

# TESTAMENTIFICACION EN TIEMPOS REVUELTOS: ESPECIAL CONSIDERACION DEL TESTAMENTO EN CASO DE EPIDEMIA

## TESTAMENT IN TROUBLED TIMES: SPECIAL CONSIDERATION OF THE WILL IN CASE OF EPIDEMIC

María Jesús López Frías  
*Profesora titular de Derecho civil*  
*Universidad de Granada*

---

Fecha de recepción: 9 de septiembre de 2020  
Fecha de aceptación: 20 de octubre de 2020

**RESUMEN:** El temor y la inseguridad que la Covid 19 ha instaurado en nuestra sociedad ha hecho que se produzca un mayor interés por las formas de dejar asegurada nuestra voluntad patrimonial y personal para el caso de que faltemos. Con este estudio se trata de analizar con qué posibilidades y fórmulas cuenta el testador en estos tiempos difíciles teniendo en cuenta que el testamento en caso de epidemia, aunque hasta ahora no se haya utilizado, es una posibilidad más que se abre ante el sujeto a la que podrá acceder según en qué circunstancias se encuentre y que no se puede descartar.

**ABSTRACT:** The fear and insecurity that Covid 19 has established in our society has led to a greater interest in methods to ensure our personal and financial will in case we are absent. This study tries to analyze what possibilities and formulas the testator has in these tough times, taking into account that the will in the event of an epidemic, although it has not been used until now, is one more possibility for the subject to which they can access depending on the circumstances they are in and that cannot be ruled out.

**PALABRAS CLAVE:** Testamentos. Tiempo de epidemia.

**KEYWORDS:** Succession. Wills. Epidemic time.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La conveniencia o no de testar en determinados casos. Problemas de capacidad. III. La opción de testar en tiempos difíciles: el testamento en caso de epidemia. IV. Otras posibilidades: el testamento en peligro inminente de muerte y el testamento ológrafo. V. La necesaria intervención notarial en estos testamentos. VI. Necesidad de modernización y adaptación de las formas testamentarias a los nuevos tiempos. VII. Reflexiones finales. VIII. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

Si hay algo que hemos aprendido en estos últimos tiempos es que somos muy vulnerables. El gran avance científico y técnico de los últimos años se ha puesto en entredicho por un virus que se adhiere a las células del tracto respiratorio especialmente aunque afecta también a otros órganos. Nadie podía imaginar lo que se ha vivido en estos meses. Nos habían contado o habíamos estudiado las pandemias que la humanidad ha vivido a lo largo de la historia. Pero nada más lejos de nuestro modo de vida moderna y actual. La gripe de 1918 era la última gran epidemia global. Pequeños brotes de enfermedades infecciosas, como la gripe aviar o gripe A, no quedaban más que en sobresaltos que rápidamente desaparecían. No, nada como lo vivido con el astuto y peligroso covid 19. La humanidad está pasando miedo, su orgullo se ha visto pisoteado; los enfermos, muchos, muchísimos, han estado solos, aislados...a algunos ni siquiera se les ha podido atender en condiciones y la situación continúa. Impensable en el siglo digital, tecnológico y super avanzado en el que creíamos vivir. Esta situación por la que estamos pasando nos ha hecho pensar en muchas cosas. Quizá la primera es que me puede tocar a mí y quizás no de una forma leve o pasajera. Pero el hombre, vencido el miedo inicial, tiende por propia naturaleza a preocuparse por los que tiene a su lado: las muestras de solidaridad de la población en general con ayuda, trabajo de voluntariado o con aportaciones dinerarias se han sucedido de continuo. Si esto es así en general, con la familia y allegados la preocupación se hace más intensa. Y una de las primeras cuestiones que se ha planteado la población es si debe dejar arreglados todos sus asuntos terrenos, que muchas veces están liados, y evitar -en la medida de lo posible- discusiones entre las personas que más se quiere o son más cercanas. Por ello con este trabajo se pretende analizar, desde lo que hemos vivido y seguimos viviendo, la necesidad o no de hacer testamento, ordenando cuestiones que el día de mañana pueden dar problemas<sup>1</sup> y ver cuál son los cauces, las formas, que se pueden emplear.

## II. LA CONVENIENCIA O NO DE TESTAR EN DETERMINADOS CASOS. LA CUESTIÓN DE LA CAPACIDAD

Quizás lo primero que una persona se ha de preguntar es si merece la pena o no hacer testamento pues la ley suple la falta de voluntad testamentaria. Pero nuestro propio Derecho de sucesiones considera como principio preferente el que se haga testamento, siendo siempre la sucesión intestada el último recurso. El legislador prefiere que el sujeto manifieste sus últimas voluntades e intenta mantenerlas y solo en el caso de que aquellas no existan o sean de imposible cumplimiento entran en aplicación las normas abintestato que tratan de ser lo más lógicas posible, llamando a los parientes más próximos del causante<sup>2</sup>. Pero debe quedar claro que la afirmación de que el testamento es un absurdo debe ser claramente rechazada<sup>3</sup>.

Realmente la casuística puede ser muy diversa. Según los parientes que dejemos uno puede considerar que no hace falta testar, siempre que sea a esos parientes a quienes

---

<sup>1</sup> En muchas ocasiones a lo largo de la historia se ha puesto de manifiesto esta necesidad. Valga por ejemplo este fragmento del libro de Isaías (38, 1-6. 21-22. 7-8) “En aquellos días el rey Ezequías enfermó mortalmente. El profeta Isaías, hijo de Amós, vino a decirle, esto dice el Señor: “pon orden en tu casa porque vas a morir y no vivirás”. Haz testamento porque vas a morir sin remedio y no vivirás”-

<sup>2</sup> Aunque es verdad que en los últimos tiempos se ha considerado a nivel doctrinal la necesidad de revisar el llamamiento al cónyuge antes que a los padres si el causante muere sin hijos porque quizás esté en peor condición que aquellos y porque la unión de los cónyuges, pese a lo que pueda parecer, se hace aún más intensa que la de los ascendientes.

<sup>3</sup> MONEVA Y PUYOL recuerda que “el testamento puede ser un acto de buen régimen de su casa, no diferente a otros actos normales y corrientes con que la gobernaba cada día. Los males de la institución testamentaria no son ella misma, sino el desacierto con que muchos la usan, ya soberbios por ejercer una potestad; ya injustos por usarla en preferencias indebidas, ya desmañados por el modo de distribuir los bienes o de precaver posibles males. No es más difícil a un padre de familia otorgar un acertado testamento que regir bien en cada instante su casa y su patrimonio”. Epílogo a la obra de MAYNAR BARNOLAS: *El testamento es un absurdo*. Madrid, 1948, pág. 116.

se quiere que vayan a parar los bienes. Así una persona soltera cuyos parientes más próximos sean sus hermanos puede considerar que el testamento es un instrumento prescindible. Quizá lo que no sepa, o si lo sabe no le importe tanto, es que luego esa falta de forma testamentaria ha de suplirse con la declaración de herederos, mucho más costosa que el testamento en sí, que será sufragada con los bienes que deje.

Ahora bien, si el causante tiene una situación familiar más compleja, la declaración testamentaria adquiere tintes de solidaridad. Junto a hijos (que puedan tener necesidades especiales) o cónyuge que haya de quedar en una situación comprometida, dada la escasez de la legítima, existen otras disposiciones que, sin carácter patrimonial, pueden resolver muchos y graves problemas. En el testamento, como nos dice el Código civil, se puede reconocer un hijo (art. 120 Cc.), se pueden nombrar albaceas que velen por la voluntad testamentaria (art. 892 y ss Cc.), se pueden hacer disposiciones sobre sufragios y funerales (art. 902 Cc.) pero sobre todo se puede nombrar tutor a los menores de edad (art. 223 Cc.). Quizá los padres jóvenes no caen en la posibilidad de que sus hijos queden huérfanos, sinceramente no se representan esta situación. Pero no todo el mundo muere de viejo y son muchas las ocasiones en que la situación de menores sin padres (fallecidos por accidente, enfermedad etc...) se produce. Al dolor de la pérdida se une el hecho constatado de que o bien nadie se quiera hacer cargo de ellos o bien, por el contrario, todos quieran cuidarlos produciéndose, en este último caso, un desgarró aún mayor por las peleas que se pueden dar entre los familiares de los menores.

Pues bien, es recomendable a los padres con hijos menores el otorgamiento de este documento... “si es que no tenemos nada, solo contamos con nuestro sueldo, casa alquilada, un coche ya antiguo...” se oye decir. La respuesta es clara, corta y contundente. Tenéis el tesoro mayor del reino al que hay que proteger, si faltáis, que son vuestros niños.

