

Sin notario y sin testigos: el testamento ológrafo como forma testamentaria en tiempo de pandemia en el derecho español*

Without notary and without witnesses: the Olographic Will as a testamentary form in time of pandemic in Spanish Law

Francisca RAMÓN FERNÁNDEZ**

RESUMEN: La situación de crisis sanitaria por la pandemia de la Covid-19 en España ha supuesto que en el ámbito testamentario sea de actualidad el testamento en caso de epidemia. Sin embargo, existe otra forma testamentaria que en tiempo de pandemia puede ser de gran interés como es el testamento ológrafo, que no precisa de la intervención de testigos ni de Notario. No obstante, esta forma testamentaria plantea distintos problemas por la rigidez de sus requisitos para ser otorgado, con lo que determina que pueda no ser válido en el futuro. Nos

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i «Retos investigación» del Programa estatal de I+D+i orientado a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades RTI2018-097354-B-100 (2019-2022) y Proyecto de I+D+i Retos MICINN PID2019-108710RB-I00, (2020-2022).

** Licenciada y Doctora en Derecho por la Universitat de València (España). Profesora titular de Derecho civil, adscrita a la Escuela Técnica Superior de Ingeniería del Diseño (ETSID) de la Universitat Politècnica de València (España). Orcid: <<http://orcid.org/0000-0002-0936-8229>>. Contacto: <frarafer@urb.upv.es>; <<http://www.upv.es/ficha-personal/frarafer>>. Fecha de recepción: 02/03/2021. Fecha de aprobación: 17/06/2021.

dedicamos en este trabajo a analizar los distintos problemas que puede plantear el testamento ológrafo, precisamente en un tiempo en el que la tecnología todavía no se aplica en toda su amplitud en el ámbito sucesorio.

PALABRAS CLAVE: testamento; testamento ológrafo; derecho español; pandemia; requisitos.

ABSTRACT: The health crisis situation due to the Covid-19 pandemic in Spain has meant that in the testamentary field the will is current in the event of an epidemic. However, there is another testamentary form that in times of pandemic can be of great interest, such as the holographic will, which does not require the intervention of witnesses or a Notary Public. However, this testamentary form raises different problems due to the rigidity of its requirements to be granted, which determines that it may not be valid in the future. We dedicate ourselves in this work to analyze the different problems that the holographic will can pose, precisely at a time when technology is not yet applied in its entirety in the area of inheritance.

KEYWORDS: will; holographic will; Spanish law; pandemic; requirements.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando nos referimos al testamento en los tiempos de pandemia inmediatamente nos viene a la mente la regulación del artículo 701 del Código civil español que regula el testamento en caso de epidemia, que se puede otorgar sin intervención de notario ante tres testigos que sean mayores de dieciséis años, y que precisamente lleva la denominación de poderse realizar cuando se dé la circunstancia de una epidemia. Se trata de un testamento “efímero”¹, y que queda ineficaz al pasar dos meses desde la cesación de la epidemia.

Sin embargo, ya que ha sido objeto de tratamiento de forma extensa por la doctrina precisamente con motivo de la situación de crisis sanitaria², no nos vamos a detener en esta forma de testa-

¹ RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, “El coronavirus, el testamento en situación de epidemia y el uso de las TICs en el Derecho español”, *Revista de Derecho Privado. Externado de Colombia*, núm. 40, 2021, enero-junio, p. 403. Disponible en: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/6930/9496>> (Consultado el 21 de marzo de 2021). DOI: <<https://doi.org/10.18601/01234366.n40.14>>.

² Se pueden consultar, sin ánimo exhaustivo, las aportaciones de RIVERA SABATÉS, Vidal, “«En caso de epidemia»: sentido y alcance de la peculiar locución del artículo 701 CC”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 91, núm. 5, 2007, pp. 81-92; CALAZA LÓPEZ, C. Alicia, “Los testamentos sin intervención notarial y su eficacia en la «nueva normalidad»”, *Diario La Ley*, núm. 9638, 2020; “Los testamentos sin intervención notarial y su eficacia en la «nueva normalidad»”, *Diario La Ley*, núm. 9645, 2020; CASTILLO PARRILLA, José Antonio, “Testamento en época de pandemia: Actualidad del artículo 701 del Código Civil y disposiciones testamentarias sobre datos personales relativos a la salud”, *Retos jurídicos ante la crisis del COVID-19*, RODRÍGUEZ AYUDO, Juan Francisco y ATIENZA MACÍAS, Elena (Coord.), Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 281-297; LÁZARO GUILLAMÓN, María del Carmen, “El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código Civil español: crónica para la validez

mento abierto, ni tampoco nos vamos a detener en el estudio del testamento regulado en el artículo 700 del Código civil, es decir, el testamento que realiza el testador cuando se halle en peligro inminente de muerte, que también se otorga sin necesidad de notario, pero con la presencia de cinco testigos idóneos.

