", *Revista de estudios políticos*, nº 163, 2014, p. 118.

⁴⁵ Marzal Rodríguez, P., *op. cit.*, p. 23-24.

4.3.2. Libertad de testar en la Valencia foral.

El sistema de legítimas recogido en el apartado anterior fue evolucionando hasta que se implantó en nuestro territorio un sistema de libertad testamentaria más propio del derecho anglosajón que del romano, el cual perduró hasta 1707, año en el que se produjo la abolición del derecho foral valenciano.

Fue en el año 1358, cuando se abolieron la mayoría de las limitaciones testamentarias, estableciéndose una libertad para testar casi absoluta, siendo la única legítima la existente a favor de los hijos, consistente en la cantidad simbólica de cinco sueldos⁴⁶.

Sin embargo, la redacción de dicha norma conllevó algunos problemas, pues no se indicaba si el causante tenía la obligación de establecer en el testamento expresamente que desheredaba a sus hijos o si bastaba con que omitiese nombrarlos en el testamento.

Dicha situación de confusión estuvo vigente durante un largo período de tiempo, pero fue durante el reinado de Martín el Humano, cuando, por presiones del clero, se impuso la obligación de que los hijos habían de mencionarse de forma expresa en el testamento, aunque fuese para desheredarlos o nombrarlos herederos⁴⁷.

Este sistema de libertad para testar que se ofrecía al causante no provocó muchas desheredaciones del causante a sus hijos, sino que más bien se produjeron divisiones dispares entre los miembros de la prole, pudiendo atender el causante a lo que necesitaba cada uno de ellos, por ejemplo, teniendo un hijo discapacitado. Esta libertad testamentaria recibió críticas por parte de autores canonistas, que opinaban que el hecho de desheredar a un hijo sin justificación alguna atenta contra los valores cristianos y los derechos naturales de los individuos. Por su parte, esta libertad era defendida por los civilistas, que destacaban que esta institución lograría que el padre mantuviese la simpatía de sus hijos hasta el día de su muerte⁴⁸.

⁴⁶ Juan Piqueras, J.: "Transmisión de patrimonios y desigualdad entre herederos en testamentos medievales valencianos", *Miscelánea Medieval Murciana*, nº 36, 2013, p. 133.

⁴⁷ De Miguel Molina, M./ Del Val Segarra Oña, M./ De Miguel Molina, B.: "La sucesión en la empresa familiar valenciana", *Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales Saberes*, nº8, 2010, p. 4.

⁴⁸ Marzal Rodríguez, P., *op. cit.*, pp. 25-26.

V. ANTEPROYECTO DE LEY DE SUCESIONES DE 2009 DE LA GENERALITAT VALENCIANA.

El tema a tratar en este capítulo consistirá en ciertos aspectos del anteproyecto de ley en materia de sucesiones que planteó la Generalitat Valenciana el año 2009. Concretamente analizaremos el sistema de legítimas que se planteaba en dicho anteproyecto, así como la introducción de dos tipos de testamento ya recogidos en los fueros valencianos y en ciertos ordenamientos forales actuales, el mancomunado y el nuncupativo o “de paraula”.

La meta buscada con este Anteproyecto consistía en la creación de un cuerpo normativo que desarrollase por completo el ámbito de las sucesiones mortis causa de aquellos que perteneciesen a la Comunidad Valenciana⁴⁹.

5.1. Sistema de legítimas.

En el Anteproyecto anteriormente mencionado, la legítima aparece como un derecho de crédito a favor del legitimario⁵⁰.

El Anteproyecto, en su artículo 124, planteaba un orden de prelación similar al que encontramos en la actual legislación nacional:

5.1.1. Legítima de hijos y descendientes.

Los primeros legitimarios son los hijos del causante, repartiéndose la legítima por partes iguales, no obstante, habrá que atender las regulaciones especiales de los hijos discapacitados, las cuales analizaremos más adelante. Para el caso de que exista un hijo premuerto, tendrán derecho a percibir su legítima los hijos del mismo, sin embargo, no podrán acceder a la misma si el hijo premuerto hubiese renunciado a la legítima o hubiese sido desheredado o declarado indigno.

En caso de que no existiesen hijos legitimarios, adquirirán derecho a la legítima los descendientes del fallecido, excluyendo el grado más próximo al más remoto.

La legítima de los hijos y descendientes, recogida en el artículo 125, está inspirada en la recogida en los antiguos Fueros valencianos, variando la cuantía de la misma en función del número de hijos que tenga el causante, de esta forma, la legítima consistirá

⁴⁹ Ramón Fernández, F.: *Prospectiva del derecho civil foral valenciano*, Valencia, 2011, p. 333.

