

# INFORMES PORTAL MAYORES

## Número 63

### ¿Qué puedo hacer en un testamento?

**Autor:** Monzón Moreno, Patricio

**Filiación:** Director Ejecutivo de la Fundación Æquitas

**Contacto:**

**Fecha de creación:** 2006

**Para citar este documento:**

MONZÓN MORENO, Patricio (2006). "¿Qué puedo hacer en un testamento?". Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, nº 63. [Fecha de publicación: 06/10/2006].

<<http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/monzon-testamento-01.pdf>>

**Una iniciativa del IMSERSO y del CSIC © 2003**

**ISSN: 1885-6780**

Portal Mayores | <http://www.imsersomayores.csic.es>



## ¿Qué puedo hacer en un testamento?

Por Patricio Monzón Moreno

Notario

Director Ejecutivo de la Fundación Æquitas

Máster en Asesoría Fiscal de Empresas del Instituto de Empresa

*“Si queremos un mundo de paz y de justicia  
hay que poner decididamente  
la inteligencia al servicio del amor”  
Antoine de Saint-Exupery*

1.-Introducción.

2.-Concepto y naturaleza del testamento.

2.1.- Formalidad.

2.2.- Revocabilidad.

2.3. El carácter unipersonal, personalísimo y unilateral.

3.-El contenido patrimonial.

3.1 Los límites a la libertad de testar: Las legítimas.

3.2 La facultad del artículo 831.

4. Disposiciones no patrimoniales.

5. Conclusión.

## 1.- Introducción

Decía Cicerón que “La vida de los muertos está en la memoria de los vivos”. En verdad que pueden estar en la memoria de los presentes pero, desde antiguo, también pueden estar los ya difuntos en muchos otros sitios de nuestra vida diaria, como en la estabilidad patrimonial, en el plan de vida, en la decisión de donde vivimos, con quién,... es posible, al cabo, que las decisiones de los fallecidos afecten a los sobrevivientes.

Y es que el paso del tiempo hace reflexionar a todos. Sin duda, una de las reflexiones más solidarias que podemos tener es las que no lleve a preguntarnos qué ocurrirá después de nuestra desaparición. En esta tesitura desaparecen muchos de los condicionantes que, de ordinario, influyen en nuestras decisiones: ya da igual nuestro patrimonio, nuestro futuro y la opinión de los demás. Sólo importan nuestros deseos libérrimos, nuestros amores, nuestros odios y cómo nos gustaría que fuese el futuro de los que quedan en este mundo para cuando no estemos.

Sabemos que no es posible predecir el futuro pero, dependiendo de las circunstancias, podemos manifestar nuestras intenciones en un documento que nadie conocerá hasta después de nuestra muerte y que obligará sin necesidad de negociar con los interesados. Así reza un aforismo romano: “dicat testator et erit lex voluntas eius”, diga el testador y será ley su voluntad. Se trata de la máxima expresión del principio de la autonomía de la voluntad, eso sí, con ciertos límites que sólo establece la ley, pero por una vez podemos ser reyes absolutos para imaginar el futuro de lo que quede y cómo se relacionará con lo sobrevivientes.

Es cierto que existe un tipo de testamento que es el más empleado, el que vulgarmente se llama “de uno para el otro” en el que simplemente se favorece al cónyuge que sobreviva con el usufructo de todos los bienes y derechos, para luego instituir herederos a los descendientes por partes iguales. No me cabe ninguna duda de que suele ser un buen testamento: protege al marido o mujer en su status quo hasta su muerte y, cumplido este fin, favorece a los hijos en todo lo demás posible. Tiene también la ventaja de que es globalmente conocido y todo el mundo lo entiende.

Sin embargo, este cauce tan claro y sencillo puede que no sea el que mejor le venga a nuestras previsiones o intenciones y es que el testamento es un lienzo en blanco en el que podemos poner casi cualquier cosa. Pueden hacerse disposiciones sobre la totalidad o parte de su patrimonio, pero también puede condicionar o modalizar sus disposiciones de forma que los beneficiarios no adquieran bienes si no cumplen con ciertos requisitos o hacen ciertas cosas... en cierto modo, si se desea, coaccionará a los herederos y legatarios. Puede reconocer filiaciones, constituir fundaciones, partir bienes, delegar en su cónyuge ciertas facultades, etc.