Por tanto, es bueno que se conozca y difunda que el contenido del testamento no se circunscribe en modo alguno a las disposiciones de contenido patrimonial sino que puede ser un documento valioso para otros muchos menesteres<sup>4</sup>.

Lógicamente la conveniencia de testar lleva como equipaje que se pueda realizar porque haya capacidad para ello. Esta es una importante piedra de toque. No pueden testar todos aquellos que habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio. Y el problema de la capacidad es una de las cuestiones que más ha preocupado a la jurisprudencia, a la doctrina y, específicamente, al notariado. Este problema se agudiza, si cabe, en situaciones extremas como las que hemos vivido estos meses atrás y que seguimos padeciendo, no se sabe hasta cuándo. La tensión nerviosa vivida o la ansiedad, son situaciones que hacen al hombre vulnerable y que pueden incidir en su voluntad, en este caso, sobre sus últimas voluntades. Si esto ocurre en circunstancias normales, con más motivo en situaciones de absoluta incertidumbre. La determinación de la capacidad de saber, entender y querer lo que se hace es la base de la testamentifacción.

Parece claro que cuando tenemos un testamento abierto ante notario, el juicio de éste sobre capacidad implica una presunción de veracidad que solo queda desvirtuada en juicio. Lógicamente el notario no es un facultativo entendido en cuestiones psíquicas o neurológicas pero sí que puede, con “la entrevista” previa al otorgamiento de un testamento, determinar la situación mental consciente del otorgante en torno a lo que quiere, cómo lo quiere, respecto de quién lo quiere y la finalidad o motivo por lo que se manifiesta en ese sentido. La jurisprudencia ha dado siempre gran valor a ese juicio notarial de capacidad<sup>5</sup>. Por lo tanto y ya desde el principio dejamos claro que el testamento ante notario es la opción más clara, segura y recomendable si queremos dejar plasmada nuestra última voluntad.

---

<sup>4</sup> En este sentido puede verse, FERNÁNDEZ DEL MORAL: *Autonomía privada y testamento en derecho común. Contribución al estudio de las disposiciones testamentarias atípicas*. Granada, 1996

<sup>5</sup> Así se pueden mencionar, como muestra, las SSTS 20/2015 de 22 de Enero; 26 de junio 2015 3123/2016 de 7 de julio; 146/2018 de 15 de marzo

Y efectivamente, si esto es así respecto al testamento notarial, no ocurre lo mismo con respecto a los demás testamentos en los que falta la apreciación de dicha capacidad por persona jurisperita, lo que multiplica exponencialmente los problemas sobre su validez a cuenta de la falta de juicio para otorgar este acto y no solo en caso de personas de edad avanzada sino en cualquier situación de necesidad, ansiedad o urgencia (testamentos ológrafos, en peligro inminente de muerte, en caso de epidemia...). El principio es el “favor testamenti” pero una demanda acerca de que el otorgante no se halle en su cabal juicio en ese momento se hace altamente probable.

Por lo tanto si se elige la más recomendable opción de la realización de testamento, la cuestión de la capacidad es premisa fundamental para ello (y esta se aprecia, como se ha dicho, con presunción de verosimilitud, en el testamento notarial). Pero el Ordenamiento reconoce otras formas que, aunque cuenten con menores garantías a priori, pueden constituir una posibilidad más para determinados sujetos y que no hay desdeñar.

### III. LA OPCIÓN DE TESTAR EN TIEMPOS DIFÍCILES: EL TESTAMENTO EN CASO DE EPIDEMIA

En la primera quincena de marzo de 2020 asistimos horrorizados a la extensión por el mundo de la llamada Covid 19. El virus paralizó casi de golpe al mundo e inundó de miedo y de enfermos las casas y los hospitales. En ellos, además, la soledad y el aislamiento incrementaron exponencialmente el dolor y la incertidumbre por el devenir. De ahí que, en muchos casos, sanos y enfermos pensarán en poner en orden sus ideas, sus bienes y sobre todo, como antes se decía, dejar fijada su voluntad mortis. La cifra de fallecimientos era cada vez más elevada. Desde el momento del establecimiento del estado de alarma por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, a muchos de nosotros se nos vino a la cabeza la figura “propia de tiempo antiguos y que en muchos casos no se sabía cómo subsistía” del testamento en caso de epidemia. Claro que para cumplir esa misión, la existencia de otras fórmulas era igualmente posible. La cuestión era si se utilizaría esta forma en esta ocasión o no, si ofrecía ventajas sobre las otras fórmulas o no. Hay que dejar claro e insistir que el testamento abierto notarial es la mejor fórmula para testar, si se puede, y que no es una cuestión baladí en algunos casos por lo que “no importa que aún sea uno muy joven para eso”. Pero, en todo caso, conviene echar una mirada a todas las fórmulas que ofrece nuestro Ordenamiento porque a pesar de que algunas parezcan trasnochadas puede que sirvan a los intereses y a la situación de alguna persona. Nada más que por ello merece la pena intentar aclarar conceptos y plantearnos interrogantes que nos acerquen más al estudio de formas de testamentifacción poco o nada frecuentes hasta ahora pero que pueden serlo o pueden servir para que nos replanteemos la necesidad de proceder, de una vez, a la reforma y modernización del Derecho de sucesiones.

Desde luego el testamento en caso de epidemia es la forma testamentaria más específica para estos tiempos revueltos. Verdaderamente la doctrina siempre había estudiado esta clase de testamento abierto, sus presupuestos y peculiaridades al otorgarse y al extinguirse pero sin aval práctico jurisprudencial; de hecho en los distintos comentarios jurisprudenciales al Código civil, al llegar al art. 701, se encuentran expresiones tales como “sin jurisprudencia relevante”... y la escasa jurisprudencia de los artículos siguientes viene referida, en realidad, a otros tipos de testamentos.

El profesor LACRUZ BERDEJO afirmaba que “hoy en nuestro país solo una catástrofe inmensa podría desencadenar una epidemia con la intensidad y duración que parece requerir la ley”<sup>6</sup>. Pues bien, esa catástrofe inmensa e intensa ya la tenemos aquí. Tratemos de ver qué ventajas<sup>7</sup> en estos tiempos conllevaría esta forma de testar teniendo en cuenta los presupuestos legales que se deben dar y que conviene analizar:

---

<sup>6</sup> Derecho de sucesiones, Madrid, 2001, pág. 284.

<sup>7</sup> En cuanto se produjo esta situación que padecemos aparecieron varios artículos recordando la figura, realmente nada utilizada, de este tipo de testamento. Junto a ellos, han aparecido también otras voces críticas con esta

a). -La primera expresión que encontramos es que ha de darse “en caso de epidemia”, es lo que principalmente exige el Código civil. Este enunciado de la situación dio lugar, desde el primer momento de la promulgación del mismo, a la discusión acerca de si era más acertado hablar de “en tiempo de epidemia” para comprender así dentro de este testamento “privilegiado” a las personas sanas y enfermas. Y es que, como afirmaba MUCIUS SCAEVOLA, el derecho acude a favor de todos aquellos que sufren en un orden o en otro las consecuencias del mal reinante; ya realmente se encuentren bajo el imperio del contagio, ya se encuentre por de pronto libre de él. Y así añade este autor, si el testador se encuentra en peligro de muerte ya tiene otra forma privilegiada prevista<sup>8</sup>. Por lo tanto el precepto no se refiere a casos individuales de contagio sino al tiempo o época en que se está sufriendo la epidemia y por ello no es necesario que el testador haya contraído la enfermedad en ese momento. En general toda la doctrina está de acuerdo con esta interpretación<sup>9</sup>.

Otra cuestión relacionada con el supuesto de hecho de la norma es si es necesaria la declaración oficial del estado de epidemia. Como sabemos el estado de alarma se decretó en España el 14 de marzo de 2020 (RD 463/2020). La OMS declaró la pandemia, a través de su director en rueda de prensa, el 11 de marzo, pero ya antes se tenían conocimientos claros de la voracidad de la enfermedad, ya estaba extendida por medio mundo<sup>10</sup>. En el hipotético caso de que se hubieran otorgado testamentos de esta clase en aquellos momentos, ¿serían nulos?