En este estudio nos vamos a centrar en un tipo de testamento común, el ológrafo³, que se puede otorgar tanto en tiempo de pandemia como en cualquier otro momento, y que no ha sido tratado por la doctrina en dicho contexto de forma tan específica, por lo que nuestra elección radica en que es una forma testamentaria menos conocida, y, además, porque en tiempo de pandemia, en el que la presencia de testigos puede ser más difícil y compleja, es una forma de testar que no necesita la presencia de testigos, ni de notario, y de ahí su utilidad en los momentos de crisis sanitaria. Es una forma de testamento poco conocida por la ciudadanía, y que siempre ha suscitado un gran interés por parte de la doctrina⁴ y de

de una institución pretérita en pleno Siglo XXI”, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 35, 2020; LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier, “La «rabiosa» actualidad del testamento en caso de epidemia”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 90, 2020, pp. 30-35; VELA SÁNCHEZ, Antonio J., “El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones esenciales”, *Diario La Ley*, núm. 9623, 2020; “El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones esenciales”, *Diario La Ley*, núm. 9629, 2020; Ripoll Juan, Antonio, “Testamentos en caso de epidemia y en peligro de muerte”, *Notarios y Registradores*, 2020, pp. 1-18. Disponible en: <<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/testamento-en-caso-de-epidemia-y-en-peligro-de-muerte/>>. (Consultado el 22 de marzo de 2021); PEÑASCO VELASCO, Rosa, “Del testamento ológrafo al testamento cibernético”, *e-Legal History Review*, núm. 33, 2021.

³ Son testamento comunes junto con el ológrafo, el testamento abierto y el cerrado. Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero (artículo 677 del Código civil).

⁴ Resulta imprescindible la consulta de las siguientes aportaciones, sin ánimo exhaustivo, RUIZ VADILLO, Enrique, “El testamento ológrafo”, *Revista de*

la jurisprudencia⁵, por el halo de circunstancias al que siempre ha estado asociado, ya que el soporte en el que se ha otorgado ha sido muy diverso, y además la controversia que se ha generado en distintos casos sobre si existía en el mismo la institución de heredero.

Derecho Privado, vol. 56, núm. 7, 1972, pp. 615-647; TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977; GARCÍA CANTERO, Gabriel, "Testamento ológrafo: ¿transformarse o morir?", *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, Monje BALMASEDA, Óscar, LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, FERRER VANRELL, Pilar y TORRES LANA, José Ángel (Dir.), vol. 1, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 235-264; AA.VV.: *Derecho de sucesiones*, ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina y COBAS COBIELLA, María Elena (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

⁵ Es abundante la jurisprudencia sobre el testamento ológrafo. Se puede consultar, entre las más recientes, SAP de Pontevedra (Sección 6ª) 237/2020 de 5 de junio (JUR\2020\221987, sobre la ausencia de la fecha; acerca de la suficiencia o insuficiencia de juicio, SAP de las Islas Baleares (Sección 3ª) 316/2019 de 30 de julio (JUR\2019\263723); ausencia de palabras solemnes y utilización de lenguaje vulgar, SAP de Zaragoza (Sección 5ª) núm. 12/2016 de 12 enero (AC\2016\65); desorganización caligráfica y afectación motora, SAP de Asturias (Sección 5ª) núm. 2772015 de 2 octubre (JUR\2015\249080); voluntad testamentaria de disponer de un bien inmueble como legado, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 682/2014 de 25 noviembre (RJ\2014\6006); dudas sobre la veracidad de la escritura del testamento, SAP de Cantabria (Sección 2ª) núm. 30/2014, de 22 de enero (JUR\2015\193197); ausencia de protocolización SAP de Málaga (Sección 5ª) núm. 630/2013 de 12 diciembre (JUR\2014\75631); no se exige la habitualidad de la firma, la firma cumple el requisito *ad solemnitatem*, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 322/2011, de 5 de mayo (RJ 2012\1101); capacidad y voluntad testamentaria, STS (Sala de lo Civil), núm. 597/1994, de 18 de junio (RJ 1994\6022); el otorgamiento surge de la inserción de la fecha y firma, STS (Sala de lo Civil), núm. 87/1994, de 10 de febrero (RJ 1994\848); autenticidad o no, STS (Sala de lo Civil), de 14 de febrero de 1981 (RJ 1981\526); irregularidades que no producen la invalidez del testamento, STS (Sala de lo Civil), de 26 de noviembre de 1968 (RJ 1968\5542).

II. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO EN TIEMPO DE PANDEMIA: PROBLEMAS QUE PUEDE SUSCITAR

El testamento es un acto formal y solemne⁶, que requiere de una serie de requisitos fijados por la norma, Código civil y leyes forales⁷, según sea aplicable, y su validez depende de la observancia de los mismos, además de precisar la intervención de testigos, con una serie de limitaciones también sobre las personas que pueden serlo. No obstante, hay una forma testamentaria que se puede realizar sin la intervención de testigos, además de sin notario, y de forma gratuita, y es precisamente el testamento ológrafo.

Mediante el testamento (artículo 667 del Código civil) una persona dispone para después de su fallecimiento de todos o de parte de sus bienes, y lo puede hacer a título de herencia o de legado (artículo 668 del Código civil). Se trata de un acto de carácter personalísimo, por lo que no puede realizarse mediante la intervención de un tercero, ni tampoco por medio de comisario o mandatario (artículo 670 del Código civil).

El artículo 678 del Código civil nos indica que “se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 688”.

⁶ La regulación del testamento se establece desde las antiguas civilizaciones. Véase: BARÓ PAZOS, Juan, “Notas acerca del testamento en el derecho castellano bajomedieval y moderno”, *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Ed. Universidad de Cantabria, Santander, 2002, pp. 61-74.

⁷ En el ámbito foral y autonómico, hay distintas peculiaridades respecto de las formas testamentarias. Como señala RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, *op. cit.*, p. 420, “Esta modalidad permite a los sujetos de vecindad civil cuya regulación no les permite realizar el testamento en caso de epidemia, otorgar esta forma cuando se encuentren en dicha situación. Es el caso del artículo 421-5.3 de la Ley 10/2008, que no permite a las personas con vecindad civil catalana otorgar testamento exclusivamente ante testigos (como es el de en caso de epidemia), por lo que podrán otorgarlo, si no pueden hacerlo abierto o cerrado, en forma ológrafa”.

El testamento ológrafo queda regulado en los artículos 688 a 693 del Código civil, dentro de la sección cuarta, del Título III “De las sucesiones”, del Libro Tercero “De los diferentes modos de adquirir la propiedad”, y precisa la mayoría de edad para su otorgamiento.

En la situación de crisis sanitaria, y durante el estado de alarma que se declaró en España por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19⁸. Posteriormente, se volvió a declarar por Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-COV-2⁹ y por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2¹⁰, además de la posibilidad de otorgar testamento en tiempo de epidemia, se encuentra la opción del testamento ológrafo, que no necesita desplazarse a la Notaría, ni presencia de testigos para ser otorgado, con lo que durante el estado de alarma, en el que la movilidad estaba restringida, y era difícil poder acudir al fedatario público, y también las dificultades de disponer de tres testigos que sean mayores de dieciséis años, por la distancia social y también por la restricciones de movilidad. Sin embargo, podemos plantearnos si el testamento ológrafo es una buena o

⁸ BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020. Se modificó por Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo (BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020). Fue prorrogado por Real Decreto 487/2020, de 10 de abril (BOE núm. 101, de 11 de abril de 2020); Real Decreto 492/2020, de 24 de abril (BOE núm. 115, de 25 de abril de 2020); Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo (BOE núm. 129, de 9 de mayo de 2020); Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo (BOE núm. 145, de 23 de mayo de 2020); Real Decreto 555/2020, de 5 de junio (BOE núm. 159, de 6 de junio de 2020).

⁹ BOE núm. 268, de 9 de octubre de 2020.

¹⁰ BOE núm. 282, de 25 de octubre de 2020). Fue prorrogado por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre (BOE núm. 291, de 4 de noviembre de 2020).

mala opción, no ya en tiempo de epidemia, sino en cualquier otro momento, por los distintos problemas que puede plantear y que vamos a tratar a continuación.

La benevolencia de esta forma de testar en tiempo de pandemia es precisamente que no necesita desplazamiento a la Notaria, ni tampoco presencia de testigos (aunque puedan estar presentes, ya que el precepto no lo impide), y también su gratuidad, por lo que su utilización en la situación de crisis sanitaria en que la movilidad estaba tan restringida, puede haber sido una opción válida para muchas personas.

Quizás su desconocimiento por parte de la población lo haga ser menos utilizado, y también es un testamento sujeto a una serie de requisitos muy estrictos, como hemos indicado. No obstante, también hay que tener en cuenta que, al igual que todo testamento, como indica el artículo 673 del Código civil, será nulo si se otorga con violencia, dolo o fraude, y además como precisa el artículo 674 del Código civil, el que con dolo, fraude o violencia impida que una persona, de quien sea heredero abintestato, otorgue de forma libre su última voluntad, quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de las responsabilidades penales correspondientes.

