

Trabajo Fin de Grado

EL TESTAMENTO MILITAR. THE MILITARY WILL.

Autor/es

Álvaro Compañeré Arruebo

Director

Carlos Lalana del Castillo

Facultad de Derecho

2019

EL TESTAMENTO MILITAR.

I.	INTRODUCCIÓN	2
II.	DISPOSICIONES GENERALES EN RELACION CON EL TESTAMENTO MILITAR...	3
1.	LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA.....	3
1.1.	Concepto, regulación en nuestro Ordenamiento Jurídico y precedentes históricos...	3
2.	LA SUCESIÓN TESTADA	7
2.1.	Definición de testamento y características del mismo	7
2.2.	Requisitos del testamento.....	11
A)	Capacidad para testar.	11
B)	Identificación del Testador y papel de los testigos.	14
C)	Formas del Testamento.	16
2.3.	Clasificación de los Testamentos.....	16
A)	Testamentos comunes	16
a)	Ordinarios.....	17
-	Testamento abierto.	17
-	Testamento cerrado.....	18
B)	Testamentos especiales	18
III.	EL TESTAMENTO MILITAR.....	19
1.	DETERMINACIONES GENERALES ACERCA DEL TESTAMENTO MILITAR	19
1.1	Antecedentes y evolución histórica	19
1.2	Definición.....	20
1.3.	Clasificación.....	21
A)	Ordinario	21
a)	Abierto	21
b)	Cerrado.....	24
B)	Extraordinario.....	26
a)	Abierto	26
b)	Cerrado.....	26
2.	SUJETOS PRESENTES EN EL TESTAMENTO MILITAR.....	27
A)	Voluntarios	27
B)	Militares	27
C)	Rehenes	28
D)	Prisioneros	28
E)	Otros empleados dentro del ejército	29

F) Seguidores del ejército.....	29
3. SITUACIONES DEL OTORGANTE.....	31
4. PROTOCOLIZACIÓN.....	31
IV. CONCLUSIONES.....	33
BIBLIOGRAFÍA.....	35
JURISPRUDENCIA.....	36
LEGISLACIÓN APLICABLE.....	36

ABREVIATURAS UTILIZADAS.

- CC: Código Civil.
- CCAA: Comunidad Autónoma.
- TS: Tribunal Supremo.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- FFAA: Fuerzas Armadas.
- DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.

I. INTRODUCCIÓN.

En el presente Trabajo de Fin de Grado, el tema a tratar va a ser la institución determinada como Testamento Militar, que es calificada como una forma especial de los testamentos y que se contempla en la Sección 3ª «De la forma de los Testamentos», del Capítulo I «De los Testamentos» del Título III «De las sucesiones» del Código Civil, más concretamente en el Artículo 677, junto con otras formas como es el Testamento Marítimo o el realizado en País extranjero.

Su régimen específico se regula en la Sección 7ª « Del Testamento Militar», del Artículo 716 al 721 de nuestro Código Civil, aunque como ya veremos hacen referencia a artículos relativos al régimen común, de ahí que la relación haga necesario el tratamiento también de dicho régimen, pues determina las bases del Derecho de sucesiones que posteriormente da lugar a especialidades testamentarias.

La motivación para realizar el trabajo sobre este tema es la curiosidad acerca del mismo, puesto que es un contenido que no se explica en profundidad durante el Grado y a la vez es un tema que me parece interesante, y más contando el papel que España tiene en lugares de conflicto, cooperando con sus gentes, realizando ayuda humanitaria... y a fin de cuentas introduciéndose en situaciones de riesgo al realizar estas tareas, que pueden desencadenar en el peor de los casos en el no retorno de los militares a sus hogares.

Por ello, en el desarrollo de este trabajo, se ha buscado plasmar la normativa reguladora, que nos da una serie de posibilidades, de formas, de requisitos, y de circunstancias que pueden darse; normativa que tan apenas ha sufrido cambios desde la publicación del CC, y que como se verá en ocasiones da lugar a dudas de aplicación y a discusiones doctrinales.

II. DISPOSICIONES GENERALES EN RELACION CON EL TESTAMENTO MILITAR.

1. LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA.

1.1. Concepto, regulación en nuestro Ordenamiento Jurídico y precedentes históricos.

Cuando hablamos de sucesión *mortis causa*, debemos entender en primer lugar que sucesión significa *subentrar* una persona en el lugar de otra en una misma relación jurídica, que subsiste idéntica, produciéndose una mutación de la primera hacia la segunda, pues simplemente cambia el sujeto que la ostenta¹. Por otro lado el hecho de que sea *mortis causa*, significa que la normativa versará sobre qué ocurrirá tras la muerte de una persona; en concreto estamos hablando de la muerte del causante, y lo que se regulará será el destino de sus bienes y relaciones jurídicas (herencia), así como las relaciones que de ahora en adelante surgirán. Es en este momento donde surgirán los llamados *causahabientes*, es decir, las personas a las que se destina esa herencia.

Cuanto el causante declare oficialmente un testamento, se le podrá denominar *testador*, que, a través de dicho documento, designará a los beneficiarios que estime convenientes, ya sea a título de herederos o legatarios.

Esta figura se regula en nuestro Código Civil, en el Libro III «De los diferentes modos de adquirir la propiedad», Título III «De las sucesiones», Artículos 657 a 1087. Lo que debe destacarse de esta regulación es que nos ofrece disposiciones de carácter general definiendo la institución, así como el momento, la forma y el objeto de la misma.

En lo relativo al **momento**, el tenor literal del Artículo 657 CC², se queda corto, pues debe matizarse que aunque, si bien es cierto, existe un plazo de tiempo desde la muerte del causante a la aceptación de los sucesores, los bienes son parte del caudal relicto desde el momento exacto de dicha muerte.

¹ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, *Curso de Derecho Civil. Volumen V, Derecho de Sucesiones*, Editorial Colex, Madrid, 2013.

² «Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte».

La **forma** se recoge en el Artículo 658 CC³, que nos da las variantes del testamento, o bien en defecto de este, mediante disposición de Ley, que es lo que conocemos como legítima; aunque es posible el ejercicio conjunto de ambas posibilidades.

Ligado a la forma de suceder encontramos que la sucesión puede darse de dos maneras, y para ello partimos de los Artículos 660⁴ y 661⁵ CC. Por un lado tenemos la sucesión a título universal, por la que el patrimonio del causante se transmite en un acto a otra persona, que llamamos heredero, posición que como ya habíamos mencionado se subroga a la posición del fallecido dándose una transmisión de patrimonio. Y por otro lado, la sucesión a título particular, donde encontramos la figura del legatario, tercera persona a la que el causante deja lo que conocemos como legado, que es una relación en la que este percibe de manera individual los derechos y bienes que el causante específicamente le adjudique, destacando que este legatario no necesita aceptar, no responde de deudas o cargas, pero como tampoco es perteneciente a la comunidad hereditaria tampoco tiene derecho a pedir una división, a menos que se le atribuya por el testador una cuota hereditaria o parte alícuota.⁶

En atención al **objeto**, encontramos el Artículo 659⁷ CC, que nos da una descripción de aquello que puede entenderse dentro de la herencia, que viene a ser tanto el activo (bienes y derechos que perduran tras la muerte) como el pasivo.

En cuanto a **los antecedentes y evolución histórica** no podemos olvidar, por supuesto, el recorrido que las sucesiones, y el testamento militar, han sufrido desde la época romana hasta la actualidad. Esta figura, se ha ido nutriendo poco a poco de diversos valores, así como de una serie de elementos;

³ «La sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de Ley.

La primera se llama testamentaria, y la segunda, legítima.

Podrá también diferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley».

⁴ «Llámase heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular».

⁵ «Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones».

⁶ LASARTE ALVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Tomo VII: Derecho de Sucesione*, Décima edición, (Actualizada por GARCÍA PEREZ, C.L. y GONZÁLEZ MARTINEZ, A.), Editorial Marcial Pons, Madrid, 2015. P. 9-11.

⁷ «La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan con su muerte».

- Un elemento Romano.

Ya en el derecho romano más antiguo, a la muerte del *pater familias*, tanto los hijos como la esposa del causante (*uxor in manu*), que formaban lo que era conocido como asociación o *consortum*, continuaban con las titularidades del causante. A su vez, cada uno de los hijos, al formar una familia con aquella parte de la sucesión que le correspondiera, constituía su propia comunidad familiar, que era igualmente llamada *consortum*. Con las doce tablas, se regulaba de forma necesaria el subingresso de estos herederos, que eran llamados *sui*, o en otras palabras, los pertenecientes a la familia agnaticia bajo autoridad del *pater familias*. Dentro de estos, suceden aquellos que son inmediatos y que no hayan sido desheredados.