Es quizá una pregunta retórica porque nadie sabía con claridad de la situación que se nos venía encima ni sobretodo se conocía esta forma de testar propia de tiempos remotos. Pero lo cierto es que, aun teóricamente, el supuesto de hecho se daba y realmente la lectura de la norma no exige que aquella declaración se tenga que producir. Lo normal, además, es que los reconocimientos oficiales de estas situaciones alarmantes no se produzcan de inmediato para “no preocupar” a la población. Suelen llegar siempre tarde. Por lo que se dejaría sin esta posibilidad a un sector de la población que se ha contagiado o que está viviendo las consecuencias de la misma mientras no se declare tal estado. Como se decía, la pandemia fue declarada por la OMS el 11 de marzo 2020<sup>11</sup> cuando ya el virus se había propagado de China a Italia y España. Es claro que el estado de alarma, que se decreta en España el 14 de marzo, es para impedir la propagación del virus limitando derechos fundamentales, con fines sanitarios y administrativos/procesales pero la enfermedad ya estaba mucho antes con nosotros. Otro tanto ha ocurrido ahora con el estado de alarma recogido en el RD 926/2020 de 25 de Octubre 2020 para dar cobertura al toque de queda y a las medidas que puedan adoptar las Comunidades Autónomas prorrogado por 6 meses, hasta el 9 de mayo de 2021, por RD 956/2020.

Ciertamente algunos autores se han decantado, al estudiar este tema, por la necesidad de la declaración oficial tanto del inicio de la misma como de su término, teniendo en cuenta los plazos que exigen los arts. 703 y 704 Cc, dada la dificultad de la “verificación

posibilidad testamentaria considerándolo una figura poco eficaz en relación a otras formas como el ológrafo, dado el gran inconveniente de la falta de información de los requisitos necesarios para su validez en relación sobre todo a los testigos. Así, Vid. Serrano Chamorro, “Covid 19. “Testamento ológrafo. Testamento ante testigos”. *Revista de Derecho Civil* <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216vol. VII, núm.4 (julio-septiembre, 2020), pág. 289. Pero pensamos que hay que considerarla como una posibilidad más, muy interesante en estos tiempos sin perjuicio de que, efectivamente, un plus de información en “la era de la comunicación” no estaría de más en estos temas. Prescindir de mecanismos específicamente pensados para estos momentos no es adecuado si a alguien le puede ser de utilidad, lo que hay que hacer es informar sobre todo lo que pueda ayudar en tiempos revueltos teniendo en cuenta la ayuda que pueden suponer los soportes que menciona el art. 64 de la Ley del Notariado.

<sup>8</sup> MUCIUS SCAEVOLA: Comentarios al código civil t. 12, Madrid, 1896, pág. 478

<sup>9</sup> GONZÁLEZ PORRAS recoge la posición doctrinal generalizada en este sentido. Vid. “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dir. Manuel Albaladejo, Tomo IX, Vol.1º-B. Artículos 694 a 705 del Código Civil. Ed. Edersa, Madrid, 1987, pág. 240.

<sup>10</sup> <https://www.who.int/es/news-room/detail/29-06-2020-covidtimeline>. En este enlace se puede ver la cronología de la respuesta de la OMS a la Covid 19, que comienza el 31 de diciembre de 2019.

<sup>11</sup> <https://elpais.com/sociedad/2020-03-11/la-oms-declara-el-brote-de-coronavirus-pandemia-global.html>.



si no hay un día inicial y final de declaración o cese de la epidemia”<sup>12</sup>. Creemos que hoy en día esta objeción no sería tal. El comienzo de un brote en China, que se iba extendiendo, venía anunciándose por la OMS hasta que se declaró oficialmente. Lamentablemente, el tiempo de epidemia existía de forma claramente demostrable ya antes de la fecha oficial. Por tanto si somos rigoristas en cuando a la necesidad de declaración podríamos dejar fuera situaciones que caerían dentro de la norma. Por otro lado, ¿qué pasa con el plazo final? ¿Cuándo se va a entender que ha terminado la pandemia? Aún la sufrimos, los brotes y contagios no han parado de sucederse. La pandemia que vivimos aún no se ha vencido, se nos anuncia, y llega, una segunda y tercera ola y meses difíciles. La alarma sanitaria sigue existiendo; hay confinamientos en pueblos, toques de queda, restricciones en las ciudades... El final se podrá determinar cuando la cifra de muertes y contagios ya no sea tan elevada, exista vacuna o tratamiento específico convirtiéndose en una enfermedad común más. Por tanto, en los lugares donde el brote surja, ahora mismo en toda España, está claro que hay tiempo de pandemia<sup>13</sup>. Es seguro, por otro lado que será también la OMS la que declare su finalización...y no sabemos cuándo ocurrirá esto. En todo caso contamos con una gran cantidad de información pormenorizada (incluso por pueblos, provincias y comunidades) y podemos seguir al detalle cual es el desarrollo de la pandemia en cada lugar, si allí se ha mejorado o erradicado a pesar de que en otros lugares subsista. Así, consideramos que si llegado el caso de verificar si ha caducado o no un testamento de este tipo (por no presentarse a su protocolización, por ejemplo) o sea si se presentara la duda sobre la eficacia del mismo, en cuanto al computo, los tribunales tendrían mecanismos para resolver, porque es mucha la información y son muchos los datos de que van a poder disponer y no solo de la declaración de la OMS, aunque lógicamente esta será fundamental.

En lo que se quiere incidir en este momento es en algo que se ha puesto en duda: parece que se ha entendido que esta forma de testar va aparejada al estado de alarma que impide la movilidad del sujeto, de manera que solo durante dicho estado de alarma, si se entiende que otorgar testamento notarial no es una actuación urgente, se puede pensar en esta forma testamentaria<sup>14</sup>. No creemos que esto sea así. El precepto nada dice. Tampoco la Propuesta de Código civil de la Asociación de profesores de derecho civil que recoge, en el artículo 462-32, este testamento con una redacción idéntica a la existente hoy en día. Es cierto que lo más eficaz y aconsejable es el otorgamiento de un testamento notarial, no dejaremos de decirlo, pero esta posibilidad se establece para casos extraordinarios mientras se dé la epidemia. No olvidemos que el estado de alarma restringe derechos por razón de sanidad pero no declara la existencia de la pandemia ni modifica el art. 701 del Cc en el sentido de que, solo en este caso y porque no se pueda acudir a la notaría, se produzca el supuesto de hecho de esta clase de testamento<sup>15</sup>. Entendemos que mientras haya tiempo de epidemia, existe esta posibilidad<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Así, LÓPEZ-GALIACHO PERONA en <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/20/la-rabiosa-actualidad-del-testamento-en-caso-de-epidemia/>

<sup>13</sup> Y es que efectivamente el estado de alarma, en sí, es una situación limitada en el tiempo. Pero la alarma sanitaria sigue y puede ampararse en la Ley 3/1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, en la ley14/1986 General de Sanidad y en la Ley 33/2011 General de Salud Pública. Está claro que hay constatación de la cantidad de países con transmisión comunitaria sostenida. Por otro lado parece claro que la OMS también hará la declaración correspondiente. La última pandemia que se declaró, la de la gripe A, en junio de 2009 tuvo su declaración final en agosto de 2010 con 144 fallecidos.

<sup>14</sup> Así De la Fuente Sancho, considera que esta forma de testar solo sería posible bajo el estado de alarma. De hecho este autor determina la caducidad de los testamentos otorgados durante el estado de alarma decretado el 14 de marzo de 2020. <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/informes-mensuales-o-n/informe-oficina-notarial-marzo-2020-testamento-en-tiempo-de-epidemia-y-olografo#practica>

<sup>15</sup> En este mismo sentido de diferenciar estado de alarma y la situación de epidemia, Vela Sánchez afirma que “A mi modo de ver, en nuestro caso actual, habría que diferenciar entre la declaración del estado de alarma — establecido formalmente conforme al art. 116. 2º CE y su posible cese, y la subsistencia de la situación de epidemia... Por tanto, entiendo que mientras esta, más que epidemia, pandemia mundial, no esté controlada médicamente se debería mantener abierta la posibilidad de acudir al estudiado testamento en caso de epidemia del mencionado artículo 701 CC. “El testamento en tiempo de epidemia. Cuestiones esenciales”. La ley. 17/4/2020

<sup>16</sup> Hay un dato que me parece fundamental en este sentido. La primera declaración de estado de alarma con sus prórrogas finalizó en junio de 2020 y el nuevo estado de alarma se produjo en octubre del mismo año. ¿Qué pasó en los meses de verano? ¿No había epidemia? ¿No sería valido un testamento de estas características otorgado en aquellos momentos? Objetivamente seguía la pandemia. No se puede vincular la declaración de la epidemia al

b).-Muy en relación a lo mencionado anteriormente, el siguiente presupuesto al que hace referencia el Código civil es el relativo a que se realiza sin la intervención de notario. Efectivamente estamos aquí ante un testamento abierto especial no notarial. En este testamento no sería precisa la asistencia del notario para su validez. Se trata de situaciones especiales en que la enfermedad o el miedo al contagio llevan a testar. Así podría parecer que es un paso que aligeraría el otorgamiento de las últimas voluntades. Entendemos que el legislador está pensando en lo dramático de la situación y en la angustia de los sujetos (piénsese sin ir más lejos en el marzo/abril profundo del 2020 que hemos vivido o a la nueva ola a la que nos estamos enfrentando este otoño incierto).