Por un precio casi irrisorio (a día de hoy aproximadamente unos 36 Euros), tendrá a su disposición un profesional del derecho de primera línea, como es un Notario y un equipo a su cargo, que están obligados a asesorarle gratuitamente (sólo se cobra a la firma del testamento, si es que llega a firmarse). Otros profesionales del derecho le cobrarán más y no excluirán la intervención del Notario que es del todo recomendable. Además, siempre que tenga capacidad para hacerlo podrá modificarlo.

El régimen que voy a explicar es aplicable a toda España, el cual es, con frecuencia, similar al de otros países, pero encuentra ciertas excepciones contenidas en la llamada normativa foral, es decir, Baleares, Aragón, Cataluña,

Navarra, País Vasco y Galicia. Las diferencias pueden ser de escaso calado, como la Gallega, o más relevantes, como la Navarra (Comunidad en la que no hay legítima material, es decir, no hay obligación de dejar bienes a los hijos y descendientes). Si alguna vez ha residido en alguna de esas Comunidades Autónomas durante un periodo superior a 10 años puede que su herencia quede sometida a un derecho especial, se trata de los llamados conflictos de leyes personales y territoriales y requiere un estudio específico de la cuestión.

Pretendo, con estas notas, divulgar algunos de los conceptos más importantes que manejamos los profesionales del derecho en este proceloso mundo de las herencias y, sobre todo, preparar al sujeto responsable que quiere testar, para entender las posibilidades y los efectos que tiene el documento podría otorgar. No se trata de un estudio profundo, ni encontrará en el lector una depurada ciencia jurídica, por ello, al jurista que acceda a este documento le pido comprensión y, si es posible, comentarios que estaré gustoso de recibir. Por lo tanto he omitido las citas bibliográficas con son infinitas.

Por ultimo, es el otorgamiento de un testamento, un acto de responsabilidad porque evita problemas y trámites futuros, recuerde que es más complicado declarar los herederos sin testamento que con testamento. Quisiera recordar la afirmación de Leonardo da Vinci: “Así como una jornada bien empleada produce un dulce sueño, así una vida bien usada causa una dulce muerte”.

## **2. Concepto y características del testamento**

Dice el artículo 667 del Código Civil 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.”

Se trata de un precepto equívoco dado que no llega a completar el auténtico significado del testamento. Ni son todos los que están ni están todos los que son.

En primer lugar, no están todos los que son porque cabe que un testamento no contenga disposición alguna de bienes (cosa que, por otro lado, no es habitual pero posible al cabo). Es, por ejemplo, un testamento el documento que, otorgado con las formalidades correspondientes, únicamente contuviera un reconocimiento de un hijo (así, resulta del Art. 120.1º del Código Civil). Olvida aquí el Código todas las posibles disposiciones no patrimoniales, con frecuencia importantes, y que pueden abundar en un testamento. Reservo su estudio a un apartado posterior.

En segundo lugar, no están todos los son porque no toda disposición de bienes para después de la muerte es testamento. De hecho el artículo ha prescindido de indicar los caracteres que son propios y se predicen del testamento. Cabría, por ejemplo, donar un bien a otra persona en un contrato en el que se pacte que el donatario no recibirá el bien hasta la muerte del donante, y esto sería una donación y no un testamento.

Se dice que el testamento es el acto formal, unipersonal, personalísimo, unilateral y esencialmente revocable por el cual una persona dispone de todos o parte de sus bienes para después de su muerte o realiza otras disposiciones por razón de ésta. De este concepto resultan sus características, veamos cada una de ellas.

## 2.1.- Formalidad.

De todas ellas, sin duda, destaca el dato de ser un **acto formal**.

Es un acto formal porque sólo es válido si se ajusta a alguna de las formas especiales típicas establecidas en la Ley. Así aunque una persona haya confesado su última voluntad ante miles de personas, y lo haya grabado en un DVD y haya certeza de que esa era su voluntad, no será válido el testamento y se tendrá por no realizado. Se aplica aquí un antiguo aforismo romano que dice: "forma dat esse rei" (la forma da el ser a la cosa). Sólo valen las formas típicas, es decir, especialmente reguladas para esta finalidad y sujetas a unas especiales características. Es el artículo 672 del Código Civil el que expresa esta característica un modo un tanto extraño, al decir:

*"Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo."*

Así hay testamentos comunes y especiales, entre los primeros está el testamento abierto (es decir, por escrito en hoja que no está en pliego o sobre sellado y lacrado), el cerrado (el que sí lo está) y el ológrafo (el escrito de la propia mano del testador, pero con ciertos requisitos especiales en su elaboración y posteriores a la muerte, como el procedimiento judicial de adverbación); entre los especiales el militar, el marítimo y el hecho en peligro de muerte. Además, en ciertas Comunidades Autónomas existen otros testamentos especialmente regulados.