El *pater familias* solo podía testar cuando había ausencia de *sui*, realizándose un acto que quedaba autorizado por el pueblo romano que se reunía en comicios, y esto era así porque el objetivo del Testamento no era otro que evitar que el nombre y el culto familiar se extinguiera.

Debemos tener clara otra figura, que es la del *heres*, que es aquel que posee un derecho de copropiedad latente, figura que se aclara con el término *heredes sui*, para definir de alguna forma que el heredero es más que un sujeto que recibe o recoge algo y simplemente realiza la *aditio*, pues la *domus* se perpetúa en su figura, así como los ganados, las tierras y el culto a sus antepasados, pues este heredero será algún día igualmente objeto de culto.

En este punto, surge un problema, pues las continuas divisiones en familias por parte de los descendientes del causante ocasionan que las posesiones no alcanzan para alimentar a todos, y por ello se permite la posibilidad de designar un solo heredero (para lo que se utilizará el *testamentum per aes et libram*), desheredando a los demás, o que incluso se pueda testar a favor de un extraño. Pero lo que sí debemos tener claro es la necesaria existencia de un heredero.

La evolución posterior, hará todavía más compleja y diversa la sucesión, aunque por otro lado se producirá la simplificación de las formas testamentarias, llegando a admitirse el derecho de parientes a ser nombrados en el testamento (llamada legítima formal) y a recibir una parte determinada de los bienes del caudal (legítima material)

- Elemento germánico.

Aquí, la sucesión toma otros caminos, y ejemplos de ello pueden verse en el hecho de que en estas sociedades germanas no se contemplaba esa necesidad de culto a los antepasados y por consiguiente la institución del heredero necesario; u otros aspectos como que la única sucesión posible es la legal, desconociéndose el testamento.

Aunque hay cosas que sí se mantienen, como es la existencia de una comunidad (aquello que conocíamos como *consortum*), ya que los hijos seguían gozando de un derecho expectante sobre los bienes pertenecientes al padre.

Algo destacable es que, posteriormente, se consolida la idea de que el heredero ha de serlo de sangre, y de hecho no es posible designarlo con el mero objetivo de un negocio jurídico, a excepción de la adopción. «No se concibe un heredero que no sea pariente de sangre: #Los herederos nacen y no se hacen#, #sólo Dios puede hacer heredero, no el hombre#, dicen antiguos proverbios».⁸

- Elemento cristiano.

Estas influencias cristianas afectan más a la cultura germánica que a la romana, y se centran, sobre todo, en sugerir sutilmente a los fieles que deberían de dar parte de su patrimonio a la Iglesia para el desarrollo de su actividad.

Posteriormente el derecho canónico termina influyendo igualmente, con aspectos como: tener en cuenta la voluntad que poseía el difundo para con los bienes, poder encomendar a otros la realización del testamento, la eliminación del hecho de que la figura del heredero sea indispensable, etc.

- A partir de la Reconquista.

En España debemos partir de la base de que, tras la influencia cristiana, sigue predominando la figura de la comunidad y la escasez de bienes existentes para donar.

Estamos en una situación en que existen diversas masas hereditarias, y sobre ellas el causante tiene un derecho de disposición algo indeterminado. Se hace aquí la distinción entre muebles e inmuebles, y dentro de los segundos se diferencia entre

⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*. Editorial Dykinson, Madrid, 2007. p 10.

aquellos que el sucesor recibe, y aquellos que este adquiere por su propia labor. En suma, en este momento debe apuntarse que la sucesión intestada es prácticamente excluida o muy limitada.

Cuando se llega a la baja Edad Media, se observan ya una pluralidad de variaciones de los derechos sucesorios y se van ampliando las concepciones anteriormente vistas. Aquí, la diferenciación más importante es la del Derecho de Castilla por un lado y los distintos Derechos forales por otro, ya que uno y otros contemplan el fenómeno sucesorio desde distintos prismas. Se promulga el CC en 1889 y posteriormente una serie de reformas han hecho que lleguemos a la situación actual, donde la visión que el Código contempla es distinta a la actual predominante en España en aspectos económicos, familiares, de esperanza de vida, etc. Como decíamos, hay territorios con propio derecho sucesorio, y es que son estos los que más han innovado, entre los que podemos destacar: Aragón (Ley 1/1999 y Ley 2/2003), Baleares (Decreto Legislativo 79/1990), Cataluña (Ley 40/1991), Galicia (Ley 2/2006), Navarra (Ley foral 5/1987) y País Vasco (Ley 3/1992 y Ley 3/1999)

2. LA SUCESIÓN TESTADA.

El testamento militar forma parte de la sucesión testada y participa de sus características, por lo que se procede a hacer referencia a las mismas.

2.1. Definición de testamento y características del mismo.

Partiendo de la base legal, el Artículo 667 del CC lo define como: «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». Concepto criticado por la doctrina, pues lo considera carente de total sentido, ya que para que este fuera plenamente válido debería contener la fórmula de *acto revocable* y no meramente la de *acto*⁹.

Aquí es destacable la opinión de SÁNCHEZ ROMÁN¹⁰, que se basa en que no es un concepto exacto, ni completo, ni útil;

⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*. Editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 165.

¹⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo VI: Derecho de Sucesiones, Volumen 2º*, Reus, Madrid, 2015, Revisada y puesta al día por Antonio M. Román García. p. 23

- No podemos considerarlo exacto, ya que está atribuyendo al testamento un carácter únicamente patrimonial, cuando bien es sabido que contiene o puede contener disposiciones relativas al ámbito personal, como puede ser, por ejemplo, el reconocimiento de hijos extramatrimoniales o el nombramiento de un tutor.
- No es completo ya que olvida los caracteres esenciales del testamento, que son de los que se desprende tanto la validez como la eficacia.
- Tampoco es útil, por el hecho de que carece de una real aplicación práctica y su supresión no afectaría realmente al CC.

Esta opinión se ve reforzada por CASTÁN¹¹, que determina que realmente no hubiera sido necesario establecer un concepto de algo tan elemental como es la institución jurídica del testamento, y que en caso de efectivamente hacerlo, debería de realizarse con mayor rigor y una mayor eficacia práctica.

Si por otro lado acudimos a la Jurisprudencia encontramos una de las sentencias más importantes utilizadas en el Derecho de Sucesiones, concretamente la Sentencia del Tribunal Supremo (En adelante TS) de 8 de Julio de 1940¹², donde se afirma: «Que tanto de la declaración en general contenida en el Art. 658 del Código Civil, al decir que la sucesión se defiende *por la voluntad del hombre manifestada en testamento*, como de la definición consignada en el 667 del propio cuerpo legal, indicando que el testamento es un *acto*, se desprende inequívocamente que se trata de un acto o negocio jurídico, que tiene como elemento esencial una declaración de voluntad, sujeta a todas las reglas concernientes a las manifestaciones de la voluntad con efectos jurídicos y que, ante todo, exige y presupone una voluntad expresada en forma suficiente inteligible».

Esta misma Sentencia, viene a afirmar igualmente que de la interpretación de los Artículos 667 y 668 CC, podemos decir «que el testamento es un acto por el cual se dispone, total o parcialmente, de los bienes para después de la muerte». Finalmente, en el Considerando 5º de dicha Sentencia, el TS llega a una serie de conclusiones sobre la voluntad manifestada en el testamento por el causante: «1ª: Que al ser esencialmente el testamento un acto de disposición de bienes o derechos, no es verdadero testamento el acto que, aun presentando la forma externa de tal, pueda dudarse si constituye un simple

¹¹ LLEDÓ YAGÜE, F., *Sistema de Derecho Civil. Sucesiones*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2002, p.73.

¹² STS (Sala de lo Civil) de 8 de Julio de 1940 (RJ 683/1940)

esbozo y no un acto definitivo, o en que el otorgante se limite a aconsejar o rogar con respecto al destino de su patrimonio, sin que esto quiera decir que el carácter imperativo de las disposiciones haya de colegirse únicamente de la literalidad de las expresiones que se empleen; 2ª: Que siendo el testamento acto por el que alguno dispone para después de la muerte, no valdrá como tal si no consta con claridad la intención de testar, esto es, de disponer para después de la muerte del declarante; 3ª: Que si bien, en síntesis, es indiferente el modo y términos con que el testador se exprese, siempre es necesaria la esencia de la disposición *mortis causa* en sus palabras».

