

Sara Anguera Bartolomé

**LA FLEXIBILITZACIÓ DE LES SOLEMNITATS
TESTAMENTÀRIES**

TREBALL DE FI DE GRAU

Dirigit per el Dr. Antoni Vaquer Aloy

Grau de Dret



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2014

ÍNDEX:

1.	INTRODUCCIÓ	2
2.	FORMES DE TESTAMENTS.....	5
2.1.	ELS TESTAMENTS NOTARIALS	5
2.1.1.	TESTAMENT NOTARIAL OBERT.....	5
2.1.2	TESTAMENT NOTARIAL TANCAT.....	6
2.2.	EL TESTAMENT HOLÒGRAF	7
3.	SOLEMNITATS TESTAMENTÀRIES.....	9
3.1.	EN ELS TESTAMENTS NOTARIALS	9
3.1.1	IDENTIFICACIÓ I JUDICI DE CAPACITAT DEL TESTADOR	9
3.1.2	EN ELS TESTAMENTS NOTARIALS OBERTS.....	13
3.1.2.1.	Lloc	13
3.1.2.1	Data	13
3.1.2.3	Lectura i signatura en unitat d'acte	14
3.1.2.4	Idioma	17
3.1.2.5	Els testimonis	17
3.1.2.6	Formalitats per persones amb discapacitats sensorials.....	19
3.1.3.	EN ELS TESTAMENTS NOTARIALS TANCATS.....	21
3.1.3.1.	Lloc, Data i hora.....	21
3.1.3.2.	Idioma	21
3.1.3.3.	Escriptura	22
3.1.3.4.	Firma de totes les fulles.....	22
3.1.3.5.	Esmenes salvades	23
3.1.3.6.	Coberta tancada.....	23
3.2.	EN ELS TESTAMENTS HOLÒGRAFS.....	24
3.2.1.	LA REDACCIÓ AUTÒGRAFA I LA NECESSITAT D'IDENTIFICAR AL TESTADOR.....	24
3.2.2.	Data i hora.....	28
3.2.3.	Lloc	32
3.2.4.	Idioma	35
3.2.5.	Consideració de les paraules tatxades o corregides.....	35
3.2.6.	La signatura.....	38
4.	BREU REFERÈNCIA AL TESTAMENT EN PERILL INMINENT DE MORT:	40
5.	CONCLUSIONS.....	46
6.	BIBLIOGRAFIA.....	47
7.	JURISPRUDÈNCIA	48

1. INTRODUCCIÓ

El propòsit d'aquest treball és analitzar les diferents postures jurisprudencials i doctrinals relatives a la forma i les formalitats de les diferents disposicions testamentàries regulades en el Llibre IV del Codi Civil de Catalunya, (a partir d'ara CCCat).

Per fer-ho, considero adient partir de la base d'una sentència del Tribunal Suprem (a partir d'ara TS), la de 20 de març de 2013 (RJ/ 4755/2013).

La qüestió principal que analitza aquesta sentència és el compliment de les solemnitats testamentàries amb relació al pla formal del judici de capacitat del testador i la seva pertinent materialització o constància en el testament autoritzat per notari.

En el particular àmbit de la ineficàcia testamentària la aplicació del principi “*favor testamenti*” com a criteri tendent a flexibilitzar les solemnitats testamentàries, ha estat seguit des de fa temps per la Doctrina jurisprudencial de tal forma que, segons la regla del bon criteri, i donada la naturalesa de la sanció, que comporta la nul·litat del testament, s'imposa tenir en compte la importància de les formalitats per apreciar, amb relació a la seva transcendència, el límit dins del qual poden conceptuar-se complides les formalitats, harmonitzant així, la voluntat coneguda del testador amb els requisits externs de la seva expressió.

El que significa el principi de “*favor testament*”, és que s'ha d'interpretar sempre en el sentit que les clàusules mantinguin la seva eficàcia. Tan sols en el cas d'irreductibilitat entre algunes s'entén que cap és vàlida. Pel que fa a les disposicions intel·ligibles, s'entenen per no escrites sense que afectin a les demás clàusules ni a la validesa del testament. Igualment, respon a la mateixa finalitat el principi de nul·litat parcial o la afirmació de que la nul·litat d'una clàusula no implica la nul·litat del testament, excepte que el context total resulti que el testador no hauria ordenat les disposicions vàlides sense la disposició nul·la.¹

Hem de tenir en compte que en el dret successori català es preferent la successió

¹ LÓPEZ BURNIOL Juan José, a ROCA TRÍAS, Encarnación (Coordinadora general); JOU MIRABENT, Lluís (Coordinador de este volumen), *Sucesiones, Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña*, Editorial jurídica Sepín, 2011, pàgina 113.

voluntària, es a dir la testamentària sobre la intestada, aquest fet provoca que el principi ja mencionat “*favor testamenti*” tingui molta importància. Això justifica que determinades característiques del testament s’apliquin en la pràctica amb una certa flexibilitat o que a vegades tinguin fins i tot un valor purament formal, perquè si no fos així, i s’apliquessin rigorosament les formalitats testamentàries, comportaria que se n’hagués de declarar la nul·litat.

El principi de “*favor testamenti*” suposa un corrent jurisprudencial constant que fa tots els possibles per tal de salvar el testament amb raonaments més subtils. Aquest principi protegeix no solament els interessos individuals, si no que afavoreix també al màxim la possibilitat que una persona pugui atorgar testament i pugui adequar d’aquesta forma la seva voluntat a les circumstàncies econòmiques, socials i familiars en les quals ha desenvolupat la seva vida.²

La mateixa sentència justifica la flexibilització de les solemnitats testamentàries amb un altre principi més general, el “*favor contractus*”, ens diu doncs, que aquest principi s’ha consolidat com un element instrumental decisiu en la construcció d’un renovat Dret Contractual Europeu conforme al que s’estableix en els principals textos d’harmonització, com és el cas d’allò proposat en l’Avantprojecte de Llei de Modernització del Codi Civil en matèria d’Obligacions i Contractes. De tal manera que la conservació dels contractes es regeix com un autèntic principi informador del nostre sistema jurídic que comporta, entre altres extrems, el donar resposta adequada als vicissituds que presenta la dinàmica contractual des de la preferència i articulació dels mecanismes que comporten la validesa estructural del contracte i la seva conseqüent eficàcia funcional, facilitant així el tràfic patrimonial i la seva seguretat jurídica.

La sentència conclou que d’aquesta nova configuració, tendent a flexibilitzar l’àmbit d’ineficàcia contractual, també participa el principi de “*favor testamenti*”, com una projecció particularitzada a la peculiar estructura i naturalesa dels negocis jurídics *mortis causa*, de forma que, ha de donar-se prevalença a la voluntat realment volguda pel testador davant la rigidesa de les solemnitats i formes que, tan sols per la necessitat de la seguretat jurídica, imposen certes restriccions o limitacions a la eficàcia de la declaració testamentària realitzada.

² PUIG I FERRIOL, Lluís, a ROCA I TRIAS, Encarna, *Institucions del dret civil de Catalunya*, (Volum III. Dret Successions), (7^a Edició), Editorial Tirant Lo Blanch, 2009. Pàgina 133 i sg.

És molta la jurisprudència que donant sentit al principi general del dret de conservació i al més específic en aquesta matèria, *favor testamenti*, la que permet la eficàcia de testaments que no compleixen totes les formalitats exigides.

Per altra banda, també és nombrosa la jurisprudència que exigeix un compliment rigorós i inequívoc de totes les solemnitats atenent a la indisponibilitat de les solemnitats testamentàries.

Amb la intenció d'esbrinar els criteris que utilitza la jurisprudència per tal de flexibilitzar o no el grau d'aplicació d'aquestes solemnitats, he decidit realitzar aquest treball.

Primerament faré una breu explicació de les formes de testaments acceptades a Catalunya.

Després, seguiré amb totes les solemnitats exigides en cada forma.

I, finalment, analitzaré tota la jurisprudència rellevant aplicable a cada solemnitat.

2. FORMES DE TESTAMENTS

2.1. ELS TESTAMENTS NOTARIALS

2.1.1. TESTAMENT NOTARIAL OBERT

El testament notarial obert es troba regulat en l'article 421-13 del Codi Civil de Catalunya.

És testament notarial obert el que s'atorga davant notari hàbil seguint el mètode previst en aquest article.