También cabe que el testamento se haya otorgado en el extranjero. Actualmente no se exige, para que un testamento sea válido, que se haya realizado conforme a la ley sucesoria del difunto. Por tanto, es posible que una persona que haya fallecido en Francia, con nacionalidad española, tenga un testamento practicado ante notario alemán. En este caso ese testamento será válido, pero la ley sucesoria (la que decide cómo se practica la herencia, quienes son los legitimarios, etc., será la Ley Española).

De hecho, hay un Convenio de la Haya (5 de octubre de 1961) sobre disposiciones testamentarias firmado por España que reconoce la validez de las que se hubieren hecho con arreglo a la ley del lugar en que se hizo la disposición; o de la nacionalidad, domicilio o residencia habitual del disponente, ya al tiempo de la disposición, ya al tiempo de la muerte; o, respecto inmuebles, la ley del lugar en que éstos radiquen.

La conclusión, simplificada, es que la forma en que se haya celebrado el testamento va a ser reconocida en España si era válida en el país del que procede.

Ahora bien, que sea reconocida y, por tanto, válida, no quiere decir que sea la forma más conveniente. De hecho no lo es por los siguientes motivos:

- En España, existiendo profesionales especialmente preparados para ello, resultan los más baratos puestos a comparar tarifas.
- Son los que mejor conocen el derecho español, con lo que los hechos ante notario español producirán con más seguridad los efectos buscados.
- Los testamentos extranjeros necesitarán de un procedimiento de reconocimiento ante el derecho español, que dependerá del país del origen y del tipo de documento (judicial, notarial, privado) que encarece y complica el proceso.
- Hoy por hoy, no existe un Registro de actos de última voluntad internacional, con lo que cuando se abra la sucesión de un español

ningún registro español publicará la existencia del testamento y puede que se prescindiera de él por malicia o desconocimiento. Esto no puede ocurrir en el caso de los testamentos ante autoridad española dado que están obligados a comunicar al Registro General de Actos de Última Voluntad la simple existencia del testamento (que sigue siendo secreto). Cuando se abre la sucesión, siempre se examina este registro para comprobar qué testamentos ha otorgado el difunto. Se trata del comúnmente llamado “certificado de últimas voluntades”, que no es más que el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad, Registro, éste que depende de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Ministerio de Justicia). Hoy tiene su sede en la Plaza de Jacinto Benavente 3 de Madrid. Puede accederse a la información on-line en [www.mju.es](http://www.mju.es).

Sin duda, la forma más sencilla, más segura y, a la postre, más barata de hacer testamento es el llamado testamento abierto ante Notario español.

## 2.2.- Revocabilidad.

Todo lo hecho en testamento puede modificarse o revocarse posteriormente.

Esto quiere decir que la voluntad del testador nunca queda vinculada a la de otra persona y podrá cambiar de idea en el futuro sin necesidad de alegar causa alguna. Basta con otorgar el testamento en la forma debida. Así resulta de los artículos 737 y siguientes del Código Civil. La única excepción a esta irrevocabilidad es el artículo 741 que regula el reconocimiento testamentario del hijo.

La llamada, revocabilidad esencial del testamento, hace que aún cuando dos cónyuges otorguen testamentos el mismo día, juntos y ante el mismo notario (pero, necesariamente, en documentos separados), cada uno de ellos pueda, sin el conocimiento del otro, revocar su testamento incluso en el mismo día. Por este motivo, en los testamentos ante notario siempre se hace constar la hora de otorgamiento, de modo que no quepa duda de cuál fue el último otorgado. Esta posibilidad ha dado lugar a alguna desagradable sorpresa.

Por ello debe concluirse que aunque hayamos presenciado el otorgamiento de un testamento, el otorgante siempre puede cambiarlo sin que tengamos noticias de ello.

De hecho, por el simple otorgamiento de uno nuevo, se presume revocado el anterior. Así dice el Artículo 739 del Código Civil: “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. Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.”

Esta presunción facilita el funcionamiento de la apertura del testamento, dado que así sólo hay que acudir al último testamento otorgado, que suele ser el que figura en primer lugar en el antedicho Certificado del Registro General del Actos de Última Voluntad prescindiendo de los restantes.

