

REPERCUSIONES CIVILES POR LA FALTA AL DEBER DE
PRESENTACIÓN DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO*

*CIVIL IMPLICATIONS FOR THE BREACH OF DUTY TO PRESENT
THE HOLOGRAPHIC WILL*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2978-3009

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación de Referencia "De Iure" (S26_20R), financiado por el Gobierno de Aragón y FEDER, y del Proyecto de Investigación "Autonomía privada y formas y efectos de la litigación civil en una sociedad de masas" (PID2019-108844-RB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España, del que son IP J.F. HERRERO PEREZAGUA y J. LÓPEZ SÁNCHEZ, Catedráticos de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.

Aurelio BARRIO
GALLARDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de septiembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: La fase de confinamiento estricto decretado por el Gobierno para hacer frente a la pandemia Covid-19 supuso un incremento exponencial en el otorgamiento de testamentos ológrafos debido a la imposibilidad de los ciudadanos para desplazarse a un despacho notarial. Fallecido el causante, el tenedor o depositario disponen de diez días a contar desde el siguiente al que tuvieron noticia del deceso para presentar el testamento ante notario competente a fin de que pueda procederse a su adveración. Este trabajo estudia qué consecuencias se derivan de no respetar dicho mandato legal, con especial detenimiento en la responsabilidad civil en que puede incurrir el infractor, así como hasta qué punto cabe reputar indigno para suceder a quien haya incumplido dolosamente lo dispuesto en el art. 690 del Código Civil español.

PALABRAS CLAVE: Testamento ológrafo; plazo de presentación; responsabilidad por daños; indignidad sucesoria.

ABSTRACT: *The strict confinement phase decreed by the Government to deal with the Covid-19 pandemic represented an exponential increase in the granting of holographic wills due to the impossibility of citizens to go to a notarial office. Once the deceased passed away, the holder or depositary will have ten days counting from the day after they had news of the death to present the will before a competent notary so that it can be confirmed. This work studies what consequences are derived from not respecting said legal mandate, with special attention to the civil liability that the infringer may incur, as well as the extent to which it can be considered unworthy to succeed whoever had willfully breached the provisions of the sec. 690 of the Spanish Civil Code.*

KEY WORDS: *Holographic will; will submission deadline; liability for damages; unworthiness to inherit.*

SUMARIO.- EL PLAZO LEGAL DE PRESENTACIÓN DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO.- I. Presentación y no mera comunicación.- 2. Plazo concreto de presentación.- 3. Día inicial del cómputo.- A) Conocimiento de la muerte del testador.- B) Declaración de fallecimiento.- 4. Cómo computar el plazo.- 5. Valoración del plazo de presentación.- A) Brevedad del plazo y crítica doctrinal.- B) Falta de armonización con el RGAUV.- II. EL INCUMPLIMIENTO DE LO PREVISTO EN EL ART. 690.I.1ª CC.- I. El art. 690.I abarca cualquier clase de incumplimiento.- 2. Subsistencia del deber en los casos de dilación.- 3. Distinción entre dolo y culpa.- 4. Rechazo de su calificación como obligación ex lege.- 5. ¿Y en el caso del depositario? - III. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALTA DE PRESENTACIÓN DEL TESTAMENTO.- I. Aplicación de los principios generales de Derecho de Daños.- A) Introducción.- B) Antijuridicidad.- C) Daño resarcible.- D) Causalidad.- E) Culpabilidad.- 2. Otros elementos subjetivos del tipo.- 3. Estudio particular de la infracción dolosa del art. 690.I CC.- A) La actuación u omisión dolosa del infractor.- B) ¿Es preciso causar un daño deliberado? ¿Y obtener provecho propio? - C) Graduación de la responsabilidad ex art. 1107 CC.- D) La carga de la prueba.- a) Regla general.- b) Conductas dolosas en sí mismas.- c) Destrucción o sustracción involuntaria del testamento.- D) La tentativa.- a) Equiparación de efectos entre ejecución perfecta e imperfecta.- b) Matices en torno a posibles sanciones civiles.- E) Otras consecuencias civiles distintas de la prevista en el art. 690.I.2ª.- a) La indignidad para suceder ex art. 713 CC.- b) Rechazo de su interpretación extensiva y analógica.- c) Posible subsunción dentro de las causas generales de indignidad.

I. EL PLAZO LEGAL DE PRESENTACIÓN DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO.

I. Presentación y no mera comunicación.

Desde la entrada en vigor del Código Civil (CC), el mandato recogido en el art. 690.I CC lo es de presentar el testamento ológrafo ante la autoridad competente para su adveración en vez de limitarse a dar noticia de su existencia a los posibles favorecidos, como sucedía con su antecedente más conocido, al que bastaba con ponerlo en noticia de las personas interesadas para cumplir rectamente con esta previsión legal. Conforme al Derecho hoy vigente, se antoja claro, en cambio, que el deber estriba en la presentación y no en la simple comunicación, para lo que cualquiera que se encuentre en posesión del testamento cuenta con el exiguo plazo de diez días a tenor de lo dispuesto en el actual art. 690.I.1ª CC: “La persona que tenga en su poder un testamento ológrafo deberá presentarlo ante Notario competente en los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del fallecimiento del testador”.

2. Plazo concreto de presentación.

El malogrado Proyecto de 1851 no establecía en cambio un plazo concreto para cumplir tal encomienda limitándose a señalar que ésta había de realizarse

I Vid. art. 571.I del Proyecto isabelino de 1851.

“con toda la brevedad posible” quedando, por tanto, al prudente arbitrio judicial, único apreciador de los hechos, determinar si el tenedor había obrado o no con suficiente diligencia. GARCÍA GOYENA ofrecía la siguiente explicación a esta indeterminación temporal: “un plazo fijo sería inaplicable a todos los casos y circunstancias”². La estela de la discrecionalidad parece haber establecido una pauta que ha guiado con posterioridad la pluma del legislador procesal en el Real Decreto de 3 de febrero de 1881 (LECA), como se sabe anterior al Código, cuyo art. 1956 no marcaba ningún plazo concreto³: “El que tenga en su poder algún testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente, tan luego como sepa el fallecimiento del otorgante”. Sin embargo, el CC prefirió abandonar tal exigencia de inmediatez al establecer una suerte de plazo de gracia de diez días⁴, recogido para la presentación tanto del testamento cerrado como del ológrafo en sus arts. 712 y 690 CC respectivamente.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) no se pronunció al respecto ni hizo ninguna salvedad dejando subsistente, por tanto, la regulación del Código sobre este particular al par que dicho plazo tampoco se ha visto afectado por el tránsito a la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV) que termina por derogar la parte subsistente del Libro III de la LECA⁵. Es más, la nueva redacción que confiere a los arts. 57.2 (cerrado) y 61.2 (ológrafo) de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (LN) contiene una remisión expresa al Código Civil en esta materia. Así pues, en la actualidad se fija un plazo concreto de presentación, que continúa siendo el mismo: el testamento ológrafo deberá presentarse “en los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del fallecimiento del testador” (art. 690.I CC).

3. Día inicial del cómputo.

A) Conocimiento de la muerte del testador.

Nótese cómo el *dies a quo*, frente a lo que acontece con el plazo quinquenal de caducidad ex art. 689.I CC, no se inicia a partir de la defunción del testador –a pesar de que el art. 61.2 LN, en apariencia, pudiera sugerir lo contrario–, sino que su cómputo debe partir del conocimiento real de tal hecho. Es este un criterio que se podría calificar de tradicional al haberse mantenido incólume a lo largo del

2 GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Cometa, SA, Zaragoza, 1974, p. 310.

3 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), IX-2, *Artículos 706 a 743*, Edersa, Madrid, 1983, p. 81.

4 Así, RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 523.

5 En virtud de la Disposición Derogatoria Única, apartado núm. 1, de la LJV, “quedan derogados los artículos 4, 10, 11, 63, 460 a 480, 977 a 1000, 1811 a 1879, 1901 a 1918, 1943 a 2174 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881”.

tiempo -eliminando un estilo en la redacción que, de conservarse, quizá habría resultado arcaizante- desde el art. 571 del Proyecto de GARCÍA GOYENA hasta el día de hoy, pasando por el art. 1956 LECA (“tan luego como sepa el fallecimiento del otorgante”) y la versión originaria del precepto cuando entró en vigor el Código donde se aludía a que la persona en cuyo poder se hallase depositado debía presentarlo “luego que tenga noticias de la muerte del testador”.

B) Declaración de fallecimiento.

Lo habitual es que la referencia temporal venga marcada por el óbito del testador, pero habida cuenta que la presunción del deceso produce muchos de sus efectos, entre ellos, la apertura de la sucesión de quien es dado por muerto⁶, aunque con algunas precauciones (*cf.* art. 196 CC), no hay inconveniente para que el deber de presentación se origine igualmente a partir del día siguiente a la declaración de fallecimiento. Se trata de una opinión que se remonta a autores del siglo pasado en una tradición de rancio abolengo⁷ sobre la que no existe actualmente ninguna discrepancia⁸. El medio idóneo de acreditar tanto el óbito como la muerte presunta, así como la identificación y demás datos relativos del causante (art. 61.2 LN), será a través del Registro Civil (arts. 198 CC, 62 y 78 LRC 2011, 77 LJV 2015): certificado de defunción y declaración del fallecimiento, que adopta la forma de un decreto dictado por el letrado de la administración de justicia (art. 74 LJV).

4. Cómo computar el plazo.

De acuerdo con la regla general preceptuada en el art. 5.1 CC, al señalar la norma un plazo en días ha de entenderse que el inicial del cómputo o *dies a quo* es el siguiente a haberse tenido noticia de la defunción. Por tanto, el término comenzará a correr desde las cero horas del día siguiente a aquel en el que el tenedor del testamento tiene conocimiento del fallecimiento del testador, como hoy mantiene sin fisuras la doctrina española⁹, y acabará igualmente a las veinticuatro horas pero del décimo día. No obstante, así como existe unanimidad en dar entrada al art.

6 Con la declaración de fallecimiento “pierde primacía la protección del desaparecido y pasa a primer término la consideración de los derechos de sus presuntos herederos”. También cambia la naturaleza del patrimonio del desaparecido que pasa de estar en custodia o conservación (en defensa del desaparecido) a la condición de herencia, abriéndose la sucesión. *Vid.* CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “Artículo 74. Declaración de fallecimiento”, *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria* (dir. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, coord. Á. SERRANO DE NICOLÁS), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 414-415.