⁵⁰ Polo Arévalo, E.M.: “Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, nº 10, 2013, p. 358.

en una cuarta parte del patrimonio hereditario si concurren uno o dos hijos legitimarios, ascendiendo la misma a un tercio si el número de hijos fuese de tres o mayor.

Podemos destacar que no se menciona en la regulación del Anteproyecto a los abuelos como legitimarios, lo cual se amolda mejor a los tiempos que corren ya que en raras ocasiones los abuelos se convierten en sucesores del causante. También cabe mencionar la mención expresa de los hijos adoptivos como legitimarios⁵¹.

Estos preceptos son más lógicos que los recogidos en el Código Civil nacional, puesto que permite que la libertad del causante a la hora de otorgar testamento sea mucho mayor, siendo la legítima máxima posible de un tercio, a diferencia de la legítima larga recogida en las disposiciones nacionales que es de dos tercios. Esta regulación se encuentra a medio camino entre la libertad absoluta existente en la etapa final de la valencia foral y la extrema rigidez del sistema legitimario nacional actual.

Ahora bien, hemos de tener en cuenta las disposiciones especiales en relación a los hijos o descendientes discapacitados, las cuales las encontramos en el artículo 126 del anteproyecto. La legítima de éstos consistiría en la percepción de una cantidad o de una pensión suficiente para la cobertura de sus necesidades tal y como se hacía antes de la apertura de la sucesión. Sin embargo, esta cantidad en ningún caso podría superar un cuarto del patrimonio hereditario del causante. Para que los hijos o descendientes legitimarios puedan acceder a dicha legítima habrán de padecer una minusvalía psíquica igual o mayor del treinta y tres por ciento o bien una minusvalía física o sensorial mínimo del sesenta y cinco por ciento. Otra posibilidad es que necesiten la asistencia permanente de un tercero para el día a día. Estos requisitos aparecen en el artículo 127 del anteproyecto.

Esta puntualización supondría un avance respecto a la legislación nacional, puesto que vela por los intereses de los hijos discapacitados, atendiendo la norma a las necesidades reales de cada uno de los legitimarios principales sin la necesidad de establecer una sustitución fideicomisaria.

Podemos destacar que, en general, este tratamiento de la legítima se amolda mucho mejor a la realidad social de hoy en día, en comparación con los preceptos de la legislación estatal, los cuales han quedado excesivamente obsoletos. Por ejemplo, la

⁵¹ Aviñó Sifre, B.: "La legítima en el anteproyecto de ley de sucesiones de la Generalitat Valenciana", *Revista de Derecho Civil Valenciano*, nº 8, 2010, p. 4.

esperanza de vida actualmente es mucho mayor, por lo que una de las finalidades que perseguía la normativa estatal (asegurar la capacidad económica del joven cuyos padres morían) es incongruente en los tiempos que corren, puesto que, en la mayoría de casos, cuando se produzca la muerte del causante, el hijo ya tendrá edad suficiente para haber creado fortuna y no necesitar el impulso económico de la herencia⁵².

5.1.2. Legítima de los progenitores.

Esta legítima se encontraba recogida en el artículo 133 del anteproyecto de 2009, según el cual, la legítima de los progenitores “consiste en el derecho a recibir alimentos a cargo de la herencia de su hijo premuerto, en caso de necesidad, con arreglo a la cuantía y medios de la misma y a las necesidades de aquellos referidas a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica”. Sin embargo, la cantidad a percibir por estos legitimarios no podrá ser superior a la cuarta parte del caudal hereditario del causante, según lo estipulado en el artículo 134.

5.1.3. Legítima del cónyuge viudo.

Estas disposiciones vienen reguladas en el artículo 136, en el cual se establece que el derecho legitimario del cónyuge viudo consistirá en un usufructo de los bienes del causante de tal cuantía que su estilo de vida no varíe mucho una vez fallecido su consorte. Sin embargo, este usufructo no podrá ser superior en ningún caso al tercio del patrimonio hereditario del causante.

También gozará de este derecho la pareja que, no habiéndose casado con el causante, hubiese tenido con el mismo una relación análoga durante mínimo cinco años hasta la fecha de la muerte del causante, o bien que hubiesen estado inscritos como pareja de hecho en el Registro.

La inclusión de la pareja de hecho del fallecido como legitimario permite cubrir uno de los problemas que presenta la actual regulación estatal en materia de sucesiones, que únicamente contempla como legitimario al que estuviese casado con el causante en el momento del fallecimiento.

⁵² Aviñó Sifre, B., *op. cit.*, p.2.

Como hemos destacado en el capítulo III, cada vez menos gente contrae matrimonio, existiendo más parejas de hecho. Es por ello que, este punto en concreto del Anteproyecto, está más al corriente de las necesidades de nuestra sociedad actual que el Código Civil, cosa lógica puesto que la pretendida legislación autonómica está redactada más de un siglo después.