Esta jurisprudencia es seguida por otras Sentencias como la STS de 10 de diciembre de 1956 (RJ 1956 / 3860) e igualmente se observan otras definiciones como la aportada por la STS de 24 de noviembre de 1958¹³: « [...] en la concepción orgánica del derecho sucesorio patrio, se desprende de modo necesario que el testamento es un acto jurídico *mortis causa* y como tal unilateral, personalísimo y solemne por ser acto protegido por la Ley, por el cual el testador, según su arbitrio y dentro de los preceptos y límites fijados por la Ley, manifiesta su última voluntad sobre sus bienes, no exclusivamente patrimoniales; que la razón de ser del testamento se sustenta precisamente en que la declaración de voluntad del testador sea cumplida, por lo que el Tribunal Supremo reviste el testamento que reúna los requisitos legales, de fuerza de Ley, reguladora de la sucesión para todos los que de dicha voluntad testamentaria deriven sus derechos[...]»

En cuanto a las características¹⁴ del testamento, podemos deducirlas de las diversas corrientes doctrinales, así como de la jurisprudencia y de las disposiciones que contiene nuestro Código Civil.

En primer lugar, estamos ante un **acto jurídico *mortis causa***, característica que se deduce del Artículo 667 CC, pues el testamento comienza a desplegar sus efectos desde el momento en que se da la muerte del causante en adelante.

En segundo lugar, es un **acto unilateral**, ya que para otorgarlo, la única parte que concurre es el propio testador (causante), pues se trata de su declaración de voluntad acerca del destino del caudal relicto, que es eficaz por sí misma, tal y como

¹³ STS (Sala de lo Civil) de 24 de noviembre de 1958 (ECLI:ES:TS 1958:111)

¹⁴ LLEDÓ YAGÜE, F., *Sistema de Derecho Civil. Sucesiones*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2002. P 74-76.

afirmaba LACRUZ, para dar vida al testamento sin que tenga que concurrir ninguna otra. En este sentido, parece haber cierta discusión mal fundada, considerándose por algunas teorías que se trata de una declaración recepticia, es decir, que se trata de un acto que requiere de la aceptación por parte de los herederos, y que por ende es bilateral. Esto no es así, ya que cuando hablamos de aceptación, nos referimos simplemente al hecho de que es necesaria esta para que se realice una efectiva transmisión a los herederos; pero sin embargo, otro asunto muy diferente es la validez del documento en sí mismo, que, como hemos afirmado ya, solo requiere de la declaración de voluntad del testador.

En tercer lugar, es **individual**, pues como afirma el Artículo 669 CC: «No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero». Esto se ve reforzado con la aportación del Artículo 733 CC.¹⁵ Distinto es aquello que se determina en los ordenamientos de derecho foral, donde sí se permite testar mancomunadamente.

En cuarto lugar, es **personalísimo**, afirmando el Artículo 670 CC que, «El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.

Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente». Reforzado igualmente con el contenido del Artículo 830 CC¹⁶.

Si bien es cierto, que podemos encontrar también algunas excepciones como la del Artículo 671 CC¹⁷, junto con el Artículo 831 CC, por el cual se permite al cónyuge viudo la capacidad de distribuir entre sus hijos comunes los bienes del difunto dentro de unos términos, límites y condiciones

Igualmente, como ocurría antes, los distintos derechos forales dan lugar a excepciones sobre el carácter personalísimo del testamento, donde se admite el llamado testamento

¹⁵ «No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiese otorgado».

¹⁶ «La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro».

¹⁷ «Podrá el testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse».

por comisario, donde se cede a uno o varios comisarios la designación de sucesores, distribución de bienes, etc.

En quinto lugar, es un **acto o negocio jurídico libre**, pues de acuerdo con el Artículo 673 CC, estaremos ante un testamento nulo siempre que se otorgue con violencia, con dolo o con fraude, argumento además reforzado con el Artículo 674 CC¹⁸.

En sexto lugar, es **esencialmente revocable**, ya que así lo expresa literalmente el Artículo 737.1 CC, por el que «todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas». Y es más, de acuerdo al segundo párrafo del mismo se establece que «se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento sin no la hiciere con ciertas palabras o señales».

Por último, se trata de un **acto solemne y formal**, y de hecho el incumplimiento de este requisito hace que el testamento devenga nulo, señalándose en el Artículo 687 CC que «será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo». Aunque también es cierto que la jurisprudencia con el paso del tiempo ha ido suavizando el rigor de esta norma en determinados casos.

2.2. Requisitos del testamento.

A) Capacidad para testar.

La regla general viene descrita en el Artículo 662 CC, por el que «pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente». En este sentido, de acuerdo con la jurisprudencia, la excepción a esta regla debe ser probada de modo evidente y completo, pues de lo contrario no será suficiente.

Una vez determinada esta regla general, debemos detenernos en dos aspectos dispares;

- El momento en el que se ha de ser capaz: en este sentido debemos tener en cuenta dos preceptos, los Artículos 666¹⁹ y 664²⁰ CC. De la lectura de los

¹⁸ «El que con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero abintestato, otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido».

mismos puede extraerse respectivamente, que para ver si el testador es capaz o no, deberá atenderse al momento justo en el que ha de otorgarse el testamento, y que además será válido un testamento hecho antes de una enajenación mental. En otras palabras, será posible que se dé la situación en la que una persona que venía siendo incapacitada, otorgue testamento en un determinado momento de lucidez en el que tenga pleno uso de sus facultades, y que de igual forma, una persona que estaba en perfectas condiciones pero que en el momento de testar no cumple dichas condiciones, no podrá realizar dicho testamento.

Este razonamiento da lugar a lagunas, puesto que puede ser cuestionable como una persona que venía arrastrando una incapacidad, en un momento determinado es totalmente capaz de testar.

- Incapacidad para testar: aquí debe hacerse una distinción entre aquellas incapacidades que originen una invalidez de todo testamento (absolutas) y aquellas que de otro modo, solo ocasionan la invalidez del otorgamiento de determinadas clases de testamentos (relativas). Además, tenemos que tener en cuenta que las incapacidades previstas en el CC, deberán interpretarse de forma restrictiva y que no podrán, por analogía, ser extendidas a otros supuestos que no estén previstos por el legislador.

En cuanto a las absolutas, el Artículo 663 CC señala que «están incapacitados para testar:

1. ° Los menores de catorce años de uno y otro sexo
2. ° El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio».

Pero debe hacerse una matización, pues en relación a lo anteriormente explicado del Artículo 666 CC, no será necesaria una previa declaración de incapacidad puesto que la doctrina considera que simplemente es necesario que exista un desequilibrio en el momento de otorgar y que tenga la intensidad suficiente para que aquella persona que lo padece no sea consciente de sus actos en el momento concreto.

En cuanto a las relativas, encontramos tanto el Artículo 688 CC: «el testamento ológrafo solo podrá otorgarse por personas mayores de edad», como el Artículo 708 CC: «no pueden hacer testamento cerrados los ciegos y los que no sepan o

¹⁹ «Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento».

²⁰ «El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido».

puedan leer», donde se ve claro el carácter específico de este tipo de incapacidades.

Cabe señalar que cuando estamos ante testamentos notariales, será el Notario el que se encargará de asegurar que la persona que va a testar efectivamente es capaz en el momento concreto de realizarlo (Artículos 685, 696 y 707.4 CC); E igualmente tener claro que cuando estemos ante testamentos otorgados delante de una serie de testigos, corresponderá a estos la labor de determinar la apreciación de la capacidad o de la incapacidad (Artículos 685, 700 y 701 CC)

Es destacable también la labor de la jurisprudencia, en concreto del TS, que en materia de capacidad ha dictado diversas sentencias como la de 7 de octubre de 1982, apoyada y seguida por otras (STS de 10 de abril de 1987; 22 de junio de 1992; 10 de febrero de 1994; 24 de julio de 1995; 27 de noviembre de 1995). En esta sentencia se establecen una serie de principios que servirán de cara a la apreciación de la capacidad del testador²¹;

- Existe una presunción *iuris tantum* a favor del testador, presumiéndose su capacidad en el momento de otorgar. Esto funciona en coherencia de la idea tradicional del *favor testamentii* (es decir, interpretar el testamento en el sentido más favorable para que así despliegue efectos)
- Una vez que se ha realizado por parte del Notario la apreciación afirmativa de la capacidad del testador, podrá ser esta destruida, aunque esta reviste una especial relevancia de certidumbre.
- Para la apreciación del estado mental, la Sala de Instancia podrá valorar libremente aquello que según el perito se haya determinado.