En el caso de tiempo de epidemia, la necesidad de otorgar testamento o bien modificar el que ya había sido otorgado, mediante su revocación, y ante la posibilidad de muerte por enfermedad, muchas personas habrían decidido testar. Incluso, muchas de ellas con la finalidad de desheredar a sus herederos forzosos, ante la falta de cuidado y abandono durante el coronavirus, alegando maltrato psicológico, y siguiendo la línea de la jurisprudencia ya marcada con las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015¹¹, en el que se consideró que el abandono emocional de los hijos hacia los padres es un maltrato psi-

¹¹ RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, “El interés superior del mayor. Nuevas vías jurisprudenciales para las causas de desheredación”, *Jurisprudencia y doctrina: ¿un matrimonio de conveniencia?*, CERVILLA GARZÓN, María José,

cológico y entra dentro de la consideración de maltrato de obra tal y como indica el artículo 853.2 del Código civil, al indicar como justa causa para desheredar a los hijos y descendientes “haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra”.

También pueden surgir problemas en el caso de personas dependientes y personas de edad avanzada dependientes¹², teniendo en cuenta lo que indica el Código civil respecto a la capacidad de obrar para poder otorgar este testamento. Así, el artículo 665 del Código civil establece que respecto al incapacitado que en virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad de testar pretenda otorgar testamento, el notario designará dos facultativos que previamente lo reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad. Surgen dudas de si el incapacitado puede otorgar testamento ológrafo, ya que al no requerir la presencia de notario, no podrá determinarse si dispone o no de capacidad para testar.

Hay que tener en cuenta el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.¹³

Por tanto, ya en los supuestos en que la persona tuviera el contagio, o bien tuviera miedo de contagiarse y con la limitación de los desplazamientos, esta modalidad sería la idónea, ya que si se encuentra enfermo, no podrá salir, y si tiene miedo por ser personal de riesgo o cualquier otro motivo, no va a necesitar testigos, que también será difícil poder encontrarlos, ya que deben ser idóneos, y no puede ser testigo cualquier persona en el caso del

JOVER RAMÍREZ, Carmen y RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María (Coord.), *Aranzadi Thomson Reuters*, Cizur Menor, 2020, pp. 363-376.

¹² DÍAZ ALABART, Silvia, *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones*, Reus, Madrid, 2018.

¹³ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XIV Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, 17 de julio de 2020, núm. 27-1. Disponible en: <https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-1.PDF>. (Consultado el 23 de marzo de 2021).

testamento en tiempo de epidemia (mayores de dieciséis años, y según el artículo 682 del Código civil, siendo una modalidad de testamento abierto, ni los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad), y en el caso del testamento en peligro inminente de muerte, artículo 700 del Código civil, deben ser los testigos idóneos.

III. PROBLEMAS QUE PUEDEN SURGIR ENTORNO AL TESTAMENTO OLÓGRAFO: SOPORTE Y PROCEDIMIENTO

Una de las principales dificultades que tiene esta forma testamentaria es precisamente el soporte en el que se va a manifestar la última voluntad del testador, además de la intención de testar, es decir, que dicho acto que realiza el sujeto sea con la determinación de otorgar un testamento, a pesar de que no se use la palabra “heredero”, siempre que su voluntad esté clara respecto de este concepto (artículo 669 del Código civil).

Al tratarse de un testamento en el que hay rigidez y dado que el testador no va a estar orientado por el notario, sea, quizás la forma testamentaria que podemos considerar como “mas íntima” y cuyos requisitos formales sean más complejos, y que para una persona profana en Derecho, puede ser difícil su redacción, dado que precisa que sea escrito todo él y firmado, indicando el año, mes y día en el que se haya realizado el otorgamiento (artículo 688 del Código civil).

En el caso de que contenga la redacción palabras que estén tachadas, enmendadas, o entre renglones, el testador tendrá que salvarlas bajo la firma, como indica el artículo 688 del Código civil).

Por tanto, este testamento no se puede otorgar de forma oral, ya que la forma escrita es requisito imprescindible, por lo que el testador debe saber escribir, y tampoco lo pueden otorgar los menores de edad, y por analogía a lo dispuesto en el artículo 662 y 663 del Código civil, tampoco puede ser otorgado por los que ha-

bitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio. Cuestión bastante controvertida, ya que al no otorgarse ante notario que pueda acreditar la capacidad del testador, será en las actuaciones posteriores las que puedan determinar si el testador otorgó testamento ológrafo encontrándose en su cabal juicio.

