

# ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL CONTENIDO ATÍPICO DEL TESTAMENTO

Natalia Álvarez Lata

**SUMARIO:** 1.- INTRODUCCIÓN: EL CONTENIDO ATÍPICO DEL TESTAMENTO. 1.1.- El contenido atípico del testamento: ¿testamento formal o material? 1.2.- Principales disposiciones testamentarias atípicas 2. EL RECONOCIMIENTO TESTAMENTARIO DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL. 2.1.-Clases de testamentos que pueden albergar el reconocimiento. 2.2.- Regas especiales de capacidad. 2.3.- Eficacia *post mortem* del reconocimiento. 2.4.- El reconocimiento como acto irrevocable: el art. 741 CC. 3. LA DESIGNACIÓN EN TESTAMENTO DE TUTOR O CURADOR DEL HIJO MENOR O INCAPACITADO. 4. LA CONSTITUCIÓN *MORTIS CAUSA* DE UNA FUNDACIÓN. 4.1.-Modalidades de constitución *mortis causa*. 4.2.- Capacidad para fundar. 4.3.- Revocabilidad de la disposición. 5. EL CONSENTIMIENTO PARA LA FECUNDACIÓN *POST MORTEM*. 5.1. Configuración del consentimiento testamentario para la fecundación *post mortem*: requisitos. 6.LA DESIGNACIÓN DE LAS PERSONAS QUE HAYAN DE EJERCITAR CIERTAS ACCIONES RELATIVAS A LA PROTECCIÓN DEL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DE LA PERSONA FALLECIDA Y A LA DIVULGACIÓN, PATERNIDAD E INTEGRIDAD DE LA OBRA DEL AUTOR FALLECIDO. 6.1.- La protección *post mortem* de la memoria del fallecido. 6.2.- El supuesto del art. 15 LPI. 7.- LA DESIGNACIÓN EN TESTAMENTO DEL BENEFICIARIO DEL SEGURO DE VIDA. 8.-EL RECONOCIMIENTO DE DEUDA Y DE OTROS DERECHOS O SITUACIONES JURÍDICAS EN TESTAMENTO

## 1. INTRODUCCIÓN: EL CONTENIDO ATÍPICO DEL TESTAMENTO

### 1.1. El contenido atípico del testamento: ¿testamento formal o material?

Según el art. 667 CC, el testamento es “[e]l acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos [...]”. Y a pesar de convenir con Sánchez Román en que tal definición no es completa, ni exacta ni útil<sup>1</sup>, quizás sí pone de relieve la esencia del negocio jurídico testamentario: su eficacia *mortis causa*, ya que surte efectos tras la muerte del testador, y su objetivo, en principio, destinado a la disposición de bienes y derechos patrimoniales.

Con todo, la patrimonialidad del testamento, ha sido superada, como definitiva del testamento -al menos en un sentido formal-, por casi la totalidad de la doctrina

---

1 SANCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil. Derecho de Sucesión «mortis causa»*. Madrid, Estudio Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, 2ª ed., 1910, T. VI-1º, p. 202

española: la inclusión en el testamento de disposiciones denominadas anómalas o atípicas, entre las que se encuentran disposiciones de carácter no patrimonial, es innegable. No podía ser de otro modo cuando la ley reconoce explícitamente esta posibilidad e incluso no duda en calificar de testamento al negocio jurídico que sólo contenga tales cláusulas (cfr. art. 741 CC); en defecto de norma, el principio de autonomía privada, concretado en la libertad de testar, legitimaría la inflación del contenido testamentario siempre que respetase sus límites.

Desde una perspectiva sustancial, se siguen manteniendo, empero, posiciones divergentes. En efecto, ciertos autores<sup>2</sup> han adoptado una concepción del testamento como negocio *mortis causa* de contenido amplio y variable –patrimonial y no patrimonial–: el testamento es normalmente, pero no totalmente y ni siquiera necesariamente, un acto de disposición patrimonial<sup>3</sup>. Otros, quizás los menos, defienden una concepción sustancialmente estricta del testamento: las disposiciones no patrimoniales contenidas en el testamento no son *stricto sensu* contenido testamentario sino actos que se asimilan a él por razones de forma<sup>4</sup>; esto es, conciben el testamento, desde una perspectiva sustancial, como acto de atribución patrimonial a causa de muerte, ya que es ésta la posición, según tal tesis, que se desprende del total sistema jurídico español, asimismo apoyada por la jurisprudencia<sup>5</sup>.

Y la cuestión no es en modo alguno baladí. De acuerdo todos en que el testamento puede albergar determinadas disposiciones no patrimoniales –que no constituyen su contenido normal, ligado con la institución de heredero y su ordenación–, si consideramos que tales cláusulas son también testamento –en sentido material– habrán de aplicárseles todos y cada uno de los caracteres definidores del testamento y sus requisitos (esencial revocabilidad y formas de revocación, eficacia *mortis causa*, requisitos de capacidad del testador, vicios del consentimiento testamentario, etc.). En el caso de que se estime que el testamento no es sino un vehículo formal de incorporación de tales disposiciones, éstas seguirán su régimen jurídico –correspondiente a su naturaleza como los negocios que son–, vinculándose, eso sí, a las exigencias de forma del testamento.

La alternativa planteada no tiene una respuesta unívoca y general para todos los casos, y menos aún pacífica, desde el punto de vista doctrinal. Por ello hemos preferido responder a esta problemática en cada una de las disposiciones atípicas: en algunos casos es fácil colegir que la forma testamentaria no es más que otra mediante la cual se llena el requisito formal del acto mientras que, otras veces, se advierte claramente la intención del declarante de dotar al acto de validez para después de la muerte, y no sólo de cubrir las exigencias formales. Aún así, en una aproximación general al problema, y también por ello, a salvo de otras precisiones más específicas, es la naturaleza jurídica del negocio que formalmente se incorpora al testamento como contenido atípico la que va a condicionar, cuando no a decidir, la respuesta concreta; en defecto de particularidades, las disposiciones atípicas quedan sometidas al régimen del testamento. En este sentido y a modo de síntesis:

- a) Las reglas de capacidad testamentaria actúan como requisito para la disposición atípica, pero como requisito de mínimos, pudiendo exigirse, de acuerdo con la naturaleza y reglas del acto o negocio concreto, una mayor capacidad o el cumplimiento de ciertas condiciones subjetivas en la persona del testador.

---

2 MANRESA, J. M., *Comentarios al Código civil español*. Madrid, Reus, 1951, T. VI-2º, p. 420; OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957, p. 28; DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, 8ªed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 357.

3 VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Panorama de Derecho de sucesiones*. Madrid, Civitas, 1984, T. I, p. 980.

4 LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1991, p. 41.

5 JORDANO BAREA, J.B., *El testamento y su interpretación*, Granada, Comares, 1999, p. 17; también CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, Reus, 8ª ed., 1989, vol. VI-1º, pp. 464 y 465.

- b) Con respecto a la aplicación de los vicios testamentarios, la unidad de consentimiento con respecto al acto de testar, obliga a considerar que también a las disposiciones atípicas son de aplicación los arts. 673 y 674 CC. Lo señalado puede necesitar de una precisión en el caso en que sobre la cláusula atípica incida un error relevante del art. 1266 CC, y ello porque un gran sector doctrinal entiende que el error testamentario sólo opera a los efectos de los arts. 767 y 773 CC. Sin embargo, a nuestro juicio, es jurídicamente factible sostener la relevancia del error también como vicio de la voluntad testamentaria<sup>6</sup>; posición ésta que hace implanteable el problema.
- c) En el complejo tema de la revocación de la disposición atípica, la eventual naturaleza irrevocable del acto puede desviar la esencial revocabilidad testamentaria<sup>7</sup> e, incluso, la esencial revocabilidad de aquél -aunque compatible con la del testamento- puede flexibilizar la forma de la revocación del acto, permitiendo, por ejemplo, que se revoque la disposición atípica fuera del testamento<sup>8</sup>.
- d) Algo semejante ocurre con la propia eficacia de algunos actos y la posibilidad de que, en atención a su naturaleza y a afectar, por ejemplo, a los derechos de terceros, se reivindique, a pesar de su inclusión en testamento, una eficacia *ante mortem*<sup>9</sup>.
- e) Y también puede ser controvertida la cuestión de la aplicación de la convalidación del testamento nulo a las disposiciones atípicas. Como es sabido, jurisprudencia constante admite la convalidación del testamento nulo, generalmente -que no exclusivamente- por motivos formales<sup>10</sup>. La cuestión es si tal convalidación

6 Cfr. nuestro comentario al art. 673 CC en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código civil*, Pamplona, Aranzadi, 2001, p. 826.

