

El testamento y su interpretación

A la memoria de R. A. L.

I

INTRODUCCION

1. *Importancia de la cuestión*

La materia objeto del presente estudio ofrece un extraordinario interés dado que nadie se queda en este mundo y casi todos tienen algo que dejar.

Quizá por eso, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1920 dice que «el testamento es el acto más importante de la vida del hombre en relación con el Derecho privado».

Interesa, pues, saber cómo se puede disponer de los propios bienes para cuando se deje de existir, cómo debe procurarse que la voluntad resulte clara sin prestarse a equívocos y, finalmente, cómo debe interpretarse la disposición testamentaria de quien ya falleció.

Procuraré hacer un estudio práctico y útil. Recuerdo en este aspecto que el Registrador don Antonio Ríos Mosquera, observando el desconocimiento de la utilidad del Registro por parte de los aldeanos del lugar en que tenía su oficina, redactó con gran claridad unas notas divulgadoras de la institución, que distribuyó entre los mismos y que contribuyeron grandemente a incrementar la confianza de los campesinos, aumentando notablemente el número de inscripciones de la propiedad inmueble.

2. *Conveniencia de hacer testamento*

Siempre es conveniente hacer testamento, pero el grado de conveniencia varía según las circunstancias. El orden de mayor a menor interés es, a nuestro juicio, el siguiente:

1. Solteros sin herederos forzosos.
2. Casados sin hijos.
3. Casados con hijos.

Si se carece de bienes, el hacer o no testamento es indiferente, aunque no está de más hacerlo en prevención de que se tengan en el futuro o si por otros motivos se quiere disponer alguna cosa.

En las personas casadas y con hijos, el interés de hacer testamento es relativo, ya que normalmente éstos serán, en todo caso, los beneficiarios. No obstante, en tal supuesto conviene también hacer testamento para evitar las dilaciones que supondría la tramitación de la obligada declaración de herederos y otras complicaciones que podrían surgir.

Es frecuente que se tenga cierta prevención a hacer testamento o se vaya dejando para más tarde el otorgarlo. Esto es un error. Al menos, conviene hacer un testamento privado u ológrafo, en que se irá plasmando y perfilando la voluntad del disponente e incluso para más tarde puede servir de minuta para la redacción de un testamento público ante notario.

3. *Interés de la claridad*

Al disponer de los bienes por acto de última voluntad y, por tanto, al ordenar el testamento, debe huirse de toda confusión o ambigüedad. Lo ideal es que el testamento diga *todo* lo que hay que decir, pero *sólo* lo que haya que decir. O sea, el testamento debe ser conciso. Como todo documento, el testamento debe ser *claro, completo y conciso*. Deben, por consiguiente, eludirse las cláusulas complicadas, que merman claridad. Siendo claro debe contener todo lo que interesa para la sucesión de que se trate, sin omitir nada necesario para el fiel cumplimiento de la voluntad del testador. Expresando todo lo necesario, debe ser breve, escueto, sencillo, evitándose una redacción solemne, ampulosa o rebuscada, sin demasiados condicionamientos o modalidades intrascendentes, debidos con frecuencia más al capricho que a razones convenientes, y que pueden introducir en el documento, lógicamente sin quererlo la mayoría de las veces, elementos de confusión.

En cierta ocasión, acompañando a un amigo que otorgaba testamento, ante una serie de condicionamientos y modalidades sin verdadera importancia, el Notario, competentísimo jurista, hombre práctico y de buen sentido, le dijo: «Si quiere usted que se cumpla su voluntad no precise tanto, porque entonces es seguro que no se hará lo que desea.» Y creo que tenía toda la razón.

4. *Trascendencia de la interpretación*

En cuanto a la importancia de la interpretación, resulta evidente, pues aunque, en principio, la sucesión está determinada por el texto del testamento, indirectamente la condiciona en todos sus aspectos la interpretación, ya que sus efectos dependen del sentido que se dé a las disposiciones del testador, de tal manera que podrá resultar una u otra persona la heredera, recibir los bienes en concepto de herencia o de legado, recibir más o menos y con plena disponibilidad o con limitaciones de diversa índole.

Una prueba de la importancia de la interpretación de los testamentos, ya puesta de manifiesto por DANZ en cuanto a los negocios jurídicos en general (1), es el incremento de las sentencias del Tribunal Supremo después de promulgado el Código Civil referentes a esta materia (2).

II

CONCEPTO Y CARACTERES DEL TESTAMENTO

MODESTINO definió el testamento como *Voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit* (Digesto, 28, I, 1-1.º). «Nuestra justa voluntad de lo que queremos que se haga después de nuestra muerte.»

ULPIANO dio una definición muy parecida: *Mentis nostrae iusta contestatio in id solemniter facta ut post mortem nostram valeat* (Reg., XX,

(1) DANZ, *La interpretación de los negocios jurídicos*, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1955, pág. 13.

(2) MANUEL GARCÍA AMIGÓ, *Interpretación del testamento*, "Revista de Derecho Privado", diciembre 1969, pág. 931. Trabajo patrocinado por la Fundación March.

1). «Declaración precisa de nuestra mente hecha con solemnidad para que valga después de nuestra muerte.»

No contienen estas definiciones el requisito necesario, según el Derecho romano, de que el testamento tuviese institución de heredero.

En Derecho germánico, la institución de heredero no era precisa para que el testamento fuese válido. Igual idea presidía el Ordenamiento de Alcalá.

El Código Civil, en su artículo 667, atribuyó al testamento contenido patrimonial, al decir que «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».

Verdaderamente, la definición de MODESTINO, en lo esencial, es válida en nuestros días con las necesarias puntualizaciones. Sin embargo, la evolución jurídica ha ido perfilando las instituciones al compás de los tiempos, de acuerdo con las ideas y necesidades de cada época y país.

Actualmente se puede definir el testamento, conforme a nuestro Ordenamiento legal, como «un acto o negocio jurídico solemne, unilateral y esencialmente revocable otorgado por persona capaz, con intención seriamente declarada de producir, para después de la muerte de su autor, consecuencias eficaces en derecho, como mandatos inequívocos para regular la sucesión» (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1965).

La sentencia del mismo Alto Tribunal de 8 de julio de 1940 definió el testamento como «un acto por el cual se dispone total o parcialmente de los bienes para después de la muerte», concepto calcado, como puede apreciarse, del artículo 667 del Código Civil.

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 16 de noviembre del mismo año amplía algo el anterior concepto al especificar que se trata de un acto solemne, revocable, de carácter personalísimo, de disposición *mortis causa* de todo o parte de los bienes.

Ambas definiciones están realmente refundidas en la primeramente citada de la sentencia de 24 de noviembre de 1965.

Analizando el concepto dado, diremos que el testamento contiene una voluntad final, una «última voluntad», para después de la muerte —*post mortem*—. La voluntad humana es cambiante hasta el momento de la muerte. Por consiguiente, toda disposición testamentaria podrá ser modificada, variada o dejada sin efecto en cualquier momento; pero si no se altera el documento que la recoja, aunque la verdadera voluntad haya variada, la expresada formalmente se considerará la última, pese a que realmente no lo sea.

Para algunos autores, el testamento durante la vida del testador es un simple proyecto (3). No estimamos aceptable este criterio.

Algunos lo consideran como un negocio con condición suspensiva; otros, con condición resolutoria. Tampoco parecen acertadas estas opiniones.

En realidad, el testamento es un acto jurídico perfecto desde el primer momento, aunque de especiales características, que pueden coincidir en ciertos aspectos con los de otras instituciones jurídicas. Como dice KHOLER, con el otorgamiento del testamento se perfecciona el acto que enciende la mecha del barreno sucesorio, sin perjuicio de que hasta el momento de la muerte se pueda derogar o sustituir voluntariamente con las formalidades previstas, interrumpiendo así el proceso explosivo. Desde el primer momento produce determinados efectos, algunos incluso durante la vida del testador y otros desde que ocurre su muerte. El testador puede volverse loco y, sin embargo, el testamento conserva su plena validez. La muerte sólo hace abrir la sucesión.

El testamento es un acto personalísimo, como lo es la propia voluntad. Por eso nadie puede testar por otro. Ni se puede conferir poder a otro para hacerlo por uno. Ello es lógico. Cuando se quiere disponer de alguna cosa determinada parece natural que se pueda encargar a otro para que lo haga en nuestro nombre. Pero en el testamento se dispone, en general, de todo (cf. art. 912, 2, del Código Civil); no se dispone de cosas concretas, sino del patrimonio globalmente considerado y de lo que pudiéramos tener en el futuro.

En el testamento se dispone normalmente de *todo* y para *siempre* y, además, *gratis*, aunque en algunos casos se impongan ciertas cargas. En cualquier supuesto si éstas absorben al beneficio, el heredero puede renunciar a la herencia o aceptarla a beneficio de inventario.

En contrapartida de esta disposición total y generosa se actúa con *absoluta libertad*, conservando la posibilidad de cambiar o *revocar* lo dispuesto hasta el momento de la muerte.

En garantía de todo lo anterior y dada la significación del acto, el Estado impone cierta *solemnidad*, que de por sí ya encierra una disposición de las señaladas características.

Nadie se lleva nada de este mundo. El testamento supone, por tanto, una disposición universal que establece el destino de nuestro patrimonio. Y por lo dicho es en cierto modo «necesario», hasta el punto de que cuando no se hace, el Ordenamiento jurídico tiene prevista una sucesión legal supletoria.

(3) JOSSE RAND, *Cours de Droit Civil*, tomo III, pág. 849; BAUDRI LACANTINERIE, COLIN Y CAPITANT, GABBA, ENDEMAN, NAVARRO AMANDI, DE BUEN, etc.

El testamento es básicamente un acto de disposición patrimonial, aunque no exclusivo. El artículo 688 del Código Civil no dice que el testamento haya de contener «necesariamente» disposición de bienes, sino que el acto de disposición *mortis causa* de bienes se llama testamento, lo que no impide que lo sea también otro acto similar de última voluntad en que no haya disposición patrimonial. VITOLI, por su parte, dice textualmente que el testamento «puede no contener disposición de bienes» (4).

«Así como el hombre dirige sus intereses y dispone de ellos durante su vida en la medida que señala el Derecho, así en la misma medida puede también dirigirlos y darles destino para después de su muerte» (5).

El fundamento de esta disposición sucesoria se apoya en el derecho de propiedad individual, basado en la naturaleza humana y estímulo de producción, progreso, ahorro y cohesión familiar, unido al sentimiento universal de supervivencia, que supera la barrera física que supone la muerte.

Recogiendo las expresadas características, los diferentes ordenamientos jurídicos han ido perfilando los testamentos con notas que los matizan de acuerdo con la idiosincrasia o tradición de cada país.

En nuestro Derecho, el testamento es un acto:

- individual;
- personalísimo;
- solemne;
- revocable, y
- de disposición universal *post mortem*.

Por ser individual no pueden testar dos personas en el mismo documento (art. 669 del Código Civil). Excepcionalmente se permite el testamento mancomunado, en Aragón, y el llamado de hermandad, en Navarra.

Por ser personalísimo no se puede conferir poder para testar (artículo 670). No obstante, en el Derecho Foral de Vizcaya se admite el testamento por comisario. Algo similar ocurre, aunque no exactamente, en los contratos matrimoniales y sucesorios de algunas regiones de Derecho especial.

Por ser solemne deberán observarse en su otorgamiento las formalidades legalmente establecidas (art. 687).

Por ser revocable podrá cambiarse en cualquier momento hasta que

(4) *Delle successione legítima e testamentarie*, tomo I, pág. 76.

(5) MIGUEL TRAVIESAS, *El testamento*, "Revista de Derecho Privado", número 259, abril de 1935, pág. 97.

por la muerte sea imposible su modificación (art. 737). El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte (art. 739). En este caso, para evitar confusiones, lo mejor será recoger en el nuevo la parte que se desee subsista del anterior. Y si lo que se pretende hacer es una interpretación o aclaración del primero, conviene que se diga así expresamente. También se puede otorgar testamento con la exclusiva finalidad de dejar sin efecto uno anterior, en cuyo supuesto, si no se otorga con posterioridad otro nuevo, al ocurrir la muerte se abriría la sucesión intestada.

Por ser un acto de disposición universal *post mortem*, su contenido fundamental será la designación de herederos, sin perjuicio de otras normas complementarias dirigidas a facilitar la distribución de los bienes. A falta de ellas se aplicarán supletoriamente las previstas por el legislador.

La distribución de los bienes entre los herederos podrá hacerse directamente por el testador en el mismo documento o en otro separado, encomendar a un tercero esta operación (albacea contador-partidor) o dejar a los herederos la facultad de distribuírseles como estimen oportuno. Lo normal es el segundo supuesto, ya que como el patrimonio puede variar desde el momento de confeccionarse el testamento hasta que ocurre la muerte del autor, el testador ignora normalmente al hacerlo los bienes que integrarán su patrimonio en el momento de su fallecimiento. Si no dispuso nada sobre el particular, los herederos decidirán lo que consideren más conveniente para todos. Si no se ponen de acuerdo por unanimidad, el Juez resolverá lo procedente.

III

CLASES DE TESTAMENTO

Hemos dado el concepto de testamento y al analizarlo han quedado indicadas su naturaleza jurídica y notas fundamentales. Veamos ahora sus más importantes clases.

Dos tipos principales de testamento se pueden distinguir: público y privado.

El primero otorgado ante autoridad o funcionario público facultado para ello. El segundo realizado particularmente sin intervención de autoridad pública, pero cumpliendo las formalidades legalmente establecidas.

Las legislaciones admiten, además, generalmente, un tipo especial de testamento, con diferentes modalidades, para situaciones excepcionales de peligro inminente de muerte, guerra, naufragio, catástrofes, etc.

El Código Civil suizo, con sensato criterio, ha reducido a estos tres tipos las diversas clases de testamento que regula, en los que pueden encajarse todos los casos que se presenten en la práctica.

En el Derecho español existen variantes de estos tres tipos básicos, que dan lugar a una amplia gama de testamentos: notarial abierto o cerrado, ológrafo, del sordo, del ciego, en tiempo de epidemia, militar, marítimo, etc.

Consideramos muy acertado el simplificador criterio del legislador suizo, según el cual, el testamento puede ser:

- Público o ante Notario.
- Privado o autógrafo.
- Extraordinario ante testigos en caso de peligro de muerte.

En España, los principales tipos de testamento y de más frecuente uso son, por orden de importancia:

- El abierto ante Notario.
- El ológrafo o autógrafo.
- El extraordinario ante testigos.

Las demás clases de testamento son, en realidad, modalidades secundarias de alguno de estos tres tipos básicos, especialmente del notarial. Por ello nos ocuparemos solamente de los tres señalados.

IV

TESTAMENTO NOTARIAL

El testamento abierto notarial tiene lugar compareciendo el interesado ante Notario y manifestándole libremente su última voluntad ante tres testigos idóneos, mayores de edad, que vean y entiendan al testador (6).