Hay que tener en cuenta, por otro lado, que al fedatario puede no permitírsele el paso a zonas especiales de hospitales donde se encuentren los enfermos aislados<sup>17</sup>. Además, durante el estado de alarma, solo eran posibles las actuaciones urgentes (la cuestión es, como ya se ha dicho, si el otorgamiento del testamento ante notario es un acto al que se le puede predicar esta nota<sup>18</sup>). Es cierto que si el notario se puede desplazar o las notarias están abiertas, parece que no tiene sentido prescindir de su intervención, a no ser que el miedo al contagio sea paralizante y el sujeto no quiera que nadie entre o salga de su casa y prefiera- por ejemplo- dictar sus disposiciones a tres vecinos de su edificio en las escaleras, o dejarlo por escrito a estos. No olvidemos que muchos barrios o pueblos tienen, por el número de casos, además confinamientos específicos. Pero es que, en todo caso, realmente el art. 701 Cc no menciona, como requisito, que no sea posible la intervención del notario. Insistimos cuesta pensar que se redacte un testamento sin intervención notarial siendo esta posible porque la falta del fedatario público supone una merma de garantía, de autenticidad y de asesoramiento técnico. Pero la opción está abierta en estas circunstancias y tanto es así que la doctrina se manifiesta categóricamente en el hecho de que “no se ha de exigir la concurrencia de notario, aunque fuera posible, ni acreditar el motivo que lo había en su caso, impedido”<sup>19</sup>, lo contrario que cuando estamos en un testamento en peligro inminente de muerte<sup>20</sup>.

c).- En tercer lugar, ha de realizarse ante tres testigos mayores de 16 años. Rebaja el Código la manifestación que ha de hacer el testador ante tres personas a los que no añade, como en el testamento en peligro de muerte, la cualidad de idóneos. Quizá por la situación de gravedad que presenta para toda la población la situación de pandemia. Se requiere que se recoja la voluntad sin que un mayor número de personas pueda estar en contacto y quedar contagiados. Pero estos testigos, salvo el requisito de la edad (16 años), deben de reunir las condiciones mínimas para identificar al testador, ver en qué estado se encuentra, entender la trascendencia del acto que se lleva a cabo y escribir o retener en la memoria lo que se

---

estado de alarma, sería insostenible además de que el Código civil no lo exige. LACRUZ BERDEJO considera que “la declaración oficial no es necesaria ni suficiente. Lo único preciso es la presencia masiva y en sus manifestaciones más agudas de una enfermedad epidémica con alto índice de mortalidad, de profilaxis difícil y muy contagiosa. *Derecho de sucesiones*, Madrid, 2001, pág. 185.

<sup>17</sup> Incluso cuando se les ha indicado que podían pasar con todo el equipo EPI, se les ha advertido que el papel, el soporte de la voluntad testamentaria queda contaminado durante 72 horas y ello conlleva un imponente peligro para el fedatario y para los empleados de la notaría.

<sup>18</sup> Afirmaba GOMÁ LANZÓN que la función notarial es de interés general y deben mantenerse abiertas las notarias; pero a la vez deben adoptarse medidas en el sentido impuesto por el estado de alarma en el que nos encontramos. Señala que las notarias no puede cerrarse, pero dada la restricción general de movilidad, su actuación se limita a los casos de urgencia. La Circular 2/2020 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado de fecha 18 de marzo señala que el notario habrá de valorar la urgencia en función de las circunstancias, sin que deba prestar su intervención si caben otros procedimientos alternativos que eviten el riesgo inherente al desplazamiento o que permitan el aplazamiento de su intervención. Especifica este autor, por último, que un caso interesante es el testamento, que parece que tiene el sustitutivo del ológrafo e, incluso, con carácter extraordinario en estos días, el testamento en caso de epidemia del artículo 701, aunque se ha entendido generalmente que este solo puede aplicarse en caso de que no pueda hallarse notario, lo cual es dudoso en este caso. El Notario del siglo XXI <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-90/opinion/opinion/10012-la-funcion-notarial-en-tiempos-del-coronavirus>

<sup>19</sup> GONZÁLEZ PORRAS: Comentario al artículo 701 del Código civil en *Comentarios al código civil y compilaciones forales dirigidos por Albaladejo*. Tomo IX. Vol. 1º-B. Artículos 694 a 705 del Código civil, Edersa, 1987, pág.246

<sup>20</sup> CASTÁN TOBEÑAS afirma categóricamente que “no puede entenderse el artículo 700 en el sentido de que el testador pueda prescindir discrecionalmente de la intervención de aquel funcionario público cuando nada obste para que concorra”. *Derecho Civil Español Común y Foral*. Tomo Sexto. Derecho de Sucesiones. Vol. 2º. Madrid, 1973, pág. 120

les manifiesta. Por otro lado, no podrán pertenecer a las clases de parientes a los que se refiere el art. 682 ni estar dentro de los beneficiados por esa declaración de voluntad mortis causa. Estas son exigencias mínimas, aunque no se hable de testigos idóneos, para que el testamento tenga garantía de veracidad.

Se ha dicho que estas exigencias son difíciles de cumplir porque si no pueden serlo los parientes, o los favorecidos por el testamento, en tiempos de pandemia, la “recogida” de esa voluntad se hace difícil. Es posible que esto sea así en algún caso pero creemos que no en otros: vecinos de edificios que pueden salir a las zonas comunes y atender a la demanda de quien quiere testar, sanitarios o voluntarios y sacerdotes que sabemos atienden a los enfermos hospitalizados; auxiliares, cuidadores incluso administrativos que trabajan en residencias de ancianos... Por otro lado, los requisitos del art. 702 Cc (escribir o retener en la memoria el testamento) se hacen necesarios, al igual que en el testamento en peligro inminente de muerte y son posibles. Y hoy día no plantearían ningún problema porque todos contamos con medios para ello: desde memorizar lo que se nos manifiesta o escribirlo, hasta grabar la voz en un audio o audio/video incluso con nuestro teléfono que, además, es una posibilidad que admite la Ley del Notariado en su artículo 64 después de la reforma de 2015 en virtud de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y que, desde luego, constituye una prueba fundamental de la realización de este testamento abierto especial.

En tiempo de epidemia, hay un supuesto que se podría plantear: si muere el testador pero también los testigos, aun habiendo escrito el testamento o habiendo grabado las disposiciones de última voluntad del testador, ¿serían estas válidas? Actualmente cabría decir que con la consideración de que la asistencia de testigos es esencial para este testamento, aunque se haya grabado la voluntad del testador por alguno de ellos, si han fallecido, la presentación de dichas manifestaciones por terceros no serían válidas<sup>21</sup>.

d).- Por último, queda por ver las actuaciones posteriores. El art. 703, aplicable igualmente al testamento en peligro inminente de muerte, recoge los requisitos de verificación de este testamento que pasan por que se eleve a escritura pública y se protocolice. La actuación notarial, en este caso, es a posteriori. O sea “control de veracidad” existe, lo que ocurre es que este se produce para “validar” o comprobar que el testamento cumple con el “estándar” de validez. Este es uno de los tipos de testamentos que caduca por lo que queda ineficaz si han transcurrido dos meses desde que cesó la epidemia (entendemos que, por seguridad, se podría pensar en la declaración la OMS en este sentido, como ha ocurrido en otras ocasiones), o si han transcurrido tres meses desde que murió el testador si no se ha procedido a la realización de las anteriores actuaciones. Para el cumplimiento de los requisitos posteriores hay que estar al mencionado art. 64 e la LN. Sobre esta cuestión volveremos más adelante al hablar de la presentación, adveración y protocolización.

#### **IV. OTRAS POSIBILIDADES: EL TESTAMENTO EN PELIGRO INMINENTE DE MUERTE Y EL TESTAMENTO OLÓGRAFO.**

Muy relacionado con la situación que padecemos hay que contemplar otras fórmulas que regula nuestro Ordenamiento jurídico.

