

Maria Coll Cortés

**EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TESTAMENTO
OLÓGRAFO EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN. SU
PRÁCTICA E INTERPRETACIÓN.**

*Trabajo Fin de Carrera
Dirigido por
Elisabet Ferran*

**Universitat Abat Oliba CEU
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
*Licenciatura en Derecho***

A mi padre, por su ayuda y apoyo, y por guiarme siempre en mis estudios y en mi trabajo.

“Lo que con mucho trabajo se adquiere, más se ama.”

Aristóteles

RESUMEN: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN. SU PRÁCTICA E INTERPRETACIÓN.

Desde el punto de vista histórico, la doctrina científica explica el nacimiento y posterior desarrollo del testamento ológrafo de una forma unívoca y sin que existan planteamientos teóricos distantes ni contradictorios. También con respecto a su introducción en el derecho civil de Cataluña, hemos de constatar que la doctrina de los autores no presenta diferencias significativas en su planteamiento y desarrollo teórico y legal.

Sentado lo anterior, podemos resumir que el testamento ológrafo nace en el Derecho romano¹ bajo la forma de testamento “parentum inter liberos”², la cual se introduce en el Derecho catalán.

A raíz del movimiento compilador y con la publicación del Código civil³, se inicia la regulación del testamento ológrafo según los postulados del Derecho consuetudinario francés recogido en el “Code civil”. El Tribunal Supremo estimó aplicables a Cataluña los artículos 688 y siguientes del Código civil. En la Compilación del derecho civil de Cataluña de 21 de julio de 1960 se recogieron las dos formas de testamento ológrafo: la general del Código civil, y la especial del testamento “parentum inter liberos”, que no estaba sometido a plazo para su protocolización. Debe reconocerse que esta forma especial de testamento ológrafo era vista con recelo por la doctrina científica catalana; Borrell y Soler llegó a mantener que según el principio de “inclusionis unius exclusio alterius”, el testamento “parentum inter liberos” no podía aplicarse a otros supuestos diferentes de los previstos.

¹ Regulado en la Novela 107 de Justiniano que desarrolla una constitución de Constantino.

² Esta forma testamentaria ológrafa, se aplica únicamente cuando el padre o la madre otorgaba testamento a favor de sus hijos o descendientes. Más adelante, se fue permitiendo que el viudo o viuda tuviese el usufructo de todos los bienes (STS de 12 de noviembre de 1897) o inclusive que fuese nombrado heredero o heredera distribuidor.

³ Real Decreto de 24 de julio de 1889, disponiendo la publicación en la Gaceta de Madrid de la edición reformada del Código civil. Gaceta de Madrid de 25 de julio de 1889.

El Código de Sucesiones de Catalunya aprobado por la LLei 40/1991, de 30 de diciembre, regula definitivamente el testamento ológrafo en sus artículos 120 y 121, suprimiendo la especialidad testamentaria de “parentum inter liberos”, por razones de seguridad jurídica y facilitando el procedimiento judicial de protocolización⁴. Por ello, podemos decir, que el testamento ológrafo se consagra en Cataluña según las pautas del Código civil (y a través de él, del Derecho comparado)⁵.

Finalmente, deviene la publicación de la LLei 10/2008, de 10 de julio, del libro IV del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (entrada en vigor: 1-1-2009), en el que se regula el testamento ológrafo en sus tres artículos: 421-17 (requisitos de validez), 421-18 (adveración) y 421-19 (caducidad del testamento).

El testamento ológrafo, en derecho civil catalán, es un tipo de testamento que no requiere de solemnidad alguna, si bien sus requisitos son indispensables y la ausencia de cualquiera de ellos lo convierte en un testamento nulo. Por otro lado es un testamento que suele dar pie a muchos problemas, ya que al no precisarse de asesoramiento notarial o de cualquier otra clase, puede obviarse cualquiera de los requisitos establecidos en el Código Civil de Cataluña (libro IV), no sólo a su forma, sino también a su contenido, con la nulidad consecuente.

Por otro lado, al no hacerse mención a la capacidad del testador, puede darse la situación de que los herederos impugnen el mismo al cuestionar su capacidad para otorgar el testamento.

En primer lugar, para poder otorgar un testamento de esta índole es indispensable ser mayor de edad o menor emancipado (en el C.c.Cat.) exigiendo la Ley que el testamento haya sido escrito por el propio testador y de su puño y letra, además de haber sido firmado con expresión la fecha y lugar en que se ha otorgado. La falta de alguno de estos requisitos convertiría el testamento ológrafo en nulo. Igualmente sería nulo si el mismo contuviese “*palabras tachadas, enmendadas, añadidas o entre líneas*” que no hubieran sido salvadas por el testador mediante su firma. Es decir, que será preciso que el testador haga constar mediante su firma al margen su conformidad con cada una de las tachaduras o modificaciones que realice en el texto. Es evidente que lo

⁴ Así se expresa la Exposición de Motivos de la Ley 40/1991.

⁵ Así lo entiende la doctrina, en especial citamos al Notario D. Martín Garrido Melero, “*Derecho de Sucesiones*”. Editorial Marcial Pons; pág. 200.

que se pretende evitar es que el testamento pueda ser modificado por terceros una vez otorgado.

Como se puede comprobar, este tipo de testamento es muy simple de otorgar y no requiere ningún tipo de formalidad más allá de atender a los requisitos ya expuestos. Ahora bien, el problema llega a la hora de dar validez a ese testamento una vez el testador ha fallecido, ya que el testamento ha de ser protocolizado ante Notario, si bien anteriormente el testamento ha de ser validado ante el Juez de Primera Instancia del último domicilio del testador. El documento firmado por el finado deberá ser presentado ante el citado Juez en el plazo de cuatro años desde que se haya producido la muerte y deberá ser presentado por quien lo haya tenido depositado o por cualquier interesado, ya sea heredero, legatario, albacea o por quien ostente cualquier otro interés. Es importante reseñar que el testamento ológrafo no es válido si no se adviera por el Juez en el plazo reseñado.

El testamento ológrafo es considerado por la mayoría de autores la forma más sencilla de testamento y por lo que hemos podido ver, dicha opinión es del todo correcta. Esta sencillez supone a la vez potenciales ventajas como la del secreto de su contenido, y graves inconvenientes, que se han podido analizar a través de la jurisprudencia. La inseguridad de la capacidad del testador para testar, la posible mal interpretación de la voluntad del mismo o la omisión de formalidades son sólo algunos de los riesgos que corre el que se dispone a expresar su última voluntad sin la presencia de un Notario que lo asesore. Existe otro riesgo, quizá el más evidente, que es el de la custodia del documento ya que, si es depositado en malas manos, éste podría no llegar nunca a las de un Juez para su interpretación.

Palabras claves

doctrina científica – testamento ológrafo - “parentum inter liberos” – seguridad jurídica – protocolización – requisitos de validez – adveración – caducidad del testamento – testamento nulo – capacidad testador – jurisprudencia.

RESUM: EVOLUCIÓ HISTÒRICA DEL TESTAMENT HOLÒGRAF EN EL DRET CIVIL CATALÀ. LA SEVA PRÀCTICA I INTERPRETACIÓ.

Des del punt de vista històric, la doctrina científica explica el naixement i posterior desenvolupament del testament hològraf d'una forma inequívoca i sense que existeixin plantejaments teòrics distants ni contradictoris. També respecte a la seva introducció en el dret civil de Catalunya, hem de constatar que la doctrina dels autors no presenta diferències significatives en el seu plantejament i desenvolupament teòric i legal.

Assentat lo anterior, podem resumir que el testament hològraf neix en el Dret romà⁶ sota la forma de testament "parentum inter liberos"⁷, la qual s'introdueix en el Dret català.

Arrel del moviment compilador i amb la publicació del Codi civil⁸, s'inicia la regulació del testament hològraf segons els postulats del Dret consuetudinari francès recollit en el "Code civil". El Tribunal Suprem va estimà aplicables a Catalunya els articles 688 y següents del Codi civil. En la Compilació del dret civil de Catalunya de 21 de juliol de 1960 es van recollir les dues formes de testament hològraf: La general del Codi civil, i l'especial del testament "parentum inter liberos", que no estava sotmesa a termini per la seva protocol·lització. S'ha de reconèixer que aquest forma especial de testament hològraf era vista amb recel per la doctrina científica catalana; Borrell y Soler va arribar a mantenir que segons el principi de "inclusio unius exclusio alterius", el testament "parentum inter liberos" no podia aplicar-se en altres supòsits diferents dels previstos.

⁶ Regulat en la Novel·la 107 de Justinià que desenvolupa una constitució de Constantí.

⁷ Aquesta forma testamentaria hològrafa, s'aplica únicament quan el pare o la mare atorgava testament a favor dels seus fills o descendents. Mes endavant, es va anar permetent que el viudo o viuda tinguessin l'usdefruit de tots els bens (STS de 12 de novembre de 1897) o inclús que fos nomenat hereu o hereva distribuïdor.

⁸ Real Decret de 24 de juliol de 1889, disposant la publicació a la *Gaceta de Madrid* de l'edició reformada del Codi civil. *Gaceta de Madrid* de 25 de juliol de 1889.

El Codi de Successions de Catalunya aprovat per la Llei 40/1991, de 30 de desembre, regula definitivament el testament hològraf en els seus articles 120 i 121, suprimint la especialitat testamentaria del “parentum inter liberos”, per raons de seguretat jurídica i facilitant el procediment judicial de protocol·lització⁹. Per això, podem dir, que el testament hològraf es consagra a Catalunya segons les pautes del Codi civil (i a través del Dret comparat)¹⁰.

Finalment, esdevé la publicació de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre IV del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions (entrada en vigor: 1-1-2009), en el que es regula el testament hològraf en els seus tres articles: 421-17 (requisits de valides), 421-18 (adveració) y 421-19 (caducitat del testament).

El testament hològraf, en dret civil català, és un tipus de testament que no requereix cap solemnitat, si bé els seus requisits són indispensables i la absència de qualsevol d'ells el converteix en un testament nul. Per altre banda, és un testament que acostuma a donar peu a molts problemes, ja que al no precisar d'assessorament notarial o de qualsevol altre classe, pot obviar-ne qualsevol dels requisits establerts en el Codi Civil de Catalunya (llibre IV), no només a la seva forma, sinó també al seu contingut, amb la nul·litat conseqüent.

Per altre banda, al no fer-se menció a la capacitat del testador, pot donar-se la situació en que els hereus l'impugnïn al qüestionar la seva capacitat per atorgar el testament.

En primer lloc, per poder atorgar un testament d'aquesta índole és indispensable ser major d'edat o menor emancipat (en el C.c.Cat.) exigint la Llei que el testament hagi estat escrit pel propi testador i del seu puny i lletra, i a més a més d'haver estat firmat amb expressió de la data i el lloc en que s'ha atorgat. La falta de qualsevol d'aquests requisits convertiria el testament hològraf en nul. Igualment seria nul si el mateix contingüés “*paraules ratllades, esmenades, afegides o entre línies*” que no haguessin estat salvades pel propi testador mitjançant la seva firma. És a dir, que serà precís que el testador faci constar amb la seva firma al marge la seva conformitat

⁹ Així s'expressa l'Exposició de Motius de la Llei 40/1991.

¹⁰ Així ho entén la doctrina, en especial citem al Notari D. Martín Garrido Melero, “*Derecho de Sucesiones*”. Editorial Marcial Pons; pàg. 200.

amb cada una de les paraules ratllades o modificacions que realitzi en el text. És evident que el que es pretén evitar és que el testament pugui ser modificat per tercers una vegada atorgat.

Como es pot comprovar, aquest tipus de testament és molt simple d'atorgar i no requereix cap tipus de formalitat més enllà d'atendre els requisits ja exposats. Ara bé, el problema arriba a l'hora de donar valides a aquets testament una vegada el testador ha mort, ja que el testament ha de ser protocol·litzat davant de Notari, si bé anteriorment el testament ha d'estar validat davant del Jutge de Primera Instància de l'últim domicili del testador. El document firmat pel finat haurà de ser presentat davant el citat Jutge en el termini de quatre anys des de que s'hagi produït la mort i haurà de ser presentat per qui l'hagi tingut dipositat o per qualsevol interessat, ja sigui hereu, legatari, marmessor o por qui ostenti qualsevol altre interès. És important ressenyar que el testament hològraf no és vàlid si no l'adversa el Jutge en el termini ressenyat.

El testament hològraf és considerat por la majoria d'autors la forma més senzilla de testament i pel que hem pogut veure, aquesta opinió és del tot correcta. Aquesta senzilles suposa a la vegada potencials avantatges como la del secret del seu contingut, i greus inconvenients, que s'han pogut analitzar a través de la jurisprudència. La inseguretat de la capacitat del testador per testar, la possible mala interpretació de la voluntat del mateix o la omissió de formalitats són només alguns dels riscos que corre el que es disposa a expressar la seva última voluntat sense la presència d'un Notari que l'assessoris. Existeix un altre risc, potser el més evident, que és el de la custòdia del document ja que, si és dipositat en males mans, aquest podria no arribar mai a les d'un Jutge per la seva interpretació.

Paraules clau

doctrina científica – testament hològraf - “parentum inter liberos” – seguretat jurídica – protocol·lització – requisits de valides – adveració – caducitat del testament – testament nul – capacitat testador – jurisprudència.

SUMMARY: HISTORICAL EVOLUTION OF HOLOGRAPHIC TESTAMENT IN THE CATALAN CIVIL LAW. ITS PRACTICE AND INTERPRETATION.

From a historical perspective, the scientific doctrine explains the birth and later development of the holographic testament in a uniquely and without neither distant nor contradictory theoretical expositions exist. Also with respect to its introduction in the civil law of Catalonia, we must acknowledge that the doctrine of the authors doesn't present significant differences in its exposition and theoretical and legal development.

Understood the previous thing, we can summarize that the holographic testament is born in the Roman law¹¹ under the form from testament "parentum Inter liberos"¹², which is introduced in the Catalan law.

As a result of the movement compiler and with the publication of the civil Code¹³, the regulation of the holographic testament begins according to the postulates of customary law French in the "civil Code". The Supreme Court considered applicable to Catalonia articles 688 and following of the civil Code. In the Compilation of the civil law of Catalonia of 21 of July of 1960 the two types of holographic testament took form: the general of the civil Code, and special of the testament "parentum Inter liberos", that was not subject of probate. He must be clear that this special holographic testament form was view with distrust by the Catalan scientific doctrine; *Borrell* and *Soler* got to maintain that according to the principle of "inlussio unius exclusio alterius", the testament "parentum Inter liberos" could not be applied to other cases different than those provided.

The Code of Successions of Catalonia approved by Law 40/1991, of 30 of December, regulates definitely the holographic testament in its articles 120 and 121, suppressing the testamentary speciality of "parentum Inter liberos", for reasons of legal

¹¹ Regulated in Novel 107 of Justinian that develops a constitution of Constantine

¹² This holographic testamentary form is applied solely when the father or the mother granted testament in favor of his children or descendants. Late, allowed that the widower or widow had the usufruct of all assets (STS of 12 of November of 1897) or inclusively it would be named for the distribution of the inheritance

¹³ Real Decree of 24 of 1889 July, having the publication in the Newspaper Madrid of the reformed edition of the civil Code. Newspaper of Madrid of 25 of 1889 July.

security and facilitating the judicial procedure of probate¹⁴. For this reason, we can say, that the holographic testament is devoted in Catalonia according to the guidelines of the civil Code (and through him, of the compared law)¹⁵.

Finally, Law's publication 10/2008, 10 of July, book IV of the civil Code of Catalonia happens, regarding the successions (entered in force: 1-1-2009), in that the holographic testament is regulated in its three articles: 421-17 (requisite of validity), 421-18 (adveraci) and 421-19 (invalidity of testament).

The holographic testament, in Catalan civil law, is a type of testament that does not require of solemnity, and their requirements are indispensable and the absence of any of them makes a null testament. On the other hand it is a testament that usually can lead to many problems, because when not needing notarial advising or any other class, can be obviated any requirement of the Civil Code of Catalonia (book IV), not only his form but also of content, with the consequent invalidity.

On the other hand, to not becoming mention to the capacity of the testator, may be a situation that the heirs objecting the testament to ask himself their capacity to grant the testament.

First of all, to be able to grant a testament of this nature he is indispensable of legal age or smaller to be emancipated (in the C.c.Cat.) demanding the Law that the testament has been written by the own testator and of its fist and letter, besides to be signed with expression the date and place in which it has been granted. The lack of some of these requirements would turn the holographic testament into null. Also he would be null if the same contained "erased, amended, added words or between lines" that had not been saved by the testator by means of their signature. That is to say, that will be precise that the testator points out by means of its signature to the margin its conformity with each one of the modifications that realize in the text. It is evident that what is tried to avoid is that the testament can be modified by third parties once granted.

¹⁴ And is expressed in the preamble of the law 40/1991.

¹⁵ Understands this doctrine, in particular is cited the notary Martin Garrido Melero, "*Derecho de Sucesiones*". Marcial Pons editorial; p 200.

As it is possible to be verified, this type of testament is very simple to grant and it does not require any type of formality, only meet the requirements in the law. However, the problem arrives at the time of giving to validity to that testament once the testator has died, since the testament must be notarized at the notary, although previously the testament has to be validated in front of the Judge of First Instance of the last address of the testator. The document signed by the deceased will have to be presented to the Judge within four years since the death has taken place and must be presented who had deposited or by any interested, or inheriting, legatee, executor or by who shows any other interest. It is important to review that the holographic testament is not valid if not adverse by the Judge in the reviewed term.

The holographic testament is considered by the majority of authors the simplest testament form and so we see that this opinion is absolutely correct. This simplicity supposes simultaneously potential advantages such as the secrecy of their content and serious disadvantages that have been able to analyze through the jurisprudence. The insecurity of the testator's capacity to test, the possible badly interpretation of the will or the omission of formalities are some of the risks that a person has to make a last will without the presence of a Notary who advises. Another risk, perhaps the most evident, is the custody of the document because if it is deposited into the wrong hands, this one could never arrive to the Judge for its interpretation.