Ello es así con dos excepciones: una, que el propio testamento contenga la reserva de un testamento anterior (cosa que es fácilmente comprobable); y dos, cuando puede deducirse de un modo evidente de la lectura de ambos testamentos que lo que realmente quiso el testador fue mantener la vigencia del testamento previo. Esta última posibilidad ha sido alguna vez utilizada por el Tribunal Supremo, pero lo ha sido (afortunadamente) de forma excepcional.

La conclusión que puede obtenerse es que hay que tener el cuidado al otorgar un testamento de que éste contenga la totalidad de la regulación de la sucesión, dado que así se facilita la dinámica posterior en su apertura y se evitan discusiones judiciales. Debe prescindirse de regulaciones fragmentarias y en documentos separados.

Lo dicho en este apartado sobre la revocabilidad tiene una consecuencia: el testamento no es un contrato. Tanto es así que el Código Civil se preocupa en prohibir expresamente los contratos sobre la herencia futura (artículo 1271) y sobre la legítima (artículo 816 y siguientes). No hay forma, en derecho civil común (aunque sí en las comunidades autónomas con Derecho Foral o Especial) de asegurarse que no se va a cambiar el testamento. Esta opción legislativa ha sido ampliamente criticada por la doctrina dado que se ha comprobado que no hay nada que perjudique a la salud pública en que alguien comprometa su herencia.

No obstante, esta prohibición encuentra algunas excepciones como son las siguientes:

-La promesa de mejorar del artículo 826, la cual permite que sólo por capitulaciones matrimoniales se obligue alguno de los otorgantes a mejorar (es decir, a dejar una mayor parte de la herencia a alguno de los hijos o descendientes).

-El carácter de mejora de la donación de ciertos bienes entregados en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso en el que intervenga un tercero (artículo 827), cuyo uso ha sido casi inexistente en nuestra práctica jurídica.

### 2.3. El carácter unipersonal, personalísimo y unilateral.

Se dice que el testamento es un acto unipersonal porque sólo puede ser otorgado por una persona, de modo que no cabe el llamado testamento mancomunado. Dicho de otra forma, en el otorgamiento del testamento sólo se puede recoger la voluntad de una persona por documento, si hay otras personas presentes es porque o son testigos o es el propio notario autorizante que recoge y redacta la voluntad del testador, o bien es algún facultativo que va a apreciar la capacidad del testador, que pese a tener alguna demencia, está es un intervalo lúcido (artículo 665 del Código Civil).

Se dice que es personalísimo porque no se puede delegar su celebración en otra persona. No caben los testamentos por comisario o apoderado, de hecho, todo poder se extingue por la muerte de poderdante (Art. 1732). No obstante, el artículo 831 que permite que la distribución de los bienes (la partición) y la facultad de mejorar a alguno de los hijos comunes sean ejercitadas por el cónyuge que sobreviva. Esta norma la explicaré más adelante como disposición con contenido patrimonial.

Existen dos figuras en nuestro derecho que son extrañas a lo aquí dicho. Se trata de las llamadas sustituciones ejemplares y pupilares y que según algunos autores permiten hacer testamento en nombre de un descendiente que sea menor de 14 años o bien incapacitado, para otros no es más que una simple sustitución fideicomisaria (figura, esta que veremos más adelante). No han sido muy utilizados.

Se dice, también, que es un acto unilateral porque nadie recibe la declaración de voluntad contenida en el testamento para aceptarla, al menos hasta la apertura de la sucesión (la muerte del testador) por lo que en nada le compromete. Esta característica se relaciona con el hecho de ser esencialmente revocable.

### 3. El contenido patrimonial

La primera distinción a la que ha de atenderse cuando se plantea el contenido patrimonial de un testamento es la de si se quiere dejar algún bien o derecho concreto a alguien o si, por el contrario, se le pretende beneficiar en todo lo restante que haya en la herencia (o en una parte alícuota de esta). Esta distinción es la que la propia Ley hace entre legado (el primero) e institución de heredero. Se dice que aquella es una disposición a título particular y ésta lo es a título universal.

Así, cabe que un testador deje a determinada persona una casa concreta en concepto de legado. De esta forma si, posteriormente la casa es vendida por el testador o la pierde por cualquier motivo, el legado caduca y deja de tener valor (artículo 869 del Código Civil). Por eso hay que tener cuidado con los legados, pueden modificar su eficacia si el bien ha salido del patrimonio del testador al tiempo de su muerte. El propio Código regula el llamado legado de cosa ajena, distinguiendo si el testador sabía que lo era o no para establecer su eficacia. Resulta en extremo recomendable que el que quiera legar un bien concreto regula a su satisfacción lo que ocurre si el bien ya no está en la herencia al tiempo de su muerte. A veces no está tan clara la propiedad de los bienes, piénsese en el profano que sepa si es propietario o usufructuario, o en el solar privativo sobre el que se construye una casa a cargo de los gananciales (es decir, a cargo de los bienes adquiridos durante el matrimonio), dicho bien es privativo, pero aún hay españoles que, quizás influidos por la normativa anterior a 1981 creen que el suelo pasa a ser ganancial. Por ello conviene poner en conocimiento estas dudas al notario cuando se pretende disponer de algún bien concreto.

