

foro de debate jurídico

El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones

Silvia Díaz Alabart

Catedrática de Derecho civil

Miembro del Foro Reus de Debate Jurídico

REUS
EDITORIAL

Foro de debate jurídico Reus
Miembros fundadores

Moisés Barrio Andrés (secretario), Martín Bassols Coma, Javier Borrego Borrego, Raúl Canosa Usera, Antonio Castán Pérez-Gómez, Luis Javier Cortés Domínguez, Valentín Cortés Domínguez (vice-presidente), Silvia Díaz Alabart, Federico Durán López, Enrique Giménez-Reyna, Víctor Moreno Catena, Antonio Mozo Seoane, José Luis Piñar Mañas, Álvaro Rodríguez Bereijo (presidente), Carlos Rogel Vide (coordinador).

PONENCIAS PUBLICADAS

1. *El ámbito tridimensional de la propiedad inmueble*. Carlos Rogel Vide, 2017.
2. *Ciberdelitos: Amenazas criminales del ciberespacio*. Moisés Barrio Andrés, 2017.
3. *La financiación de las Comunidades Autónomas: reflexiones para su revisión*. Enrique Giménez-Reyna, 2018.
4. *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: Problemas y posibles soluciones*. Silvia Díaz Alabart, 2018.

Foro de debate jurídico
Ponencias

Director de la Colección: Carlos Rogel Vide
Catedrático de Derecho civil

**EL TESTAMENTO OLÓGRAFO
DE LAS PERSONAS
MAYORES DEPENDIENTES:
PROBLEMAS Y POSIBLES
SOLUCIONES**

Silvia Díaz Alabart
Catedrática de Derecho civil
Miembro del Foro Reus de Debate Jurídico

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2018

© Silvia Díaz Alabart
© Editorial Reus, S. A., para la presente edición
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
(34) 91 521 36 19
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
<https://www.editorialreus.es>

1ª edición, REUS, S.A. (Marzo, 2018)
ISBN: 978-84-290-2053-3
Depósito Legal: M-15459-2018
Diseño de portada: Editorial Reus
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: *Estilo Estugraf Impresores S.L.*

Ni Editorial Reus ni los Directores de Colección de ésta responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

I. Introducción

El testamento ológrafo¹, cuyo otorgamiento está reservado en el Código civil a las personas mayores de edad, se define como un testamento que no precisa de la intervención ni de fedatario público ni de testigos, manuscrito y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorga (art.688 CC)².

A la muerte del testador, cuando el testamento ológrafo aparezca entre los documentos personales del causante, o, en el caso de que lo tenga en su poder una tercera persona³ lo comunique, es requisito de efi-

¹ Se trata de una figura que carece de antecedentes seguros en nuestro Derecho histórico, y que procedente del Código Napoleón, que lo tomó del Derecho Romano (novela 21.2.1 de Valentiniano III, año 446 D.C.). En el Derecho español aparece por primera vez en el Proyecto de 1851, cuyas orientaciones al respecto se introdujeron en nuestro vigente Código Civil.

² Es destacable que este forma testamentaria no está admitida en todos los ordenamientos más cercanos al nuestro, así por ejemplo no lo está en el Código Civil portugués.

³ ESPINO BERMELL, C., «El testamento ológrafo. Adveración y protocolización», Reus, Madrid, 2017, pg. 125, señala que dado que el CC no lo prohíbe es posible que sean varias personas las que custodien el testamento ológrafo. En realidad

cacia, su presentación para advenirlo (comprobación de que efectivamente el documento está redactado de puño y letra del testador y que reúne el resto de los requisitos del art. 688 CC), y protocolización (lo que supone que lo que era hasta ese momento un mero documento privado, pase a escritura pública⁴).

