

EL TESTAMENTO EN LOS TIEMPOS DEL COVID-19

Así podría haberse llamado la novela de Gabriel García Márquez si éste hubiera sido jurista y si el contexto histórico de su obra hubiera sido la actualidad. El elemento común es que nos encontramos en tiempos de una epidemia en uno y otro caso. De hecho, la regulación legal de los testamentos en caso de epidemia que contiene el Código civil español data de 1889, una previsión que se hizo por la experiencia de los repetidos brotes de cólera en España a lo largo del siglo XIX. A continuación vamos a ver qué opciones nos ofrece nuestra legislación, ya estemos en casa o nos hallemos expatriados en el extranjero, en esta situación excepcional.

El testamento en caso de epidemia no es un testamento especial, sino un testamento abierto que goza de una excepción: no es necesaria para su validez la intervención de Notario hábil. Nuestro Código civil, no obstante, exige dos tipos de requisitos para su válida constitución: unos formales y otros de hecho. Empecemos por estos últimos: el art. 701 CC lo primero que constata es que debe existir una epidemia. La declaración del estado de alarma en España (RD 463/2020, de 14 de marzo, y RD 476/2020, de 27 de marzo) deja fuera de toda duda que actualmente esta exigencia se cumpla, por lo que los testamentos que se otorguen en territorio nacional observando las formalidades ad hoc del Código civil serán válidos.

La causa del fallecimiento del testador no debe estar necesariamente relacionada con la epidemia en sí ni debe haberse contagiado para poder otorgar este tipo de testamento. Sin embargo, el testamento quedará sin eficacia a los dos meses desde que haya cesado la epidemia si el causante no hubiera fallecido en ese tiempo. En este sentido el testamento en caso de epidemia tiene fecha de caducidad, que se producirá de forma automática si el testador no fallece, ya que está concebido como un instrumento de urgencia y excepcionalidad. La consecuencia jurídica de la ineficacia es que se considera que dicho testamento nunca existió (*ex tunc*). Téngase en cuenta que las repercusiones serán las mismas, aunque el testador fallezca, si dentro de los tres meses siguientes al deceso el testamento no se eleva a público ante notario (arts. 703 y 704 CC, 64 y 65 LN).

Los requisitos formales del testamento en caso de epidemia son la intervención de tres testigos (hábiles) mayores de 16 años que a su vez deben cumplir las exigencias de los arts. 681 y 682 CC. Es decir, todos deben entender el idioma en que se expresa el testador y deben tener el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical (i.e. deben comprender el significado del acto del que son testigos). No podrán ser testigos en ningún caso los herederos y legatarios instituidos en el testamento, ni sus cónyuges ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. No están comprendidos en esta prohibición los legatarios ni sus cónyuges o parientes cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario.

El art. 685 CC además obliga a los testigos que conozcan al testador y que deberán procurar asegurarse de su capacidad. Es mucha la gente que se pregunta estos días cómo debe llevarse esto a cabo en vistas al confinamiento obligatorio o incluso en vistas a la hospitalización y consiguiente aislamiento del testador. Pues el personal sanitario difícilmente puede afirmar que “conoce” al testador. Nótese también la práctica ausencia de jurisprudencia en esta materia. Aun así los arts. 685 y 686 CC ofrecen una solución: si el Notario, léase en este caso los testigos, no conociesen al testador se recurrirá a la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas. Si esto tampoco fuera posible se reseñarán los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo.

La importancia de observar estos requisitos formales es fundamental, ya que de ignorarlos el testamento será nulo (art. 687 CC).

Se debaten además otras dos cuestiones. Una es si los testigos, por ejemplo los vecinos, pueden “comparecer” virtualmente (por tele- o videoconferencia, mediante grupos de mensajería instantánea, etc.). La respuesta es negativa, aunque habría que comprobar si después en la práctica (sobre todo notarial) esto podría tener cabida en virtud de los principios generales del Derecho, *favor contractus* y *favor testamenti*, por los que tienen prevalencia la voluntad del testador, léase que en caso de duda se estará a favor de la validez de la disposición testamentaria, frente a la rigidez de las solemnidades que restringen la eficacia del testamento aunque sea en detrimento de la seguridad jurídica. Sobre todo porque para la captación de la voluntad verbal del testador sí están previstos medios digitales que puedan reproducirse ante notario (art. 64.3.2º LN).