En aquest testament, el testador expressa la seva voluntat, ja sigui de paraula o per escrit, al notari, i es aquest qui redacta el testament d'acord amb la voluntat del causant, i hi fa constar la data, el lloc i l'hora del atorgament. Un cop redactat, el mateix testador llegeix el testament o és el notari qui li llegeix al testador. Si hi està conforme, el firma. En cas de que el testador no pugui firmar, ja sigui perquè no en sap o perquè no pot, ho hauran de fer dos testimonis.

El fet de que el propi article digui que és el notari qui redacta el testament, no vol dir que el notari redacti materialment el testament, que pot fer-ho, sino que és l'autor d'allò redactat, de la mateixa forma que el novel·lista no deixa de ser autor per haver dictat íntegrament la seva novel·la.³

Un cop ja s'ha atorgat testament, s'ha de comunicar al Registre General d'actes d'Última Voluntat, tal i com s'estableix en els articles 12 i següents del Annex 2º del Reglament Notarial. Això permetrà que un cop acreditada la defunció mitjançant el certificat de defunció, qualsevol interessat, i transcorreguts almenys 15 dies des de la mateixa, podrà sol·licitar una certificació al Registre mencionat anteriorment, per tal de ser informat sobre si el causant havia atorgat testament o pacte successori.⁴

³ GARRIDO MELERO, Martín, *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*, (Tomo primero, LA PLANIFICACIÓN SUCESORIA), Editorial Marcial Pons, 2009, página 174.

⁴ Del POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones* (2ª edición) Editorial Marcial Pons, 2013, página 69.

2.1.2 TESTAMENT NOTARIAL TANCAT

En aquesta classe de testament existeixen dos fases per confeccionar-lo.

En primer lloc, la fase privada, en què el testador escriu o fa escriure el testament seguint les garanties establertes per l'article 421-14 del CCCat.

Seguidament, és quan entra en joc la fase pública, es presenta el testament al notari i si és necessari als testimonis, i s'emet l'acte d'atorgament, tal i com estableix l'article 412-15 del CCCat.

Aquest testament proporciona major privacitat degut a que el notari desconeix la voluntat del testador.

En la fase privada, el testador redacta el testament ja sigui de forma autògrafa o amb la utilització de mitjans telemàtics, on hi consti el lloc i la data. Ha de firmar cada fulla i el final del testament a més de totes les correccions, addicions o interlineats. En cas que el testament sigui escrit per un tercer a encàrrec del testador, s'ha de fer constar aquest fet i la identitat d'aquest tercer, qui també estarà obligat a firmar el testament. En cas de que el testador no sàpiga o no pugui firmar, indicant la causa, ho farà una altra persona, en les mateixes condicions que ho hagués fet el testador. El testament s'introduirà en una coberta tancada de tal manera que sigui impossible la seva extracció sense trencar-la. En cas que el testament estigui redactat en un suport informàtic, com per exemple un CD, tal i com permet l'esmena de modificació conjunta de tots els grups parlamentaris publicada en el *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 280, de 11 de juny de 2008, s'haurà de firmar amb una firma electrònica reconeguda.

La funció de la fase pública és l'autorització del testament tancat. Aquest sobre es presenta davant d'un notari hàbil amb la manifestació que en el seu interior conté el testament. Seguidament, el notari expedirà sobre la coberta una diligència breu on fa constar; el nom del testador, que aquest sobre conté el testament, i la manera com s'ha redactat, després, incorporarà al seu protocol el sobre amb la indicació de la data i l'hora del atorgament. El testador haurà de firmar l'acta i la coberta, i en cas de que no sàpiga o no pugi firmar, ho faran per ell dos testimonis. Aquest sobre quedarà custodiat pel notari.

Un cop s'hagi acreditat la defunció del testador, el notari, a petició de la persona interessada, obrirà el sobre davant de dos testimonis idonis i el protocol·litzarà expedit una nova acta tal i com estableix l'article 421-16 del CCCat.

L'article 421-14.5 del CCCat prohibeix expressament l'atorgament de testament notarial tancat a les persones cegues i que no sàpiguen o no puguin llegir degut a la impossibilitat d'aquestes per verificar el contingut del sobre tancat.⁵

2.2. EL TESTAMENT HOLÒGRAF

És testament hològraf el que escriu el testador de manera totalment autògrafa i el firma, expressant la data i el lloc del atorgament.

Pel que fa a la capacitat per testar utilitzant la forma de testament hològraf, la única limitació que s'exigeix, està regulada al article 421-17.1 del CCCat, on es determina la capacitat pels majors d'edat i menors emancipats.

Pel que fa a les persones cegues, es podrà fer testament hològraf sempre i quan sàpiga escriure, però ha d'utilitzar llenguatge alfabètic, per tant, el llenguatge Braille no està admès perquè no permet la necessari individualització del testador i com a conseqüència, no assegura la seva autoria.

Perquè un testament hològraf sigui eficaç, ha de ser protocol·litzat. Per tant, " *fins que no es protocol·litzi li falta eficàcia i no podrà ser impugnat*"⁶. Per protocol·litzar el testament hològraf el que s'ha de fer es verificar l'autenticitat de l'autoria del testament i la constància que realment existeix l'*animus testamenti*, la voluntat de testar. Si no es poden verificar aquestes dos circumstàncies, el jutge no autoritzarà la seva protocol·lització, tal i com s'estableix en els articles 421-17.2.b i 421-18 del mateix Codi.

Així mateix, existeix un termini de caducitat per iniciar la verificació del testament hològraf, quatre anys des de la defunció del causant. Pel que fa a la protocol·lització

⁵ Del POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones* (2ª edició) Editorial Marcial Pons, 2013, pàgina 70 i sg.

⁶ AAP Tarragona 7.6.2011 (Del POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones* (2ª edició) Editorial Marcial Pons, 2013, pàgina 70).

d'aquest, un cop el jutge l'hagi autoritzat, s'haurà de dur a terme en els sis mesos següents.

El fet de que es desestimi la verificació de un testament, no exclou la possibilitat d'anar a un judici declaratiu on es discuteixi la validesa d'aquest.⁷

⁷ Del POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones* (2^a edició) Editorial Marcial Pons, 2013, pàgina 71 i sg.

3. SOLEMNITATS TESTAMENTÀRIES

3.1. EN ELS TESTAMENTS NOTARIALS

3.1.1 IDENTIFICACIÓ I JUDICI DE CAPACITAT DEL TESTADOR

La **identificació del testador** és el punt fonamental del testament notarial. Així ho disposa l'article 421-7 del CCCat, *“El notari ha d'identificar al testador i ha d'apreciar la seva capacitat legal en la forma i pels mitjans establerts per la llei notarial”*.

Aquesta identificació ha de quedar clara i per tant en remissió a la llei notarial, seran, segons l'article 23 de la Llei 36/2006, de 29 de novembre, mitjans d'identificació idonis en cas de testaments els següents:

- **La fe de coneixement:** És a dir, la declaració del notari de que no té cap dubte sobre la identitat del testador.
- **Els testimonis:** La afirmació de dos persones amb capacitat civil que coneguin al testador i siguin conegudes pel notari, essent elles responsables de la identificació. Es tracta doncs, de la identificació per part de dos testimonis de coneixement que, si intervenen, seran també testimonis instrumentals, tot i que no s'estableix res en contra que hi hagi uns testimonis de coneixement i uns altres d'instrumentals. Serà necessari que el notari doni fe que coneix aquests testimonis, o que els ha identificat pels mitjans supletoris que preveu el mateix article 23 de la Llei Notarial i, finalment, caldrà que faci constar llurs circumstàncies personals. En aquest cas concret es interessant estudiar la Sentència del Tribunal Suprem, de 25 d'abril de 1991, que, analitza la situació en què es van utilitzar dos testimonis merament “instrumentals” per dur a terme les tasques atribuïdes als de “reconeixement”, finalment, el testament es va declarar nul⁸: *“(…)«se identificará su persona con dos testigos que conozcan y sean conocidos del mismo Notario y de los testigos instrumentales »>> se está exigiendo una forma concreta y determinada para la exteriorización de la voluntad, y si no se cumple con el medio señalado el testamento será ineficaz, nulo, cuan sanciona el art. 687 del propio texto legal; la forma es así requisito*

⁸ STS (Sala Civil) de 25 d'abril de 1991. (RJ/1991/3029).