La primera es el testamento en peligro inminente de muerte. Regulado en el art. 700 del Cc es otro posible testamento abierto que no precisa de la intervención de notario y

---

<sup>21</sup> Ripoll Jaén lo menciona para el caso de que no se hubiera escrito o grabado. Afirma este autor que “en estos supuestos, aunque existan testigos *per relationem o referenciales*, que son los que tienen noticias del otorgamiento y su contenido, pero no lo han presenciado como meros observadores, estimo que iniciado el expediente notarial, siendo los testigos, forma constitutiva o *ad solemnitatem*, debe cerrarse con resultado negativo. Testamentos en caso de epidemia y peligro de muerte. <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/testamento-en-caso-de-epidemia-y-en-peligro-de-muerte>



que “suple” la ausencia del fedatario con 5 testigos cualificados. En este caso el supuesto de hecho estaría claro: situación de enfermedad al límite, en la que las expectativas de recuperación son mínimas. Estos son los requisitos que menciona el precepto. A diferencia del caso anterior, la jurisprudencia sí ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este testamento, en algunos casos. Las causas de la falta de validez de esta clase de testamento y que ha revelado la jurisprudencia han sido variadas; así, por ejemplo, la falta de la acreditación de no poder contar con la asistencia de notario/captación de la voluntad de causante (STS. 10. 6. 2005, R.A. 2005/4365) o la falta de la declaración clara de la voluntad sucesoria porque el testador se remite a un borrador preparado por una empleada de notaría (STS.4. 11. 2009, R.A. 2009/5835). Es requisito fundamental en este testamento que los testigos que recojan la voluntad del testador sean mayores de edad y cumplan con las condiciones de los artículos 681 y 682 del Cc.

En el supuesto en que nos encontramos, caso de pandemia por coronavirus, lógico es pensar en el otorgamiento de este testamento porque son muchos ya los fallecidos. Se trata de una enfermedad que casi de la noche a la mañana te puede llevar con neumonía al hospital incluso a la UCI. Por el contagio elevadísimo que produce, se necesita limitar el contacto con otras personas, sanitarios voluntarios, familiares... y, por ello, si la situación límite en que se encuentra una persona es consecuencia directa o indirecta de este estado de pandemia, lo más lógico es que se declarara la voluntad acudiendo al menor número de testigos que exige el testamento en caso de epidemia. Es decir, uno y otro serían posibles pero parece más fácil, por menos testigos, este último. No olvidemos que los requisitos del testamento en peligro inminente de muerte implican que el testador esté en situación de peligro grave porque si, a posteriori, no se puede demostrar la existencia de riesgo mortal, el testamento será nulo<sup>22</sup>.

Por otro lado se entiende que en este testamento no se puede prescindir de la intervención de notario de manera discrecional cuando no hay dificultad para que asista pero será suficiente probar que, siendo avisado, no pudo llegar, o era difícil que llegara o que no se encuentra fedatario en la localidad<sup>23</sup>. La jurisprudencia y la doctrina entienden que ello ha de ser interpretado en sentido amplio. La propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil sí que recoge en el art. 462-31 el requisito de “siempre que sea imposible su asistencia”

Junto a estos requisitos, que suponen la hipótesis de partida, lógicamente tiene que exigirse que el testamento se realice con esa intención clara de manifestar las disposiciones para después de la muerte, verdadera voluntad mortis causa, y que el testador tenga la capacidad o discernimiento en el momento de emitir su declaración en ese sentido. Esto tendrán que valorarlo los 5 testigos ante los cuales se emite aquella y que -como se decía- en este caso han de cumplir las condiciones o requisitos de los artículos 681 y 682 que hacen referencia a los casos o condiciones que impiden ser testigo. La idoneidad, como afirma SERRANO CHAMORRO<sup>24</sup>, supone que no tienen interés en que el testador disponga de sus bienes de una u otra manera, y que, identificado el testador, ellos mismos no se encuentran dentro de esas limitaciones a las que se refieren los artículos mencionados.

Por último, la unidad de acto supone llevar a cabo todos los requisitos anteriores de manera no interrumpida de acuerdo al artículo 699. Como se decía, de este tipo testamento se cuenta con jurisprudencia. El caso más llamativo y comentado por la doctrina es el de la STS de 4 de noviembre de 2009 (RJ 2009/5835); el verdadero problema de este caso es que no manifestase a los testigos a quién quería beneficiar el testador con su última voluntad y que se remitiera a unas instrucciones previamente dadas. Los testigos no se enteraron de lo que quería el testador, del contenido de su voluntad, y no le requirieron para ello, quizá por

<sup>22</sup> Se trataba con ello, al decir de los comentaristas del Código, de impedir el abuso de esta práctica en pequeñas localidades, es decir de prevenir la extensión de este testamento a casos que no son el supuesto excepcionalísimo al que se refiere el Código. Como afirma RIVAS MARTÍNEZ, la inminencia del peligro es el presupuesto previo esencial o “sine qua non” para la validez de esta forma testamentaria. Vid. *Derecho de sucesiones. Común y Foral*. Tomo I, Madrid, 2005, págs. 387 y ss.

<sup>23</sup> Vid. GONZÁLEZ PORRAS en “Comentarios al Código civil y compilaciones forales” ob. cit. pág. 216

<sup>24</sup> Ob. cit, pág. 313

su deteriorado estado de salud. Volvemos al problema de la falta de información. Realmente los médicos o sanitarios de la UCI no tienen que ser además peritos en Derecho pero una mínima información sobre cómo actuar ante estos casos sería necesario porque, precisamente por su actuación profesional, se les pueden presentar en alguna ocasión.

En segundo lugar cabe considerar, como posible opción en situación de pandemia, la forma ológrafa de testar que el Cc regula en el art. 688 y siguientes. Respecto al ológrafo, la jurisprudencia ha tenido muchas más ocasiones en las que pronunciarse. Podríamos decir que dentro de las formas que estudiamos, estamos aquí ante la forma más utilizada, de la que más se ha escrito y de la que, por los inconvenientes que supone, más litigios se han planteado. Indudablemente es una forma cómoda de testar. Pero los requisitos formales, que conlleva, se tienen que cumplir específicamente. A este campo de batalla se une el de la capacidad, el animus testandi y la falta de asesoramiento que pueda hacer inválida la voluntad del testador, además del problema del depósito o la guarda del mismo. Y es que si en tiempo de epidemia alguien quiere testar y está solo, el camino puede ser éste. Pero si muere y nada se ha dicho sobre su existencia, puede ser traspapelado, puede perderse o, en el peor de los casos, hacerse desaparecer por quien no le interese. Por ello en estos casos parece fundamental la publicidad. Esta puede consistir en hacerlo saber a familiares, amigos o vecinos para que tengan la precaución de buscarlo allí donde se les indique, comunicación que, en su caso, puede hacer el testador personalmente, por teléfono, mensaje, etc...

En el testamento ológrafo estamos ante un documento realizado privadamente por su autor que lo escribe de su puño y letra, fechándolo y firmándolo. Estos requisitos se constituyen como fundamentales porque son la garantía de autenticidad de este testamento en el que no hay control de capacidad por notarios o testigos. Como siempre el control de validez será a posteriori, en la adveración y protocolización. Son los dos momentos fundamentales, el de la existencia y el de la validez. Pero, se insiste, los presupuestos para que se considere como tal han de cumplirse rigurosamente<sup>25</sup>.

Es claro que las mayores ventajas del testamento ológrafo son la sencillez, el secreto y la privacidad con la que se realiza, que está al alcance de cualquier mayor de edad y es útil para personas que pueden estar enfermas. Respecto a las desventajas, hay que volver a mencionar el secretismo con que se lleva a cabo que también tiene, su parte negativa porque puede llegar a pasar “desapercibido” a la muerte del testador. Es verdad que la solución sería depositarlo, comunicarlo a alguien de confianza. Se ha propuesto el depósito notarial pero, en estos tiempos de epidemia (persona sola, que no quiera o pueda salir de la casa) puede que esto no sea lo más aconsejable y cómodo para el testador. Más fácil es entregarlo a un vecino, amigo o familiar en quien confie. Ventajas para el testador en principio, muchas... pero muchos inconvenientes para los beneficiarios, también<sup>26</sup>. La jurisprudencia se ha ocupado de varios casos que se han convertido en clásicos por sus

---

<sup>25</sup> Para el estudio en profundidad de este tipo de testamento Vid. TORRES GARCÍA F. «El testamento ológrafo en el Código Civil». BIB 2011\5618. Estudios y Comentarios Legislativos (Cívitas). Tratado de Derecho de Sucesiones Tomo IX. BIB 2011\1188 Editorial Aranzadi, Junio de 2011. Esta autora analiza pormenorizadamente este testamento en «*Del testamento ológrafo*», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo IX, vol. 1-A, Edersa, 1990, págs. 383-484.