(6) Los testigos son realmente un estorbo que debería desaparecer en los testamentos, igual que se dispuso para los instrumentos *inter vivos*. Debe bastar la fe del Notario. A veces son prácticamente desconocidos y en cierto modo "profesionales" que están cerca de la notaría y se dedican de hecho a esta actividad, que hasta viene a ser retribuida en ocasiones, bien directamente o mediante forma de propina.

En su identificación es importante consignar los datos y circunstancias personales del compareciente, nombre del cónyuge si estuviese casado en únicas o posteriores nupcias, hijos si los tuviere y si falleció alguno, nombre de los padres, si se otorgó anteriormente otro testamento, domicilio y documento nacional de identidad.

Pueden otorgar este testamento los mayores de catorce años que estén en su sano juicio.

El testamento abierto, e igualmente los otros tipos de testamento, suelen contener declaraciones de tres especies:

Las primeras, de carácter individual o personal, hacen referencia a las creencias religiosas del otorgante y a su voluntad en cuanto a entierro y sufragios. En este grupo podrían comprenderse otras manifestaciones de sentimientos, explicaciones sobre las decisiones tomadas, etc.

Nos parecen importantes las manifestaciones de tipo religioso en acto tan trascendental, aunque sólo sea como afirmación de valores superiores en una época paganizante, en que el hombre está amenazado de convertirse o ser considerado como puro animal económico, que sólo pretende pasarlo confortablemente.

Esta declaración debe limitarse a proclamar la religión que se profesa dejando, en general, al criterio de los herederos lo referente a entierro y sufragios, puesto que, en la práctica, éstos harán luego lo que quieran.

La segunda especie de declaraciones, de carácter económico y generalmente también familiar, son las típicas del testamento y se refieren al destino que el testador señala a su patrimonio. Consisten prácticamente en la institución de herederos y ordenación de mandas y legados. En este grupo podrían comprenderse las disposiciones sobre distribución concreta de bienes si el causante ordenase por sí mismo la partición. Normalmente no ocurre así, sino que la partición se suele encomendar a personas técnicas y de confianza sin hacer referencia específica a determinados bienes, quizá porque lo más corriente es que el patrimonio del otorgante varíe desde el momento en que se hace el testamento y aquel en que ocurre la muerte. Quizá también porque se prefiera dejar esta tarea a los propios beneficiarios, que apreciarán mejor su conveniencia, bien directamente o por medio de personas de confianza por sus conocimientos y condiciones morales.

La tercera especie de declaraciones son de tipo complementario y se refieren al nombramiento de albacea contador-partidor, criterio a seguir si después de la partición aparecen nuevos bienes, etc. En este grupo podrían comprenderse las prevenciones que el testador tome para el caso de que alguno de los nombrados herederos pusiera dificultades al cumplimiento de la voluntad del causante, como es, por ejemplo, la cautela socini u otras cláusulas semejantes. En ellas, el testador suele prohi-

bir que cualquier heredero disconforme con el testamento o con la distribución que haga el albacea acuda a los Tribunales para plantear cuestiones sobre el particular. Para el caso de que lo haga, el testador, en uso de la libertad que tiene de disponer de sus bienes con arreglo a la Ley, ordena que el disconforme no reciba nada si es heredero voluntario, o solamente su legítima estricta, si es forzoso. Consideramos del mayor interés la inclusión de esta cláusula si el testador quiere verdaderamente que se cumpla su voluntad sin que surjan contiendas entre los beneficiarios.

A veces se contienen en el testamento algunas disposiciones que verdaderamente no son propias del mismo, pero que por establecerlo así la Ley pueden llevarse a él. Son las referentes al reconocimiento de hijos ilegítimos naturales, materia en la que incluso es irrevocable lo dispuesto en el testamento, tutela, etc.

El otorgar testamento es un acto muy importante, que no debe dejarse a la improvisación. Sin embargo, con frecuencia se acude al Notario sin un claro criterio sobre cómo se quieren dejar los bienes. No se piensa previamente nada. No se sabe claramente lo que se desea hacer. Entiendo que debe meditarse mucho anticipadamente a quién o quiénes y en qué cuantía y forma se quieren dejar los bienes que se posean cuando se deje de existir.

El Notario, por otro lado, si no interpreta bien los deseos del testador, es difícil que pueda darles la forma adecuada, y esto ocurre, sobre todo, cuando se acude a él con prisa (a veces se pretende que lo autorice de momento, sobre la marcha) o se le llama para que recoja la última voluntad de un enfermo grave, moribundo. Salvo que el otorgante se limite a instituir herederos en igualdad de condiciones, que es la forma más sencilla de testamento y de relativa frecuencia cuando existen hijos legítimos.

El testamento debe hacerse con plena lucidez, en buena salud, sin prisa, redactando un borrador sencillo y claro, que luego, con el asesoramiento del Notario, se puede rectificar o completar. Especialmente tratándose de personas sin herederos fijos, como solteros o casados sin hijos. Es conveniente incluso, a nuestro juicio, que el Notario entregue un borrador del documento tal como lo proyecte redactar y que el interesado lo estudie previamente antes de firmarlo. En grandes poblaciones esto no es fácil por la falta de tiempo debido al mucho trabajo que normalmente tienen las notarías, pero queda suplido por la gran experiencia de los fedatarios. En poblaciones pequeñas generalmente se puede hacer.

Interesa, finalmente, que el testador sepa que en cualquier tiempo puede, mediante otro testamento, variar o dejar sin efecto el anterior-

mente otorgado, y esto cuantas veces lo desee hasta el momento en que ya no pueda hacerlo por sobrevenir la muerte. Sería útil que esta advertencia figurase obligatoriamente en el testamento.

Los llamados testamentos especiales del sordo, del ciego, etc., son más bien variantes del testamento notarial normal, con matices o «especialidades» derivadas de las circunstancias que concurren en los casos a que se refieren.

El testamento cerrado es también, a nuestro juicio, sólo una «especialidad» del testamento notarial normal derivado del deseo de reserva del testador, consecuencia, en parte, quizá de la intervención de los testigos. Este tipo de testamento viene a ocupar, en cierto modo, una situación intermedia entre el testamento notarial corriente y el ológrafo, del que nos ocuparemos a continuación.

V

TESTAMENTO OLOGRAFO

El testamento ológrafo es un testamento privado, cuya característica *principal* consiste en que debe ser escrito íntegramente de su puño y letra por el testador. Por eso se suele llamar también autógrafo. Sólo pueden testar en esta forma los mayores de edad (veintiún años).

Este testamento lo conserva el testador o lo entrega a persona de su confianza para que lo custodie hasta la muerte de su autor. Llegada ésta, por su carácter privado, deberá ser presentado al Juez del domicilio del causante para que, reconocida su autenticidad, declare su validez.

Las diversas legislaciones suelen exigir a veces, además de la autografía, determinados requisitos para asegurar su autenticidad y reconocerle validez. Entre ellos destacan la consignación de la fecha y firma, como sucede, por ejemplo, en la legislación francesa y en la española, copia de aquélla en este punto (ver arts. 678 y 688 del Código Civil). Inicialmente se exigía también que el testamento se escribiese en papel timbrado, con sello correspondiente al año de su otorgamiento, formalidad que fue suprimida por la Ley de 21 de julio de 1904, como consecuencia de haberse eliminado en el sello la expresión del año.

En el Derecho romano, los dos citados requisitos de fecha y firma no eran exigidos. BRONDO BRONDI dice a este respecto lo siguiente: la fecha «no se requiere para la eficacia del testamento ni siquiera del ológrafo».

En cuanto a la firma, «si se trata de un testamento ológrafo redactado *sua mano totum*, no se precisa la firma del testador ni de tercero, ya que su carácter autógrafo es suficiente garantía de autenticidad» (7).

La autografía no hay duda de que es el requisito esencial por constituir una eficaz garantía.

La consignación de la fecha es un requisito prácticamente intrascendente, sobre todo si puede saberse cuándo fue escrito y no surgen problemas en relación con la misma.

Respecto a la firma, su estampación en un documento tiene la finalidad primordial de demostrar la participación de su sujeto en un acto, especialmente cuando el documento en que se recoge está redactado por otra persona.

Después de las anteriores consideraciones generales conviene analizar algunas cuestiones referentes a los tres elementos básicos del testamento ológrafo según la legislación española, conforme a la cual debe ser:

- 1.º Escrito personalmente (autografía).
- 2.º Fechado.
- 3.º Firmado por su autor.

Veamos algunos problemas que pueden presentarse en cada uno de ellos.

1. Autografía

Por autografía se entiende normalmente que un documento ha de estar escrito personalmente de su puño y letra por el autor del mismo. Así lo interpreta generalmente la doctrina y la jurisprudencia. Quizá por no existir prácticamente medios mecánicos de escritura en la época en que se promulgaron las disposiciones legales que regulan este tipo de testamentos, no se presentaban dudas sobre el particular. Pero la realidad es que en la actualidad pueden plantearse. En efecto, el Código Civil español, por ejemplo, dice que el testamento ológrafo es el «escrito todo él por el testador...». Y entonces cabe preguntarse: ¿Podrá ser considerado legalmente testamento ológrafo el «escrito todo él por el testador», pero no a mano, sino con máquina de escribir? El problema se ha planteado en Francia y el Tribunal resolvió la cuestión declarando válido el testamento escrito todo él por el testador, pero a máquina (8).

(7) BIONDO BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, 2.ª edición revisada, traducida del italiano por MANUEL FAIREN, Barcelona, Bosch, 1960, pág. 66, número 23. Véase también J. OSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, página 133, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957.

(8) MARIO ARMERO DELGADO, *Testamentos y particiones*, Madrid, 1951, página 214. RUGGIERO entiende acertadamente que el testamento ológrafo ha de

Nos parece desacertado este criterio, ya que la esencia del testamento ológrafo, según constante tradición desde el Derecho romano, es que sea escrito totalmente *manum suam* por el testador, circunstancia o característica que garantiza por sí mismo y de modo indudable su autenticidad, lo que no ocurre si el documento se escribe a máquina, en cuyo supuesto habría que probar, *por medios extraños al mismo*, que fue escrito por el interesado. En este caso, y aceptado tal criterio, sí que sería imprescindible la firma al final e incluso la rúbrica, al menos, en todas sus hojas.

¿Y si el testador escribió a mano, pero con letras tipo imprenta? Si reflejan rasgos personales creemos deberá aceptarse. ¿Y si escribió en taquigrafía o en otro lenguaje simbólico? La diferencia es quizá mayor, pero posiblemente sería aceptable el indicado criterio. Para COVIELLO, «la escritura debe ser la ordinaria, con los ordinarios caracteres gráficos». Según TRAVIESAS, el Código Civil exige que el testamento ológrafo esté «todo él escrito por el testador», por lo que debe aceptarse cualquier tipo de escritura identificable siempre que sea auténtica y atribuible al testador (9).

Puede ocurrir que todo o parte del testamento esté escrito, por encargo del testador, por otra persona. ¿Valdrá en tal supuesto el testamento? Ciertamente, no, aunque lo escrito por el extraño lo haya sido por encargo o a ruegos del testador. Si éste se encuentra imposibilitado para hacerlo o terminarlo, puede acudir a un notario y otorgar testamento abierto, que es lo procedente, pero no sustraerse a las normas esenciales establecidas legalmente para esta clase de testamentos.

En el caso de que una tercera persona ayude al testador escribiendo, por ejemplo, a lápiz previamente para que el otorgante, que no sabe escribir o muy poco, retinte luego a pluma el borrador, llevándole la mano, mojándole la pluma, sujetándole el papel, la negativa no puede ser tan rotunda, puesto que realmente el testamento lo escribe el otorgante, aunque con la ayuda o colaboración de un tercero. Si el testador sabe escribir y se conservan los rasgos característicos de su escritura, la ayuda es mínima y el testamento puede ser considerado válido; pero, en general, debe rechazarse esta intervención extraña, ya que siempre existen otros medios mejores para solucionar el problema que pudiera presentarse, y si no se hace así se podría pensar que no había habido auténtica libertad en el otorgamiento o, al menos, que es fácil la influencia del colaborador.

ser escrito todo él directamente por el testador, sin el auxilio de medios mecánicos. La escritura a máquina no revelaría que había sido hecho por el testador. Véase *Derecho Civil*, pág. 614.

(9) TRAVIESAS, estudio citado, pág. 138.

¿Y si se trata solamente de palabras sueltas intercaladas con objeto de mejorar la redacción o aclarar el sentido de alguna frase? La intercalación de palabras no siempre tiene carácter aclaratorio. En ocasiones puede alterar sustancialmente el documento. En cualquier caso, el criterio a seguir parece que debe ser el siguiente: si las palabras fueron escritas por tercera persona se deben tener por no puestas, pues no debe afectar al documento la acción, de buena o mala fe, de un tercero. Si las palabras fueron escritas de su puño y letra por el testador, deben valer siempre que no exista duda de que fueron puestas por él; por ejemplo, indicándolo al final (ver art. 688 del Código Civil).

También puede ocurrir que existan no palabras nuevas intercaladas, sino, por el contrario, palabras anteriormente escritas y luego tachadas. ¿Qué hacer en tal caso? El criterio debe ser similar al del supuesto anterior. Si las tachaduras fueron obra de un tercero no se tendrán en cuenta y valdrán las palabras tachadas. Por el contrario, si fue obra del testador, las palabras tachadas se tendrán por no puestas siempre que no ofrezca duda la voluntad de su autor.

En cuanto a la redacción no existe ninguna norma especial. La estructura y estilo es libre. Una forma reconocida generalmente es el testamento epistolar o escrito en forma de carta. Se ha discutido la utilidad o inconveniencia de esta modalidad. ENNECERUS cree que no se debe favorecer la forma epistolar de testamento ológrafo, pues induce a confusión entre el verdadero deseo de testar y la manifestación ocasional de sentimientos, fruto de circunstancias pasajeras. Estima, conforme a este criterio, que no sería válido un testamento concebido en los siguientes términos: «Querido marido: me muero. Toma todo lo que ahora todavía es mío y conserva el amor de tu pequeña *Ratita*.» Aunque este testamento tiene un gran parecido a otro al que reconoció validez nuestra jurisprudencia, hay que tener en cuenta que aquí falta la identificación clara del instituido heredero, la firma de la testadora no es personal, no se consigna fecha de ninguna clase e incluso el *animus testatoris* aparece dudoso.

Por lo que se refiere a las faltas de ortografía o de otro tipo gramatical, no se tendrán en cuenta si el sentido del escrito resulta claro o puede ser interpretado por los medios habituales. Precisamente, la irregular o defectuosa forma de escribir puede constituir una prueba de autenticidad.