En concreto en materia de incapacidad relativa puede destacarse la STS del 22 de enero de 2015²², pues se centró en la discusión de la validez de otorgamiento de un testamento que fue impugnado por el hijo de la testadora, por considerar este que su madre no era ni mucho menos capaz por el hecho de que desde el año 2007 venía padeciendo Alzheimer. Lo que se terminó decidiendo fue la desestimación de la pretensión aducida por el hijo, puesto que tanto en aplicación del Artículo 685 CC,

²¹ LLEDÓ YAGÜE, F., *Sistema de Derecho Civil. Sucesiones*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2002. p. 78

²² STS (Sala de lo Civil) de 22 enero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:195)

como de la revisión de los documentos periciales, se determinó que la testadora se encontraba en pleno uso de sus facultades en el momento en que se realizó el otorgamiento del testamento.

B) Identificación del Testador y papel de los testigos.

Se exige por parte de los ordenamientos jurídicos que efectivamente se garantice que quien testa sea realmente quien dice testar, y es por ello que el objetivo principal es evitar usurpaciones y que en resumidas cuentas una persona pueda disponer de patrimonios ajenos por un testamento. Realmente, esto ocurre en todo tipo de negocios jurídicos pero aquí tiene especial relevancia por el hecho de que, al ser un acto que despliega efectos desde la muerte del testador, no puede contarse con el testimonio de dicho testador si fuere necesario.

Nuestro Código Civil, nos ofrece en primer lugar el Artículo 685²³ CC: «El Notario deberá conocer al testador y si no lo conociese se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas. También deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar.

En los casos de los artículos 700 y 701, los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad».

Sobre este precepto deben realizarse aclaraciones: Debe quedar claro que no determina que el Notario tenga el deber de conocer al testador, sino que en caso de que lo conozca, este será el medio de identificación del testador de forma principal y preferente a los demás. También afirma que en caso de que el Notario no conociera al testador, una de las posibilidades es acudir a dos testigos que sean conocidos tanto del mismo Notario como del testador, a los que se aduce con el término *testigos de conocimiento*; O bien alternativamente se podrán utilizar documentos expedidos por autoridades públicas, es decir, se está refiriendo principalmente a DNI y Pasaporte.

²³ Artículo que ha sido modificado por la Ley de 20 de diciembre de 1991 de modificación del Código Civil en materia de testamentos.

Igualmente, añadir que los testamentos a los que se hace referencia en los Artículos 700 y 701 CC se tratan de aquellos que se dan en peligro inminente de muerte y en casos de epidemias, que posteriormente comentaré.

En segundo lugar, tenemos el Artículo 686 CC, que se aplica en defecto de los medios anteriores que hemos visto, afirmando que: «Si no pudiere identificarse la persona del testador en la forma prevenida en el artículo que precede, se declarará esta circunstancia por el Notario, o por los testigos en su caso, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo.

Si fuere impugnado el testamento por tal motivo, corresponderá al que sostenga su validez la prueba de la identidad del testador».

A este respecto, sobre el primer párrafo está haciendo referencia a documentos que no son oficiales y que por tanto no identifican fehacientemente (como podría ser el carnet de un club del que la persona fuera miembro) y es por ello que se contempla el segundo párrafo del precepto, afirmando que en caso de que se dudara y se impugnara el testamento habría de demostrarse la validez de la prueba.

Ya hemos nombrado a los testigos de conocimiento a tenor del Artículo 685 CC, pero existen otro tipo de testigos que son los llamados *instrumentales*, que son los sujetos que simplemente presencian el acto de la lectura, del consentimiento, la firma y la autorización.

Pero lo que sobre todo debe quedar claro es que los testigos han de ser idóneos²⁴, pues de lo contrario estaríamos ante un testamento nulo, y para ello debemos acudir al Artículo 681 CC, por el que: «No podrán ser testigos en los testamentos:

Primero. Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701.

Segundo. Sin contenido.

Tercero. Los que no entiendan el idioma del testador.

Cuarto. Los que no presenten el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical.

²⁴ O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil. Tomo V: Derecho de Sucesiones, Sexta Edición*, Editorial Dijusa, Madrid, 2007. P. 74.

Quinto. El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo».

Dentro del precepto, pueden distinguirse las causas de carácter absoluto, aplicables a todo testamento, donde nos centraríamos en los puntos primero, segundo (que actualmente no tiene contenido pero que anteriormente regulaba a los ciegos y los totalmente sordos o mudos) y cuarto; y por otro lado las de carácter relativo, que afectan a un concreto testigo respecto a un concreto testamento, centrándonos en los puntos tercero (referente tanto a idioma extranjero como uno de los idiomas españoles, por ejemplo el catalán, pues consiste en el mero hecho de no comprender lo que en el documento figura) y quinto.

C) Formas del Testamento.

En este aspecto, es algo bastante claro, pues el Código Civil en su Artículo 676, nos dice que: «El testamento puede ser común o especial.

El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado».

Pero a su vez se matiza en el Artículo 677 CC que: «Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero».

Esto lo veremos explicado a continuación.

2.3. Clasificación de los Testamentos.²⁵

A) Testamentos comunes.

Este tipo de testamentos exigen los requisitos o solemnidades generales y pueden ser utilizados, en principio por cualquiera con capacidad para testar.

²⁵ LLEDÓ YAGÜE, F., *Sistema de Derecho Civil. Sucesiones*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2002. P 95-126.

a) Ordinarios.

Los que afectan al Testamento militar son;

- Testamento abierto.

Partimos de la definición que nos da el Artículo 679 CC: «Es abierto el testamento siempre que el testador manifieste su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone», pero debemos completarlo con la regulación que nos dan los Artículos 694 a 705 CC.

Esta figura es la única que permite que todas aquellas personas que participan en el otorgamiento queden enteradas de lo que en el documento se dispone, lo cual puede plantearse como un inconveniente ya que el testador debe transmitir sus disposiciones no solo al Notario, sino a todos, perdiendo toda discreción, y creando una mayor posibilidad de peligro (PLANIOL). Además debido a la gran cantidad de formalidades del mismo es más fácil incurrir en fallos en su realización.

Desde otro punto de vista plantea ventajas, pues la intervención de un Notario lo dota de una mayor profesionalidad y corrección en su realización, lo que es bueno de cara a evitar la posible nulidad del otorgamiento. A parte de esto, encontramos otras ventajas: está dotado de la fuerza propia de los documentos públicos, no se sujeta a plazos de caducidad, es el único que pueden otorgar quienes no saben o no pueden leer y escribir, tiene un sistema de conservación muy seguro, etc.

Todo esto hace que la forma testamentaria abierta sea la más usada, con una gran diferencia respecto al uso de las demás. Por ello normalmente nos encontraremos dentro de esta tipología ante la *Forma notarial ordinaria*, realizada por un Notario plenamente hábil, que se ajustará a las formalidades determinadas en el CC y además en lo

establecido en la Ley del Notariado (Artículos 7²⁶ y 8²⁷) y en el Reglamento Notarial (Artículo 125²⁸)

- Testamento cerrado.

El concepto se encuentra en el Artículo 680 CC: «el testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que esta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han autorizado el acto».

Igual que veníamos haciendo podemos destacar una serie de ventajas como que concilia el secreto de la disposición con la garantía de que no ha de extraviarse o falsearse. Pero en este caso tenemos que las desventajas comportan un papel de mayor peso, tal y como ha señalado ALBALADEJO, pues exige gran cantidad de formalidades, siendo mucho más sencillo el testamento abierto; su apertura y protocolización suponen trámites y gastos; y el secreto de las disposiciones realmente también se guarda cuando estamos ante un testamento abierto.

Para que esta forma sea válida, deberá ser por escrito, debiendo el testador escribirlo de su puño y letra, debiendo firmarlo al final. Si lo escribiera otra persona o se utilizara un medio mecánico para ello, deberán firmarse también todas las hojas que resultaran (Art. 706 CC)

Podemos determinar que se trata pues de una forma de testamento que se encuentra prácticamente en desuso, pues tiene más inconvenientes que ventajas.

B) Testamentos especiales.

Como ya adelantábamos se regulan en el Artículo 677 CC, y son aquellos que requieren más o menos solemnidades según los casos, y solo pueden ser utilizados por ciertas personas en unas determinadas circunstancias, de ahí su denominación. De ellos forma parte el Testamento militar.