Es también legado el atribuir un derecho concreto a favor una persona, por ejemplo, el derecho a percibir una renta, o alimentos, o gastos de estudio, o un derecho de habitación, o incluso una obligación cualquiera que haya de satisfacer el o los herederos. Puede incluso gravarse un legado con otro legado. La creatividad en este punto puede ser infinita.

Debe quedar claro que el legatario no es responsable de las deudas del difunto, es decir, no debe nada a los acreedores del testador, pero no podrá cobrar su legado hasta que se pague a los acreedores.

Sin embargo, cuando se instituye heredero se está haciendo una cosa muy distinta, se está señalando al sucesor (o sucesores) en la totalidad de las relaciones jurídicas que correspondían al testador. Por eso es el heredero el que podrá adicionar bienes en la herencia que el testador no tuvo en cuenta, es al que corresponden derechos no típicamente patrimoniales, como los contenidos en la Ley de Propiedad Intelectual (por ejemplo el derecho a exigir el respeto por la integridad de la obra científica, artística o literaria) y, en general, en cualquier cuestión que surja, será considerado como el propio testador, incluso el pago de las deudas de éste. Tanto es así que si acepta la herencia pura y simplemente y no hay bienes suficientes en la herencia para pagar las deudas (la llamada) deuda deficitaria, los acreedores podrán reclamar contra el patrimonio del heredero. La forma de evitar esto es o bien renunciar a la herencia o bien aceptar a beneficio de inventario.

Todo testamento debería tener una institución de heredero en, al menos, una persona. Aunque el Código recoja la posibilidad de que toda la herencia se distribuya en legados, es sin duda el modo más usual y más recomendable. Si no existiera tal institución, será preciso que se proceda a la declaración de heredero por medio de acta notarial o por resolución judicial. Contrariamente a lo con frecuencia creído, puede declararse heredero abintestato (por estos procedimientos) pese a

existir un testamento válido, cuando no surte efecto, o no hay heredero en el testamento, pero debemos evitar complicar la sucesión con estas cuestiones.

Por tanto, prepárese para la pregunta de quién o quienes quiere que sean su herederos, y en qué proporción.

Es posible, no obstante, que personas designadas en el testamento como herederos o legatarios no puedan o no quieran suceder. Para estos casos está regulada la llamada sustitución vulgar. De esta forma se prevé a quién llamar a la herencia para estos casos. De ahí la frecuente mención recogida en los testamentos de: "sustituidos por sus descendientes para el caso de que no puedan o no quieran aceptar la herencia". Se ha convertido en una cláusula de estilo que tiene un efecto que puede llegar a ser paradójico: Supongamos que una persona ha dejado su herencia por partes iguales a sus tres hijos, con esta cláusula de sustitución. Luego, tras su muerte, resulta que uno de los hijos tiene una mayor necesidad que los otros por tener una discapacidad, y sus hermanos están dispuestos a renunciar la herencia a favor del mismo. Pues si estos renunciantes tienen hijos, serán estos, y ni el hermano, los beneficiados por la renuncia, cosa que no hubiera ocurrido si los herederos hubiesen sucedido abintestato (por el simple hecho de haber fallecido sin testamento, siguiendo el orden sucesorio establecido en la Ley). Si quieren que su hermano se lleve la herencia, es preciso que acepten la herencia y luego la donen al mismo, pagando las necesarias consecuencias fiscales.

Tengo serias dudas de si los que hacen testamento son conscientes de este efecto de las sustituciones vulgares, aunque es la interpretación más obvia al consentimiento escrito. Con esto quiero decir que se debe reflexionar con precisión sobre qué se quiere que ocurra con un legado o con la institución de heredero ante los casos en que no se quiera o no se pueda suceder. Planteando honestamente todas las posibilidades (recuérdese que el que muere antes que el testador no puede heredar, y la disposición a su favor se tiene por no puesta) y manifestar al notario nuestras preocupaciones al respecto. Sólo así lograremos que lo que ocurra tras la apertura del testamento se ajuste a nuestro plan ideal.