ad solemnitatem y no ad probationem, afecta a la propia sustancia del negocio, que si no se ajusta a ella no llega a nacer, según el tan conocido principio de dat essei rei, y ni aun acreditándose más tarde que tal era la voluntad del testador cabe concederle efecto alguno, pues voluntad y forma de expresión marcada por la ley forman unidad indisoluble, de imposible disociación”

- **Carnets o documents d'identitat:** Es tracta de la referència a carnets o documents d'identitat amb retrat i firma emesos per les autoritats públiques, l'objectiu dels quals sigui el d'identificar persones. En aquest cas la responsabilitat del Notari correspondrà a la de concordança de les dades personals, fotografia i firma estampats en el document d'identitat exhibit, amb els del compareixent. S'admeten com documents plenament identificadors, el Document Nacional d'Identitat (DNI) i el passaport. Pel que fa al passaport, s'admet el caducat però el notari pot tenir responsabilitat en cas de falsificació. Així ho ha establert una sentència⁹ del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (a partir d'ara TSJC), amb referència a la sentència de la Audiència, on s'acceptava la identificació mitjançant un passaport caducat des de feia bastants anys, basant-se en que no es pot pretendre que els efectes administratius, essencialment de policia i seguretat es puguin traslladar automàticament a les exigències pròpies de identificació de qui atorga testaments. Cal destacar que, el DNI caducat també ha estat admès: *“carecen de relevancia alguna como sucedería con la caducidad del DNI, pues no consta que la causante tuviera otro actualizado”*¹⁰ Per altra banda, s'admet també la targeta de resident a Espanya, i pel que fa al carnet de conduir, és discutida la identificació amb aquest document: *“En el mismo sentido **Ruperto Isidoro Martínez Martínez**, Notario, en su obra "Tratado de Derecho de Sucesiones (Ad ovo usque ad mala)", 2013, página 117, escribe que no comparte la opinión de los autores que dicen que no es aconsejable la utilización del permiso de conducción, considerándolo un medio de identificación más, citando en este sentido las SSTS 1004/2005, de 14 de septiembre, y 1078/2005, de 22 de septiembre y la SAP de Madrid de 31 de octubre de 2008, y la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de*

⁹ STSJ de Catalunya (Sala Civil i Penal) de 4 de setembre de 2006. (RJ 2007/6176).

¹⁰ AP Madrid (Secció 11ª) , sentència núm 719/2010 (RJ 2011/36210)

2006, sobre el permiso de conducción.”¹¹ Ara bé, en cas d'utilitzar-lo, seria necessària la presència de dos testimonis. Finalment, l'article 187 del Reglament Notarial, disposa que en cas d'utilitzar per a la identificació, documents d'identitat amb fotografia però sense firma, on consti la emparenta digital, el Notari haurà d'exigir que s'estampi la emparenta en el document en qüestió.

- **Comparació de firma:** En aquest cas es tracta de la comparació de la firma amb una altra que figuri en un document públic anterior on s'hagués donat fe per part del notari del coneixement del firmant. Per tant, aquest mitjà no servirà si el notari en el document anterior ha identificat al firmant per documents d'identitat o de testimonis.¹²

El **judici de capacitat** l'ha de realitzar el notari i realment, ell és l'únic legitimat per fer-ho, tot i que no hi ha res en contra que els testimonis també apreciïn la capacitat del testador. Però la última paraula la té sempre el notari.¹³ En referència ha aquest supòsit, cal destacar varia jurisprudència; *“Si bien con arreglo a tal precepto, deben el Notario y los testigos instrumentales asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad necesaria para testar, <<ese deber se cumple cuando el Notario y los testigos conocen de antemano al testador y el primero da fe de hallarse éste en la integridad de sus facultades mentales>> sentencia de treinta de septiembre de mil novecientos uno, (...)<<correspondiendo únicamente al Notario tal constatación de capacidad en la escritura de otorgamiento, pero sin que la misma se exija de forma expresa respecto de los testigos, siendo suficiente que así lo corrobore el fedatario como claramente se deduce de la sentencia de veinticuatro de marzo de mil novecientos cuarenta”*¹⁴

Per efectuar aquest control, el notari ha de tenir en compte l'edat del testador i la seva capacitat únicament en el moment de l'atorgament.

El control de l'edat és una qüestió purament objectiva. El notari determinarà l'edat d'acord amb el que resulti dels documents d'identitat aportats o de les manifestacions

¹¹ <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-permiso-de-conducir-ultimas-noticias.htm>

¹² LÓPEZ BURNIOL Juan José, a ROCA TRÍAS, Encarnación (Coordinadora general); JOU MIRABENT, Lluís (Coordinador de este volumen), *Sucesiones, Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña*, Editorial jurídica Sepín, 2011, pàgina 116 i sg.

¹³ JOU I MIRABENT, Lluís, a EGEA I FERNÀNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (directors); ALASCIO I CARRASCO, Laura (coordinadora), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (Volum 1), Editorial Atelier, 2009, pàgina 177 i sg.

¹⁴ STS (Sala Civil) de 21 de juny de 1986 (RJ/1986/3788).

del testador. Si falta els documents, el notari haurà de percebre per ell mateix l'edat del testador, cosa generalment deduïble de l'aparença o de l'aspecte i si és el cas, del mateix coneixement del notari o dels testimonis. El control de l'edat té una gran rellevància, ja que el testament atorgat per una persona que en el moment de l'atorgament no tenia els 14 anys, és nul.

Pel que fa a la capacitat natural, presenta més problemes a l'hora de valorar-la. El judici de capacitat emès pel notari té valor de presumpció *iuris tantum*, però privilegiada, que per destruir-la és necessària una clara i completa prova en contra.¹⁵ Així ho ha establert reiteradament la jurisprudència del Tribunal Suprem i ha estat adoptada pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya: *“l'asseveració notarial respecte de la capacitat de l'atorgant, atesa la seva serietat i el prestigi de la institució notarial, adquireix una especial rellevància de certesa i constitueix una enèrgica presumpció iuris tantum d'aptitud només destructible per una evident prova en contrari”*¹⁶; *“es tracta doncs, d'un judici de valor amb l'autoritat de qui l'emeta, que compleix funcions prime facie de credibilitat, però que, com es obvi, pot ser destruït per proves o evidències de signe contrari”*¹⁷; *“La declaración del notario autorizante sobre capacidad del otorgante constituye una presunción <<iuris tantum>> combatible por pruebas suficientemente convincentes”*¹⁸; *“la capacidad del testador ha de presumirse siempre tanto no se demuestre que tenía enervadas las potencias de raciocinio y voluntad. Ciertamente, se trata de presunción –“iuris tantum”- pero, en la jurisprudencia- “ad exemplum” STS de 7 de octubre de 1982- en aplicación al principio tradicional –“favor testamenti”- se considera reforzada cuando se trata de testamentos notariales”*¹⁹

Aquest judici de capacitat, es pot destruir doncs, tan sols amb proves inequívokes i convincents, clares i evidents sense que sigui suficient per a destruir-los ni tan sols la ulterior incapacitació del testador, tenint en compte que el que té rellevància és sempre el moment d'atorgar el testament.

¹⁵ LÓPZ BURNIOL, Juan José, a ROCA TRÍAS, Encarnación (Coordinadora general); JOU MIRABENT, Lluís (Coordinador de este volumen), *Sucesiones, Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña*, Editorial jurídica Sepín, 2011, pàgina 118 i sg.

¹⁶ STSJ de Catalunya (Sala Civil i Penal) de 21 de juny de 1990 (RJ 1994/9031) .

¹⁷ STSJ de Catalunya (Sala Civil i Penal) de 4 de febrer de 2002. (RJ 2002/6966).

¹⁸ STSJ de Catalunya (Sala Civil i penal) de 3 de gener de 1994 (RJ/1994/9035).

¹⁹ STSJ de Catalunya (Sala Civil i Penal) d'1 d'octubre de 1991 (RJ 1992\3908).

El que el notari ha de tenir en compte a l'hora de realitzar el judici de capacitat, és simplement que el testador es situï de manera suficient en el temps i en l'espai, es a dir, que sigui capaç d'explicar la seva situació personal i familiar i que sàpiga on és i com ha arribat. És necessari també que tingui una consciència suficient de què està fent, és a dir que sàpiga que està disposant dels seus béns per al dia que falti, i que expressi amb un mínim de coherència què vol fer. Finalment, cal que el testador sigui capaç de comprendre el document i de reconèixer la seva voluntat en el contingut del testament que li llegeix i li explica el notari.