Hasta la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015, el testamento ológrafo se presentaba ante el Juez de primera instancia del último domicilio del testador, o ante el lugar en que éste hubiese fallecido. Desde la entrada en vigor de la mencionada ley habrá de presentarse ante notario competente para actuar en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviera la mayor parte de su patrimonio (arts. 691 y 689 CC, y también art.61.1 de la Ley del Notariado)⁵.

esa posibilidad es difícil de imaginar ya que aunque sean varios los que tengan conocimiento de la existencia del testamento ológrafo lo usual será que quien lo custodie sea una sola persona. Excepcionalmente podrían custodiarlo más de una persona, por ej., cuando tal encargo lo haya hecho el testador conjuntamente a un matrimonio.

⁴ Esto permite que el ológrafo tenga la eficacia transmisiva propia de los testamentos, y para que sea título bastante tanto para transmitir el dominio de los bienes del causante, como para justificar la cualidad de heredero del instituido. Obviamente la protocolización también garantiza la custodia notarial del testamento desde ese mismo momento.

⁵ Norma que también se modificó por la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria (Disposición adicional undécima).

El art. 689 CC introduce un requisito de eficacia para el testamento ológrafo con la exigencia de que no se pueda protocolizar, si se presenta una vez transcurridos cinco años desde el fallecimiento del testador. Es un plazo de caducidad.

La facilidad que supone para el testador el poder otorgar este tipo de testamento por sí y ante sí, con absoluto secreto⁶, sin intervención de terceras personas, ni costes⁷ y en cualquier momento o situación, hace que –pese a las indudables ventajas que frente a él ofrece el testamento notarial abierto-⁸, en la práctica se otorgue con bastante frecuencia.

⁶ Hoy el contenido del testamento notarial abierto, además del testador, solamente lo tienen que conocer el notario que lo autoriza y sus auxiliares materiales (así, la persona que pasa a limpio la voluntad del testador), todos ellos ligados por la obligación de secreto profesional y responsables en el caso de no guardarlo como corresponde. Así pues, las disposiciones del testador en testamento abierto también puede decirse que son secretas.

⁷ Sin costes solamente para el propio testador. En cambio los instituidos en el ológrafo tendrán que pagar todos los gastos de adverbación y protocolización del mismo.

⁸ El testamento abierto otorgado ante notario permite al testador solicitar asesoramiento a aquél sobre la manera de dar la forma jurídica más adecuada a sus disposiciones testamentarias, lo que minimiza el riesgo de que puedan ser declaradas nulas. El juicio de capacidad del testador emitido por el notario, aunque solamente genere una presunción *iuris tantum* de dicha capacidad, es un importante dato a sumar a la presunción general de capacidad testatoria de los mayores de 14 años no incapacitados. El cumplimiento de todos los requisitos de iden-

Dentro de esta utilización frecuente hay que señalar a un sector de personas claramente determinado; las personas mayores dependientes. Entendiendo por tales a aquellas personas de edad avanzada, cuya situación hace que necesiten de cuidadores para poder resolver sus necesidades del día a día, en cuanto a movilidad, aseo, alimentación, cuidados médicos, etc. Muchas veces sus problemas de salud tienen su origen en el padecimiento de patologías neurológicas asociadas mayoritariamente a la ancianidad y, que les producen un importante deterioro físico y cognitivo. No obstante, aun encontrándose en esas condiciones, es bastante habitual que no tengan establecidas medidas de apoyo y, por lo tanto gocen de la presunción

tificación del testador y la solemnidad del otorgamiento propios de estos testamentos, eliminan cualquier duda sobre la identidad del testador y su voluntad de disponer de sus bienes para después de su muerte. El hecho de que los testamentos abiertos se recojan en el protocolo notarial garantiza su conservación y que ninguna tercera persona pueda modificarlo. Asimismo el que el notario esté obligado a dar cuenta del otorgamiento del testamento al Registro de Últimas Voluntades, facilita que a la muerte del testador sea sencillo conocer cual fue el último testamento otorgado y obtener una copia del mismo.

Otra de las ventajas indudables que ofrece el testamento abierto frente al ológrafo es que, como aquél al otorgarse en documento público, no necesita de protocolización, no tiene el riesgo de que por no hacerlo dentro del plazo quinquenal que establece el art.689 CC se vea privado de eficacia.

de tener plena capacidad de obrar como mayores de edad que son⁹.