¿En qué idioma debe escribirse el testamento ológrafo? Normalmente se hará en el idioma nacional. Y así viene a establecerlo el Código Civil cuando dice que los extranjeros podrán testar de este modo en su propio idioma (art. 688). De este precepto podría deducirse que los españoles no pueden hacerlo en un idioma extranjero, pero creemos que

la norma indicada lo que hace es dar una facilidad y no establecer una prohibición. Por consiguiente, entendemos que tanto los españoles como los extranjeros pueden testar autógrafamente en cualquier idioma. Lo que ocurrirá es que en tal caso se precisará, en su momento, la traducción oficial del documento redactado.

¿Con qué se debe escribir? Generalmente se hará con pluma y tinta. Así parece más serio y la escritura más permanente. Hoy día es muy frecuente el uso del bolígrafo para escribir e igualmente deberá ser admitido este procedimiento. En cuanto al lápiz, su inconveniente principal es la falta de permanencia de lo escrito y también quizá la duda que puede suscitar sobre si se trata de un borrador o existía verdadera voluntad de testar.

¿Sobre qué se debe escribir? Normalmente se hace sobre papel. Originariamente se hacía sobre papel timbrado, pero una Ley de 1904, ya citada, suprimió esta exigencia. Pueden usarse folios, cuartillas, papel de cartas, etc. ¿Podrá escribirse con buril sobre una placa metálica o cristal? No es normal, aunque teóricamente podría hacerse.

¿Puede estar de esta forma un ciego? BORSARI no lo admite. TRAVIESSAS, entre nosotros, sí, si el ciego sabe escribir en lenguaje ordinario (10).

2. *Fecha*

¿Qué debe entenderse por fecha? Lo normal es que se refiera al lugar y tiempo, es decir, que exprese dónde y cuándo se escribió el testamento.

En este punto pueden surgir una serie de cuestiones.

Respecto al lugar, o sea, dónde se otorga el testamento, parece que la indicación procedente es la población. Pero ¿y si se indica el país —España—, una región, una provincia o una barriada de un término municipal?

¿Y si el testamento se redacta en diferentes poblaciones por haberlo escrito en varios momentos, lo que también afecta al tiempo?

¿Y si se escribe en un lugar y se consigna una población distinta?

¿Y si no se expresa ninguna población?

Dado que este dato no lo consideramos una circunstancia intrínsecamente esencial creemos que valdrá la expresión del lugar en cualquier forma que se haga. E incluso aunque se omita la población o lugar.

En cuanto a la otra parte de la fecha, es decir, al tiempo, normalmente se expresa indicando el día, mes y año del otorgamiento. En este

(10) Id., pág. 136.

punto pueden presentarse problemas parecidos a los señalados respecto al lugar.

En primer término, puede haberse redactado el testamento no en un día determinado, sino en varias fechas; puede, además, consignarse el día en que se comience la escritura o se termine o todos ellos. Puede omitirse el día, el mes o el año. Puede comenzarse por indicar el año, el mes o el día. Puede expresarse de forma indirecta: por ejemplo, el día del Corpus de tal año, o con referencia a un suceso importante y conocido: el día que terminó la guerra, aquel en que falleció el señor X o el de la inundación de tal lugar, etc.

Creemos que cualquiera de las formas indicadas u otras semejantes deben ser consideradas válidas por las mismas razones dichas al referirnos al lugar. E incluso su omisión podría estimarse que no debe anular el testamento si se prueba de alguna manera la fecha en que fue otorgado.

Sin embargo, con arreglo a la legislación española, consideramos imprescindible la consignación de la fecha, al menos de tiempo, aunque aceptando cualquier fórmula de la que resulte «el día, mes y año del otorgamiento», como dice el artículo 688 del Código Civil; el orden es indiferente (ver sentencia de 4 de abril de 1895).

Si el testamento se redactase en varios momentos valdrá la consignación de la fecha de comienzo, la de terminación—lo que parece más razonable—o todas en las que el testamento fue escrito. Incluso consideramos aceptable que se redacte una cláusula y se feche (y firme), otro día se redacte otra y se haga lo mismo y así hasta que se termine, aunque en esta manera de proceder convendría expresar de algún modo que todo lo escrito constituye un solo testamento y no varios, aunque así se deduzca de la propia redacción.

Cabe también consignar una fecha distinta a la real, intencionadamente o por error. Así puede indicarse una población distinta a aquella en que se escribió el testamento o un día, mes o año diferentes al en que fue redactado. El momento señalado puede ser anterior o posterior al real.

Creemos que estas circunstancias no deben tener normalmente trascendencia. ¿Qué más da que se consigne una población distinta o un día diferente anterior o posterior a aquel en que se escribe el testamento? Además, generalmente este detalle pasará desapercibido y no se sabrá verdaderamente la fecha real en que el testamento fue otorgado. Si el testador pone una fecha distinta a la real, ¿quién lo sabrá si él no lo dice?

Pero existe un supuesto en que tal circunstancia salta a la vista. Imaginemos que una persona redacta un testamento ológrafo y por error pone una fecha posterior al momento en que lo escribe; por

ejemplo, se equivoca en el año y consigna el siguiente. Luego fallece antes de la fecha que figura en el testamento. ¿Será válido el documento redactado? Lo que resulta aquí evidente—en otros casos, como hemos dicho, pasará desapercibido—es que hubo un error. Pero tal error, ¿deberá anular el testamento, que, sin embargo, reúne todos los requisitos *formales* exigidos legalmente?

Es jurisprudencia constante y conforme del Tribunal Supremo que la expresión de la fecha (día, mes y año) ha de resultar de manera cierta «de los términos del propio testamento»—a nuestro juicio, en cualquiera de las formas indicadas, directas o indirectas, incluso en forma abreviada: por ejemplo, 22-10-72, aunque es preferible completa para evitar dudas—, siendo nulo el testamento en que figure una fecha *falsa* (sentencia de 13 de mayo de 1942). Pero ¿qué es una fecha falsa? Entendemos que debe ser una fecha *falsificada*, no una equivocada o puesta con error. Y si el testamento que señala una fecha anterior es generalmente válido, ya que normalmente se ignora esta circunstancia, parece natural mantener igual criterio en el supuesto de consignarse por error una fecha posterior, error que se pone de manifiesto al fallecer el testador con anterioridad a la misma, pero resultando evidente «de los términos del propio testamento» y de las circunstancias posteriores—el mismo fallecimiento del testador lo prueba—que hubo error en la consignación de la fecha, sin que deba considerarse «falsa» una fecha que fue estampada de buena fe por el propio interesado y cuya voluntad no se cumpliría si se estimase falsa. SALEILLES y STROHAL admiten el error en la fecha; el primero, en base al mismo Código Civil francés, y el segundo, afirmando que hay que renunciar a la absoluta exactitud de lugar y tiempo en la fecha del testamento ológrafo. El Código Civil español se limita a exigir la consignación de una fecha: «año, mes y día» del otorgamiento, dice escuetamente.

En algunos casos es importante expresar también la hora; por ejemplo, en el supuesto de redactarse en un mismo día dos testamentos. En tal eventualidad es importante indicar la hora para saber cuál ha quedado sin efecto y, por tanto, el que continúa siendo válido. El segundo testamento puede hasta tener por finalidad únicamente anular el testamento anterior.

Otra cuestión referente a la fecha: ¿En qué lugar del documento debe ponerse? ¿Al principio, al final o en cualquier sitio? Lo normal es que la fecha vaya al final del documento, inmediatamente antes de la firma, pero no hay inconveniente en que se ponga al principio e incluso se escriba en el contexto de la redacción. En cualquiera de los tres supuestos el testamento debe ser considerado válido.

3. *Firma*

La firma es la peculiar manera de escribir cada persona su nombre y apellido, con los que suele suscribir los documentos que autoriza como expresión de su identidad y conformidad.

El Diccionario de la Lengua dice que firma es el «nombre y apellido o título de una persona que ésta pone con rúbrica al pie de un documento escrito de mano propia o ajena para darle autenticidad o para obligarse a lo que en él se dice; nombre y apellido o título de la persona que no usa rúbrica o no debe usarla, puesto al pie de un documento».

Un aditamento normal de la firma es la rúbrica, consistente en unos trazos o dibujos, siempre los mismos, que se agregan al nombre y apellidos al suscribir un documento.

La firma de un documento implica una presunción de asentimiento a algo que en el mismo consta.

La variedad de supuestos es grande. Puede indicar: la autenticidad del sujeto que pide algo en una instancia, la prestación del consentimiento a un negocio jurídico precedente, la exteriorización gráfica de la voluntad mediante la cual se asume una obligación en un contrato que se describe previamente por escrito, etc.

Un documento sin firmar se considera normalmente como un proyecto de negocio jurídico, que no adquiere su perfección hasta que se firma.

Otras veces, la consignación de la firma no supone manifestación de voluntad, sino simple conocimiento; ejemplo, en las notificaciones.

Y no siempre se requiere la consignación de la firma como manifestación de asentimiento o voluntad de obligarse. Si yo echo dinero en una bolsa que lleva una persona que realiza una cuestación, se entiende que hago donación de la cantidad que en ella deposito sin necesidad de firma o documento ni siquiera que medie una palabra entre donante y receptor. Si hago una oferta por teléfono o telegrama quedo obligado por mi propuesta, pese a no existir una huella personal de mi actuación. Si hago una oferta por carta manuscrita y se me olvida firmar, generalmente quedo también obligado. Otro ejemplo más significativo: Si una persona escribe a otra una carta injuriosa, que no firma por olvido o intencionadamente, ¿dejará de tener responsabilidad por su conducta dolosa si no existe duda de su autenticidad?

La firma no es, por consiguiente, imprescindiblemente necesaria para que se atribuya a determinadas personas la responsabilidad o autoría de ciertos escritos. Así, vemos que el Código Civil concede valor de documento público al privado «reconocido legalmente», aunque no esté

firmado (art. 1.255). Y el Código de Comercio otorga valor de prueba a los libros mercantiles, aunque no lleven firma (art. 605 del Código de Comercio).

La sentencia de 9 de mayo de 1944 sienta la doctrina de que en los documentos en que se estipulen obligaciones no es necesario que los suscriban todos los interesados, sino que bastará que contengan la firma de la persona o personas obligadas, o sea, que no es necesaria la firma del acreedor. En cuanto a los documentos en blanco, es decir, aquellos en que inicialmente no figura nombre de acreedor, la sentencia de 5 de marzo de 1943 declara que serán válidos siempre que estén firmados por el deudor.

Estos criterios refuerzan la opinión de quienes no estiman imprescindible, al menos en teoría, la firma del testamento ológrafo, pues en el mismo su autor no se *obliga* a nada, sino que realiza una liberalidad, que es más bien lo contrario.

Aunque, como hemos dicho, en teoría, la firma no sea imprescindible para atribuir a alguien la responsabilidad del escrito, por un uso social reconocido legalmente, la firma viene a fijar, especialmente con relación a terceros, el momento de cierta solemnidad en que se presta consentimiento a un acto o relación que se ha ido perfilando previamente.

Al Derecho y, por consiguiente, a los sujetos de relaciones o negocios jurídicos, les interesa contemplar sólo actos claros, ciertos, que no ofrezcan dudas en cuanto a su voluntaria aceptación por los obligados.

Evidentemente, la voluntad existe antes de la firma y por eso se estampa ésta como señal de aceptación. Pero al Derecho le interesa señalar un momento a partir del cual la existencia de la voluntad no ofrezca ninguna duda. Y ésta es la función que desempeña habitualmente la firma.

Sintetizando lo anteriormente expuesto podemos decir con GERMÁN AMBÓN ALIX (11) que «la firma es un requisito de origen consuetudinario, que opera como *conditio iuris* de la eficacia de un escrito en base a la presunción de que el momento de su consignación coincide con el de emisión de voluntad o de conocimiento referente al acto o negocio descrito en el mismo».

La consignación de la firma puede tener carácter declarativo (incluso de simple conocimiento), probatorio o valor constitutivo.

Generalmente ocurre lo primero. Un documento firmado sólo de-

(11) GERMÁN AMBÓN ALIX, *Reflexiones sobre la firma*, "Pretor", núm. 31, febrero de 1966, págs. 13 y ss.

muestra que el interesado escribió este grafismo, puso allí su firma, presumiéndose que lo hizo voluntariamente y con conocimiento de lo que firmaba y, en su caso, que prestaba su conformidad a las obligaciones contraídas. Podrá probarse lo contrario, es decir, que no hubo voluntad o conocimiento. Y también podrán contraerse obligaciones verbalmente sin necesidad de documento escrito y firmado.

Excepcionalmente, la firma tiene valor constitutivo, en cuyo supuesto el documento que no la tiene es como si no existiese. Se trata entonces de documentos formales en los que la ley establece como requisito indispensable de validez esta exigencia. Así ocurre, por ejemplo, en el cheque, en la letra de cambio, etc., y también en el testamento ológrafo, que, según nuestra legislación, no es válido si carece de esta formalidad, pese a que, lógicamente, como reconocen otras legislaciones históricas y actuales, no es imprescindible por tratarse de un documento escrito personalmente por el interesado, circunstancia en la que reside su verdadera garantía de autenticidad. Indudablemente, en él, la firma agrega un nuevo elemento, que no deja dudas sobre la seriedad del propósito de su autor consignado en el escrito. Pero tal voluntad puede presumirse del hecho mismo de redactar tal clase de testamento, pues nadie se suele poner por mero pasatiempo a escribir un documento de tan indudable trascendencia y que supone un estado de ánimo especial que da al acto una peculiar solemnidad, aunque sólo sea íntima o personal. Y, por supuesto, tal voluntad podrá ser demostrada, aunque el documento no esté firmado. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una persona que acaba de escribir un testamento ológrafo y sufre un desfallecimiento, como consecuencia del cual muere sin poder cumplir la citada formalidad. O aún más claramente, el supuesto de una persona que redacta un testamento de esta clase y antes que lo firme un presumible heredero, que se considera perjudicado por el mismo, dispara contra su autor matándole. ¿Podrá en este caso ponerse en duda la voluntad del testador o, por el contrario, quedará más bien reafirmada por el comportamiento del posible heredero?

Aunque en el Derecho español la firma del testamento ológrafo es un requisito imprescindible, creemos debería considerarse puesta cuando consta de manera cierta la evidente voluntad de firmar, impedida violentamente o por una circunstancia de fuerza mayor, por la misma razón que se tiene por no puesta si se obliga por la fuerza a una persona a firmar un documento que se niega a hacerlo.

Supuesta la necesidad normal de firma del testamento ológrafo en nuestro Derecho positivo, contemplemos algunas cuestiones que pueden plantearse referentes especialmente a cómo, cuándo y dónde debe estar-

parse la firma, o sea, a la forma, al tiempo y al lugar (en su doble sentido de geográfico y documental).

4. *Formas de firma*

Existen muchas maneras de firmar. «Hay cuerpos armados cuyos miembros firman haciendo constar en caracteres legibles su nombre de pila y sus dos apellidos, uno debajo del otro, y al final, la rúbrica.»

«En el extremo opuesto a esta complejidad existe un uso rural extendido seguido por los analfabetos, quienes suelen firmar o, al menos, creen hacerlo marcando dos toscas rayas en forma de cruz.» Otras veces «firman» estampando la huella digital (12).