3.1.2 EN ELS TESTAMENTS NOTARIALS OBERTS

3.1.2.1. Lloc

L'únic cas en què és necessari que es faci constar el lloc d'atorgament és quan aquest es faci fora del despatx.

3.1.2.1 Data

Quan parlem de data ens referim a any, més, dia i hora. L'article 421-13.1 del Codi Civil de Catalunya estableix l'obligatorietat que hi consti aquesta informació. La data en sí ha de fer-se constar de manera inequívoca; això significa, que són vàlids diferents maneres d'indicació de dates com per exemple: “*el dia de Sant Josep de l'any 2007*”, “*el dia del vuitantè aniversari del testador*” o simplement “*l'1 de febrer del 2014*”.

Pel que fa a l'hora, només és determinant quan en el mateix dia s'hagi atorgat un altre testament, per tant, encara que sigui un requisit fonamental, no viciarà de nul·litat el testament si no es dóna aquest cas, ja que “*la finalitat del requisit és assegurar la certesa de les últimes voluntats en els supòsits d'existència de testaments atorgats el mateix dia*”²⁰. Però s'ha de tenir en compte que l'hora pot ser determinant en casos d'impugnació per incapacitat, en cas per exemple de malalts que passen part del dia sedats.²¹

Per contra, la sentència del Tribunal Suprem de 21 de juny de 1986 va declarar nul un testament notarial obert en el qual faltava la expressió de l'hora: “*...por cuanto el*

²⁰ STSJC de Catalunya (Sala Civil i Penal) de 3 de gener de 1994 (RJ/1994/9035).

²¹ LÓPEZ BURNIOL, Juan José, a ROCA TRÍAS, Encarnación (Coordinadora general); JOU MIRABENT, Lluís (Coordinador de este volumen), *Sucesiones, Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña*, Editorial jurídica Sepín, 2011, pàgina 138 i sg.

primero de los preceptos exige que conste en el testamento la expresión de la hora correspondiente al día de su otorgamiento; motivo que si es de acoger, por los siguientes razonamientos: Primero, para la validez de todo testamento, es de absoluta necesidad que se cumplan de manera rigurosa todas las solemnidades esenciales y requisitos establecidos en la normativa contenida en el artículo seiscientos noventa y cinco del Código Civil, que establece los requisitos de orden formal que determinan la validez del testamento abierto, inobservancia de formalidades, que determina, conforme al artículo seiscientos ochenta y siete del mismo proclama, la nulidad de la disposición testamentaria, así lo tiene dicho esta Sala en sus sentencias de veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y cinco, veintisiete de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho y ocho de marzo de mil novecientos sesenta y cinco, que declaran que << el cumplimiento de los requisitos de forma es ineludible, sin que quepa la convalidación posterior>>; Segundo, es por ello que ha de expresarse en el testamento <<la hora>> en que fuera otorgado....estimada la demanda declarando, la nulidad del testamento(...) al adolecer del defecto formal apuntado de la falta de expresión de la hora de su otorgamiento(...)"²²

3.1.2.3 Lectura i signatura en unitat d'acte

L'article 421-5.1 exigeix la unitat de l'acte d'atorgament. L'acte d'atorgament del testament s'inicia amb la lectura del testament i finalitza, sense interrupcions, amb la firma del testador. Així ho reitera la jurisprudència, en aquest cas, el Tribunal Suprem: *"La unidad de acto es un requisito que consiste según conocida jurisprudencia, en la lectura del testamento en alta voz por el notario y la firma de los asistentes"*²³.

Quant a la firma del testador, si aquest no sap o no pot firmar, ho fa un dels testimonis, i seria necessari que el testador estampi la seva empremta digital, així ho determina l'article 191 del Reglament Notarial facultant al notari perquè exigeixi aquesta formalitat i indica que, preferentment, ho farà d'un o dels dos dits índex."²⁴ En aquest cas sembla interessant destacar la Sentència del Tribunal Suprem, en la qual, davant la impossibilitat de poder firmar, el testador va estampar la seva empremta digital: *"es*

²² STS (Sala Civil) de 21 de junio de 1986 (RJ/1986/3788).

²³ STS (Sala Civil) de 30 de noviembre de 1991 (RJ/1991/8582).

²⁴ LÓPEZ BURNIOL, Juan José, a ROCA TRÍAS, Encarnación (Coordinadora general); JOU MIRABENT, Lluís (Coordinador de este volumen), *Sucesiones, Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña*, Editorial jurídica Sepín, 2011, pàgina 139 i sg.

*evidente, de una parte, que la impresión de la huella dactilar no es la firma a que se refiere el citado precepto legal, y que por tal no cabe entender más que la autógrafa, eso es, la escrita de mano de su mismo autor”*²⁵, en aquest cas, el testament va ser declarat nul en virtut del article 677 del Codi Civil.

Cas contrari és la resolució de l'Audiència Provincial de les Illes Balears, més ressent que el cas anterior, on si que es va acceptar, en base al Reglament Notarial, la estampació de l'empremta digital en substitució al requisit de firma: “y el art. 260 que: *“Si el que hubiere de suscribir un documento que haya de ser legitimado no sabe o no puede firmar, o en cualquier otro supuesto en el que proceda la legitimación de la huella dactilar, el interesado, previa su identificación, imprimirá la huella dactilar en la forma prevenida en el art. 191 de este Reglamento a presencia del Notario, quien lo hará constar así en la diligencia de testimonio.”*; actualizados algunos preceptos por Real Decreto 1209/1984. (...) Y tampoco consta acreditado en este caso que la testadora supiese firmar, y en todo caso, no podía hacer la breve firma; ni que el Notario sufriera error y que se plasmase en el testamento de referencia, cumpliéndose las formalidades exigidas por las Leyes Sts de 20 de marzo de 2012 , 23 de marzo de 2010 ; de 21 de diciembre de 2009 . (Audiencia Provincial de Baleares, Sección 3ª); STS de 5 de noviembre de 2009 ; SAP Baleares-Sección 3ª, de 4 de noviembre de 2008 sobre validez del testamento otorgado ante Notario aunque no tenga la firma del testador (facultad omitida de carácter no esencial al haber estampado la huella digital de su seso índice derecho), y aplicación del art.191 del Reglamento Notarial; STS de 21 de marzo de 2006 y 24 de noviembre de 2004 ; y de la Audiencia Provincial de Baleares de 23 de septiembre de 2005 , entre otras. El art. 191 ofrece posibilidades y preferencias al Notario la huella digital a estampar, según las circunstancias del caso. Consiguientemente, la testadora estaba capacitada para tal acto ante el Notario, y éste no incurrió en defecto de formalidad alguna, como se expondrá, en tanto la falta de firma obedece a que apenas sabía hacerlo, y en cuanto fue estampada la huella digital ante Notario, como regula el Reglamento Notarial.”²⁶

La falta de firma del testador en cas de dir que no pot o no sap firmar, ha donat lloc a molta jurisprudència. El principal problema és distingir si el testador ho va fer expressament perquè el testament pogués ser impugnat, o que simplement deia la

²⁵ STS (Sala Civil) de 10 de noviembre de 1973 (RJ/1973/4163).