Keywords

scientific doctrine – holographic testament - “parentum inter liberos” – legal security – probate – requisite of validity – adveraci – invalidity of testament – null testament – testator's capacity to test – jurisprudence.
--

SUMARIO:

PORTADA	1
RESUMEN.....	5
INTRODUCCIÓN.....	17
I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO CIVIL CATALÁN.....	18
1. Evolución histórica de la formación del derecho civil catalán. Hechos histórico- políticos.	
2. Codificación del derecho sucesorio catalán	
II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO EN CATALUÑA.....	21
1. Antecedentes históricos	
1.1.Derecho romano	
a. Época clásica	
b. Época Post- clásica	
2. Tradición romanística- catalana en el testamento ológrafo	
3. El testamento ológrafo “Parentum inter liberos”	
3.1. Características del testamento ológrafo <i>parentum inter liberos</i>	
3.2. Reconocimiento legal del testamento <i>parentum inter liberos</i>	
3.3. Evolución posterior del derecho catalán del testamento <i>parentum inter liberos</i> .	
4. Fase de elaboración de la Compilación del derecho civil catalán	
5. Fase de recepción del testamento ológrafo en Cataluña. De la compilación al Código de sucesiones por causa de muerte	
III. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO EN EL LIBRO CUARTO DEL CODIGO CIVIL DE CATALUÑA.....	33

1. El "Avantprojecte"
2. Regulación actual
 - 2.1. Requisitos de validez
 - 2.2. La adveración judicial y protocolización notarial
 - 2.3. Caducidad

IV. JURISPRUDENCIA DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO..... 37

1. Introducción
2. Análisis jurisprudencial del testamento parentum inter liberos
 - 2.1. Contenido de las disposiciones testamentarias
 - 2.2. Requisitos formales
3. Análisis jurisprudencial del testamento ológrafo
 - 3.1. Los requisitos para la validez del testamento ológrafo
 - 3.1.1. La capacidad
 - 3.1.2. Los aspectos formales
 - 3.1.3. La autografía del testador
 - 3.1.4. Lugar y fecha de otorgamiento
 - 3.1.5. Voluntad de testar
 - 3.1.6. La conservación del testamento
 - 3.1.7. La adveración y protocolización
 - 3.2. Procedimiento de adveración
 - 3.3. Caducidad del testamento ológrafo
 - 3.4. Revocación material del testamento ológrafo
 - 3.5. Compatibilidad del testamento ológrafo con la sucesión intestada
 - 3.6. Nulidad de testamento ológrafo

CONCLUSIONES.....	70
BIBLIOGRAFÍA.....	76
ANEXO.....	79

INTRODUCCIÓN

El testamento ológrafo¹⁶ es un tipo de testamento en el cual el testador mantiene secreta su última voluntad y el hecho del otorgamiento, ya que se hace sin intervención de tercera persona en concepto de autorizante de la disposición testamentaria, es decir que debe estar escrito y firmado de manera autógrafa por el testador y de acuerdo con los demás requisitos que exige la Ley.

Cataluña se ha regido por unas normas legales que han evolucionado a lo largo del tiempo al compás de los eventos que han marcado el paso de las diversas etapas; historia y derecho se han abierto camino en íntima correlación. El derecho surge, a través de la historia, según las necesidades de la sociedad y evoluciona de acuerdo con los factores de carácter cultural, económico o político que forman las diversas épocas.

Por lo tanto, para la comprensión del testamento ológrafo en Cataluña, institución objeto de este estudio, deberemos analizarlo, desde el nacimiento de esta figura testamentaria y su posterior evolución; que surge desde el derecho romano y evoluciona hasta la actual regulación catalana. La explicación de la introducción y admisión del testamento ológrafo, tal y como hoy en día está regulado en el Código Civil de Cataluña, el origen de la especialidad del testamento ológrafo - el *parentum inter liberos*-, y la cuestiones que determinaron su posterior desaparición en el ordenamiento civil catalán

Y por último, es importante la elaboración de un estudio jurisprudencial para entender en la praxis, la problemática de esta figura testamentaria. A través de la jurisprudencia iremos analizando cada uno de los requisitos y formalidades que exige la ley, que deben cumplirse necesariamente y con mayor rigor en el testamento ológrafo, ya que en este tipo de testamento se obvia la presencia del notario u otras personas que acrediten la validez del documento.

¹⁶ Etimológicamente ológrafo significa “todo escrito”, por lo que el hecho de la intervención de testimonios, no debería de alterar el carácter ológrafo del testamento, lo que ocurre es que en el momento que interviene un fedatario o testimonios, se pasa a otras categorías testamentarias típicas y con su propio nombre. Por lo que cuando se habla de testamento ológrafo se hace referencia al testamento escrito y firmado por el propio testador y sin intervención de testimonio alguno.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO CIVIL CATALÁN

1. Evolución histórica de la formación del derecho civil catalán. Hechos histórico - políticos

Al estudiar la Codificación del Derecho sucesorio debemos hacer una consideración sobre los hechos histórico-políticos de la codificación del Derecho civil catalán, su evolución histórica.

El derecho civil catalán arranca de la Edad Media como un sistema de fuentes muy complejas que va desde las costumbres hasta disposiciones promulgadas en su tiempo por las Cortes catalanas. La Compilación que hoy conocemos es la del 1960, sin que llegaran a prosperar otros intentos de principios del siglo XX. Parece importante señalar que la codificación de la ley es un fenómeno moderno de finales del siglo XIX

Mientras Cataluña tenía sus instituciones de autogobierno, el derecho catalán se desarrolla sin interferencias del derecho castellano. La gran preocupación del derecho civil catalán, en una sociedad rural y agrícola, era el mantenimiento de la familia rural a través de la casa pairal, procurando que la conservación del patrimonio permitiera la subsistencia del tronco familiar, de ahí la figura de *l'hereu*, heredero primogénito, sobre el cual recaía la mayor parte de la herencia para mantener unido el patrimonio.

Las leyes catalanas respetan al máximo, hasta convertirse en obligación, las costumbres, con la cual cosa, se puede afirmar que el pueblo era creador de derecho.

Todo este sistema jurídico queda cristalizado en el momento en que Cataluña pierde sus instituciones políticas y legislativas. Después de la guerra de sucesión y con la caída de Barcelona en 1714 en manos de Felipe V, se dicta el Decreto de Nueva Planta de 1716, que sin anular el derecho catalán, ahoga sus fuentes de creación, por

lo que, queda suprimido el que actualmente se podría denominar derecho público y se mantiene en vigor el derecho civil.

Con el S. XIX, bajo la influencia de la revolución francesa, se implanta en España la concepción uniformizada del derecho que impulsa el Estado unitario. Con esta idea, y no hasta a finales de S XIX surge el Código Civil común para todos los españoles que, no obstante, en su artículo 12 respeta gran parte de los derechos civiles propios de cada región o nacionalidad, aunque anula gran parte de estos derechos civiles. El derecho civil común es supletorio del derecho civil catalán que, después de los recortes, es muy incompleto. De esta época es importante señalar dos puntos: un desfase histórico, en el cual el derecho civil catalán cae sin remedio por no poder renovarse, y la facilidad de invocar el derecho civil común ante el catalán que se encontraba muy disperso aún. Estos hechos supondrán un desuso de muchas normas propias de derecho catalán que continuaban vivas.

La *Renaixença catalana*, durante S XIX, produce un movimiento jurídico que manifestaba una voluntad de salvación de las instituciones civiles privadas catalanas. El Código Civil común preveía el desarrollo del, denominado ya, derecho foral. A principios del S XX, se inician en Cataluña una serie de estudios, en los cuales trabaja el gran jurista Durán i Bas, para hacer una compilación que no llegó a consagrarse legalmente, y la situación de dispersión no cambiaba en lo fundamental.

La llegada de la II República (1931) y el Estatuto catalán (1932) supone un cierre en el paréntesis que se había iniciado con el Decreto de Nueva Planta (1716). Cataluña recupera de nuevo la posibilidad de legislar sobre el derecho civil y el parlamento catalán promulga una serie de leyes que son mucho más progresistas respecto del Código Civil común, sobre todo en lo que respecta a la mujer y a la filiación, entre otros. La esperanza de modernizar el derecho civil catalán quedó roto por el estallido de la guerra civil, que con la victoria franquista en 1939 se volvió a abrir otro paréntesis igual que el de 1716, pues se promulga un Decreto por el cual se anulan no solo las instituciones políticas, sino también las legislativas, aunque el Código Civil mantiene aquél artículo 12 que respetaba el derecho propio antes de la promulgación de la II República. En 1946, en pleno franquismo, se realiza el Congreso en Zaragoza en el cual se lanzó la idea de reactivar la formulación, en forma de apéndice, del derecho civil catalán. Aquella idea después de una década de redacción (del 1950 al

1960), acabó cristalizándose en la Compilación de derecho civil especial de Cataluña que hoy día conocemos.

2. Codificación del derecho sucesorio catalán.

La codificación del derecho civil catalán sucesorio, se llevo a cabo primero a través del Código de Sucesiones por causa de muerte (CS) con la Llei 40/1991 de 30 de diciembre y posteriormente de acuerdo con la Llei 29/2002 de 30 de diciembre, se incorpora al Código Civil de Cataluña (Cc.Cat.), el libro IV del derecho de sucesiones en Cataluña, partiendo del CS y respetándolo.

El articulado del CS¹⁷ tiene su origen en el Proyecto de compilación de 1955, pero que se actualizó en los siguientes años con diferentes leyes, como la ley 13/1984 con la adaptación de la Compilación a la Constitución Española y su incorporación en el ordenamiento catalán.

La actual legislación en materia de derecho sucesorio es el libro IV del Código Civil de Cataluña (Llei 10/2008, de 10 de julio), este libro IV respeta la estructura del CS, la presente reforma llevó a cabo dos tipos de modificaciones al derecho sucesorio catalán, unas modificaciones fueron de carácter técnico y otras modificaciones que reflejan decisiones político- jurídicas con claras repercusiones sociales.

¹⁷ GARRIDO MELERO, Martin. *Derecho de Sucesiones. Ed. Marcial Pons. Páginas. 36 a 45*

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TESTAMENTO OLOGRAFO EN CATALUÑA

1. Antecedentes históricos.

La figura jurídica del testamento está hoy día, muy alejada de su significado original y de su función. En sus orígenes era la figura jurídica que permitía a las personas tener un heredero cuando éste no se podía determinar según las reglas de las XII Tablas. Estas reglas eran básicamente, cuando una persona no tenía *sui* (hijos varones), *ni agnati*, o cuando la cuantía de la herencia era tan pequeña que los herederos abintestato no la aceptarían atendiendo a las obligaciones que imponía las reglas de las XII Tablas. Así, en estos supuestos el padre se veía en la necesidad de hacer una especie de adopción (*adoptio* o *abrogatio mortis causa*), de una persona que llevaría el cumplimiento de las *domestica mores*. Se trataba más de un acto de naturaleza sacra, que de un acto de disposición de bienes, por esta razón requería hacerse con solemnidad: mediante una declaración expresa delante de los *comitia calata*, delante del pueblo y con la intervención del pontífice. Esta solemnidad remarcaba el carácter sacramental del testamento¹⁸.

Inicialmente los plebeyos no tenían acceso a los *comitia calata*, por esta razón no podían acceder al testamento. Así, surgió una nueva forma de otorgar testamento que venía a ser una forma subrogada de la primera; ya que los plebeyos únicamente podían participar de la vida pública del Estado cuando formaban parte del ejército; se admitió, así, que se pudiera hacer testamento delante del ejército (*testamentum in procinctu*).

1.1. Derecho Romano¹⁹

En las fuentes del derecho romano nos encontramos con dos definiciones de la figura jurídica del testamento. Según Ulpiano, *testamentum es metis nostrae iusta contestatio, in id solemniter facta ut post mortem nostram valeat*, y su discípulo Modestino que se expresa así: *testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de*

¹⁸ MARTINEZ SARRIÓN, Ángel, en: *Testamento, Codicilos y Cláusula Codicilar*, explicación de la solemnidad de estas formas testamentarias.

¹⁹ En toda esta parte de derecho romano seguimos a IGLESIAS, Juan: *Derecho Romano, Historia e Instituciones*. Editorial Ariel Derecho 11^o Edición, Barcelona 1994, Pág. 555 y siguientes.

eo, quod quis post mortem summa fieri veli (testamento es la justa declaración de nuestra voluntad, hecha solemnemente de lo que cada uno quiere que se haga después de su muerte). Precisando estas definiciones se puede decir que: El testamento es un acto solemne y de última voluntad, a través del cual se nombra heredero y se pueden hacer otras disposiciones de carácter patrimonial y personal.

El testamento descansa absolutamente en la voluntad del testador, por esta razón se califica como un acto unilateral, y esta voluntad no puede manifestarse de cualquier manera, sino únicamente en aquella que define la norma jurídica. La forma puede estar sujeta a más o menos solemnidad, según las diferentes épocas, pero nunca se admite la libre manifestación de voluntad, oral o mediante gestos, tácitamente...etc. Esta última voluntad únicamente puede ser manifestada por el propio testador y no a través de un representante legal o convencional.

Antiguas formas de testar:

a) Época clásica:

En un principio, nos dice Gayo, había dos clases de testamentos, (según afirma IGLESIAS):

- El *testamentum calatis comitiis*: es una forma de testar pública-religiosa, era convocada dos veces al año y la presidía el pontífice maximus.
- El *testamentum in procinctu*. Es el testamento que se otorgaba en tiempo de guerra, cuando iban a la batalla, delante del ejército a pie de guerra.

Después se añadió una tercera forma de testamento que se hacía por el cobre y la balanza, que era cuando no se había otorgado testamento y se encontraba en peligro de muerte, se mancipaba el patrimonio en favor de un amigo, para que éste lo dispusiera con las instrucciones que le señalaban. La *mancipatio familiae* no es testamento, pero era un acto que conseguía las finalidades prácticas del testamento, su transformación en testamento se debe a la interpretación jurisprudencial, apoyada en el proyecto de las XII Tablas que otorgan plena eficacia a toda declaración formulada en el mismo acto de la *mancipatio*.

El testamento escrito o testamento civil, era firmado por 5 o 7 testimonios, y se llevaba a cabo bajo la solemnidad del ritual de la *mancipatio*, si no se hacía este ritual (testamento pretoriano) no se garantizaba la posesión definitiva de las cosas hereditarias; su posesión es sine re. El testamento sin el ritual de la *mancipatio* (*pretorio*) no prevalecía sobre el testamento civil precedente, ni privaba de los derechos del heredero civil *ab intestato*. Sólo en tiempos de Antonio Pío se establece que los que piden la *bonorum possessio* en virtud de un testamento pretorio, pudiendo oponerse al heredero civil *ab intestato* por medio de la *exceptio doli*, entonces en *bonorum possessor* era entonces, por tanto, cum re. El testamento civil y el pretorio se equiparan a su eficacia, siendo norma general la de que el testamento posterior revoca al anterior.

b) Época post clásica:

En la época post clásica había dos clases de testamento: escrito (*per scripturam*) y oral (*per nuncupationem*). En ambas clases de testamento era necesaria la intervención de testimonios. Posteriormente, en esta época aparecieron dos formas públicas de testamentos: el *testamentum apud acta conditum*, otorgado de palabra delante del la autoridad judicial o municipal, y el *testamentum principi oblatum*, que se otorgaba delante del emperador y quedaba depositado en el archivo público.

Existía multiplicidad de formas testamentarias, y es importante remarcar el hecho de que en todas ellas había un elemento de publicidad en el acto de otorgamiento, ya fuera a través de los testigos o autoridades públicas.

La admisibilidad de testamentos otorgados de forma privada no llegó a ser conocida por el derecho justiniano. No será hasta la época post clásica que se admita el testamento ológrafo – *holografa manu*- Teodosio II y Valentino III sancionan la validez del testamento escrito todo entero de puño y letra del testador, y sin necesidad de testigos, este tipo de testamento es la primera manifestación de testamento ológrafo que se admite. Esta norma que pasa a Occidente a través de la *Lex Romana Burgundionum*, y que efectivamente no tiene acogida en la Compilación Justiniana.²⁰

En el Derecho post clásico se dictan normas particulares en cuanto a los testamentos, para atenuar o para simplificar las formas ordinarias. Surgieron, formas

²⁰ IGLESIAS, Juan. op. cit.

especiales y una de ellas era el *testamentum parentum inter liberos*, modalidad muy arraigada a la tradición catalana. Una ley de Constantino acogida por Teodosio II y Justiniano, en la Novela 107, este último con importantes modificaciones, se admite la validez del testamento que, otorgándolo a favor de los hijos o, si estos son muertos, de sus descendientes, escrito directamente de la mano del testador con el nombre de los herederos y sus cuotas y haciendo mención de la fecha, (la fecha no se había exigido hasta entonces, y solo se exigía en esta modalidad testamentaria) era una disposición *inter liberos*²¹, que no era propiamente un testamento, ya que era escritura imperfecta²², pero la ley le otorgaba el valor de forma de testamentaria.

Esta forma especial de testamento reconocido a partir del derecho romano post clásico, y en vista de las condiciones personales de quien testa, se exige mayores garantías que en las formas ordinarias, mayores garantías para asegurar que aquella última voluntad es totalmente cierta, ya que al no hacerse delante de notario o testimonios no había corroboración alguna de la validez del testamento; por ejemplo, un ciego solo podía otorgar testamento delante del notario de la ciudad o con un octavo testimonio.

2. Tradición romanística- catalana en el testamento ológrafo.

En Cataluña el derecho civil catalán quedó totalmente parado²³ -sin posibilidad de evolucionar- desde el año 1716 hasta la segunda mitad del siglo XX, en la cual experimentó un proceso de codificación, primero, mediante la promulgación de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, y de su desarrollo posterior mediante la promulgación de numerosas leyes especiales.

²¹ BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamento parentum inter liberos*. La partición de la herencia en Derecho Romano, Valladolid 1991.

²² IGLESIAS, Juan. op. cit. Véase referencia 51: C. Th. 2, 24, 1: *licet ...(scripturae) sub testamenti vocabulo coeptae, cum perfectae non sint, neque appellari aliter ullo modo possint, evanuisse videntur, tamen dispositiones ultimae coloratam iuris imaginem referntes iustis in se legum proclivem favorem debent provocare.*

²³ BROCA, Guillem M, divide en 5 épocas la formación del derecho civil catalán:

- Desde la invasión árabe hasta Ramon Berenguer I (año 1035)
- Desde Ramon Berenguer I a Jaume I (1213)
- Desde Jaume I hasta la constitución (1599)
- De la Constitución de 1599 al "Decret de Nova Planta" 1716, esta 4ª etapa la llama etapa de estancamiento, por una falta absoluta de legislación catalana, únicamente se hacían disposiciones en el ámbito municipal
- A partir del Decreto de nueva planta al Cc español de 1889

Por más que en los preámbulos de las modernas leyes catalanas normalmente se hace referencia al respecto de la tradición histórica y a la tradición jurídica catalana, lo cierto es que el derecho civil en Cataluña ha evolucionado, y en algunas instituciones se ha separado de aquella tradición jurídica catalana y en otras instituciones se ha conservado con toda su pureza. Una de estas instituciones, la cual conservó durante mucho tiempo su pureza, es el testamento ológrafo en su modalidad *parentum inter liberos*.

