**TEMA 104. EL TESTAMENTO ABIERTO: REQUISITOS Y FORMALIDADES. EL TESTAMENTO CERRADO: SUS REQUISITOS. CONSERVACIÓN Y PROTOCOLIZACIÓN. FORMAS EXCEPCIONALES DEL TESTAMENTO ABIERTO Y CERRADO**

**El concepto legal** de un **testamento** viene recogido en el **art. 667**

El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento.

Con carácter previo, señalar que el Código Civil distingue las siguientes clases de testamento

676 El testamento puede ser común o especial. El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado.

677 Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

#### EL TESTAMENTO ABIERTO:

679 Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.

HISTORIA. Su antecedente remoto, según el profesor Osorio Morales, es el testamento Nuncupativo “de viva voz” del Dº Romano, que tuvo posteriormente una modalidad escrita.

En nuestro Derecho el Fuero Real recogió el testamento ante escribano. Las Partidas sin embargo vuelven al sistema romano del testamento nuncupativo y es el ordenamiento de Alcalá el que recoge el testamento ante Notario.

Su consagración definitiva, tras constar en el Proyecto de 1851, tiene lugar en el CC de 1889, aunque esta redacción ha sufrido una profunda modificación por la ley de 20 de diciembre de 1991, suprimiendo como regla la intervención de testigos

En su estudio debemos distinguir una forma ordinaria y otra extraordinario. Nos referimos ahora a la primera.

694 El testamento abierto deberá ser otorgado ante NOTARIO hábil para actuar en el lugar del otorgamiento.

Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma Sección

Según los arts. 116 a 119 RN es notario hábil quien se halla en ejercicio de su cargo y lo ejerce dentro de su término municipal y distrito notarial, pudiendo ejercer:

. en los términos municipales de los demás pueblos de su mismo distrito notarial sólo si no existe en ellos notaría demarcada o, de existir, en casos muy excepcionales (previstos en el art. 117 RN) REMISION tema notarial

. en un término municipal contiguo al suyo y perteneciente a otro distrito notarial, para el solo caso de autorizar el testamento del que se halla en gravemente enfermo, si en tal término contiguo no reside notario o es incompatible u otra causa imposibilita su intervención.

Cabe poner de relieve que el Notario puede autorizar su propio testamento (art 139 RN).

697 Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos:

1º Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento.

2º Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento.

SI EL TESTADOR QUE NO SUPIESE O NO PUDIESE LEER FUERA ENTERAMENTE SORDO, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.

3º Cuando el testador o el Notario lo soliciten.

698 Al otorgamiento también deberán concurrir:

Los testigos de conocimiento, si los hubiera quienes podrán intervenir además como testigos instrumentales.

Los facultativos que hubieran reconocido al testador incapacitado.

El intérprete que hubiera traducido la voluntad del testador ala lengua oficial empleada por el Notario.

#### REQUISITOS Y FORMALIDADES

695 El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir.

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos.

Cuando el testador entrega una minuta escrita al Notario, se plantea cómo debe actuar el Notario cuando estime que el contenido de tal **minuta no es conforme a Derecho** (vg. por no respetar legítimas). Rivas Martínez opina que el Notario deberá hacer saber al testador tal circunstancia y si el testador insiste, podrá el Notario, ex art 147 RN, bien negarse a autorizar el testamento (en cuyo caso podrá el interesado interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y el Notariado), bien autorizarlo salvando su responsabilidad, haciendo constar expresamente esta circunstancia al final del testamento.

La **falta de expresión de la HORA** había sido considerada por el Tribunal Supremo en sentencias antiguas como causa de nulidad del testamento (STS 19 de enero de 1928). Sin embargo, según el art 422.1 CCC, "La falta de expresión de la hora no anulará el testamento si el testador no otorgó ningún otro en aquella fecha". Este criterio, adoptado también por el CDF Aragón, está en línea con el principio jurisprudencial "favor testamenti" y ha sido adoptado por la jurisprudencia más reciente.