La otra cuestión es si la intervención ha de ser en unidad de acto, es decir si los testigos tienen que estar presentes todos a la vez en el momento de otorgarse el testamento en caso de epidemia. Aquí la respuesta sería afirmativa conforme al art. 65.3.3º LN, especialmente si el testamento a continuación por las circunstancias del momento no se lleva a su forma escrita, puesto que de lo contrario el riesgo de que el testimonio de los tres testigos no coincidiera sería elevado.

De todos modos el art. 702 CC determina que el testamento se transcribirá, aunque no será requisito para su validez, pues el testador como mínimo tiene que expresarse de forma oral. Si se pudiera redactar no será menester que sea manuscrito por el propio testador, aunque sí deberá estar firmado por él y por los tres testigos.

En cualquiera de los casos es muy recomendable que se retenga de alguna forma la fecha en que se testó, dado que los testamentos más recientes revocan los otorgados con anterioridad, salvo que se disponga otra cosa.

Las otras dos alternativas de testamentos no notariales que podrían contemplarse en las circunstancias actuales serían el ológrafo (arts. 688 y ss. CC) y aquel otorgado en peligro de muerte (art. 700 CC). Aunque el **testamento ológrafo**, que debe ser manuscrito por el propio testador, así como firmado y fechado por él, puede ser menos útil en auténticas situaciones de urgencia por la exigencia de tener que escribirse íntegramente de puño y letra del testador. La ley requiere además que el testador sea mayor de edad y sepa leer y escribir. Su validez, en cambio, queda salvaguardada durante más tiempo (que el testamento en caso de epidemia y en peligro de muerte. El **testamento en peligro de muerte** al igual que el "epidémico" basta expresarlo únicamente de forma oral, si bien precisa la intervención de cinco testigos (en vez de tres) para su validez, teniendo que cumplir éstos los mismos requisitos ya vistos más arriba. También la caducidad es de dos o tres meses, según si el testador fallece o no y si se protocoliza notarialmente o no. Una duda que puede surgir es si ha de probarse que se testó en una situación de peligro de muerte. En casos de riesgo grave, accidente severo, guerras, catástrofes naturales y también una infección por coronavirus se presume el peligro de muerte.

En materia de Derecho foral han de tenerse en cuenta dos matices. Mientras que el navarro reenvía al Derecho común, el vasco prevé que el testamento en peligro de muerte ("hilburuko") únicamente se otorgue ante tres testigos y el Código civil de Cataluña directamente prohíbe los testamentos otorgados exclusivamente ante testigos. Por estas razones aquellos testadores de determinadas vecindades civiles y también los testigos que se vean sujetos a estas regulaciones especiales (véanse por ejemplo el art. 415 Código del Derecho Foral de Aragón o el art.421-11 CCCat para la incapacidad e idoneidad de testigos respectivamente) deberán tener en cuenta estas especialidades.

Por último, el art. 732 CC afirma que los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen. Incluyéndose el testamento ológrafo (art. 688 CC) aunque las leyes del país extranjero no lo admitan. Si bien el art. 734 CC, por otro lado, sigue diciendo que los españoles que se encuentren en país extranjero podrán otorgar su testamento, abierto o cerrado, ante el funcionario diplomático o consular de España que ejerza funciones notariales en el lugar del otorgamiento, difícilmente podrá darse cumplimiento a este precepto si en el país extranjero también se ha restringido la circulación de personas por el COVID-19. Al aseverar, sin embargo, que se observarán todas las formalidades establecidas en las Secciones quinta y sexta del Capítulo primero, Título III, Libro Tercero, del Código civil, podría interpretarse que se entiende incluida la posibilidad de otorgar un testamento en caso de epidemia y en caso de peligro de muerte conforme a lo expuesto anteriormente, incluso en el extranjero.

Teniendo en cuenta, no obstante, que su posterior adveración debería realizarse conforme a Derecho español, es decir únicamente podría llevarse a cabo por una autoridad cuya competencia sea reconocida por nuestro ordenamiento jurídico, podría suponer un problema, dado que en el extranjero sólo los funcionarios diplomáticos o consulares en funciones notariales tendrían esta potestad. De ahí que por cuestiones prácticas posiblemente lo lógico sería testar conforme a las leyes del país extranjero.



David Ramírez Becker

Abogado

Valencia

T +34 963 28 77 93

d.ramirez@schindhelm.com



Elena Stern

Abogada

Valencia

T +34 963 28 77 93

e.stern@schindhelm.com