5.2. Dos figuras especiales: la cambra y el any de plor.

5.2.1. La cambra.

Esta figura, la cual encontramos en el artículo 139, consiste en la potestad que tendría el cónyuge viudo de percibir los derechos sobre los bienes muebles de uso diario que se utilizasen en la vida cotidiana de la familia, sin que estos bienes muebles puedan tener un valor significativo dentro del caudal hereditario.

5.2.2. El any de plor.

El any de plor es la modalidad recogida en el artículo 140, por la cual el cónyuge del causante fallecido o la pareja de hecho del mismo tendría derecho a permanecer durante un año en la vivienda que constituía la residencia habitual, empezando a contar desde la fecha de fallecimiento del causante. También tendría derecho durante este año a la percepción de alimentos, teniendo en cuenta los recursos que presentase una vez fallecido su consorte y la calidad de vida de la pareja antes del fallecimiento.

Estas dos figuras analizadas tienen el indudable objetivo de conseguir un mayor blindaje del cónyuge viudo, asegurando el status que poseía antes del fallecimiento del cónyuge⁵³.

5.3. El testamento mancomunado y el testamento nuncupativo o “de paraula”.

La aprobación de este anteproyecto de ley hubiese supuesto la introducción de una forma de hacer testamento no recogida en los antiguos fueros valencianos, pero aceptada

⁵³ Aviño Sifré, B., *op. cit.*, p. 5.

en la práctica notarial de la época y contraria a la legislación estatal actual, el testamento mancomunado. Esta figura testamentaria hubiese permitido que varias personas pudiesen otorgar testamento en el mismo acto y documento, pudiendo establecer disposiciones en beneficio recíproco o bien a favor de terceras personas, “actuando las disposiciones de los unos como causa jurídica de las de los otros”. Este tipo de testamento viene recogido en el artículo 18 del Anteproyecto.

De la misma forma, el testamento nuncupativo, sí recogido en los fueros valencianos, también denominado “de paraula” en el artículo 39 del anteproyecto, hubiese entrado en vigor de aprobarse dicho texto. En este tipo testamentario, el testador podría pronunciar su última voluntad de forma oral ante tres testigos, sin resultar necesaria la presencia de Notario.



VI. TESTAMENTOS DURANTE EL CONFINAMIENTO DOMICILIARIO PROVOCADO POR LA PANDEMIA DEL COVID.

A continuación, realizaremos un análisis sobre los problemas para testar que surgieron a raíz de la declaración del estado de alarma en España. También dedicaremos este capítulo a abordar los tipos de testamento más factibles que podrían haber escogido los testadores durante este período, véase: el testamento ológrafo, ya estudiado en el capítulo II del presente trabajo y, sobretodo, el testamento en caso de epidemia recogido en el artículo 701 del Código Civil.

6.1. Problemática acaecida en materia testamentaria por la declaración del estado de alarma.

Mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, el Gobierno Español aprobaba las primeras normas para combatir la pandemia de coronavirus, siendo las más relevantes las relativas al confinamiento domiciliario de la población.

En el artículo 7 del Real Decreto mencionado anteriormente, relativo a la restricción de la libertad de circulación de personas, establece que:

“1. Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de las siguientes actividades:

- a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad.
- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.
- g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.

h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza que habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada”.

En este trabajo no vamos a entrar a valorar si esta restricción a la libertad fue desproporcionada o no, sino que vamos a analizar el impacto que tuvo el confinamiento domiciliario en las formas de otorgar testamento.

Primeramente, procederemos a examinar la respuesta del Notariado ante la aprobación del Real Decreto 463/2020 que aprobaba el confinamiento domiciliario.

Las principales disposiciones de la Circular 2/2020 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado de 18 de marzo de 2020 establecen el carácter excepcional de la actuación notarial, la cual, únicamente podrá llevarse a cabo apreciada por el Notario la urgencia del caso concreto, dada la restricción a la libre deambulacion. El Notario habrá de tener en cuenta varios aspectos a la hora de realizar tal apreciación, tales como la condición del caso, los posibles plazos de caducidad existentes, y los potenciales detrimentos que pueden originarse de no realizarse la intervención notarial. La forma preferente de comunicación de la solicitud de intervención por parte del interesado al Notario se realizará preferentemente mediante correo electrónico, aunque se admite como medio excepcional la vía telefónica. De igual manera, el Notario, de haber apreciado la urgencia, se comunicará con el solicitante a través de los mismos medios ⁵⁴.

Por consiguiente, podemos afirmar que las medidas impuestas por la Circular 2/2020 han provocado una serie de perjuicios para aquellas personas que, aun queriendo formalizar testamento ante Notario, no han podido hacerlo ya que su situación no ha sido interpretada como urgente por el Notario. De la misma forma, dicha problemática también alcanza a aquellas personas que, a pesar de haberse interpretado su situación como urgente, no han podido acudir a la notaría, ya sea por no haberse podido desplazar a la misma o por haberse contagiado por el COVID⁵⁵.