Pero veamos, en concreto, algunas formas de firmar que pueden presentarse:

- Firma con sólo el nombre sin ningún apellido.
- Firma con sólo los dos apellidos sin el nombre.
- Firma con el nombre y un apellido.
- Firma con nombre y dos apellidos.
- Firma con pseudónimo.
- Firma con expresión única del cargo o título.
- Firma con expresión única del vínculo familiar: ejemplo, tu padre.
- Firma con sólo iniciales.
- Firma ilegible.
- Firma sin rubricar.
- Firma con sólo rúbrica.
- Firma mal ortografiada.
- Firma con un signo especial.
- Firma con el nombre de religión (cuando lo cambian al ingresar en algunas órdenes religiosas).
- Firma con una cruz.
- Firma mediante huella dactilar.
- Firma mediante sustitución por testigo, que estampa el nombre del mandante.
- Firma con estampilla.
- Firma impresa.
- Firma xerográfica.
- Firma con pantógrafo.
- Firma por calco.
- Firma mediante cliché de multicopista.
- Firma por otros medios mecánicos.

(12) Id., págs. 29 y siguientes.

Ahora algunas observaciones sobre determinados supuestos de los relacionados, que nos valdrán para deducir del análisis unas conclusiones de aplicación general.

La firma con sólo el nombre sin ningún apellido ha sido admitida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de junio de 1918, referente a un testamento escrito por doña Matilde Corcho en una hoja en blanco de una antigua carta dirigida a su novio, don José Pazos, con quien posteriormente había contraído matrimonio, y cuyo texto era el siguiente: «Peñafiel, 24 de octubre de 1915. Pacicos de mi vida: En esta primera carta de novios va mi testamento. Todo para ti para que me quieras siempre y no dudes del cariño de tu Matilde.» Fallecida doña Matilde sin descendencia y protocolizada la carta como testamento ológrafo, un sobrino de la causante impugnó su validez. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia de Valladolid reconoció la validez del testamento, confirmando su fallo el Tribunal Supremo en la referida sentencia de 8 de junio de 1918.

Como puede apreciarse, la carta discutida contiene todos los requisitos legales del testamento ológrafo: autografía, fecha y firma, aunque muy esquemáticamente, y el Tribunal Supremo entendió que existía una clara voluntad en la causante de beneficiar con todo el patrimonio a su marido sin que ofreciese ninguna duda la autenticidad del documento, por lo que declaró su validez.

En otro caso similar, aunque con alguna variante, el Tribunal Supremo se pronunció en sentido contrario. El testamento se contenía en una carta fechada el 24 de agosto de 1914, dirigida por doña Mariana López de Guerrero a sus sobrinos y herederos, a quienes hacía varios encargos, terminando con la firma «vuestra tía Mariana», con rúbrica, pero sin escribir apellido alguno detrás del nombre. Fallecida doña Mariana en 1920, su sobrino don Juan Treviño presentó para su protocolización el anterior testamento. Impugnada la validez por un pariente de la testadora, el Juzgado de Primera Instancia aceptó la impugnación; la Audiencia revocó la anterior sentencia, ordenando protocolizar el testamento, y el Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de enero de 1924, casó el fallo de la Audiencia, confirmando lo declarado por el Juzgado de Primera Instancia, basándose en que la firma debe ser la habitual que se utiliza en todos los actos de la vida, haciéndose referencia a la sentencia de 8 de junio de 1918, que se decía no era contradictoria con la resolución que se adoptaba «por las especiales circunstancias» que en aquel caso concurrían. Seguramente en esta última sentencia del Supremo se tuvo en cuenta, además, que en el dato de la fecha no se expresaba el lugar y que la voluntad testatoria no aparecía de forma tan evidente como en el primer caso; podría tratarse de una manifestación

de sentimientos, un proyecto, más que un firme propósito de ordenar su última voluntad. Pero en la sentencia pronunciada se reconocía la validez del testamento epistolar siempre que reuniese los requisitos legales establecidos para el ológrafo y que *resultase claro* el propósito del testador de ordenar de aquel modo su prostrera voluntad.

En Francia, el Tribunal de Marsella, en resolución confirmada por la Corte de Justicia de Aix, declaró válido el testamento firmado con sólo el nombre de pila del testador (resolución de 15 de enero de 1931).

Entre nosotros, MANRESA y la mayor parte de los tratadistas que se han ocupado de esta materia entienden que tal forma de firmar el testamento ológrafo debe ser admitida.

La firma con el nombre de religión—ejemplo, sor María de la Cruz, fray Juan Serra—ha planteado algunos problemas. En Francia, el Tribunal de Quimper negó validez a un testamento ológrafo firmado con el nombre de religión—Marie du Sacre Coeur—, aunque no de manera rotunda, sino porque la causante firmaba de diversas maneras y, además, porque el citado nombre lo podían llevar, y de hecho lo llevaban, otras religiosas, todo lo cual inducía a confusión (resolución de 5 de abril de 1900, *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1901, pfo. número 10.667).

La firma con uno o los dos apellidos sin el nombre de pila, o sea, prácticamente la llamada media firma, debe ser considerada válida por igual razón que puede valer la que consta de sólo el nombre, siempre que su autor la utilice habitualmente (aunque no en todas las circunstancias: en unos casos puede usar sólo el nombre, ejemplo, en las relaciones familiares; en otros, sólo el apellido o los apellidos, ejemplo, en relaciones comerciales. Las dos clases de firma pueden ser habituales, aunque limitadas a determinado sector).

Igual cabe decir de la firma con pseudónimo. Piénsese, por ejemplo, en pseudónimos tan conocidos como el de *Azorín*, usados constantemente con igual o mayor frecuencia que el nombre propio.

La firma con sólo iniciales resulta de validez más dudosa. Sin embargo, si el sujeto firma así habitualmente y no ofrece duda su autenticidad o libre estampación por su autor con serio ánimo de que produzca eficacia, parece que debe ser admitida. La Cour de Nancy declaró válido un testamento ológrafo firmado con sólo las iniciales J. C. P. (Arret de 1 de marzo de 1931, Dalloz, Rep. Alph., núm. 3.010, 1).

La firma carente de rúbrica debe ser admitida. Existen personas que no usan rúbrica e incluso en escritos dirigidos a elevadas jerarquías es, a veces, irrespetuoso utilizar rúbrica. El mismo Diccionario de la Lengua considera también firma la que carece de rúbrica. Ejemplo, los escritos

dirigidos al rey o al jefe del Estado no deben rubricarse, sino consignarse sólo el nombre y apellidos *con letra muy clara*, aunque no escriba así habitualmente el firmante. Por consiguiente, la rúbrica no parece que tenga carácter necesario o esencial en la firma, aun cuando el firmante suela utilizarla. Así lo entendieron en su día la Cour de Aix (resolución de 27 de enero de 1964, Dalloz, 1964, I-230), la de Besançon (resolución de 15 de noviembre de 1921, Sirey, 1923, 2, 38) y la de Bruselas (resolución de 17 de junio de 1863, Repertorio belga, 1863, 2, 233), que añaden que es menos necesaria todavía cuando el firmante no tiene costumbre de emplearla. En igual sentido, la Cour de París, según cuya jurisprudencia hay que tener en cuenta los hábitos del sujeto, su educación y su cultura (resolución de 17 de mayo de 1900, Sirey, 1900, 2, 237).

La firma mediante expresión del título nobiliario, ejemplo, el Marqués de X, creemos que identifica a la persona tanto como su nombre propio. Viene a ser como un segundo nombre propio especial distinto del civil, aunque en el transcurso del tiempo lo lleven una serie de personas. Pero como en el testamento ológrafo se consigna la fecha, es fácil saber a quién correspondía el título en determinado momento. Por eso, la firma de esta forma debe ser aceptada, siempre que no ofrezca dudas la identidad de la persona a quien corresponda el título utilizado y que el grafismo empleado sea habitual en él. Algo semejante ocurre con la firma expresiva del cargo si en un momento preciso se ocupa uno determinado, ejemplo, Enrique, Obispo de Almería.

La firma con expresión del parentesco se ha prestado a discusión. En Italia, el Tribunal de Casación declaró válido un testamento ológrafo firmado así: «Affmo. marito e padre» (resolución de 13 de junio de 1930, citado por ESCOBAR DE LA RIVA). En cambio, el Tribunal de Apelación de Berlín negó validez a un testamento que firmaba: «Vuestra madre».

La firma con sólo la rúbrica suele ser válida en los documentos normales y, a juicio de AMBÓN ALIX, debe aceptarse también en el testamento ológrafo si es habitual en el sujeto que la usa e identifica plenamente a su autor (13). Lo mismo debe decirse, por igual razón, de la firma ilegible, que realmente puede asimilarse a una firma con sólo rúbrica.

La cuestión carece, en realidad, de excesiva importancia tratándose de un testamento ológrafo, que debe ser escrito íntegramente de su puño y letra por el autor del mismo, circunstancia que garantiza plenamente su autenticidad.

(13) Id., pág. 28 y art. 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La pura legalidad formal de la firma creemos que queda cumplida incluso con estos procedimientos simples, siempre que, en conjunto, no ofrezca duda la autenticidad del documento y la identidad de su autor.

Respecto a la «firma» con una cruz, con un signo o de otra forma parecida, si se dan las notas positivas aludidas no hay razón para seguir un criterio distinto al señalado.

A juicio de TRAVIESAS, basta con que «el testamento esté firmado por el testador de una manera indubitada, como cuando se trata de la escritura utilizada para testar y por las mismas razones» (14).

La firma mal ortografiada debe ser considerada válida e incluso es más identificadora cuando el testador escribe habitualmente así.

En cuanto al cambio de firma, habrá que tener en cuenta el momento en que el interesado decidió la modificación.

Por lo que se refiere a la utilización como firma de la huella dactilar, no hay duda de que ésta identifica a la persona mucho más que un grafismo y que su estampación es más directamente manual que la escritura. En algunos países—Corea, India, Egipto—se utiliza normalmente para suscribir ciertos contratos. En España se ha planteado la cuestión de su validez en las letras de cambio. La Corte de Justicia de Alejandría, en una sentencia relativamente reciente (22 de abril de 1931), ha afirmado con toda razón que «en el estado actual de la ciencia, la impresión digital aparece como un signo distintivo de la identidad de las personas que presenta más certidumbre que la firma o sello». En Norteamérica, la Corte Testamentaria de Milwaukee, de Wisconsin, declaró válido un testamento ológrafo «firmado» con su huella digital por Wilhelmina Webler (abril de 1917).

La firma con sello, con estampilla, impresa, mediante calco o escrita por otros medios técnicos o mecánicos (con pantógrafo, en cliché de multicopista, etc.) presenta bastantes analogías, aunque también típicas diferencias. En general, estos medios *indirectos* de firmar son relativamente frecuentes en documentos *inter vivos* de producción masiva, en los cuales tienen completa validez. Piénsese en documentos administrativos consecuencia de la creciente mecanización burocrática, como recibos, comunicaciones, etc., y en títulos de valor, como los billetes del Banco de España, cuya validez nadie pone en duda, que están firmados a imprenta por el gobernador y el cajero. Algo parecido ocurre con las acciones de sociedades mercantiles (ver Decreto de 21 de febrero de 1958, art. 43 de la Ley de Sociedades Anónimas y Decretos de 2 de marzo de 1944 y 27 de noviembre de 1946 referentes al Documento Nacional de Identidad). La justificación de tal criterio en los casos mencionados

(14) Estudio citado, pág. 142.

resulta de la casi imposibilidad material de firmar directamente miles o millones de documentos. La solución, a nuestro juicio, en tales supuestos, debería haber sido otra: suprimir simplemente la firma buscando otros medios, que siempre existen y se dan en los documentos señalados, que garanticen plenamente la autenticidad de los mismos. En el testamento ológrafo esta forma de firmar no sería, evidentemente, normal.

Como síntesis de todo lo anterior, creemos que puede afirmarse con carácter general que en el testamento ológrafo la firma debe ser considerada válida siempre que sea auténtica y atribuible a su autor, aunque se refiera a un ámbito limitado de relaciones familiares o de otro orden en las que se utilice habitualmente, sobre todo si se tiene en cuenta que, en pura lógica, la firma, como la fecha, no debería estimarse, según hemos visto y ya hicieron los romanos, al menos, en determinadas épocas, requisito indispensable del testamento ológrafo. La Cour de Nancy, en un Arret de 1 de marzo de 1931, declaró que «el hecho de si un documento ha sido o no firmado—incluido, naturalmente, el testamento ológrafo—queda siempre a la libre apreciación de los Jueces y Tribunales».

Acabamos de ver las varias formas que puede revestir la firma, es decir, *cómo* puede ser. Hagamos ahora referencia a *dónde* debe estamparse, indicando, por último, *cuándo* ha de ponerse, problema que se podría relacionar con la fecha, a que ya hemos aludido.

Aunque algunos documentos formalistas deben firmarse en sitio determinado, por ejemplo, la letra de cambio, normalmente se firman al final; por eso se dice que se suscriben. Y eso es lo que ocurre generalmente con el testamento ológrafo. Pero ¿qué ocurriría si la firma se pusiera al principio, como presidiendo la voluntad que se expresará a continuación? Creemos que también debe valer. Y lo mismo si se firma marginalmente.

En general, la doctrina entiende que vale en cualquier sitio que se ponga si no ofrece duda la voluntad seria de asumir todo lo que se dice en el contexto redactado. Si se escribe, por ejemplo: «Yo, Juan López Fernández, otorgo este testamento...», tal expresión debería valer como firma, puesto que su finalidad es identificar a la persona que acepta o suscribe un documento, y tal finalidad resulta evidente de la redacción indicada.

La Cour de Amiens consideró firma incluso «el nombre y apellidos intercalados en el texto», con la sola exigencia de que haya sido escrito manualmente (resolución de 14 de enero de 1902, *Gazette du Palais*, 1932, 2, 88). El testamento a que se refería el fallo pronunciado era del tenor siguiente: «Mi testamento. Elisa Tapic, viuda. Al. Niquet, ruega

por mí...», a lo que seguían las disposiciones testamentarias sin que figurase después firma alguna. El nombre puesto en el encabezamiento se consideró como firma.

En nuestro Derecho, como dice MARIO ARMERO, el Código Civil no indica el lugar del testamento en que deba estamparse la firma (15).

¿Cuándo debe firmarse el testamento ológrafo? Lo lógico es que se haga una vez terminado, como asumiendo todo lo escrito. Pero nada impide que se firme antes, como presidiendo lo que se va a decir, sobre todo si se firma al principio.

Otro problema: ¿qué ocurre si firman testigos además del otorgante? Realmente en este caso se cumplen con exceso las formalidades exigidas y un aumento de ellas no debe disminuir su valor. Así piensa, por ejemplo, TRAVIESAS (16).