²⁶ «La residencia habitual de los Notarios ha de ser el punto designado en la creación de su respectivo oficio».

²⁷ «Los Notarios podrán ejercer indistintamente dentro del partido judicial en que se halle su Notaría.

Las poblaciones en que hubiere más de un Juzgado de primera instancia se reputarán, para el efecto de este artículo, como un solo partido judicial».

²⁸ «La infracción del régimen mencionado, actuando indebidamente en la residencia de otro notario, además de la corrección disciplinaria que proceda, motivará la pérdida total de honorarios, que experimentará el notario infractor en beneficio del titular o titulares de la residencia no respetada».

III. EL TESTAMENTO MILITAR.

1. DETERMINACIONES GENERALES ACERCA DEL TESTAMENTO MILITAR.

1.1 Antecedentes y evolución histórica.

Esta figura, surge como consecuencia de la evolución de los ejércitos. En un principio, el ejército se integraba por ciudadanos romanos, que posteriormente se vieron acompañados por soldados procedentes de ciudades italianas aliadas, ya que firmaban tratados de amistad. Con el paso del tiempo, lo que se experimentó es que la guerra cada vez se desplazaba más lejos, es decir, los conflictos comenzaban a salir de Roma y de los límites del Imperio, por lo que con este fenómeno, los soldados cada vez se encontraban menos motivados para ir a la guerra, con conflictos cada vez de una mayor duración.

A esto, se une por otro lado el hecho de que con las batallas, un ciudadano que fuera soldado podía obtener un buen botín, además de que era un gran honor participar ayudando al ejército. Y por esto que los sentimientos de la población eran contradictorios.

Del Siglo III. a.C. en adelante, la cosa cambia, ya que las fronteras de combate se amplían mucho más e igualmente, el tiempo de los mismos aumenta considerablemente, lo que obviamente merma el espíritu de los ciudadanos de querer ir a la guerra y permanecer tanto tiempo lejos de sus familiares, desatendiendo los cultivos, etc.

Ya en la época postclásica, no fue suficiente con los soldados profesionales para cubrir las necesidades de personal por la magnitud de las guerras, y por ello se obligaba a soldados germánicos a combatir y se llevaban a cabo reclutamientos forzosos, y aquellas personas que se negaban podían ser sometidas a duras penas.

Llegados a este punto, lo que aquí debe destacarse es la práctica libertad total de la que gozaban los militares en esta época, momento en que surge la figura del testamento militar (*testamentum militis*), figura que no estaba sometida prácticamente a ninguna formalidad; un ejemplo de ello es que podían nombrarse herederos a sus mujeres aunque estas no tuvieran la condición de ciudadanas romanas. Esta libertad es un derecho muy específico por la especial situación en la que los soldados se

encontraban, ya que debían asumir muchos riesgos en situaciones prolongadas en el tiempo, y esto contradecía los principios más elementales del Derecho testamentario romano conocido hasta el momento, aunque siempre bajo una justificación de utilidad desde un punto de vista objetivo.²⁹

Debemos destacar también que existen en este momento dos figuras, dos formas públicas de otorgar testamento. Se observa por un lado el llamado *testamentum in calitis comitiis*, es decir, la manera en la que testar cuando es tiempo de paz y que es común a todos; y por otro el *testamentum in procinctu*, que es justo lo contrario, pues se trata de la forma de expresión para cuando se testa en tiempos de guerra, donde basta con declarar las últimas voluntades ante testigos.

Pues bien, es esa segunda forma, la que posteriormente se conocerá como el *testamento militis*, que ya hemos visto anteriormente.³⁰

1.2 Definición.

Para su definición podemos partir de la Sentencia del TS de 10 de Julio de 1944³¹, de la que principalmente puede sacarse la siguiente idea: estaremos ante este tipo de testamento cuando este haya sido otorgado por militares o por aquellos que fueran asimilados a los mismos, es decir, que no son estrictamente militares, y que veremos definidos en el Artículo 716 CC. Además hay que tener claro que también se requerirá que sea en tiempo de guerra y que se estuviere en campaña, pudiendo darse tanto dentro como fuera de nuestro país. Todo ello además, deberá realizarse en presencia de una persona competente y ante dos testigos.

Por otro lado nuestro Código Civil, fundamenta este testamento, no centrándose solo en las profesiones militares, sino que le da mucha más importancia en sí a las circunstancias que se dan cuando una persona tiene un peligro de muerte próximo a causa de una situación de guerra. Ante este panorama, se busca una forma que no sea la ordinaria, puesto que es más lenta, para que estas personas puedan testar.

²⁹ BLANCH NOUGUÉS, J.M., «Una visión histórica y jurídica sobre el ejército romano», en Anuario Jurídico y Económico Escurialense, núm. XLIV. Universidad Autónoma, Madrid, 2011. p. 37-47

³⁰ HERNÁNDEZ-GIL, Antonio, El testamento militar (en torno a un sistema hereditario militar romano), Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946. Ob. cit. en “Antecedentes Históricos del Testamento Militar”, Revista Española de Derecho Militar nº 102

³¹ STS (Sala de lo civil) de 10 de Julio de 1944 RJ/1944/911

En relación a esto se publica en un artículo del Boletín de Administración Militar del año 1894 una opinión por parte de un militar, que opina que la denominación del testamento militar le parece impropia, ya que para él debería denominarse testamento en campaña o hecho en tiempo de guerra, ya que ni siquiera los propios militares pueden otorgar testamento en la forma de los Artículos 716, 717, 720 y 721 CC en cualquier momento de su vida, ni de hecho ellos son los únicos que pueden formalizarlos.³²

1.3. Clasificación.

Se regula en nuestro Código Civil, en concreto en la Sección Séptima «Del testamento militar» del Capítulo I «De los testamentos», del Título III «De las sucesiones», del Libro III «De los diferentes modos de adquirir la propiedad», en concreto los Artículos 716 a 721 CC.

En el testamento militar, encontramos de nuevo tanto de tipo ordinario como extraordinario, y a su vez, dentro de ellos podemos subdividir en abiertos o cerrados.

A) Ordinario.

a) Abierto.

De la lectura del Artículo 716 del CC, podemos extraer una serie de ideas. En primer lugar, expresamente se determina que ha de ser en tiempo de guerra, aunque estuviéramos en país extranjero; En segundo lugar, no solo podrán hacer uso de esta figura los militares en campaña, si no que como veremos después, hay una pluralidad de sujetos involucrados; En tercer lugar, y en relación a lo anterior hay también diversos sujetos que pueden autorizarlo: podrán aquellas personas que, siendo Oficiales, ostenten categoría de Capitán, el Capellán (sacerdote castrense) o Facultativo (médico militar) y si el testador estuviera en destacamento, el Subalterno que lo mande.

Esta figura viene definida en el Artículo 679 CC: «Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone».

Tenemos además una serie de preceptos importantes;

³² DOLADO ESTEBAN, J.J., Escuela militar de intervención, Curso de perfeccionamiento, *Notaria Militar*, Madrid, 2010. P. 51-52

Comenzaremos con el artículo 686 CC: «Si no pudiere identificarse la persona del testador en la forma prevenida en el artículo que precede, se declarará esta circunstancia por el Notario, o por los testigos en su caso, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo.

Si fuere impugnado el testamento por tal motivo, corresponderá al que sostenga su validez la prueba de la identidad del testador».

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

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

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

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

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

Como vemos se está hablando de un Notario, pero realmente deberíamos estar hablando de un Comisario de Guerra, que es quien dará el otorgamiento (actuará de

fedatario). Sin embargo, esta figura está en desuso puesto que ha sido sustituida por la del Interventor Militar, tal y como dispone el Artículo 38.1 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar: «Los miembros del Cuerpo Militar de Intervención, agrupados en una escala de oficiales, tienen como cometidos el control interno de la gestión económico financiera...el ejercicio de la notaría militar, en la forma y condiciones establecidas en las leyes, y el asesoramiento económico fiscal»; entenderemos que *notaría militar* se refiere tanto a la función atribuida al interventor militar encargado de dar fe pública militar, como a la oficina donde esta se ejerce.³³

Debemos destacar además la inexcusabilidad de que es necesaria la presencia de dos testigos idóneos. Continuando con este tema, conocemos de las prohibiciones del Artículo 681 CC, el cual plantea dudas de cara a si englobaría también a ordenanzas, escribientes o ayudantes de aquel que autoriza; y se acaba concluyendo que estos no entrarían en el artículo y que podrían ser testigos ya que su relación no es comparable a la del Notario con sus trabajadores, aunque si bien es cierto, para buscar la imparcialidad lo mejor sería buscar a estos testigos entre los miembros de otros cuadros militares.