<sup>26</sup> Afirma ROMERO COLOMA que las posibilidades de presiones, coacciones y captación de voluntad son, mayores, más intensas, en este tipo de testamento, así como las probabilidades de falsificación, los riesgos y peligros de pérdida, extravío o destrucción, provenientes estas circunstancias no ya sólo del azar, sino también de maniobras efectuadas por herederos abintestato no favorecidos, o de personas favorecidas por el testador en testamentos anteriores. Por otro lado, como el testador actúa aislado y, generalmente, sin ayuda ajena, puede expresar mal, incorrectamente, su propia voluntad, estando expuesto, igualmente, a que la posterior interpretación que se haga de esa última voluntad sea errónea y que el Juez competente no capte el verdadero sentido de las disposiciones, además de poder incurrir, fácilmente, en causas de nulidad en disposiciones concretas, ya que, si el testador es una persona lega en Derecho, y tiene herederos forzosos, es fácil que, a la hora de testar, desconozca los mecanismos legales que rigen la institución de la legítima y sus consiguientes principios (de intangibilidad cualitativa y cuantitativa). “El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes”. Actualidad jurídica. Aranzadi. BIB/2015/2229, n° 907.

circunstancias particulares<sup>27</sup>. Mencionaremos aquí el supuesto de la STS de 25 de noviembre de 2014 (682/2014) porque precisamente uno de los temas que se suscita es el de la capacidad, que en los testamentos sin notario y sin testigos es el problema que más se suele alegar por quien no ha sido beneficiado por dicho testamento. La cuestión que se plantea en este caso es si se trata de un verdadero testamento o, por el contrario, de un ruego o de la manifestación de un deseo que se hace a los sobrinos de la testadora que además consideraban que la beneficiada había influido en la redacción de tales escritos<sup>28</sup>. En estos casos el problema de la interpretación de la voluntad se enroca también con el de la capacidad<sup>29</sup>. Junto con estos requisitos de validez están también los de eficacia a los que antes nos referíamos que suponen la presentación del testamento, la adveración y, en su caso, la protocolización. Esto nos lleva a hablar de la necesaria intervención “a posteriori” del fedatario público.

## V. LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN ESTOS TESTAMENTOS

Se ha insistido a lo largo de estas páginas que la mejor opción para testar es el testamento abierto. En él la función de asesoramiento y la garantía de veracidad hacen que el porcentaje de validez alcance altas cotas. Pero junto al abierto notarial hay que insistir en la alternativa que suponen estos testamentos especiales que consideramos. En todo caso, en ellos, el fedatario también se encuentra presente. La Ley Notarial, en los arts. 61-65 después de la reforma de 2015, regula la última fase para la eficacia de los testamentos de los que tratamos. Con ellos se complementa lo dispuesto en los arts. 689 y ss y 704 y 705 del Cc. Parece que es lógico, y así lo ha recogido el legislador, que sean los notarios los que se ocupen de dar eficacia a estos testamentos. No son otorgados ante ellos pero suponen una declaración de voluntad escrita o verbal de la voluntad mortis causa, de la que estos profesionales son expertos y teniendo en cuenta esto, la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha supuesto una agilización de los trámites judiciales en materia testamentaria, pues entiende que todo testamento debe ser, en última instancia, notarial, y obliga a que los testamentos no notariales sean presentados, adverados, abiertos y protocolizados notarialmente, y no judicialmente<sup>30</sup>. Efectivamente al final el testamento ológrafo o ante testigos acaba en manos del notario y este tiene que proceder a posteriori a darles el “placet”.

Para los testamentos ante testigos será necesario que estos comparezcan ante notario antes de los tres meses a contar desde el fallecimiento del testador para que la declaración de voluntad sucesoria se protocolice. El art. 64.1 LN regula quien es el notario competente<sup>31</sup>. Efectivamente la legitimación para el inicio de estas operaciones de

---

<sup>27</sup> El caso de “Pacicos de mi vida” es un testamento ológrafo epistolar de referencia obligada cuando se habla de un testamento de esta clase. Y hay otros muchos como el de la tarjeta de visita (STS 19.12.2006. R.J. 2006/9243).

<sup>28</sup> Y es que efectivamente la doctrina y la jurisprudencia hacen referencia a la necesidad clara de que en el documento se vea la voluntad de testar. En muchos se dice que esa declaración que se realiza es el testamento, o que esas son sus disposiciones para después de su muerte...se podrán utilizar distintas expresiones pero se debe dejar claro que en ellas se encierra una voluntad mortis causa. Es el caso del testamento a que se refiere la STS de 19 de diciembre de 2006 escrito en una tarjeta de visita. Vid. en este sentido RIVAS MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pág. 476.

<sup>29</sup> En estos testamentos, realizados privadamente, el problema de la capacidad es uno de los que más repercusiones prácticas tiene porque el art. 663.2Cc es claro, no pueden testar los que habitual o accidentalmente no se hallaran en su cabal juicio, por tanto, no solo los incapaces sino también todos aquellos en que en el momento de otorgar e testamento no tengan verdadera conciencia de lo que van a hacer, de los que ello supone y de sus consecuencias aunque no estén afectados de una insania mental. De ahí que, en ocasiones, se plantee si hay un problema de capacidad o de interpretación. Ciertamente que esto puede ocurrir, y así sucede, en un testamento abierto incluso notarial pues el notario no es un experto en la materia pero tiene la experiencia en la indagación de la voluntad de quien a él acude y su apreciación tiene el valor de presunción, según la jurisprudencia. También en el resto de los testamentos abiertos, el número de los testigos supone un indicio de existencia de probabilidad de que consideren que lo que dice el testador es lógico, acorde a su situación y no disparatado. Esto sin perjuicio de prueba en contrario.

<sup>30</sup> Vid. SERRANO CHAMORRO. Ob. cit. pág. 320

<sup>31</sup> 1. La presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral se efectuará ante Notario competente para actuar en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a

autenticación corresponde, según el art. 64 de la LN, a cualquier interesado. Así afirma el mencionado artículo que *“cualquier interesado podrá solicitar al Notario que otorgue el correspondiente acta de protocolización del testamento otorgado en forma oral”*.

NAVARRO COMÍN<sup>32</sup> afirma que el solicitante interesado tendrá que acreditar el fallecimiento y últimas voluntades y su interés en la protocolización de la sucesión, máxime si no pertenece a la familia del causante.

Pero aquí nos podemos encontrar con un problema: si el interesado no sabe nada sobre su llamamiento, mal puede solicitar nada al fedatario. Solo los testigos son los que pueden manifestar o llevar esa voluntad escrita al notario para que este pueda, haciendo las averiguaciones necesarias, convocar a los interesados ya que, efectivamente, pudiera ser que el testador no tuviera parientes próximos.

Hay que tener en cuenta que el Código civil nada dice de la posible responsabilidad de estos testigos en cuanto a tener que presentar el testamento (la declaración testamentaria), si conocen del fallecimiento del testador (como ocurre con el testamento ológrafo y recoge el art. 690Cc). Cabría pensar que es posible que los testigos lo comuniquen al llamado para que este solicite la protocolización si la declaración fue oral/escrita y designando al favorecido o bien, que tales testigos acudan con la manifestación testamentaria y documento o soporte que la contenga al notario del domicilio del testador y sea este el que cite al interesado para que inicie el procedimiento. La cuestión está en que la inaplicación de estos artículos hace que la teoría deje mucha casuística sin comprender. Y ante casos específicos no sabemos bien cómo se debería proceder.

La documentación a aportar es clara, identificación del testador, certificado del Registro Civil y del de últimas voluntades. El precepto habla de la citación a los testigos, que presentarán la declaración testamentaria recibida verbalmente o por escrito ante el fedatario público. Y aquí introduce el art. 64 LN la novedad de poder acompañar un soporte en el que se haya dejado grabada la voluntad testamentaria, en audio o vídeo que se pueda reproducir. Grabación realizada en el momento de dictarse las últimas voluntades.

En la era en la que vivimos esto es muy factible y puede facilitar las cosas pero no se puede olvidar que lo importante en los testamentos orales es la manifestación/recepción de la voluntad mortis causa por los testigos determinados por la ley. Lo demás es una prueba más que coadyuva al sostenimiento de la declaración testamentaria. En el acta otorgada por el notario se tiene que hacer constar la causa legal por la que se realiza tal testamento oral, el animus testandi, la testificación de los que recogen la voluntad del testador de que la oyeron simultáneamente de boca del testador, de palabra, leyendo o dando a leer alguna nota o memoria que la contuviese, y el número de ellos prefijado por la ley así como su capacidad para ser testigos.

El art. 65 de la LN establece que en caso de divergencia entre los testigos, se hará constar en el acta, solo protocolizándose las manifestaciones testamentarias en que los testigos estuvieran conformes. Si en ninguna lo estuvieran, se archiva el expediente sin protocolización. Y por último vuelve este precepto sobre la consignación de la voluntad en nota, memoria o soporte magnético o digital duradero recalando que si los testigos están conformes en su autenticidad *“se tendrá como testamento lo que de ella resulte”*, *“aunque alguno de ellos no recuerde alguna de sus disposiciones reflejándolo así en el acta y a ella quedará unida la nota, memoria o soporte magnético o digital duradero”*.