Aunque la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo la extranjera, no sean rigurosas en la exigencia de los requisitos que legalmente debe llenar el testamento ológrafo para evitar dudas y posibles planteamientos interpretativos, es recomendable la mayor escrupulosidad en el cumplimiento de las formalidades establecidas, a saber:

1. El texto debe escribirse íntegramente a mano, en la forma habitual (no haciendo signos de tipo imprenta, taquigráficos o simbólicos), en el idioma nacional, sin emplear abreviaturas ni intercalar palabras o salvando al final las correcciones si las hubiere.

2. La fecha debe ser de lugar y tiempo, expresándose la población y el día, mes y año de su otorgamiento (especialmente estos últimos datos no deben faltar). Puede ponerse al principio o al final precediendo a la firma.

3. La firma debe estamparse al final, suscribiendo todo lo anterior. Su forma debe ser la habitual en el otorgante, compuesta casi siempre por el nombre y primer apellido (o los dos si los escribe corrientemente), evitándose simplificaciones y esquematismos que sólo se usan profesionalmente (media firma) y firmas con expresión sólo del parentesco, cargo o título, que podría dificultar la identificación.

Aunque, como sabemos, en nuestro Derecho está prohibido que testen conjuntamente dos personas en un mismo instrumento y, lógicamente, también el testamento mancomunado ológrafo, ¿podrán dos personas escribir su testamento ológrafo en un mismo documento o papel, por ejemplo, uno a continuación de otro o uno en la cara y otro en la vuelta del papel? Creemos que podría hacerse, sobre todo si se escribe en un pliego que pueda cortarse y quedar así independientes ambos

(15) Obra citada, pág. 219.

(16) Estudio citado, pág. 138.

testamentos, con lo que se facilitaría su protocolización posterior. De todos modos no recomendamos este procedimiento.

El testador puede cambiar o modificar en cualquier momento, según ya se ha dicho, su testamento anterior. También podrá destruir su testamento ológrafo como expresión de su voluntad de revocarlo (en el notarial esto no es posible por conservar el fedatario la matriz). ¿Cabría que el testador encomendase a un tercero esta misión? Por ejemplo, a quien lo hubiese entregado para su custodia, especialmente si ocurría determinado suceso. Creemos que sí, pero en este caso convendría que el encargo se diese por escrito y con garantías de autenticidad, que podrían ser similares a las del propio testamento.

El testador puede guardar él mismo su testamento ológrafo, entregarlo con igual finalidad a un notario o dárselo a un tercero de su confianza, como se acaba de indicar.

Una vez fallecido el testador, la persona que tuviere en su poder un testamento ológrafo o quien lo encontrare si lo hubiese conservado su autor, deberá entregarlo, para su adveración o comprobación, al Juez de Primera Instancia de su domicilio. Esta autoridad, previos los trámites establecidos, declarará, si procede, su autenticidad para que se dé cumplimiento al mismo.

Declarada su autenticidad del modo dicho, se ordena su protocolización mediante su incorporación al archivo de un Notario, con lo que adquiere carácter público.

VI

TESTAMENTO EXTRAORDINARIO ANTE TESTIGOS

En peligro inminente de muerte, en tiempo de epidemia, en guerra, naufragio, catástrofe u otra causa análoga, el Código Civil permite hacer testamento extraordinario ante testigos solamente.

En efecto, el artículo 700 de dicho texto legal dice que «si el testador se hallare en peligro inminente de muerte puede otorgar testamento ante cinco testigos idóneos sin necesidad de Notario». Este testamento queda sin valor transcurridos dos meses desde que cesó el peligro de muerte (artículo 703). El testamento se escribirá por los testigos siendo posible; en todo caso valdrá, aunque los testigos no sepan escribir. Si falleciere el testador en el citado plazo de dos meses, también quedará ineficaz el testamento si en los tres meses siguientes a la muerte no se acude al

Tribunal competente para que se eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente (art. 703, pág. 2).

En tiempo de epidemia (actualmente habría que entender también en los supuestos de catástrofes, inundaciones, terremotos, etc.), se podrá otorgar testamento verbal ante tres testigos idóneos, que, si es posible, lo escribirán (art. 701). Rigen los mismos plazos ya dichos de dos y tres meses sobre invalidez y la necesidad de protocolizarlo (art. 704).

Los militares y quienes sigan a la tropa, en tiempo de guerra o campaña, pueden otorgar testamento especial, abierto o cerrado, ante autoridades castrenses. Antes de entrar en combate pueden otorgar testamento de palabra ante dos testigos (art. 720). Para que sea válido hay que cumplir después determinadas formalidades.

Durante una navegación se puede otorgar testamento especial ante los mandos del buque, que devendrá nulo si no se otorga testamento en la forma ordinaria en el plazo de cuatro meses desde que el barco arribe a puerto español. En caso de naufragio se puede otorgar testamento verbal ante dos testigos, que después deberá ser también, igual que todos los anteriores, protocolizado notarialmente (art. 731).

Sería conveniente unificar todos los testamentos que se basan en la existencia de un peligro de muerte, estableciendo, por ejemplo, que en tal caso, cualquiera que fuese la causa del riesgo—enfermedad, accidente, guerra, catástrofe, epidemia, naufragio, etc.—, se podría otorgar testamento ante dos testigos solamente, que deberían escribirlo, si fuese posible, y dar cuenta al Juez cuanto antes para que ordenara lo procedente. En todo caso quedarían sin efecto transcurrido un breve plazo desde que cesó el peligro.

En el extranjero podrán los españoles otorgar testamento ante el Cónsul del lugar que represente a España, quien hará las veces de Notario; privadamente, en forma ológrafa, y, finalmente, sujetándose a las formalidades establecidas por la legislación del país en que se encuentren (arts. 732 y sigs.).

La forma más conveniente de hacer testamento es ante Notario, por ser éste un técnico competente en Derecho, que asesora convenientemente y estructura jurídicamente la voluntad del testador. Por eso, cualquier desconocimiento legal del otorgante o deseo legalmente inadecuado o inconveniente pueden ser rectificadas en debida forma, ya que el Notario orientará y aclarará todo lo que sea necesario.

Respecto al testamento ológrafo, como se trata de un documento privado que el otorgante redacta solo, hemos procurado puntualizar con más detalle sus características y requisitos necesarios.

En cuanto a los testamentos especiales en peligro de muerte, como son excepcionales, sólo hemos señalado lo indispensable.

Por último, indicaremos, como advertencia general, que en las regiones forales se suelen admitir formas testamentarias no permitidas por el Código Civil, como son, por ejemplo, el testamento mancomunado y por comisario y otros negocios jurídicos con finalidad similar, como capitulaciones matrimoniales, heredamientos y contratos sucesorios.

VII

INTERPRETACION DEL TESTAMENTO

Interpretar algo es averiguar su sentido.

La interpretación en el Derecho constituye una *técnica* en contraposición a la elaboración de los conceptos que integra la *ciencia* jurídica.

En la interpretación jurídica se puede distinguir la que se refiere a las normas legales de carácter general y la de los actos o negocios jurídicos voluntarios y concretos. Ambas manifestaciones tienen particular importancia.

Dentro de la interpretación de los negocios jurídicos cabe diferenciar la parte que se refiere a la constatación de los hechos y la que mira a su valoración jurídica. Lo primero precede a la interpretación propiamente dicha, que consiste en la elaboración de un juicio lógico. La valoración jurídica sigue a la interpretación en sentido estricto y es una consecuencia del juicio lógico que la interpretación supone.

Distinta de la interpretación es la integración jurídica, que consiste en completar un negocio jurídico inacabado mediante normas supletorias que lo perfeccionen en cuanto a sus efectos.

Y distinto también de la interpretación es el cumplimiento de un negocio jurídico en forma distinta de la prevista, por acuerdo de los interesados en uso de la autonomía de la voluntad y que constituye, en realidad, una verdadera modificación del negocio jurídico originario.

En todo negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa* se presenta a cada momento la necesidad de su interpretación. Incluso en aquellos cuyas cláusulas parecen meridianamente claras.

Es clásico el principio *in claris non fit interpretatio*, recogido en más de una ocasión por la jurisprudencia: las cláusulas testamentarias sólo deben ser interpretadas «cuando la oscuridad o la duda» lo hacen preciso (sentencia de 4 de junio de 1959), es decir, «cuando sean ambiguas o contradictorias» (sentencia de 21 de febrero de 1962).

Pero la fuerza de este aforismo es más aparente que real. Si algo es claro no se planteará ninguna cuestión; pero si se plantea es que no estaba tan claro, bien porque exista contradicción entre cláusulas aisladamente claras, sin embargo, o bien porque exista alguna laguna que sea necesario llenar. Es lo que viene a decir la sentencia de 6 de febrero de 1962, según la cual, «por ser la voluntad soberana del testador libre y formalmente declarada en su testamento ley rectora de la sucesión, cuando no se halle expresada de manera clara e inequívoca se hace preciso interpretarla a fin de fijar el verdadero sentido y alcance de cuanto dispusiere».

En el extremo opuesto no se puede *interpretar* lo que no existe. Eso sería inventar o imaginar, que es distinto de averiguar el sentido de algo.

Por tanto, para interpretar una voluntad es preciso que haya, al menos, un principio de declaración o manifestación de la misma sobre la cual la interpretación pueda apoyarse. Por el contrario, nada impide extender la declaración mínimamente hecha a puntos no tenidos claramente en cuenta por su autor, con tal de que estuviesen en su mente, al menos, tácitamente o en germen. Como se ha escrito, la meta es ciertamente la investigación de la voluntad del testador, pero manifestada testamentariamente, aunque sólo sea de forma muy elemental o indicativa. Es lo que viene a decir la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1944 cuando declara: «El sentido literal de las disposiciones del testamento, insuficientemente expresado, puede ser desenvuelto e integrado por el Juez siempre que para ello se parta de las propias declaraciones del documento testamentario o, lo que es igual, del tenor del mismo testamento, del cual puede extraerse de modo claro la verdadera y compleja voluntad del disponente» (ver, además, las sentencias de 8 de julio de 1940 y 3 de julio de 1942).

1. *Sujeto de la interpretación*

La interpretación del testamento *podrá* hacerla, en primer término, el propio testador, ya que si, según el Código Civil, puede hacer en el mismo testamento o en otro acto separado la partición de sus bienes, y en tal supuesto habrá que pasar por ella siempre que no perjudique las legítimas, con mucho mayor razón podrá interpretar o aclarar el testamento en cualquier acto posterior al otorgamiento y anterior a su muerte. Por esta razón, los escritos del testador que aclaren o expliquen su última voluntad son los mejores factores interpretativos del testamento y el principal medio de prueba en caso de discrepancias entre los herederos.

En segundo lugar, corresponde la interpretación al albacea, si existiere. El albacea, como ejecutor testamentario, interpretará el testamento «poniéndose en lugar del testador», como mandatario *post mortem* del mismo, con todos los medios de que disponga y sin someterse al criterio de los herederos. Si alguno de éstos no estuviere conforme con el proceder del albacea podrá acudir a los Tribunales para impugnar la partición.

Si no existiese albacea, los herederos serán quienes interpreten el testamento. Si están unánimemente de acuerdo podrán decidir lo que estimen oportuno, aun saliéndose de lo dispuesto en el testamento e incluso prescindiendo de él, lo que excede de la interpretación propiamente dicha, como veremos seguidamente, pero que está dentro de sus facultades.

Por tanto, cuando los herederos conocen la verdadera voluntad del causante, aunque sea distinta de la que figure en su testamento, y quieren darle cumplimiento, no existe ninguna dificultad.

En efecto, según el Código Civil, cuando los herederos son mayores de edad y tienen la libre disposición de sus bienes pueden distribuirse la herencia *de la manera que tengan por conveniente* (art. 1.058 del Código Civil).

Ello es lógico. En tales circunstancias, una vez cumplida estrictamente la letra del testamento, inmediatamente ya cada cual dueño de su parte, podrían cederse recíprocamente lo que quisieran o tomar otras decisiones, ajustándose de esta forma a la conocida voluntad del causante si hubiese variado o fuese distinta de la reflejada en el testamento. Por eso, el legislador estima inútil tal trámite intermedio y permite a los herederos hacer directamente lo que crean más conforme y respetuoso con la verdadera voluntad de quien les beneficia a todos.

Por supuesto, también pueden operar de este modo cuando así conviniera a sus intereses o quisieran por voluntad propia dar algún destino especial a todos o parte de los bienes.

Aunque realmente esta forma de proceder escapa de lo propiamente testamentario y en estricto sentido no puede considerarse como interpretación, la jurisprudencia ha hecho frecuentes declaraciones, que ponen de manifiesto la gran libertad de los herederos en este punto, que se deriva, en general, por otro lado, de la autonomía de la voluntad. Las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1901 y 28 del mismo mes de 1906, entre otras, declaran que en materia de sucesiones, «los actos que tácita o expresamente impliquen por parte del heredero o legatario el reconocimiento de la voluntad del testador *convalidan*

cuantos defectos puramente formales hayan podido cometerse en su extensión» (17).

La interpretación propiamente dicha supone ya la aceptación o reconocimiento de un testamento concreto, partiendo del cual se acomoda su texto a la verdadera voluntad del causante.

Cuando los herederos no se ponen de acuerdo sobre el modo de hacer la partición deberán acudir al Juez para que resuelva lo procedente, y su decisión supondrá, como es lógico, una interpretación del testamento (ver art. 1.059 del Código Civil). Únicamente los albaceas, herederos, legatarios o quienes se crean con derecho a la herencia serán quienes, como interesados, podrán plantear judicialmente la cuestión de interpretación de los testamentos.

En el supuesto de que lo que se pretenda sea no la interpretación de un testamento, lo que supone la aceptación de su validez, sino la declaración de su nulidad, la acción corresponderá exclusivamente a quienes, a falta de disposición testamentaria, correspondería *por ley* el carácter de herederos del causante (sentencias de 26 de junio de 1907 y 27 de mayo de 1913 y resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de septiembre de 1904).

Es decir, tanto en un caso como en otro, sólo se concede la posibilidad de ejercitar la acción a quienes ostentan un auténtico interés.

Pasemos ahora a la interpretación propiamente dicha del testamento, o sea, cuando se parte de un testamento específico que se desea cumplir de acuerdo con las normas legales establecidas sobre el particular y aplicando las reglas técnicas de la hermenéutica, dejando aparte el caso de que los herederos, aun prescindiendo del testamento si fuese necesario, acordasen distribuirse la herencia como tengan por conveniente, bien para mejor cumplir la conocida y verdaderamente última voluntad del causante o porque así convenga a sus intereses, y del otro supuesto indicado de que por herederos legales se pretenda la nulidad de un testamento que beneficia a personas instituidas en él y que, a juicio de aquéllos, deben ser excluidas.

2. Diferencias con la interpretación de actos «*inter vivos*»

«La interpretación del testamento—dice JORDANO BAREA—presenta características propias frente a la de los negocios jurídicos *inter vivos*» (18).