En cuanto a la **caducidad** de este testamento, debemos acudir al Artículo 719 CC que determina que la validez de los testamentos otorgados de acuerdo con el Artículo 716 CC, tiene un límite máximo de 4 meses después de que haya dejado el testador de estar en campaña.

Centrándonos en el **Artículo 684 CC**, este nos ofrece dos modalidades. En cuanto a la primera la encontramos en su párrafo 1º: «Cuando el testador exprese su voluntad en lengua que el Notario no conozca, se requerirá la presencia de un intérprete, elegido por aquél, que traduzca la disposición testamentaria a la oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el Notario. El instrumento se escribirá en las dos lenguas con indicación de cuál ha sido la empleada por el testador», es decir, si estuviéramos ante lenguas desconocidas por el encargado de autorizar, podrá encargarse a un intérprete que traduzca. Pero puede darse la situación en la que dicho encargado conozca la lengua y esta sea una correspondiente a alguna CCAA, bastando en ese caso que se redactara en dicha lengua.

³³ DOLADO ESTEBAN, J.J., Escuela militar de intervención, Curso de perfeccionamiento, *Notaría Militar*, Madrid, 2010. p. 23.

En cuanto a la segunda, el apartado 2º afirma que: «El testamento abierto y el acta del cerrado se escribirán en la lengua extranjera en que se exprese el testador y en la oficial que emplee el Notario, aún cuando éste conozca aquella», donde vemos que podrá testarse en lengua extranjera y que en caso de que el Interventor conozca dicha lengua, no será necesario un intérprete, pero siempre se necesitarán dos redacciones, tanto en lengua extranjera como en la propia del Interventor.

Con lo expuesto en el Artículo 718 CC, queda claro que lo que se busca es la garantía de que se realiza una comunicación a herederos e interesados, y de esta forma cumplir el protocolo y por ende el testamento. En estos testamentos, de acuerdo con MARTÍNEZ ESPÍN, el Oficial o persona que lo tenga en su poder debe remitirlo al Cuartel General y posteriormente al Ministerio de Defensa, asegurándose del fallecimiento del otorgante. Del Ministerio debe pasar al Juzgado de Primera Instancia, sin necesidad de parte de defunción, ya que basta con la baja que remita el Cuartel, pues ya se ha comprobado que ha fallecido. El Juez competente será el del último domicilio (Artículo 40 CC) o el Decano de Juzgados de Madrid, y citará a los herederos e interesados (Artículo 1944, 2º LEC)

En cuanto al **incumplimiento** de deberes previamente explicados, deberá acudir, si se quiere reclamar por parte de los interesados, al Artículo 1902 CC, puesto que no hay una sanción específica.

Por último, en relación a la protocolización, deben seguirse los Artículos 1943 a 1955 LEC, debiendo reconocerse las firmas tanto por testigos como personal autorizante; además debiendo tener en cuenta que si el acto se realizara en una zona de operaciones, el Juez competente expedirá exhorto a la Autoridad Militar correspondiente.³⁴

b) Cerrado.

Se contempla en el Artículo 717 CC: «También podrán las personas mencionadas en el artículo anterior otorgar testamento cerrado ante un Comisario de Guerra, que ejercerá en este caso las funciones de Notario, observándose las disposiciones de los artículos 706 y siguientes».

³⁴ DOLADO ESTEBAN, J.J., Escuela militar de intervención, Curso de perfeccionamiento, Notaria Militar, Madrid, 2010. P. 94.

Como vemos, estamos ante un tipo especial de testamento pero no por ello dejan de aplicarse las disposiciones de los Artículos 706 a 715 CC. Igualmente tendremos en cuenta el Artículo 716 CC, en concreto su primer párrafo, en el sentido de que podrán otorgar testamento los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos que estén empleados en el ejército o bien que lo sigan.

Puede hacerse alguna matización, pues por ejemplo, conforme a las 3 hipótesis para la conservación del testamento que se disponen en el Artículo 711 CC (Conservar el testador en su poder el documento, encomendar la guardia a una persona de confianza o depositarlo en poder del Notario para que lo guarde en su depósito), solo podríamos quedarnos con la tercera, pero amoldándola al tipo de testamento, por lo que estaríamos hablando de que lo apropiado para la conservación sería depositarlo en poder del Comisario, pero este no lo guardará, si no que, cumpliendo el Artículo 718 CC³⁵, deberá remitirlo cuanto antes al Cuartel General para que de esta forma llegue al Ministerio del Ejército.³⁶

Un dato importante también es la **caducidad**, pues de acuerdo al Artículo 719 CC, los testamentos del Artículo 716 caducan a los 4 meses como hemos visto en el testamento abierto; sin embargo en estos casos no hay caducidad determinada ya que son indefinidos, sin perjuicio de que puedan ser revocados por el otorgante.³⁷

Ha de quedar clara igualmente la importancia, como ocurría en el testamento abierto de que se custodie y se cumplan las obligaciones para con el mismo, incurriendo en posible responsabilidad de acuerdo al Artículo 1902 CC.

³⁵ «Los testamentos otorgados con arreglo a los dos artículos anteriores deberán ser remitidos con la mayor brevedad posible al Cuartel General y, por este, al Ministerio de Defensa.

El Ministerio, si hubiese fallecido el testador, remitirá el testamento al Colegio Notarial correspondiente al último domicilio del difunto, y de no ser conocido éste, lo remitirá al Colegio Notarial de Madrid.

El Colegio Notarial remitirá el testamento al Notario correspondiente al último domicilio del testador. Recibido por el Notario deberá comunicar, en los diez días siguientes, su existencia a los herederos y demás interesados en la sucesión, para que comparezcan ante él al objeto de protocolizarlo de acuerdo con lo dispuesto legalmente».

³⁶ PEÑAS VAZQUEZ, A. (Teniente Coronel de Infantería), *Revista de las armas y servicios: el testamento militar*, número 425, Madrid, 1975. p. 12

³⁷ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. «Título III. De las Sucesiones. Comentario al art. 717 CC», *Código Civil Comentado*, Editorial VLex, Barcelona, 2016.

B) Extraordinario.

a) Abierto.

Sobre su naturaleza ha de destacarse una excepción, y es que, de acuerdo a las personas autorizadas por el Artículo 716 CC, y siguiendo el Artículo 720 CC, en el caso de los testamentos abiertos extraordinarios no es necesaria la presencia de una persona que autorice el acto, ya que por la naturaleza de la situación (batalla, asalto, combate o en resumidas cuentas todo peligro de acción de guerra), bastará con la presencia de dos testigos y será de palabra, aunque si bien es conveniente hacerlo por escrito existiendo la posibilidad de ello. Argumento reafirmado en la STS de 10 de Julio 1944 ya citada.

Esto se debe principalmente a la búsqueda de más facilidades para el otorgamiento debido a la situación. En cuanto a la palabra testigos se dividen dos opiniones: por un lado VALVERDE, opina que serán validas aquellas personas menores de edad pero que sean mayores de 16 años, como pasaba en los casos de epidemia del Artículo 701 CC; pero por otro lado para TABOADA, la interpretación del Artículo 720, debe entenderse ampliamente, determinando que serán válidos aquellos que lo sean para probar obligaciones de acuerdo a los Artículos 1244 y ss. CC.³⁸

Debe quedar claro igualmente que si el testador no fallece, se declarará nulo el testamento. Y en caso de que este no sobreviviera, aunque hemos visto que hay menos formalidades, sería necesario aun así que los testigos lo formalizaran ante el Oficial Auditor del Cuerpo Jurídico Militar, debiéndose remitir con la mayor brevedad y así realizar la protocolización ya vista en el testamento abierto.

b) Cerrado.

Esta forma está recogida en el Artículo 721 CC, que viene a indicarnos que serán de aplicación las normas que ya se aplicaban para el testamento cerrado en los Artículos 706 y 707 CC, aunque como ya hemos visto antes la especialidad al encontrarnos ante un testamento de carácter militar es el otorgamiento ante Oficial del ejército, así como dos testigos, firmando todos (hasta el testador, siempre y cuando este fuera capaz)³⁹

³⁸ DOLADO ESTEBAN, J.J., Escuela militar de intervención, Curso de perfeccionamiento, *Notaria Militar*, Madrid, 2010. P. 96

³⁹ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., «Título III. De las Sucesiones. Comentario al Art. 721 CC», *Código Civil Comentado*, Editorial VLex, Barcelona 2016.