Por otro lado, para el ológrafo los requisitos notariales, a posteriori, se centran también en la determinación de si el documento privado presentado reúne las condiciones para ser considerado testamento. En muchas ocasiones, no ocurre así por falta de información del testador. Además de ello la adveración o comprobación de la veracidad o autenticidad de la escritura y firma del otorgante constituye una tarea fundamental. Solo si el juicio de veracidad es positivo se pasará a la protocolización. Los artículos 61, 62 y 63 de

---

elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente.

<sup>32</sup> [HTTP://WWW.NOTARIALLOPIN.ES/BLOG/1/1290/73/LA-ADVERACION-DE-TESTAMENTOS-EN-LA-LEY-DE-LA-JURISDICCION-VOLUNTARIA](http://www.notariallopin.es/blog/1/1290/73/LA-ADVERACION-DE-TESTAMENTOS-EN-LA-LEY-DE-LA-JURISDICCION-VOLUNTARIA)

la LN regulan todo el proceso: quién sería el notario competente; quién ha de presentarlo y el plazo o, en su caso, el interesado que puede requerir al notario; qué documentos son los que han de ser aportados... El artículo siguiente determina el procedimiento a seguir para asegurar la veracidad, para terminar el artículo 63 afirmando que si el notario considera justificada la autenticidad proceda a la protocolización o, en caso contrario, cierre el acta no procediéndose a ella sin perjuicio de los derechos de los interesados de acudir ante los tribunales<sup>33</sup>.

## VI. NECESIDAD DE MODERNIZACIÓN Y ADAPTACIÓN DE LAS FORMAS TESTAMENTARIAS A LOS NUEVOS TIEMPOS

Hace ya algunos años que se viene considerando por parte de la doctrina que la modernización en materia de sucesiones supone un imperativo categórico. Y ello en una doble dirección, en cuanto a determinadas instituciones (legítimas, adelanto en la sucesión intestada del cónyuge a los ascendientes...) y en cuanto a la incorporación de las nuevas técnicas de reproducción y soporte para el otorgamiento de los testamentos. Realmente la incorporación de nuevas tecnologías en el notariado es una realidad manifiesta desde hace ya años porque está claro que todo lo que contribuya a la celeridad en la información y, por ella, a la seguridad de las transacciones es buscado con anhelo por los fedatarios públicos.

Así, una parte de la doctrina está persuadida de que se hace posible que la voluntad testamentaria se pueda contener, con toda garantía, en documentos electrónicos o soportes duraderos mediante audios o imágenes o de cualquier forma digital avalada con firma electrónica<sup>34</sup>. Ciertamente es lo que se viene haciendo en otros campos, como la presentación de documentos administrativos, judiciales, declaraciones fiscales... Es verdad que la solemnidad de la materia sucesoria supone un grado más alto de atención porque sus efectos, fallecido el testador, quedan sin posibilidad de alteración o modificación y sus consecuencias son fundamentales para el destino de los bienes y para la seguridad jurídica. Por ello en esta parte de las sucesiones siempre se ha procedido de forma cautelosa y solemne. Los requisitos de forma han amparado y envuelto a la voluntad mortis causa y el asesoramiento y la determinación de la capacidad para saber lo que se hace y para qué se hace se ha constituido como elemento indispensable. Por ello el testamento notarial es el más indicado, el testamento por excelencia, y los demás que regula el Código se prevén para momentos y situaciones especiales. Pero es verdad que para estas situaciones excepcionales puede ser muy ventajoso utilizar la técnica que hoy día tenemos a nuestra disposición. Favorecer el otorgamiento del testamento es un principio de nuestro ordenamiento jurídico y en aquellos casos concretos, cuando el notario no puede asistir al testador, recoger la voluntad en soportes digitales puede ser de gran ayuda y un eficaz medio de prueba. Esto es lo que hemos visto que recoge el art. 64 y 65 de la LN.

Otra cuestión es la relativa a si pueden ser sustituidos los formalismos previstos para los testamentos orales por los mecanismos digitales: llamada de whatsapp, audios, correos electrónicos, vídeos... Hoy día todo ello no cabe en nuestro Ordenamiento vigente (el ológrafo exige autografía y los orales, presencia de testigos) pero es cierto que una modificación del Cc en estos aspectos, con las debidas garantías, no sería algo impensable<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Vid. el estudio de estos preceptos de RIPOLL JAÉN: Expediente notarial de jurisdicción voluntaria. ii.- sucesiones:c)adveracióntestamentoológrafo.<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/adveracion-de-testamento-olografo/>

<sup>34</sup> En este sentido, PRATS ALBENTOSA: "Sobre el cambio del paradigma del "soporte" en que la voluntad "testamentaria" quede contenida para su validez. A propósito de la STS 4 Noviembre 2009". Revista Aranzadi doctrinal. 2012, nº8, págs. 211-219.

<sup>35</sup> Afirma SERRANO CHAMORRO que "si confiamos en la economía del país de forma telemática ¿cómo no vamos a creer en la posibilidad de realizar testamento excepcional en caso de grave e inminente peligro de muerte utilizando medios digitales auténticos y perfectamente conocidos siempre que se den garantías de veracidad. Los juzgados han aceptado como medio de prueba los WhatsApp. Ob cit. pág. 40 y <https://www.negotia.es/el-testamento-digital/>. Por otro lado, considera José Carmelo LLOPIS que hoy en día se puede abrir el debate aunque "no es sostenible económicamente que, **con lo rápido y barato que es un testamento notarial, y con los problemas posteriores que elimina**, una persona en la que no concurren circunstancias de gravedad, ponga a sus herederos en situación de tener que invertir más tiempo y dinero en su protocolización". <http://www.notariallopis.es/blog/i/123/73/admite-los-testamentos-audiovisuales-el-proyecto-de-jurisdiccion-voluntaria>.



También hay que decir que habrá que estar al caso concreto. Pienso que la asistencia de testigos en estos casos de tiempos revueltos tampoco es tan imposible. Un enfermo o no en tiempo de pandemia puede solicitar a amigos, o vecinos de su edificio que con la distancia de seguridad pueden entender lo que se les dice como voluntad mortis causa y ellos grabarlo en su móvil. Un enfermo en el hospital puede hacer lo mismo. Son solo 3 personas que en estos tiempos, por solidaridad, están con seguridad abiertos a esta petición del afectado por la enfermedad o trastornado por ella. Incluso en la UCI, salvo entubamiento (en cuyo caso no podrá hablar pero tampoco escribir como para hacer un ológrafo), hay personal sanitario al que acudir. En las residencias de ancianos, se encuentra también cuidadores a los que pedir asistencia para esta finalidad porque más difícil puede ser, en algún caso, que una persona mayor pueda entender cómo grabarse o mandar un audio o un correo electrónico que llamar a 3 personas que recojan su voluntad. Pero también es cierto que hay otros casos en que grabarse uno mismo, mandar un audio o un whatsapp pueda ser la única opción que tenga una persona<sup>36</sup>. En todo caso el problema será la prueba. Y por ahora todo esto es ciencia ficción testamentaria<sup>37</sup>.

De todas formas, está claro que una revisión en profundidad de esta materia se hace necesaria. Se ha demostrado que estos testamentos, en concreto en tiempo de epidemia, es un testamento que, desgraciadamente, puede tener aplicación. El hecho de que hasta ahora no haya tenido predicamento no es argumento para suprimirlo, como en alguna ocasión se ha planteado. Hay que regularlo mejor porque puede servir para otras situaciones que están por llegar por muy avanzada que creamos que es nuestra sociedad<sup>38</sup>. Una específica y clara regulación junto con la posibilidad, en su caso, de la utilización de los medios tecnológicos de los que disponemos no estaría de más, avanzando así en la línea iniciada por la Ley Notarial.

## VII. REFLEXIONES FINALES

Expresiones tales como “esto es una pesadilla” o “vivimos una película de ciencia ficción” se han hecho comunes en las conversaciones entre familiares, amigos o conocidos en los últimos meses. Así es, la pandemia del Covid 19, extremadamente contagiosa, lleva alcanzados unos números escandalosos en el mundo: 60 millones de personas contagiadas y 1,5 millones de personas fallecidas.

En estos momentos se habla de varias vacunas pero también de posibles nuevas olas y de que esta enfermedad ha llegado para quedarse, por lo que se trata de ganarle el pulso. En esta situación actual es lógico que la ansiedad ante lo desconocido, el miedo a la enfermedad y a sus secuelas y a la muerte se haya instalado entre nosotros.

Esto nos lleva a plantearnos la necesidad de ordenar nuestras cosas en muchos niveles. Uno de ellos es el patrimonial o material. Para ello la realización de un testamento es una forma de disminuir esa ansiedad (y no al contrario). Se recomienda el abierto notarial pero el Ordenamiento prevé otras formas, si por la circunstancia que fuera, este no

---

<sup>36</sup> El art. 421-14 apartado 2 in fine del CC de Cataluña, al aludir al testamento escrito por otros medios técnicos afirma que «Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, debe firmarse con una firma electrónica reconocida».