7 *Vid.* SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, VI-1, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910, pp. 469-470; SCAEVOLA, Q.M.: *Código Civil comentado*, XII, Reus, Madrid, 1950, p. 606; DE BUEN, D.: *Notas al Curso de Derecho Civil* de A. COLIN y H. CAPITANT, VIII, Reus, Madrid, 1951, p. 295; MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil español*, V, Reus, Madrid, 1951, p. 618; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, VI-2 (rev. A.M. ROMÁN GARCÍA), Reus, Madrid, 2015, p. 100.

8 *Vid.*, por todos, MARTÍNEZ ESPIN, P.: “Del testamento ológrafo”, *Comentarios al Código Civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5327.

9 OSSORIO MORALES, J.: *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 125; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 82; MARTÍNEZ ESPIN, P.: “Del testamento ológrafo”,

5.1 CC, hay más disparidad de opiniones acerca del segundo apartado de esta misma norma. La aplicación del art. 5.2 CC reduciría significativamente y de forma drástica el plazo al impedir la exclusión en el cómputo de los días inhábiles, contra el criterio mantenido por el legislador en los arts. 185 LOPJ y 133 LEC.

Es poco frecuente entre la doctrina científica pronunciarse acerca de si el plazo es procesal o civil -aunque quizá el silencio venga dado por la presuposición de que es civil una vez reclamada la aplicación al caso del art. 5.1 CC-, y los escasos autores que lo han hecho expresamente se han inclinado a favor de la primera opción, tal vez con el ánimo benevolente de ampliarlo¹⁰. Con arreglo a un criterio estrictamente formal, dado que el plazo se contiene en una norma de Derecho sustantivo, habría de ser civil si bien es cierto que, a diferencia del testamento cerrado, a la regulación del ológrafo anterior a la LJV se le ha atribuido carácter procesal¹¹, en particular la naturaleza de un expediente de jurisdicción voluntaria, pero no lo es menos que el art. 690.I, a salvo de otras correcciones, ha permanecido intacto en esta materia, y el art. 61.2 LN contiene una remisión al CC, que debe entenderse hecha a su citado art. 690.I, lo que de por sí ya resulta bastante elocuente.

No cabe esgrimir en pro de la tesis procesalista el art. 61 LN, pues no constituye una redundancia respecto del art. 690.I CC desde el instante en que la referencia al plazo de diez días no lo es en propiedad a la entrega, sino para instar su presentación -un acto procesal- por parte del interesado en cuyo poder no obre el testamento. Este hecho se prueba porque la regla notarial fija como *dies a quo* no el haber tenido noticias del fallecimiento, sino la propia defunción. Por tanto, el sentido del art. 61.2 LN es servir de cauce a la pretensión del art. 690.II CC, a la manera que antaño sucediera con la aplicación analógica del art. 1957 LECA. Con ello se elimina la posibilidad de que el destinatario del requerimiento notarial pueda pretextar por más tiempo ignorancia en la posesión del testamento o del fallecimiento de su otorgante, cuyo conocimiento conjunto resulta indispensable para poder incurrir en responsabilidad.

Comentarios al Código Civil (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 853; MARTÍNEZ ESPÍN, P.: *Comentarios*, IV, 2013, cit., p. 5414.

- 10 Habida cuenta del establecimiento de un plazo tan perentorio, ESPINO BERMELL se inclina a considerar que dicho plazo es procesal y, por tanto, dichos días han de entenderse como hábiles, excluyéndose los sábados, domingos y festivos (cfr. *El testamento ológrafo: su adveración y protocolización*, Reus, Madrid, 2017, p. 138).
- 11 Esta disparidad, consistente en que los trámites de adveración y protocolización del testamento cerrado se encontraran en la LECA, en tanto que los del ológrafo permanecieran en el CC, se explica porque la Ley rituraria, al ser anterior en el tiempo, nada pudo prever al respecto. Vid. FERNÁNDEZ HIERRO, J.M.: *Los testamentos*, 2ª ed., Comares, Granada, 2005, p. 209.

5. Valoración del plazo de presentación.

A) Brevedad del plazo y crítica doctrinal.

La aplicación analógica del art. 1956 LECA (“tan luego como sepa el fallecimiento del otorgante”), dada la razonable identidad de razón entre el testamento cerrado y ológrafo, implicaba que el deber de presentación de este último fuera exigible desde luego, como corresponde a un deber jurídico puro, que no está sujeto a plazo. Por eso, desde que se tuviera noticia del deceso y de que se tiene consigo el documento era preciso dar cumplimiento al mandato legal. Pero, aun perdida la inmediatez propia del régimen anterior, la doctrina actual conviene en criticar, con razón, la brevedad del plazo establecido¹² cuya premura suele justificarse, aunque solo en parte, en la misma naturaleza del testamento ológrafo primando la seguridad frente al posible peligro de extravío o hurto del documento¹³. Cuanto menor sea el tiempo transcurrido, menor será también lógicamente el riesgo de que desaparezca o se haga desaparecer el testamento, amén de evitar perjuicios a los interesados en una sucesión regida indebidamente bajo un título diferente.

Pero el plazo es demasiado corto y puede plantear problemas cuando el conocimiento de la muerte del testador haya sido instantáneo¹⁴ y en época actual se considera un apresuramiento excesivo tener que presentar el testamento en diez días. La reclamación de que fuera ampliado, una propuesta bastante extendida entre los autores¹⁵, por ahora ha sido en vano porque la sugerencia no se ha visto atendida por el legislador, cuando tuvo ocasión de hacerlo, al conferir nueva redacción al art. 690.I CC después de aprobarse la LJV 2015. Las apreciaciones críticas encuentran, además, un fundamento sólido en la descoordinación existente entre las normas codiciales y la legislación notarial que requerirían una mejor armonización. En particular, se destaca la disfunción que genera este plazo con el sancionado para obtener el certificado de últimas voluntades que, según ordena el Reglamento Notarial, no puede solicitarse hasta transcurridos quince días desde la muerte del testador (art. 5.3 Anexo II). Cabría añadir que el plazo previsto, al ser administrativo en lugar de civil, excluirá de su cómputo los días inhábiles (art. 30.2 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [LPACAP]), sin perjuicio, además, de los trámites previos necesarios (v.gr. obtención del certificado de defunción o declaración de

12 TORRES GARCÍA, T.F.: “Del testamento ológrafo”, *Comentario del Código Civil* (dir. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ et al.), I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 1746.

13 Vid. GARRIDO MELERO, M.: “De la presentación, adverbación, apertura y protocolización de los testamentos ológrafos (arts. 61 a 63 LN)”, en BROCA-MAJA, CORBAL, *Jurisdicción Voluntaria, Aspectos procesales, notariales, registrales, mercantiles y marítimos*, Bosch, Barcelona, 2016, p. 855.

14 GARRIDO MELERO, M.: “El testamento y sus formas”, *Instituciones de Derecho Privado* (dir. V.M. GARRIDO DE PALMA), V-3, Civitas, Pamplona, 2018, p. 257.

15 Cfr. p. ej. TORRES GARCÍA, T.F.: *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977, p. 398; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 83.

fallecimiento y abono de la tasa), así como el aguardar pacientemente la resolución del Registro cuya respuesta, en teoría, no debería demorarse más allá de diez hábiles desde la presentación de la instancia correspondiente¹⁶.

B) Falta de armonización con el RGAUV.

El Derecho deja así en una posición delicada al ciudadano diligente, atrapado entre dos plazos, de la que no puede escapar airoso. La única solución razonable a esta disfunción sería entender que el plazo ex art. 690.I CC no empieza a correr hasta que no se haya emitido el certificado registral de esta oficina pública. Así lo propuso y defendió, en su día, TORRES GARCÍA: “en atención al contenido de dichas certificaciones lo lógico sería que ese plazo empezara a contarse una vez transcurridos los 15 días a que se alude en referido precepto”¹⁷. Ciertamente es, como explica MARTÍNEZ ESPÍN, que ambos plazos no eran de por sí incompatibles ya que la presentación del testamento no significaba que después pudiera acreditarse que estaba derogado¹⁸.

Sin embargo, después de la LJV, el vigente art. 61.2 LN parece exigir que se aporte el certificado del RGAUV para comprobar que otras disposiciones testamentarias pudo haber otorgado el causante, si bien la existencia de un testamento posterior en nada debería empejar al inicio o prosecución del expediente de adveración porque no existe obstáculo a la perfecta convivencia de dos o más testamentos, salvo el caso de absoluta contradicción material entre sus contenidos¹⁹. Otra cosa es que, sospechada su posible revocación, decaiga el interés del potencial promotor del expediente si piensa que el testamento ológrafo no le reportará ya ningún beneficio sino tan solo pechar con los gastos -aprox. 300 €- que acarree su adveración (art. 8 LJV).

II. EL INCUMPLIMIENTO DE LO PREVISTO EN EL ART. 690.I.1ª CC.

I. El art. 690.I abarca cualquier clase de incumplimiento.

El recogido en el art. 690.I.1ª constituye un verdadero deber jurídico en la medida que su contravención desencadena la imposición de una sanción -en

16 Según la página web del Ministerio de Justicia, “cuando la solicitud se realiza presencialmente, el certificado se emite normalmente en el momento. No obstante, es necesario prever que en determinados casos puede ser necesario un periodo mayor, en general no superior a 3 días hábiles. El plazo que la Administración tiene para dicha expedición es de 10 días hábiles desde su presentación”. Sin embargo, afirma ESPINO que, al cierre de su tesis doctoral, en verano de 2017, las peticiones estaban tardando casi un mes (*El testamento*, cit. p. 138). Cfr. acerca de la consulta telemática, Instrucción de la DGRN 22 enero 2008 (BOE núm. 27, 31 enero); RDGRN 17 julio 2009 (RAJ 5553); RDGRN 20 julio 2009 (RAJ 5554); RDGRN 13 enero de 2011 (BOE núm. 15, 18 enero).