Tal y como veremos en este trabajo, en el derecho civil catalán tradicional no se admitía de forma generalizada la validez del testamento ológrafo, sino únicamente una modalidad especial que se denominaba *parentum inter liberos*, y que fue recibida a través derecho romano. Es a decir, únicamente se admitía la validez del testamento ológrafo (ológrafo = escrito a mano y firmado por el propio testador, sin intervención de notario ni de testimonios), si en él hacía disposiciones a favor de los hijos o, también según algunos autores, si instituía herederos a los hijos y dejaba el usufructo viudal al cónyuge.

En cambio, en el derecho civil catalán vigente, en la actualidad no existe ningún tipo de especialidad. Efectivamente, el CS y el actual Libro IV del C.c.Cat. admite y regula de forma general el testamento ológrafo, sin ninguna limitación por razón de su contenido.

Este primer estudio de carácter marcadamente historicista, ha consistido en primer lugar en un examen de las fuentes del derecho romano, seguido con las fuentes del derecho catalán tradicional, con el objetivo de determinar el testamento ológrafo y su especialidad *parentum inter liberos*; continuaremos con el examen de las fuentes y la doctrina catalana para averiguar porqué se suprimió en Cataluña esta especialidad, cómo evolucionó esta figura jurídica separándose finalmente de la tradición histórico-jurídica catalana.

3. El testamento ológrafo *parentum inter liberos*

3.1. Características del testamento ológrafo parentum inter liberos:

De la novela 107 se pueden extraer los siguientes requisitos y el régimen legal:

- Tiene que ser ológrafo, es decir, escrito de puño y letras del testador y firmado por él.
- Únicamente puede contener disposiciones hechas por el ascendiente a favor de sus descendientes, si bien, como veremos posteriormente, se admite que contenga el legado del usufructo universal a favor del cónyuge.
- Si en la disposición contiene partición de la herencia debe expresarse el nombre de los hijos y la parte que se asigna a cada uno de ellos, escrito en letra.
- No puede contener desheredamientos.
- Únicamente se puede revocar con otro testamento perfecto en el cual se haga mención expresa del testamento *parentum inter liberos* que se revoca.

3.2.Reconocimiento legal del testamento parentum inter liberos:

El reconocimiento legal y la admisibilidad de esta forma testamentaria (escrita por el propio testador, sin testimonios y únicamente en los supuestos en que las disposiciones fuesen a favor de los hijos) recae en la consideración de que los hijos se consideraban herederos de sus padres “por derecho natural”²⁴. Si bien el Tribunal Supremo, posteriormente, adujo otros fundamentos, como por ejemplo en la sentencia de 12 de noviembre de 1897²⁵ dijo que se fundamenta: “*el privilegio concedido a esta clase de testamentos en la mayor estabilidad y garantía que el legislador quiso conceder a aquellos testamentos en que el padre se ocupa principalmente de fijar la suerte de sus hijos para después de su muerte*”.

3.3.Evolución posterior en el derecho catalán del testamento parentum inter liberos:

En la evolución posterior a Justiniano, se aprecia una tendencia hacia la intervención de autoridades o fedatarios para proporcionar más seguridad al hecho del otorgamiento, la fecha y el contenido del testamento. Así, como señala JOAN MARSAL

²⁴ PELLA FORGAS, J. *Derecho Civil de Catalunya*. Afirma este autor, pagina 123: “...., no fue motivado por ser menos fáciles las falsedades, aunque cuando estas existiesen no salen del círculo de los hijos la herencia, más fue en consideración a que los hijos por derecho natural se consideran herederos de sus padres...”

²⁵ PELLA FORGAS, J. op. cit. Sentencia citada por este autor.

GUILLAMET²⁶, la intervención de fedatarios se introdujo por razón de problemas de eficacia; así es, la intervención de un fedatario ya fuera civil, un notario, o eclesiástico, un rector, facilitaban los trámites que debían cumplirse para que después de la muerte del testador el testamento fuera eficaz.

Por lo tanto, en los testamentos sin intervención de fedatario, aunque fueran por escrito, después de la muerte del testador, los testigos debían reconocer su firma, y si se había otorgado de forma oral, además tenían que declarar cual era el contenido de la disposición del testador. En cualquier caso, se percibe la inseguridad en la eficacia del testamento, ya que por la mera ausencia de un testigo o la prelación de éste o cualquier otra incidencia que impidiese que el testigo diera el cumplimiento a las solemnidades posteriores a la muerte del testador, provocaban la ineficacia del testamento.

Por este motivo, durante la época de estancamiento del derecho civil catalán y especialmente durante los años 1599 y 1716, el testamento ológrafo únicamente fue admitido si reunía los requisitos propios del *parentum inter liberos*, hasta el punto que este testamento *parentum inter liberos* fue calificado por la doctrina como el testamento ológrafo catalán. De hecho afirma PELLA Y FORGAS²⁷ que si el testamento *parentum inter liberos* no hubiese estado reconocido expresamente por la Novela 107, se hubiera reconocido su validez por vía consuetudinaria. Tal vez la opinión mas cualificada sobre la vigencia del testamento *parentum inter liberos* en Cataluña nos la da DURÁN I BAS, en su “Memoria...” ya que se trata de un estudio encargado por un organismo oficial, con la concreta finalidad de determinar cuál era el derecho vigente en Cataluña durante la época de promulgación del Código Civil español. La “Memoria” de DURÁN I BAS²⁸ recoge de forma expresa la vigencia del testamento *parentum inter liberos* señalando sus particularidades.

²⁶ MARSAL GUILLAMENT, Joan: *El Testament. Editado por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. Año 2000. Pág. 245 y ss.*

²⁷ PELLA Y FORGAS. José. *Derecho Civil de Catalunya. Pag. 124*

²⁸ DURÁN Y BAS, Manuel. *Memoria...* Página 293:“al lado del testamento privilegiado según unos, o extraordinario según otros por razón de la persona de heredero, se ha admitido en Cataluña, siguiendo el derecho romano, los testamentos privilegiados o extraordinarios por razón de la persona del testador...”

A través de la jurisprudencia el testamento *parentum inter liberos* fue experimentando ciertas ampliaciones; por ejemplo, SERAFINI²⁹ nos dice que los tribunales daban validez en concepto de testamento *parentum inter liberos* a disposiciones de última voluntad en las cuales se instituía al cónyuge con la obligación de distribuir la herencia entre los hijos, sin designación de partes, o disposiciones en las cuales se lega el usufructo al cónyuge viudo, y cita sentencias del Tribunal Supremo del 17 de diciembre de 1860, del 11 de octubre de 1869 y del 25 de enero de 1887; PELLA FORGAS³⁰ también cita esta última sentencia. También hay autores como JOSEP ANTONI ELIAS y ESTEBAN DE FERRATER, en el año 1864, que en sus manuales ignoran completamente la figura del testamento *parentum inter liberos* y la del testamento ológrafo.

Así, parece que la recepción total del testamento ológrafo en el derecho catalán no se produjo hasta después de la entrada en vigor del Código Civil español (C.c.), en el año 1889. Concretamente la primera sentencia data del año 1900³¹, primera sentencia en la que se reconoce la validez y eficacia de un testamento ológrafo en Derecho Civil catalán, que no reunía los requisitos propios del *parentum inter liberos*.

Antes de la entrada en vigor del Código Civil español, en Catalunya existía el testamento ológrafo pero sólo en su especialidad de testamento *parentum inter liberos*. La admisión del testamento ológrafo - general- en Catalunya fue por la aplicación del Código Civil español como derecho supletorio del derecho especial o foral de cada una de las provincias o territorios de Cataluña. Esta fórmula de derecho supletorio fue recogido por la Ley de Bases del Código Civil español de 1888, en su artículo 5 se dispuso: “*las provincias y territorios en que subsiste el Derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad sin que sufran alteración su actual régimen jurídico por la aplicación del Código, que regirá tan solo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales.*” El artículo 12 del Código Civil español, en 1889, reprodujo este artículo 5 de la Ley de Bases, introduciendo la expresión “*escrito o consuetudinario*”. Por lo tanto, la entrada del Cc instauró un sistema que establecía la aplicación de los derechos especiales o forales en las provincias, los cuales deberían ser recopilados en una fase posterior en diversos “apéndices” que

²⁹ SERAFINI, F. *Instituciones de derecho romano*. Pág. 362, referencia al derecho vigente en Cataluña.

³⁰ PELLA FORGAS, José. *Derecho Civil de Cataluña*. Pág. 124

³¹ Sentencia citada por MARSAL GUILLAMENT, Joan. Pág. 279

recogieran las especialidades de cada una de ellas. Los derechos especiales o forales se conservaron junto con el Cc español como derecho supletorio.

Fue en 1888 cuando la Base 15 de la Ley del 11 mayo del mismo año, sumó el ológrafo al resto de los tipos de testamentos admitidos en la legislación anterior. Los precedentes del testamento ológrafo en el nuestro Código civil español, son también los *parentum inter liberos* y el testamento escrito por el testador sin intervención de testigos por no poder estos hallarse. El testamento ológrafo y su clasificación como común era una novedad en el ordenamiento civil español copiado del Código de Napoleón, que a su vez lo recogió del Derecho consuetudinario francés.

La admisión del testamento ológrafo en Cataluña no significaba, pues, la derogación de ningún derecho civil propio preexistente, sino la introducción de una nueva forma testamentaria. Aun así, este testamento ológrafo en forma general en derecho civil catalán, es decir sin las restricciones que contenía el *parentum inter liberos*, fue muy criticada por la doctrina; por ejemplo, BORRELL I SOLER³² admite el testamento *parentum inter liberos* como excepción, excluyendo la admisión del testamento ológrafo en otros supuestos, éste considera que las formas testamentarias admitidas por el Derecho civil catalán son taxativas, y al no hablar de testamento ológrafo- en su forma general - no se puede considerar como una deficiencia que se tenga que suplir, sino como una exclusión que hay que respetar (*inclusionis unius exclusio alterius*)³³. También el notario CM SOLDEVILA escribió un artículo en la Revista Jurídica en 1960, en el que criticó la protocolización del testamento ológrafo en Cataluña argumentado su inexistencia en esta región.

De hecho la gran mayoría de los autores no admitían el testamento ológrafo en Cataluña, aunque había una minoría que lo defendía como PELLA FORGAS³⁴ que argumenta sobre el hecho de que en el Digesto las divisiones de la herencia practicada por el padre entre sus hijos era considerada un testamento imperfecto, y desde que Justiniano le dio reconocimiento al testamento *parentum inter liberos* en la Novela 107, este testamento entró en la categoría de testamentos imperfectos y válidos, afirmado que el testamento ológrafo en general, igual que el *parentum inter liberos*, en realidad

³² BORRELL I SOLER. *Dret civil de Catalunya*. Vol. V, pág. 36 y ss.

³³ El testamento *parentum inter liberos* no podría aplicarse a otros supuestos diferentes de los previstos, sin que pudiera invocarse como supletorio el Código civil.

³⁴ PELLA FORGAS, José. *Op. Cit.*, pág. 126 y ss.

no es más que un testamento imperfecto, por lo que considera que este testamento ológrafo (general) no es una institución nueva, ya que era reconocido antes del Cc, aunque con limitaciones en cuanto a su contenido. Defiende también que la Novela 107, no solo regula el testamento *parentum inter liberos*, sino que también regula el testamento escrito que contenga disposiciones a favor de extraños, aunque con la intervención de testigos, al fin y al cabo, también es un testamento ológrafo. Además este testamento ológrafo general introducido en Cataluña por el Cc español, supone una nueva forma de testar pero no supone la derogación de la forma genuinamente catalana que era el testamento *parentum inter liberos*, que quedaba subsistente.³⁵

4. Fases de la elaboración de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña.

Como vemos había dos claras y opuestas opiniones sobre el reconocimiento del testamento ológrafo en Cataluña. Por un lado, la opinión de la doctrina³⁶ mayoritaria que defendía que únicamente era admisible el testamento ológrafo en Catalunya de forma excepcional, en su modalidad de *parentum inter liberos*; y por el otro lado, la opinión de los Tribunales, que en general admitían la validez del testamento ológrafo otorgado en Cataluña, por la aplicación supletoria del Cc³⁷.

Inicialmente, en la primera fase de elaboración del Derecho Civil catalán, se decantó la balanza hacia la opinión de la doctrina; así en el Proyecto de Apéndice de DURÁN I BAS, no acogió la forma testamentaria ológrafa, limitándose a regular la modalidad *parentum inter liberos*, y en el Proyecto de Apéndice de Derecho Civil catalán de 1896, en su artículo 39, se prohibió de forma expresa el testamento ológrafo. También, posteriormente, en el "*Avantprojecte d'Apèndix de les Institucions de Dret*

³⁵ PELLA FORGAS, José. *Op. cit.*, pág. 125

³⁶ Por ejemplo, la "*Memoria...*" de DURÁN I BAS dice: .. "*Varios testamentos privilegiados existen en el antiguo Principado. Tomándolo del derecho romano existe el que se llama inter liberos, que no es cualquier testamento perfecto o imperfecto en el cual queden instituidos los hijos, sino un testamento ológrafo redactado en conformidad a la que prescribe en su Cap. I la Novela 107 de las de Justiniano...*", pág. 292 y 293.

También, FAUS, Ramon y CONDOMINES, Francisco de Asís. *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Cataluña*. En sus comentarios se dice: "... La discusión acerca de si la forma de testar mediante documento", pág. 144.

³⁷ PUIG FERRIOL, Lluís y ROCA TRIAS, Encarna. *Institucions del Dret Civil de Catalunya*. Editorial Bosch, segunda edición año 1988. Se hace alusión al elemento jurisprudencial como decisivo para la admisión del testamento ológrafo de forma generalizada en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, pag 495.

También, FAUS y CONDOMINES, *op. cit.*, pág. 144.

*Civil Català*³⁸, elaborado por la Comisión Jurídica Asesora y aprobado el 23 de julio de 1931, en sus artículos 204 y 205, recogía únicamente la modalidad del *parentum inter liberos*.

En la segunda mitad del siglo XX, a partir del Congreso de Zaragoza, entra la segunda opinión, la de la jurisprudencia, que finalmente es la que se expresa en la Compilación de 1960, aunque conservando el testamento *parentum inter liberos* con un cierto carácter privilegiado respecto del testamento ológrafo general, este privilegio consistía en no ser de aplicación los plazos de caducidad establecidos en el Código Civil español para su protocolización³⁹.

5. Fase de recepción del testamento ológrafo. De la Compilación al Código de Sucesiones por causa de muerte.

Esta forma de disposición testamentaria, denominada testamento ológrafo, aunque es poco utilizada, no es excepcional y está prevista y regulada por la normativa legal desde el *Codi de Successions de Catalunya* hasta la actual legislación, en los artículos 421-17 y ss. del *Llibre Quart del Codi Civil de Catalunya*, relativo a las sucesiones. La historia de la admisión del testamento ológrafo en Cataluña, ya hemos visto que es complicada; como ya hemos dicho, el Proyecto de Apéndice de Durán i Bas no lo acogía, limitándose a regular la modalidad conocida como: *parentum inter liberos* (art 250),... y en todas las regulaciones posteriores en Cataluña se regulaba esta modalidad de testamento ológrafo, o como el Proyecto de Apéndice de 1896 que prohíbe expresamente el testamento ológrafo (art 39) y no hace mención alguna a la especialidad del *parentum inter liberos*. Posteriormente, la solución adoptada por la Compilación de 1960, en materia de testamento ológrafo, se remitía al Cc español (arts. 688 a 693), y también se admitía la modalidad del *parentum inter liberos*. A esta modalidad se le otorgó un trato de favor en cuanto a su caducidad, es decir, siempre que el testamento ológrafo contuviera disposiciones a favor de todos los descendientes

³⁸ *Avantprojecte d'Apèndix de les Institucions de Dret Civil Català*. Elaborado por la Comisión Jurídica Asesoras, aprobado el 23 de julio de 1931. Contenido de la obra del Proyecto de Apéndice y materiales precompiladores del Derecho Civil de Cataluña, material recopilado por MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni y SALVADOR CODERCH, Pau. Editado por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. Barcelona 1995.

³⁹ Artículo 101.4 de la Compilación de 1960:

"(...) Estas (formalidades exigidas por el Código Civil) también serán aplicables al testamento ológrafo, si bien en el caso de que éste contenga únicamente disposiciones a favor de todos los descendientes del testador, o a favor de éstos y de su cónyuge, para dejarle el usufructo, no estará sujeto a plazo alguno para su protocolización."

del testador, o a favor de éstos y el cónyuge, para dejarle el usufructo (modalidad *parentum inter liberos*), no se aplicaba la exigencia del artículo 689 del C.c. en cuanto a la caducidad del plazo de 5 años desde la muerte del causante, para la presentación ante el juez de primera instancia para su adveración y protocolización. Por lo tanto, no se exigía plazo alguno, esto suponía que muchos años después de haberse diferido la sucesión de un determinado causante, pudiera aparecer una última voluntad hasta entonces desconocida pero pudiendo ser entonces totalmente válida. El CS ya reguló el testamento ológrafo en los términos prácticamente idénticos al Cc español, y por razón de seguridad jurídica suprimió esta modalidad privilegiada del *parentum inter liberos*. ROCA FERRER⁴⁰ califica positivamente la supresión de los privilegios del *parentum inter liberos*.

Por lo tanto podemos destacar dos fases en la recepción del testamento ológrafo.

1. Una primera fase, con la Compilación de 1960, en la cual, se admite la validez del testamento ológrafo en Cataluña, ya que se remitía al Cc español y a los artículos en los que se encontraba regulado esta forma testamentaria; pero manteniendo la modalidad del *parentum inter liberos*, respetando y otorgándole además un carácter privilegiado dentro del testamento ológrafo.
2. Y una segunda fase, a partir del CS, que por razones de seguridad jurídica se suprime cualquier privilegio del testamento *parentum inter liberos*, el cual quedó absorbido y desnaturalizado por el testamento ológrafo.

⁴⁰ ROCA FERRER, Xavier. Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Editorial Bosch, Barcelona 1994. Vol. I, pág. 463.

III. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO DEL LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA.

1. El " *Avantprojecte* "

La codificación del derecho civil catalán sucesorio se llevó a cabo a través del CS con la Ley 40/1991 de 30 de setiembre y de acuerdo con la ley 29/2002 de 30 de diciembre, Primera Ley del Código Civil de Cataluña, con el Libro IV que incorpora este Código, al derecho vigente de sucesiones en Cataluña, partiendo y respetando el CS anterior.