⁵⁴ Ramón Fernández, F.: “El coronavirus, el testamento en situación de epidemia y el uso de las TICS en el derecho español”, *Revista de Derecho Privado*, nº 40, 2021, pp. 400-401.

⁵⁵ Nadal Masegosa, A.: *Covid-19. Investigaciones sobre las consecuencias sociales, políticas, económicas y en la organización escolar*, Eumed.net, 2021, p. 8.

6.2. Artículo 701 del Código Civil, referente al testamento en caso de epidemia y su aplicación durante el estado de alarma.

Este tipo de testamento se encontraba en claro desuso y parecía una utopía que se cumpliesen los requisitos del mismo en los tiempos que corren, ya que los avances tanto sanitarios como científicos de las últimas décadas imposibilitaban que dentro de nuestro imaginario social existiese la posibilidad de que una epidemia nos fuera a alcanzar.

Sin embargo, dicho testamento pasó del olvido a tener un papel protagonista en nuestro ordenamiento jurídico cuando la Organización Mundial de la Salud declaró oficialmente la pandemia de COVID-19, el 11 de marzo de 2020, lo cual desembocó en la declaración del estado de alarma en territorio español.

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 701 del Código Civil, en caso de epidemia, se podrá otorgar testamento ante tres testigos, siempre que estos sean mayores de 16 años, sin necesidad de intervención de Notario.

No obstante, cabe mencionar que la jurisprudencia es sumamente escrupulosa cuando ha de proceder a juzgar la validez de los testamentos que hubiesen sido otorgados sin la presencia de Notario cuando se hubiese solicitado la invalidez de los mismos. Por lo que, si el testador no hubiese estado contagiado, en este caso, por el COVID, se atenderá a si este tuvo la ocasión de otorgar testamento ante Notario o no⁵⁶.

Acogiéndonos al artículo 702 del Código Civil, este testamento ha de ser formalizado por escrito siempre que sea posible y, en caso de que no lo sea, el testamento deviene eficaz igualmente.

Dicho testamento deviene ineficaz si transcurren dos meses desde que hubiere desaparecido la epidemia. Igualmente, será ineficaz el testamento que no se hubiese presentado para su elevación a escritura pública en los tres meses inmediatamente siguientes al fallecimiento del testador⁵⁷.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de este testamento, podemos destacar que consiste en un acto jurídico unilateral por parte del testador, cuyos efectos se

⁵⁶ Castán, S.: "Testar en tiempos de pandemia: antecedentes históricos y en la actualidad", *Revista Internacional de Derecho Romano*, nº 26, 2021, p. 460.

⁵⁷ De P. Blasco Gascó, F.: *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones, Tirant lo Blanch*, 4ª edición, Valencia, 2021, p.76.

producen una vez se produce la muerte del mismo. Se trata de un acto formalista, no recepticio, revocable y personalísimo⁵⁸.

Una vez realizadas estas pesquisas, cabe analizar si resulta imprescindible la declaración oficial del estado de epidemia para la aplicación de este precepto. En el caso concreto de la pandemia de COVID, los requisitos de la norma se daban con anterioridad a la declaración oficial, y lo cierto es que de la lectura expresa de la norma no se deduce su necesidad, por lo que podemos destacar que dicha declaración no resulta necesaria, de lo contrario, no podrían formalizar dicho testamento aquellas personas que se hubiesen contagiado sin haberse declarado oficialmente la epidemia⁵⁹.

También nos puede asaltar la pregunta sobre si resulta obligatorio que el testador que quiera realizar este tipo de testamento ha de estar afectado por la enfermedad en cuestión. De la redacción de la norma no se deduce esta obligatoriedad, por lo que bastará con que el testador esté en el lugar donde la enfermedad se hubiese extendido⁶⁰.

Sin embargo, aunque este tipo de testamento pueda parecer idóneo en estas situaciones, presenta ciertos problemas. Se hace especialmente complicado en ciertas situaciones que se cumpla la exigencia de tres testigos idóneos si se ha de permanecer en casa y la libertad de circulación está restringida. Además, si el testador está infectado, resulta una imprudencia e incongruencia que tres personas acudan al domicilio del infectado⁶¹.

6.3. Testamento ológrafo durante la pandemia de COVID-19.

Realizaremos una breve alusión al capítulo II de este trabajo, en el cual definimos el testamento ológrafo como aquel en el que el testador escribe su última voluntad de su puño y letra sin intervención de Notario, exigiéndose que el testador sea mayor de edad.