Hasta tal punto es distinto el tratamiento que corresponde a contra-

(17) ARMERO, *obra citada*, pág. 91.

(18) JORDANO BAREA, *obra citada*, pág. 13.

tos y testamentos, que algunos han encontrado en ello diferencias suficientes, que justifican una revisión de la teoría unitaria del negocio jurídico.

Respecto a los primeros, «constituye un dogma del derecho sucesorio el imperio de la libre voluntad del testador», afirmando la doctrina y la jurisprudencia que la voluntad del testador es ley de la sucesión, aunque, como es lógico, con un mínimo de formalidades o exigencias que den seguridad y seriedad al acto, según declaró la sentencia de 2 de marzo de 1935.

En la interpretación de los contratos, por el contrario, hay que tener en cuenta, junto con la voluntad, que aquí no es única, sino contrapuesta, la seguridad del tráfico, los intereses de terceros relacionados con el negocio y la protección de la buena fe, como declaró la sentencia de 23 de mayo del mismo año 1935, confirmada por la de 3 de abril de 1965, según la cual, «a diferencia de lo que sucede en los negocios jurídicos *inter vivos*, en los que al interpretarlos debe resolverse el posible conflicto de intereses entre el declarante y el destinatario de la declaración, la interpretación de los actos testamentarios, aunque tenga también su punto de partida basado en las declaraciones del testador, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real exacta o, al menos, probable de dicho testador, a causa precisamente de que no cabe imaginar un conflicto entre los sujetos de la relación sucesoria, es decir, el causante y sus sucesores».

TRAVIESAS, por su parte, afirma que es prácticamente unánime la consideración del testamento como una declaración *unilateral* de la voluntad del testador *no recepticia*, es decir, no dependiente de la aceptación por otra persona. No hay ningún «receptor», dice ENDEMANN, aunque sí beneficiario, que es cosa distinta.

La finalidad del testamento es que la voluntad del testador «se conozca» y «se cumpla», pero no que los herederos le presten su asentimiento o la modifiquen, aunque podrán disponer de los bienes cuando sean suyos por haber tenido lugar la partición o incluso en el momento de hacer ésta, en que prácticamente ya lo son, cuando exista unanimidad, mas entonces no por cumplimiento de la voluntad del testador, sino como negocio jurídico transaccional entre los interesados.

Por eso, en la interpretación del testamento se debe buscar la auténtica voluntad del testador siempre que tenga expresión, aunque sea mínima, en el mismo. Como dice la sentencia de 4 de mayo de 1966: «Por ser el testamento una manifestación de voluntad en que se expresa aquello que se quiere se haga después de la muerte, es *absolutamente necesario* llegar al conocimiento de lo que el testador *realmente dispone*,

siendo de toda evidencia que este logro no puede determinarse en un somero examen de las cláusulas testamentarias, pues esto es suficiente y atendible cuando incontrovertiblemente es exacto reflejo del querer del testador, pero nunca si se presta a diversas interpretaciones o si, pese a su evidente claridad, no concuerda con lo por él querido, que por tratarse de una declaración de voluntad no recepticia ha de imponer su hegemonía sin que nada la coarte si no se opone a la ley su libre decisión; supremacía de la voluntad sobre toda manifestación externa, que impera y rige la interpretación de sus postreras manifestaciones, así las que son reguladas por el Derecho común como por el foral.» Como dijo la sentencia de 27 de noviembre de 1957: «En materia de testamentos, desde las XII Tablas hasta nuestros días, pasando por el fragmento 34, título 17, libro 50, del Digesto; por la ley 5.^a, título 33, de la Partida VII, y por el artículo 675 del Código Civil, siempre se ha entendido que la ley suprema es la voluntad del testador.» En igual sentido, las sentencias de 3 de febrero de 1891, 26 de junio de 1891, 19 de mayo de 1893, 28 de abril de 1894, 21 de marzo de 1895, 8 de mayo de 1901, 24 de abril de 1904, 3 de octubre de 1913, 3 de abril de 1915, 16 de noviembre de 1916, 17 de mayo de 1918, 5 de diciembre de 1919, 2 de julio de 1920, 18 de abril de 1927, 30 de abril de 1927, 17 de mayo de 1927, 17 de febrero de 1928, 20 de febrero de 1928, 19 de octubre de 1929, 18 de noviembre de 1930, 20 de octubre de 1933, 5 de noviembre de 1933, 29 de diciembre de 1933, 2 de marzo de 1935, 9 de octubre de 1943, 5 de mayo de 1944, 2 de noviembre de 1944, 1 de junio de 1946, 29 de octubre de 1949, 12 de febrero de 1952, 23 de enero de 1959, 26 de octubre de 1960, 3 de febrero de 1961, 24 de febrero de 1961 y 3 de abril de 1965, entre otras. Con tal de que la referida voluntad no sea contraria a la ley, a la moral o al orden público.

Por consiguiente, en la interpretación de los contratos debe regir la denominada interpretación objetiva; en los testamentos, la subjetiva, que se dirige a averiguar la verdadera voluntad del testador y darle fiel cumplimiento. Como dice GRASSETTI, en los negocios jurídicos *mortis causa* debe prevalecer la interpretación *subjetiva e individual*, buscando el significado *personal* de la declaración de voluntad y con arreglo a circunstancias *concretas*, sin que repugne acudir a presunciones ni a los actos del testador anteriores al testamento acreditados por cualquier medio de prueba o a deducciones de su conducta.

¿Cuál es la razón del distinto tratamiento en materia de interpretación de los actos jurídicos *inter vivos* y de los *mortis causa*?

JORDANO BAREA, en su magnífica monografía sobre la interpretación

del testamento, ya citada, y a la que seguimos por su solidez, orden y claridad expositiva, sistematiza los principales argumentos de la doctrina, justificativos de la interpretación subjetiva del testamento, en los siguientes apartados:

1. La gratuidad del testamento. Al constituir normalmente la institución de heredero o nombramiento de legatario un acto gratuito del disponente en favor de los beneficiarios, es lógico que sea exclusivamente la voluntad del testador la que se tenga en cuenta en el destino de los bienes, puesto que no existe contraprestación alguna por parte de los favorecidos.

2. La no receptibilidad del testamento. El testamento es un acto unilateral no recepticio y, por tanto, no destinado a combinarse con otra declaración de voluntad, por lo cual es lógico que se atribuya al sentido subjetivo del declarante (testador) el poder decisorio en materia de interpretación.

3. El testamento es medio de conocimiento y no de vinculación. La declaración testamentaria se destina fundamentalmente a dar a conocer a quienes viven la última voluntad del declarante, mientras que las declaraciones *inter vivos* son medios de vincular a las personas y como tales deben ser jurídicamente tratadas. Su finalidad es regular el destino *post mortem* del propio patrimonio (que el difunto no se puede llevar), más aún que atribuir o dejar algo a alguien. El testador no se obliga a nada, no promete observar en el futuro—que ya no existirá para él—una determinada conducta; solamente manifiesta su voluntad sobre el destino que quiere se dé a su patrimonio cuando fallezca.

4. La imposibilidad de renovación del testamento. En los actos *inter vivos*, si se da a la expresión de voluntad de los interesados un sentido distinto al deseado, podrán rectificarse las consecuencias mediante una nueva manifestación de voluntad. En los testamentos esto no es posible al haber fallecido su autor, por lo que la interpretación de los mismos debe respetar lo más fielmente posible la auténtica voluntad del causante.

5. Preferencia del beneficiario real sobre el aparente. Según se siga una interpretación objetiva o subjetiva del testamento serán beneficiarios unos u otros herederos. Parece más lógico que un posible conflicto de intereses entre ambos, ninguno de los cuales tiene un auténtico derecho exigible, se dé preferencia al que señala la auténtica y real voluntad del testador, único titular del patrimonio que dispone *post mortem* de sus bienes, sobre el beneficiario aparente, que resulta de un interpretación literal u objetiva.

6. La peculiar naturaleza y estructura del acto de última voluntad. El testamento es un acto especial que no adquiere relevancia jurídica hasta el fallecimiento del testador. Su voluntad no claramente expresada puede ir matizándose o, más exactamente, precisándose hasta ese momento. Lógicamente, si se produce un cambio radical otorgará un nuevo testamento, pero muchas veces el testador, con su conducta, escritos, manifestaciones, etc., podrá ir exteriorizando los perfiles de su voluntad contenida en el documento otorgado. Es natural que su último sentir se tenga en cuenta dadas las características del testamento que ya han sido expuestas.

En los negocios *inter vivos*, por el contrario, la voluntad queda fijada en el momento de la perfección del negocio, aparte de que existen intereses de otras personas y del tráfico, en general, que hay que respetar, por lo que se impone en ellos una interpretación objetiva, que, al menos parcialmente, podría alcanzar incluso a los pactos sucesorios, pese a que la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1950 los equipara a los testamentos en los cuales debe prevalecer «la voluntad interna del testador».

3. Normas jurídicas principales sobre interpretación de testamentos

Las principales normas jurídicas españolas sobre interpretación de testamentos son los artículos 675 y 773 del Código Civil, que consagran el criterio subjetivo en esta materia.

Según el primero, «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, *a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador*. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento».

Dos supuestos de discrepancia entre la voluntad real y la declarada parece contemplar este artículo a continuación de la declaración inicial de conformidad plena, en cuyo caso el testamento se cumple de acuerdo con lo literalmente declarado en él.

Los dos casos de discrepancia son los siguientes:

1.º Que aparezca *claramente* que fue otra la voluntad del testador. En este caso, la *voluntad real* es la que deberá cumplirse en vez de la declarada, naturalmente siempre que exista un mínimo de expresión testamentaria de la misma, pues en otro caso no se podría hablar de interpretación del testamento, sino más bien de integración o actuación libre.

2.º *Que existan dudas* en cuanto a si la voluntad auténtica es la que figura en el testamento o es otra distinta. En tal supuesto, como es lógico, se observará, con arreglo a la interpretación *subjetiva*, lo que aparezca más conforme a la *intención del testador, según el tenor del mismo testamento*. Es decir, se procura armonizar lo que parece ser la voluntad real—puesto que se presenta dudosa—y la declarada en el testamento.

El anterior criterio subjetivo resulta confirmado gráficamente y con gran fuerza por lo dispuesto en el artículo 773, según el cual, «el error en el nombre, apellidos o cualidades del heredero no vicia la institución cuando *de otra manera* pueda saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada». Es decir, que si se nombra a Pedro Pérez y se sabe que lo que se quiso decir fue Juan Pérez, valdrá Juan. Igual ocurrirá si el heredero no se designa por el nombre, sino por cualidades que le identifiquen, por ejemplo, mis hijos, mi médico de cabecera, etc. «Si entre personas del mismo nombre y apellido hay igualdad de circunstancias y éstas son tales que no permitan distinguir al instituido, ninguno será heredero.» O sea, *si no puede saberse ciertamente*—por cualquier medio—a quién quiso instituir el causante.

La indicación del medio por el que pueda conocerse cuál fue la verdadera voluntad del testador es, como se ve, amplísima—de otra manera dice el texto legal—, o sea, por cualquier otro camino distinto del testamento; por tanto, un documento diferente, por ejemplo, e incluso la información testifical.

En la práctica podría ocurrir, en el supuesto que contemplamos de igualdad de nombre y circunstancias de los posibles herederos sin que pudiera saberse a cuál quería beneficiar el testador, que éstos se pusieran de acuerdo y uno manifestase formalmente que se trataba del otro para de este modo distribuirse después el beneficio, pues les interesará más esa solución, que parece más lógica, que la contraria de no recibir nada ninguno. Frecuentemente se tratará en este caso de parientes, y si se declara que ninguno es heredero testamentario, ambos lo serían por designación legal abintestato. De ahí quizá la solución legal, pero parece más razonable la que apuntamos de que en caso de duda sobre quién era el heredero nombrado lo fuesen ambos por mitad.

Volviendo a los posibles medios de conocimiento de la verdadera voluntad del testador, repetida jurisprudencia del Tribunal Supremo admite la prueba extrínseca, es decir, fuera del testamento, para averiguar la real *mens testatoris*.

Este criterio subjetivo amplísimo no ofrece ninguna duda. Sería absurdo que se admitiese para lo más importante, que es la designación de heredero, y no se aceptase para cláusulas menos trascendentales.

GARCÍA AMIGO dice que el Tribunal Supremo admite abiertamente la prueba extrínseca, igual que la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera (ver sentencias de 8 de julio de 1940, 3 de junio de 1947, 8 de marzo de 1956 y 18 de diciembre de 1965, entre otras).

Y en otro lugar agrega: «Cabe afirmar, desde un punto de vista práctico, que apenas se planteará un supuesto de interpretación del testamento en el cual no haya necesidad, para aclarar dudas surgidas, de acudir a la llamada prueba extrínseca o, más correctamente, a los medios extratestamentarios» (19).

Por su parte, JORDANO BAREA dice que «la exclusión absoluta de esta prueba implicaría en muchos casos la frustración de una voluntad testatoria cierta y segura» (20).

DÍEZ PICAZO, en la misma línea de pensamientos, escribe: «Cualquier medio de prueba que nos conduzca a averiguar la voluntad del testador es admisible. Como vía de ejemplo podemos señalar los antecedentes del testamento, los anteriores testamentos derogados, los posteriores que vengan a interpretar la voluntad testamentaria, los testamentos nulos por falta de forma, los borradores, apuntes, cartas, diarios, etc. También cabe acudir al comportamiento o conducta del testador que es aplicable en materia testamentaria. La jurisprudencia ha hecho uso de esta idea en diversas ocasiones» (21).

En efecto. El Tribunal Supremo ya había declarado, con referencia a las Partidas (P. 7, 33, 5), que para la interpretación de las cláusulas testamentarias se debían poner en relación con sus antecedentes (sentencias de 23 de septiembre de 1865 y 5 de julio de 1895).

Después de promulgado el Código Civil, la jurisprudencia en igual sentido es abundantísima. Entre las múltiples sentencias podemos destacar:

Las de 3 de junio de 1942 y 1 de junio de 1946, según las cuales se han de «enfocar todas las circunstancias del caso para dar a las palabras el sentido que sea más conforme a la situación, ideas y hábitos del testador, de conformidad con la supremacía que, especialmente en la interpretación del negocio jurídico unilateral, ha de concederse a la voluntad del disponente, único autor de la declaración».

La de 6 de febrero de 1958, conforme a la cual: «La interpretación

(19) GARCÍA AMIGO, *estudio citado*, pág. 965.

(20) JORDANO BAREA, *obra citada*, pág. 90.