El articulado del CS tiene su origen en el Proyecto de Compilación de 1955, pero actualizado posteriormente en los siguientes años con diferentes leyes, como la ley 13/1984 de la adaptación de la Compilación a la Constitución española y su incorporación en el ordenamiento jurídico catalán.

El Libro IV respeta la estructura del CS, pero la presente reforma lleva a cabo dos tipos de modificaciones al derecho sucesorio en Cataluña, unas modificaciones de carácter técnico y otras en las que se reflejan decisiones político- jurídicas con clara repercusión social. En estas últimas se concentran, entre otras materias, las formas testamentarias.

El Título II del Libro IV, se ocupa de la sucesión testada. En la exposición de motivos del " *Avantprojecte* " así lo determinaba, señalando la importancia de este negocio jurídico, del testamento, en el proceso sucesorio.

En cuanto a nuestra materia de estudio, el testamento ológrafo, el " *Avantprojecte* " pretendía recuperar la esencia de testamento *parentum inter liberos*, tradicionalmente reconocido en Cataluña, de manera que si se daban los requisitos de esta figura testamentaria, expuestos anteriormente, este tipo de testamento ológrafo mantendría los privilegios que había perdido con el CS y que se contemplaba con la anterior Compilación, es decir, que no estaría sometido a plazo de caducidad para su validez.

El testamento ológrafo estaría recogido en la Sección cuarta, de este Libro IV y quedaba recuperado este privilegio de caducidad del *parentum inter liberos* en su art. 421-3.3.

2. Regulación actual

Parece curiosa y destacable esta incorporación de la modalidad del testamento ológrafo *parentum inter liberos* en el “Avantprojecte” del Libro IV, que como ya se ha explicado se contemplaba en el Apéndice de Durán i Bas, y en la Compilación de 1960. Posteriormente el CS suprimió esta modalidad privilegiada por razones de seguridad jurídica⁴¹, así se explica en su exposición de motivos, y ahora parece que este “Avantprojecte” quiere recuperar esta figura, dándole razón de ser para recuperar la tradición jurídica catalana.

Pero en la regulación actual queda finalmente eliminada del Código, y en este Libro IV no se contempla la forma testamentaria del *parentum inter liberos*, el legislador se decanta más por la seguridad jurídica que por el mantenimiento de la tradición jurídica catalana.

Así pues, como se dice el preámbulo de la Ley 10/2008 de 10 de julio del Libro IV del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, que la ley que se aprueba sigue la línea de Código de Sucesiones precedente y de acuerdo con los principios de la dogmática jurídica moderna y no tanto con la huella de la tradición histórica que se muestra en el “Avantprojecte”.

Finalmente, queda incorporado así el testamento ológrafo en el título II de este *Libro IV*, regulado prácticamente igual que como estaba regulado en el CS, excepto por la ampliación de permitir otorgar testamento ológrafo a los menores de edad emancipados y la disminución del plazo de caducidad que ya no es de cinco años, sino de cuatro.

2.1. Requisitos de validez

Artículo 421-17. Requisitos de validez.

⁴¹ Debe recordarse que la seguridad jurídica constituye un principio constitucional y así se regula en el art. 9.3 de la Constitución española.

1. Solo pueden otorgar testamento ológrafo las personas mayores de edad y los menores emancipados.

2. Para que el testamento ológrafo sea válido es preciso:

- a. Que esté escrito y firmado de manera autógrafa por el testador con la indicación del lugar y la fecha del otorgamiento. Si contiene palabras tachadas, enmendadas, añadidas o entre líneas, el otorgante debe salvarlos con su firma.
- b. Que se presente ante el juez o el funcionario competente a fin de que sea adverado y se ordene su protocolización.

El artículo 421-17 regula los requisitos de validez del testamento ológrafo; y es en este artículo donde se explica cómo debe ser el testamento ológrafo para que sea válido y donde extiende la capacidad legal para su otorgamiento, que ya no limita a los mayores de edad sino que alcanza también a los menores emancipados; lo que es coherente con la idea de limitar únicamente al menor emancipado la realización por sí mismo de aquellos actos dispositivos inter-vivos de mayor trascendencia en los que él mismo puede resultar perjudicado.

2.2. La adveración judicial y protocolización notarial

Artículo 421-18. Adveración.

1. El juez o el funcionario competente para advenir el testamento debe comprobar su autenticidad de acuerdo con la Ley.

2. Si resulta que el testamento es auténtico, debe acordarse su protocolización notarial, con testimonio de la resolución dictada. En caso contrario, debe denegarse la protocolización.

3. La resolución dictada en el expediente de adveración debe cumplirse aunque se haya formulado oposición. En este caso, los interesados pueden hacer valer sus derechos en el juicio correspondiente.

No hay diferencias remarcables con la redacción de su antecedente, que era el artículo 121 de CS. El testamento ológrafo no produce efectos por sí solo, debe ser presentado ante el juez, a fin de que éste una vez comprobada la autenticidad, con los requisitos establecidos en el artículo anterior, ordene su protocolización notarial.

2.3. La caducidad

Artículo 421-19. Caducidad del testamento.

1. Los testamentos ológrafos caducan si no se presentan para que sean averados en el plazo de cuatro años contados desde la muerte del testador y no se protocolizan en el plazo de seis meses contados desde la resolución del expediente.

2. Si durante los plazos fijados por el apartado 1 se interpone una demanda sobre la validez del testamento, este debe protocolizarse en el plazo de seis meses contados desde el momento en que la resolución judicial deviene firme.

Se acorta el plazo para que sean averados los testamentos ológrafos, a cuatro años. Es importante que haya un plazo de caducidad y se acorta en esta nueva ley con la finalidad de acortar, en definitiva, posibles causas de impugnación que esta modalidad testamentaria tiene con bastante frecuencia.

Cada uno de estos requisitos legales, se contrastaran en el siguiente análisis jurisprudencial, es decir, a través de los casos concretos. De las sentencias analizadas veremos cuáles son las formalidades requeridas en la ley, plasmadas a través de las interpretaciones de los Tribunales en cada uno de los casos en los que nos encontramos ante un testamento ológrafo.

IV. JURISPRUDENCIA DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO^{42 43 44}

45 46 47

1. Introducción

Al examinar la jurisprudencia del testamento ológrafo en el Derecho civil de Cataluña, no podemos olvidar la íntima conexión que ha tenido a partir de la codificación española (1889) con el Código civil (Cc).

Con ello, queremos remarcar esta relación de la regulación paralela entre Cc español y el derecho civil catalán, especialmente a partir de la Compilación del derecho civil de Cataluña (Ley 40/1960, de 21 de julio) y que culmina en la actual regulación de esta figura testamentaria en los artículos 421-17 a 421-19 del Libro IV del Código civil de Cataluña (CcCat), aprobado por el Parlamento de Cataluña en la Ley 10/2008, de 10 de julio, relativo de a las sucesiones.

Así pues, el estudio jurisprudencial que desarrollamos en este apartado tendrá dos análisis:

- Un primer análisis de la jurisprudencia anterior a la codificación del Cc (1889), examinando el testamento ológrafo catalán en su modalidad *parentum inter liberos*, hoy día suprimida, para ver cuáles eran los problemas prácticos de esta modalidad.
- Un segundo análisis en el que no existirá una clara línea divisoria entre jurisprudencia del testamento ológrafo catalán en relación con el testamento ológrafo del derecho común (Cc). Como decimos, veremos que jurisprudencialmente no se percibe diferencia alguna entre el testamento

⁴² Base de datos jurídica: "Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, SA" (Economist & Jurist).

⁴³ BUSTO, JM, COLINA, R., ROVIRA, M^a Esther, ÁLVAREZ, Natalia y PEÑA, F. *Código de Sucesiones. Derecho territorial: común y foral*. Edit. Aranzadi / Thomson. 2002.

⁴⁴ PIZARRO, M^a José. *Sucesión testada, intestada y contractual. Colección jurisprudencia: sucesiones*. Edit. Thomson / Aranzadi. 2006.

⁴⁵ TORRES, Miquel-Ángel. *Juicios sucesorios, división de herencia, títulos nobiliarios y sucesión foral. Colección jurisprudencia: sucesiones*. Edit. Thomson / Aranzadi. 2006.

⁴⁶ FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. *Código civil. Concordancias, notas y jurisprudencia*. Editorial Aranzadi. 1993.

⁴⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*. Editorial La Ley. 4^a edición, mayo 2004.

ológrafo catalán y el común, esto se debe a que la más abundante jurisprudencia que hemos obtenido y a la que se ha tenido más acceso es a partir de la promulgación del Cc. En este momento, aunque doctrinalmente la admisión del testamento ológrafo general era una cuestión muy debatida, los tribunales por aplicación de derecho civil español como derecho supletorio lo admitían como válido sin diferenciar si se trataba de un ológrafo catalán o no. Así como en el estudio de la evolución histórica de esta forma testamentaria, sí que hemos visto que históricamente había una clara diferencia entre el testamento ológrafo propiamente catalán, que es la explicada modalidad *parentum intrer liberos* y el testamento ológrafo inscrito en el Cc español; analizando la jurisprudencia no existe ninguna diferencia o hay diferencias muy leves, que en ocasiones no permite ver si estamos ante un ológrafo catalán o no.

Dentro del presente estudio jurisprudencial nos apartamos del concepto estricto de jurisprudencia que establece el art. 1.6 del Cc⁴⁸, y que se refiere únicamente a la doctrina reiterada que establezca el Tribunal Supremo; sino que tendrán cabida todas las resoluciones judiciales de ámbito estatal, en especial las procedentes de las Audiencias Provinciales y, lógicamente, del Tribunal Supremo. Dentro del ámbito territorial de Cataluña, igualmente haremos mención a determinadas sentencias de Audiencias Provinciales y al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, al que corresponde en exclusiva la unificación de la interpretación del derecho de Cataluña, según el art. 95.3 del Estatuto de autonomía de Cataluña⁴⁹ (Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio / BOE y DOGC de 20-7-2006).

2. Análisis jurisprudencial del testamento ológrafo parentum inter liberos.

⁴⁸ El art. 1.6 del Cc establece: “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. De esta forma el Título Preliminar del Cc, modificado por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo (BOE, 9-7-1974), se aparta del concepto rígido de fuente del derecho en relación a la doctrina legal del TS, para abarcar un concepto más amplio y armónico de la jurisprudencia en el sentido de complemento del ordenamiento jurídico.

⁴⁹ El actual Estatut de Catalunya (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio), regula en su artículo 95 el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, como órgano jurisdiccional en que culmina la organización judicial en Cataluña, y con referencia al Derecho catalán, el apartado 3 nos dice: “Correspon en exclusiva al Tribunal Superior de Justícia de Catalunya la unificació de la interpretació del dret de Catalunya.”

Con este análisis se trata de estudiar esta figura en sí y los problemas prácticos que se plantearon ante los tribunales, determinar si el testamento *parentum inter liberos* se califica por su contenido o por las formalidades de su otorgamiento.

2.1. Contenido de las disposiciones testamentarias.

El Tribunal Supremo español, en Sentencia de 23 de setiembre de 1864⁵⁰, examinará un supuesto de hecho en el que, el Sr. C. otorgó un testamento en el año 1802, en el que instituía heredera a su única hija. Se trataba de un testamento escrito de puño y letra del testador con todos los requisitos del testamento *parentum inter liberos*. Posteriormente el Sr. C hace otro testamento cerrado y entregado al notario con fecha 1822, en el que deja la legítima a su hija e instituía heredera a la Sra. J.

Así pues en el momento en que se abre la sucesión, la hija del Sr. C. toma posesión de los bienes de su padre, en base al testamento primero de 1802, ignorando el de 1822.

La Sra. J., ex- mujer del Sr. C., interpone demanda alegando que el testamento de 1802 había sido revocado por el de 1822, ya que, por lo privilegios de la ciudad de Barcelona, es válido cualquier testamento en el cual intervengan dos testimonios, aunque en ellos haya cualquier omisión.

En los argumento de la defensa de la hija, se alegó que el testamento de 1802 era *parentum inter liberos*, y que por lo tanto no podía ser derogado por uno posterior si no se expresaba así terminantemente.

Ante estos hechos el tribunal dijo, que si bien era cierto que eran vigentes los privilegios de la ciudad de Barcelona, éstos solo eximían del cumplimiento de las formalidades intrínsecas del testamento, pero no de dotarlo del contenido que la ley exige; este Tribunal, al mismo tiempo, afirmaba que en Cataluña que era plenamente vigente la Novela 107 de Justiniano, y según ésta, un testamento hecho a favor de un hijo, no podía ser revocado sino era mediante otro testamento posterior, en el cual se hiciera mención expresa al testamento revocado. Por lo tanto, se confirmó en la Sentencia el reconocimiento y validez del primer testamento y no al segundo.

⁵⁰ Sentencia citada y comentada por MARTÍNEZ SARRIÓN, pág. 69 y70

Otro supuesto, lo vemos en la sentencia de 12 de noviembre de 1897⁵¹ en la cual se examina un testamento otorgado en la modalidad de *parentum inter liberos*, en el cual el testador deja el usufructo íntegro a su esposa, con la facultad de vender y gravar todos los bienes y de elegir heredero al hijo que mejor le pareciera a ella.

El Tribunal, en esta sentencia, entendió que no se podía calificar este testamento como *parentum inter liberos*, porque en esta clase de testamentos, el testador debe ordenar la suerte de sus hijos para después de su muerte, cosa que no hace en el testamento examinado.

Por lo que, vemos en estas dos sentencias examinadas, puede deducirse que la doctrina jurisprudencial consideraba que el contenido de la disposiciones es determinante para que un testamento pueda considerarse *parentum inter liberos*.

2.2. Requisitos formales.

El contenido de las disposiciones en un testamento *parentum inter liberos*, hemos visto, que es determinante para su consideración, pero en otra Sentencia vemos, también, como la jurisprudencia manifiesta que además de cumplimentar con el contenido propio del *parentum inter liberos*, éste debe cumplir con los requisitos formales de su otorgamiento según lo establecido en la Novela 107. Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo español de 1 de julio de 1887, se dijo lo siguiente: “... *no basta para que un testamento sea y se repute por inter liberos la circunstancia de disponer el padre de sus bienes entre sólo sus hijos, sino que es preciso que llene los requisitos de la novela 107 de Justiniano que exige escribir el testador de mano propia, declarando con su firma la fecha de su disposición, los nombres de sus hijos y las partes o porciones en que los constituye herederos, manifestando después delante de testigos que quiere que lo que ha ordenado y escrito en sus disposiciones tenga efecto y sea ejecutado.*”

De esta forma, partiendo del texto de la Novela 107 y de la interpretación del Tribunal Supremo, en referencia al derecho civil catalán, se entiende que para poder

⁵¹ PELLA Y FORGAS. Op. cit. Pag 124

calificar un testamento como *parentum inter liberos* se han de dar dos requisitos simultáneamente:

- Por un lado, su contenido: El testamento debe contener disposiciones únicamente a favor de los hijos, admitiendo también que se puede ordenar el usufructo a favor del cónyuge.
- Y por el otro lado, las solemnidades de su otorgamiento: debe ser escrito de puño y letra del testador con la firma y la fecha, y los nombres de sus hijos con las partes o porciones con las que se les instituye herederos, afirmando delante de testigos su voluntad de que aquello que ha escrito sea ejecutado.

3. Análisis jurisprudencial del testamento ológrafo.

3.1. Los requisitos para la validez del testamento ológrafo.

Desde un punto de vista general y de revisión de todos y cada uno de los requisitos necesarios para la validez de un testamento ológrafo, según la normativa del Cc, y que puede aplicarse “mutatis mutandis” al CcCat, tenemos el ejemplo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1994 (nº 597 / 1994; RJ 1994, 6022), en su Fundamento Jurídico Segundo: “... *los artículos del Cc 688 a 693, previo concepto del artículo 678, en cuanto a ese conjunto articulado se prevén prescripciones sobre capacidad, voluntad y requisitos particulares de esta modalidad; por consiguiente, todo instrumento que deba alcanzar la categoría de testamento ológrafo habrá de acatar las sanciones de ese haz ordenador; en consecuencia: a) En cuanto a la capacidad para testar, b) En cuanto a la voluntad testamentaria c) Y por último en cuanto a los requisitos particulares, deberán observarse los fijados para la validez en el art. 688...”.*)

3.1.1. La capacidad

El primer requisito para la validez del testamento ológrafo es la capacidad civil del testador, siendo en Cataluña más amplia que la establecida en el Código civil, ya que

no solamente permite otorgar un testamento ológrafo a las personas mayores de edad sino también a los menores emancipados.

Hemos de tener en cuenta que la capacidad ordinaria para testar (en testamento abierto y cerrado) está fijada en los catorce años, así como tener plena capacidad natural en el momento de otorgar testamento (arts. 421-3 y 421-4 del CcCat).

Si bien la edad de otorgar un testamento ológrafo a partir de la mayoría de edad, establecida a los dieciocho años, no presenta especial dificultad de prueba por el hecho de la redacción de la fecha en el momento de su otorgamiento; sin embargo, la mayor problemática se centra en la capacidad del otorgante en la fecha que redacta su disposición de última voluntad.

Si nos atenemos a la literalidad de la norma, el art. 421-4, que se refiere a la incapacidad para testar, se refiere a los que no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento. Es pues, en dicho preciso momento en que el testador debe estar en plena capacidad natural.

La fecha de la sentencia de incapacitación marcará el momento a partir del cual una persona no puede testar. Sin embargo, el problema se presenta en el período anterior a la incapacitación, en el cual probablemente la persona ya puede presentar síntomas graves o leves que hagan prever la imposibilidad de gobernarse por si misma.

Respecto a la capacidad natural para testar en el testamento abierto y cerrado, será el notario quien valorará la capacidad legal de la persona que pretenda otorgar testamento, así se desprende del art. 421-7 del CcCat, que delega en el fedatario público el juicio sobre la capacidad legal de una persona en la forma y por los medios que establece la legislación notarial.

En el testamento ológrafo, valorar la capacidad legal de la persona que otorga el testamento puede revestir serias dudas, especialmente si en fechas futuras, más o menos próximas, fuere declarada incapaz.

El tribunal "a quo" es quien debe valorar la prueba sobre la posible incapacidad de una persona en el momento de otorgar testamento ológrafo, incapacidad que no será

legal sino de facto y que debe probarse en el procedimiento declarativo ordinario. Debiendo constatar que incluso las personas declaradas incapaces, pueden tener determinados momentos de lucidez; con mayor razón aún en las personas que no han sido declaradas incapaces.