17 TORRES GARCÍA, T.F.: *El testamento ológrafo*, cit., p. 398.

18 MARTÍNEZ ESPÍN, P.: *Comentarios*, IV, 2013, cit., pp. 5414-5415.

19 Vid. STS 1 febrero 1988 (RAJ 581); STS 7 mayo 1990 (RAJ 3687); STS 14 mayo 1996 (RAJ 3910); STS 12 junio 2002 (RAJ 8581); STS 28 julio 2009 (RAJ 4578); STS 25 noviembre 2014 (RAJ 6006).

principio- de naturaleza civil, consistente en resarcir los daños y perjuicios irrogados (art. 690.I.2ª CC). Como se puede apreciar, esta reparación está presente en ambas redacciones de la norma, anterior y posterior a la reforma operada en 2015: “La persona en cuyo poder se halle depositado dicho testamento deberá presentarlo al Juzgado luego que tenga noticias de la muerte del testador, y, no verificándolo dentro de los diez días siguientes, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por la *dilación*”²⁰. “La persona que tenga en su poder un testamento ológrafo deberá presentarlo ante Notario competente en los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del fallecimiento del testador. El *incumplimiento* de este deber le hará responsable de los daños y perjuicios que haya causado”²¹.

Sin embargo, en la versión previa a la entrada en vigor de la LJV, el precepto parecía limitar la reclamación indemnizatoria a una suerte de cumplimiento extemporáneo de la obligación: los daños y perjuicios que se causen por la *dilación*, es decir, los derivados de la entrega a deshora del testamento, mientras que en la actualidad se parte, con mejor criterio, de cualquier clase de incumplimiento: no solo la entrega tardía, sino el incumplimiento absoluto, esto es, que nunca llegue a presentarse el documento ante el notario competente. Se retoma así, con acierto, lo prescrito por el art. 571 del Proyecto de CC de 1851: “el que *dejare de cumplir o retardare el cumplimiento* de lo dispuesto en este artículo, será responsable de los daños y perjuicios que por su culpa se ocasionaren”²².

2. Subsistencia del deber en los casos de dilación.

Conviene aclarar que el hecho de que el tenedor del testamento haya incurrido en una suerte de mora automática o ex lege, si se cumplen el resto de los requisitos descritos más adelante, será responsable frente a los damnificados, pero no hará que quede liberado, sino que seguirá vigente su obligación de presentar el testamento con posterioridad al transcurso de esos diez primeros días²³. Dicho incumplimiento inicial, que no exonera al infractor de presentarlo en el futuro, al margen de la responsabilidad en que haya incurrido, no tiene por qué afectar necesariamente a la eficacia del testamento ológrafo mientras se respete el plazo quinquenal de caducidad establecido en el art. 689 CC, frente a lo que sucede en el cerrado que nunca caduca a falta de previsión expresa del legislador (art. 743 CC)²⁴.

20 Art. 690.I CC, en su versión original de 1889 (cursiva del autor).

21 Art. 690.I CC, en la redacción dada por la LJV (cursiva del autor).

22 GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias*, cit. p. 310.

23 En el mismo sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 82; TORRES GARCÍA, T.F.: “Otras formas testamentarias: el testamento ológrafo en el Código civil”, *Tratado de Derecho de Sucesiones* (dir. M.C. GETE-ALONSO Y CALERA, COORD. J. SOLÉ RESINA), I, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2016, p. 487.

24 Cfr. RDGRN 5 diciembre 1945 (RAJ 106).

El del art. 690.I.1ª CC no es un plazo de caducidad, ni una ampliación extraordinaria o graciosa de los cinco años sancionados en el art. 689 CC, sino más bien la sujeción a un plazo (*dies certus an, incertus quando*) para cumplir un deber jurídico -y para otros, los menos, una obligación *ex lege*²⁵-. El plazo no corre fatalmente, sino que, ante la concurrencia de causas legítimas (caso fortuito, fuerza mayor o estado de necesidad), quedará interrumpido, habiéndose de volver a computar, una vez que dichas circunstancias exógenas, adversas e impositivas de la presentación hayan desaparecido por completo. En recto entendimiento, no puede afirmarse que los sucesos del art. 1105 CC siempre exoneren de responsabilidad, pues, si acaso lo hacen, tan solo liberarán de modo transitorio al tenedor mientras el plazo esté interrumpido, deviniendo después otra vez exigible la presentación del testamento tras el cese de dichos imponderables, salvo que sin culpa del tenedor se haya destruido o de otra forma quedado inservible para regir la sucesión.

3. Distinción entre dolo y culpa.

A diferencia de cuanto acontece en el caso del testamento cerrado, a cuyo propósito el propio Código Civil diferencia entre el incumplimiento culposo, fruto de la negligencia del obligado, que conduce a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados (art. 712 CC), y el doloso, que encuentra origen en una conducta intencional del sujeto (art. 713 CC), el art. 690 no hace distinciones en tal sentido, aunque la realidad enseña que ambos supuestos bien pudieran darse por igual con ocasión del testamento ológrafo. Partiendo de este presupuesto, cabe discutir cuál es la fuente de la obligación resarcitoria preceptuada en el art. 690.I CC, habida cuenta de que el infractor puede ser tanto el detentador del testamento, persona distinta a aquel a quien el causante confió su custodia -p. ej. el hallador-, como el depositario del mismo, que asumió voluntariamente la obligación de conservarlo hasta la apertura de la sucesión.

4. Rechazo de su calificación como obligación *ex lege*.

La doctrina mayoritaria en nuestro país rechaza la conceptualización del deber impuesto en la norma como una obligación *ex lege*, aunque el único apoyo a dicha tesis es la escasa y antigua jurisprudencia recaída sobre el art. 690.I CC, cuya consulta nos retrotrae al período histórico de la II República. El TS ha precisado que, en los casos de negligencia, no nos encontramos ante una obligación *ex lege*, sino ante otra derivada de la comisión de un ilícito civil, en cuyo caso el origen del deber de resarcimiento se encontraría en la culpa aquiliana del art. 1902 CC.

25 Como matiza LASARTE ÁLVAREZ, siguiendo a LACRUZ BERDEJO, "no se deben confundir las obligaciones a término (que fijan el momento en el que debe cumplirse la prestación) y las obligaciones a plazo (donde éste consiste en el lapso de tiempo dentro del cual debe realizarse la prestación)" (LASARTE ÁLVAREZ, C.: "Artículo 1125", *Comentarios del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 101).

Así pues, cuando la falta de presentación obedece: "a la circunstancia de haberse ocultado²⁶, destruido o extraviado culposa o negligentemente dicho documento, con pérdida de su sustancia formal y de sus sagradas declaraciones «in fine», es claro que la calificación jurídica de tal evento excede del ámbito de una mera obligación concreta «ex lege» para recaer en el campo anormal del hecho ilícito, cuya acción civil se extrae genéricamente del contenido inscrito en el art. 1902 de dicho Cuerpo Legal"²⁷.

Se trata de un parecer que resulta concordante con la opinión que en su día manifestara GARCÍA GOYENA al glosar el art. 571 de su Proyecto: "el que dejare de cumplir: esta responsabilidad civil, aún no expresada aquí, tendría lugar por lo dispuesto en el art. 1900"²⁸, que se corresponde con el actual art. 1902 CC. La mayoría de expertos en nuestro país se adhieren a las tesis del ilustre jurista navarro y defienden un origen extracontractual en la obligación resarcitoria del art. 690.I.2^a, frente a la corriente doctrinal minoritaria que aprecian en la violación del art. 690.I CC un incumplimiento contractual, al par que enfatizan la aplicación al caso, entre otros, de los arts. 1101, 1103 y 1107 CC. Hay que afirmar, según mantiene el primer grupo de autores, que la ley considera que la no presentación es un caso de hecho ilícito, aunque literalmente parezca que es el incumplimiento de una obligación de presentar el testamento²⁹.

Para ello, y so pena de no contradecir abiertamente, quizá no tanto el espíritu, pero sí el tenor literal del art. 690.I CC -que a la letra haría inclinar la balanza a favor de la configuración de una obligación *ex lege*- es preciso entender que el legislador está cualificando el nivel de diligencia exigible, y reputando negligente la actuación de quien posee el testamento cuando en su presentación se ha superado esta suerte de plazo legal de gracia que el CC añadió al art. 1956 LECA. Dicho de otro modo, el art. 690.I CC precisa cuándo se entiende que ha mediado culpa por quien tenga en su poder el testamento. En este sentido, aclara ALBALADEJO, a propósito del testamento cerrado, pero sin duda extensible también al ológrafo: "lo que ocurre es que la ley ha previsto en particular que en el caso presente pueda existir una omisión culpable y dañosa y que impone el deber de presentar porque quiere evitar que se dé el hecho, posiblemente dañoso, de no hacerlo, y precisa cuándo se estima que ese hecho es negligente: si la presentación no se efectúa en los diez días"³⁰.

26 El hecho nada desdeñable de que la sentencia haga alusión a la ocultación del testamento ya presupone, como se explicará más adelante, un elemento intencional en la actuación del tenedor suficiente para reputar su conducta dolosa, lo que representa un auxilio adicional a la tesis que defiende que toda la vulneración del art. 690.I constituye la comisión de un ilícito civil (art. 1902 CC).

27 STS 16 noviembre 1932 (RAJ 1289).

28 GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias*, cit. p. 310.

29 Entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 88; MARTÍNEZ ESPÍN, P.: *Comentarios*, IV, 2013, cit., p. 5415.

30 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., pp. 87-88.

5. ¿Y en el caso del depositario?

Restaría, sin embargo, por dilucidar qué sucede en aquellos otros supuestos en los que media una relación contractual previa entre el testador y aquella persona a la que este último encomendó la conservación del testamento ológrafo, pues resulta lógico pensar que el incumplimiento de la obligación de custodia genera una responsabilidad *ex deposito* de conformidad con el art. 1766 CC. Esta posibilidad, nada infrecuente en la práctica, conduce de nuevo a la reaparición de la responsabilidad contractual, que se había abandonado tras el rechazo del Alto Tribunal a conceptualizar la infracción del art. 690.I CC como el incumplimiento de una obligación *ex lege* (STS 16 noviembre 1932 [RAJ 1289]). En esta materia descuella la aportación de OTERO CRESPO, autora que defiende que no puede ser idéntica la responsabilidad del notario u otra persona a quien el testador haya confiado el testamento, que habría de responder *ex art.* 1101 CC ante el incumplimiento de una obligación anterior, que la de quien lo posee accidentalmente, sin vinculación previa con el autor del escrito testamentario, que debe hacerlo con arreglo al art. 1902 CC³¹.