⁵⁸ Muñoz Catalán, E.: “Aplicación jurídica del testamentum tempore pestis o testamento en caso de pandemia como la generada actualmente por el coronavirus”, *Revista Foro Nueva Época*, vol. 23, nº 1, 2020, p. 107.

⁵⁹ López Frias, M.J.: “Testamentifacción en tiempos revueltos: especial consideración del testamento en caso de epidemia”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, nº 17, p. 223.

⁶⁰ Castán, S., *op. cit.*, p. 456.

⁶¹ Serrano Chamorro, M.E.: “COVID-19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos”, *Revista de Derecho Civil*, nº 4, 2020, p. 292.

Dicho testamento, al otorgarse sin intervención notarial, se antoja como un tipo testamentario muy útil en tiempos de COVID.

Al no requerir dicho testamento la presencia de testigos ni intervención notarial, se presenta a priori como un tipo testamentario mucho más cómodo que el testamento en caso de epidemia, en el cual, como hemos destacado anteriormente, la presencia de testigos se hace muy complicada dada la situación sanitaria provocada por la pandemia.⁶²

El testamento ológrafo resulta, interpretando la ley, el tipo testamentario más aconsejable, puesto que el mismo se puede escribir en casa y guardarlo, sin presencia de testigos. Sin embargo, se corre el riesgo de que dicho testamento, al morir el testador, se extravíe⁶³.

Otro problema que presenta este testamento, es que el testador se encuentre bajo los efectos del virus y que por dichos perjuicios no se encuentre capacitado para escribir dicho testamento de su puño y letra⁶⁴.

Para solventar los problemas mencionados anteriormente, sería sumamente útil la posibilidad de que dicho testamento pudiera otorgarse a través de medios electrónicos, sin embargo, la rigidez de nuestro sistema sucesorio descarta dicha posibilidad, debiendo de escribirse íntegramente del puño y letra del testador. También descartamos, desde luego, la firma electrónica, por muy útil que pueda resultar⁶⁵.

Otro problema que presenta este tipo testamentario es que, al otorgarse sin intervención de Notario, el desconocimiento por parte del testador de las normas puede provocar la nulidad del testamento cuando se hubiese impugnado por los herederos que hubiesen sido desfavorecidos⁶⁶.

⁶² Castán, S., *op. cit.*, p. 470.

⁶³ Serrano Chamorro, M.E., *op. cit.*, p. 292.

⁶⁴ Castán, S., *op. cit.*, p. 472.

⁶⁵ Ramón Fernández, F., *op. cit.*, pp. 424-425.

⁶⁶ Nadal Masegosa, A., *op. cit.*, p. 10

VII. TESTAMENTO OTORGADO MEDIANTE VIDEOCONFERENCIA COMO ALTERNATIVA A LAS FORMAS DE TESTAR RECOGIDAS ACTUALMENTE EN EL CÓDIGO CIVIL.

Este capítulo lo dedicaremos a proponer una modernización del Código Civil en lo que respecta a las distintas formas de testar, de manera que estas se adapten a las nuevas tecnologías y, de esta forma, sean más adecuadas a la realidad social actual, ya que la actual redacción del Código Civil está sumamente trasnochada. También analizaremos la utilidad que podría haber tenido esta modernización durante la situación pandémica.

Primeramente, cabe recordar, como hemos hecho en el capítulo anterior, que la pandemia de COVID provocó que, durante el estado de alarma, la intervención notarial se volviese un acto excepcional, el cual sólo podría realizarse apreciada la urgencia por parte del Notario, y los actos de otorgamiento de testamento no fueron una excepción a dichas disposiciones. Ello provocó grandes problemas para la gente que quería otorgar testamento y en su caso no se apreciaba urgencia y, los testamentos en caso de epidemia y ológrafo presentan una serie de problemas que hemos destacado en el capítulo anterior por los que no ofrecían todas las garantías necesarias en esta situación.

Expuestos y entendidos estos problemas, podemos determinar que hubiese resultado de suma utilidad la posibilidad de otorgar testamento mediante videoconferencia, ya que dicha alternativa supondría un método que permitiría, mediante los avances tecnológicos actuales, que el notario y el testador realicen el acto de otorgamiento de manera muy parecida a la que se logra a través de la personación física en la Notaría y, además, sin necesidad de que el testador tenga que moverse de su domicilio.

Este tipo testamentario no sólo tendría que disponer de las garantías tecnológicas pertinentes, sino que también habría de contar con la seguridad jurídica precisa en cualquier tipo testamentario, por lo que el Notario tendría que proceder a la correcta identificación del testador y corroborar que este último cuenta con la capacidad legal necesaria para testar⁶⁷.