7 Cfr. GETE-ALONSO, M.C., "Comentario a la STS 6 de junio de 1986", *C.C.J.C.*, 1986, p. 3730. Esto acontece, por ejemplo, con el reconocimiento testamentario de hijo, por expresa aplicación del art. 741 CC. Incluso, esta previsión se ha considerado, por algunos autores, como aplicable analógicamente a los demás supuestos de disposiciones anómalas (cfr. lo señalado *infra* para la designación del tutor e incluso para el reconocimiento de deuda).

8 En este punto, véase *infra*. lo que acontece con el consentimiento para la fecundación *post mortem* y con las designaciones relativas a los beneficiarios del seguro de vida.

9 Lo señalado tiene relevancia, como se verá, en los casos del reconocimiento de hijo en testamento. La posibilidad de que antes de que el testamento despliegue su eficacia, esto es, antes del fallecimiento del causante, el reconocimiento sea eficaz se encuentra íntimamente unido, además, con el complejo tema de la propia eficacia testamentaria *ante mortem*. En este sentido, el testamento pertenece a la categoría de actos *mortis causa*, entendiéndose por éstos los actos que tienen por función peculiar la de regular una situación que se producirá originariamente por la muerte del causante (ALBALADEJO, M., "Cuestiones en materia de revocación de testamentos", *AAMN*, 1961, p. 39). La eficacia del testamento se traslada, por lo tanto, al momento en que se produce la muerte del testador: la muerte actúa como «*condictio iuris*» de la eficacia de las disposiciones testamentarias y sin carácter retroactivo. Y si bien lo precedente es innegable, más problemático resulta determinar qué acontece en el período que transcurre desde el otorgamiento del testamento hasta el de producción de sus efectos. En tal período, ¿es el testamento relevante o irrelevante jurídicamente?; ¿es un acto perfecto o imperfecto? La doctrina mayoritaria, al menos en nuestro país, se inclina por la relevancia jurídica del testamento en dicho *iter*, distinguiendo, al efecto, entre perfección y eficacia del negocio jurídico. El testamento es un negocio jurídico que se perfecciona por el otorgamiento -y a ese momento habrá que estar para verificar los requisitos de validez- pero hasta la muerte del causante no produce efectos. Sin embargo, otros autores de la doctrina española han seguido derroteros diversos; especialmente JORDANO BAREÁ (*El testamento...*, cit., p. 33), quien sobre la base de la distinción entre un doble estado de relevancia jurídica en el testamento, para el sujeto y para los terceros, precisa que la relevancia jurídica del testamento en la etapa *ante mortem* afectaría solamente al primero de los estados, al interno: de cara a los terceros (desde el punto de vista externo) la declaración testamentaria hasta la apertura de la herencia ni tiene existencia ni se perfecciona, careciendo de eficacia y de relieve jurídico.

10 Se habla de la convalidación del testamento nulo aludiendo al fenómeno que se produce, en determinadas hipótesis, cuando un sucesor voluntariamente acata como válido un testamento nulo y pretende después su invalidez. No obstante, la sanación, convalidación o convallescencia del testamento viciado no está expresamente contemplada en nuestro Código Civil -aunque parece que sí lo estaba en las Partidas (cfr. ley 6ª del Título VIII de la Partida 6ª)- y su aceptación generalizada, con alguna voz discordante, surge como

puede afectar a las disposiciones atípicas contenidas en el testamento. Aquí la solución, compleja en sí, se complica más por la controvertida naturaleza y alcance de la propia convalidación: si se entiende como figura absolutamente excepcional e incluso contra la lógica de la nulidad, y fundamentada, para el testamento, en el propio fenómeno sucesorio, seguramente la solución pase por excluir del juego de la sanatoria a las disposiciones atípicas, desvinculadas de tal naturaleza<sup>11</sup>. Si se concibe como remedio menos excepcional y compatible con la nulidad<sup>12</sup>, podría abrigarse la posibilidad de que, si la disposición cumple con los requisitos esenciales del negocio, también se convalide, sobre todo cuando, por encima de otras consideraciones, la sanación pretende evitar el rigorismo que un excesivo formalismo puede acarrear<sup>13</sup>.

## 1.2. Principales disposiciones testamentarias atípicas

Frente al contenido típico del testamento, sitúa la doctrina el denominado atípico, es decir, aquellas declaraciones anómalas testamentarias que pueden figurar en la forma testamentaria, ya por preverlo expresamente la ley ya porque ésta no se oponga<sup>14</sup>. Contenido o disposiciones atípicas o anómalas -según se entienda como “tipo” el contenido propio del testamento o simplemente como “normal”- que se desmarcan de lo típicamente o normalmente testamentario: la institución de heredero y su ordenación, pero que, por lo demás, resultan heterogéneas y no necesariamente extrapatrimoniales (vgr. constitución de una fundación y reconocimiento de deuda).

Entre estas declaraciones anómalas, previstas por la ley, se pueden citar las que siguen: el reconocimiento de hijo extramatrimonial (art. 120 CC); la designación de tutor para el hijo (art. 223 CC); disposiciones acerca de entierros y funerales del testador (arg. *ex* art. 902.1º CC); la designación de las personas que hayan de ejercitar ciertas acciones relativas a la protección del honor, intimidad y propia imagen de la persona fallecida (art. 4 LO 1/82) y a la divulgación, paternidad e integridad de la obra del autor fallecido (art. 15 LPI); el consentimiento para la fecundación *post mortem* (art. 9.2 L 35/88); y la constitución de una fundación (art. 7 Ley 30/94).

Asimismo, y dentro del contenido estrictamente atípico, esto es, dentro del no previsto por la ley, se suele aludir al reconocimiento de deuda en testamento como uno de los ejemplos paradigmáticos; disposición de carácter confesorio del testador cuya admisibilidad jurídica no se cuestiona, sin perjuicio de que provoque algunos proble-

---

respuesta a cierta jurisprudencia que reconoce este efecto, en aplicación del principio *favor testamenti*. Ejemplos de convalidación son las SSTs 25-3-40 (RJ 198); 15-3-51 (RJ 997); 26-11-55 (RJ 3288); 20-10-62 (RJ 3980); 14-6-63 (RJ 3059); 24-10-63 (RJ 4157); 14 -2-81(RJ 526); 9-7-86 (RJ 4425); 28-7-86 (RJ 4621) y 26-4-95 (RJ 3257).

11 Así, sin muchos argumentos, FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *Autonomía privada y testamento. Contribución al estudio de las disposiciones testamentarias atípicas*, Granada, Comares, 1996, p. 48.

12 Sobre todo, cfr. FLUME, *El negocio jurídico, Parte general del Derecho civil*, 4ªed., traduc. Esp., Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 647; DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, reimp., Madrid, Civitas, 1991, p. 485.

13 Con todo, tal posibilidad habría de considerarla de acuerdo con la propia naturaleza del acto o negocio concreto. Así, no se ven obstáculos para que se convalide, con el resto de las disposiciones, una designación de beneficiario de seguro de vida o un reconocimiento de deuda, si el testamento ológrafo, vgr., no fue escrito en su totalidad de puño y letra del testador (STS 14-2-81, RJ 526) o cuando uno de los testigos del abierto era pariente del notario (es el caso de la STS 15-3-51, RJ 997), porque son cláusulas que representan negocios que pueden canalizarse a través de otras formas o incluso no necesitan de ella. Más problemas puede plantearse cuando la forma representa un elemento esencial para el propio negocio que representa la disposición atípica. Con todo, entiéndase que el negocio convalidado es un negocio plenamente válido y perfecto.

14 JORDANO BAREA, J.B., *El testamento...*, cit., p. 9.

mas relativos a su eficacia y validez, sobre todo en relación con la revocación del testamento en la que dicho reconocimiento se lleva a cabo<sup>15</sup>.

## 2. EL RECONOCIMIENTO TESTAMENTARIO DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL

Según el art. 120 CC, “[l]a filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1º Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público”. Es válida, pues, la disposición testamentaria de reconocimiento de la filiación extramatrimonial; disposición que, además, puede configurarse como único contenido del testamento, tal y como expresa el art. 741 CC (“El reconocimiento de un hijo no pierde fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones o sean nulas las demás que contuviese”).