Con todo, tal vez habría de tenerse presente que en la constitución del depósito, una vez fallecido el testador, se puede haber previsto la devolución de la “*res deposita*” a favor de un tercero, p. ej. albacea u otro interesado en una sucesión, o, en su defecto, ser reclamada por los herederos del depositante, pero no tiene por qué haberse establecido en el contrato su entrega a un notario competente. De ahí, la necesidad de una norma como el art. 690.I CC que prevé algo distinto al art. 1766 CC y, en su calidad de “*lex specialis*”, lo desplaza cuando la obligación de guarda recaiga sobre un testamento. Bien pudiera darse una suerte de incumplimiento concatenado si el depositario no ha cumplido fielmente su encargo y entrega el testamento p. ej. a persona no legitimada para recibirlo, en lugar de a los herederos del depositante, y quien posee el testamento deja, a su vez, de presentarlo en plazo señalado de diez días. Los dos sujetos habrían de incurrir en responsabilidad, aun cuando fuera por conceptos distintos: el primero por conculcar las obligaciones *ex deposito* y el segundo por violentar lo dispuesto en el art. 690.I CC³².

31 Vid. OTERO CRESPO, M.: “Artículo 712. Deber de entrega del testamento”, *Código Civil Comentado* (dir. A. CAÑIZARES LASO et al.), II, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 502.

32 En sentido similar, ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 79. Quizá otra solución posible, tal vez más respetuosa con el tenor de la norma, y consecuente con el parecer doctrinal mayoritario de entender que el art. 690.I CC obliga tanto al depositario como al tenedor, sería apreciar una concurrencia de culpas y reputar a ambos sujetos responsables solidarios por la comisión de un hecho ilícito.

III. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALTA DE PRESENTACIÓN DEL TESTAMENTO.

I. Aplicación de los principios generales de Derecho de Daños.

A) *Introducción.*

Calificar la infracción del art. 690.I CC como un hecho ilícito civil es la opinión más extendida entre la comunidad científica española, según una postura heredada de nuestra tradición jurídica, que ya fue mantenida por egregios estudiosos al tiempo de entrar en vigor el Código Civil³³. Tratar la omisión o dilación en la presentación del testamento ológrafo, interviniendo culpa en sentido estricto, como una falta de diligencia cualificada legalmente en el art. 690.I CC implica su sometimiento, en cuanto al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, a los principios generales en esta materia. Así pues, para que se origine la citada responsabilidad extracontractual, habrán de concurrir en la falta de presentación los elementos subjetivos, objetivos y causales colegidos habitualmente ex art. 1902 CC³⁴, pero a ellos habrán de añadirse, además, los presupuestos contemplados legalmente por la propia norma jurídica.

B) *Antijuridicidad.*

Que se está ante un proceder antijurídico va de suyo desde el momento en que el tenedor del testamento está violando un deber consignado legalmente, en este caso, exceder el plazo señalado en el art. 690.I CC para presentarlo ante notario competente. Sin embargo, aunque dicho requisito se siga del propio precepto legal, al contener un mandato expreso en tal sentido, han de tenerse en cuenta los elementos del tipo previstos por la norma. Su concurrencia opera a modo de presupuesto indispensable para que pueda prosperar la acción indemnizatoria y cuya prueba, en principio, será de cuenta del damnificado: el tenedor ha de conocer el fallecimiento del testador y saber que aquello que posee es precisamente un testamento. Sin ellos, no puede reputarse la omisión culposa, aunque cabría discutir hasta qué punto el tenedor del testamento ha observado la diligencia exigible –salvo que se trate de un profesional, la de un buen padre de familia (art. 1104.II CC)³⁵- y si no debería haberse cerciorado, cuando menos, del último de los extremos mencionados.

33 SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios*, cit., p. 466; MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios*, cit., p. 617.

34 Vid. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: *Comentarios*, IV, 2013, cit., p. 5415. Cfr., entre otras muchas, STS 22 abril 1987 (RAJ 2723); STS 18 mayo 1998 (RAJ 3377); STS 13 julio 1999 (RAJ 5046); STS 21 enero 2000 (RAJ 225); STS 14 mayo 2002 (RAJ 4444); STS 29 octubre 2008 (RAJ 5801).

35 Vid., para el depósito, STS 19 abril 1991 (RAJ 2724) y STS 14 marzo 2001 (RAJ 5977).

C) Daño resarcible.

El capítulo de los daños indemnizables puede ser muy variado; entre los más habituales a raíz de la presentación a deshora podrían contarse los derivados de la falta de posesión de los bienes hereditarios, su ausencia de disfrute durante el lapso temporal que media entre el momento en que debió presentarse el testamento y el día que se hizo efectivamente, con la consiguiente pérdida de frutos, naturales o civiles, y demás rendimientos. También cabe exigir el reembolso de aquellos gastos y expensas que hayan generado las operaciones particionales en una sucesión sujeta por la ley o un testamento anterior; revocado en todo o en parte por el ológrafo, así como las expensas de administración hereditaria innecesarias, pues, de haberse conocido a tiempo la última voluntad del difunto merced a la aparición del testamento ológrafo, han podido devenir ahora en buena parte superfluas.

Igualmente son indemnizables –en opinión de algunos autores– los perjuicios causados a los favorecidos por no haber podido disponer de los bienes de la herencia, en la medida en que se trata de un daño cierto y directo³⁶. Es de interés recalcar que, frente al cerrado, el hecho de que el testamento ológrafo sí esté sujeto a un plazo de caducidad (art. 689 CC) puede desembocar en su completa ineficacia y, con ella, provocar la extinción de los derechos sucesorios³⁷. En caso de que la demora en la presentación exceda en cinco años la defunción del causante, se habrá producido un daño mucho más grave, cual es la pérdida p. ej. de la condición de heredero o legatario de quienes resultaban favorecidos por el testamento³⁸.

Tanto la acreditación del daño efectivamente causado como su cuantificación económica recaen sobre quien los padece³⁹. Si la no presentación en tiempo debido no ha producido daños, no nacerá la obligación de resarcirlos, pues puede que el retraso sea leve y el daño entonces nimio o acaso inexistente. Del mismo modo, si quien alega haberlos sufrido no logra probar su existencia o que la infracción del art. 690.I le ha supuesto un perjuicio de cuantía superior al logrado acreditar, tampoco se dará la reparación o no la habrá por el montante más elevado, todo

36 Así, MARTÍNEZ ESPIN, P.: *Comentarios*, IV, 2013, cit., p. 5415.

37 Vid. STS 27 abril 1940 (RAJ 303); STS 26 noviembre 1968 (RAJ 5542); STS 19 enero 1973 (RAJ 44); STS 14 mayo 1996 (RAJ 3910).

38 Tras señalar que la prueba del nexo entre hecho y daño también son de cargo del reclamante, apunta ALBALADEJO GARCÍA que "aunque de verdad, a la vista de lo que sea, tal prueba podrá probablemente deducirse sin más dificultad de ver en qué cosa fue dañosa la no presentación (así p. ej. un legatario no tomó el legado que se le deja al ignorar que se le deja)" (ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 85).

39 Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 85; MARTÍNEZ ESPIN, P.: "Del testamento ológrafo", 2009, cit., p. 874.

ello según la doctrina establecida con ocasión de la culpa aquiliana⁴⁰. Los daños y perjuicios irrogados a consecuencia de la ausencia de presentación, así como también los motivados por la entrega extemporánea del testamento al notario, no serán valorados por el fedatario público, sino que son de exclusiva competencia judicial por quien conozca de la acción resarcitoria al depurarse la responsabilidad ex art. 1902 CC⁴¹.

D) Causalidad.

No solo ha de demostrarse que el daño efectivamente existe y a cuánto asciende su reparación, sino que el perjuicio económico sufrido obedece justamente al retraso en la presentación, es decir, que procede de la omisión de aquella persona en cuyo poder obraba el testamento ológrafo. Ha de concurrir, por consiguiente, una relación de causalidad entre la no entrega a tiempo del testamento por quien lo posea materialmente y el daño sufrido por el perjudicado. También compete al damnificado, según los principios generales rectores de la responsabilidad extracontractual, acreditar dicho nexo causal debiendo demostrar que la pasividad del obligado ex art. 690.I CC, no entregando el testamento o presentándolo demasiado tarde, le ha ocasionado una lesión (pérdida de los frutos de los bienes hereditarios, gastos administrativos innecesarios...) susceptible de reparación económica.

E) Culpabilidad.

Para concluir con las directrices preceptuadas por doctrina y jurisprudencia a la luz de la interpretación del art. 1902 CC, es necesaria la presencia del elemento subjetivo de la responsabilidad extracontractual desde el instante en que la cláusula legal general exige la intervención de culpa o negligencia, en este caso, en la omisión o dilación del tenedor al presentar el testamento. Por tanto, y en último término, la falta de entrega del testamento al notario competente debe obedecer a una acción u omisión achacable al tenedor material del testamento, es decir, que sea debida a dolo o negligencia.

La interpretación del art. 1902 CC ha ido allanando progresivamente el terreno a una inversión de la carga de la prueba de este concreto presupuesto del ilícito extracontractual mediante la creación de una presunción legal de culpabilidad⁴². Dentro de este marco general de la culpa aquiliana pergeñado por la jurisprudencia, parece que debe reputarse *per se* negligente la falta de presentación excediéndose

40 Cabe apreciar una tendencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a corregir el criterio subjetivista del art. 1902 CC a través del principio de inversión de la carga de la prueba. *Cfr.*, entre otras, STS 15 febrero 1995 (RAJ 851); STS 11 diciembre 1996 (RAJ 9015); STS 27 febrero 2003 (RAJ 2152); STS 30 noviembre 2005 (RAJ 2006/81); STS 16 noviembre 2006 (RAJ 8128).

41 En el mismo sentido, RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 426.

42 *Vid.* p. ej. STS 7 abril 1997 (RAJ 2743); STS 19 febrero 1998 ([RAJ 636]); STS 27 enero 2005 (RAJ 1828).

el plazo legal establecido en el art. 690.I CC. Dicho de otro modo, si el testamento ológrafo obra en poder de un sujeto por cualquiera que sea el motivo y no cumple con lo preceptuado por el Código Civil, se ha de entender que la omisión o la dilación han sido fruto de un descuido que, en principio, le resultará achacable, salvo que el tenedor sea capaz de justificar lo contrario.