También se puede designar beneficiario del seguro de vida, tal como recoge la Ley del Contrato de Seguro 50/1980 en su artículo 84.

Cabe establecer determinadas cláusulas o modalidades sobre las disposiciones. Así puede incorporarse la obligación de realizar una determinada prestación (pagar una renta, satisfacer alimentos, acoger en su casa y compañía, etc.), cuyo incumplimiento regule el propio testamento (todo a salvo las legítimas, como veremos a continuación). Estas cláusulas pueden ser desde un simple ruego (que en ocasiones vemos en los testamentos), hasta una obligación en toda regla (es lo que en derecho se denomina modo), o establecerlo bajo la forma de condición, es decir, que su incumplimiento únicamente determine la pérdida de la disposición ya practicada. Son cláusulas que deben meditarse mucho, porque el tiempo todo lo muta y a veces, la existencia de una condición impide que pueda venderse un bien que es imprescindible para la economía familiar o, ante un advenimiento de circunstancias inesperadas resulta del todo contrario al sentido que quería el testador atribuirle.

Así mismo es posible que se marque un destino de los bienes, diciendo que tales bienes (o la herencia o una parte alícuota de la misma) pase una persona y luego a su muerte, o tras cumplirse cierta condición hagan tránsito a favor de otra. Son las llamadas sustituciones fideicomisarias.

Como dice el Código (Art. 814) “a salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador”, con lo que en principio, el único límite es el que paso a explicar.

### 3.1 Los límites a la libertad de testar: Las legítimas.

Tributario nuestro derecho de normas muy antiguas, herederas de los principios germánicos en la sucesión y con influencias romanas, se ha mantenido en el Código Civil la obligación de dejar cierta proporción de bienes o valores a determinados parientes, si es que existen. El cónyuge siempre tiene derecho a una participación en forma de usufructo (que no atribuye la propiedad, pero sí el derecho de poseer y disfrutar de los bienes y derechos, obteniendo las rentas, pero con la obligación de devolverlos a su muertes, o de otro tanto de su misma naturaleza, según el caso). La posibilidad de deshederar es escasa y complicada en nuestro derecho (sólo en casos muy graves y previa prueba, vid. artículos 841 y siguientes del Código). Así las cosas hay que dejar siempre a los legitimarios (también llamados herederos forzosos) ciertos bienes, si no se hace, pueden estos tras la muerte, reclamar su importe. Hay no obstante que reconocer que un testamento que perjudique la legítima de estos parientes será siempre perfectamente válido y, además, no podrá impugnarse si los legitimarios no pueden suceder (por causa de muerte antes que el testador, o porque tengan alguna incapacidad para suceder, cosa ésta última que ocurre cuando cometen ciertas conductas indignas especialmente graves), o bien cuando se dan por conformes y renuncian a la legítima (cosa que sólo cabe tras la muerte del testador).

Veamos cual es el importe de estas legítimas:

#### A. Testador con cónyuge y descendientes:

A.1- Los hijos o descendientes tendrán derecho a un tercio habrá de distribuirse de forma igualitaria entre los hijos o estirpes (legítima estricta). Y otro tercio como quiera el testador pero entre las mismas personas (llamado tercio de mejora).

A.2- El cónyuge tiene derecho al usufructo de un tercio (que es el de mejora). Por lo tanto queda libre un tercio del que se puede dejar a quien se quiera.

#### B. Testador con descendientes y sin cónyuge:

Los hijos tiene igual derecho que el indicado en el apartado A.1 pero sin la carga del usufructo.

#### C. Testador sin descendientes, con padres o ascendientes y con cónyuge:

C.1- Los padres o ascendientes tienen derecho a la mitad de la herencia.

C.2- Al cónyuge corresponde el usufructo de la mitad de la herencia.

#### D. Testador sin descendientes, ni cónyuge, pero con ascendientes:

D.1- Los padres tienen el derecho indicado en el apartado C.1 anterior.

#### E. Testador sin descendientes, ni ascendientes, pero con cónyuge:

El cónyuge tiene derecho al usufructo de dos tercios de la herencia.