### 2.1. Clases de testamentos que pueden albergar el reconocimiento

No se hace alusión directa en el Código civil a requisitos de forma específicos o a la clase del testamento que contenga esta declaración unilateral del progenitor, por lo que cabría pensar que cualquier modalidad testamentaria es adecuada para el reconocimiento. Sin embargo, la expresión del art. 120.1º CC “en testamento o en otro documento público”, ha legitimado opiniones más estrictas que entienden que sólo en testamento abierto notarial cabe el reconocimiento, ya que es el único que desde el momento de su otorgamiento es documento público<sup>16</sup>. Y aunque es doctrina mayoritaria la que aboga por la validez de cualquier forma testamentaria<sup>17</sup>, nos convence la interpretación de quienes, en un intento de dar sentido a las palabras del art. 120 CC, han observado en ellas la exigencia de la autenticidad como requisito del testamento que contenga el reconocimiento del hijo, concluyendo, por tanto, que una vez autenticados o protocolizados los testamentos ológrafo y cerrado y el abierto notarial desde su otorgamiento, se cumplirá la forma exigida por el art. 120.1º CC para que la filiación quede legalmente determinada<sup>18</sup>.

En todo caso, como ya se señaló, el testamento, a efectos del reconocimiento, ha de ser interpretado en un sentido amplio: será testamento aquél aunque sólo contenga el reconocimiento y carezca de otras disposiciones de contenido patrimonial. A partir de la reforma de 1981, el art. 741 CC confirma esta tesis; con anterioridad, el Tribunal Supremo ya lo había anunciado en algunas resoluciones (vid. STS 22 de diciembre de 1964, RJ 5906). En fin, en palabras de la STS 9 de octubre de 1982 (RJ 5548), “si en sentido material no constituye verdadero testamento el que se contrae disposiciones no patrimoniales, formalmente sí tiene tal condición y resulta eficaz a los fines previstos en el derogado art. 131 y sin perjuicio de que proceda la apertura de la sucesión intestada”.

15 Vid. DÍEZ-PICAZO, L., “Reconocimiento testamentario de deuda”, *Dictámenes jurídicos*, Madrid, Tecnos, 1987, I, p. 309 y ss.

16 DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., p. 266.

17 DE LA CÁMARA, M., “Comentario a los arts. 120 a 126”, en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 2000, III-1º, p. 431; RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Comentario al art. 120”, en *Comentarios del Código civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, I, p. 464.

18 QUICIOS MOLINA, S., *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 60-61. Más recientemente en “Comentario al art. 121”, en BERCOVITZ, *Comentarios al Código civil*, cit., p. 239.

Mas lo señalado en el párrafo precedente puede conllevar algún problema si se parte de la posición mayoritaria que permite que cualquier forma testamentaria sea apta para efectuar el reconocimiento. Se cuestiona De la Cámara<sup>19</sup>: ¿en virtud de qué razones podríamos afirmar que estamos ante un testamento ológrafo si se somete a la calificación un documento redactado de puño y letra por el otorgante, firmado por éste y en el que conste la fecha y en el que el autor sólo ha consignado que reconoce como hijo suyo a determinada persona? Tal interrogante carece de fácil respuesta, ya que, a falta de disposiciones patrimoniales de las que se colija el *animus testandi*, puede resultar extremadamente difícil entender que ese documento es un testamento ológrafo y que tal reconocimiento es, por tanto, testamentario. Con el peligro, advertido también por De la Cámara –aunque matizado si, como se dijo, el testamento a los efectos del reconocimiento ha de estar autenticado–, de que mantener esta postura, es decir, calificar el documento como testamento y conceder eficacia al reconocimiento así efectuado, podría suponer conceder eficacia directa a un reconocimiento realizado en documento privado, en contra de la letra y espíritu del art. 121 CC<sup>20</sup>.

## 2.2. Reglas especiales de capacidad

En consonancia con su naturaleza personalísima, el art. 121 CC señala que “[e]l reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal”. Es así que el incapacitado –al que la norma alude al hablar de incapaz<sup>21</sup>- y el menor de edad no emancipado –que es el que, desde una perspectiva objetiva no se puede casar<sup>22</sup>- pueden reconocer la filiación extramatrimonial en testamento siempre que, además, puedan testar de acuerdo con las normas generales de capacidad estudiadas. Este reconocimiento tiene en la aprobación judicial un requisito ulterior para su validez. El Juez, para conceder eficacia al reconocimiento, habrá de atender a la verosimilitud de la paternidad o maternidad<sup>23</sup>, lo que, entre otros criterios, le obliga a atender a la propia capacidad de juicio del menor o incapacitado, ya que se han de exigir unas mínimas condiciones de madurez que demuestren que el acto de reconocimiento es consciente y libre: que el hijo reconocido es del sujeto que así lo afirma y que quiere que lo sea jurídicamente<sup>24</sup>.

## 2.3. Eficacia *post mortem* del reconocimiento

No es unánime ni en la doctrina ni en la jurisprudencia la afirmación de que el reconocimiento testamentario tiene, como el propio testamento, eficacia *post mortem*. Y no lo es porque se entiende que el reconocimiento es un negocio de Derecho de familia que no puede someterse a término o condición<sup>25</sup>, naturaleza ésta que no ha de verse alterada por la inclusión de este negocio en testamento; porque la eficacia inmediata del reconocimiento se justifica en su carácter indiscutiblemente irrevocable; y, asimismo, porque el art. 254 del R.N. dice que “[l]os Notarios expedirán testimonio de los recono-

---

19 DE LA CÁMARA, M., “Comentario a los arts. 120 a 126”, cit., p. 437.

20 *Ibidem*.

21 RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Comentario a los arts. 120 a 126”, cit. p. 468.

22 Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., p. 263.

23 RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Comentario a los arts. 120 a 126”, cit., p. 469.

24 QUICIOS MOLINA, S., *La determinación de la filiación...*, cit., p. 140.

25 BELTRÁN DE HEREDIA, J., “Reconocimiento de hijo natural en testamento”, *R.D.P.*, 1965, p. 195.

cimientos de hijos no matrimoniales hechos en testamento para su anotación marginal en el Registro Civil”. En fin, porque, para los partidarios de la eficacia inmediata del reconocimiento testamentario, aunque éste se contenga formalmente en un testamento no es materialmente contenido testamentario, y la eficacia *post mortem* deriva del contenido y no de la forma<sup>26</sup>.

Sin embargo, existen importantes razones para mantener la eficacia *post mortem* del reconocimiento hecho en testamento, cualquiera que sea su forma, aunque considerando, eso sí, que pueda desplegar eficacia retroactiva<sup>27</sup>. La primera de ellas es, precisamente, su otorgamiento en testamento –y que el legislador lo haya previsto así-, negocio que pospone necesariamente –esencialmente- su eficacia a la muerte del testador: si el reconocimiento otorgado en testamento fuera eficaz antes del deceso, no se podría calificar como testamentario<sup>28</sup> y, más aún, poco sentido tendría la previsión de esta forma por el legislador, sino que bastaría con que se instaurase únicamente la posibilidad de reconocer en escritura pública. Además, el reconocimiento en testamento responde al *animus* de testar, entendido como aquél que impera con objeto de disponer con todas las circunstancias, patrimoniales y personales, una vez producido el óbito del causante (contemplando la hora de la muerte y con efectos *post mortem*)<sup>29</sup>. Y por último, porque lo dicho encontraría refrendo legal desde la reforma del Reglamento del Registro Civil de 1986, cuyo art. 188 señala que el reconocimiento testamentario sólo es inscribible si se acredita la defunción, sin distinguir, a este respecto, entre las distintas formas testamentarias<sup>30</sup>.

Otra cosa es que el reconocimiento en testamento abierto notarial pudiera ser eficaz antes de la muerte, pero no como reconocimiento testamentario, sino propugnando la conversión a documento público<sup>31</sup>, y por esta vía, cumpliendo asimismo los requisitos de los arts. 123, 124 y 126 CC<sup>32</sup> y sin necesidad de ulterior expediente<sup>33</sup> o, como ha establecido la STS de 13 de diciembre de 1993 (RJ 9874), a través de la vía judicial para que una sentencia declare, sobre la base de este reconocimiento testamentario, la filiación y así poder practicar la inscripción, lo que tendría que esperar, en otro caso, hasta la defunción del reconocedor.

26 QUICIOS MOLINA, S., *La determinación de la filiación...*, cit., p. 71.

27 Así, MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Comentario al art. 741”, en BERCOVITZ, *Comentarios al Código civil*, cit., p. 890.

28 CAÑIZARES LASO, A., *El reconocimiento testamentario de la filiación*, Madrid, Montecorvo, 1990, p. 202.

29 DURÁN RIVACOBA, R., “La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz”, *A.D.C.*, 1987-I, p. 165.

30 En ese sentido, también, RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Comentario a los arts. 120 a 126”, cit., p. 464; vid. la crítica a esta disposición reglamentaria en tanto que priva de valor *inter vivos* al reconocimiento en DE LA CÁMARA y DE LA ESPERANZA, *Compendio de Derecho sucesorio*, 2ªed., Madrid, La Ley, 1999, p. 74.