²⁶ SAP de Illes Balears (Secció 5ª) de 9 de juliol de 2012 (AC/2012/1350).

veritat. Els casos següents responen a la controvèrsia del fet d'expressar en el testament que la necessitat de firmar dels testimonis és deguda a que el testador “no sap firmar” quan en realitat hauria de constar que “no podia firmar”: *“la jurisprudència ha conclòs en la nul·litat del testament quan la declaració no s'ajusti a la realitat i suposi una presumpció de manca de voluntat. Però en el testament debatut res fa endevinar que el fet de dir que el testador no sabia signar quan realment no podia pugui revelar una manca de voluntat del testador (...) sinó de forma contrària a tal premissa, el que s'infereix de la sentència qüestionada és que el testador no podia signar en aquell moment degut a un tremolor a les mans que li impedia”*²⁷; al mateix respecte es pronuncia el Tribunal Suprem quan afirma que *“La inexactitud en que incurrió el notario no cabe concederle un sentido o valor absoluto, tan solo relativo, pues es de entender, a juicio de esta Sala, que cuando aquél manifestó que la testadora no sabía firmar, se refería, indudablemente, a la imposibilidad de saber hacerlo en aquél momento concreto”*²⁸. Per contra, es també significativa la jurisprudència del Tribunal Suprem que es mostra més restrictiva, com és el cas de la Sentència del Tribunal Suprem de 4 de gener de 1952, ratificada per la del 31 de gener de 1964 i la del 10 de novembre de 1973 *“La firma del testigo instrumental en lugar del testador, dando fe de ello el notario <<no puede tener lugar eficazmente más que en el caso de que éste no pueda o no sepa firmar, por donde si se acredita que la manifestación en virtud del cual firmó el testigo es inexacta, la falta de la firma del testador sabiendo éste firmar, supone el quebramiento de una formalidad legal tan especial como la suscripción del documento por aquél que lo otorgó>>”*²⁹; *“El incumplimiento de los requisitos formales provocaría la nulidad del testamento, en cuando no pudiera dudarse racionalmente que el mismo refleja con fidelidad la voluntad del testador”*³⁰.

El que evidencia aquest repertori de jurisprudència relatiu a l'exigència de la signatura que acabem de veure, és que la jurisprudència ha anat augmentant la seva flexibilització a mesura que han passat els anys, així podem comprovar clarament que la seva permissibilitat és més ampla en els últims temps.

²⁷ STSJ de Catalunya (Sala Civil i Penal) de 28 de febrer de 2000 (RJ/2001/8161).

²⁸ STS (Sala Civil) de 29 d'abril de 1999 (RJ/1999/2618).

²⁹ STS (Sala Civil) de 4 de gener de 1952 (STS (Sala Civil) de 10 de novembre de 1973 (RJ/1973/4163).

³⁰ STS (Sala Civil) de 19 de juny de 1958 (RJ/1958/2163).

3.1.2.4 Idioma

La norma general establerta al respecte és que el testament ha d'estar redactat i atorgat en llengua oficial. Així ho estableix l'article 421-12.1 del codi Civil de Catalunya. Però el mateix article en els seus punts 2 i 3 assenyala una excepció aplicable tan als testaments oberts com als actes d'autorització i protocol·lització dels testaments tancat. Aquesta excepció consisteix en que es permet testar en llengua no oficial a Catalunya, si el notari la coneix, i si no la coneix, amb l'ajuda d'un intèrpret designat de comú acord per el testador i el notari. En aquest cas, el testament es redacta en la llengua oficial que elegeix el testador i, si aquest ho sol·licita, a més amb la llengua no oficial. L'intèrpret ha de firmar el testament.

3.1.2.5 Els testimonis

La regla general és que no és necessària la intervenció de testimonis per a l'atorgament de testament, així ho estableix l'article 421-10.1 del Codi Civil de Catalunya.

Tot i això, tant el testador com el notari poden sol·licitar la seva presència.

La intervenció dels testimonis només és indispensable quan concorrin circumstàncies especials en el testador. Aquestes circumstàncies consisteixen en discapacitats físiques del testador que impedeixen que per si sol pugui corroborar o referendar la redacció del testament i la seva adequació amb les seves instruccions. L'article 421-10.2 del mateix Codi ens les determina, així, concorreran aquestes circumstàncies especials en els testadors secs, sords i quan per qualsevol circumstància declari que no pot o no sap firmar o declari que no sap o no pot llegir per si mateix el testament.

L'atorgament de testament per aquestes persones amb discapacitats físiques sensorials el tractarem en el següent punt.

En cas que sigui necessària la intervenció de testimonis, aquests són dos, que no han de ser cridats ni coneguts pel testador, ni tenir la mateixa residència. Per contra, sí que han d'entendre l'idioma de testador i saber firmar, ja que hauran de firmar el testament quan intervinguin.³¹

³¹ LÓPEZ BURNIOL, Juan José, a ROCA TRÍAS, Encarnación (Coordinadora general); JOU MIRABENT, Lluís (Coordinador de este volumen), *Sucesiones, Libro Cuarto del Código Civil de*

Pel que fa a l'exigència de la firma dels testimonis, la jurisprudència al respecte és bastant flexible: “*resulta clarament excessiu i enormement rigorós dependre en el pla formal la validesa d'un testament de la mera falta de firma d'un testimoni i, mes encara, si es pensa que la omissió amb tota probabilitat es degut a una distracció o descuit. Més encara del propi testimoni (empleat de la Notaria) que del notari*”³².

Els testimonis no han d'incórrer en circumstàncies d'inhabilitat regulades al article 421-11.2 del mateix codi. Aquestes causes són les següents:

- **Menors d'edat i incapaços per a testar:** Pel que fa a la edat, s'exigeix la majoria d'edat per a ser testimoni, per tant els menors emancipats no podran intervenir. Pel que fa a la capacitat per a testar en aquest cas, s'haurà de relacionar amb l'article 421-4 i per tant deduir que no podrà intervenir com a testimonis tota persona que no tingui capacitat natural en el moment en que ha d'intervenir com a testimoni en l'atorgament d'un testament, és a dir, qui tingui les facultats mentals pertorbades.
- **Els sords, els cecs i els muts que no puguin escriure:** aquesta inhabilitat es basa en que no poden complir la funció principal dels testimonis, que és la de narrar els fets que han presenciats.
- **Els condemnats per delictes de falsificació de documents, per calumnies o per falç testimoni:** ja que els seu testimoni clarament no pot ser fiable.
- **Els afavorits pel testament:** el criteri d'atribuir a aquest la inhabilitat de ser testimonis es per la seva possible imparcialitat.
- **El cònjuge, parella de fet i els parents fins al quart grau de consanguinitat o segon d'afinitat, dels hereus instituïts, dels legataris designats i del notari autoritzant:** es troben en una situació similar a la dels afavorits pel testament, per tant, es fonamenta en la imparcialitat.³³ Cal remarcar en aquest sentit la jurisprudència del Tribunal Suprem: “*Probado y reconocido que uno de los testigos instrumentales del testamento era pariente, dentro del segundo grado de*

Cataluña, Editorial jurídica Sepín, 2011, pàgina 126 i sg. I JOU I MIRABENT, LLUÍS, a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (directors); ALASCIO I CARRASCO, Laura (coordinadora), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (Volum 1), Editorial Atelier, 2009, pàgina 188 i sg.

³² STSJ (Sala Civil i Penal) de Catalunya de 7 de febrer de 1992 (RJ/1992/10273).

³³ JOU I MIRABENT, Lluís, a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (directors); ALASCIO I CARRASCO, Laura (coordinadora), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (Volum 1), Editorial Atelier, 2009, pàgina 194 i sg.

afinidad del heredero y legatario ahora recurrente, resulta de obligada aplicación la reiterada doctrina de esta Sala cuando establece <<que uno de los dogmas fundamentales de la sucesión “mortis causa” es el de que la forma constituye un elemento esencial al acto testamentario, el cual para que tenga existencia jurídica y produzca sus efectos propios, ha de ajustarse rigurosamente a las solemnidades establecidas por la ley; siendo ineludibles estos requisitos de forma, y no convalidables posteriormente”³⁴.

3.1.2.6 Formalitats per persones amb discapacitats sensorials

L'article 421-8 del Codi Civil de Catalunya fa una especial consideració al testament atorgat per una persona amb discapacitat sensorial.

El text legal considera com a discapacitats aquelles disfuncions que per no alterar plenament la capacitat no impedeixen fer testament, però imposen determinats requisits. En aquest sentit distingim:

- **El testament dels cecs:** L'article 193.4 del Reglament Notarial, ens determina que si l'atorgant és cec, és suficient que presti la seva conformitat a la lectura feta pel notari. Per altra banda, del Codi Civil de Catalunya es desprèn que els cecs només poden atorgar el testament notarial en modalitat oberta i amb la intervenció de dos testimonis. Així, la lectura la farà el notari, sempre amb la presència del testador i dels testimonis als quals el notari haurà d'advertir del dret que tenen a llegir per ells mateixos el testament i que en cas que algun dels testimonis procedeixi a la lectura prèvia o simultània del testament és prudent fer-ho constar.

Per altra banda, la disposició addicional segona de la Llei 10/2008 estableix que quan la legislació notarial faci possible la utilització del Braille, la lectura labial o altres mitjans tècnics o electrònics per a suplir la discapacitat sensorial, aquests mitjans s'han d'aplicar.