La Audiencia Provincial de Burgos, en sentencia de 14 de mayo de 2008 (nº 161/2008), declaró nulo un testamento ológrafo por presunta incapacidad de la testadora, ya que se daba el hecho de que la testadora fue declarada incapaz por sentencia de 9 de diciembre de 1999, sin embargo no lo estaba en el momento que redactó su testamento ológrafo el día 3 de abril de 1997. La Audiencia destaca que: *“Pero cabe también pensar que la declaración judicial de incapacidad se dictó con base a unas anomalías mentales que ya existían al tiempo de otorgarse la disposición testamentaria, ... en cuyo caso puede llegarse a la presunción de que la testadora no se hallaba en su cabal juicio conforme al art. 663.2 del Cc”*. Al mismo tiempo en la valoración de la prueba que realiza el tribunal de instancia, esta sentencia afirma: *“La prueba en que se funda la sentencia para apreciar esta falta de capacidad no es irrelevante, sino más bien al contrario, pues consiste en todos los informes médicos sobre el estado mental de Dª...”*. Para finalmente dar por nulo el testamento ológrafo por presenta incapacidad de la testadora, especialmente a tenor de la pruebas aportadas y practicadas en autos a instancia de la parte actora, *“que permitieron desvirtuar la presunción de capacidad de la causante, y afirmar que difícilmente la redacción del testamento coincidió con algún intervalo lúcido de la testadora”*.

Debemos destacar dos principios de abogan por mantener la validez de un testamento ológrafo ante situaciones de una presunta incapacidad de facto, y son: el principio del “favor testamenti” que obliga a mantener el testamento en todas sus partes o acuerdos, eliminando únicamente las decisiones claramente ilegales o infundadas; el segundo principio aludido es el de la presunción de la capacidad del testador, así el propio art. 421-3 del CcCat tiene por título “presunción de capacidad”, lo cual denota que la incapacidad debe probarse por cualquier medio admisible en derecho.

Otro aspecto relacionado con la capacidad en el testamento ológrafo, vendría dado por la posible nulidad de dicho testamento, en virtud de haberse otorgado con engaño, violencia o intimidación grave, así se declara en el art. 422-1 del CcCat (nulidad del testamento).

La Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 17 de enero de 2008 (nº 33/2008), resolvió en apelación sobre una posible nulidad de testamento ológrafo; sin embargo, de la valoración de la pruebas presentadas en el tribunal de instancia y de que el recurrente no desvirtuó el principio de “favor testamenti”, se mantuvo la validez del testamento ológrafo que fue objeto del mencionado recurso de apelación.

La Audiencia Provincial de las Palmas, en sentencia de 26 de septiembre de 2000 (nº 374 / 2000), confirma una sentencia apelada que declaraba la nulidad de testamento ológrafo en base a que el testador no disponía en el momento de otorgar su testamento de la capacidad legal necesaria para ello (debido a la prueba sobre el carácter degeneratorio e irreversible del estado psíquico y cerebral del testador), así como que tampoco estaba fechado por el propio testador, y no apareciendo de forma clara la intención de testar (“animus testandi in actu”).

La Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 30 de octubre de 2009 (nº 727 / 2009), mantiene la doctrina del “favor testamenti” y la necesidad de prueba concluyente sobre la supuesta incapacidad mental del otorgante del testamento ológrafo. El Fundamento Jurídico 1º nos dice: *“La doctrina del favor testamenti.- Es sobradamente conocida la presunción de capacidad del otorgante y la necesidad de cumplida prueba sobre la incapacidad para destruir dicha presunción. La jurisprudencia ha mantenido reiteradamente la necesidad de que se demuestre “inequívoca y concluyentemente” la falta de raciocinio para destruir la presunción de capacidad para testar (STS de 27 de noviembre de 1995), y que la incapacidad o afectación mental ha de ser grave, no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas (SSTS de 27 de enero de 1998, de 12 de mayo de 1998, de 27 de junio de 2005, y de 26 de abril de 2008). La presunción de capacidad, favor testamenti, debe ser destruida por medio de prueba inequívoca, cumplida y convincente en contrario (STS de 19 de septiembre de 1998). En el FJ 2º concluye: “Valoración de las pruebas.-...debemos ratificar los acertados razonamientos de la sentencia de instancia.”* Por ello, al no haberse probado la incapacidad, el Tribunal confirma la sentencia de primera instancia, que valora correctamente la prueba practicada.

La Audiencia Provincial de A Coruña, en sentencia de 3 de noviembre de 2009 (nº 529 / 2009), dicta resolución favorable al mantenimiento del testamento ológrafo, que

remarcamos con lo expuesto en el Fundamento de Derecho Segundo: *“Como ha venido declarando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la capacidad mental se presume mientras no se pruebe lo contrario, de manera que a toda persona debe suponerle en su cabal juicio y mantener esa presunción mientras no se destruya por una prueba evidente y completa, referida al momento de otorgamiento del testamento, tal y como señala el art. 666 del Código civil.”*. Con relación al art. 663.2 del Cc que señala que están incapacitados para testar el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio, *“precepto que debe ser interpretado en el sentido de que la afección mental ha de ser grave, ... debiendo tener en cuenta que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido, ... de tal forma que si no se aporta dicha prueba, que destruya la presunción “iuris tantum”, debe mantenerse que el testador tenía capacidad para otorgarlo.”*.

Respecto a la capacidad de la persona que puede otorgar un testamento ológrafo, el TS en la Sentencia de 24 de febrero de 1961 (RJ 1961, 351) resuelve que: *“Cualquier persona mayor de edad, con sólo saber leer y escribir, puede otorgar su testamento en forma ológrafa, valiéndose de tercero de su exclusiva confianza que dé expresión ordenada y técnica a la declaración de voluntad concebida por la testadora, que luego ésta copia o transcribe”*.

3.1.2. Los aspectos formales

Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia remarcan especialmente los aspectos formales del testamento ológrafo, a los que nos vamos a referir a continuación bajo los conceptos de manera o forma autógrafa, así como a la obligación de indicar el lugar, año, mes y día del otorgamiento. En el Cc no se exige que conste el lugar⁵².

El rigor en las formas ya viene de antiguo destacado por sentencias del TS: de 12 de julio de 1905, de 20 de diciembre de 1913, de 29 de noviembre de 1916, de 5 de

⁵² El art. 688 del Cc dispone: *“...Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue”*.

diciembre de 1927, de 11 de abril de 1945 y de 4 de noviembre de 1947⁵³, que debido a la exclusión de la intervención de funcionario público y de testimonios, hacen que esta forma testamentaria debe revisarse con especial cuidado a fin de determinar realmente la última voluntad del testador.

Entre la casuística jurisprudencial que la doctrina recoge, nos referiremos a la expuesta por el Notario D. Xavier Roca Ferrer⁵⁴ y que pueden tener un claro interés práctico. En primer lugar, la sentencia del TS de 24 de febrero de 1961 considera válido el testamento ológrafo en el que el otorgante se ha limitado a copiar de su puño y letra un modelo redactado por otra persona. También el testamento ológrafo puede estar escrito sobre cualquier tipo de “soporte”: papel común, cartulina, pergamino, etc. En segundo lugar, con relación a la fecha, la jurisprudencia es totalmente precisa en cuanto a la falta de esta formalidad, declarando la nulidad de estos testamentos ológrafos.

Dentro de los requisitos para la validez del testamento, tanto el CcCat (art. 421-17, apartado 2, a) como el Cc (art. 688, párrafo tercero), establecen que si el testamento ológrafo contiene palabras tachadas, enmendadas, añadidas o entre renglones, el otorgante las salvará con su firma.

La jurisprudencia no es estricta en este aspecto y se inclina por analizar la importancia de tales irregularidades sobre la totalidad del texto testamentario.

Sobre este aspecto de la interpretación del testamento ológrafo, aportamos los comentarios de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) de 7 de enero de 1993. Esta demanda llega al TSJC después de haber sido desestimada en primera instancia (Juzgado de Reus) y ante la Audiencia Territorial de Tarragona. El testamento ológrafo que el actor intentó protocolizar contenía tachaduras, enmiendas, entrerrenglonados y añadidos, sin que fueran salvados por el otorgante.

⁵³ Sentencias citadas en el libro del notario ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de Sucesiones*. Tomo I. 2ª edición, 1995. Editorial Bosch. Pág. 162.

⁵⁴ “Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña” (Ley 40/1991, de 30 de diciembre). Tomo I. Editorial Bosch: págs. 462 a 466.

“Ninguno de estos defectos aparece salvado de forma alguna. El texto legal no dice, de manera explícita, que efectos origina el no salvar bajo la firma del testador el texto modificado. La doctrina puede dividirse en dos grupos: el de quienes postulan la nulidad íntegra del testamento ológrafo que contiene palabras borradas, enmendadas o enterrrenglonadas, sin salvar por el redactor del documento bajo su firma; y el de los que estiman que la omisión de este requisito sólo afecta a las palabras tachadas, añadidas o enmendadas, que deben tenerse por no puestas en opinión de un subgrupo mayoritario.”

Respecto a si las formalidades previstas en el art. 688 del Cc y el art. 421-17 del CcCat tienen el carácter de esenciales, la Sentencia comentada afirma: *“La jurisprudencia parte de la afirmación capital de que aunque la disposición testamentaria adopte la forma sencilla y simplificada del testamento ológrafo, en el otorgamiento de esta clase de negocios jurídicos tienen el carácter de esenciales todas las formalidades prevenidas en el art. 688 del Código civil, siendo indispensables su concurrencia para la validez del acto (SSTS de 13 de mayo de 1942 y de 3 de abril de 1945). La última de las Sentencias indicadas (de la que fue ponente don José Castán) cuida de puntualizar -como ya hizo la Sentencia de 29 de noviembre de 1916- que las pequeñas enmiendas no salvadas que no afecten, alteren o varíen de modo sustancial la voluntad del testador, no afectan a la validez del testamento.”*

Así pues, la doctrina jurisprudencial puede resumirse diciendo: *“El testamento, aunque revista la forma ológrafa, es un negocio jurídico solemne, y la falta de alguno de los requisitos del art. 688 del Código civil afecta a su validez. Excepcionalmente, no anulan totalmente el testamento pequeñas enmiendas no salvadas que no afecten a elementos básicos de la disposición.”*

Finalmente, el TSJC en la sentencia comentada, considera que el documento suscrito como testamento ológrafo *“no tiene validez como disposición de últimas voluntades por carecer de los mínimos requisitos formales que la ley exige para un acto de tanta trascendencia,... El sedicente testamento no designa heredero o herederos universales ni tampoco herederos de cosa cierta. ... Los defectos del documento autógrafa lo invalidan no sólo como testamento ológrafo en sentido estricto sino como disposición de última voluntad en general, toda vez que son carencias formales*

genéricas del negocio jurídico mortis causa. ... El documento autógrafo no es válido ni como testamento ni como codicilo”.

Por ello, el TSJC desestima la demanda recurrida en casación.

Dentro de los aspectos formales en general extraemos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha: 7 de noviembre de 2008 (nº 506 / 2008), en la cual se plantea el recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia que anula un testamento ológrafo por preterición de la hija de la testadora (ya que el referido testamento designaba únicamente heredero universal al hijo de la testadora D. J.).

El Tribunal, en su Fundamento de Derecho Cuarto, alude al art. 814 del Cc en relación a la preterición de un heredero forzoso: *“La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias”.* Finalmente falla a favor del mantenimiento del testamento ológrafo en los siguientes términos: *“En consecuencia, resultando indiscutible que la demandante resultó preterida, procede solamente rescindir la institución de heredero en la persona del demandado y legitimario D. J., en la medida en que la misma afecta a los Derechos legitimarios de la actora, Todo ello implica que el testamento resulta válido y que ha procederse a la partición de los bienes para fijar la cuantía de la legítima de los hijos de la fallecida y determinar si procede reducir el legado del codemandado hoy apelante.”.* Así pues, el Tribunal estima el recurso de apelación planteado.

La Audiencia Provincial de Asturias, en la Sentencia de 15 de junio de 2007 (nº 289 / 2007), tuvo ocasión de resolver en apelación el caso de un testamento ológrafo presentado en fotocopia, sin que se pudiera aportar el original del mismo. Aunque el Juzgado de Primera Instancia aceptó como válida y eficaz la referida fotocopia del testamento ológrafo, la Audiencia en el recurso de apelación que comentamos anuló la referida sentencia por incumplir el requisito de forma “ad solemnitatem” que exige el art. 688 del Cc. De los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto de la sentencia, entresacamos los siguientes puntos: *“La Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales es prácticamente unánime a la hora de negar la posibilidad de protocolizar un testamento ológrafo presentado por fotocopia (entre otros, Autos de la Audiencia*

Provincial de Madrid, sección 9ª, de 25 de marzo de 2002, y de la sección 11ª, de 17 de abril de 2002, y de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16ª, de 29 de marzo de 2007). Como también lo es a la hora de negar la eficacia en juicio declarativo de un testamento ológrafo presentado por fotocopia (entre otras, Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, de 30 de diciembre de 2002, y de la sección 25ª, de 27 de diciembre de 2003, y de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1ª, de 31 de diciembre de 2000). También debemos destacar: “las dificultades que presenta la adveración de una simple fotocopia”, ... “la no aportación del original puede muy bien obedecer a que no se dispone de él, lo que, a su vez, puede ser debido a que lo destruyó su propio autor, o puede haber ocurrido que el testador hubiese efectuado en el original adiciones, rectificaciones o tachaduras no reflejadas en la fotocopia. Una fotocopia de un documento no es el documento, sino una reproducción reprográfica de un documento. ... No podemos compartir, en modo alguno, tal argumentación (referida a la presunción establecida en la sentencia de instancia): tal presunción no cumple los requisitos exigidos por el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No se puede presumir la existencia del documento original por el sólo hecho de que exista la fotocopia.”. El Tribunal estimó el recurso de apelación revocando la resolución del Juzgado de Primera Instancia.

A continuación, presentamos el caso de una carta epistolar que envió la causante (junto con su marido) a la futura demandante, ordenando a sus herederos la entrega de una cantidad de dinero o determinados bienes inmuebles (a modo de legado). No puede ser considerado testamento ológrafo por los defectos siguientes: el testamento mancomunado (esposa y marido en este caso) está prohibido por el art. 669 del Cc; y le falta el requisito de la autografía del documento, según prescriben los arts. 678 y 688 del Cc. La Sentencia del TS de 28 de septiembre de 1998 (nº 870 / 1998; RJ 1998, 7287) se resume en el siguiente extracto: “No constituye disposición testamentaria la carta conjunta de dos cónyuges ordenando a sus herederos la entrega de cierta cantidad de dinero o de determinados bienes inmuebles a otro en “compensación de todo”.”

En determinados casos las palabras incompletas y sílabas borradas no salvadas con la firma de la testadora, no implican necesariamente la nulidad del testamento ológrafo. Así se expresa el TS en la Sentencia de 30 de noviembre de 1956 (RJ 1956, 3851): “...si las palabras que se expresan como incompletas y de trozos borrosos, no

aparece que alteren o varíen la voluntad de la testadora expresada en el documento declarado testamento, no son obstativas a la validez del mismo, como enseñan las Sentencias de este Supremo Tribunal de 29 de noviembre de 1916 y de 3 de abril de 1945”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 1 de junio de 1999 (nº 384 / 1999; AC 1999, 976), da validez a un testamento ológrafo que contiene una mera equivocación o error al consignar los guarismos correspondientes al año, entre otros defectos formales meramente accidentales. *“Siendo el autor el propio testador, cumple con el requisito de ser escrito todo el por el mismo, y por ello tal omisión a lo que puede afectar es a la validez de la palabra tachada, enmendada o añadida, las cuales se tendrían por no puestas. Es esta última la postura que ha venido sosteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siempre y cuando afecten a elementos accidentales (STS de 25 de octubre de 1947) o no se varíen ni alteren (SSTS de 24 de febrero y de 4 de noviembre de 1961), lo que deja fuera de la excepcional doctrina aludida, según estableció la STS de 3 de abril de 1945, aquellos casos, bien distintos, en los que las palabras no salvadas bajo la firma del testador, al recaer sobre algún objeto o elemento principal de las disposiciones testamentarias, tales como la firma del testador, la fecha del testamento, la cosa o cantidad objeto de la institución de heredero o del legado, etc., hacen dudoso el contenido de dicha disposición o la concurrencia de los requisitos sustanciales que han de acompañar a la forma autógrafa del testamento...”.*

Respecto al tema de la protocolización de un testamento ológrafo que contiene palabras tachadas no salvadas por el testador, se considera que sólo afecta a la disposición concreta y no a la validez de todo el testamento, así lo expresa el Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 20 de noviembre de 1995 (nº 56 / 1995; AC 1995, 2142).

3.1.3. *La autografía del testador*

Constituye la esencia misma de este tipo de forma testamentaria llegando a decirse que debería denominarse “testamento autógrafo”^{55 56}.

⁵⁵ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis; op. cit.; página 161.

El TSJC en la sentencia de 7 de enero de 1993 señala que el testamento como negocio jurídico solemne, incluyendo la forma ológrafa, la falta de alguno de sus requisitos afectarán a la validez del mismo. Sin embargo, el propio Tribunal se encarga de atemperar la rigidez literal de las formas ológrafas, diciendo que el testamento no se anula por pequeñas enmiendas no salvadas que no afecten a elementos básicos de la disposición⁵⁷.

La Audiencia Provincial de Soria, en su sentencia de 19 de abril de 2007 (nº 77 / 2007), examina y resuelve un supuesto de testamento ológrafo que carece de valor por no haber sido suscrito por el testador, en concreto la firma del mismo. En el Fundamento de Derecho Segundo de la referida sentencia, destacamos: *“Por tanto, entendemos que la parte demandante ha acreditado cumplidamente que el testamento ológrafo no fue firmado de propia mano por el fallecido J.A., y en consecuencia no se reúnen todos los requisitos del artículo 688 del Cc, que la resolución de instancia enumera y que ahora damos por reproducidos, concretamente falta la autografía de la firma del documento por parte del causante, y en consecuencia el testamento ológrafo no puede ser considerado válido. En este sentido, la doctrina jurisprudencial puede resumirse diciendo que el testamento, aunque revista forma ológrafa, es un negocio jurídico solemne y la falta de alguno de los requisitos del artículo 688 del Código civil afecta a su validez. ... Siguiendo a la doctrina, (Vaquer Aloy, “La interpretación del testamento” “no se interpreta la voluntad del testador, se interpreta la voluntad declarada por el testador cumpliendo con los requisitos de forma impuestos legalmente. La forma no es mero soporte de la voluntad, sino que constituye el mecanismo mediante el cual es indispensable, so pena de nulidad, que el testador exprese su intención.”). En apoyo de las conclusiones de esta resolución, citaremos la STS de 16 de junio de 1988, la de la Audiencia Provincial de Ávila de 4 de julio de 2002, y la de la Audiencia Provincial de Lérida de 31 de julio de 2003.”* El Tribunal acuerda en el fallo estimar el recurso de apelación y revocar la sentencia de la instancia, por la falta del requisito formal de la firma del testador, según prevé el art. 688.2 del Cc.