Además, de acuerdo con el Artículo 720.1 CC, deberá encontrarse el otorgante en una situación de peligro grave debido a acciones de guerra que describe el propio precepto

2. SUJETOS PRESENTES EN EL TESTAMENTO MILITAR.

Para tener clara esta clasificación puede acudir al tenor literal del Artículo 716 CC, en concreto su primer párrafo, que ya se ha nombrado previamente y que explicaré a continuación.

A) Voluntarios.

Serán personas que no formen parte directamente del ejército, pero que sí se someten a él puesto que se dedican a cooperar en diversas actividades, por lo que a partir de ese momento se les considera militares a efecto de que puedan otorgar este tipo de testamento, ya que aunque sean meros voluntarios, también se encuentran posiblemente en una zona bélica, siendo susceptibles de sufrir percances por ello.

B) Militares.

Aquí, nos estamos refiriendo a aquellos militares en campaña, es decir, todos los que forman parte de las Fuerzas Armadas (FFAA, en adelante), desde los puestos más bajos hasta los grandes cargos. Además, no solo se engloba a aquellos que son miembros permanentemente, sino también a reservistas, paisanos llamados como soldados, suboficiales, etc.

Cuando se habla de ejército, tenemos que pensar no solo en Tierra, Mar y Aire, sino también en todos los componentes de institutos armados que posean una organización militar que en tiempo de guerra dependan del Ministerio de Defensa; estaríamos hablando por ejemplo en este caso de la Guardia Civil, que normalmente depende del Ministerio de Interior, pero que tiene organización militar, pasando en tiempo de guerra a depender del Ministerio de Defensa. Aunque si bien es cierto, en opinión de DOLADO ESTEBAN⁴⁰, aquellos miembros de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que no tuvieran estructura militar, dependencia de la que hemos

⁴⁰ DOLADO ESTEBAN, J.J., Escuela militar de intervención, Curso de perfeccionamiento, *Notaria Militar*, Madrid, 2010. p. 78

hablado, y así como otras fuerzas equivalentes en las CCAA, podrán otorgar este tipo de testamento siempre que participen en operaciones de guerra o estén destinados en una zona afectada por la actividad bélica, momento en el cual si dependerían del Ministerio de Defensa.

C) Rehenes.

Son por su propia definición personas que han sido privadas de libertad a causa del conflicto bélico en cuestión, indiferentemente de que sea un bando u otro el que los aprese o sean estos militares o civiles. Su función, por decirlo de alguna forma, sería la de crear una garantía de cara a quien los ha capturado.

D) Prisioneros.

De acuerdo con la definición que nos dan ALBALADEJO Y GUTIERREZ-SOLAR, podemos entender que los prisioneros serán aquellos miembros del ejército enemigo, capturados para así evitar que combatan contra quienes les han capturado, añadiendo además por parte del legislador que esta forma testamentaria es aplicable a extranjeros, puesto que la mayor parte de conflictos ocurren entre países, a excepción de situaciones de Guerra Civil. Opinión reforzada por TABOADA⁴¹, que afirma que los extranjeros que se encuentren en situación de prisioneros del Ejército español, como personas que están fuera de su patria, sin duda alguna tendrán derecho a declarar sus últimas voluntades con las solemnidades que este testamento contempla.

Pero surge una controversia, y es que ya hemos comentado que lo habitual es que estos prisioneros sean extranjeros, y por eso se plantea la duda de si va a ser posible que estos gocen de los beneficios del Artículo 716 CC. La principal opinión es la aportada por MICIUS SCAEVOLA⁴², que nos habla de que esa posibilidad será condicional, en aplicación del Artículo 11.1 CC⁴³, es decir: si los prisioneros se encuentran retenidos por nuestro Ejército cuando este se encuentre en el territorio de

⁴¹ TABOADA TUNDIDOR, C. *Testamentos Militares*, 1912. Ob. Cit. En DOLADO ESTEBAN, J.J., *Notaria Militar*.

⁴² SCAEVOLA, M.Q. *Código Civil comentado y concordado*, Imprenta de Ricardo Rojas, 1896. Ob. Cit. en DOLADO ESTEBAN, J.J., *Notaria Militar*.

⁴³ «Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Igualmente serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen».

otra nación, se aplica la ley personal, o en otras palabras, la ley propia de la nación de esos extranjeros. Esta será la regla general, ya que nuestro legislador no tiene la potestad libre de eliminar esa aplicación de la Ley personal, a no ser que nos encontráramos con un Tratado Internacional firmado por ambas naciones que permitiera esa fuerza de cambio.

Una diferencia destacable es la que establece la STS de 10 de julio de 1944⁴⁴ que anteriormente ya había citado, pues distingue entre preso y prisionero. Cuando hablamos del primero, estamos ante casos de personas que están encerradas en centros penitenciarios y no cerca del campo de batalla, que no podrán testar de este modo ya que el acceso de un Notario será más sencillo; por otro lado los prisioneros normalmente se encontraran justo en la situación contraria, es decir, en unas circunstancias muchos peores, donde la presencia de un Notario es inviable.

E) Otros empleados dentro del ejército.

Debemos contemplarlos no solo como una mera relación laboral, sino como toda persona que preste un servicio a las FFAA, y que como tal, puede quedar sometida a los mismos riesgos que el personal militar. Incluiremos igualmente a todo experto o técnico que acuda a la expedición armada, y también a diplomáticos o mediadores, que se encargan de intentar tratar entre las partes que se encuentran en conflicto.⁴⁵

F) Seguidores del ejército.

Cuando hablamos de estos, nos estamos refiriendo a aquellas personas que se vean repercutidos de alguna forma a causa de los peligros que origina la guerra, es decir, no es un concepto que interpretemos en relación a los movimientos de las tropas, sino que lo interpretamos en función del sentido finalista que tiene el testamento militar en tiempo de guerra.

Hay que matizar que nos estamos refiriendo a la situación de compartir (de forma voluntaria o autorizada) el riesgo que el Ejército conlleva, no que haya que ser un seguidor expresamente, es decir, no es una condición necesaria para el otorgamiento;

⁴⁴ STS (Sala de lo Civil) de 10 de julio de 1944 RJ/1944/911

⁴⁵ DOLADO ESTEBAN, J.J., Escuela militar de intervención, Curso de perfeccionamiento, *Notaria Militar*, Madrid, 2010. P. 80.

igual que no es condición el hecho de seguir de manera continuada al mismo, pues puede ser durante un determinado periodo de tiempo, pero también puede ser un momento puntual. Estaríamos hablando de los casos de fotógrafos, exploradores, corresponsales, suministradores de víveres, etc.

Podemos encontrarnos igualmente con casos de evacuados (si es el ejército el que realiza la tarea), sitiados, refugiados, etc.

En opinión de DIEZ GÓMEZ⁴⁶, aclarar quién es seguidor del Ejército es complicado y ha ocasionado muchas dudas, pero aun así mantiene lo que acabamos de afirmar, pues entran en esta figura, tanto aquellos que realicen un oficio o profesión autorizados (Artículo 132 del Reglamento de 1882, del que el autor cree que se ha sacado el concepto), como los que por otro lado, aquellas personas que compartan, aunque sea de forma involuntaria, la suerte de una Fuerza armada.

De igual forma en opinión de TABOADA, «Deben comprenderse en la denominación del Código Civil #individuos empleados en el Ejército o que sigan a este#: -Los guerrilleros, entendiendo por tales los cuerpos francos, las partidas guerrilleras, las milicias nacionales movilizadas y toda tropa irregular levantada en la región, aun no ocupada por el enemigo; los cuales deben asimilarse a las fuerzas regulares y ser tratados como ellas, sin confundirlos con los bandoleros, que están fuera del derecho de gentes. -Los agregados militares extranjeros tienen, sin duda, el derecho de otorgar testamento militar siguiendo los preceptos que rigen en nuestro Ejército, si a él le están adscritos, para las formalidades externas de su testamento, observando para el contenido de sus disposiciones las Leyes civiles de su propio país. -Los corresponsales acreditados de periódicos, distinguiéndolos de los aventureros, a los cuales no se les aplica el testamento militar».⁴⁷

Es destacable también una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN), de 10 de marzo de 1999, que realizó sobre la validez de un testamento en el que el interprete no tenía la nacionalidad española. Acordó afirmativamente que se podía testar, ya que entendía que la facultad para otorgar cuando nos encontramos en tiempo de guerra no depende de la nacionalidad del que va a testar,

⁴⁶ DIEZ GÓMEZ, A., “El Testamento Militar Español”, *Revista Española de Derecho Militar*, Número 14, Madrid, 1962. P. 33-34.