31 Se trataría de un supuesto de «conversión formal» -la transformación no toca al negocio, que sigue siendo el mismo-, cuyo fundamento residiría en remediar los resultados injustos que puede implicar un excesivo formalismo negocial, en aplicación del principio de conservación del negocio jurídico (Cfr. DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, cit., p. 487). Aunque, en el caso presente, el objetivo no estaría en salvar la ineficacia del negocio sino en anticipar su propia eficacia.

32 CAÑIZARES LASO, A., *El reconocimiento testamentario...*, cit., p. 205.

33 En esto incide QUICIOS MOLINA (“Comentario al art. 121”, cit. p. 239 y “Comentario al art. 124”, en la misma obra, p. 244), sobre la base de la reiterada doctrina de la DGRN que entiende que el reconocimiento practicado por el padre ante el Encargado del Registro Civil o en documento público, dentro del plazo para inscribir el nacimiento, determinará automáticamente la filiación sin necesidad de consentimiento alguno y sin necesidad de que haya de tramitarse ningún expediente.

## 2.5. El reconocimiento como acto irrevocable: el art. 741 CC

Específico en este punto es el régimen de ineficacia de la disposición. Como cualquier otra podrá estar afectada por las causas de nulidad del testamento (vgr. por motivos formales)<sup>34</sup>, y, si ello sucede, será invalidada. Sin embargo, ni la nulidad de las demás disposiciones testamentarias ni la revocación del testamento afectan al reconocimiento de hijo, por decirlo expresamente el art. 741 CC, conforme a la naturaleza irrevocable del acto de reconocimiento.

En efecto, el art. 741 señala que “[e]l reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones, o sean nulas las que contuviese”. Se consagra, de esta forma, una excepción al régimen normal de ineficacia testamentaria, sobre la base de que si bien la razón de la revocabilidad de las disposiciones testamentarias es la soberanía de la voluntad individual, el reconocimiento de la filiación responde a razones de sentido familiar y aun social, siendo, una vez emitido, de naturaleza indisponible<sup>35</sup>.

Aunque, literalmente, lo que dice el art. 741 CC es que la cláusula atípica no se entiende revocada si se revoca el testamento, reiterada jurisprudencia, con apoyo en esa misma norma, le ha otorgado, al reconocimiento formal del art. 120 CC, naturaleza irrevocable (STS 13-7-85, RJ 4052; RRDGRN 14-3-94, RJ 2296; 22-12-94, RJ 1995/1540).

## 3. LA DESIGNACIÓN EN TESTAMENTO DE TUTOR Y CURADOR DEL HIJO MENOR O INCAPACITADO

### 3.1. Alcance de la designación testamentaria

El art. 223 CC señala que “[l]os padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos, u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados”; el art. 224 CC, dice, al respecto, que “[l]as disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al Juez, al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada”. Se configura lo que se denominaba la “tutela testamentaria”, entendida como la máxima concesión hecha en la reforma a la intervención de la familia en la nueva regulación de las instituciones de guarda y protección.<sup>36</sup>

De esta forma, los padres, quienes no pueden haber sido privados de la patria potestad al tiempo de la designación, en cuyo caso será ineficaz (cfr. art. 226 CC), están facultados para designar individualmente, en sus respectivos testamentos –o en el caso de ciertos Derechos forales, en el testamento mancomunado, conjuntamente-, a la persona que consideren más capacitada para ejercer como tutor de su hijo menor o incapacitado o incapaz susceptible de incapacitación<sup>37</sup>, así como para establecer otras disposi-

---

34 Así, también, MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Comentario al art. 741”, cit., p. 890.

35 SANCHO REBULLIDA, F.A., “Comentario al art. 741”, en *Comentario del Código civil*, cit., I, p. 1842.

36 GARCÍA CANTERO, G., “El nuevo régimen jurídico de la tutela”, *R.G.L.J.*, nº 257, 1984.

37 A pesar del tenor de la norma “hijo menor o incapacitado”, es razonable entender que los padres pueden hacer uso de la facultad del art. 223 CC con respecto a su hijo mayor, en previsión de su incapacitación futura. Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., “Nombramiento de tutor”, *A.C.*, nº16, 1999, p. 411; ORDAS ALONSO, M., “Comentario al art. 223”, en BERCOVITZ, *Comentarios al Código civil*, cit., p. 340.



ciones relacionadas con el ejercicio de la tutela (órganos de fiscalización o cualquier otra referente a la persona o bienes tutelado, cfr. art. 223 CC). En el caso de que las disposiciones de los padres sean diversas, el art. 225 CC manda aplicarlas conjuntamente en cuanto fueren compatibles, y, si no lo fueren, será el Juez quien, en decisión motivada, haya de adoptar las que considere más convenientes para el tutelado.

Lo establecido por los padres en testamento vincula al Juez, quien es el que *stricto sensu* procede al nombramiento de tutor a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria –en virtud de la nueva LEC es posible que se nombre en el propio procedimiento de incapacitación, ex art. 760-, salvo que exista cónyuge del incapacitado al tiempo de constituir la tutela, en cuyo caso, éste es preferido por el orden del art. 234 CC –no obstante, ello no es óbice para que, si fallece el cónyuge o cesa la convivencia, el Juez sustituya su nombramiento por el de los tutores testamentarios<sup>38</sup>- y salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, lo cual habrá de ser motivado en la resolución. En este sentido, es digna de mención la SAP de Madrid de 27 de marzo de 1998 (AC 705), que, a propósito de la vinculación de la designación de tutor efectuada por una madre en su testamento señaló: “[...] no cualquier inconveniente ha de provocar una resolución judicial que contrarie la voluntad paterna, sino que ello sólo puede ampararse en causas de suficiente gravedad, debidamente justificadas además, que revelen que la disposición del ascendiente resulta claramente perjudicial para el incapaz”.

Finalmente, con apoyo en el art. 291 CC, que remite a las normas de los tutores, en lo relativo a nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los curadores, y en el art. 234 CC, se entiende<sup>39</sup> que también los padres podrán nombrar en testamento (o en documento público) curador para su hijo incapacitado, designación que asimismo vinculará al Juez conforme a lo señalado para el tutor.

### 3.2. Forma y revocabilidad de la designación

En principio, bien para la designación testamentaria de tutor bien para la de curador, cualquier forma testamentaria es válida, al no establecer el Código civil limitaciones en este sentido<sup>40</sup>, y sin que la expresión del art. 223 CC, “en testamento o documento público notarial”, se haya considerado restrictiva de las formas testamentarias apropiadas –quizás porque, en este punto, y antes de la reforma la única forma de realizar la designación era el testamento, añadiéndose, por la Ley 13/83, la opción de la escritura pública-. Con todo, el carácter unilateral del testamento del CC –no así cuando se permita a los cónyuges testar mancomunadamente- y, para algunos, el carácter *mortis causa* del negocio<sup>41</sup>, pueden constituirse en obstáculos para la plena eficacia de la designación, si la realizada por ambos titulares de la patria potestad no coincide –lo cual no acontecerá si aquélla se incorpora por ambos en escritura pública- (con todo, hay que tener en cuenta, como ya se vió, la previsión del art. 225 CC).

Por lo que se refiere a la revocación de la designación, no hay problema en considerar que ésta se ve afectada por la revocación del testamento en la que se realizó; con

---

38 SANCHO REBULLIDA, F.A., *El nuevo régimen de la familia (III). Tutela e instituciones afines*, Madrid, Civitas, 1984, p. 88.

39 Cfr. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Madrid, McGraw Hill, 1996, pp. 294-295.

40 LETE DEL RÍO, J.M., “Nombramiento de tutor”, cit. , p. 412.

41 A nuestro juicio este obstáculo es menor y ello porque, en circunstancias normales, la eficacia de la designación se despliega, precisamente, tras la muerte de los padres, que hasta el momento son los que ejercen *la patria potestad*. Se nos ocurre que, fuera de este supuesto normal, pudiera ser que la designación tuviera razón de ser en los casos de privación de la patria potestad o de incapacitación de los padres, y, en estos casos, sí sería relevante la eficacia inmediata de la designación.

todo, existen opiniones que, aplicando analógicamente el art. 741 CC, consideran la designación como irrevocable. Pero, la excepcionalidad de la norma alegada, la consideración de la designación como verdadero acto de última voluntad<sup>42</sup> y el hecho de que tal designación, si fuera efectuada en escritura pública, se pueda dejar sin efecto por los padres -esto es, que la designación no es un acto irrevocable *per se*-, son argumentos que avalan la posición mayoritaria de que esta designación participe del juego de la revocación testamentaria -lo cual, evidentemente, incluye la posibilidad de que, según el art. 739 CC, el testador declare subsistente parte del revocado-.