Estas actuaciones posteriores que se precisan para la adveración y protocolización del testamento ológrafo, y además el plazo de caducidad para esta forma testamentaria que es de cinco años desde el fallecimiento del testador (artículo 693 del Código civil). Si pasa dicho plazo, el testamento pierde su eficacia, ya que se trata de un testamento que se otorga sin autorización de notario, y debe ser elevado a escritura pública y protocolizarse (artículo 704 del Código civil).

Uno de los primeros casos que siempre se pone como ejemplo de testamento ológrafo es el conocido como caso “Pacicos”, y que es estudiado en las Universidades cuando se habla del testamento ológrafo. Recientemente, se conmemoraba el centenario¹⁴ de dicha sentencia haciéndose referencia en el homenaje que se rindió en Peñafiel, Valladolid, a “Una historia de amor que llegó al Tribunal Supremo”. Este caso fue resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1918¹⁵ que trató sobre la nulidad del testamento ológrafo. Se trataba el caso “Pacicos” de la existencia junto con una carta, en la habitual correspondencia que mantenía Matilde con José, su novio, alias “Pacicos”, se encontraba una hoja, en la que se podía leer:

¹⁴ ESCARTÍN IPIENS, José Antonio, “Cien años de «Pazicos de mi vida»”, *Revista de Derecho civil*, vol. 5, núm. 2, 2018, pp. 1-8. Disponible en: <<https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/346/26>> (Consultado el 21 de marzo de 2021).

¹⁵ Se puede consultar la sentencia en Gaceta de Madrid, núm. 1, de 1 de enero de 1919 p. 412-416. Citada por RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, “Última voluntad digital, testamento digital, heredero digital: el mundo virtual de la transmisión hereditaria en el Derecho español”, *Revista de Privacidad y Derecho digital*, núm. 14, abril-junio 2019, p. 82.

“Peñañiel a 24 de Octubre 1915. Pacicos de mi vida: en esta primera carta de novios va mi testamento, todo para ti, todo, para que me quieras siempre y no dudes del cariño de tu Matilde.=Rubricada”.

El Tribunal Supremo admitió ese texto como testamento ológrafo, dado que contenía todos los requisitos del mismo, además de estar escrito y firmado por la testadora, junto con la indicación del año, mes y día de su otorgamiento, y observarse de forma clara la voluntad testamentaria.

Hay que tener en cuenta que testamento ológrafo no es cualquier papel o documento que aparezca en el domicilio o fuera del mismo sobre la institución de heredero, mandas o legados que pueda hacer el testador, ya que estos serán nulos si no concurren en esa documentación los requisitos que se precisan para un testamento ológrafo (artículo 672 del Código civil).

La necesidad de que sea escrito por el testador plantea si debe ser escrito con la mano, o también en el caso de que la persona no pudiera hacerlo de esta forma, se admitiera que fuera escrito con la boca o con el pie, en el supuesto de que alguna persona careciera de extremidades, o bien no pudiera utilizarlas para la escritura.¹⁶

También en los casos en que pueda ser redactado en braille, ya que no especifica el tipo de alfabeto que debe ser usado, aunque se advierte que este sistema no individualiza la escritura, es decir, que la peculiaridad en el testamento ológrafo es precisamente la caligrafía del testador, que no sería posible en el caso de la escritura braille, que no resulta personalizada por la impronta de la caligrafía¹⁷. Más discutido sería el caso de que la persona ciega sepa y pueda escribir.

¹⁶ Sobre esta cuestión me remito al estudio realizado por PEÑASCO VELASCO, Rosa, *El testamento ológrafo otorgado por personas que escriben con la boca o con el pie*, Dykinson, Madrid, 2018.

¹⁷ Otra postura interesante en el ámbito del Derecho comparado se puede consultar en: PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Testamentos ológrafo y

En el caso de los sordos y sordomudos que sepan escribir no existe óbice para que pueda otorgar testamento ológrafo.

Tampoco podrá otorgar este testamento, ni ningún otro, tal y como indica el artículo 663 del Código civil, “el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”. No obstante, el testamento que se haya realizado antes de la enajenación mental sí que sería válido (artículo 664 del Código civil).

Desde luego, en tiempo de pandemia esta forma testamentaria tendría las ventajas de no precisar ni de testigos, ni de notario, ni tampoco estar sujeto al plazo de los dos meses que sí que se dispone para el testamento en tiempo de epidemia. El testamento ológrafo será válido mientras no se revoque por otro posterior, que puede ser igualmente ológrafo, o abierto o cerrado, o incluso el otorgado en tiempo de epidemia, pero que hay que tener en cuenta que los testamento que se otorguen sin la autorización de un notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan según establece la Ley de Enjuiciamiento civil.