El esfuerzo de los adalides de apreciar en el art. 690.I CC una responsabilidad de carácter extracontractual por justificar una inversión de la carga de la prueba sobre este particular es notable, para así igualar las consecuencias de aplicar el art. 1902 CC, a las generales previstas en el art. 1183 CC, comprendidas en la remisión genérica que contiene el art. 1766.II CC, en cuya virtud, si se pierde el testamento en poder de quien lo custodia, se ha de reputar que ha sido por su culpa. En tal sentido se afirma que “la prueba de que la no presentación se debe a culpa de quien tiene el testamento, no le corresponde a quien pretende el resarcimiento, sino que, de acuerdo con la jurisprudencia reciente del TS en materia de responsabilidad civil, no es el perjudicado quien ha de probar que el acto de quien ocasionó el daño es culpable, sino que se presume que lo es hasta que este pruebe que no”⁴³.

Gracias a la presunción de culpabilidad del causante del daño se logran aminorar los distinguos entre la responsabilidad contractual y extracontractual, a efectos del art. 690.I CC. Así lo explica ALBALADEJO con ocasión del art. 712.I CC, pero válido igualmente para el caso del testamento ológrafo: “Mas que se piense una u otra cosa es lo mismo, ya que, de cualquier modo, aunque se estime que el espíritu del precepto no es presumir negligente la falta de presentación [...] sino pedir que exista una conducta negligente [...] las cosas no varían porque [...] que existe esa conducta negligente se presume aplicando la doctrina correspondiente al 1902 CC”⁴⁴. Mayor complicación supone, en cambio, reducir o tratar de igualar el plazo prescripción de las acciones para exigir responsabilidad, *ex contractu* (art. 1964.2 CC) y derivada de hecho ilícito, a pesar de la bienvenida decisión del legislador de acortarlo en el primer caso dejándolo reducido de quince a cuatro años (art. 1968.II CC)⁴⁵.

2. Otros elementos subjetivos del tipo.

Más allá de las directrices generales de la culpa aquiliana, y aun admitiendo que se trate de la cualificación legal de una responsabilidad de dicha naturaleza por imprudencia, cuya pretensión de extenderse a todos los casos –también a la del depositario no es pacífica-, el mismo Código incorpora dos elementos

43 LÓPEZ BURNIOL, J.J.: “Artículo 713”, *Comentario del Código Civil* (dir. C. PAZ-ARES RODRIGUEZ et al.), I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 1794.

44 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., pp. 85-86.

45 Vid. DFI³ de la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

subjetivos del tipo en el propio art. 690.I CC que sirven para valorar si se ha de responsabilizar al sujeto por la no entrega del testamento y graduar el montante de la indemnización si viniera al caso. La norma prescribe: "la persona que tenga en su poder un testamento ológrafo deberá presentarlo ante Notario competente en los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del fallecimiento del testador".

Para verse obligado a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por negligencia, el testamento debe obrar en poder del sujeto, mas, en la opinión prevalente entre los autores, debe ser consciente de ello. Esta premisa podría llevar a exonerar o mitigar la responsabilidad de quien tiene en su poder el testamento, pero no lo sabe⁴⁶. Las causas de dicha ignorancia podrían obedecer a múltiples razones. Cabe que el interesado simplemente no sepa que está en posesión del testamento porque conserva la documentación del difunto, p. ej. varias cajas de archivo, pero ignora que entre ellas se encuentra en particular el testamento. Puede p. ej. igualmente saber que el sobre cerrado que ha encontrado contiene un texto manuscrito, pero desconoce que se trata de un negocio jurídico mortis causa, lo que sin duda se dará en otras modalidades testamentarias que exigen para su validez su introducción en una cubierta, cerrada y sellada (art. 707 CC), pero que no resulta imprescindible en el caso del ológrafo. No obstante, nada impide que pueda conservarse en una plica, si bien tal vez sea más raro -aunque nunca imposible- que no exista ningún vestigio externo que anuncie tal condición testamentaria.

Si el que tiene en su poder el testamento lo ignora o no tiene conocimiento del fallecimiento del testador, no puede exigírsele responsabilidad. Se trata de dos hechos procedentes de la realidad objetiva de los que, sin embargo, debe estar al tanto el infractor del art. 690.I CC para originarse el deber de pechar con el resarcimiento de los daños en la cuantía acreditada. Ha de darse, por tanto, una ignorancia inculpable de parte del poseedor; sin la cual no se puede exigir la rendición de cuentas ante los damnificados por tal motivo. Sin ellas, no habrá depuración de responsabilidades resarcitorias ni posible entrega aun extemporánea del testamento que –recordemos- continúa siendo exigible a pesar de haber transcurrido el lapso legal de los diez días. Es este un parecer arraigado entre los estudiosos, quienes sostienen la necesidad de que el reclamante de daños y perjuicios justifique la posesión del testamento por parte del tenedor, así como su conocimiento del fallecimiento de su otorgante⁴⁷. Quien alegue ambos extremos –tenencia material del documento y que se ha tenido noticia del deceso

46 Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho de Sucesiones*, I, Bosch, Barcelona, 1971, pp. 398 y 420.

47 Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 82; MARTÍNEZ ESPIN, P.: "Del testamento ológrafo", 2009, cit., p. 874.

del testador- deberá acreditarlo según las reglas generales en materia probatoria en caso de que la contraparte no lo acepte.

Cuestión conexa, siempre presente -discutible y discutida en materia de responsabilidad civil- es hasta qué punto un deber de cuidado medio -la diligencia de un buen padre de familia, como gusta decir a nuestro Código (art. 1104.II CC)- no obliga a quien dispone p. ej. de los archivos o la documentación del difunto “a enterarse de lo que se posee o, al menos, a ser responsable de los daños que cause no haberse enterado”⁴⁸. Se ha de estimar que aquel en cuyas manos obre el documento manuscrito, una vez acreditado por los interesados que tiene el testamento, será, en principio, el único culpable de no haberlo presentado a tiempo y, salvo que él logre probar lo contrario, incurrirá en responsabilidad por negligencia. En cambio, si la concurrencia de un imponderable real y demostrado -p. ej. caso fortuito o estado de necesidad- le impide hacerlo, tales circunstancias podrían llegar a mitigarla o incluso exonerar de responsabilidad en ciertos casos al poseedor del testamento.

Es una opinión doctrinal ampliamente asentada en nuestro país que “la prueba de que la no presentación se debe a culpa de quien tiene el testamento, no le corresponde a quien pretende el resarcimiento, sino al causante del daño cuando su actuación haya sido culpable”⁴⁹. Ahora bien, suscita alguna duda que esta conclusión pueda extraerse directamente de la letra de la Ley, ni de lo preceptuado por el art. 712.I CC para el testamento cerrado ni de su análogo en materia de testamento ológrafo (art. 690.I CC), sino más bien, de las reglas del *onus probandi* sentadas a raíz de la interpretación jurisprudencial del art. 1902 CC. Parece así más razonable a las circunstancias del caso concreto entender que el tenedor material era sabedor de que aquello que poseía era un testamento en vez de partir de la premisa opuesta y hacer recaer la prueba sobre los interesados, a quienes bastará con acreditar que obraba en poder del primero⁵⁰.

3. Estudio particular de la infracción dolosa del art. 690.I CC.

A) La actuación u omisión dolosa del infractor.

Si cuanto queda dicho en último lugar concierne, sobre todo, a una omisión culposa, la ausencia de presentación del testamento ológrafo puede venir motivada no solo por negligencia, sino también a causa de la actuación u omisión presidida

48 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 86.

49 Cfr. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Del testamento ológrafo”, 2009, cit., p. 874; MARTÍNEZ ESPÍN, P.: *Comentarios*, IV, 2013, cit., p. 5416; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 85.

50 Desplazar la carga de la prueba en estos casos a los perjudicados sería situarlos en una posición casi inasumible desde una perspectiva procesal obligándoles a realizar denodados esfuerzos. Vid. acerca del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), STS 8 febrero 2001 (RAJ 2048); STS 18 junio 2013 (RAJ 4376); STS 13 mayo 2016 (RAJ 2040).

por un ánimo doloso. Cabe que la infracción del art. 690.I CC se haya realizado p. ej. con la aviesa finalidad de privar de eficacia la última voluntad manuscrita del difunto, pretendiendo de forma intencionada perjudicar a los favorecidos por el testamento ológrafo. Es posible que el depositario o el tenedor se abstengan a propósito de presentarlo o se muestren renuentes a hacerlo para ocultarlo y que su existencia continúe pasando desapercibida a terceros, p. ej. porque son conocedores de su contenido y saben que las disposiciones contenidas en él perjudican sus intereses. El dolo, en su prístina acepción, supone la intención deliberada de causar daño a otro⁵¹ y, en este caso, pasaría por “simular una muerte intestada o la subsistencia de un testamento derogado posteriormente por el sustraído”⁵².

De tal actuación premeditada ofrece numerosos ejemplos la disciplina legal del testamento cerrado en el art. 713.2 CC que, sin embargo, no encuentra parangón en la regulación del ológrafo, aunque podrían haber aparecido compendiadas v.gr. a continuación del art. 690 CC⁵³. Esta falta de correspondencia no supone un obstáculo para que p. ej. el poseedor cometa actos de mayor gravedad, más allá de la ocultación que dejaría intacto el documento, llegando p. ej. a inutilizar o destruir el testamento ológrafo, arruinando con ello una posible indagación de lo verdaderamente deseado por el difunto si no se ha conservado ninguna copia.

B) *¿Es preciso causar un daño deliberado? ¿Y obtener provecho propio?*

Sin embargo, una parte importante de doctrina mantiene que no es necesario que se pretenda un resultado tan abyecto, sino que basta con constatar la intención de dejar de presentar el testamento, como sugiere el art. 713 CC cuando principia “el que con dolo deje de presentar el testamento que obre en su poder...”. El fin perseguido por el infractor del art. 690.I CC, aunque pudiera ser merecedor de una mayor reprobación social, no es relevante a efectos jurídicos, seguramente porque con la no presentación a propósito del testamento ya se entiende deseado el resultado que, sin ser intencionadamente perseguido, aparece como consecuencia necesaria de tal omisión: privar de eficacia a las disposiciones testamentarias.