³⁴ STS (Sala Civil) de 9 de maig de 1990 (RJ/1990/3695).

La raó que té el legislador a l'hora de vetar l'atorgament del testament notarial tancat a aquestes persones, és el dubte racional de que realment allò introduït al sobre sigui la seva autèntica voluntat testamentària.³⁵

- **El testament dels sords i sords muts:** L'article 421.10.2 del mateix Codi, preveu, igual que en el cas anterior, la intervenció de dos testimonis i el compliment de les especialitats previstes al article 193.4 del Reglament Notarial. Aquestes són, a part de la presència dels dos testimonis, que la lectura la realitzi el mateix testador, davant del notari i dels testimonis, cosa que es farà constar al document. L'article 193.4 del Reglament Notarial, per altra banda, admet que intervingui un intèrpret coneixedor del llenguatge de signes designat a l'efecte per l'atorgant, la identitat de qual ha de consignar el notari i que ha de subscriure el document. Aquesta norma cal integrar-la amb l'article 421-12.2 del Codi Civil de Catalunya, on s'estableix que aquest intèrpret, formalment un expert, no haurà de ser necessàriament oficial, li seran aplicables les causes d'inhabilitats dels testimonis previstes en l'article 421-11 del mateix, i haurà de ser designat de mutu acord entre el testador i el notari.³⁶
- **El testament dels muts:** En aquest cas, si el testador és només mut, però hi pot sentir, no té cap especialitat, a no ser que no pugés o no sabés firmar, ja que en aquest cas si que seria necessària la intervenció de testimonis. El que es farà en aquest cas és que el testador manifestarà la seva voluntat per escrit, a més de per símbols si és el cas. En cas de que la persona muda no sàpiga escriure però si comunicar-se amb el llenguatge de signes, podrà testar per mitjà d'intèrpret o expert coneixedor d'aquest llenguatge.³⁷

La sala Civil del Tribunal Suprem ha sigut l'encarregada de delimitar els casos on realment són necessàries aquestes formalitats especials. El cas següent ajuda a determinar el grau de ceguesa necessari per la presència de testimonis: "*Es cierto*

³⁵LÓPEZ BURNIOL, Juan José, a ROCA TRÍAS, Encarnación (Coordinadora general); JOU MIRABENT, Lluís (Coordinador de este volumen), *Sucesiones, Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña*, Editorial jurídica Sepín, 2011, pàgina 121 ; I RUDA GONZÁLEZ, ALBERT, a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (directors); ALASCIO I CARRASCO, Laura (coordinadora), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (Volum 1), Editorial Atelier, 2009, pàgina 100.

³⁶ LÓPEZ BURNIOL, Juan José, a ROCA TRÍAS, Encarnación (Coordinadora general); JOU MIRABENT, Lluís (Coordinador de este volumen), *Sucesiones, Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña*, Editorial jurídica Sepín, 2011, pàgina 120.

³⁷ LÓPEZ BURNIOL, Juan José, a ROCA TRÍAS, Encarnación (Coordinadora general); JOU MIRABENT, Lluís (Coordinador de este volumen), *Sucesiones, Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña*, Editorial jurídica Sepín, 2011, pàgina 121.

también que la falta de la forma determina la nulidad del testamento. Pero no nos hallamos aquí ante la ausencia de la forma testamentaria, sino ante la falta de una formalidad que debe concurrir cuando ocurra alguno de los defectos físicos previstos en el artículo 697, 2 CC. La finalidad de la norma es evitar fraudes a una persona cuyas condiciones físicas le impiden enterarse por sí misma del contenido del testamento. Pero al quedar probado que el testador conoció por sí mismo dicho contenido, no puede alegarse la falta de concurrencia de testigos para pedir la nulidad y más cuando no se ha probado la falta de visión en que se fundaba la demanda”³⁸.

3.1.3. EN ELS TESTAMENTS NOTARIALS TANCATS

3.1.3.1. Lloc, Data i hora

És obligatori que hi consti el lloc i la data d’atorgament, però pel que fa a l’hora, no és indispensable ja que la constatarà en l’acta el notari tal i com s’estableix en l’article 421-15.3 del Codi Civil de Catalunya.

3.1.3.2. Idioma

A diferència del testament notarial obert, es pot escriure en qualsevol idioma, sigui oficial a Catalunya o no, i en qualsevol alfabet. No es necessari que sigui ni la llengua oficial del ciutadà ni la del seu país, l’únic que és necessari és que la conegui. Es presumirà aquest coneixement quan es tracti d’una llengua oficial en el lloc de la residència del testador quan redacta el document o en el país del qual és ciutadà. En cas contrari, serà necessari provar-ho. En cas de que el testament estigui escrit en una llengua no oficial en el país d’atorgament, s’haurà de traduir en el moment de la seva obertura.³⁹

³⁸ STS (Sala Civil) d’11 de desembre de 2009 (RJ/7509/2009).

³⁹ JOU I MIRABENT, Lluís, a EGEA I FERNÀNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (directors); ALASCIO I CARRASCO, Laura (coordinadora), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (Volum 1), Editorial Atelier, 2009, pàgina 212.

3.1.3.3. Escriptura

L'escriptura pot ser manuscrita o a màquina, i en tot cas escrit pel mateix testador o per persona al seu encàrrec, qui haurà de firmar el testament junt amb el testador, si pot. Si no pot, ho farà per encàrrec una altra persona.

Sempre ha de ser un text escrit, per tant no és vàlid un text audiovisual. Es pot escriure sobre qualsevol suport susceptible d'incorporar una firma original, a més, ha de ser apte per a ser inclòs dins d'un sobre o carpeta susceptible d'incorporar a un protocol i capaç de conservar el text de manera indeleble.⁴⁰

El fet que l'escriptura pugui ser manuscrit o ha màquina, no ho hem d'entendre de manera excloent, per tant, s'haurà d'admetre la validesa d'un document redactat en part per el testador del seu puny i lletra i en part per mitjans mecànics.⁴¹

3.1.3.4. Firma de totes les fulles

El testador, o la persona que firma per ordre seu, ho ha de fer en totes les fulles i al final, després d'haver salvat les paraules esmenades o afegides. N'hi ha prou amb una firma per full encara que estigui escrit per dues cares. La signatura ha de ser l'habitual del testador. En cas de que el document s'hagi redactat per mitjans electrònics, la signatura ha de ser electrònica, avançada i reconeguda d'acord amb la Llei 59/2003, de 19 de desembre, de signatura electrònica⁴², i en cas de que s'impugni l'autenticitat s'haurà de procedir d'acord amb l'article 3.8 de la Llei.

Com ja hem dit abans, si el testador no sap o no pot signar, ho farà una altra persona en lloc i a petició seva i caldrà fer constar al testament la identitat d'aquesta i la causa de la impossibilitat que signi el testador. Aquesta persona pot ser la que ha redactat

⁴⁰ JOU I MIRABENT, Lluís, a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (directors); ALASCIO I CARRASCO, Laura (coordinadora), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (Volum 1), Editorial Atelier, 2009, pàgina 212.

⁴¹ GARRIDO MELERO, Martín, *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*, (Tomo primero, LA PLANIFICACIÓN SUCESORIA), Editorial Marcial Pons, 2009, pàgina 178.

⁴² BOE núm. 304, de 20 de desembre, suplement número 1 en llengua catalana s'1.1.2004.

materialment el document. En cas de la signatura sigui electrònica, només es pot usar la del testador.⁴³

A aquest respecte, cal esmentar la jurisprudència al respecte que explica la raó de la signatura en cada fulla: “*La firma del testador en todas y cada una de las hojas de la cédula viene a indicar que aquel ha leído lo que el amanuense escribió por su orden o al dictado, y que se conforma con ello*”⁴⁴.

3.1.3.5. Esmenes salvades

Com ja hem anunciat abans, es necessari que el testador o el tercer que firma per encàrrec seu salvi totes les paraules esmenades, ratllades, afegides o entre línies. En cas de que no ho faci, el testament seguirà sent vàlid a diferència de les paraules esmenades o afegides no salvades, que seran nul·les.⁴⁵

3.1.3.6. Coberta tancada

Per últim, el document que conté el testament s’ha d’introduir en una coberta tancada de tal manera que no pugui extreure’s sense trencar-se.⁴⁶

La introducció es pot fer abans o en el mateix moment en que es compareix davant el notari per procedir a les següents fases.⁴⁷

⁴³ LÓPEZ BURNIOL, Juan José, a ROCA TRÍAS, Encarnación (Coordinadora general); JOU MIRABENT, Lluís (Coordinador de este volumen), *Sucesiones, Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña*, Editorial jurídica Sepín, 2011, pàgina 143.