Hay que tener en cuenta que en el caso de otorgarse un testamento ológrafo, y pretender revocarlo mediante un testamento en tiempo de epidemia, ante tres testigos mayores de dieciséis años, se puede hacer de forma escrita o no (artículo 702 del Código civil), y que si el testador fallece en dicho plazo, quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Tribunal competente para que se eleve a escritura pública, bien se haya otorgado por escrito, o de forma verbal.

Entonces, en este supuesto, puede suceder que si no se acude dentro de dicho plazo, este testamento deviene ineficaz, y si el testador había otorgado testamento ológrafo previamente, podría éste tener validez, al estar sujeto a un plazo mayor, cinco años (artículo 689 del Código civil).

También se contienen peculiaridades en el caso del testamento marítimo, que es un tipo de testamento especial, y se otorgara

cerrado en braille en el derecho peruano: luces en el horizonte de las personas con discapacidad visual”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 101, 2017, pp. 3-29.

de forma ológrafa, tal y como indica el artículo 729 del Código civil.¹⁸

Otro de los problemas que se puede referir en esta forma de testamento es precisamente la capacidad del testador. No hay notario que haga constar que el testador se haya con la capacidad legal precisa para otorgar testamento (artículo 696 del Código civil), por lo que la persona que redacte un testamento ológrafo puede no tener dicha capacidad legal, con lo que el testamento no sería válido. Ello resulta especialmente interesante en el caso de las personas de edad avanzada que sufran algún tipo de enfermedad cognitiva, que puede aparecer una fecha en el testamento, pero luego haber sido redactado en una fecha diferente, en el que el estado psicológico no sea el mismo.

Parece desprenderse que el testamento ológrafo deba ser redactado sin solución de continuidad, es decir, en un mismo acto, al indicarse que debe expresarse el año, mes y día en que se otorgue, por lo que no podría empezarse la redacción en un día y continuarse en tiempo posterior, ya que afectaría a su validez. Aunque la redacción del precepto (artículo 688 del Código civil) debía haber sido más preciso y claro en ese sentido.

Respecto a la adverbación y protocolización hay que atender a lo indicado en los artículos 689 a 693 del Código civil, modificados por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Se protocolizará ante Notario, que extenderá el acta de protocolización, el testamento, en los cinco años siguientes al fallecimiento del testador.

La persona que tenga en su poder un testamento ológrafo lo deberá presentar ante Notario competente dentro del plazo de los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del falle-

¹⁸ Indica el precepto lo siguiente: “Si fuere ológrafo el testamento y durante el viaje falleciera el testador, el comandante o capitán recogerá el testamento para custodiarlo, haciendo mención de ello en el diario, y lo entregará a la autoridad marítima local, en la forma y para los efectos prevenidos en el artículo anterior, cuando el buque arribe al primer puerto del Reino”.

cimiento del testador. En caso de que no cumpla esta indicación, será responsable de los daños y perjuicios que cause.

También puede ser presentado por cualquiera que tenga interés en el testamento, ya sea como heredero, legatario, albacea u en otro concepto.

Una vez presentado el testamento ológrafo y acreditado el fallecimiento del testador, se procederá a su adveración. Una vez adverado el testamento y acreditada la identidad del autor, se procede a su protocolización. Si el Notario considera acreditada la autenticidad del testamento, autorizará el acta de protocolización, en la que hará constar las actuaciones realizadas, y las observaciones, en su caso.

En el caso de que el testamento no se advere porque no se acredite de forma suficiente la identidad del otorgante, se archivará el expediente, y no se protocolizará el testamento.

Autorizada o no la protocolización del testamento, los interesados que disientan, podrán ejercitar las acciones correspondientes.

IV. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO: UN TESTAMENTO ANALÓGICO ALEJADO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TICs). LA NECESIDAD DE ADAPTACIÓN

Ello plantea problemas en cuanto al tipo de soporte y la utilización de medios informáticos para el otorgamiento del testamento ológrafo, ya que el precepto establece que debe ser escrito y firmado por el testador. Se discute si la escritura puede ser mecanizada o debe ser manuscrito, ya que el precepto no lo precisa, ni tampoco si es posible una firma digital, o debe ser una firma manuscrita por parte del testador.¹⁹ No obstante, al indicar que debe ser escri-

¹⁹ GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, "Sentencia de 4 de noviembre de 2009: Testamento otorgado en peligro de muerte. Voluntad del finado de que valiera

to por sí mismo el artículo 678 del Código civil se interpreta que debe estar escrito “de su puño y letra”.