## 4. LA CONSTITUCIÓN MORTIS CAUSA DE UNA FUNDACIÓN

El negocio jurídico fundacional puede ser *inter vivos* o *mortis causa*. El art. 7 de la Ley 30/94, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos fiscales, así lo reconoce, acabando con cierta polémica doctrinal que se había suscitado acerca de la creación de fundaciones vía testamentaria y de la naturaleza de esta disposición y de la dotación fundacional, antes considerada como institución de heredero, ahora entendida como sucesión anómala<sup>43</sup>.

Se configura, el negocio jurídico fundacional, como un negocio *sui generis* destinado a crear una persona jurídica mediante la adscripción de un conjunto de bienes a un fin de interés general, y, ello aunque se realice en testamento: no existen dos negocios -el fundacional y el de dotación- sino uno sólo<sup>44</sup>. Así las cosas, la dotación en la fundación creada *mortis causa* no se califica como herencia o legado a favor de la fundación creada en el testamento<sup>45</sup>, y, consiguientemente, la disposición testamentaria en este sentido formaría parte de lo que calificamos, y por ello su tratamiento en esta sede, del contenido atípico o de las disposiciones anómalas testamentarias. Incluso se ha rechazado la configuración de negocio jurídico *mortis causa* para calificar a la fundación testamentaria; más bien se trataría de un negocio *post mortem*: la eficacia del negocio se difiere hasta la muerte del testador, pero no halla en ella su causa<sup>46</sup>.

### 4.1. Modalidades de constitución de una fundación mortis causa

La creación de la fundación en testamento puede llevarse a cabo directa o indirectamente. A estas dos modalidades de constitución hace expresa referencia el art. 7 de la Ley 30/94, y ambas pueden cumplimentarse a través de las diversas formas o clases testamentarias.

En efecto, el art. 7.3 señala que “[l]a constitución de la fundación por acto *mortis causa* se realizará testamentariamente, cumpliéndose en el testamento los requisitos establecidos en el artículo siguiente para la escritura de constitución”. Y así, es el testador-fundador quien en el propio testamento otorga la escritura de constitución de la fundación la cual ha de contener, al menos, las siguientes menciones: a) nombre, apellidos, edad, esta-

---

42 Así, ORDÁS ALONSO, M., “Comentario al art. 223”, cit., p. 343.

43 DE CASTRO, F., *La persona jurídica*, 2ªed., Madrid, Civitas, 1984, pp. 291 y ss.

44 CAFFARENA LAPORTA, J., “Comentario a los arts. 7 y 8”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, Marcial Pons-Escuela Libre, 1995, I, p. 58.

45 Sobre este extremo, cfr. MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso de creación de una fundación*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 60 y ss.

46 GALGANO, F., *Delle persone giuridiche*, en SCIALOJA-BRANCA, *Commentario del Codice civile*, Bologna-Roma, N. Zanichelli-Foro Italiano, 1969, p. 169.

do civil, nacionalidad y domicilio del fundador –o de los fundadores, como dice la norma, pero sólo en el caso de que se pueda testar mancomunadamente-; b) la voluntad de constituir una fundación; c) la dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación; d) los estatutos de la fundación, cuyo contenido se ajustará a las prescripciones del art. 9 de la Ley; y e) la identificación de las personas que integran el órgano de gobierno.

Por su parte, el art. 7.4 permite lo que se ha calificado como constitución indirecta de la fundación: “Si en la constitución de la fundación por acto *mortis causa*, el testador se hubiera limitado a establecer su voluntad de crear una fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación, la escritura pública en al que se contengan los demás requisitos exigidos por esta Ley se otorgará por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios, y en caso de que éstos no existieran, por la persona que se designe por el Protectorado”. Se configura la creación fundacional como un proceso complejo en el que la voluntad del fundador expresada en testamento y la de disposición de dotación patrimonial es completada con la intervención de los sujetos citados, quienes habrán de otorgar la escritura fundacional.

## 4.2. Capacidad para fundar

El art. 6 de la Ley determina, con escasa precisión, la capacidad exigida para el negocio jurídico fundacional, señalando que será la “capacidad general de obrar y la especial para disponer gratuitamente, *inter vivos* o *mortis causa*, de los bienes y derechos en que consista la dotación”.

En lo que aquí importa, hay que señalar que se observa una limitación de los sujetos que teniendo capacidad para testar están facultados para constituir una fundación: aquéllos, además, han de tener capacidad de obrar<sup>47</sup>. Con respecto al segundo inciso de la norma, a esa mal calificada “capacidad especial”, hay que interpretarla como la necesaria legitimación para disponer gratuitamente *mortis causa* de los bienes que componen la dotación<sup>48</sup>, y, en este punto, habrá que mencionar, especialmente, las limitaciones que suponen las legítimas y las reservas hereditarias para el testador.

## 4.3. Revocabilidad de la disposición

Desde el momento del otorgamiento de la escritura fundacional, se entiende que el negocio fundacional es irrevocable. Pero ello no determina en absoluto que la disposición testamentaria en la que se constituye una fundación lo sea, y ello porque, aunque se haya optado por la modalidad directa de constitución, es decir, aunque en el testamento se haya completado con las menciones de la escritura fundacional, ésta no cobra eficacia hasta la muerte del testador –en tanto no es eficaz el testamento no se constituye la fundación-, por lo que hasta ese momento es revocable como cualquier otra disposición testamentaria y bajo las reglas ya estudiadas<sup>49</sup>. Sin embargo, sobre la base del peligro que puede conllevar la revocabilidad en las fundaciones testamentarias, ya que al ser admitida hasta el momento de la perfecta constitución de la fundación permitiría a los herederos hacer uso de una facultad que vulneraría la voluntad del fundador de constituir la fundación, se ha propugnado la irrevocabilidad del negocio fundacional *mortis causa*<sup>50</sup>.

47 En contra, MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso de creación...*, cit., p. 67, para quien la capacidad para fundar *mortis causa* es la misma que para otorgar testamento.

48 FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *Autonomía privada y testamento...*, cit., p. 127.

49 Cfr. CAFFARENA LAPORTA, J., “Comentario a los arts. 7 y 8”, cit., p. 60.

50 NIETO ALONSO, A., *Las fundaciones: su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*, A Coruña, Fundación Pedro Barrié de la Maza, 1996, p. 152.

## 5. EL CONSENTIMIENTO PARA LA FECUNDACIÓN *POST MORTEM*

A pesar de las críticas vertidas por un amplio sector doctrinal acerca de su conveniencia y, aún más, de su constitucionalidad, la Ley 35/88, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, permite la fecundación *post mortem*, esto es, la posibilidad de que la fecundación se produzca tras la muerte del padre donante del material reproductor y sobre la base de un consentimiento por él emitido; uno de los cauces posibles para la emisión de tal consentimiento es, precisamente, el testamento, tal y como señala de manera expresa el art. 9.2 de la Ley.

Sin ser éste el lugar para desarrollar la intensa polémica desatada por la Ley 35/88 –sobre la que se ha estimado sólo parcialmente un recurso de inconstitucionalidad a la totalidad de la Ley en la STC 116/99, de 17 de junio-, incluso antes de su promulgación<sup>51</sup>, permítasenos realizar un breve apunte sobre la que atañe a la fecundación *post mortem* y, en especial, al consentimiento que le sirve de fundamento. En síntesis, las discrepancias en torno a la constitucionalidad de la fecundación *post mortem* se sitúan en su adecuación con el contenido del art. 39.3 CE, en tanto que tal posibilidad de procreación artificial determina en todo caso que el hijo nacido carezca de un padre que pueda prestarle la asistencia a la que se refiere el precepto constitucional<sup>52</sup>. La admisibilidad de la fecundación *post mortem* –se ha dicho-, al apartarse de la finalidad terapéutica de las técnicas de reproducción asistida, esto es, tratar la esterilidad de la pareja, y al realizar otra finalidad, cual es la realización póstuma de la mujer de alcanzar la maternidad, contraviene la *mens legislatoris* del texto constitucional, en tanto que exige a los padres que presten asistencia de todo orden a los hijos, por lo que podría concluirse que con ella se trasgreden los principios ordenadores de convivencia y situación familiar, condenando al hijo a una orfandad deliberada<sup>53</sup>.