#### F. Si no hay ni ascendientes ni descendientes ni cónyuge, la herencia es entera libre.

Más recientemente, gracias a la Ley 41/2003 se ha incorporado la protección de las personas con discapacidad estableciendo un mejor tratamiento para lo que pudiera adquirir por herencia:

- Se ha establecido que si el testador le deja el derecho de habitación sobre su vivienda, éste importe no se tendrá en cuenta en la herencia a efectos de

legítima. Es decir, para calcular las legítimas, el valor de ese derecho de habitación no existe y, por tanto, no puede impugnarse (artículo 822). De hecho este derecho puede que llegue a atribuirse al discapaz directamente por obra de la ley y sin necesidad de que se diga en el testamento.

- Se ha permitido que se haga una sustitución fideicomisaria sobre la totalidad de la herencia que será inimpugnable por los otros legitimarios. Esta figura permite nombrar heredero a la persona con discapacidad sobre la totalidad de la herencia y aunque tenga hermanos o sobrinos (lo cual, cabalmente, perjudica su legítima) siempre que se establezca que a su muerte los bienes pasen los otros legitimarios (artículo 808).

La legítima ha sido siempre una obsesión de las leyes españolas y de otras normativas de su entorno. A juicio de algunos de los mejores juristas (y pienso que de la mayoría de los ciudadanos) debería desaparecer y ser sustituida por alguna protección a determinadas personas (menores, discapaces o puede que el viuda o viuda) en forma de alimentos.

Paradójicamente, el testamento más común en España es uno que perjudica lo que se llama la legítima cualitativa de los hijos. Se le llama de forma vulgar “de uno para el otro”, aunque su denominación entre los juristas es la del testamento con cláusula de cautela socini. Supuesto el caso de un matrimonio con hijos, lo más natural es querer otorgar el usufructo universal de los bienes al cónyuge que sobreviva y sólo tras la muerte del sobreviviente, entrarían los hijos en posesión de los mismos. Este planteamiento es, en principio, incompatible con la norma que prohíbe imponer cargas o gravámenes a la legítima (como es el usufructo), a eso se le llama “intangibilidad cualitativa de la legítima”. La práctica notarial lleva a hacer tal disposición pero estableciendo que si alguno de los legitimarios perjudicados (los hijos) reclamaran en contra de tal disposición pidiendo la entrega de algo de modo inmediato, la voluntad del testador es que tal hijo quede privado de todo lo que no sea lo que por legítima estricta le corresponde. Por ejemplo, si hay tres hijos, cada uno de ellos recibiría un tercio de la herencia en propiedad tras extinguirse el usufructo (a este derecho: propiedad menos usufructo, se le denomina nuda propiedad), pero al hijo que se queja se le daría, por este hecho tan sólo una novena parte de la herencia (un tercio de un tercio), aunque en pleno dominio, es decir, desde la muerte del testador.

### 3.2 La facultad del artículo 831.

Principia este artículo diciendo que: *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar”*

Merced a este artículo cabe encomendar al cónyuge la partición de los bienes y la mejora de los hijos y descendientes comunes, siempre que haya más de un hijo, estirpe de descendientes. Dicho de otro modo, esta es una excepción a la prohibición de hacer testamento por poder, a través de la cual el cónyuge sobreviviente queda investido de unas facultades que le permitirán en lo sucesivo

castigar o beneficiar al hijo o descendiente común que prefiera, según su propio criterio. Es, sin duda, el instrumento más potente en nuestro derecho para proteger al viudo o viuda, tanto que, con frecuencia, provoca los recelos del testador y prescinde de él. A un lado están los hijos, que son a quienes les debemos la tierra y a otro el viudo/a al que tenemos el deber de cuidar más allá de la muerte. La testitura no es fácil, ya que ¿qué pasa si el viuda/o se busca un nuevo novio y se envilecen las relaciones con los hijos comunes? por otro lado, ¿acaso no será el cónyuge sobreviviente el que mejor sabrá que hay que hacer con los bienes en el futuro, atendiendo a las circunstancias? no existiendo tal cláusula, ¿es justo que el superviviente tenga que soportar el comportamiento díscolo de uno de los hijos, el cual sabe que los bienes que posee serán suyos algún día? ¿Quién sabe?

#### **4. Disposiciones no patrimoniales.**

Comentaba con anterioridad lo variado del tipo de disposiciones patrimoniales que pueden hacerse y cómo estas pueden vincular los herederos o legatarios. Por esta vía se puede, por tanto, favorecer patrimonialmente a quien queramos, pero también, a veces, definir otras cuestiones bajo la amenaza de: si no cuidas de tal persona, no recibirás tal cosa.