La casuística del soporte del testamento ológrafo ha sido muy variada y nos hemos encontrado, además del caso “Pacicos” que era una carta, otros ejemplos como en una tarjeta de visita, materiales nobles como la madera, en telas. También podría realizarse en una pintura, en la pared, aunque la doctrina parece inclinarse por la utilización de papel, y sus derivados (servilleta, pañuelo), etc.,²⁰ por la posibilidad de que se pueda protocolizar²¹, a pesar de que el precepto del Código civil no especifica dónde se puede escribir el testamento.

Precisamente ha sido el soporte y también la existencia o no de intención de testar la que ha determinado que muchos casos de testamentos ológrafos lleguen a los tribunales, para dilucidar su admisión o no como tal. En este sentido, podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 19 de diciembre de 2006 (ROJ: sts7802/2006, del supuesto de un testamento ológrafo

como testamento la que previamente manifestó a la oficial de la notaría. Invalidez. Testamento *per relationem*. El documento informático no constituye testamento ológrafo y la voluntad expresada in articulo mortis no alcanza a manifestar el contenido de una voluntad testamentaria”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 83, 2010, pp. 1185 y ss.

²⁰ RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, *op. cit.*, p. 420. Véase también: TORRES GARCÍA, Teodora Felipa, *op. cit.*, p. 35 y ss.

²¹ A este respecto, indica Iurisprudente, “Idea general sobre el testamento ológrafo”, 2016. Disponible en: <<http://www.iurisprudente.com/2016/05/idea-general-sobre-el-testamento.html>> (Consultado el 23 de marzo de 2021) que “Pueden existir soportes o superficies que, permitiendo una expresión manuscrita, sean de imposible presentación y protocolización, por razones materiales. Por ejemplo, quien escribe su testamento ológrafo en la pared de un edificio. Estos casos, aparte de ser excepcionales, han encontrado propuestas de solución, como la tramitación de un acta notarial de presencia, que reflejaría el contenido del testamento y es lo que se sujetaría al proceso de protocolización. No he encontrado, sin embargo, jurisprudencia que legitime este sistema”.

en una tarjeta de visita, revocando un anterior testamento notarial.²²

No se admite el otorgamiento de esta forma testamentaria por cualquier medio audiovisual o fonográfico, precisamente por la forma escrita que requiere²³.

Actualmente, con las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs) esta forma testamentaria se mantiene anclada en el tiempo, y no se ha adaptado, como tampoco el propio sistema sucesorio.²⁴

La exigencia de la escritura de propia mano del testador y su firma elimina cualquier opción a que se pueda redactar por cualquier otro medio y tampoco que se pueda firmar mediante certificado electrónico según lo que establece la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza.²⁵

²² ANGOITIA GORISTIAGA, Víctor, “Sentencia de 19 de diciembre de 2006: Testamento ológrafo epistolar revocatorio de previo testamento notarial”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 75, 2007, pp. 1279-1292.

²³ RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, *op. cit.*, p. 420.

²⁴ Como ha puesto recientemente de relieve SERRANO CHAMORRO, María Eugenia, “Covid 19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 7, núm. 4, 2020, p. 328. Disponible en: <<https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/567>>_ (Consultado el 23 de marzo de 2021), “Si nuestro alto tribunal ha admitido como testamento el escrito en el reverso de una carta de amor, o en una tarjeta de visita, ¿cómo es posible que no se adapte a los avances digitales y se permita el testamento a través de medios digitales?”.

²⁵ BOE núm. 298, de 12 de noviembre de 2020. Esta norma deroga la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2003). A pesar de que tiene el mismo valor la firma manuscrita y la firma electrónica cualificada, como indica el Reglamento (UE) 910/2014 se permite a los Estados miembros determinar los efectos de las otras firmas electrónicas y de los servicios electrónicos de confianza en general. Véase sobre ello: RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, *op. cit.*, p. 86, siguiendo la postura de

La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre los medios electrónicos para la redacción del testamento ológrafo. Por ejemplo, la SAP de Jaén, de 14 de septiembre de 2017 (ROJ: AAPJ 1339/2017)²⁶ indicó lo siguiente:

(...) no dando lugar tampoco a la protocolización del testamento ante el hecho de que la redacción del documento haya sido hecha con máquina de escribir o aparato semejante (ordenador) y solo al pie del documento consta, escueta, la firma del causante; “no es por tanto -decía esa resolución- un testamento autógrafo, ni en todo, ni en parte, es, todo lo más, un documento firmado por el supuesto testador, que no permite identificar la letra como indubitada porque no hay más letras de propia mano que las que corresponden a la firma; pero un testamento no es una firma, en todo caso, no sólo una firma, sino una manifestación de voluntad, y de lo que tiene que haber certeza es de esa manifestación de voluntad, por ello la Ley exige que se haga ante testigos, cualificados o no, o de propia mano. En consecuencia, la inexistencia del requisito esencial para la validez del testamento ológrafo, que es su autografía, impide la estimación del recurso”, cuya pretensión no es otra que su protocolización.