En quien conculca dolosamente lo dispuesto en los arts. 690.I y 712.I CC no tiene por qué apreciarse un *animus nocendi*; es decir, no es preciso albergar la intención deliberada de perjudicar al sucesor testamentario o a otros interesados. Es suficiente con que la mala fe se dé en la acción u omisión, mas no en el resultado, para que se sigan igualmente las consecuencias indemnizatorias o, en su caso,

51 Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 87.

52 RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 426.

53 “En esta misma pena incurrirán el que sustrajere dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador o de la persona que lo tenga en guarda o depósito y el que lo oculte, rompa o inutilice de otro modo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que proceda” (art. 713.2 CC).

sucesorias –indignidad- previstas por el Código⁵⁴. Que sea innecesario pretender hacer daño no obsta, empero, a que se imponga a este infractor una reparación más completa de los perjuicios irrogados merced al art. 1107.II CC, como se verá después.

El Derecho civil hace abstracción de los motivos subjetivos sin entrar a valorarlos, luego también es irrelevante que de la ausencia de presentación del testamento se derive o no algún rédito económico para el infractor por dejar de cumplir voluntaria y conscientemente lo que le incumbe según los arts. arts. 690.I y 712.I CC. Da igual, por tanto, que quien así se conduce en su actuar obtenga un beneficio hereditario, como -p. ej. mejorar su posición en la sucesión-, o la promesa de recibir algún tipo de dádiva, sea económica o de otra clase, que le pueda servir de estímulo, si es que llega finalmente a lograr el objetivo de corromperlo para faltar a su deber de presentar el testamento ológrafo.

C) Graduación de la responsabilidad ex art. 1107 CC.

En cualquier caso, dado que el reproche culpabilístico en el hecho ilícito causado dolosamente es más elevado que aquel que radica en una dilación negligente, también debería serlo el “castigo”, aunque se trate de una reparación económica. La responsabilidad en ambos grados de culpa es diferente viéndose acrecentada por quien deliberadamente deja de cumplir lo que le incumbe según el art. 690.I CC. La infracción dolosa de la norma modifica comparativamente la responsabilidad agravándola frente la pasividad imputable o la mera desidia. Y para ello, no existe obstáculo a que entre en juego la distinción prevista en el art. 1107 CC, precepto aplicable a toda clase de obligaciones con independencia de su origen contractual o extracontractual⁵⁵.

Mientras que en la omisión simplemente culposa o negligente el infractor será responsable por los daños de producción previsible y que sean consecuencia necesaria de tal falta de cuidado (art. 1107.I CC), quien deja de entregarlo aposta comete un acto ilícito doloso, y habrá de indemnizar todos los daños que conocidamente deriven de la falta de presentación (art. 1107.II CC), esto es, aquellos deducibles de una relación de causalidad pura mientras tales consecuencias dañinas

54 En el mismo sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., pp. 87 y 89. No parece, en cambio, compartir plenamente esta visión RIVAS MARTÍNEZ cuando sostiene que para componer el concepto de dolo en el art. 713 CC ha de unirse a la circunstancia de la no presentación dentro del término legal, que por sí sola constituye la omisión característica de toda negligencia, el propósito o intención indudable por parte del que no presenta el testamento de causar daño o perjuicio a los que resultaren en ella (*Derecho de sucesiones*, cit., p. 425).

55 Vid., en este sentido, CRISTÓBAL MONTES, A.: “El enigmático artículo 1107 del Código Civil”, *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 567-569; YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Comentario del artículo 1107 del Código Civil”, *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, I, JM Bosch, Barcelona, 1992, pp. 861 y 867.

estén relacionadas con la acción u omisión dolosa del tenedor testamentario, lo cual procurará una reparación casi plena o integral de todos perjuicios irrogados⁵⁶.

En los supuestos de destrucción material o física que impiden la consulta o lectura del testamento ológrafo, se hará entonces verdaderamente complicado reconstruir la última voluntad del difunto sin que parezca adecuado adentrarse en el terreno conjetural y aventurar cómo habría ordenado hipotéticamente el testador su sucesión. Lo resarcible, en puridad, son los daños que ocasiona la inaplicación del testamento ológrafo, difícilmente determinables o previsibles de antemano. Una persona podrá sospechar que fue instituido legatario, quizá por los comentarios realizados en vida por el propio testador, pero se enfrentará a la tarea ardua de intentar demostrarlo, muchas veces sin éxito, con el agravante de que en el proceso de adveración testamentaria no se admitirán documentos distintos del original, como p. ej. una fotocopia⁵⁷, lo que imposibilitará, entonces, reclamar el derecho sucesorio *in natura*, esto es, p. ej. la entrega del legado, sin perjuicio de valerse de dicha prueba para exigir el resarcimiento de la pérdida económica que haya padecido tras ser privado de su condición hereditaria.

D) La carga de la prueba

a) Regla general.

La intención de no presentar el testamento, reteniéndolo indebidamente en su poder, sea o no al objeto de ocasionar un daño aún mayor -p. ej. restar completa eficacia al testamento provocando su caducidad ex art. 689 CC- no es un elemento subjetivo que pueda beneficiarse de una inversión de la carga de la prueba. La alteración del *onus probandi* habitual solo se produce en casos de negligencia porque es un principio general de nuestro sistema que esa voluntad aviesa no se da por supuesta ("*dolus non praesumitur*"), cuya concurrencia ha de justificarse por quien la aduzca. La buena fe se presume, la mala, nunca; por consiguiente, tampoco en el caso que ahora nos ocupa ha de estimarse procedente partir de tal asunción, sino que ha de ser demostrada⁵⁸. No es suficiente entonces con haber acreditado que se poseía el testamento y conocía la defunción de su autor, sino que el tenedor resolvió dejar de presentar el testamento, aunque en dicha abstención no se obrara con malicia. Estimar que la omisión vulneradora del art. 690.I CC fue consciente y voluntaria exige un mayor esfuerzo probatorio frente al supuesto de quien incumple la norma fruto de un descuido.

56 Vid., p. ej., STS 19 junio 1984 (RAJ 3250), aunque se trata de una tesis criticada por parte de la doctrina que considera estas consecuencias resarcitorias excesivas.

57 STS 3 diciembre 1985 (RAJ 6518).

58 Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios*, cit., p. 468; MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios*, cit., p. 616; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., pp. 86 y 89; MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "Del testamento ológrafo", 2009, cit., p. 874.

b) Conductas dolosas en sí mismas.

Otra cosa es que existan comportamientos que por sí mismos implican un atentado a la libertad testamentaria del causante en la medida que ya incluyen dicho elemento intencional. Habrá algunas conductas en las que el dolo se halla implícito como p. ej. la de la hurtar el documento, mientras que, en otras, como p. ej. la destrucción, pudieran haber sido tanto accidentales –v.gr. fruto de un incendio- como deliberadas u orquestadas, tales como la ruptura o inutilización del testamento. Con razón se argumenta que calificar la sustracción referida en el art. 713.II CC como dolosa no deja de resultar redundante porque, en realidad, no hay sustracción que no lo sea⁵⁹.

Ese factor intencional se encuentra ya presente en la práctica totalidad de las acciones descritas en el art. 713.II CC reproducibles en el acontecer real con ocasión del ológrafo. Guardan entre sí un denominador común, a saber: se caracterizan por ser conductas antijurídicas conscientes y voluntarias y en muchas de ellas anida la mala fe del sujeto que con su actuación aspira a provocar daño. Así pues, ofrece escasas dudas que la rotura, ocultación e inutilización del testamento por quien lo tenga en custodia o simplemente en su poder son todas conductas tan dolosas como la sustracción y ello a pesar de que el CC no las califique expresamente como tales. No es extraño que en el sentir común de la doctrina se manifieste que tales acciones ya implican dolo, por lo que este las acompaña siempre⁶⁰.

c) Destrucción o sustracción involuntaria del testamento.

Se podría dar, no obstante, algún caso en el que se destruyera el testamento sin ser consciente de ello, como si p. ej. en un arrebato de ira uno de los hijos coherederos discutiendo con sus hermanos acerca del reparto hereditario rompe todos los papeles, entre los que se contaba, sin saberlo, el testamento ológrafo. No hay tal designio de privarlo de eficacia ni tampoco voluntad de causar daño sino acaso irreflexión y escaso comedimiento, sin reparar en las consecuencias de los propios actos. E incluso cabría imaginar hipótesis en las que la sustracción no obedeciera al pérfido propósito de borrar los efectos de la disposición por causa de muerte, como v.gr. el caso en que se produzca un robo en el domicilio donde se encontraba físicamente el documento, sin que se pretendiera la sustracción del testamento en cuanto tal ni impedir su presentación ante el notario competente. No puede afirmarse que en este caso exista la aspiración de violentar la voluntad del testador, aunque de hecho se produzca dicho resultado.

59 Cfr. RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 426.

60 SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios*, cit., p. 468; SCAEVOLA, Q.M.: *Código Civil comentado*, p. 612; MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios*, cit., p. 620.

No parece, en particular en este último supuesto, que quepa ampararse frente a la producción de un resultado contrario al art. 690.I CC en la comisión de un hecho ilícito y aun delictivo. El depositario o tenedor del testamento podrá aducir la concurrencia de una situación impeditiva: caso fortuito -robo en su domicilio- o fuerza mayor -p. ej. asalto a punta de pistola forzándole a entregarlo-, mas, en cuanto al malhechor, aun cuando pudiera demostrar que no albergaba un propósito anti-testamentario, quizá habría de preguntarse si el daño no habría de quedar cubierto por la responsabilidad *ex delicto*. No es imaginable que el ladrón presente el testamento después de haber examinado el botín, ni se le exija responsabilidad por no hacerlo con apoyo en el art. 690.I CC, sino, una vez detenido e identificado, habrá de indemnizar los daños derivados de la comisión de un hecho delictivo sobre la base del art. 1092 CC y concordantes del Código Penal.

E) *La tentativa.*

a) Equiparación de efectos entre ejecución perfecta e imperfecta.