No obstante, se han defendido en nuestra doctrina posiciones permisivas de la fecundación *post mortem*; alguna de ellas sobre la base del argumento (jurídico) de que en la Constitución no existe un precepto que pueda invocarse para prohibirla: no es fácil, dice Rivero<sup>54</sup> antes de la promulgación de la Ley, encontrar un precepto constitucional en el que apoyar de forma directa la existencia de un derecho a la fecundación artificial *post mortem*, pero es igualmente difícil hallar en nuestra Constitución base legal suficiente para denegar en términos generales la fecundación *post mortem*. Tras la Ley 35/88, otros autores han defendido su constitucionalidad, apoyándose en el principio de libre desarrollo de la personalidad de la madre o en una interpretación del art. 39.3 CE que no impone el deber de estar vivos los padres<sup>55</sup>, abogando por la plena admisibilidad de la fecundación *post mortem* en nuestro sistema jurídico si bien con las cautelas derivadas de los innegables problemas jurídicos que plantea.

---

51 Vid., sobre todo, las ponencias del II Congreso Mundial Vasco. *La filiación a finales del siglo XX y LLEDÓ YAGÜE, F., Fecundación artificial y Derecho*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 191 y ss.

52 PANTALEÓN PRIETO, F., “Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida”, *Jueces para la Democracia*, 1988, p. 30.

53 LLEDÓ YAGÜE, F., “La Ley sobre técnicas de reproducción asistida”, *A.D.C.*, 1988-IV, pp. 1249 y 1250; en el mismo sentido, vid. HERRERA CAMPOS, R., *La inseminación artificial*, Granada, Universidad de Granada, 1991, pp. 43 y ss.

54 RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La fecundación artificial *post mortem*”, *R.J.C.*, 1987-3, p. 50.

55 Vid. SERRANO ALONSO, E., “Aspectos de la fecundación artificial”, *A.C.*, febrero, 1989, pp. 396 y ss.; BLASCO GASCÓ, F.P., “La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación”, *A.D.C.*, 1991-II, pp. 697 y ss.; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción asistida*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 83 y ss.

Entre tales dilemas, los efectos que la utilización de estas técnicas reproductivas después de la muerte del padre conlleva para la filiación del hijo “superpóstumo” y, en particular, la caracterización como hijos matrimoniales –con lo que tal caracterización implica en el panorama sucesorio- de los nacidos y concebidos tras el fallecimiento del marido donante –y, por lo tanto, una vez disuelto el matrimonio-, dentro del plazo de seis meses que establece el art. 9.2. de la Ley y siempre que aquél haya prestado su consentimiento en escritura pública o testamento, constituye uno de los más conflictivos.

### **5.1. Configuración del consentimiento testamentario para la fecundación *post mortem*: requisitos**

Es el varón quien está facultado por la Ley 35/88 para consentir la utilización de su material reproductor tras su muerte; varón que puede estar unido por vínculo matrimonial con la mujer donataria (art. 9.2) o no tener relaciones de clase alguna con ella, según se desprende de la literalidad del art. 9.3: “El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior [...]”. Se ha señalado que quizás el legislador pensaba, para el caso del art. 9.3, en las parejas no casadas que conviven *more uxorio*, pero lo cierto es que tal y como se formuló el precepto puede amparar la relación de paternidad de cualquier varón respecto del hijo habido con cualquier mujer<sup>56</sup>.

La capacidad para emitir el consentimiento para la fecundación *post mortem* se desarrolla en el art. 5 de la Ley, en el que se establecen las condiciones para ser donante de gametos y preembriones para las finalidades de la Ley. Se requiere que el donante tenga más de dieciocho años y plena capacidad de obrar y que su estado psicofísico cumpla los términos de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes (art. 5.6 de la Ley 35/88). De esta forma, se restringe la capacidad del que puede hacer esa disposición frente a la capacidad testamentaria general de los arts. 662 y ss. CC que, como es sabido, no vinculan la capacidad para testar con la capacidad de obrar plena sino con el juicio suficiente para querer y entender el negocio jurídico testamentario. La repercusión inmediata de lo señalado es que el incapacitado, capaz de testar cuando cumpla los requisitos del art. 665 CC, no podrá realizar una disposición atípica de estas características.

En particular, por lo que se refiere al consentimiento para la fecundación *post mortem*, éste ha de ser personalísimo, expreso y específico: el art. 9.2 dice que “[...] el marido podrá consentir [...] que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer [...]”; el art. 9.3 señala que “[e]l varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior [...]”. De esta manera, el varón casado consentirá la fecundación respecto de su mujer; el no casado lo hará respecto de una mujer determinada<sup>57</sup>; se cumple así la exigencia de quienes, antes de la Ley, defendían la necesaria especificidad del consentimiento para la inseminación *post mortem* y para que tuviera lugar con mujer concreta y determinada<sup>58</sup>.

Es asimismo un consentimiento formal. El art. 9 prevé su emisión a través de escritura pública o testamento. Por lo que ahora interesa, otra vez, cualquier forma testamentaria es válida para realizar la disposición: el art. 9.2 de la Ley 35/88 no exige forma específica alguna, a pesar, de que otra vez también, oponga al testamento la vía

---

56 MONTÉS PENADÉS, V., “Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida”, *A.C.*, dic. 1994, p. 974.

57 *Ibidem*.

58 RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La fecundación artificial...”, cit., p. 56.

de la escritura pública, con lo que se podría alegar la necesidad del testamento abierto (vid. *supra* 2.1, en relación con la disposición testamentaria de reconocimiento de hijo extramatrimonial). De esta opinión es algún autor, que, sobre la base de una excepcionalidad de la propia fecundación *post mortem*, exige las mayores garantías para el consentimiento<sup>59</sup>

Por último, el consentimiento así expresado es esencialmente revocable. El art. 9.4 de la Ley 35/88 prescribe: “[e]l consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas”; revocabilidad que se compagina con la propia del testamento. Únicamente queda por dilucidar si la revocación del consentimiento emitido en testamento habrá de someterse a las reglas para la revocación testamentaria o sería suficiente con el cambio de voluntad expresado, incluso tácitamente, por otra vía. El carácter restrictivo que presidiría la propia autorización legitimaría la posibilidad de que la revocación del consentimiento se pudiera realizar utilizando otra forma distinta (vgr. documento privado) e incluso mediante la interpretación de los hechos concluyentes del donante: el cambio de voluntad –cualquiera que sea su forma de emisión– parece que desvirtuaría el consentimiento anterior<sup>60</sup>.

## **6. LA DESIGNACIÓN DE LAS PERSONAS QUE HAYAN DE EJERCITAR CIERTAS ACCIONES RELATIVAS A LA PROTECCIÓN DEL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN DE LA PERSONA FALLECIDA Y A LA DIVULGACIÓN, PATERNIDAD E INTEGRIDAD DE LA OBRA DEL AUTOR FALLECIDO**

El art. 4 de la L.O. 1/82, de 5 de mayo, faculta al testador a que nombre en su testamento a la persona que promueva, en su caso, el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o imagen de la persona fallecida, nombramiento que puede recaer, asimismo, en una persona jurídica.

Asimismo, el art. 15 del R.D.L. 1/96, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, permite al testador nombrar, en testamento, a la persona, natural o jurídica, que, a su fallecimiento, ejercite los derechos contenidos en los números 1º, 3º y 4º del art. 14 de la Ley, relativos a la decisión sobre la divulgación de la obra y su forma, exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra y el respeto a la integridad de la misma e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación. En el caso del número primero, esto es, de la divulgación de la obra inédita en vida del autor, se impone un límite de setenta años desde la muerte o declaración de fallecimiento, sin perjuicio de lo establecido en el art. 40 de la Ley sobre vulneración del art. 44 CE. En los otros dos supuestos, la legitimación de la persona designada para ejercitar estos derechos se entiende sin límite de tiempo.

---

59 Cfr. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, “Aspectos negociales en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida”, en AA.VV., *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid, 1995, p. 344. Sin mucha claridad, porque, en realidad no es el motivo principal del litigio, también la SAP de La Coruña de 3 de noviembre de 2001 (AC 183) parece exigir esta circunstancia sobre la base de asegurar la prestación del consentimiento por el fallecido: “que haya expresado su consentimiento en escritura pública o testamento, es decir de forma indubitada, con intervención de un fedatario público que así recoja y constate dicha autorización”.

60 RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La fecundación artificial...”, cit., p. 887; vid. también, SERRANO ALONSO, E., “Aspectos de la fecundación...”, cit., p. 397.