V. LA PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO DE LA ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL DE ESPAÑA

La Asociación de Profesores de Derecho civil de España en aras de la necesaria adaptación de las instituciones de derecho sucesorio a

ESPINO BERMELL, Carlos, La identificación del testador en los testamentos comunes regulados en el Código Civil español. Especial estudio en el testamento ológrafo”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2016, p. 7 y ss; *El testamento ológrafo. Su adverbación y protocolización*, Reus, Madrid, 2017, p. 388 y ss.

²⁶ Citada por Ramón FERNÁNDEZ, Francisca, *op. cit.*, p. 86.

la época actual, ha redactado una Propuesta de Código civil²⁷, que recoge en Se contemplaba su regulación en el Libro Cuarto “De los modos de adquirir la propiedad”, en el Título VI “De las Sucesiones”, en el Capítulo II “De la sucesión testamentaria”, dentro de la Sección 4.ª, en los artículos 462-11 y 462-20 a 462-24 y 462-59 relativos a “Del testamento ológrafo”.

Se mantiene la rigidez de su otorgamiento, ya que menciona de forma específica “cuando el testador lo manuscibe por sí mismo” (artículo 462-11), y luego al precisar la forma y los requisitos, el artículo 462-20 determina que sea “manuscrito todo él y firmado por el testador”, con lo que despeja las dudas sobre la escritura de puño y letra, así como la salvación de las palabras enmendadas, tachadas o interlineadas bajo su firma, y no alude en ningún momento a que se pueda realizar por medios electrónicos o mecánicos, además de tampoco permitirse su otorgamiento de forma oral y su grabación por medios fonográficos o audiovisuales.

En cuanto a la capacidad para poderlo otorgar, indica a las personas mayores de edad y los menores emancipados. Se mantiene el plazo de cinco años para la protocolización ante notario desde el fallecimiento del testador, el cual extenderá el acta²⁸ de conformidad con lo indicado en la legislación notarial.

El resto de preceptos siguen la redacción actual, sin apenas variaciones.

²⁷ Asociación de Profesores de Derecho Civil de España, *Propuesta de Código civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 551 y ss. Disponible en: <https://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf> (Consultado el 22 de marzo de 2021).

²⁸ Como señala ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro, *Derecho Notarial*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 129, es “el instrumento en que el Notario da fe de la recepción por él de un documento a los fines de su protocolización y manifiesta su voluntad de dejarlo incorporado al protocolo de su cargo a continuación de la matriz de dicha acta”.

V. CONCLUSIONES

La situación de pandemia nos ha puesto de manifiesto que la vida es frágil y que es preciso dejar las cuestiones relativas a la sucesión resueltas. Han aflorado formas testamentarias como el testamento ológrafo, y el testamento abierto en su modalidad de testamento en peligro inminente de muerte y en caso de epidemia. Nos hemos ocupado del testamento ológrafo, el gran desconocido por el público, y que exige una serie de requisitos, que de no cumplirse, no va a ser válido. La voluntad de testar, la institución de heredero, la escritura, firma y fecha completa con año, mes y día, además del cuidado con la existencia de tachaduras, enmiendas o palabras entre renglones, que deben ser salvadas bajo la firma, incrementan la dificultad de otorgamiento. También hay que tener en cuenta la capacidad del testador y la posible existencia de “borradores” que no son propiamente el testamento, lo convierten en un testamento que tiene un alto riesgo de luego no ser admitido (problemas de identidad, intención, caligrafía, etc.).

Sin embargo, paradójicamente, al no necesitar testigos, ni notario, y ante la situación de epidemia, es una opción que debe el testador tener en cuenta si quiere dejar sus asuntos sucesorios resueltos, ante la imposibilidad de poder otorgar otra forma testamentaria (en peligro inminente de muerte y el en caso de epidemia, que necesariamente necesitan testigos). Además, como ya hemos indicado, el testamento ológrafo no está sujeto a los plazos para quedar ineficaz una vez pasado el peligro de muerte o cesado la epidemia, a diferencia del testamento en peligro de muerte y el en caso de epidemia, que sí que lo están (dos meses, según indica el artículo 703 del Código civil).

Desde luego, se aboga por una actualización y modernización de las formas testamentarias teniendo en cuenta las TICs, con la finalidad de que los medios electrónicos puedan ser aplicados en el testamento, en este caso, el ológrafo, al que hemos dedicado estas líneas.