Es doctrina del TS que el requisito de ser firmado el testamento por uno de los testigos a ruego del testador se encuentra condicionado por una de las dos circunstancias que contempla: no saber o no poder hacerlo. Cuando no concurre ninguna de dichas circunstancias, esto es, si se acredita **no ser cierta la manifestación del testador de no saber o poder firmar**, se omite una de las formalidades esenciales del testamento, lo que provoca su nulidad (STS 16 de junio de 1997).

696 El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686. También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

Este artículo, en su redacción anterior a la reforma de 1991, obligaba al Notario a dar fe al final del testamento de haberse cumplido TODAS las formalidades establecidas en el Código. Y ello bajo pena de nulidad. Tal obligación ha sido suprimida por dicha reforma.

Son por tanto requisitos esenciales:

* **Manifestación de voluntad del testador.** Es la nota que distingue este testamento del cerrado y el ológrafo.
* **Redacción, lugar y fecha**. Elemento esencial es el LUGAR para comprobar la **competencia** del Notario y la FECHA para poder apreciar la capacidad del testador y la eficacia del testamento en relación con otros del testador.
* **Dación de fe** (696).
* **Lectura**, que debe ser **completa y en voz alta**
* Ratificación o **conformidad** del testador que ha de ser **clara, explícita e incondicional** y deberá hacerse **constar** **en el testamento**, bajo sanción de nulidad de este, sin que baste para acreditarla la firma del testador. TS.
* **Firma.** Será la del testador que pueda hacerlo y en su caso de los testigos y demás personas que deben concurrir.
* Luego **el Notario autorizará** el testamento con su signo, firma y rúbrica.
* **Unidad de acto**

699 Todas las formalidades expresadas en esta Sección se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero.

Las instrucciones orales o escritas dadas por el testador al Notario y la redacción por el mismo del testamento no se integran en la unidad de acto, que comienza con "la lectura del testamento".

* **Toma de razón.** Otorgado el testamento, el Notario remitirá comunicación con sus datos esenciales al **RGAUV,** en donde se tomará razón del mismo. Anexo II RN.

***La falta de cumplimiento de estas solemnidades determina la nulidad***

705 Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables.

Lo que con carácter general señala el art. 687 ***Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo***.

#### EL TESTAMENTO CERRADO: SUS REQUISITOS

680 El testamento es cerrado cuando el TESTADOR, sin revelar su última voluntad, declara que está se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto.

Capacidad. Como regla especial, dispone el art. 708: ***No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer***.

La prohibición del ciego para otorgar testamento cerrado es absoluta, sepa o no sepa escribir. Abarca tanto a los que hayan aprendido a escribir antes de perder la vista como a los que hayan aprendido después (Rivas Martínez).

Afirma CASTÁN que el testamento cerrado represente una forma intermedia entre el testamento abierto y el ológrafo pues la existencia del testamento es pública, pero se ignora el contenido de la disposición testamentaria.

HISTORIA. Según Castán su origen se encuentra en el Derecho Romano, en una variedad del testamento “per aes et libram”.

En su estudio es posible distinguir entre una forma ordinaria y otra especial. Entramos ahora en el estudio de la forma ordinaria, pudiendo distinguir las siguientes fases:fase previa, fase de otorgamiento, fase de conservación y, por último, presentación y protocolización.

FASE PREVIA O DE PREPARACIÓN

706 El testamento cerrado habrá de ser escrito.

Si lo escribiese por su puño y letra el testador pondrá al final su firma.

Si estuviese escrito por cualquier medio mecánico o por otra persona a ruego del testador, éste pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento.

Cuando el testador no sepa o no pueda firmar, lo hará a su ruego al pie y en todas las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad.

En todo caso, antes de la firma se salvarán las palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones.

El testamento cerrado otorgado ante Notario ha de ser siempre un testamento escrito (Rivas Martínez). Sin que en particular quepa admitir como testamento cerrado el almacenado como fichero en un pen-drive u ordenador.

OTORGAMIENTO

707 En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes:

1º El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta, cerrada y sellada de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta.

2º El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, o lo cerrará y sellará en el acto, ante el Notario que haya de autorizarlo.