Sin embargo, en todo testamento pueden hacerse también disposiciones no patrimoniales puras, es decir, que no tengan ningún significado económico pero que tengan efectos jurídicos. Sin duda, el patrimonio ha sido una obsesión del derecho civil en los últimos siglos. Sólo hay que leer los principales textos normativos para comprobar cómo parece que la única preocupación del legislador era el destino de los bienes y su posible embargo o ejecución. Es desde luego muy importante la cuestión económica, pero ello no debe desdeñar los efectos llamados personales del derecho civil. No hay una tábula rasa de cuales sean estos, ni de qué materias pueden establecerse en testamento. Intentaré ilustrar algunas de las posibles disposiciones que pueden resultar interesantes bajo el amparo de la autonomía de la voluntad:

- Nombrar administrador. O lo que es lo mismo, designar una persona que se encargue de gestionar y disponer (es necesario) de ciertos bienes y derechos.

Existe una extraña desconfianza social en torno al administrador de bienes que debe ser aclarada. El administrador no puede disfrutar ni usar lo bienes que son objeto de la administración, dicha conducta podría dar lugar a sanciones civiles o, incluso, penales. Antes al contrario: el administrador sólo puede gestionar los bienes objeto de su administración para el cumplir los fines que se le han encomendado. Por ello, si el testador quiere disponer de bienes a favor de una persona que no puede administrarlos por sí misma (porque sea menor o porque sea incapaz), podrá establecer un régimen de administración de sus bienes, que puede ser tan original como quiera: uno o varios administradores, unos con unas facultades y otros con otra, un organismo rector o controlador continuo, un régimen de autorización previa para algunos actos, etc. Lo más frecuente es que nombre y confíe sin más en una persona concreta. El Código Civil recoge esta posibilidad para cualquier disposición a título gratuito, es decir, las donaciones y las disposiciones testamentarias (artículos 227 y 164.1).

Hasta hace poco existía la polémica de si el nombramiento de administrador no podía afectar a los bienes adquiridos por legítima. Explicaré la cuestión: como se sabe, los hijos y descendientes tienen derecho (en el derecho civil común) a dos

tercios de la herencia, de forma que el testador no puede establecer sobre esa parte gravamen ni condición alguna (artículo 813 del Código Civil). Pongamos que un padre reconoce la herencia de su único hijo en sus dos tercios, dejando el tercio restante a favor de otra persona, y el hijo tiene alguna incapacidad, por lo que está sometido a la patria potestad o a la tutela. La pregunta es si podrá nombrar administrador a persona distinta de la establecida en la ley, es decir, el tutor o representante legal que corresponda. La cuestión puede herir susceptibilidades muy íntimas ya que puede suponer que un padre o madre no gestione el que podría ser el único patrimonio de su hijo, dada la desconfianza mostrada por el que donó o testó a su favor.

La respuesta a la pregunta ha llegado del Tribunal Supremo en sentencia 724/2005, de 6 octubre, en ella se recoge el típico supuesto de crisis matrimonial (divorcio) y el padre, testador ya difunto, no quería que la madre ejerciera la administración de los bienes que el hijo adquiriera a su muerte.

- Designar tutor, órganos de fiscalización de tutela u otras disposiciones relativas al cuidado de los menores y personas con discapacidad (artículo 223). No obstante, no se es tutor hasta que el juez procede al nombramiento y éste es aceptado, no cabe, en nuestro derecho constituir la tutela de otro modo que el judicial.
- Constituir un patrimonio protegidos de los contenidos en la Ley 41/2003 que otorga determinados beneficios fiscales, estableciendo un especial régimen de administración y destino de los bienes.
- Decisiones relativas al funeral, exequias y otros.
- Constituir una fundación (artículo 9.3 de la Ley de Fundaciones 50/2002).
- Decisiones sobre la propiedad intelectual de las creaciones del testador en su aspecto no patrimonial (Art. 15 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, Real Decreto Legislativa 1/1996).
- Reconocer la filiación (es decir, reconocer que se es padre biológico de alguien, declarando que se quiere que tenga eficacia jurídica): artículo 120.1º.

## **5. Conclusión**

El testamento es un documento muy sofisticado y que funciona muy bien. Gracias a una técnica depurada desarrollada por los fedatarios públicos, cualquier persona que pretenda testar puede olvidarse de problemas de capacidad, custodia, inscripciones, legalidad y formalidades. Pero no debe caerse en la rutina o en la respuesta tipo, ya que cada caso es distinto y tiene sus matices. Por ello el que pretenda decidir sobre el futuro tras su muerte debe reflexionar sobre la multitud de instrumentos que le ofrece el derecho y diseñar, de modo responsable, su proyecto post-mortem.