⁴⁷ TABOADA TUNDIDOR, C. *Testamentos Militares*, Imprenta A. Otero, Orense, 1912. P. 34. Ob. Cit. en DOLADO ESTEBAN, J.J., *Notaria Militar*.

si no que depende de si se cumplen los requisitos de los Artículos 716 y ss. CC. Además, como ya sabemos, no es necesaria en este tipo de testamento la condición expresa de militar, aunque sí lo es la existencia de una relación con el Ejército, dentro de la cual se engloba el oficio de intérprete. Así que, por esto, la DGRN acaba determinando que hay total posibilidad de testar conforme a esta forma y que los efectos se regirán por la legislación española.

3. SITUACIONES DEL OTORGANTE.

Partimos de la base de que los conflictos bélicos han avanzado y por eso la concepción no es la misma que la que había al momento de promulgación del Código Civil, por ello deberían abarcarse más supuestos como los casos de civiles y soldados españoles en misiones internacionales fuera de nuestras fronteras, o frente a circunstancias excepcionales (estados de excepción y sitio), o ante la amenaza de algún Estado en guerra aunque no sea contra nuestro país.⁴⁸

A colación de lo anterior es destacable un informe de la DGRN, del 18 de febrero de 1993, que viene a determinar que el hecho de que en caso de que haya españoles destacados en una zona que esté en guerra, a pesar de que España no sea parte en el conflicto, no da lugar a ninguna razón para discutir que efectivamente están en tiempo de guerra, pues al encontrarse en territorio bélico, están igualmente expuestos a cualquier consecuencia derivada del mismo, aunque por ejemplo estén realizando una tarea humanitaria.

4. PROTOCOLIZACIÓN.

Respecto a la protocolización del Testamento, si este es abierto, el Notario seguirá el procedimiento establecido en los artículos 64 y 65 de la Ley del Notariado sobre «presentación, adverbación, apertura y protocolización de los testamentos otorgados de forma oral». Si el testamento es cerrado, deberá seguirse el procedimiento desarrollado en los artículos 57 a 60 de la Ley del Notariado, sobre «presentación, adverbación, apertura y protocolización de los testamentos cerrados». Estas normas se aplicaran teniendo en cuenta las características propias de los testamentos militares.

⁴⁸ DOLADO ESTEBAN, J.J., Escuela militar de intervención, Curso de perfeccionamiento, *Notaria Militar*, Madrid, 2010. P. 81-82.

Hay que destacar los cambios introducidos por la Disposición Final undécima de la ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria (la regulación del procedimiento no se encuentra en la ley de jurisdicción voluntaria al sacarse del ámbito de los juzgados). Supone atribuir la competencia de estas actuaciones al Notario, y no al Juez que era quien tradicionalmente la tenía.

IV. CONCLUSIONES.

PRIMERA.

Considero que existe un error de concepción cuando el Código nos habla de *Testamento Militar*, es decir, al verlo tal y como está indicado puede dar lugar a pensar que tan solo regula aquellas formas en las que el personal de las FFAA puede testar, y esto no es así, puesto que como hemos visto, hay una pluralidad de sujetos con posibilidad de utilizarlo. Esto es así porque, cuando lo estudiamos y analizamos, debemos fijarnos no en el término como tal, sino en la situación que regula, que es toda situación que por un conflicto armado devenga peligrosa y pueda llegar a ocasionar un perjuicio sobre un sujeto, de ahí que, en mi opinión su definición debería ser la de «Testamento en tiempo de Guerra».

SEGUNDA.

En la actualidad me parece una figura un tanto obsoleta por dos razones: una es que no se adapta la legislación al momento actual, pues como ya adelantamos en la introducción la legislación tan apenas ha cambiado, y ejemplos de ello es que se sigan utilizando términos como el de Comisario de Guerra y no el de Oficial Interventor, que como se ha expuesto ha sido sustituido. Y la otra es que precisamente por el avance de la sociedad actual, no solo debería modernizarse la legislación, sino que también deberían hacerlo los medios utilizados, introduciendo las nuevas tecnologías, que no solo dan un carácter moderno, si no que dotarían de mayor rapidez y unos menores costes al proceso, y por supuesto de una garantía directa de que las comunicaciones se efectúan.

TERCERA.

A pesar de las dos anteriores ideas, me parece un tipo de figura esencial y que debe perdurar, pues la especial situación y la lejanía del hogar de estas personas, que en la mayor parte de los casos tienen una familia, necesita de una figura que se adapte a sus condiciones y que permita en última instancia poder hacer efectivo un testamento y por tanto la última voluntad del testador se cumpla.

CUARTA.

Se debería actualizar la terminología del Código, que sigue hablando de Ministerio de la Guerra, en lugar de Ministerio de Defensa.

QUINTA.

Las posibilidades de testar que ofrece el artículo 720 CC creo que también deberían abarcar los casos de cumplimiento de misiones internacionales de mantenimiento de la paz en territorios bajo mandato de Naciones Unidas u otros Organismos Internacionales.

BIBLIOGRAFÍA.

- **LACRUZ BERDEJO, J.L.**, *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*. Editorial Dykinson, Madrid, 2007.
- **BLANCH NOUGUÉS, J.M.**, «Una visión histórica y jurídica sobre el ejército romano», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. XLIV. Universidad Autónoma, Madrid, 2011. (p. 37-47)
- **HERNÁNDEZ-GIL, A.**, *El testamento militar (en torno a un sistema hereditario militar romano)*, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946. Ob. cit. en «Antecedentes Históricos del Testamento Militar», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 102.
- **LLEDÓ YAGÜE, F.**, *Sistema de Derecho Civil. Sucesiones*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2002.
- **PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.**, *Curso de Derecho Civil. Volumen V, Derecho de Sucesiones*, Editorial Colex, Madrid, 2013.
- **LASARTE ALVAREZ, C.**, *Principios de Derecho Civil. Tomo VII: Derecho de Sucesiones*, Décima edición, (Actualizada por GARCÍA PEREZ, C.L. y GONZÁLEZ MARTINEZ, A.), Editorial Marcial Pons, Madrid, 2015.
- **CASTÁN TOBEÑAS, J.**, *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo VI: Derecho de Sucesiones, Volumen 2º*, Editorial Reus, Madrid, 2015, Revisada y puesta al día por Antonio M. Román García.
- **O'CALLAGHAN, X.**, *Compendio de Derecho Civil. Tomo V: Derecho de Sucesiones, Sexta Edición*, Editorial Dijusa, Madrid, 2007.
- **DOLADO ESTEBAN, J.J.**, *Escuela militar de intervención, Curso de perfeccionamiento, Notaria Militar*, Madrid, 2010.
- **PEÑAS VAZQUEZ, A.** (Teniente Coronel de Infantería), *Revista de las armas y servicios: el testamento militar*, número 425, Madrid, 1975.
- **DIEZ GÓMEZ, A.**, “El Testamento Militar Español”, *Revista Española de Derecho Militar*, Número 14, Madrid, 1962.
- **VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.** «Título III. De las Sucesiones. Comentario al art. 717 CC», *Código Civil Comentado*, Editorial VLex, Barcelona, 2016.
- **TABOADA TUNDIDOR, C.** Testamentos Militares, 1912. Ob. Cit. En DOLADO ESTEBAN, J.J., *Notaria Militar*.
- **SCAEVOLA, M.Q.** Código Civil comentado y concordado, Imprenta de Ricardo Rojas, 1896. Ob. Cit. en DOLADO ESTEBAN, J.J., *Notaria Militar*.

- **VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.**, «Título III. De las Sucesiones. Comentario al Art. 721 CC», *Código Civil Comentado*, Editorial VLex, Barcelona 2016.

JURISPRUDENCIA.

- STS (Sala de lo Civil) de 22 de enero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:195)
- STS (Sala de lo Civil) de 8 de Julio de 1940
- STS (Sala de lo Civil) de 24 de noviembre de 1958 (ECLI:ES:TS:1958:111)
- STS (Sala de lo Civil) de 10 de julio de 1944 RJ/1944/911

LEGISLACIÓN APLICABLE.

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, del Código Civil.
- Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley de 28 de mayo de 1862, Orgánica del Notariado.
- Decreto 2 de junio de 1944, del Reglamento de la organización y régimen del Notariado.
- Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978.