Cabe cuestionarse si la mera tentativa, p. ej. de destrucción o inutilización del testamento –v.gr. ser sorprendido *in fraganti* pero sin llegar a culminar su propósito, p. ej. arrojando el documento a la chimenea que es rescatado de las llamas en el último momento- debe deparar idénticas consecuencias a la ejecución perfecta cuando se ha frustrado el fin perseguido por el infractor por causas ajenas a su voluntad. Que no llegue a consumarse la fechoría no resta un ápice de culpabilidad a quien ha pretendido con su actuación privar eficacia a la voluntad testamentaria ajena, pero no ha conseguido su objetivo, no por retractarse a tiempo, sino por la concurrencia de un hecho externo impeditivo, sea este natural o humano.

Parece segura la posibilidad de depurar la responsabilidad civil con arreglo al art. 690.I CC, sin que, a diferencia de la pasividad negligente, quepa aquí moderación alguna ex art. 1103 CC. En cambio, la ejecución incompleta sí tiene alguna repercusión práctica porque el hecho de haberse conservado intacto el testamento puede resultar de utilidad a la hora de estimar el montante al que asciende la indemnización con arreglo al art. 1107.II CC. El hecho de que aún pueda presentarse el testamento permitirá conocer la verdadera voluntad del difunto sin acudir a disquisiciones cabalísticas, las más de las veces carentes de sentido, y ello supone una ventaja para quien reclama el resarcimiento en la medida que los daños reales ocasionados serán más fácilmente demostrables ante los tribunales.

b) Matices en torno a posibles sanciones civiles.

En todo caso, la discusión acerca de la tentativa gira más bien en torno a la aplicación al caso de castigos, también civiles, que reprenden el comportamiento

de quien ha evidenciado su intención, mas sin llegar a completar el resultado pretendido; en concreto, la pena de reputar a su autor incapaz para suceder a ese concreto testador. La generalidad de los autores defiende igualmente la procedencia de la sanción consistente en considerar *ipso iure* a su autor indigno ante actos tan censurables. Bastará entonces con que el acto revelador de un propósito abyecto, contrario a la libertad testatoria, aunque haya sido meramente intentado al margen de conseguir o no su objetivo⁶¹. Se trata de un parecer que queda encuadrado en la tesis general acerca de las causas generales de indignidad del art. 756 CC sobre la que existe un amplio consenso doctrinal⁶².

F) *Otras consecuencias civiles distintas de la prevista en el art. 690.I.2ª.*

a) La indignidad para suceder ex art. 713 CC.

Las causas de indignidad lo son para suceder *ex testamento* o *ab intestato*⁶³, mas, en obsequio a una razón basada en un sentimiento de moralidad social, la privación al indigno comprende cualquier derecho de naturaleza sucesoria, incluida la legítima, y ello aunque no hubiese ninguna expresión al respecto por parte del testador⁶⁴. Esta consecuencia, consistente en la pérdida de la condición de legitimario, podría inferirse del art. 761 CC⁶⁵, pero es más evidente si cabe tras la LJV⁶⁶, habiendo sido subrayada por la jurisprudencia en más de una ocasión. Las causas de indignidad, que alcanzan por igual a todos los sucesores, sean legatarios o herederos, ya voluntarios ya abintestato, según tiene declarado el TS, “privan a quien en ellas incurra del derecho a suceder al agraviado, aunque sea heredero forzoso, porque la incapacidad, si es relativa con relación al *de cuius*, es absoluta por lo que afecta su patrimonio”⁶⁷.

61 Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., pp. 90-91; DÍAZ ALABART, S.: “Artículo 756”, *Comentario del Código Civil* (dir. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ et al.), I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1865; OTERO CRESPO, M.: “Artículo 713. Deber de entrega del testamento”, *Código Civil Comentado* (dir. A. CAÑIZARES LASO et al.), II, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 505; MARTÍNEZ ESPÍN, P.: *Comentarios*, IV, 2013, cit., p. 5417; RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: *Derecho de sucesiones*, cit., p. 426.

62 Vid., por todos, TRUJILLO DIEZ, I.J. y MARÍN LÓPEZ, J.J.: “De la capacidad para suceder por testamento y sin él”, *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 915.

63 Cfr. STS 11 febrero 1946 (RAJ 121).

64 STS 28 febrero 1947 (RAJ 337).

65 “Si el excluido de la herencia por incapacidad fuera hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima”.

66 En la antigua redacción del art. 756 CC la privación expresa de la legítima únicamente aparecía contemplada de modo expreso en su ordinal segundo (“si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima” [art. 756.2º.II CC]), lo que podría conducir, dada la naturaleza punitiva de la indignidad, a excluir la extensión de dicho castigo a otras conductas distintas. Sin embargo, el hecho de que la LJV, en su DFI⁶⁸, haya suprimido tal alusión, unida a la existencia del art. 761 CC, que la doctrina mayoritaria ya entendía aplicable a todos los supuestos del art. 756 CC, ha llevado finalmente a disipar cualquier duda en la actualidad: la indignidad también implica la pérdida de los derechos legitimarios.

67 STS 28 febrero 1947 (RAJ 337).

Cuando el grado de ejecución de la conducta censurable no alcanza la consumación, sino que queda incluida, habría que considerar si el castigo civil debe ser igual de grave. Quizá se pueda preguntar al jurista si la indiferencia en el trato entre el acto perfecto e imperfecto respeta el criterio de proporcionalidad en la aplicación de la pena que, si bien más propio de disciplinas ajenas al Derecho civil, parecería responder a un elemental principio de justicia. Sin embargo, la traslación de la teoría del delito al ilícito civil no puede realizarse sin estridencias, ante la ausencia de una previsión normativa específica que aborde la tentativa ni disponer el juez civil, como el penal, de un marco abstracto dentro del cual graduar la sanción en función de la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes de la responsabilidad.

Otra solución conduciría al intérprete a caer en un absurdo o en la incongruencia de permitir que el autor en grado de tentativa conservara su legítima o limitara su cuota hereditaria a la mitad o a un tercio de lo que habría podido corresponderle en el abintestato. Como en su día explicara ALBALADEJO, “el castigo no va a ser – porque parece ser incongruente con la situación o repugnar al caso- pena, pero inferior en grado, como si dijésemos ser incapaz no totalmente, sino, por ejemplo, para recibir tres cuartos de la sucesión que le correspondiese”⁶⁸.

Se está ante un veto punitivo interpuesto jurídicamente entre el indigno y el causante en cuya virtud se reputa al primero inepto para recibir mortis causa titularidades procedentes de un concreto *de cuius*, cuya operatividad resulta absoluta, al tener lugar una exclusión de la delación sucesoria, sin que quepa una apreciación parcial ni moderada para quien intenta impedir sin éxito que se cumplan los designios del testador. Se consideraría irrelevante, además, que el testamento no llegara después a adverbarse, fuera nulo o revocado por otro posterior; no es posible por tanto que se aminoren las consecuencias negativas de la acción indigna frustrada. El espíritu de la Ley es abarcar también la tentativa, y no únicamente la consumación, del acto reprochable pese a no existir una mención normativa específica orientada a tal fin.

b) Rechazo de su interpretación extensiva y analógica.

La finalidad del art. 713 CC es claramente punitiva, en vez de resarcitoria, pues se pretende castigar al indigno con independencia del perjuicio ocasionado, mientras que la reparación del daño tiene reservada una vía específica y diferente (art. 712 CC). En la actuación dolosa acontece una yuxtaposición entre la sanción consistente en la pérdida de los derechos hereditarios del indigno y la

68 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios*, IX-2, cit., p. 90.

indemnización ex art. 690.1.2ª CC⁶⁹. Pero, así como el art. 690.I CC encuentra su homólogo en art. 712 CC, con el que comparte una evidente identidad de razón, el art. 713 CC es una regla jurídica prevista solo para el testamento cerrado, que no conoce precepto equivalente en la regulación del testamento ológrafo. Esta falta de unificación de regímenes se antoja casi inexplicable pudiendo llegar incluso a repugnar a la lógica cuando la contravención del deber de presentación se lleva al límite, p. ej. con la sustracción o destrucción intencional del testamento ológrafo.

Bien es cierto que ha sido frecuente colmar las carencias del régimen jurídico del testamento ológrafo acudiendo al establecido para el cerrado, con el que guarda abundantes similitudes, tanto es así que aconsejan incluso su conversión -o cuando menos, la preservación de la eficacia de la manifestación de voluntad a través de otra forma testamentaria más simple, si se cumplen sus requisitos (cfr. art. 715 CC)-. Tal ha sido el caso de supuestos sobradamente conocidos de integración de algunas lagunas, como p. ej. a través del recurso al art. 1957 LECA, siempre defendido por la doctrina de nuestro país⁷⁰, ante la insuficiencia de una disciplina procesal propia fuera del CC, y lo mismo cabría decir de responsabilizar de la falta de presentación a cualquiera que tenga en su poder el testamento, como siempre ha rezado el art. 712 CC y, por el contrario, no recogía el art. 690.I CC en su versión originaria, hasta que fue corregido en la redacción que le otorgó la LJV 2015⁷¹. Sin embargo, a consecuencia de la orientación del art. 713 CC, que posee una evidente vocación punitiva, su eventual aplicación al ológrafo resulta, cuando menos, controvertida, aunque haya sido defendida por un cualificado sector de la comunidad científica⁷².

Existe un amplio consenso doctrinal en considerar la consecuencia descrita en el art. 713 CC como una causa particular de indignidad, añadida a las ya previstas por el Código Civil, donde, en opinión de MARTÍNEZ ESPÍN y OTERO CRESPO, el “dolo” mencionado en la norma sería equivalente al “fraude” del art. 756.5º CC⁷³. Por tanto, a fin de valorar si es posible o no colmar la supuesta laguna en la

69 Resulta evidente del tenor del art. 713 cuando se indica que la indignidad juega además de la responsabilidad prevista en el art. 712 CC: “El que con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder dentro del plazo fijado en el artículo anterior, además de la responsabilidad que en él se determina, perderá...” (cursiva del autor). Cfr. también, LÓPEZ BURNIOL, J.J.: *Comentario del Código Civil*, cit., pp. 17994-17995; MARTÍNEZ ESPÍN, P.: *Comentarios*, IV, 2013, cit., p. 5417.

70 Vid., entre otros, PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho Civil español*, V-I, Edersa, Madrid, 1958, pp. 254-255; LACRUZ BERDEJO, J.J. y SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho de Sucesiones*, I, cit., p. 419; ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual*, cit., p. 276.