⁴⁴ STS de 7 de julio de 1943 (RJ 1943\854 bis).

⁴⁵ JOU I MIRABENT, Lluís, a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (directors); ALASCIO I CARRASCO, Laura (coordinadora), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (Volum 1), Editorial Atelier, 2009, pàgina 214.

⁴⁶ JOU I MIRABENT, Lluís, a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (directors); ALASCIO I CARRASCO, Laura (coordinadora), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (Volum 1), Editorial Atelier, 2009, pàgina 214.

⁴⁷ GARRIDO MELERO, Martín, *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*, (Tomo primero, LA PLANIFICACIÓN SUCESORIA), Editorial Marcial Pons, 2009, pàgina 181.

3.2. EN ELS TESTAMENTS HOLÒGRAFS

3.2.1. LA REDACCIÓ AUTÒGRAFA I LA NECESSITAT D'IDENTIFICAR AL TESTADOR

L'article 421-17.2.a del CCCat estableix el requisit essencial del testament hològraf, ha d'estar escrit i signat pel testador de manera autògrafa a efecte de poder identificar el testador i comprovar la seva autenticitat.

Per tant, el testament ha d'estar escrit pel propi testador a mà, és a dir, del seu puny i lletra, sense que s'admeti cap mena d'escriptura mecanografiada, mecànica, fonogràfica o audiovisual, entre d'altres. Com ja hem dit, aquest requisit és exigit a fi de comprovar la identitat del testador, cal mencionar per tant jurisprudència al respecte, la primera que trobem ens descriu un cas on finalment es va aconseguir provar que el testament va ser escrit pel propi "puny i lletra" de la testadora: *"para que sea válido el testamento ológrafo deberá estar escrito todo él y firmado por el testador. La sentencia recorrida tiene por acreditado de acuerdo con las pruebas aportadas, que tanto la firma como el cuerpo de escritura fue puesta de puño y letra de la testadora, impugnando el recurrente el pronunciamiento referido a que el cuerpo de escritura hubiera sido realizado por la Sra. Julia {...} si bien ninguna de las pone en duda que la testadora supiera escribir, hay que convenir que no tenía por costumbre la escritura, pues no ha sido posible para ninguna de las partes aportar ningún escrito que sirviera de cuerpo de escritura indubitado para realizar la pericial. De manera que solo se ha podido llevar a cabo la de la firma de cuya autenticidad no duda la recurrente."*⁴⁸ Trobem un altre cas on finalment no es va reconèixer com a testament hològraf per falta precisament, del requisit d'escriptura totalment hològrafa: *"En relación al testamento ológrafo, señala el Tribunal Supremo que la autografía del testamento tiene que ser total (SSTS 7 febrero 1923, 25 octubre 1947, 19 febrero 1956, 18 junio 1994) el testamento ha de estar todo escrito y firmado por el testador (SSTSJC 7 enero 1993, 23 abril y 8 junio 1998) {...} hemos de resaltar que dicho documento fue redactado por un Letrado profesional, y él mismo debía conocer el principio general e inexcusable de que la revocación total o parcial de un testamento sólo puede hacerse con las mismas formalidades que para otorgar un testamento, {...} es posición consagrada en la doctrina y en la Jurisprudencia que para otorgar un testamento ológrafo se necesita*

⁴⁸ SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 6 de febrer del 2009 (JUR/2009/210751).

<<poder>> escribir, incluso la propia sentencia citada reconoce que es necesario saber leer y escribir y en este supuesto nos afirma la recurrente que la abuela Sra. Lidia es analfabeta, es también doctrina consolidada que la <<intención de testar>>, no equivale a <<testar>>, ya que la prueba practicada documental y testifical sólo se acredita una intención no una voluntad decidida, fehaciente, libre, concreta y con apoyo en argumentaciones forzadas insiste en que a pesar de todas las circunstancias que concurren califica dicho documento como un codicilo ológrafo {...} para su validez y eficacia y así la Jurisprudencia ha sido tradicionalmente muy exigente en cuanto a la necesidad de cumplimiento escrupuloso de las formas testamentarias. {...} El hecho de que la Sra. Lidia sea analfabeta, no tenga cultura, que casi no puede desplazarse, ya que existen en derecho medios, formas para recoger la expresión de la voluntad de la Sra. Lidia, y que a buen seguro hubiera tenido un respaldo legal y un reconocimiento judicial, al contrario, 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 perecer dicho motivo”⁴⁹.

Això no impedeix però, que s’admeti un testament redactat per una persona amb una disminució física permanent o transitòria, mitjançant altres parts del seu cos, com podrien ser el peu o la boca, sempre i quan, es pugui verificar l’autoria i comprovar-ne l’autenticitat.

Igualment, s’ha d’admetre el testament redactat per una persona que no hagi emprat la seva escriptura habitual o l’hagi redactat amb lletres majúscules o d’impremta, sempre i quan però, es pugui comprovar que la lletra pertany al testador.

S’ha de tenir en compte però que per tal de comprovar la identitat del testament, aquest s’ha d’impugnar: “la comprobación de la identidad del testamento es un problema de hecho, respetable en casación mientras se impugne con eficacia en el recurso.”⁵⁰ Si finalment s’impugna, la prova pericial cal·ligràfica s’haurà de fer del document original: “tal medio probatorio está asentado sobre la base de pretenderse la emisión de dicho medio de prueba pericial caligráfica en fotocopias del testamento ológrafo cuya

⁴⁹ AP Tarragona, Auto de 12 mayo 2005 (AC/2005/1039).

⁵⁰ STS (Sala Civil) de 24 de febrer de 1961 (RJ/1961/351).

*autenticidad se niega con apoyo en alegada falsedad {...} no es procedente dado que el informe pericial caligráfico, por su propia esencia y naturaleza, ha de llevarse a cabo en consideración a documentos originales y no fotocopias”.*⁵¹

Per altra banda, aquest requisit també significa que en la redacció del testament hològraf no pot intervenir la mà d'un tercer. Això comporta que les paraules afegides per un tercer un cop atorgat testament es tenen per no posades i per tant no afecta a la seva validesa; s'opta per aquesta opció perquè si no estaríem deixant la validesa del testament en mans d'un tercer. Però s'ha de tenir en compte que quan sigui impossible diferenciar la part escrita pel tercer de la del testador, el testament esdevindrà nul, igual que passarà en el cas que el tercer hagi intervingut en el mateix moment en que el testador atorgava testament.

En referència a la intervenció de tercers, cal destacar una Sentència del TSJC on es va declarar nul un testament hològraf on es va provar la intervenció d'un tercer en la seva redacció: *“La sentència discutida afirma, i aquesta Sala comparteix, que en el testament hològraf l'autografia absoluta es un requisit imprescindible per la seva validesa, i si, resulta quasi seguir (valoració d'ela proba pericial efectuada per la sentència de segona instància que ara ha esdevingut intangible) que la mà del testador fou “guiada” per una tercera persona, i també la signatura, que en el tipus de testament que ara estudiem es un del elements on més s'ha d'exigir per tal de reconèixer el valor d'un document d'últimes voluntats de caràcter extraordinari, s'ha de concloure que els argumentacions del recurs són totalment descentrades. Resulta que l'Audiència estima que la rúbrica, segons afirmen els experts cal·ligràfics, i acceptà la sentència es l'últim dels traços que perden les persones afectades per dificultats motrius en la mà més activa, i també es fa palès que l'esmentada rúbrica s'assembla ben poc a l'usual dels testadors els darrers anys i inclòs mesos, llavors no es necessari afegir gaire més consideracions”.*⁵²

Cas contrari a la intervenció d'un tercer en la pròpia escriptura autògrafa, és el fet de valdre's d'un tercer que ajudi a expressar la voluntat: *“Una persona, mayor de edad con sólo saber leer y escribir, aun sin cultura amplia, puede, otorgar su testamento en forma ológrafa, valiéndose, de tercero de su exclusiva confianza que dé expresión*

⁵¹ STS (Sala Civil) de 3 de desembre de 1985 (RJ/1985/6518).