En lo que respecta a las especificaciones técnicas, la videoconferencia se podría realizar a través de cualquier smartphone o computadora, debiendo de entrar el testador

⁶⁷ Cavallé Cruz, A.: "Un testamento por videoconferencia, Crisis del coronavirus, Los efectos en la declaración de la última voluntad.", *Diario de Las Palmas La Provincia*.

utilizando cualquiera de estos aparatos a la sede electrónica del notariado. Mediante la videoconferencia a través de la sede notarial, el Notario podría realizar todas las pesquisas necesarias en lo referente a la identificación del testador y capacidad del mismo, puesto que este método permite que el notario y el testador mantengan una conversación manteniendo contacto visual tal y como harían en persona⁶⁸.

Para corroborar la identidad del testador se utilizarían métodos tales como la firma electrónica y, con el mismo objetivo, el testador tendría que facilitar al notario mediante vía telemática los documentos necesarios para el acto de otorgamiento⁶⁹.



⁶⁸ Fernández Maldonado, M.A.: "Videoconferencia para poder firmar ante notario", *María Adoración Fernández Maldonado Notaría*, 2020, disponible en [VIDEOCONFERENCIA PARA PODER FIRMAR ANTE NOTARIO - María Adoración Fernandez Maldonado \(notariamaduracion.com\)](https://www.notariamaduracion.com) (consulta de 30/04/2022).

⁶⁹ Higuera Serrano, C.: "Videoconferencia y notario", *Notaría Abierta*, 2020, disponible en [Videoconferencia y notario - Notaría Abierta \(notariabierta.es\)](https://www.notariabierta.es) (consulta de 05/05/2022).

VIII. DESHEREDACIONES POR CAUSA DE MALTRATO A LOS PADRES DURANTE LA PANDEMIA.

En este último capítulo realizaremos una breve exposición de las desheredaciones llevadas a cabo por los testadores durante y a causa de la pandemia de COVID.

Se puede observar que el número de clientes (genuinamente, ancianos) que solicitan asesoramiento para desheredar a sus hijos se ha visto multiplicado a causa de la pandemia. A modo de ejemplo, podemos observar casos como el de la Asociación Cultural de Mayores de Fuenlabrada, que recibió durante 2020 una cantidad de este tipo de consultas cinco veces mayor que las frecuentes durante los años previos a la pandemia⁷⁰.

Ello se debe a que la situación pandémica provocó que, ciertos ancianos, al encontrarse totalmente solos, se percatasen de las desatenciones llevadas a cabo por sus hijos en lo que respecta a su cuidado y bienestar. Este hecho incitó a estos ancianos desatendidos a solicitar información acerca de la posibilidad de desheredar a sus hijos, privándoles así de la legítima⁷¹.

La viabilidad de estas empresas llevadas a cabo por los ancianos podría antojarse de difícil cumplimiento, al encontrarse tasados los motivos de desheredación en los artículos 852 a 856 del Código Civil y no adaptarse ninguna de sus motivaciones a estos artículos.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) del 3 de junio de 2014 (que ya hemos mencionado anteriormente en el capítulo de la desheredación), abrió la puerta a la posibilidad de que un abandono sentimental llevado a cabo por los hijos a los padres pueda considerarse maltrato psicológico, siendo así justificable la desheredación de los descendientes que han procedido a dicho abandono. Así, la sentencia expresa que “los hijos, aquí recurrentes, incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos

⁷⁰ Romero Díaz, I.: “Desheredados por no cuidar de sus padres durante la pandemia”, *Diario El País*, Madrid, 2020, disponible en <https://elpais.com/economia/2020-11-06/desheredados-por-no-cuidar-de-sus-padres-durante-la-pandemia.html>

⁷¹ Ramón Fernández, F.: “La necesaria actualización de las causas de desheredación en el derecho español”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, nº 3, 2021, p. 153.

siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios”⁷².

En la misma línea se mantienen numerosas sentencias, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo del 13 de mayo de 2019, la cual expone que “el maltrato psicológico se configura como una injustificada actuación del heredero que determina un menoscabo o lesión de salud mental del testador o testadora, de forma que debe considerarse comprendida en la expresión que encierra el maltrato de obra en el artículo 853.2 del Código Civil.”⁷³.

Los contenidos de estas sentencias suponen un significativo avance en materia sucesoria, por lo que muchos de los testadores que acudieron a desheredar a sus legitimarios verán sus deseos cumplidos. Sin embargo, aún queda mucho camino y se antoja necesario una flexibilización del Código Civil en materia de desheredación para que estos procesos no resulten tan farragosos y no tener que acudir a la jurisprudencia para encontrar cauces legales.



⁷² Sentencia del Tribunal Supremo. RJ 2014/3900.

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo nº 267/2019.