El porcentaje de personas ancianas en estas condiciones es muy alto en Europa, y las previsiones de futuro indican que esa tendencia a corto y medio plazo seguirá al alza. Hasta hace relativamente pocos años estos cuidados los prestaban mayoritariamente los familiares del anciano, aunque éstos no fueran parientes muy cercanos. En nuestros días las cosas han cambiado mucho, entre otras razones por la incorporación de las mujeres al mercado laboral, y un cierto debilitamiento del vínculo familiar cuando la relación de parentesco no es muy próxima. Hoy es habitual que sean cuidadores asalariados ajenos al ámbito familiar quienes se ocupan de atender a estas personas sin que, en bastantes casos, exista un control por parte de la familia, o éste sea relativamente escaso. El día a día del mayor dependiente se desarrolla con su cuidador,

⁹ Aunque el contrato de gallego de vitalicio (Ley de Derecho Civil de Galicia, arts.147-156), también tiene como fin el que personas –generalmente de edad avanzada–, puedan ver cubiertas todas sus necesidades, incluyendo incluso las afectivas (art.148,1 in fine), a cambio de la cesión de determinados bienes y derechos a las personas que se ocuparán de cuidarlos, nada tienen que ver con el caso que se contempla en este trabajo. Lo primero es que no se trata de un negocio *mortis causa*, sino que es un negocio *inter vivos*. El vitalicio es un contrato que ha de otorgarse en escritura pública, y que permite a ambos contratantes, cedente y cesionario resolver o desistir del contrato cuando se den los requisitos legales para ello (arts. 152 y 153).

ÍNDICE

I. Introducción.....	7
1.Una sentencia del Tribunal Supremo que sirve de ejemplo para lo que se va a tratar	11
II. Planteamiento de cuatro de los problemas que suscitan los testamentos ológrafos..	15
III. Si en el documento, que externamente reúne los requisitos legales para ser considerado un testamento ológrafo, existe o no una verdadera voluntad de testar.....	25
IV. La seguridad de que el testador goza de la capacidad natural suficiente para el otorgamiento del testamento.....	29
V. El testamento ológrafo y la firma del testador.....	33

VI. La posible captación de voluntad en el caso que nos ocupa y soluciones que pueden darse.....	45
1. Las posibles soluciones.....	45
1.1. De acuerdo con el vigente texto del Código civil.....	45
1.2. De lege ferenda.....	53
Bibliografía.....	57

Esta obra se ocupa de los problemas que puede plantear actualmente el testamento ológrafo, un modo de testar que por su sencillez se utiliza bastante a menudo, y en particular de los que pueden surgir en el caso de que el testador sea una persona anciana dependiente. Considerando las grandes expectativas de vida en la actualidad en España y lo frecuente de que en las últimas etapas de la vida las personas estén en una situación de máxima vulnerabilidad, el supuesto que se trata puede darse con cierta frecuencia en la práctica. Por último, se trata de ofrecer una solución a los mencionados problemas, preservando la capacidad testatoria de las personas mayores dependientes.

La autora, **Silvia Díaz Alabart**, Catedrática de Derecho civil, directora de la Revista de Derecho Privado, Vocal de la sección civil de la Comisión General de Codificación, ha dirigido y escrito con otros autores, manuales de consumo y de turismo. Más de cien artículos publicados en revistas españolas y extranjeras. Numerosos libros y capítulos de libro. Entre ellos, “La donación” (en coautoría con M. Albaladejo García), “La cláusula penal”, “La sustitución fideicomisaria de residuo. Su condicionalidad y límites”, “La responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza” (en coautoría con C. Asúa González), “La Directiva 2014/17, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para inmuebles de uso residencial” (en coautoría con M.T. Álvarez Moreno), “La resolución alternativa de litigios de consumo por medios electrónicos” (en coautoría con M.P. Represa Polo), etc.

REUS
EDITORIAL