En uno y otro supuesto, si el testador no designa a nadie en testamento, serán los herederos los legitimados para el ejercicio de estos derechos *mortis causa* (arts. 4.2 LO 1/82 y 15.2 y 16 LPI). En ambos casos también se está regulando la transmisión *mortis causa* de una determinada situación jurídica, la cual, aun hallando su origen en la ley, no va a quedar disciplinada por las normas generales que contemplan la sucesión hereditaria<sup>61</sup>. Se trata, otra vez, de dos supuestos de sucesión anómala.

## 6.1. La protección post mortem de la memoria del fallecido

Para algunos con fundamento en el deber recíproco de protección existente entre los miembros de una familia<sup>62</sup> —a pesar de que tal justificación tropiece con el inconveniente de que el designado no ha de ser necesariamente familiar del causante—, el art. 4 de la LO 1/82 regula la protección *post mortem* de la memoria del fallecido, al entender, como lo hace su Exposición de Motivos, que la memoria del sujeto constituye una prolongación de su personalidad que debe ser tutelada por el Derecho. Y lo hace facultando al sujeto para que en testamento —en cualquier testamento— designe a la persona, física o jurídica, que considera más apta para ejercitar las acciones de protección civil correspondientes.

Eso sí, en punto al ejercicio de tales acciones por los designados o, en su defecto por los herederos, hay que tener en cuenta la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en Sentencia 231/88, de 2 de diciembre, según la que no cabe alegar en amparo la vulneración de la defensa *post mortem* de los derechos de la personalidad: “[s]i se mantienen acciones de protección civil a favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo. Por ello, y por esta vía, este Tribunal no puede pronunciarse sobre aquellas cuestiones que, por el fallecimiento del afectado, carecen ya de dimensión constitucional”.

## 6.2. El supuesto del art. 15 LPI

El art. 15 LPI regula, en términos similares, el ejercicio, ya por tiempo definido o ya indeterminado, de ciertas facultades del derecho moral de autor tras la muerte de éste y, por lo que aquí interesa, a través de la persona designada en testamento (en cualquier clase de testamento). Son facultades (o derechos) que sirven para salvaguardar y proteger la relación personalísima que une al autor con su obra; en este sentido, se ha señalado que la Ley no prevé la atribución de tales derechos a los sujetos designados sino únicamente la de su ejercicio<sup>63</sup>. Y por ello, por la preponderancia del interés del autor y de su voluntad en el ejercicio *post mortem* de tales derechos, el testador/autor podrá no sólo designar a quien decida como legitimado para aquel ejercicio, sino también darle en el mismo testamento cualquier clase de instrucciones u órdenes relacionadas con él —que vincularán al designado—, e, incluso, podrá excluir a todos los herederos —quienes subsidiariamente, en defecto de designado, son los legitimados *ex art. 15 LPI*— sin nombrar a nadie<sup>64</sup>.

61 FERNÁNDEZ DEL MORAL, *Autonomía privada y testamento...*, cit., p. 154.

62 IGARTÚA ARREGUI, F., “La protección de los aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte de la persona. Comentario a la STC 231/88, de 2 de diciembre”, *L.L.*, 1989-1, p. 1068.

63 ALBALADEJO, M. y BERCOVITZ, R., “Comentario al art. 15”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 307-308.

64 *Ibid.*, p. 307. En el supuesto en que, por no designar a nadie y por no excluirlos, sean los herederos los legitimados para la actuación, se plantean problemas acerca de cuál ha de ser el sentido de la palabra “herederos”, del art. 15 LPI. Un resumen de esta problemática en, CÁMARA ÁGUILA, P., “El derecho moral de autor”, en BERCOVITZ, R., (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 124-125.

La persona designada por el testador ha de avenirse, en su caso, a las instrucciones dadas por él, vgr. limitando el ejercicio *post mortem* de tales facultades, y ha de actuar en su interés. Precisamente en ello –en el comportamiento del designado al ejercitar las correspondientes acciones, las de los números 1º, 3º y 4º del art. 14 LPI- se fundamentan las opiniones de los que conciben al designado como un albacea, en tanto que mandatario *post mortem* del autor<sup>65</sup>. No faltan, sin embargo, quienes niegan esta analogía y lo califican, simplemente, como un ejecutor de su voluntad<sup>66</sup>.

En cuanto a la forma de la designación, ésta ha de efectuarse de manera expresa, tal y como prescribe el art. 15 LPI. Puede ser unipersonal o pluripersonal, y recaer en persona física o jurídica. En los casos de que la designación sea pluripersonal, pudiera ser conveniente, teniendo en cuenta las opiniones anteriores, la aplicación analógica de las normas que regulan el albaceazgo plural, en orden a regular dicho ejercicio.

## 7. LA DESIGNACIÓN EN TESTAMENTO DEL BENEFICIARIO DEL SEGURO DE VIDA

El art. 84 de la Ley 50/80, de 8 de octubre, de contrato de seguro, prevé la posibilidad de que el tomador del seguro de vida designe al beneficiario en su testamento –asimismo cabe esta designación en la propia póliza o en una declaración escrita comunicada al asegurador-. La designación del beneficiario puede ser, por lo tanto, testamentaria y se puede realizar en esta forma, lo cual no significa que nos hallemos ante un acto *mortis causa*<sup>67</sup>, sino que conserva su naturaleza *inter vivos*, y más concretamente, la de estipulación a favor de tercero, eso sí, con eficacia *post mortem*.

En definitiva, la designación del beneficiario en testamento no desnaturaliza su posición jurídica, sino que éste sigue ajeno a la herencia: el estipulante a pesar de utilizar la forma testamentaria no realiza ninguna atribución sucesoria específica<sup>68</sup>. Y sustentar tal tesis conlleva importantes consecuencias, amén de la propia configuración jurídica del negocio. Así, por ejemplo, en materia de incapacidades para suceder se ha señalado<sup>69</sup> que vgr. un notario podría autorizar el testamento en el que se le hiciera atribución del beneficio del seguro, porque el art. 754 CC prohíbe disponer de todo o parte de la herencia a favor del notario autorizante, y el capital asegurado no forma parte de la suya.

Por lo que se refiere al modo de efectuar la designación del beneficiario en el testamento –o fuera de él-, son de obligada mención las reglas de los arts. 84 y ss. de la LCS. Según ellas, la designación, que no puede ser condicionada al consentimiento del asegurador ni limitada por éste en las condiciones de la póliza<sup>70</sup>, puede ser unipersonal o pluripersonal; de forma específica o genérica –en cuyo caso habrá que acudir al art.

---

65 CÁMARA ÁGUILA, P., *El derecho moral del autor. Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, Granada, Comares, 1998, p. 137, y, más recientemente, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Manual de propiedad intelectual*, cit., p. 125.

66 ALBALADEJO, M. y BERCOVITZ, R., “Comentario al art. 15”, cit., p. 308.

67 PÉREZ CONESA, C., *El contrato a favor de tercero*, Granada, Comares, 1998, p. 309.

68 ALBIEZ DOHRMAN, K.J., *Negocios atributivos post mortem*, Barcelona, Cedecs, 1998, p. 193.

69 MUÑIZ ESPADA, E., “Tratamiento en la herencia del seguro de vida para el caso de fallecimiento”, *A.D.C.*, 1995-4, p. 1660.

70 Incide en esta idea, por otro lado derivada de la propia LCS, PEÑA LÓPEZ (“Comentario a la STS 12 de diciembre de 2000”, *C.C.J.C.*, nº56, 2001, pp. 669 y ss.) ante el desacertado del planteamiento del TS en la sentencia comentada, que parece poner en duda tal afirmación, condicionando el ejercicio del derecho de designación a lo establecido en las condiciones generales del contrato de seguro.



85 LCS-; puede quedar determinada *ab initio* o en un momento posterior, incluso puede dejarse su fijación al arbitrio de un tercero. Finalmente, si la designación no se llevase a cabo, o resulta imposible, revocada, o ineficaz por otra causa, serán nombrados beneficiarios los “herederos legales” *ex art.* 84 LCS<sup>71</sup>.