3º En presencia del Notario, manifestará el testador por sí, o por medio del intérprete previsto en el artículo 684 que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito y firmado por él o si está escrito de mano ajena o por cualquier medio mecánico y firmado al final y en todas sus hojas por él o por otra persona a su ruego.

4º Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que está cerrado, y dando fe del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686, y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

5º Extendida y leída el acta, la firmará el testador que pueda hacerlo y, en su caso, las personas que deban concurrir, y la autorizará el Notario con su signo y firma.

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los dos testigos idóneos que en este caso deben concurrir.

6º También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.

7º Concurrirán al acto de otorgamiento dos testigos idóneos, si así lo solicitan el testador o el Notario.

En cuanto a la unidad de acto, aunque el art. 707 guarda silencio sobre este punto, señala RIVAS MARTÍNEZ, que también le es aplicable.

####  CONSERVACIÓN Y PROTOCOLIZACIÓN

(Requisitos posteriores al otorgamiento)

710 Autorizado el testamento cerrado, el Notario LO ENTREGARÁ AL TESTADOR, DESPUÉS DE PONER EN EL PROTOCOLO CORRIENTE COPIA autorizada del acta de otorgamiento.

En la actualidad se ha suprimido el "protocolo reservado": los testamentos cerrados se incorporan ahora al protocolo "corriente". Todavía más, siguiendo a Rivas Martínez podemos afirmar que esta forma de testar ha desaparecido totalmente de la práctica de los despachos notariales: las ventajas del testamento abierto ante Notario, por la ausencia de fo1malidades posteriores a su otorgamiento y la posibilidad de una mayor asistencia técnica del autorizante, así como la probada garantía del secreto del protocolo general de las notarías (no inferior al que fue el protocolo reservado), han dado lugar al abandono de su utilización, hoy una auténtica rareza.

También ha lugar a su toma de razón en el RGAUV en la forma vista para el abierto.

711 El testador podrá CONSERVAR en su poder el testamento cerrado, o encomendar su guarda a persona de su confianza, o depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo.

En este último caso el Notario dará recibo al testador y hará constar en su protocolo corriente, al margen o a continuación de la copia del acta de otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirare después el testador, firmará un recibo a continuación de dicha nota.

712 1. La persona que tenga en su poder un testamento cerrado deberá PRESENTARLO ante Notario competente en los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del fallecimiento del testador.

2. El Notario autorizante de un testamento cerrado, constituido en depositario del mismo por el testador, deberá comunicar, en los diez días siguientes a que tenga conocimiento de su fallecimiento, la existencia del testamento al cónyuge sobreviviente, a los descendientes y a los ascendientes del testador y, en defecto de éstos, a los parientes colaterales hasta el cuarto grado.

3. En los dos supuestos anteriores, de no conocer la identidad o domicilio de estas personas, o si se ignorase su existencia, el Notario deberá dar la publicidad que determine la legislación notarial.

El incumplimiento de este deber, así como el de la presentación del testamento por quien lo tenga en su poder o por el Notario, le hará responsable de los daños y perjuicios causados.

713 El que con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder dentro del plazo fijado en el artículo anterior, además de la responsabilidad que en él se determina, perderá todo derecho a la herencia, si lo tuviere como heredero abintestato o como heredero o legatario por testamento.

En esta misma pena incurrirán el que sustrajere dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador o de la persona que lo tenga en guarda o depósito y el que lo oculte, rompa o inutilice de otro modo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que proceda.

714 Para la APERTURA Y PROTOCOLIZACIÓN del testamento cerrado se observará lo previsto en la legislación notarial.

La apertura y protocolización del testamento cerrado venía regulada en la LEC de 1881. Tras la Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria de 2 de julio, han pasado a ser una competencia notarial.

**Art 57 y ss LN.** Presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados.

A**rt 61.** Presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos ológrafos

**Art 64.** Presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral

Resaltar que en todos estos casos la competencia territorial del notario es alternativa y muy amplia. Solo en último término (a modo de cierre) está prevista una competencia subsidiaria (no alternativa) a favor del Notario del lugar del domicilio del requirente.

La presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos *cerrados/ológrafos/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 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.

Art 60 LN. Cumplidos los anteriores trámites, el Notario extenderá acta de protocolización, de acuerdo con la presente Ley y su reglamento de ejecución.

Cuando el Notario concluya que el testamento no reúne las solemnidades prescritas por la ley o que, a su juicio no quedó acreditada la autenticidad del pliego, lo hará constar así, cerrará el acta y no autorizará la protocolización del testamento.

Autorizada o no la protocolización, los interesados no conformes podrán ejercer su derecho en el juicio que corresponda.

715 Es NULO el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables. SERÁ VÁLIDO, SIN EMBARGO, COMO TESTAMENTO OLÓGRAFO, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento.

Supuesto de conversión formal

#### FORMAS EXCEPCIONALES DEL TESTAMENTO ABIERTO

TESTAMENTO DEL INCAPACITADO

665 Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.

TESTAMENTO EN LENGUA EXTRANJERA

684 Cuando el testador exprese su voluntad en lengua que el Notario no conozca, se requerirá la presencia de un intérprete, elegido por aquél, que traduzca la disposición testamentaria a la oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el Notario. El instrumento se escribirá en las dos lenguas con indicación de cuál ha sido la empleada por el testador.

El testamento abierto y el acta del cerrado se escribirán en la lengua extranjera en que se exprese el testador y en la oficial que emplee el Notario, aun cuando éste conozca aquélla.

TESTAMENTO DEL ENTERAMENTE SORDO Y DEL CIEGO, previsto en el **artículo 697,** ya visto.

TESTAMENTO EN PELIGRO DE MUERTE

700 Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario.

La STS de 10 de junio de 2005 ha declarado que para que proceda la aplicación del **artículo 700,** se exige la concurrencia de los dos siguientes requisitos:

* Que el testador se halle en peligro inminente de muerte no bastando que se otorgue en estado de enfermedad grave, sino en circunstancias urgentes y extremas, de peligro racional e inmediato de perder la vida el testador. Este requisito habrá de ser probado una vez que haya fallecido el testador.
* Que no sea racionalmente posible la intervención del Notario pues aunque el Código no establezca este requisito, no puede entenderse que el testador puede prescindir discrecionalmente de la intervención de aquél funcionario público.

La STS 27 de junio 2000 declaró nulo un testamento en peligro de muerte en el que intervino como testigo un notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento.

TESTAMENTO EN TIEMPO DE EPIDEMIA

Se ha discutido si podrá otorgar este testamento privilegiado solamente el atacado por la epidemia o también cualquiera persona que se encuentre en el lugar infectado. Esto último parece lo más razonable (si sólo hubieran de testar en esta forma los atacados holgaría el precepto, ya que éstos, en la generalidad de las ocasiones estarán dentro de las condiciones requeridas para utilizar el testamento en peligro inminente de muerte).

Igualmente se ha discutido si para testar en esta forma especial será o no indispensable que haya sido declarada oficialmente la epidemia. Aunque la mayoría de la doctrina de su declaración oficial, de contrario que la declaración oficial tiene la ventaja de facilitar el cómputo del plazo de caducidad de este testamento.

701 En caso de epidemia, puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años.

El Código establece una serie de preceptos que son aplicables a estos dos

testamentos:

702 El testamento habrá de escribirse, si fuere posible, y no siéndolo, valdrá aunque los testigos no sepan escribir.

703 El testamento otorgado con arreglo a las disposiciones de los tres artículos anteriores quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte, o cesado la epidemia.

Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Notario competente para que lo eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente (reformado por LJV 15/2015, vigente desde 23 julio 2015)

704 Los testamentos otorgados sin autorización del Notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### Y CERRADO

709 Los que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:

1º. El testamento ha de estar firmado por el testador. En cuanto a los demás requisitos, se estará a lo dispuesto en el artículo 706.

2º. Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del Notario, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando cómo está escrito y que está firmado por él,

3º. A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707 en lo que sea aplicable al caso.