(21) LUIS DÍEZ PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil*, tomo IV, *Sucesiones*, Publicaciones de la Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, Madrid, Copigraf, Ibiza, 52, 1967, pág. 381. En igual sentido, JORDANO BAREA, *obra citada*, págs. 47, 92, 93 y 95.

de los negocios jurídicos *mortis causa* ha de hacerse en función *subjetiva* de la voluntad del causante, que es la que da vida al acto en sus consecuencias jurídicas ulteriores al óbito, voluntad manifestada en *signos* o *palabras escritas* o simplemente *pronunciadas* en determinados casos, que, en general, responden a la intención de aquél, indagada por el intérprete a través del elemento gramatical conocido, no según el lenguaje ordinario de la comunidad en el sector social en que se hallaba nucleado el agente, sino en el propio y peculiar de éste al referirse a sus bienes y derechos en la vida de relación, ya que en otro supuesto podría incidir el juzgador en la falta grave de sustituir la voluntad real con otra no conocida con exactitud, ya que, en definitiva, las palabras responden, en general, a los actos internos o anímicos de su autor» (sentencia de 25 de abril de 1963; ver también las sentencias de 1 de junio de 1956, 6 de febrero de 1958 y 4 de noviembre de 1961).

La de 12 de febrero de 1966, que declara que «el sentido aparente tiene por fuerza que dejar paso a aquella auténtica voluntad, siempre que pueda claramente apreciarse, por impropias, inadecuadas e incluso contradictorias que parezcan las fórmulas empleadas, a la manera como proclaman las sentencias de 6 de febrero de 1958, 4 de junio de 1959, 4 de noviembre de 1961 y 21 de febrero de 1962». Así, por ejemplo, si llama «biblioteca» a su bodega o «parienta» a su mujer, valdrá la institución si su voluntad no ofrece dudas por usar el testador dicho lenguaje convencional.

La de 2 de febrero de 1950, que se refiere a «circunstancias de tiempo y de lugar» en la interpretación de la conducta del testador.

La de 27 de marzo de 1928, según la cual, en la interpretación de los actos de última voluntad es lógico «prescindir de denominaciones jurídicas que no tenía por qué conocer el testador», lego en Derecho. Así, por ejemplo, la palabra sobrinos puede referirse exclusivamente a los hijos de hermanos o abarcar un círculo más amplio de parientes; los bienes familiares pueden ser sólo los recibidos de la familia, especialmente de los progenitores, o comprender también, con un sentido económico, los que les hayan sustituido, si así lo entiende el propio testador. Por eso dice JORDANO BAREA (22) que en tales casos hay que tener muy en cuenta la mentalidad y hasta el grado de cultura jurídica del disponente, sobre todo cuando se trata de un testamento ológrafo, en el que normalmente falta el asesoramiento técnico que supone en el público la intervención del Notario autorizante.

La de 3 de junio de 1947, que atiende a documentos extraños al

(22) JORDANO BAREA, *obra citada*, pág. 83.

testamento y a la condición de Abogado del testador, que por tal motivo debía conocer las consecuencias jurídicas de sus actos.

La de 2 de junio de 1952, que admite la declaración de testigos como medio de conocer la voluntad del testador.

La de 3 de julio de 1957, que destaca la declaración del Notario autorizante del testamento como testigo de la mayor excepción.

Y, finalmente, la de 6 de diciembre de 1952, que aunque no admitió una sustitución vulgar no establecida en el testamento, pero que según testigos era idea del testador, fue por no resultar suficientemente clara tal voluntad dado su silencio después de consultar a un Letrado.

En resumen, como expresa la doctrina, el intérprete debe «ponerse en lugar del testador»; «reencarnar al testador» (JORDANO BAREA); «revivir el acto espiritual de otro» (BETTI); «resucitar al testador como a Lázaro» (KOSCHAKER); «*place it self in the shoes of the testator*» (jurisprudencia inglesa).

Como venimos diciendo, en la interpretación de las disposiciones de última voluntad se ha de buscar la verdadera intención del testador manifestada y recogida por cualquier procedimiento, siempre que figure indicada en el testamento, aunque sólo sea en «espíritu».

Creemos que en este camino de averiguar la verdadera voluntad del testador no se puede llegar a «inventar» una voluntad y menos aún a deducir de lo escrito lo contrario de lo que realmente se dice.

Lo que debe hacerse en la interpretación es buscar lo que «verdaderamente se quiso decir», aunque se exprese mal, y siempre que en el testamento exista una base, por pequeña que sea, para sostener su auténtica voluntad, sobre todo cuando tal verdadera voluntad ni siquiera cambia en aspectos secundarios, sino que es la misma en el momento de hacer el testamento y en el de la muerte y, por añadidura, está reiteradamente aclarada por la conducta del testador e incluso por documentos autógrafos formales y solemnes, aunque imperfectos, amén de por testigos, entre los cuales el propio Notario autorizante del testamento sería el más cualificado.

Algunos autores piensan incluso que la voluntad inicial, incipiente o imperfectamente manifestada en el testamento, puede ir perfeccionándose en el tiempo y hasta evolucionar en sentido distinto al verdaderamente contenido en el testamento que se interpreta. En tal caso creen que se debe tener en cuenta, aunque discrepe de la claramente manifestada en el testamento, la que resulte ser verdaderamente «última voluntad».

Así, GARCÍA AMIGO, para quien el Juez debe llegar en su labor a una interpretación integrativa, «penetrando fielmente en el pensamiento fun-

damental del testador, para inducir el espíritu que anima el testamento y con él resolver los supuestos *no previstos ni mencionados* por el causante en su declaración testamentaria» (23). En análogo sentido, DANZ y LANGE (24), que pone el ejemplo de un testador casado con una mujer cuando otorgó el testamento, a la que instituye heredera sin designarla por su nombre, sino diciendo simplemente «mi esposa». Fallecida ésta, el viudo contrae nuevo matrimonio, y queriendo que vaya a la última su herencia, piensa que sirve con tal objeto el anterior testamento por no expresarse en él nombre alguno. En esta situación fallece el autor del testamento y se plantea la cuestión de la validez de la cláusula indicada en beneficio de la viuda del causante.

LANGE no duda en estimar válida la institución en favor de la segunda esposa, y así lo ha declarado también la jurisprudencia alemana en una célebre y discutida sentencia de 10 de diciembre de 1931. Incluso piensa LANGE que valdría la designación aunque existiesen algunas diferencias accidentales expresadas en el testamento entre la primera y la segunda mujer, por ejemplo, si el testador dijese: «instituyo heredera a mi rubia esposa» y la segunda mujer fuese morena.

Consideramos bastante arriesgado el criterio de LANGE y sus seguidores, pues realmente la mujer no debe ser considerada como algo fungible. La institución, teniendo en cuenta la fecha del otorgamiento, es como si el testador hubiese dicho: instituyo heredera a mi esposa, Fulana de Tal y Cual, en cuyo supuesto no hay duda de que el propio testador habría comprendido, si quería instituir a su segunda mujer, que tenía necesidad de otorgar nuevo testamento.

Esto es lo que ha entendido la jurisprudencia suiza, que en un caso semejante se pronunció en sentido contrario.

Sin embargo, si la verdadera interpretación debe buscar la auténtica voluntad del testador, con una expresión, aunque sea mínima, en el testamento, siempre que se demuestre su íntimo deseo, ambas soluciones, aunque parezcan contradictorias, pueden ser compatibles, pues bien podría ocurrir que en el fallo del Tribunal alemán se hubiese demostrado que la voluntad del testador era favorable a su segunda esposa y no sucediese lo mismo en el supuesto suizo.

Otro ejemplo de redacción dudosa o ambigua que se debe evitar: una persona, dueña de una gran fortuna, hace testamento en el que encomienda la administración de su herencia, cuando fallezca, al Patronato de un colegio donde se educa su único hijo. En una cláusula establece:

(23) Estudio citado publicado en la *Revista de Derecho Privado*, 1959, página 971.

(24) JORDANO BAREA, *obra citada*, pág. 113.

«Completada la educación de mi hijo, el Patronato del colegio le dará lo que quiera.» Fallecido el testador y alcanzada por su hijo la mayoría de edad, reclama al colegio la herencia de su padre. El Patronato pretende quedarse con la mayor parte entregando al reclamante una porción insignificante de los cuantiosos bienes administrados. Y entonces se plantea el problema de la interpretación de la confusa cláusula. ¿Qué quiere decir «lo que quiera»? ¿Quién? ¿El Patronato? ¿El hijo? Alguien jocosamente interpretó que correspondía al hijo lo que quería el Patronato.

La auténtica voluntad paterna podría ser investigada en base a manifestaciones verbales o escritas del interesado, prueba de testigos, etc. Lógicamente, el afecto del padre se dirigirá preferentemente a su hijo. Y aunque pretendiese retribuir con esplendidez al colegio en que se educaba, no cabe pensar que quisiera dejar al mismo la mayor parte de sus bienes, desheredando prácticamente a su sucesor natural. Si el colegio cobraba determinados honorarios durante la vida del padre, si éste tenía hechos ciertos cálculos, etc., estos datos podrían servir de base, junto con lo que normalmente correspondiese por administración, para una solución justa, evitando una pretensión leonina.

Realmente, la interpretación integrativa busca no ya la voluntad, sino la intención, y es más «inteligencia» o comprensión de la última voluntad, que interpretación propiamente dicha del testamento, salvo que se dé a esta expresión un sentido muy amplio.

No hay que confundir, sin embargo, voluntad *presunta* deducida de indicios, conjeturas y suposiciones, fundamento de la interpretación integradora, con la voluntad *tácita*, que es plenamente real y tiene su firme apoyo en el testamento.

De todos modos, aun con un amplio criterio interpretativo hay que andar con cautela en ciertos supuestos en que la voluntad se presenta muy ambigua, pues podría ocurrir que se hiciese lo contrario de lo que verdaderamente habría querido el testador. Por eso hay que combinar bien todos los medios a nuestro alcance sin dejarnos influir sólo por alguno. Es lo que viene a declarar la sentencia de 9 de julio de 1917, según la cual, en la interpretación de las cláusulas testamentarias se deben «concordar unas con otras e inspirarse en el sentido general del testamento, puesto que de su conjunto hay que derivar la verdadera voluntad del testador». Y más precisamente la de 6 de marzo de 1944, al declarar que «los elementos gramatical, lógico y sistemático no pueden aislarse unos de otros ni ser escalonados como categorías o especies diversas de interpretación, pues no son más que instrumentos que el intérprete ha de poner en juego dentro de un proceso interpretativo ordinario».

En resumen, conforme a los señalados artículos 675 y 773 del Código Civil, básicos sobre la materia, debidamente aclarados por la jurisprudencia, la interpretación del testamento debe hacerse buscando la verdadera voluntad del testador por todos los medios a nuestro alcance sin excluir la prueba externa, siempre que tenga expresión, aunque sea muy elemental, en el testamento, combinando todas sus cláusulas y los procedimientos aclaratorios existentes: gramatical, lógico, histórico y sistemático.

A más de los artículos básicos del Código Civil que hemos analizado sobre interpretación de testamentos, existen en el mismo cuerpo legal otros preceptos referentes a casos particulares muy concretos. Son los artículos 246; 347; 668, párrafo 2.º; 747; 749; 751; 768; 770; 771; 779; 780; 864, y 879.

Los dos primeros fijan el alcance de las expresiones muebles e inmuebles.

El 668, párrafo 2.º, atribuye en la duda la cualidad de heredero, aunque no se utilice esta expresión.

Los 747, 749 y 751 determinan la distribución de los bienes dejados para sufragios y obras piadosas, a los pobres en general y a los parientes.

El 768 se refiere a la designación de heredero en cosa cierta y determinada; el 769, a la concurrencia de llamamientos individual y colectivo; el 770, al llamamiento de hermanos de doble y único vínculo; el 771, al llamamiento simultáneo de una persona y sus hijos; el 779, a la sustitución recíproca de instituidos en partes desiguales; el 780, a la subsistencia de cargas en caso de sustitución; el 864, a la cuantía del legado de cosa que pertenece sólo en parte, y el 879, al legado de educación y alimentos.

Aparte de ellos pueden ser asimismo aplicadas por analogía las normas de interpretación de los contratos que mantienen un criterio subjetivo: artículos 1.281 a 1.283 y 1.285.

Las que sostienen un criterio objetivo en beneficio del tráfico jurídico, para la protección de terceros de buena fe o en perjuicio de los causantes de la oscuridad, no son aplicables a los testamentos, pues en ellos no se dan los supuestos previstos de existencia de partes opuestas, etc., por lo que no funcionan los principios que proclaman, como ya hemos señalado anteriormente.

También podrá tenerse en cuenta en la interpretación de los testamentos el artículo 1.258 del Código Civil, que hace una referencia general al principio de la buena fe.

El artículo 1.281 del Código Civil, referente a la interpretación de los contratos, viene a coincidir en el criterio que establece con el del

675, al decir que si los términos de un contrato resultan claros se estará al sentido literal de sus palabras. Como reza un clásico aforismo *in claris non interpretatio*. No es que no pueda plantearse cuestión ante lo *aparentemente* claro, es que normalmente no se planteará.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.282, los actos anteriores, coetáneos y posteriores pueden contribuir a la acertada interpretación del testamento. Realmente algunos de estos actos pueden incluso reflejar una evolución o matización de la voluntad del testador, no sólo una aclaración a la voluntad que tuvo en el momento de hacer el testamento. En ocasiones, al realizar un acto no se perciben claramente todas las consecuencias del mismo ni siquiera la mayor parte de ellas, sino sólo las más importantes. Con el tiempo pueden descubrirse otras consecuencias implícitamente incluidas en la declaración de voluntad y darles asentimiento. Creemos que a estas consecuencias debe extenderse también la interpretación del testamento, como viene a confirmar la jurisprudencia, siempre que exista en el documento una base o principio de voluntad, aunque sea mínimo (ver sentencias de 8 de abril de 1931, 20 de febrero de 1940, 20 de abril de 1944, que reconocen validez interpretativa a los actos *anteriores* del testador; la de 23 de octubre de 1925, a los *posteriores*, y la de 18 de diciembre de 1953, a los *coetáneos y posteriores*).

Del artículo 1.285 se deduce una norma positiva para la interpretación de los testamentos. En ellos, unas disposiciones deben interpretarse por otras, deduciendo la conclusión a que se llegue del conjunto de todas.

Complemento, en cierto modo, del anterior precepto, en su aspecto negativo, es el artículo 1.283, conforme al cual en ningún caso deberán entenderse comprendidos en el testamento cosas distintas ni casos diferentes de los previstos y queridos por el testador.

Del artículo 1.284 resulta el principio de conservación del testamento no de un modo absoluto, sino siempre que se presuma que el testador preferiría su cumplimiento, aun con cierta inseguridad en el conocimiento de su verdadera voluntad, a la apertura de la sucesión intestada. Ello es lógico, pues aquí no juegan la seguridad del tráfico ni intereses de terceros de buena fe.

Por último, conforme al artículo 1.289, en su única parte aplicable a los testamentos, en el caso de no poder conocerse cuál fue la verdadera voluntad del testador, el testamento será nulo. Así vino a declararlo, con referencia a un testamento ológrafo, la sentencia de 8 de junio de 1940, según la cual, «cuando la voluntad es incognoscible de una manera cierta, por ejemplo, si las expresiones empleadas son inintelligi-

bles, el caso se confunde con la ausencia de voluntad». De ahí la importancia que hemos atribuido a la claridad con que debe exponerse la última voluntad, especialmente en el testamento ológrafo, en el que normalmente no existe el asesoramiento de un técnico en Derecho.