⁵⁶ El Diccionario ideológico de la lengua española y el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, desconocen la palabra “autógrafo”, designando como palabra sinónima: “autógrafo”.

⁵⁷ Cfr. art. 421-17 del Libro IV del CcCAT: “... 2. Perquè el testament ològraf sigui vàlid cal: a) Que estigui escrit i signat de manera autògrafa pel testador amb la indicació del lloc i la data de l'atorgament. Si conté paraules ratllades, esmenades, afegides o entre línies, l'atorgant les ha de salvar amb la seva signatura”.

La Audiencia Provincial de Ávila, en la sentencia de 4 de julio de 2002 (nº 163 / 2002), resuelve sobre los autos de un testamento ológrafo con prueba caligráfica, que demuestra que el documento estuvo escrito de puño y letra por el testador. Así lo resolvió el Juzgado en Primera Instancia (autos de juicio verbal sobre protocolización de testamento ológrafo). En el recurso de apelación, la Audiencia valora adecuadamente la prueba caligráfica practicada por el Juzgado, por lo que desestima la apelación, concluyendo que el testamento ológrafo es valido por contener todas las formalidades legales del art. 688 del Cc (y en el mismo sentido del art. 421-17 del CcCat).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 30 de mayo de 2004 (nº 378 / 2004: AC 2004, 1403) acredita la autenticidad de la voluntad de la testadora: *“... el testamento ológrafo está escrito y firmado por la testadora y reúne todos los requisitos exigidos para su validez, se sustenta sólo en presunciones, indicios, pruebas indirectas, cuando no elucubraciones, acerca de que el testamento fue inducido por el beneficiario...”*, *“... no lo invalida el que en su confección hubiese sido ayudada la testadora por terceros a fin de pulir la redacción gramatical, ...”*.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de abril de 2002 (JUR 2003, 46666), enjuicia un caso de presentación de testamento ológrafo en fotocopia y mecanografiado, por lo que el Tribunal desestima la pretensión de validez del mismo: *“...la presentación del documento original, es presupuesto necesario para la protocolización del testamento siendo buena muestra de esta diferencia de trato, la imposibilidad de dar validez a un testamento ológrafo mecanografiado, ...”*.

La obligación inexcusable de cumplir con los requisitos legales impuestos por la ley (Código civil / Código civil de Cataluña), hace improcedente protocolizar un testamento ológrafo que no ha sido escrito por la testadora, sino una persona en su nombre, debido a su analfabetismo. El Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 12 de mayo de 2005 (AC 2005, 1039) considera: *“... el otorgamiento de testamento exige un formalismo riguroso, que las normas sucesorias describen con minuciosidad y su exigencia es requisito “sine qua non” para su validez y eficacia y así la Jurisprudencia ha sido tradicionalmente muy exigente en cuanto a la necesidad del cumplimiento escrupuloso de las formas testamentarias (SSTS de 28 de enero de 1861, de 18 de*

noviembre de 1934, STSJC, de 7 de enero de 1992), evidentemente que la Sra. L. confió en un profesional, pero dicha circunstancia no otorga al documento la eficacia y validez de la que carece tal como se pretende por la apelante,.../ ... dicho documento sólo contiene unas manifestaciones que es necesario ventilarlas en el correspondiente juicio declarativo a los fines que se pretendan, puesto que no cabe su calificación como una forma testamentaria, a los efectos pretendidos por la recurrente, ya sea un codicilo ológrafo, una memoria testamentaria tal como insiste la recurrente, por lo que perece dicho motivo.”

3.1.4. Lugar y fecha de otorgamiento

En cuanto al lugar ya hemos comentado que no se exige en el Cc (art. 688), sin embargo, si resulta obligatorio en el derecho catalán, así se desprende de la vigencia del actual art. 421-17, 2.a) del CcCat.

Aquí también el TSJC ha tenido ocasión de pronunciarse en este aspecto formal del lugar, manifestando que no es necesario que conste manuscrito por el propio testador si de alguna forma puede determinarse que el testamento se ha otorgado en un determinado lugar (por ejemplo, el membrete del papel utilizado). Así se expresó el TSJC en la sentencia de 23 de abril de 1998⁵⁸.

Con relación a la fecha del otorgamiento, el TS ha declarado reiteradamente que la falta de expresión de la fecha vicia de nulidad el testamento ológrafo, aun cuando sea el único otorgado por su autor en toda su vida y el defecto no plantee problemas de revocación de otro acto de última voluntad supuestamente anterior (STS de 29 de septiembre de 1900, de 12 de julio de 1905, de 5 de diciembre de 1927, y de 13 de mayo de 1942). La expresión de la fecha puede hacerse de manera indirecta (por ejemplo: “el día de Navidad de 1984”). La fecha del testamento ológrafo ha de ser exacta y verdadera, coincidiendo con el día con que el testamento se ha concluido. Si se produce discordancia por antedatarse o postdatarse, con fecha falsa, bien sea intencionadamente o por error, se reputa que falta la fecha, procediendo la sanción de

⁵⁸ Citada en el libro del notario GARRIDO MELERO, Martín: “Derecho de Sucesiones”. Casuística: A) El caso del enfermo del SCIAS-Hospital de Barcelona y del destino de su colección de arte peruano y romano. Editorial Marcial Pons, pág. 864.

nulidad (así se expresan las STS de 20 de septiembre de 1900, de 20 de diciembre de 1913, de 5 de diciembre de 1927, de 13 de mayo de 1942, y de 11 de abril de 1945). La SAPB de 22 de mayo de 1991, considera que la fecha del testamento ológrafo es un requisito de validez esencial⁵⁹.

La doctrina jurisprudencial anterior tiene su lado opuesto en el sentido de flexibilizar la rigidez de la fecha, siempre que ello no afecte a una cuestión de capacidad del testador o de los vicios que pudieran hacer ineficaz el testamento (SAPB de 16 de julio de 1991).

Al decir del Notario D. Xavier Roca Ferrer⁶⁰, que la expresión de la fecha en un testamento ológrafo eficaz tiene valor fehaciente cuando el mismo haya quedado válidamente protocolizado, pero lo tiene desde el mismo día en que conste redactado. Probablemente nos encontramos ante el único caso de documento privado cuya fecha tiene valor frente a todos y a todos los efectos por lo que resulta de su propio texto.

En relación a la falta de un requisito esencial como puede ser la fecha del documento, la Audiencia Provincial de Madrid, emitió Sentencia de 24 de junio de 2008 (nº 351/2008). El testamento ológrafo en cuestión no pudo protocolizarse ante el Juzgado de Primera Instancia *“por falta de requisitos esenciales de forma (fecha)”*. Con relación al objeto propiamente dicho del juicio de apelación, el Tribunal indica: *“Además, debe tenerse en cuenta que aquí no se dilucida la existencia del derecho real de propiedad que pueda ostentar Dª G., sino tan sólo la validez extrínseca de un título que sólo de reunir los requisitos o presupuestos a los que la ley subordina su eficacia, posibilita la adquisición del dominio, ex artículo 609 del Código civil.”*. Entrando en el fondo de la resolución judicial, el Fundamento de Derecho Tercero concluye: *“Pues bien, como con rotundidad se infiere de los hechos acreditados, el título exhibido por Dª G. (testamento ológrafo) carece de la más mínima validez para dar sustento a su oposición, no sólo por la denegación judicial de su protocolización, sino por la valoración que del mismo está legitimado a hacer este Tribunal a tenor de los claros e imprescindibles dictados del art. 688 del Código civil.”*. Por ello, el Tribunal desestima el recurso de apelación, no dando ninguna validez legal al testamento ológrafo presentado.

⁵⁹ ROCA FERRER, Xavier: op. cit.; págs. 463 y 464.

⁶⁰ ROCA FERRER, Xavier Op. cit.; pág. 464.

Con relación a si la fecha del testamento ológrafo constituye un requisito esencial, o una simple equivocación sin relevancia jurídica, traemos a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 22 de enero de 2002 (nº 26 / 2002), que resuelve la apelación interpuesta en contra del auto del Juzgado de Primera Instancia de protocolización de un testamento ológrafo. El Tribunal ha verificado que se han cumplido todos y cada uno de los requisitos para la validez de un testamento ológrafo: a) la capacidad (art. 688 Cc); b) voluntad testamentaria (art. 667 Cc); y c) autografía, firma y cronología de su otorgamiento (art. 688 Cc). Sin embargo, el único punto en discusión estaría en la enmienda observada en la fecha del documento. A lo que el Tribunal de la apelación responde: *“Cabe afirmar que el requisito de la fecha en esta forma de testar, la ológrafa, no es tan absoluto que no admita excepciones, y así la doctrina sólo niega validez al testamento ológrafo cuando hay falsedad o alteración intencionada de la fecha, pero no cuando existe una simple equivocación si el error, como sucede en el caso concreto de la litis, carece de relevancia jurídica ya que, cualquiera que resultara su fecha, no es oponible tal fecha a la de ningún otro testamento de la causante, pues solo su inexistencia puede corresponder la declaración judicial de herederos “ab intestato”.* Finaliza la presente Sentencia dejando claro que el instrumento que se presentó para protocolización: *“... es un testamento, lo que vincula “ab initio” a los interesados, sin perjuicio de su impugnación en vía declarativa según citado art. 693; en consecuencia, en este juicio es donde, se podrá replantear la observancia de toda esa legalidad compleja, bajo los principios propios de la jurisdicción contenciosa, en el bien entendido que, salvo evidencia probatoria en contrario, se habrá de aceptar cuanto el Juez acordó en la precedente protocolización de tal testamento; procediendo por tanto la confirmación de la resolución recurrida en todas sus partes y la íntegra desestimación del recurso interpuesto.”*

La importancia de la fecha la remarca el TS en su Sentencia de 10 de febrero de 1994 (nº 87 / 1994; RJ 1994, 848), en su FJ Quinto: *“... la fecha del testamento ológrafo no tiene el mismo alcance que la del testamento abierto o testamento notarial, ... y solamente cuando se decida definitivamente pueda poner la fecha y la firma, y es desde entonces cuando puede decirse que el testamento está otorgado, de modo que el otorgamiento surge no de lo escrito y de su contenido sino de colocar la fecha y la firma”.* Esta sentencia hace una incursión en el derecho comparado sobre el tema de la fecha, en especial el Código civil de Austria (que la considera necesaria para evitar

litigios), y el Código civil de Alemania (que tampoco la considera obligatoria, siempre que pueda determinarse por otros medios). *“La doctrina científica acoge estas ideas, sin negar que la fecha tiene la importancia de afirmar el carácter jurídico del testamento ológrafo y elevarlo a declaración de voluntad, por virtud del cual el simple proyecto privado pasa a ser testamento”*.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1945 (RJ 1945, 570) considera: *“... que el testamento ológrafo que no contiene indicación exacta del año, mes y día en que fue escrito, carece de una condición esencial para su validez (Sentencias de 29 de septiembre de 1900, de 12 de julio de 1905, de 5 de diciembre de 1927, y de 13 de mayo de 1942)”*. En esta misma Sentencia, se alude a la validez de las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, que sólo pueden afectar a la validez de tales palabras, pero nunca al testamento mismo; la Sala se refiere a: *“... la Sentencia de 29 de noviembre de 1916, en el sentido de que no obstan a la validez del testamento las tachaduras, enmiendas o entrerrenglonados sin salvar, cuando fueren de palabras “que no afecten, alteren ni varíen de modo sustancial la expresa voluntad del testador manifiesta en el documento”*.

La Audiencia Provincial de Madrid, en Auto nº 118 / 2005, de 4 de abril de 2005 (AC 2005, 449), considera que no puede protocolizarse un testamento ológrafo por ausencia de fecha, expresándose en los siguientes términos: *“La fecha es un requisito formal no sólo del testamento ológrafo (art. 688, párrafo segundo del Cc), sino en general de todo tipo de testamento escrito (arts. 695, 706 y demás concordantes del Cc). Se trata de un requisito trascendente por la relevancia que tiene para determinar la capacidad del testador,...”, “... después de poner la fecha y la firma, es desde entonces cuando puede decirse que el testamento está otorgado, de modo que tal otorgamiento surge no de lo escrito y de su contenido, sino de colocar la fecha y la firma,... (STS, de 10 de febrero de 1994 – RJ 1994, 848)”*.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 13 de enero de 2003 (nº 9 / 2003; AC 2003, 717) resuelve: *“... La modificación de fecha en el testamento, ha de salvarse también en forma manuscrita en el mismo documento, lo que es exigido imperativamente por nuestro Tribunal Supremo como garantía de seguridad jurídica, entre otras, en la STS de 6 de febrero de 1969 (RJ 1969, 648)”*. Si la fecha ha sido manipulada, es suficiente para determinar la nulidad del testamento.

El Auto de la Audiencia Provincial de Cuenca de 13 de mayo de 1998 (nº 23 / 1998; AC 1998, 5492), considera válido un testamento ológrafo que contiene una enmienda no salvada sobre la fecha realizada por la propia testadora empleando incluso la misma tinta: *“...no es dable perder de vista que el elemento estrictamente gramatical no resulta el único instrumento hermenéutico hábil en punto a la interpretación de las normas jurídicas. En este sentido, el artículo 3 del Código civil previene que, ...debe atenerse al espíritu y finalidad de aquéllas”. “... la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 17 de julio de 1997, afirma que el requisito de la fecha en el testamento ológrafo, no es tan absoluto que no admita excepciones, y así la doctrina sólo niega validez al testamento ológrafo cuando hay falsedad o alteración intencionada en la fecha, pero no cuando existe una simple equivocación si el error puede ser rectificado, según el contenido del propio testamento, ...”.*

Sin embargo, no se puede protocolizar un testamento ológrafo cuya fecha es ilegible (Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 17 de abril de 1997 (nº 137 / 1997; AC 1997, 731).

3.1.5. *La voluntad de testar*

Un aspecto a tener en cuenta desde el punto de vista jurisprudencial y que recuerda el Notario D. Xavier Roca Ferrer⁶¹, es la clara voluntad de testar de quien redacta y firma un testamento ológrafo, es decir de disponer “mortis causa”, no siendo válidas las meras recomendaciones o los consejos dirigidos a los parientes.

En el caso de Cataluña, el testamento ológrafo deberá contener la institución de heredero o bien haber nombrado un albacea universal. Si el testador está sujeto al derecho de Tortosa, no es obligatorio el nombramiento de heredero, si la herencia se distribuye en legados (art. 423-1 del CcCat).

La voluntad de testar puede reflejarse tanto en el testamento como en codicilo ológrafos. Aunque la diferencia de contenido entre ambos es esencial, pues mientras el testamento ológrafo, para ser considerado como tal, debe contener la institución de

⁶¹ ROCA FERRER, Xavier. Op. cit.; pág. 464.

heredero; en el codicilo ológrafo el testador puede perfectamente ordenar uno o varios legados. Este es el caso jurisprudencial que se expone a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1996 (nº 368 / 1996).

La referida Sentencia habla de la eficacia de dos testamentos ológrafos, aunque según el Derecho sucesorio de Cataluña tendríamos que referirnos a dos codicilos ológrafos, pues la otorgante ordenó en ambos codicilos sendos legados a una persona (su sirvienta para más detalles) y no constan en ninguna de ellos la institución de heredero.

En primer lugar el TS en su Fundamento Jurídico Tercero alude al hecho de obtener la declaración judicial de validez de un testamento ológrafo a través de un juicio declarativo ordinario y sin haber obtenido la protocolización del mismo en la forma fijada por los arts. 689 y siguientes del Cc. *“Así lo tiene proclamado esta Sala en sentencias de 31 de enero de 1911 y 28 de enero de 1914, la primera de las cuales declara lo siguiente: “...siendo así que esas mismas solemnidades, en lo que tengan de fundamental para hacer constar la voluntad de un testador y su forma legal de expresión, pueden y deben acreditarse, bien en el expediente de la jurisdicción voluntaria previsto en el Título 6º, Libro 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien en el correspondiente juicio contradictorio...”; ... así lo reconoció este Tribunal, entre otras, en su sentencia de 31 de enero de 1911, declarando la eficacia de la disposición testamentaria que no estaba protocolizada. ...El juicio declarativo ordinario, con la plenitud de conocimiento que comporta, ofrece mayores garantías de acierto que un acto de jurisdicción voluntaria, cual el que regulan los artículos 689 y siguientes del Código civil”.*

Respecto al tema de los vicios de consentimiento y a la auténtica voluntad de testar “mortis causa”, el TS en su FJ Cuarto infiere: *“1ª. Es reiterada doctrina de esta Sala, cuya notoriedad excusa una cita pormenorizada de la misma, la de que el tema relativo a la existencia o no de vicios del consentimiento es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación de los Tribunales de la instancia, y en el caso aquí examinado, la sentencia de primera instancia, cuyos razonamientos acepta expresa e íntegramente la aquí recurrida, declara que “...de lo actuado no se coligen sino insinuaciones, posibilidades e, incluso, intuiciones, pero no existe prueba alguna -ni siquiera la apreciación conjunta de la practicada- que permita llegar a la conclusión de que los*

testamentos litigiosos fueron hechos sin la debida libertad de disposición” (Fundamento jurídico tercero de la sentencia de primera instancia que, como se ha dicho, acepta expresamente la aquí recurrida). 2ª. Asimismo, es reiterada e igualmente notoria doctrina de esta Sala la de que la interpretación de los testamentos es función exclusiva de los Tribunales de la instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas han de ser mantenidas en casación, salvo que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la voluntad del testador.”