IX. CONCLUSIONES.

1. Una vez realizado un análisis a fondo en este trabajo, podemos determinar que la regulación en materia testamentaria que viene recogida en el Código Civil español está sumamente trasnochada, cosa que parece lógica si tenemos en cuenta que este texto fue redactado hace más de un siglo, época en la que el núcleo familiar era el actor protagonista de la sociedad. Además, en la práctica, nuestro derecho sucesorio peca de un formalismo desmedido, véase ciertas Sentencias del Tribunal Supremo que indican la necesidad de cumplir todas las solemnidades del acto de otorgamiento de testamento.

2. Como consecuencia de lo expuesto en la primera conclusión, la legislación testamentaria es excesivamente rígida en lo concerniente al reparto de la herencia, ya que se encuentra vigente un sistema de legítimas muy inflexible, el cual deja al testador casi de manos atadas, sin apenas libertad para disponer de su haber hereditario a su gusto, teniendo que dejar, como mínimo, un tercio del haber hereditario como legítima estricta y dos tercios como legítima larga a sus hijos

3. El propio término de legítima ya suena contraproducente en los tiempos que corren, en los que el individuo y la libertad del mismo ocupan una posición central en la sociedad. Por ello, sería conveniente una progresiva actualización de la legislación sucesoria, cuya meta sea la absoluta libertad de testar del individuo para que de a los bienes y derechos con los que ha llegado al final de su vida el destino que vea más conveniente. Por ejemplo, privar de su herencia a los hijos que no se han comportado debidamente con su progenitor sin incurrir en causa de desheredación.

4. Parece mentira, pero lo cierto es que unos fueros medievales (en concreto los Fueros Valencianos, que estuvieron vigentes en nuestro territorio durante varios siglos) llegaron a otorgar una libertad para testar casi ilimitada, paradójicamente, mucho más adecuada a los tiempos actuales que el actual sistema estatal de legítimas. De la misma forma, también el Anteproyecto de Ley de Sucesiones de 2009 de la Generalitat Valenciana recogía un sistema mucho más flexible que la regulación nacional, variando la cuantía de la legítima en función del número de hijos, sin que el valor de la legítima pudiera en ningún caso ser mayor de un tercio.

5. Con la llegada de la pandemia del COVID y el correspondiente confinamiento domiciliario, se vieron claramente las costuras de las formas de testar recogidas en el

Código Civil, puesto que ningún precepto del texto ofrecía las garantías necesarias para cubrir todas las necesidades existentes durante el confinamiento, ni siquiera el testamento en caso de epidemia, cuya exigencia de presencia de tres testigos idóneos era difícilmente compatible con la exigencia de permanecer en casa.

6. Ante la dificultad de otorgar testamento durante el confinamiento mediante las formas recogidas en el Código, una solución más que viable podría haber sido la posibilidad de otorgar testamento mediante videoconferencia. Una vía que podría haber otorgado las mismas garantías que el testamento abierto sin tener que desplazarse de su hogar, suponiendo esta alternativa una forma de testar mucho más adecuada a los tiempos actuales.



X. BIBLIOGRAFÍA.

Artero Felipe, J.L.: “¿Qué es un testamento?”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 888, 2014.

Alventosa, J./ Cobas, M.E./ Montes, M.P./ Martínez, L.M.: *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, 1º edición, Valencia, 2017.

Aguilar Ruiz, L./ Sánchez Lería, R.: *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, 3ª edición, Valencia, 2021.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G.: “¿Puede el conviviente de hecho del heredero ser testigo en un testamento abierto? Entre la analogía y la interpretación” *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 43, 2017.

Aguilar Ruiz, L./ Sánchez Lería, R.: *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2015.

Romero Coloma, A.M.: “El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes” *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2015, nº. 907.

Serrano Fernández, M.: *Derecho de Sucesiones*, 3ª edición, Valencia, 2021.

López Beltrán de Heredia, C.: “Sucesión hereditaria: legítima del cónyuge viudo”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 16, 2006.

Gutiérrez Lima, B.: “Causas de la desheredación de los descendientes”, *Revista Centro Asociado a la UNED Ciudad de la Cerámica*, nº 18, 2018.

Martínez, P.: “Cómo organizar la herencia”, *Revista Escritura Pública*, nº18, 2002.

Gutiérrez-Alviz y Conradi, P.: “La legítima no es intocable”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, nº 24.

Marzal Rodríguez, P.: “El derecho hereditario valenciano. Análisis de sus particularidades durante el período foral”. *Derecho Civil Valenciano*, 2000.

Ramón Fernández, F.: “El testamento nuncupativo: del derecho foral a la futura regulación sucesoria valenciana”, *Revista Electrónica de Derecho Civil Valenciano*, nº 5, 2009.

Sánchez-Rubio García, A.: “El testamento mancomunado aragonés”, *Revista de derecho civil aragonés*, nº 18, 2012.

Donado Vara, A.: “La reserva viudal y la posible reserva de una bodega legada: análisis crítico de su concepto, naturaleza y utilidad”, *Revista de derecho UNED*, nº 7, 2010.