71 Resulta también indicativo de estas concomitancias que el Proyecto de GARCÍA GOYENA tratara de forma conjunta -y, por tanto, pareja- en un único precepto el deber de presentación (el art. 571), aunque sin destinar a esta particular causa de indignidad sucesoria ningún ordinal de la referida norma, más allá de las preceptuadas en su art. 617, que encuentra su correspondencia actual con el art. 756 CC.

72 Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil*, V, Bosch, Barcelona, 1982, p. 85 y “Comentario al artículo 756”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), X-I, Edersa, Madrid, 1987, pp. 208-209 y 238; DÍAZ ALABART, S.: “Artículo 756”, cit., p. 1864. Se inclina en cambio por una respuesta negativa, ESPINO BERMELL, C.: *El testamento*, cit., pp. 191-192.

73 MARTÍNEZ ESPÍN, P.: *Comentarios*, IV, 2013, cit., p. 5417; OTERO CRESPO, M.: “Artículo 713”, cit., p. 504.

disciplina jurídica del testamento ológrafo, conforme a lo dispuesto en la mentada regla jurídica, debería aplicarse la doctrina general sentada con ocasión de esta incapacidad relativa para suceder. Dado que las consecuencias descritas en el art. 756 CC –así como en el art. 713 CC- son claramente sancionadoras, también son merecedoras de una interpretación taxativa, sin que quepa, por tanto, su ampliación a hechos diversos de los expresamente contemplados por la norma. Así lo ha entendido el TS al realzar el carácter excepcional del art. 756 CC que, en definitiva, se traduce en una sanción o pena civil que se ha de interpretar restrictivamente⁷⁴. Y ha añadido más tarde que “en materia de interpretaciones de las causas de indignidad para suceder, debe utilizarse un criterio restrictivo, y en caso de duda, debe estarse a favor del supuesto indigno”⁷⁵.

Esta anomalía en sede del testamento ológrafo atentatoria del espíritu de su regulación tampoco puede ser corregida mediante el recurso a la analogía so pena de contrariar el mandato contenido en el art. 4.2 CC donde se impide aplicar las leyes penales a supuestos distintos de los expresamente comprendidos en ellas. Más allá de la acepción estricta que la identifica con la represión de la criminalidad, esta técnica hermenéutica integradora de lagunas queda vedada no solo en el ejercicio efectivo del *ius puniendi* estatal⁷⁶, sino también en aquellas sanciones del ordenamiento jurídico privado informadas por el principio de tipicidad, donde se contenga un elenco cerrado de casos. Este carácter taxativo de conductas objeto de castigo cabe predicarlo de las causas de desheredación⁷⁷, mas también de las de indignidad, que son en parte coincidentes con aquellas e implican la pérdida de derechos⁷⁸ -sucesorios y muchas veces previos- con independencia de que para reconstruir el listado mencionado se deba acudir a diversos preceptos diseminados por el Código Civil (arts. 756, 713, 111⁷⁹...). En cuanto al art. 713 CC no es dable entonces su ampliación ni la aplicación analógica a casos distintos de los ordenados por el CC⁸⁰.

74 STS 11 febrero 1946 (RAJ 121); STS 26 marzo 1993 (RAJ 2394).

75 STS 23 abril 2018 (RAJ 1753). Vid., además, STS 2 julio 2019 (RAJ 3141).

76 En contra de la STC 14 diciembre 1988 (RTC 239), que lo limita a ese ámbito, mantiene GULLÓN BALLESTEROS que la ratio del art. 4.2 CC impone no dar al calificativo “penal” una identificación exclusiva con el Derecho penal (“Artículo 4”, *Comentario del Código Civil* (dir. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ et al.), I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 30).

77 Vid. GULLÓN BALLESTEROS, A.: “Artículo 4”, cit., p. 30; PEÑA LÓPEZ, J.M.: “Artículo 4”, *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 53; ATAZ LÓPEZ, J.: “Artículo 4”, *Comentarios al Código Civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 129.

78 STS 30 marzo 1987 (RAJ 1839).

79 En apoyo de esta tesis es de interés recalcar que, a propósito de este último precepto, el TS señaló “que las conductas tipificadas en el art. 111 CC están incluidas en este ámbito restrictivo -del art. 4.2 CC- (...) ya que el calificativo penal debe interpretarse extensivamente comprendiendo la penalidad civil -disposición transitoria 3ª CC-” (STS 23 julio 1987 [RAJ 5809]).

80 ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil español*, V, Edersa, Madrid, 1978, p. 64; MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Del testamento ológrafo”, 2009, cit., p. 913.

c) Posible subsunción dentro de las causas generales de indignidad.

Tal vez se trate de un resultado poco satisfactorio, en relación con el testamento ológrafo, expuesto por su propia naturaleza a un mayor riesgo de sustracción o destrucción, siempre denunciado por la doctrina⁸¹. Pero en recta técnica jurídica, no parece que exista otra respuesta diferente, amén de que tal conclusión se acomoda a la perfección a la prohibición dispuesta en el art. 4.2 CC. No ha lugar así a dar entrada al art. 713 CC al considerarse improcedente la interpretación tanto extensiva como analógica de la causa de indignidad recogida en él. Que no quepa tal razonamiento no significa, en cualquier caso, impedir que la conducta del infractor doloso pueda verse subsumida dentro de la causa general de indignidad del art. 756.6^a CC en su última previsión *in fine*, con la que la del art. 713 se solapa parcialmente⁸², y arrojar la mancha del indigno sobre quien “suplantare, ocultare o alterare otro (testamento) posterior”⁸³, entendiéndose sin emplear los medios anteriores, referidos en el art. 756.5^a CC, es decir, al margen del empleo de la amenaza, la violencia o el fraude.

81 Cfr. ROMERO COLOMA, A.M.: “El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 94, 2015, pp. 61 y ss.

82 Afirmar M. OTERO que “el art. 173 no es más que una modalidad de lo dispuesto en el art. 756.6, en conexión con apartado 5º del mismo artículo” (OTERO CRESPO, M.: “Artículo 713”, cit., p. 505).

83 Conviene precisar que, a pesar de la literalidad del precepto, la conducta del infractor del art. 690.I CC puede tener por objeto ora un testamento posterior, ora el único que hubiera otorgado el causante, como p. ej. si su intención fue dejar expedito el camino a la sucesión legal.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil*, V, Bosch, Barcelona, 1982.

ALBALADEJO GARCÍA, M. et al.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), IX-2, *Artículos 706 a 743 del Código Civil*, Edersa, Madrid, 1983.

ALBALADEJO GARCÍA, M. et al.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), X-I, *Artículos 744 a 773 del Código Civil*, Edersa, Madrid, 1987.

ATAZ LÓPEZ, J.: "Artículo 4", en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 126-133.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "Artículo 74. Declaración de fallecimiento", en *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria* (dir. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, coord. Á. SERRANO DE NICOLÁS), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 413-420.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, VI-2 (rev. A.M. ROMÁN GARCÍA), Reus, Madrid, 2015.

CRISTÓBAL MONTES, Á.: "El enigmático artículo 1107 del Código Civil", en *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 559-575.

DE BUEN, D.: *Notas al Curso de Derecho Civil* de A. COLIN y H. CAPITANT, VIII, Reus, Madrid, 1951.

DÍAZ ALABART, S.: "Artículo 756", en *Comentario del Código Civil* (dir. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ et al.), I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1863-1865.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil español*, V, Edersa, Madrid, 1978.

ESPINO BERMELL, C.: *El testamento ológrafo: su adveración y protocolización*, Reus, Madrid, 2017.

FERNÁNDEZ HIERRO, J.M.: *Los testamentos*, 2ª ed., Comares, Granada, 2005.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de 1852, al cuidado del Prof. LACRUZ BERDEJO, Cometa, SA, Zaragoza, 1974.

GARRIDO MELERO, M.: "De la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos ológrafos (arts. 61 a 63 LN)", en *Jurisdicción Voluntaria, Aspectos procesales, notariales, registrales, mercantiles y marítimos* (dir. BROCA-MAJA, CORBAL), Bosch, Barcelona, 2016, pp. 871-883.

GARRIDO MELERO, M.: "El testamento y sus formas", en *Instituciones de Derecho Privado* (dir. V.M. GARRIDO DE PALMA), V-3, Civitas, Pamplona, 2018, pp. 41-430.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Artículo 4", en *Comentario del Código Civil* (dir. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ et al), I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 29-31.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho de Sucesiones*, I, Bosch, Barcelona, 1971.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: "Artículo 1125", en *Comentarios del Código Civil* (dir. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ et al), II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 100-102.

LÓPEZ BURNIOL, J.J.: "Artículo 713", en *Comentario del Código Civil* (dir. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ et al), I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 1794-1795.

MANRESA Y NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil español*, V, Reus, Madrid, 1951.

MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "Del testamento ológrafo", en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 849-857.

MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "Del testamento ológrafo", en *Comentarios al Código Civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 5309-5338.

OSSORIO MORALES, J.: *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

OTERO CRESPO, M.: "Artículos 712-713", en *Código Civil Comentado* (dir. A. CAÑIZARES LASO et al), II, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 500-505.

PEÑA LÓPEZ, J.M.: "Artículo 4", en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 51-55.

PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho Civil español*, V-1, Edersa, Madrid, 1958.

RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

ROMERO COLOMA, A.M.: "El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 94, 2015, pp. 61-74.

ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho sucesorio mortis causa*, Edelce, Sevilla, 1951.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, VI-I, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910.

SCAEVOLA, Q.M.: *Código Civil comentado*, XII, Reus, Madrid, 1950.

TORRES GARCÍA, T.F.: *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977.

TORRES GARCÍA, T.F.: "Del testamento ológrafo", en *Comentario del Código Civil*, (dir. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ et al.), I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 1737-1752.

TORRES GARCÍA, T.F.: "Otras formas testamentarias: el testamento ológrafo en el Código civil", en *Tratado de Derecho de Sucesiones* (dir. M.C. GETE-ALONSO Y CALERA, coord. J. SOLÉ RESINA), I, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2016, pp. 473-495.

TRUJILLO DÍEZ, I.J. y MARÍN LÓPEZ, J.J.: "De la capacidad para suceder por testamento y sin él", en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 902-920.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Comentario del artículo 1107 del Código Civil", en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, I, JM Bosch, Barcelona, 1992, pp. 843-868.