Por último, la STS comentada (FJ 5º) aborda el tema de la revocación tácita del párrafo primero del art. 739 del Cc, en el sentido de que el testamento anterior es revocado por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte. Ello es debido a que en el recurso de casación se plantea la posibilidad de que el segundo testamento ológrafo anule el primero, redactados y firmados por la misma causante. El comentario que sigue entronca con la teoría de la flexibilización del citado párrafo primero del art. 739 del Cc: “... el nuevo y más flexible criterio jurisprudencial, ya iniciado en las sentencias de esta Sala de 22 de marzo de 1901, de 17 de junio de 1915 y de 11 de diciembre de 1929, y consolidado en la reciente de 1 de febrero de 1988, coincidente, además, con el de la doctrina científica mayoritaria y con el que ya adoptó la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 12 de septiembre de 1947 y 18 de diciembre de 1951) es el de que la “voluntad” que se exige en el párrafo primero del artículo 739 del Código civil para dejar subsistente un testamento anterior puede ser, no sólo la explícita o expresa en tal sentido, sino también la que se deduzca del tenor de ambos testamentos cuando, aplicando las reglas de interpretación que establece el artículo 675 del mismo Cuerpo legal, aparezca evidente la intención del testador de mantener o conservar el testamento anterior, respecto del cual el posterior sea complementario, aclaratorio o simplemente modificativo.” (cita de la sentencia de esta Sala del TS de fecha de 7 de mayo de 1990). “Con base en la expresada doctrina jurisprudencial, ... al realizar la interpretación de los dos testamentos ológrafos, en los que solamente se ordenan dos legados (uno en cada uno), declara probado que la voluntad de la testadora fue la de mantener la coexistencia de los dos referidos testamentos “tanto en la relación del uno con el otro como, dado su carácter eminentemente codicilar, en su conexión con la institución de herederos universales de los demandados efectuada en el testamento abierto de 24 de junio de 1981” (Fundamento jurídico cuarto de la sentencia aquí recurrida).” El recurso de casación fue desestimado por el TS.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de fecha: 18 de abril de 2001 (nº 131 / 2001), se resuelve un recurso de apelación, en el que se confirma el testamento ológrafo. El Tribunal valora la prueba caligráfica que la contrapone con las declaraciones testificales, así como la propia voluntad de la testadora. Finaliza la resolución en los siguientes términos: *“Pues bien, la valoración en su conjunto de los elementos probatorios que quedan expuestos, patentiza la intención de la testadora, reiteradamente manifestada en comentarios públicos, de designar como heredero a D. E.M., ..., llevan a este Tribunal a concluir, contrariamente a lo sustentado por el juzgador de instancia, no ser falso el testamento referido y, en consecuencia, a rechazar la acción entablada en la demanda, lo que conlleva la estimación del recurso y revocación de la sentencia recurrida”*.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 19 de diciembre de 2006 (nº 1302 / 2006), resuelve un recurso de apelación, en el que mantiene la validez del testamento ológrafo (escrito de puño y letra por el testador en una tarjeta de visita y una carta), debido a la clara voluntad de testar del otorgante. El Fundamento de Derecho Segundo nos introduce en el tema de la interpretación del testamento (ológrafo, en nuestro caso): *“La finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador –que es la manifestada en el momento en que se realizó el acto de disposición, es decir, en el instante del otorgamiento del testamento (aparte de otras, SSTS de 29 de diciembre de 1997 y 23 de enero de 2001)-, sin que el intérprete pueda verse constreñido por las declaraciones o por las palabras, sino que su objetivo ha de ser la de descubrir dicha intención, que prevalece sobre aquéllas porque constituye el fin de la hermenéutica testamentaria, según establece el artículo 675 del Código civil, y ha sido recogido por la doctrina jurisprudencial concerniente a este precepto (entre otras, SSTS de 9 de marzo de 1984, de 9 de junio de 1987, de 3 de noviembre de 1989, de 26 de abril de 1997, de 18 de julio de 1998, de 24 de mayo de 2002, de 21 de enero de 2003, de 18 de julio y 28 e septiembre de 2005). Y sigue esta sentencia del TS con la siguiente exposición doctrinal de la interpretación testamentaria (siendo válida para el caso que nos ocupa del testamento ológrafo): “Entre los medios de interpretación testamentaria se encuentran primordialmente los siguientes: el elemento literal o gramatical, del que procede partir según el propio artículo 675 y, además, con la presunción de que las palabras utilizadas por el testador reproducen fielmente su voluntad (STS de 18 de julio de 2005); los elementos sistemático, lógico y finalista,*

empleados de forma conjunta o combinada, sobre la base de la consideración del testamento como unidad (STS de 31 de diciembre de 1992); los elementos de prueba extrínsecos, que son admitidos por las doctrinas científica y jurisprudencial (entre otras, SSTS de 29 de diciembre de 1997, de 18 de julio de 1998, de 24 de mayo de 2002, y de 21 de enero de 2003), ya sean coetáneos, previos o posteriores del acto testamentario”.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 10 de diciembre de 1956 (RJ 1956, 3860), considera que no es testamento ológrafo el esbozo o proyecto o aquel en que el otorgante se limite a aconsejar o rogar respecto el destino de su patrimonio, por ello: *“... el testamento no valdrá como tal si no consta con claridad la intención de testar, esto es el “animus testandi in actu””.*

La voluntad de disponer tiene que aparecer de una forma clara y diáfana, por ello el Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de julio de 1940 (RJ 1940, 689) considera que no constituye testamento ológrafo: *“Que la voluntad de disponer de todo o parte de los bienes para después de la muerte no aparece expresada en el documento de referencia, ya que éste no contiene disposición ninguna a favor de persona cierta o que pueda ser determinada, conforme al precepto del artículo 750 del Código”.*

El Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de junio de 1993 (AC 1993, 1348), resuelve que una carta no constituye verdadero testamento ológrafo: *“... el art. 667 del Código civil, considera testamento el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos”. “... el art. 688 del Código civil, considera que es preciso que sus expresiones revelen el “animus testandi in actu””.*

3.1.6. *La conservación del testamento ológrafo*

El CcCat nada dice sobre la conservación del testamento ológrafo; así pues, podrá quedar en poder del testador, entregarlo a otra persona para su custodia, o bien depositarlo en una Notaria siempre que el Notario lo autorice (no estando el fedatario público obligado, según el art. 216 del Reglamento Notarial). Si el Notario sabe que se

trata de un testamento ológrafo, tiene la obligación de remitir información al Registro General de Actos de Última Voluntad.

El Cc regula en su art. 690 la obligación que tiene la persona en cuyo poder se encuentra el testamento ológrafo una vez se conozca la muerte del testador, para presentarlo en el Juzgado en el plazo de diez días; siendo responsable de los daños y perjuicios que se causen por su dilación. También podrán presentar este testamento para su trámite judicial, cualquier persona que tenga interés en el susodicho testamento, sea como heredero, legatario, albacea o cualquier otro concepto.

3.1.7. *La adveración y protocolización*

Con la adveración y la protocolización se da por finalizado el trámite para la validez del testamento ológrafo, así lo exige el vigente art. 421-17, 2b) del CcCat. La adveración consiste en que el testamento ológrafo se presente ante el juez o funcionario competente para que confirme su autenticidad. A continuación, ordenará la correspondiente protocolización notarial.

La adveración deberá realizarse ante el Juez del Primera Instancia del último domicilio del testador, o al del lugar en que éste hubiera fallecido, dentro de los cinco años, contados desde el día del fallecimiento. Sin este requisito no será válido. Esta es la literalidad del art. 689 del Cc⁶².

El plazo de cinco años que establece el Cc (art. 689) es de caducidad y no de prescripción (extinción de un derecho por inactividad durante un plazo de tiempo determinado sin que se produzca interrupción alguna)⁶³. Recordemos que el nuevo Libro IV (relativo a las sucesiones) del CcCat establece un plazo de cuatro años para advenir el testamento ológrafo (art. 421-19).

Con referencia al responsable de la adveración, el art. 690 del Cc establece: *“La persona en cuyo poder se halle depositado dicho testamento deberá presentarlo al*

⁶² ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis; op.cit.; página 171. Cita las sentencias de 5 de diciembre de 1955 y de 30 de noviembre de 1956, en relación al art. 689 del Cc.

⁶³ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis; op.cit.; página 171. Cita las sentencias siguientes: 27 de abril de 1940, 29 de septiembre de 1956 y 10 de noviembre de 1973; y la resolución de 29 de enero de 1986.

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. También podrá presentarlo cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea, o en cualquier otro concepto”.

Como casos especiales dependiendo del lugar donde se encuentre el testamento, el Cc regula distintos supuestos. Así, si el testamento estuviere depositado en poder de un Agente diplomático o consular español en el extranjero, éste lo remitirá al Ministerio de Asuntos Exteriores, cuando fallezca el testador, con el certificado de defunción (art. 736 del Cc). Y para el caso de que durante un viaje marítimo falleciera el testador con testamento ológrafo, el Comandante o Capitán lo recogerán para custodiarlo, haciendo mención de ello en el Diario, y lo entregarán a la autoridad marítima local del primer puerto del Reino, para que se remita al Ministerio de Defensa (art. 729, párrafo 1º del Cc).

El Tribunal Supremo tiene sentada doctrina legal sobre el auto que accede o deniega la protocolización del testamento ológrafo, el cual *“no puede producir o fundamentar la excepción de “cosa juzgada” ni aun en el sentido limitado de la autografía del testamento que el recurrente propugna...”*.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 29 de noviembre de 2003 (nº 297 / 2003), examina el caso de la protocolización del testamento ológrafo otorgado por extranjero; debiendo aplicarse la ley española al ser la del otorgamiento. *“Primero.- La sentencia de primera instancia declara no haber lugar a la indicada protocolización debido a que siguiéndose la sucesión de la señora H.H., en lo que se refiere a la capacidad de testar y validez del testamento otorgado, por la Ley belga o alemana, y dado para que sea aplicable el derecho extranjero en nuestro derecho, a tenor de lo establecido en el art. 12.6 del Código civil, es necesario que quien lo invoque, acredite su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la Ley española, al no haberse producido dicha acreditación es lo que le lleva a desestimar la demanda Segundo.- ..., la norma de conflicto aplicable no es la contenida en el art. 9.8 del Código civil, sino la contenida en el art. 11 de dicho cuerpo legal, que establece la aplicación de la ley del país en que se otorgan, cuando de las formas y solemnidades de los testamentos se trate, en el presente caso, la Ley española,”*.

3.2. El procedimiento de adveración

La adveración⁶⁴ consiste en un procedimiento judicial enmarcado dentro de la jurisdicción voluntaria, que trata de comprobar la legitimidad del testamento ológrafo. Finaliza el procedimiento con el acuerdo de protocolización notarial, o bien su denegación.

Su regulación se encuentra en el art. 421-18 del CcCat y en los arts. 691, 692 y 693 del Cc.

Para comprobar la autenticidad del testamento, el CcCat no dispone de medidas especiales que deba tener en cuenta el Juez, lo que supone la total libertad de prueba para llegar a una determinada convicción de veracidad del testamento que es objeto de adveración.

Sin embargo, el Cc establece un procedimiento minucioso en sus arts. 691 y 692; con el fin de comprobar la identidad ológrafa del testamento, solicitando el Juez la presencia de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador, y declaren que no albergan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del testador. A falta de testigos idóneos, o si dudan los examinados, el Juez solicita la intervención de peritos calígrafos. Para la práctica de las diligencias expresadas, serán citados el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y los ascendientes del testador y, en defecto de unos y otros, los hermanos. También se citará al Ministerio Fiscal para los casos de personas que no residan dentro del partido, o se ignore su existencia, o sean menores o incapacitados que carecieren de representación legítima. Todos los citados podrán presenciar la práctica de las anteriores diligencias y hacer, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento.

La resolución del Juez dictada en el expediente de adveración debe cumplirse, con independencia de que se haya formulado oposición a la misma. En este supuesto, los interesados podrán hacer valer sus derechos en el juicio correspondiente.

⁶⁴ Según el Diccionario ideológico de la lengua española de Julio Casares, el verbo transitivo "adverar" significa: certificar, dar por cierta alguna cosa.

La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) no regula expresamente el procedimiento de adveración del testamento ológrafo, que tal como se ha comentado anteriormente es el propio Cc (arts. 691 a 693) el que regula este procedimiento; sin embargo, la LEC vigente no derogó las normas procesales de la “jurisdicción voluntaria” de la anterior LEC (Disposición Derogatoria Única. 1), que siguen vigentes (Libro III) hasta el momento en que se apruebe el proyecto de Ley sobre la Jurisdicción voluntaria. Así pues, en los procedimientos actuales de la jurisdicción voluntaria aunque no se regula expresamente la adveración judicial del testamento ológrafo, si guarda muchas similitudes con el procedimiento de adveración de las memorias testamentarias escritas de puño y letra del testador (arts. 1976 y 1977 de la antigua LEC).

Debe remarcarse que este procedimiento (judicial) de adveración termina con una resolución que debe llevarse a efecto, es decir la protocolización del testamento. Asimismo, siempre queda a salvo el derecho de los interesados para ejercer sus derechos en el juicio declarativo ordinario correspondiente (art. 693 Cc y art. 421-18.3 CcCat), en el cual se examinarán y debatirán todas y cada una de las complejas cuestiones jurídicas y fácticas relacionadas con la litis sucesoria.

La resolución (auto) que recaiga en este procedimiento puede ser apelada ante el Tribunal Superior (Audiencia provincial), sin embargo no puede ser objeto de casación al no encontrarnos ante una resolución definitiva, por lo que no produce excepción de cosa juzgada, pudiéndose reproducir en el juicio declarativo correspondiente (SSTS de 9 de mayo de 1961 y de 16 de junio de 1988)⁶⁵.

El Auto de la Audiencia Provincial de Lérida de 17 de diciembre de 2002 (AC 2002, 553), establece la obligación de protocolizar, sin perjuicio de la oposición, en los siguientes términos: *“El art. 693-2 del Cc establece claramente que tanto si se acuerda como si se deniega la protocolización se llevará a efecto, no obstante oposición, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda. En los mismos términos se pronuncia el art. 121-3⁶⁶ del Codi de Successions”*.

3.3. La caducidad del testamento ológrafo

⁶⁵ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis; op. cit.; página 173.

⁶⁶ Corresponde al actual art. 421-18.3 del Libro IV (*Successions*) del *Codi civil de Catalunya*.

El art. 421-19 del CcCat establece un plazo de caducidad de cuatro años (a diferencia del Cc que lo fija en cinco años).

Este plazo se inicia en el momento de la muerte del testador y finaliza en el momento de la presentación del testamento en el Juzgado para ser averado. Este plazo, como hemos advertido, es de caducidad (extinción automática de un derecho por el simple transcurso del tiempo concedido para su ejercicio).

Asimismo, se fija un plazo de seis meses para protocolizar el testamento, desde el momento de la resolución del expediente. En el Cc no se establece plazo alguno para protocolizar notarialmente el expediente judicial.

Finalmente, el propio CcCat establece que si durante los plazos anteriores (de cuatro años y de seis meses) se presenta demanda sobre la validez del testamento, la protocolización se debe realizar en el plazo de seis meses contados desde el momento en que la resolución judicial sea firme.

La protocolización del testamento ológrafo está sometida a plazo de caducidad y tiene extraordinaria importancia al imprimirle el carácter de documento público, por ello su efecto es radical y automático y con determinación precisa del día en que comienza su computación (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1940 (RJ 1940, 303)).

3.4. Revocación material del testamento ológrafo

El art. 422.10 del CcCat regula la revocación material de los testamentos y codicilos ológrafos, así como las memorias testamentarias.

Esta revocación material puede ser total, cuando los documentos aparezcan rotos o inutilizados, o las firmas que los autorizan aparecen borradas, raspadas o corregidas sin ser salvadas; o parcial, cuando el documento aparezca solo con alguna corrección o algún cambio, presumiendo que el testador sólo ha querido modificar o revocar esta parte.

Esta revocación material del testamento y los codicilos ológrafos resulta plenamente compatible con la doctrina jurisprudencial expuesta “obiter dicta” en la STS de 14-5-1996, al tratar de la compatibilidad de dos codicilos ológrafos. Esta doctrina legal ha sido expuesta anteriormente en el apartado que se refiere a la voluntad de testar.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1999 (nº 941 / 1999), que resuelve un recurso de casación, cuya litis se inició en el Juzgado de Primera Instancia que conoció el juicio de mayor cuantía en el cual se declaró la nulidad de un testamento abierto ante Notario (27-11-1987), al mismo tiempo que se acordó tener por adverado y a llevar a cabo su protocolización del testamento ológrafo realizado por la misma testadora el día 11 de noviembre de 1985 (en este momento en pleno uso de sus facultades mentales). El TS únicamente rescata y da validez al testamento ológrafo realizado con anterioridad al testamento abierto declarado nulo. El FJ 3ª expresa lo siguiente: *“... el debate, se ha de centrar sobre la nulidad del testamento abierto, vicio totalmente demostrado y declarado lógicamente en la sentencia recurrida y aceptado en este recurso, derivado de la falta de cabal juicio de la otorgante, y que por lo tanto debe hacer surgir, tal declaración, con todos sus efectos las disposiciones del testamento ológrafo, sin que tenga nada que ver la solemnidad de una u otra clase de testamento.”*

Así pues, en esta resolución judicial, cobra eficacia legal el testamento ológrafo que temporalmente fue revocado por un testamento abierto ante notario y posterior, y que debido a la nulidad de este último, el referido testamento ológrafo volvió a cobrar eficacia legal con su adveración judicial y protocolización notarial.

3.5. Compatibilidad del testamento ológrafo con la sucesión intestada

Esta compatibilidad se plantea en el recurso de apelación promovido ante la Audiencia Provincial de Soria, de fecha: 27 de diciembre de 2002 (nº 135 / 2002), en cuya sentencia se resuelve favorablemente la citada compatibilidad de las dos sucesiones, testamentaria e intestada. El Fundamento de Derecho Primero expone: *“..., nos encontramos en el caso sometido a nuestra consideración con la existencia de un testamento ológrafo protocolizado, cuya copia obra en el folio 11 de las actuaciones,*

por medio del cual D^a L. dispuso de parte de sus bienes, por lo que será de aplicación para el resto de los bienes de la causante el art. 912 del Código civil, que en su n^o 2 admite la compatibilidad de las dos sucesiones, testamentaria e intestada, reconocida también en otros preceptos del Código civil -párrafo 3^o del art. 658, art. 764, o art. 986-, permitiéndose acudir al procedimiento de declaración de herederos “ab intestato” aunque haya testamento, siempre que en el mismo no se disponga de todos los bienes del testador. Procederá pues la declaración de herederos “ab intestato” respecto de los bienes de que el testador no haya dispuesto en su testamento, estableciéndose así una compatibilidad de la sucesión legítima con la voluntaria, y así lo pone de manifiesto la STS de 18 de abril de 1956 al decir que: “admitida la compatibilidad de las dos sucesiones, procede la intestada si no se ha instituido heredero por la totalidad de los bienes relictos”.