<sup>37</sup> Entiende MARIÑO PARDO que el art. 62.5 reitera la necesidad de que el testamento ológrafo sea manuscrito ya que circunscribe las formas alternativas de consignación de la voluntad mediante medios sonoros o videográficos a los casos en los que el testamento se puede otorgar en forma oral. No obstante se plantea un caso dudoso, el caso de la escritura a mano del testamento ológrafo en un soporte electrónico, ya que en el mismo existe autografía manuscrita, e incluso la firma puede tener esta condición. Sin embargo reconoce que estos soportes electrónicos suelen permitir la alteración del contenido de lo escrito (por ejemplo, suprimir una parte del contenido del testamento) sin dejar rastro alguno, por lo que no son totalmente equiparables a la escritura en papel u otros materiales. Por último considera que ese testamento escrito a mano en un soporte informático plantearía dificultades a la hora de protocolizarlo, porque hay que estar al original del testamento ológrafo, y no una reproducción o copia del mismo, aunque dicha copia sea digital. “Idea general sobre el testamento ológrafo”. <https://www.iurisprudente.com/2016/05/idea-general-sobre-el-testamento.html>. <http://notariallopolis.es/blog/i/1235/73/el-notario-el-testamento-on-line-y-el-heredero-digital>

<sup>38</sup> Así RIVAS MARTÍNEZ afirma que más que suprimirlo hay que extender el supuesto de hecho a otros casos extraordinarios de catástrofes, tales como guerra bacteriológica, desastres nucleares. Ob. cit. pág. 396.

se hace posible. El específico para el caso es el que se puede hacer ante 3 testigos en tiempo de epidemia. Creemos que es una forma testamentaria útil y sencilla. Le falta su “puesta en marcha” pero con el estudio y la información que se debe dar a la población se puede convertir en un mecanismo para quien no pueda o no quiera en estas situaciones de enfermedad acudir al notario. Por otro lado, conviene darle lustre y desapolillarla porque ya se avisa que puede no ser la única pandemia que suframos en los próximos tiempos. Es una posibilidad más que no cabe descartar a favor por ejemplo del testamento ológrafo, cada uno puede tener un sitio, su situación, y la publicidad que le otorga la presencia de los testigos le añade un gran valor. Importa también modernizar la materia de la testamentifación y quien debe llevar a cabo tal tarea es el cuerpo notarial porque la formación y la experiencia de estos fedatarios públicos les hacen los más idóneos. Ellos están en el proceso, bien antes o después, pero interesa que en todo caso estén “antes” porque al fin al cabo esos testamentos irán a parar a sus manos.

Por eso, en la modernización de esta materia cabría hablar de dos niveles: uno asequible en la actualidad y otro a más largo plazo por la necesidad de una mayor reflexión y estudio.

El primer nivel, implica dos actuaciones. Una primera ya está instaurada y solo requiere mayor efectividad: se trata de incidir en la línea del asesoramiento notarial, con un corredor ágil, rápido y eficaz con la notaría que quiera el testador para poder consultar cuanto necesite saber sobre “contenido y continente” de una determinada forma testamentaria especialmente cuando no sea notarial y en circunstancias excepcionales (esta función cautelar ya la cumplen los notarios; se trataría de hacerla aún más efectiva extendiéndola a las demás formas abiertas y al ológrafo con una labor de comunicación a la población en general de que puede fácilmente contar con este asesoramiento). La segunda actuación supondría la creación de un registro donde se dé cuenta del otorgamiento de un testamento especial o de un ológrafo para que quede constancia de aquel, poniéndose cortapisas a la posible desaparición del mismo.

El segundo nivel, supondría la posibilidad de que, utilizando las nuevas tecnologías, se remitan a las notarias estos testamentos realizados en casos excepcionales (así como los autógrafos realizados a mano en pantalla táctil) para que se tome razón de ellos y sean en su caso custodiados cuando se realicen sin presencia de testigos. Y ello porque al fin y al cabo, tal manifestación tendrá que acabar en manos del fedatario. Esto supone una importante modificación del Código civil, para casos excepcionales y para la toma de razón del ológrafo, aunque las garantías de autenticidad de los mismos serán una gran piedra de toque. Sin embargo, para los casos ordinarios, fuera del ológrafo, creo que la intervención notarial directa se hace imprescindible porque la admisión sin más de los testamentos realizados por mecanismos digitales sin intervención notarial, aunque sea con firma digital, supone una ruptura total con la tradición jurídica existente, con el normal asesoramiento notarial, con la valoración de la capacidad y la dación de fe del fedatario. Otro caso sería romper la baraja y contemplar un testamento digital o tecnológico; una distinta forma de testar, no ajena a la aparición de graves problemas, que supondría perder el valioso legado que conlleva la ayuda de un experto en la materia. De ahí que se diga que, si se quiere emprender el camino de la apertura al testamento tecnológico, haya de ser el notariado el que estudie y, en su caso, proponga qué forma de proceder sería la idónea en estos casos porque, desde luego, no es lo mismo firmar electrónicamente una declaración de IRPF que un testamento.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

-CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español Común y Foral*. Tomo Sexto. Derecho de Sucesiones. Vol. 2º. Madrid, 1973, pág. 120

DE LA FUENTE SANCHO:

<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/informes-mensuales-o-n/informe-oficina-notarial-marzo-2020-testamento-en-tiempo-de-epidemia-y-olografo/#practica>

- FERNÁNDEZ DEL MORAL: *Autonomía privada y testamento en derecho común. Contribución al estudio de las disposiciones testamentarias atípicas. Granada, 1996*
- GOMÁ LANZÓN:  
<https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-90/opinion/opinion/10012-la-funcion-notarial-en-tiempos-del-coronavirus> El Notario del siglo XIX
- GONZÁLEZ PORRAS: Comentario al artículo 701 del Código civil en *Comentarios al código civil y compilaciones forales dirigidos por Albaladejo*. Tomo IX. Vol. 1º-B. Artículos 694 a 705 del Código civil, Edersa, 1987, pág.246
- LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, Madrid, 2001
- LÓPEZ-GALIACHO PERONA: <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/20/la-rabiosa-actualidad-del-testamento-en-caso-de-epidemia/>
- LLOPIS BENLLOCH: <http://www.notariallopis.es/blog/i/123/73/admite-los-testamentos-audiovisuales-el-proyecto-de-jurisdicion-voluntaria>
- MUCIUS SACAEOVA: *Comentarios al código civil* t. 12, Madrid, 1896, pág. 478
- NAVARRO COMÍN: [HTTP://WWW.NOTARIALLOPIS.ES/BLOG/I/1290/73/LA-ADVERACION-DE-TESTAMENTOS-EN-LA-LEY-DE-LA-JURISDICCION-VOLUNTARIA](http://WWW.NOTARIALLOPIS.ES/BLOG/I/1290/73/LA-ADVERACION-DE-TESTAMENTOS-EN-LA-LEY-DE-LA-JURISDICCION-VOLUNTARIA)
- PRATS ALBENTOSA: “Sobre el cambio del paradigma del “soporte” en que la voluntad “testamentaria” quede contenida para su validez. A propósito de la STS 4 Noviembre 2009”. *Revista Aranzadi doctrinal* 2012, nº8, págs. 211-219.
- RIPOLL JAÉN: Testamentos en caso de epidemia y peligro de muerte. <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/testamento-en-caso-de-epidemia-y-en-peligro-de-muerte>
- RIVAS MARTÍNEZ:  
-*Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pág. 476  
-*Derecho de sucesiones. Común y Foral*. T.I. Madrid, 2005.
- ROMERO COLOMA: “El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes”. *Actualidad jurídica. Aranzadi*. BIB/2015/2229, nº 907
- SERRANO CHAMORRO: “Covid 19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos”. *Revista de Derecho Civil* [http://nreg.es/ojs/index.php/RDC\\_ISSN\\_2341-2216](http://nreg.es/ojs/index.php/RDC_ISSN_2341-2216) vol. VII, núm.4 julio-septiembre, 2020
- TORRES GARCÍA,T. «El testamento ológrafo en el Código Civil». BIB 2011\5618. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Tratado de Derecho de Sucesiones Tomo IX. BIB 2011\1188 Editorial Aranzadi, Junio de 2011. «*Del testamento ológrafo*», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo IX, vol. 1-A Edersa, 1990, págs. 383-484.
- VELA SÁNCHEZ: “El testamento en tiempo de epidemia. Cuestiones esenciales”. *La ley*. 17/4/2020