Algún problema plantea la revocación de este nombramiento, a tenor de los arts. 738 CC y 87 LCS. Si nos atenemos a las reglas generales de revocación testamentaria, habría que acudir a las formas y solemnidades necesarias para testar en aras de la revocación del nombramiento (revocación parcial), por lo cual sólo mediante otra designación testamentaria se podría revocar la efectuada en esta forma; conclusión apoyada expresamente por el tenor del art. 87 LCS, cuando señala que “[l]a revocación deberá hacerse en la misma forma establecida para la designación”. Sin embargo, cierto sector doctrinal parece sugerir una interpretación más flexible<sup>72</sup>; de este modo, podría ser revocada la designación testamentaria a través de un cauce no testamentario, es decir, mediante la designación en la póliza o por declaración comunicada al asegurador, y ello en atención al carácter atípico de la disposición que estudiamos. No obstante, sigue siendo mayoritaria la tesis más fiel a los preceptos citados: la revocación estaría inescindiblemente ligada a la forma testamentaria, al tratarse de una forma especial, debiéndose revocar, por lo tanto, por testamento<sup>73</sup>. Lo que no ofrece dudas es que la revocación del testamento implicará también la de la designación que en él se contenga, a no ser que expresamente el testador se mantenga aquélla (cfr. art. 739 CC).

## 8. EL RECONOCIMIENTO DE DEUDA Y DE OTROS DERECHOS O SITUACIONES JURÍDICAS EN TESTAMENTO

Sin que conste apoyo legal específico, tampoco existe obstáculo alguno para que el testador, en testamento, efectúe disposiciones en las que reconozca ciertas deudas o derechos en favor de otras personas. Serían, disposiciones confesorias cuya admisibilidad jurídica no se cuestiona ni doctrinal ni jurisprudencialmente<sup>74</sup> y que, en el caso del reconocimiento de deuda, pueden además configurarse, si ello se desprende de la voluntad del testador, como un legado de deuda del art. 873.1º CC, con lo cual estaremos ante una disposición testamentaria típica –lo que es claro es que el legado de deuda implica un reconocimiento de deuda o, al menos, una declaración quizás errónea de que el testador era deudor de lo que legó<sup>75</sup>–.

Si bien la admisibilidad jurídica de tales disposiciones en testamento no suscita dudas, sí se han planteado algunas cuestiones acerca de su eficacia, sobre todo, en el supuesto de revocación del testamento que las contiene. En otros términos, y sobre la base de una aplicación analógica del art. 741 CC, se cuestionó la posibilidad de que, a

---

71 Sobre el alcance de esta expresión, cfr. la STS 12-12-2000 y los comentarios a ella de PEÑA LÓPEZ, F., cit., pp. 669 y ss. y de MUÑOZ GARCÍA, C., en *R.D.P.*, oct. 2001, pp. 819 y ss.

72 PÉREZ CONESA, C., *El contrato a favor de tercero*, cit., p. 313.

73 ALBIEZ DOHRMAN, K.J., *Negocios atributivos...*, cit., p. 193; en el mismo sentido, TIRADO SUÁREZ, F.J., “Comentario a los arts. 84 a 88 LCS”, en MOTOS, M. y ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código de Comercio y Legislación mercantil especial*, Madrid, Edersa, 1987, XXIV-3º, p. 196 y BOLDÓ RODA, C., *El beneficiario en el seguro de vida*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 291.

74 Díez-PICAZO, L., *Dictámenes jurídicos*, I, cit., p. 309. Vid. SSTS 12-3-58 (RJ 1075), acerca de la existencia de una sociedad mercantil irregular; 6-6-86 (RJ 3293), sobre un reconocimiento de dominio y la más reciente de 28-9-98 (RJ 7287), sobre reconocimiento de deuda y su comentario de DOMÍNGUEZ LUELMO en *C.C.J.C.*, nº49, 1999, pp. 269 y ss.

75 ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil*, 7ª ed., Barcelona, Bosch, 1997, p. 321.

tales disposiciones de reconocimiento de un derecho o de una situación jurídica, no les afectara la revocación del testamento al igual que acontecía para el reconocimiento de hijo. Sin embargo, varias sentencias de nuestro Tribunal Supremo confirmaron el carácter excepcional del art. 741 CC<sup>76</sup> y el hecho de que si el reconocimiento de hijo queda fuera del ámbito de ineficacia revocatoria acontece por la especial naturaleza del reconocimiento (irrevocable) como atributiva de estado. Se solucionaría, entonces, inicialmente la cuestión de la revocación de estas disposiciones anómalas, a la luz de su propia naturaleza jurídica, aunque, como ya se dijo, el alcance de la revocación testamentaria no sólo depende de la naturaleza revocable o irrevocable de las declaraciones contenidas en el testamento –ya que ésto sólo es operativo respecto a las que impliquen disposición- sino también de la previa calificación jurídica de dichas manifestaciones<sup>77</sup>.

Así las cosas, la jurisprudencia se ha situado en la línea de la ineficacia de estas declaraciones atípicas testamentarias en el supuesto de revocación del testamento. Especialmente nítida al respecto es la STS de 11 de abril de 1916<sup>78</sup>, que advierte que cuando por medio de otro testamento posterior perfecto y con las solemnidades necesarias declara el testador que se tuviese por anulado en todas sus partes uno anterior, hay que entender conforme con lo prevenido en el art. 739 CC que dicho testamento quedó totalmente revocado de derecho para todos sus efectos, incluyendo, en el caso de autos, el reconocimiento de deuda en él contenido, y la STS 12 de marzo de 1958 (RJ 1075), que aplica la idéntica doctrina, esta vez, a una declaración de reconocimiento de la existencia de una sociedad mercantil irregular.

Posteriormente se ha atenuado esta posición, concediendo cierta independencia -que no irrevocabilidad- a los reconocimientos de deuda realizados en testamento que haya sido revocado o que, por cualquier causa resulte ineficaz. Y así la STS de 6 de junio de 1986 (RJ 3293) señala que “no puede otorgarse a la revocación testamentaria un valor suficiente para anular un hecho que, sin perjuicio de constar el el testamento invalidado por una posterior revocación, aparece acreditado por otros medios de prueba complementarios [...]”. De esta manera, el reconocimiento de deuda efectuado por el testador en el testamento revocado no puede operar como disposición testamentaria –y entonces, como legado de deuda, si es que ello puede deducirse de la voluntad del causante- mas constituye una confesión extrajudicial que podrá, en su caso, ser utilizada en el ámbito de la prueba<sup>79</sup>.

---

76 OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., p. 488.

77 GETE-ALONSO, M.C., “Comentario a la STS 6 de junio de 1986”, cit., p. 3734.

78 JC 1916, T. 136, nº25.

79 GETE-ALONSO, M.C., “Comentario a la STS 6 de junio de 1986”, cit., p. 3732. Un caso semejante es el de la citada STS 28 de diciembre de 1998 (RJ 7287), en el que se discute acerca de la naturaleza de la siguiente declaración de voluntad: «*Como queremos acabar de una vez y que nadie pueda decir fuimos sin conciencia, si no te dejásemos heredero por más, entonces y para ello, ordenamos mediante la presente que por nuestros herederos te sea entregada en compensación de todo, a nuestra muerte la cantidad de 500.000 ptas. o si prefieres las fincas siguientes: la casa del pueblo, Las Zajurdas, el Valle de Cadalso, los Valverdes, el cercado del Ejido y la Viña y creemos que de esta forma quedas compensado de todo lo que te debíamos. Veremos si quedas así conforme de una vez*». El Tribunal Supremo entiende que “La calificación como disposición testamentaria es inaceptable: se trataría de un testamento ológrafo epistolar, pero como testamento sería nulo (artículo 6.3 del Código Civil) por infringir la norma prohibitiva del artículo 669 del Código Civil del testamento mancomunado pues dos personas -marido y mujer- testan a favor del demandante; como ológrafo, le faltaría el requisito de la autografía, que exigen los artículos 678 y 688 del Código Civil ya que el texto original se halla escrito a máquina”, mas, en orden a otorgarle validez a dicha declaración, estima que “La calificación como reconocimiento de deuda se estima correcta; sobre la interpretación y calificación del contrato, lo que es aplicable a este negocio jurídico de reconocimiento de deuda [...]”.

En fin, en palabras de la STS de 1 de julio de 1996 (RJ 5549) que ha resumido la doctrina jurisprudencial en esta materia: “Dejando a salvo, como es obvio, todo lo referente al reconocimiento de un hijo (art. 741 CC) esta Sala tiene declarado en Sentencias 11 de abril de 1916, 12 de marzo de 1958 y 6 de junio de 1986 que cualquier reconocimiento de derechos (concretamente la de 1916 se refiere a un reconocimiento de deuda, la de 1958 al de la existencia de una sociedad mercantil irregular y la de 1986 al reconocimiento del dominio de una finca a favor de otra persona) realizado en un testamento, que después es revocado por otro posterior perfecto, queda también sin efecto, si no se acredita la realidad o certeza de dicho derecho por otros medios de prueba, a los que puede sumarse, como uno más, a modo de confesión extrajudicial del testador, el aludido reconocimiento, pero sin que éste, por sí solo, pueda ser suficiente como elemento único de prueba”.