Esta compatibilidad de la sucesión testada con la intestada que permite el Código civil, no resulta aplicable en Cataluña, así se desprende de su regulación legal actual en el Libro IV del Código civil de Cataluña. En el preámbulo de la LLei 10/2008, de 10 de julio, que aprueba el libro IV del CcCat, se hace referencia al mantenimiento de los principios sucesorios del derecho catalán y que son: el principio de necesidad de heredero, el de universalidad del título de heredero, de incompatibilidad de títulos sucesorios (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decidere potest*), de prevalencia del título voluntario, y la perdurabilidad del título sucesorio.

Así pues, en el Derecho sucesorio de Cataluña, en base a los tres primeros principios anteriores: necesidad de heredero (art. 422-1.3); universalidad del título sucesorio (art. 411-1); e incompatibilidad de títulos sucesorios (art. 411-3.2), de tal forma que la sucesión intestada sólo puede tener lugar en defecto de heredero instituido, siendo incompatible con el heredamiento (institución contractual de heredero) y con la sucesión testada universal.

En el caso de testamento ológrafo en Derecho catalán, éste deberá contener la institución de heredero (universal) y no puede deferirse la herencia parcialmente, ya que el testamento ológrafo sería nulo y la sucesión aplicada sería la intestada.

3.6. Nulidad del testamento ológrafo

Exponemos a continuación un supuesto de nulidad de testamento ológrafo, pero refiriéndonos a la nulidad material del mismo, y no por la falta de algún requisito formal como los vistos anteriormente.

El Tribunal Supremo, en vía casacional, emitió sentencia de fecha: 19 de mayo de 2004 (nº 406 / 2004), en la que desestimó la referida casación, ante un testamento ológrafo, formalmente perfecto, pero que contenía instrucciones reservadas a modo de herencia de confianza y no permitidas por el art. 785.4 del Cc; es decir, el Código civil no admite testamentos que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según las instrucciones del testador.

El TS niega validez al referido testamento ológrafo por contener instrucciones reservadas al heredero sobre el destino de los bienes de la herencia, aspecto que le hace acreedor de invalidez por mandato expreso del art. 785.4 del Cc.

Finalizamos con un párrafo del Fundamento de Derecho Primero: *“Dicho lo anterior, es preciso traer a colación la abrumadora doctrina jurisprudencial que determina que la interpretación de las disposiciones testamentarias es facultad que corresponde y está enclavada en el área de la soberanía del juzgador de instancia (por todas las sentencias de 30 de enero y 27 de febrero de 1997). Por ello, no queda más remedio que afirmar que el testamento ológrafo de fecha de 15 de julio de 1990 otorgado por Dª MC, está incurso en el apartado 4 del artículo 785 del Código civil, ya que contiene instrucciones reservadas comunicadas por la testadora, lo que tiene que llevar a la ineficacia -no surtir efectos- de dicho instrumento testamentario”.*

En el derecho sucesorio de Cataluña, es admitida la herencia de confianza y así resulta regulada en los artículos 424-11 a 424-15 del libro IV del Código civil de Cataluña. Por ello, en sentido contrario al expuesto para el supuesto de personas sujetas al derecho común del Código civil, el testamento ológrafo en Cataluña puede instituir heredero (o legatario) de confianza, pudiendo tener eficacia legal siempre que contenga todos los requisitos para su validez (art. 421-17) y se cumpla con el procedimiento de adveración y protocolización del mismo (art. 421-18)

CONCLUSIONES:

En el presente trabajo hemos tenido en cuenta dos vertientes al estudiar el testamento ológrafo en derecho civil catalán.

A.- El examen de la evolución histórica del testamento ológrafo en Cataluña.

B.- El examen de la figura del testamento ológrafo, su validez y su problemática a través del estudio jurisprudencial.

A.- Conclusiones del examen de la evolución histórica del testamento ológrafo en Cataluña.

Primera:

En sus orígenes el testamento ológrafo en Cataluña era un tipo de testamento que se constituyó de forma definitiva con la constitución CII de las Novelas de Justiniano, en concreto la novela 107, este era el testamento parentum inter liberos.

En el análisis histórico hemos visto que en la admisión del testamento ológrafo en Cataluña, se ve la diferencia entre la modalidad de testamento ológrafo y el parentum inter liberos, este último testamento muy ligado a la tradición jurídica catalana, con sus orígenes en el derecho romano, tan arraigado a Cataluña que era conocido como el testamento ológrafo catalán. Ambos testamentos ológrafos, con diferencias sutiles pero que vemos en el análisis histórico que desencadenan diferentes posturas doctrinales a la hora de determinar su validez.

Esta dos posturas en la doctrina surgen a partir de la Codificación de Cc español, ya que anteriormente parece claro que en Cataluña el testamento ológrafo admitido era la modalidad parentum inter liberos. A partir del Cc, y sobre todo por su aplicación en Cataluña como derecho supletorio, entra en el derecho catalán al testamento ológrafo general.

Las diferencias entre estas dos modalidades son sutiles pero importantes a la hora de determinar su admisibilidad. Ambos son testamento escrito de puño y letra del testador firmado por éste, y con los requisitos formales determinados. El parentum inter liberos es también un testamento ológrafo con los mismos requisitos formales que el establecido en el testamento ológrafo general pero con una limitación en el contenido. Es decir, que sólo podían ser disposiciones a favor de los descendientes o también con el legado del usufructo al cónyuge viudo, y más adelante otra diferencia eran los plazo para su protocolización, mientras el testamento ológrafo reúne un plazo máximo de 5 años, el parentum inter liberos no tiene ningún plazo marcado.

Estas diferencias hacen que históricamente veamos que existen dos tipos de testamentos ológrafos en Cataluña, uno que es el tradicional e históricamente admitido y otro que viene a través del derecho civil español como derecho supletorio.

Segunda:

Antes de la Compilación, la discusión doctrinal que se desprende de los diferentes proyectos de apéndices publicados, era la admisión del testamento ológrafo inscrito en el Cc español o la permanencia de la tradición jurídica catalana, validando así la única forma testamentaria ológrafa, vigente hasta entonces por aplicación de la novela 107 de Justiniano en Cataluña en ese momento, el parentum inter liberos. Parece que finalmente en la Compilación de 1960 fueron cristalizadas ambas opiniones doctrinales, ya que admitía el testamento ológrafo remitiendo al Cc, y mantuvo la modalidad del parentum inter liberos dándole un carácter privilegiado por no tener plazo de caducidad.

Pero finalmente vemos una unificación doctrinal, que se plasma en el CS que suprime la privilegiada variedad del parentum inter liberos, regulando el testamento ológrafo en los términos prácticamente iguales que el Cc español; se escoge la seguridad jurídica, ante la que podríamos llamar romántica, pero no práctica, tradición jurídica catalana.

Posteriormente, como se ha explicado en el *Avantprojecte del llibre IV del Codi civil de Catalunya*, parece que se quiera recuperar la tradicionalidad jurídica de Cataluña y aparece nuevamente esta figura privilegiada del parentum inter liberos. Pero

al final en la publicación de la LLei 10/2008, de 10 de julio, del *llibre IV del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, la curiosa incorporación del testamento parentum inter liberos queda suprimida. A final el legislador ha estimado decantarse, otra vez, por la seguridad jurídica más que por la tradición histórica que el *Avantprojecte* quería recuperar.

B.- Conclusiones en el examen de la figura del testamento ológrafo, su validez y su problemática a través del estudio jurisprudencial.

Primera:

Con el objetivo de centrar la metodología empleada en el presente trabajo del testamento ológrafo; debemos considerar que, sin perjuicio de las diferencias históricas, la situación legal actual del testamento ológrafo en Cataluña (CcCat) y en España (Cc) es prácticamente la misma, pues las diferencias de regulación de este documento sucesorio son mínimas entre ambos territorios.

En este sentido ha sido nuestro interés y finalidad no interferir en las diferencias que pudieran plantarse entre el testamento ológrafo catalán y el aplicado en el resto del Estado; antes bien, se ha tratado de ofrecer un estudio monolítico de esta figura sucesoria, tanto desde el punto de vista legal, como doctrinal y jurisprudencial.

Un claro ejemplo de lo anterior ha consistido en las referencias jurisprudenciales de los distintos órdenes judiciales, y no solamente del Tribunal Supremo, dando entrada simultánea a sentencias de las Audiencias Provinciales (tanto de Cataluña como del resto del Estado) junto a las del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Segunda:

El testamento ológrafo, reconocido por el Cc y por el CcCat, no se admite en los Derechos forales del País Vasco y Navarra. Así pues, en el País Vasco, sólo se admite la forma abierta notarial, según prevé el art. 49 de la Ley 3/1992, de 1 de julio de

Derecho civil foral del País Vasco. Lo mismo podemos decir de Navarra, en que se prohíbe la forma ológrafa en el art. 199 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, que aprueba la Compilación de derecho civil foral de Navarra. En el caso de Aragón, se permite la forma de testamento ológrafo mancomunado (no permitido en el Código civil -art. 669- ni en el Derecho catalán), según el art. 96 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Aragón.

Desde el punto de vista de la aplicación del derecho civil internacional, en relación con ciudadanos extranjeros que otorguen testamento en España, si bien el art. 9.8 del Cc dispone que *“La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren”*, sin embargo, debe tenerse en cuenta que pueden otorgarse testamentos ológrafos en España por personas de otra nacionalidad, en base al art. 11.1 y 11.3 del Cc: *“Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen”*. *“Será de aplicación la Ley española a los contratos, testamentos y demás actos jurídicos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero”*. Asimismo, según el art. 688.3 del Cc: *“Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma”*. Finalmente, con referencia a los testamentos hechos por españoles en país extranjero, el art. 732 del Cc dispone: *“Podrán asimismo hacer testamento ológrafo, con arreglo al artículo 688, aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento”*.

Tercera:

A través del estudio jurisprudencial llevado a cabo en este trabajo, vemos las dificultades que tanto el testamento ológrafo como su anterior modalidad, el parentum inter liberos, surgían en la práctica. Lo importante de un testamento es que en el momento de la muerte del testador se ejecute su última voluntad, pero en el caso del testamento ológrafo, por las propias características intrínsecas de esta clase de testamento, hace que en muchos casos éste no se pueda ejecutar.

Dentro de las críticas doctrinales al testamento ológrafo, que entiendo que merece destacarse, es la expuesta por el prestigioso jurista catalán Borrell y Soler (principios del siglo XX) en los siguientes términos: *El testamento ológrafo, a cambio de*

dar facilidades y reserva para testar, ofrece peligros de impremeditación, de falsificación, de ineptitud del testador, de ocultación y de destrucción del testamento”.

El Notario Martín Garrido Melero, certifica el comentario anterior desde el punto de vista de la praxis profesional, pues expone que en todos los testamentos ológrafos que ha protocolizado y todos los que ha podido “convertir” en testamentos notariales eran “potencialmente contenciosos”.

Otro problema o dificultad en el testamento ológrafo es el “animus testandi”. El requisito esencial del negocio jurídico del testamento es la voluntad de testar de quienes lo otorgan, esta voluntad se hace evidente en los testamentos notariales, pero en los actos “mortis causa” otorgados privadamente, es necesario que esta voluntad de testar conste de manera clara.

Mientras en los testamentos otorgados ante fedatario público, simplemente con el hecho de haber comparecido ante el notario ya constituye, en sí, una muestra de la existencia de la voluntad de testar, en el testamento ológrafo esto no ocurre por no otorgarse ante fedatario público, así en esta clase de testamentos esta voluntad se hace evidente si consta claramente que el destino de los bienes tiene un carácter imperativo y que se hace para después de la muerte del testador.

Son mucho los casos en los que la jurisprudencia ha resuelto que falta el “animus testandi”, determinado, así, la inadmisión de determinados documentos ológrafos como testamentos, en concreto aquellos en que es sólo un proyecto de testamento o en los que se manifiesta un simple deseo, pero no es realmente una voluntad de testar.

También debemos destacar, que entre los varios inconvenientes que puede presentar el testamento ológrafo, no deja de tener la ventaja de “carácter de soliloquio” escrito, que como tal posibilita una sucesión testamentaria totalmente secreta.

Sin embargo, es aceptado por la doctrina y jurisprudencia que la seguridad jurídica debe prevalecer en la regulación de esta forma de disposición testamentaria. Dando por aceptada pacíficamente su regulación tanto en el Cc como en el CcCat, y dadas las especiales características libérrimas del testamento ológrafo. Es por ello, que

con el fin de preservar la seguridad jurídica del documento, deben extremarse las precauciones de índole formal y material para que se cumpla la última voluntad expresada libremente por el causante y otorgante del susodicho testamento ológrafo.

Cuarta:

La regulación legal vigente del testamento ológrafo en el CcCat se centra únicamente en tres artículos (421-17, 421-18 y 421-19), sin embargo en el Cc su regulación es más amplia (arts. 688 a 693, ambos inclusive), debido a que contiene una breve formulación del procedimiento de adveración y protocolización.

Así pues esta forma testamentaria, debido a sus características específicas de secreto, puede presentar aspectos que pueden invalidar el mismo, como son la falta de capacidad del testador, posibilidad de ocultación, de falsificación o de destrucción. Ante este cúmulo de situaciones fácticas que pueden presentarse en la cotidianidad del testamento ológrafo, debemos destacar la importancia que ejercen los Tribunales de justicia, en orden a dirimir los defectos formales o materiales que pueden conllevar a la no protocolización del testamento ológrafo presentado para su adveración.

La jurisprudencia de los Tribunales coadyuvará a que la seguridad jurídica del testamento ológrafo quede asegurada, revisando todas y cada una de las formalidades y requisitos que hacen acreedor al testamento ológrafo del otorgamiento legal que se le presupone. Tampoco debemos olvidar que como indica el Cc (párrafo segundo del art. 693), que cualquiera que sea la resolución judicial en el procedimiento de la protocolización, ésta se llevará a efecto, aunque se impugne, quedando siempre a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda.

BIBLIOGRAFÍA

BORRELL, i SOLER, Antoni Maria. *Dret civil vigent a Catalunya*. Barcelona: Impremta de la Casa de Caritat, 1923., Vol. 5.

BUSTO, JM, COLINA, R., ROVIRA, M^a Esther, ÁLVAREZ, Natalia y PEÑA, F. *Código de Sucesiones. Derecho territorial: común y foral*. Edit. Aranzadi / Thomson. Año 2002.

BROCÀ i de MONTAGUT, Guillem M^a de. *Historia del derecho de Cataluña especialmente del civil y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la jurisprudencia*. Ed. Facsímil en 2 vol. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, 1985-1987.

BLANCO RODRIGUEZ. *Testamento parentum inter liberos. La partición de la herencia en Derecho Romano*, Valladolid 1991.

Código Civil español (Real Decreto de 24 julio 1889).

Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña. (Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Vigente hasta el 1 de enero de 2009).

Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña (Ley 40/1991, de 30 de diciembre). Tomo I. Editorial Bosch: págs. 462 a 466.

DURÁN I BAS, Manuel. *Memoria de las Instituciones del Derecho Civil de Catalunya*

ECONOMIST & JURIST. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, SA. Base de datos jurídica.

ELIAS, José Antonio y FERRATER, Estheban. *Manual de Derecho Civil vigente en Cataluña*. Editado en Barcelona. Año 1864, por Establecimiento Tipográfico de Narciso Ramírez y Rialp.

FAUS, Ramon y CODOMINES, Francisco de Asís. *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Catalunya*. Editado por el Colegio de Notarios de Catalunya y Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid-Barcelona, año 2003.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier. *Código civil. Concordancias, notas y jurisprudencia*. Editorial Aranzadi. Año 1993.

GARCIA DEL CORRAL, Ildefonso. *Cuerpo del derecho civil romano*. Traducción del latino. Barcelona 1989. Reeditado por Editorial Lex nova, S.A.

GARRIDO MELERO, Martin. *Derecho de Sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. Editorial Marcial Pons.

IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano, Historia e Instituciones*. Editorial Ariel Derecho, 11º Edición, Barcelona, 1994.

Libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (Llei 10/2008, de 10 de julio).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley de Enjuiciamiento Civil. Real Decreto de Promulgación de 3 de febrero de 1881.

MARSAL GUILLAMENT, Joan: *El Testament. Editado por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya a Barcelona, año 2000*. <http://www.tesisenxarxa.net>

MARTINEZ SARRION, Ángel, en: *Testamento, Codicilos y Clausula Codicilar*. Editorial Colegio de notarios de España. Año 2004.

MIQUEL, Joan. *Derecho Privado Romano*. Editorial Marcial Pons. Madrid 1992.

MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni y SALVADOR CODERCH, Pau (recopiladores). *Projecte d'Apèndix i materials precompiladors del Dret Civil de Catalunya*. Editado por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. Barcelona 1995.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*. Editorial La Ley. 4ª edición. Año 2004.

OLIVER, Bienvenido. *Estudios históricos sobre el Derecho Civil en Cataluña*. Editado por la Librería Española (Madrid) y la Librería de el Plus Ultra (Barcelona). Año 1867.

PELLA Y FORGAS, José. *Derecho Civil de Cataluña* (exposición del Derecho catalán comparado con el Código civil español), tomo II, 2ª edición. Editorial Vela. Barcelona. Año 1943.

PIZARRO, Mª José. *Sucesión testada, intestada y contractual. Colección jurisprudencia: sucesiones* Edt. Thomson / Aranzadi. Año 2006.

PUIG FERRIOL, Lluís y ROCA TRIAS, Encarna. *Institucions del Dret Civil de Catalunya*. Editorial Bosch, segunda edición. Año 1988.

ROCA FERRER, Xavier. *Comentarios al Código de Sucesiones de Catalunya. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*. Editorial Bosch, Barcelona 1994. Vol. I.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de Sucesiones*. Tomo I. 2ª edición. Editorial Bosch. Año 1995.

SERAFINI, F. *Instituciones de Derecho romano*. Barcelona: J.Espasa, 1898, volumen 1ª. (Traducción española de Trias, con correcciones de J.M. Trías de Bes. Barcelona 1927). (Nota pie pág. 362).

TARRAGONA COROMINA, Miquel. Comentarios al Código de Sucesiones de Catalunya, Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Volumen I. Editorial Bosch. Barcelona. Año 1994.

TORRES, Miquel-Ángel. *Juicios sucesorios, división de herencia, títulos nobiliarios y sucesión foral. Colección jurisprudencia: sucesiones* Edit. Thomson / Aranzadi. Año 2006.

ANEXO

Índice de acrónimos:

AC	Aranzadi Civil
AP	Audiencia Provincial
Cc	Código civil español
CcCat	Código civil de Catalunya
CS	Código de sucesiones de Catalunya
FJ	Fundamento jurídico
Lec	Ley de enjuiciamiento civil
RJ	Repertorio Jurisprudencia (Aranzadi)
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SAPB	Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJC	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJC	Tribunal Superior de Justicia de Catalunya