Sánchez Collada, T.: “La dote matrimonial en el derecho castellano de la baja edad media. Los protocolos notariales del archivo histórico provincial de Cuenca”, *Revista Espacio, Tiempo y Forma. Serie III, Historia Medieval*, nº 29, 2016.

Martínez Roda, F.: “El derecho común y la supresión de los fueros de valencia”, *Revista de estudios políticos*, nº 163, 2014.

Juan Piqueras, J.: “Transmisión de patrimonios y desigualdad entre herederos en testamentos medievales valencianos”, *Miscelánea Medieval Murciana*, nº 36, 2013.

De Miguel Molina, M./ Del Val Segarra Oña, M./ De Miguel Molina, B.: “La sucesión en la empresa familiar valenciana”, *Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales Saberes*, nº8, 2010.

Ramón Fernández, F.: *Prospectiva del derecho civil foral valenciano*, Valencia, 2011.

Polo Arévalo, E.M.: “Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, nº 10, 2013.

Aviñó Sifre, B.: “La legítima en el anteproyecto de ley de sucesiones de la Generalitat Valenciana”, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, nº 8, 2010.

Ramón Fernández, F.: “El coronavirus, el testamento en situación de epidemia y el uso de las TICS en el derecho español”, *Revista de Derecho Privado*, nº 40, 2021.

Nadal Masegosa, A.: *Covid-19. Investigaciones sobre las consecuencias sociales, políticas, económicas y en la organización escolar*, Eumed.net, 2021.

Castán, S.: “Testar en tiempos de pandemia: antecedentes históricos y en la actualidad”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, nº 26, 2021.

De P. Blasco Gascó, F.: *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2021.

Muñoz Catalán, E.: “Aplicación jurídica del testamentum tempore pestis o testamento en caso de pandemia como la generada actualmente por el coronavirus”, *Revista Foro Nueva Época*, vol. 23, nº 1, 2020.

López Frias, M.J.: “Testamentifacción en tiempos revueltos: especial consideración del testamento en caso de epidemia”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, nº 17.

Serrano Chamorro, M.E.: “COVID-19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos”, *Revista de Derecho Civil*, nº 4, 2020.

Cavallé Cruz, A.: “Un testamento por videoconferencia, Crisis del coronavirus, Los efectos en la declaración de la última voluntad.”, *Diario de Las Palmas La Provincia*.

Fernández Maldonado, M.A.: “Videoconferencia para poder firmar ante notario”, *María Adoración Fernández Maldonado Notaría*, 2020, disponible en [VIDEOCONFERENCIA PARA PODER FIRMAR ANTE NOTARIO - María Adoración Fernandez Maldonado \(notariamadoracion.com\)](https://www.notariamadoracion.com/VIDEOCONFERENCIA-PARA-PODER-FIRMAR-ANTE-NOTARIO-Maria-Adoracion-Fernandez-Maldonado)

Higuera Serrano, C.: “Videoconferencia y notario”, *Notaría Abierta*, 2020, disponible en [Videoconferencia y notario - Notaría Abierta \(notariabierta.es\)](https://www.notariabierta.es/Videoconferencia-y-notario-NotariaAbierta)

Romero Díaz, I.: “Desheredados por no cuidar de sus padres durante la pandemia”, *Diario El País*, Madrid, 2020, disponible en <https://elpais.com/economia/2020-11-06/desheredados-por-no-cuidar-de-sus-padres-durante-la-pandemia.html>

Ramón Fernández, F.: “La necesaria actualización de las causas de desheredación en el derecho español”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, nº 3, 2021.

XI. JURISPRUDENCIA UTILIZADA.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de julio del 1943. RJ 1934/854 bis.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de enero del 1962. RJ 1965/445.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 21 de junio del 1984. RJ 1986/3788.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 10 de febrero del 1994. RJ 1994/848.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 28 de septiembre del 2005. RJ 2005/7154.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 21 de marzo del 2006. RJ 2006/1590.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de enero del 2008. RJ 2008/306.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de marzo del 2010. RJ 2010/2326.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de mayo del 2011. RJ 2012/1101.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 3 de junio del 2014. RJ 2014/3900.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 25 de noviembre del 2014. RJ 2014/6006.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de enero del 2015. RJ 2015/639.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 19 de octubre del 2016. RJ 2016/4938.

Sentencia nº 267/2019 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 13 de mayo del 2019.

Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 28 de enero del 2000. AC 2000/133.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid del 4 de abril del 2005. AC 2005/449.

Sentencia nº 462/2010 de la Audiencia Provincial de A Coruña de 22 de octubre del 2010.

Sentencia nº 147/2014 de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 31 de marzo del 2014.

Sentencia nº 2/2018 de la Audiencia Provincial de Salamanca de 17 de enero del 2018.