La aplicación del artículo 1.258 del Código Civil en la interpretación de los testamentos cuando se refiere a la buena fe requiere alguna aclaración. En los testamentos resulta extraño el concepto de buena fe aplicado al testador, puesto que no existen contraprestaciones por parte de los beneficiarios, razón por la cual su voluntad es libre sin que pueda hablarse de buena fe en el cumplimiento de obligaciones que no tiene. Pero puede ser tenido en cuenta en el sentido de que la interpretación debe hacerse con *lealtad* por parte del intérprete, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el caso de que se trate. La buena fe consistiría, por tanto, en ser leal a la auténtica voluntad del testador. En realidad, esta postura del intérprete no es ni siquiera lealtad al testador, sino lealtad a sí mismo; es decir, el intérprete debe comportarse con integridad moral, siendo fiel a la verdad, a la conciencia y a la conclusión justa que en su investigación de la voluntad real del testador haya llegado. Por consiguiente, no es, en esencia, un elemento de interpretación, sino de conducta, y hay que pensar que normalmente las personas obran con objetividad y honradez. Únicamente cabría aplicar estrictamente este concepto o elemento a las relaciones entre los herederos, que interpretando fielmente la voluntad del testador deberán actuar de buena fe en sus relaciones recíprocas. Por supuesto, cuando interviene el Juez, su objetividad es la regla. Hablar de buena fe del Juez sobra. Si no fuese así incurriría en responsabilidad. Para GRASSETTI, las normas interpretativas no son simples reglas técnicas, sino que tienen carácter imperativo, por lo que su inobservancia por parte del Juez puede ser impugnada en casación.

Indicadas las reglas generales y especiales del Código Civil sobre interpretación de testamentos, así como las aplicables por su carácter subjetivo referentes a los contratos, veamos ahora, como ejercicio de aplicación de las mismas, algún caso práctico.

CASOS PRACTICOS

JUAN B. JORDANO BAREA termina su completo libro sobre interpretación de testamentos con un caso práctico.

Se trata de un testador que «instituye y nombra heredera usufructuaria vitaliciamente a su consorte» con facultad de disponer en caso de necesidad. Y en nuda propiedad a una hermana casada, que sería

sustituida por sus hijas legítimas. A otra hermana soltera la instituye «heredera usufructuaria vitalicia en la mitad de la herencia».

Establece otras disposiciones de menos interés.

El testador era socio mayoritario de una compañía mercantil en la que sólo existía otro socio, que ostentaba la condición de gerente.

La viuda consulta cuál es su condición en la herencia y si puede de alguna manera ser nombrada cogerente de la sociedad.

En el dictamen emitido por el autor, con sólidos argumentos, le contesta:

1.º Que su condición es la de heredera fiduciaria de toda la herencia, a pesar de su apariencia de simple usufructuaria, condición que ostenta respecto a la mitad de la herencia, una vez fallecida la esposa, la hermana soltera del testador.

2.º Que, en consecuencia, la viuda puede pedir la convocatoria de junta general de la sociedad, y como representa la mayoría del capital, ser nombrada gerente de la empresa en lugar del actual.

Vale la pena leer íntegro el interesante dictamen.

* * *

Siguiendo el mismo criterio práctico terminaremos también con otro caso enfocado de manera que puedan extraerse del mismo conclusiones de aplicación general.

Una persona soltera redacta un testamento ológrafo, que fecha y firma. Lo hace como medio de recoger meditadamente su pensamiento y luego lo lleva al Notario para que, conforme a lo contenido en él, autorice un testamento público. Este testamento es prácticamente copia del ológrafo con sólo la agregación de una cláusula que coincide con la clásica de estilo referente a la posible aparición de nuevos bienes después de realizada la partición—y como tal parece debe ser entendida—, puesto que en el testamento dispone de todos los bienes que tiene, los cuales divide en dos grupos: los de procedencia familiar y los adquiridos por ella juntamente con los productos de todos.

Las disposiciones del testamento en su conjunto—es decir, el tenor del mismo testamento—establecen que los bienes de origen familiar heredados de sus padres sean para la familia, es decir, sus hermanos o estirpes de hermanos y una sobrina—como una parte más—que ha vivido desde pequeña con la testadora, y los bienes adquiridos por ella—tres banales, cuentas bancarias y los productos de todos—para legados pios, sufragios y los gastos de entierro y funeral. Estos últimos bienes los reseña todos, uno por uno. Por consiguiente, todos los bienes están incluidos en uno u otro grupo, y la referencia a otros posibles no tiene

más sentido que a los ignorados en el momento de la muerte que pudieran aparecer después de hecha la partición. Incluso en este momento tendrían que encajarse en uno u otro grupo, pues o serán de origen familiar o adquiridos por ella, incluidos los rendimientos de cualquiera de ambos. No hay otra posibilidad. Por consiguiente, lo más razonable es que se trate de una cláusula de estilo puesta por el Notario automáticamente, sobre todo si se tiene en cuenta que en el primer testamento ológrafo, base del notarial y del cual éste es copia casi literal, no se incluye esta cláusula.

Posteriormente, para evitarse las molestias que supone el cultivo de las fincas, vende la mayor parte de los bienes familiares a un sobrino, que le entrega, en contrapartida, un buen paquete de acciones. Y adquiere una casa en la capital.

Fallecidos la mayor parte de sus hermanos, piensa distribuir la herencia por sobrinos, y siguiendo el mismo procedimiento que utilizó antes, comienza a redactar un nuevo testamento ológrafo, prácticamente completo, pero que no llegó a fechar y firmar por sorprenderle la muerte. En él establece unos legados piadosos en los bienes concretos que no eran de origen familiar y en los demás instituye herederos a sus sobrinos por partes iguales, excepto a la sobrina que ha vivido con ella desde pequeña, que ordena recibirá cuatro partes en vez de una. Acentuando su preferencia y confianza por tal sobrina, le lega todos los muebles y enseres existentes en sus casas del lugar de residencia habitual y de la que adquirió posteriormente en la capital y, asimismo, establece que dispondrá de la totalidad de los saldos de cuentas bancarias y cartillas de ahorro, que antes tenía a su solo nombre y recientemente había puesto a nombre indistinto con su citada sobrina. No existe referencia a otros posibles bienes. Es conocido su deseo de otorgar nuevo testamento notarial, para el que serviría de pauta el último ológrafo que estaba redactando y que no llegó a fechar ni firmar por fallecer inesperadamente de un colapso cardíaco.

Abierta la sucesión y planteado el problema particional, el albacea contador-partidor convoca a los herederos para, como es habitual, cambiar impresiones con ellos sobre el modo de hacer la partición.

A nuestro juicio, éstos podían seguir tres caminos:

El primero—de acuerdo con la norma del Código Civil, artículo 1.058, que dice que si los herederos fuesen mayores de edad y tuviesen la libre disposición de los bienes podrán hacer la partición del modo que estimen conveniente—, cumplir la verdadera voluntad de la causante contenida en «su último testamento»—el ológrafo sin fecha ni firma que así llama ella—, aunque no fuese legalmente válido. En lo que apareciese

incompleto podrían observar el notarial o cualquier otra información complementaria y auténtica, llenando las lagunas de la manera que les pareciese más ajustada a los verdaderos y conocidos deseos de la testadora.

Este criterio sobrepasa, indudablemente, la estricta interpretación del testamento válido, pero es legalmente posible dada la facultad reconocida a los herederos, que así respetarían fielmente la memoria de la causante. Es también la más moral, puesto que otro comportamiento, aunque fuese más legalista, implicaría disponer de los bienes contra la expresa voluntad de la testadora, manifestada por escrito y bien conocida, sin dudas de ninguna clase.

El segundo camino consistiría en cumplir el testamento notarial legalmente válido, interpretándolo conforme a las reglas contenidas en la legislación y señaladas por la doctrina, que, en resumen, son:

a) Debe prevalecer la voluntad real sobre la declarada (art. 675 del Código Civil).

b) En caso de duda se observará lo más conforme a la intención del testador según el tenor de todo el testamento (art. 675, párrafo 2.º).

c) Cualquier declaración testamentaria, por elemental o mínima que sea, puede completarse o aclararse por no importa qué medio de prueba, incluso extrínseca (incluidos notario y testigos a más de cualquier documento). El medio de prueba más perfecto y de mayor fuerza son los escritos del testador anteriores, coetáneos y posteriores al testamento que se interpreta—mejor aún si son autógrafos—. Luego sigue su conducta o comportamiento, la manifestación o criterio del Notario que autorizó el testamento e incluso, en último término, la declaración de testigos.

Conforme a estas normas interpretativas señaladas por la Ley, la jurisprudencia y la doctrina resulta:

1.º Que la idea básica general de la testadora era que los bienes de origen familiar—o que les hubiesen sustituido—fuesen para la familia, y los adquiridos por ella y rendimientos de unos y otros, para obras piadosas y benéficas.

Conforme a esta idea general, y de acuerdo con «el tenor del mismo testamento», los valores adquiridos deberían destinarse a los fines piadosos señalados por la testadora e igualmente los rendimientos de todos sus bienes.

2.º Que deseaba que la sobrina que se había criado con ella percibiese de los bienes familiares tanto como un hermano, si la herencia se distribuía entre éstos, o cuatro sobrinos, si se dividía entre tales parientes.

3.º El hecho de haber puesto las cuentas bancarias y cartillas de ahorro, que antes tenía a su nombre, indistintamente con su citada sobrina y el de atribuirle en su «último testamento», según ella lo designaba, *la totalidad* de los saldos que existiesen, obliga, interpretando rectamente el testamento notarial y las normas que regulan la materia a considerar del citado familiar, *al menos, la mitad* del saldo de que legalmente podía disponer después de fallecida la testadora.

Basándose—incluso literalmente—en la cláusula testamentaria que dispone que su mencionada sobrina retiraría previamente a la partición los muebles que dijese le pertenecían, pudo retirar los que quisiera, puesto que la testadora, en documento escrito de su puño y letra, declaraba que eran para ella. Nadie duda de que si alguien, incluso verbalmente, da una medalla, un reloj, una pulsera o cualquier otro objeto a una persona, ésta es dueña del mismo. Si la donación no se hace verbalmente, sino mediante documento autógrafo, no hay ninguna razón para atribuirle menos valor.

El tercer camino sería cumplir *a la letra* el testamento notarial, *cláusula a cláusula* aisladamente consideradas, sin hacer su interpretación según la *intención del testador* y a tenor del *conjunto del mismo testamento*.

Pero en este caso, los valores no serían ni *bienes familiares* ni *bienes adquiridos*, sino los *otros bienes* a que se refiere una de las últimas cláusulas del testamento, categoría difícil de catalogar y que lógicamente, quiérase o no, habría que encajar en uno u otro grupo.

Y, desde luego, con un criterio tan rigorista y literal, tan «legalista», aunque tan poco legal, lo que no podría pretenderse de ninguna manera, por ningún heredero, sería el cumplimiento tan al pie de la letra de la *lex testatoris*, sabiendo, por añadidura, que no reflejaba el sentir de la causante, y el no cumplimiento con igual exactitud de otras leyes y normas en las que cabe menos una interpretación subjetivista—cuentas indistintas, previa retirada de bienes considerados propios, etc.—y que sí se sabía con certeza que eran fiel expresión de la voluntad y confianza de la testadora, puesto que ella lo había manifestado así con su conducta y escritos autógrafos, que no dejan lugar a ninguna duda.

Suele ocurrir en la vida que los herederos de una persona—especialmente si no son muy directos—no se pongan de acuerdo para cumplir—como pueden hacerlo conforme al artículo 1.058 del Código Civil—la auténtica voluntad conocida con certeza del testador, aunque no

conste en testamento formalmente válido. E incluso que una justa interpretación sea difícil con referencia a un testamento válido por querer acomodarlos los varios interesados a su propia conveniencia, pese a las claras reglas existentes en la legislación, jurisprudencia y doctrina sobre esa materia. Ello no es raro, pues siempre caben en los negocios jurídicos distintas tendencias interpretativas. Por eso en dichas materias surgen los pleitos y cada parte defiende una postura contraria, asesoradas incluso por Letrados más o menos ecuanímes y objetivos.

En estos supuestos, el albacea, si lo hay, puede imponer su criterio, sin perjuicio de que el heredero o herederos disconformes acudan a los Tribunales si lo consideran conveniente a su derecho.

Si no existe albacea y los interesados no se ponen de acuerdo sobre la interpretación del testamento, deberán acudir también a los Tribunales para que éstos decidan lo que proceda mediante una partición judicial.

De las tres soluciones apuntadas, a nuestro juicio, la primera es la más moral, equitativa y ajustada al derecho natural, en que el positivo debe apoyarse. La segunda es la más jurídica y, desde luego, mediante ella puede darse cumplimiento a la verdadera voluntad testamentaria. La tercera sólo es aceptable como fórmula de compromiso para evitar tener que acudir a los Tribunales.

GABRIEL ALFÉREZ CALLEJÓN

APENDICE

MODELO ESQUEMÁTICO GENERAL DE TESTAMENTO OLÓGRAFO

Testamento ológrafo de,
 mayor de edad, hijo de y de,
 soltero (o casado con, de
 cuyo matrimonio ha tenido los siguientes hijos:
, todos vivos en la actualidad, mayores de edad y solteros—o lo que sea—).

Disposiciones

1. Soy católico, apostólico, romano, en cuya fe he procurado vivir y deseo morir.

Quiero un entierro sencillo, sin publicación de esquelas ni avisos. Dejo a la voluntad de mis familiares lo referente a sufragios por mi alma.

2. Instituyo herederos, por partes iguales, a mis hermanos Si alguno faltare, le sustituirán en su porción sus descendientes legítimos.

Si el que faltare no tuviese herederos directos, su parte acrecerá a los demás hermanos.

3. Nombro albacea contador-partidor a don , que actuará de acuerdo con los herederos en cuanto a la distribución de los bienes. Si no se ponen de acuerdo, el primero hará libremente lo que crea mejor. Y si algún interesado estuviera disconforme y acudiera a los Tribunales, no recibirá nada, incrementándose proporcionalmente la parte de los restantes.

Así lo dispongo en, a de de

(Firma habitual)

Algunas posibles cláusulas especiales

- Instituyo herederos en pleno dominio a mis hijos , y a mi esposa en el usufructo universal a título personal, rogando a los primeros que respeten esta disposición.
- Instituyo herederos en nuda propiedad a mis sobrinos , y en el usufructo universal, a mi esposa
- Si algún heredero o legatario no se conformase con lo dispuesto en este testamento o con la partición que haga el albacea y acudiese a los Tribunales, no recibirá nada y su parte acrecerá proporcionalmente a los restantes herederos.