⁵² STSJC (Sala Civil i Penal) de 30 de juliol de 2007 (JUR/2009/296398).

ordenada y hasta técnica a la declaración de voluntad exactamente concebida y querida por la testadora, que luego ésta copia o transcribe, por ser nada más que suya la volición en correcto contenido.”⁵³

Farà ineficaç el testament hològraf, també, la redacció il·legible del mateix. Però per tal de solucionar la dificultat o impossibilitat de lectura de part del testament, s'utilitzaran les regles sobre interpretació de les disposicions testamentàries contingudes a l'article 421-6 CCCat.

Pel que fa al suport material utilitzat per atorgar el testament hològraf, cap admetre la validesa del testament hològraf sempre que estigui escrit sobre una matèria amb la qual es pugui complir els requisits d'adveració i ulterior protocol·lització, això significa, que a més del paper, s'admetran altres suports com és el cas del pergamí, la cartolina, la tela o la fusta.⁵⁴

Un exemple d'aquest fet el trobem en una Sentència del TS on dóna validesa a un testament hològraf escrit en una targeta de visita: *“La cuestión litigiosa se centra principalmente en la determinación de si la tarjeta de visita y la carta que la acompañaba, remitidas por don Marco Antonio al demandante desde Francia por correo urgente, a cuya capital se había desplazado para el tratamiento facultativo de una gravísima enfermedad, constituían o no testamento ológrafo, {...} 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 realizó el acto de disposición, es decir, en el instante del otorgamiento del testamento-, 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 aquellas porque constituye el fin de la hermenéutica testamentaria. {...} Interpretando el manuscrito de don Marco Antonio de 16 de febrero de 1994, obrante en la tarjeta de visita, conforme a los criterios mencionados, y, principalmente, según los elementos literal o gramatical y de prueba extrínsecos, esta Sala considera la existencia de la voluntad real en éste de la disposición de todos sus bienes para después de su muerte a favor de don Pedro, lo que se confirma con el propio texto de la carta 17 de febrero de 1994, amén de que*

⁵³ STS (Sala Civil) de 24 de febrero de 1961 (RJ/1961/351).

⁵⁴ SOLÉ FELIU, Josep, a EGEA I FERNÀNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (directors); ALASCIO I CARRASCO, Laura (coordinadora), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (Volum 1), Editorial Atelier, 2009, pàgina 227 i sg.

aparecen acreditados en las actuaciones los hechos de la ruptura, desde tiempo atrás, de las relaciones sentimentales habidas entre el firmante de esos documentos y doña Irene; {...} En la tarjeta de visita se utiliza la expresión <<mi deseo de sustituir>>, y según el Diccionario de la Lengua Española, el vocablo <<desear>> significa <<aspirar con vehemencia al conocimiento, posesión o disfrute de una cosa>> {...} el negocio jurídico formal determinado en la tarjeta de visita se había canalizado de acuerdo con las normas prescritas en el Código Civil para el testamento ológrafo y el testador no tenía que validar su voluntad mediante otro testamento notarial.”⁵⁵

3.2.2. DATA I HORA

L'article 421-17.2.a) del CCCat estableix com a requisit de validesa la indicació de la data de l'atorgament.

El fet d'indicar la data permet fixar el moment de determinació de la capacitat del testador: *“la expresión de la fecha tiene por finalidad principal permitir averiguar si entonces el testador tenía capacidad suficiente para otorgarlo.”*⁵⁶ I, a més, permet determinar quin és el testament posterior en el cas d'existir una pluralitat d'aquests.

Abans de la introducció del Llibre quart en el Codi Civil de Catalunya, tant la doctrina com la jurisprudència, qualificaven la data d'atorgament com un requisit formal essencial, i per tant, la seva absència, provocava la nul·litat del testament hològraf. Però el Llibre quart incorpora una disposició segons la qual *<< la manca d'indicació o la indicació errònia del lloc o de la data d'atorgament del testament que en puguin afectar a la validesa se salven si es poden acreditar d'alguna altra manera>>*⁵⁷. Per tant, es podrà defensar la validesa del testament i corregir simplement l'error quan aquest es pugui subsanar a partir del context del propi testament.

Cas contrari és el que trobem en sentència de l'any 1998, per tant, abans de la introducció del Llibre quart, en aquest cas l'acatament de la norma és absolut; *“La continuïtat jurisprudencial en l'exigència de data és absoluta, no enregistrant-se la menor fissura en cap supòsit, segons així resulta de les Sentències de 29 de setembre*

⁵⁵ STS (Sala Civil, Secció 1^o) de 19 de desembre de 2006 (RJ/2006/9243).

⁵⁶ STS (Sala Civil), de 10 de febrer de 1994 (RJ/1994/848).

⁵⁷ Llibre quart del Codi Civil de Catalunya, article 422-1.2 .

1900, 12 juliol 1905, 5 desembre 1927, 13 maig 1942, etcètera. {...} el rigor formal del Tribunal Supremo és de contundència tal que fins i tot declara que «...No basta que sea indudablemente conocida la voluntad de un testador para que pueda prevalecer, si no resulta expresada en la forma requerida por la Ley, siendo por lo excepcional del testamento ológrafo, todos y cada uno de los requisitos que el art. 688 exige de carácter esencial» (S. 5 gener 1924) i que «aun cuando en algún caso podría resultar excesivo el rigor no puede eludirse en manera alguna en esta materia por ser ley clara y concreta. La imperativa redacción del párrafo 2 del art. 688 del Código Civil no permite duda alguna de que la exigencia de la expresión del día, mes y año en el que el testamento ológrafo se otorgue es solemnidad esencial para la eficacia de tal forma de testar, de suerte que su ausencia produce la invalidez de la misma y esto no solamente por la virtualidad del precepto mencionado, sino por la declaración general de nulidad que contiene el art. 687 del mismo Cuerpo legal, siendo de notar que la rigurosa observancia de la primera norma legal aducida ha sido corroborada por reiterada jurisprudencia que establece, entre otras doctrinas, que la falta de consignación de la fecha no puede ser suplida o enmendada mediante deducciones o por los medios ordinarios de prueba...» (STS 4 novembre 1947 [RJ 1947\1213]). {...} Nogensmenys i malgrat que en aquest cas resolts pel Tribunal Suprem, ben diferent del present, no hi havia dubte sobre el dia en que s'havia redactat el pretès testament hològraf per així haverse acreditat i no apareixia tampoc cap element d'incertesa sobre la capacitat del testador i sobre la inexistència de cap altre testament, l'Alt Tribunal no permeté que s'obrís cap esclatxa en la seva tan consolidada doctrina, el que motivà de la millor doctrina civilista comentarís com els de que els requisits formals del negoci testamentari «son de aplicación estricta y no cabe matizarlos o flexibilizarlos con arreglo a su "ratio", pues si bien ello puede conducir a una mayor justicia, en algunos casos concretos, no deja de entrañar evidentemente una gran dosis de inseguridad».⁵⁸

El mateix rigor mostra el TS l'any 1945: “y con referencia especial al requisito de la fecha tiene establecido con gran reiteración y sin admitir salvedad o excepción ninguna, que el testamento ológrafo que no conste indicación exacta del año, mes y día en que fue escrito, carece de una condición esencial para su validez.”⁵⁹

⁵⁸ STSJC (Sala Civil i Penal), de 8 de juny de 1998 (RJ/1998/10056).

⁵⁹ STS (Sala Civil) de 3 d'abril de 1944 (RJ/1945/570).

S'ha de tenir en compte però, que l'article 422-1 CCCat, es refereix únicament als casos d'absència i error en la data, per tant, quan la data indicada sigui falsa com a conseqüència de la intenció del testador, el testament esdevindrà nul.

Com que estem davant d'un testament hològraf, la data haurà de ser indicada de manera autògrafa pel testador, igual que tots els altres elements del testament. Per altra banda, el fet que estem davant d'un testament hològraf, no obliga, a diferència del notarial, a atorgar-lo amb unitat d'acte, per tant, la data, no caldrà necessàriament ser la del moment de l'escriptura del testament.

La indicació de la data pot fer-se de formes diverses: en números o lletres, emprant numeració àrabica o romana, en forma abreviada o canviant l'ordre, sempre i quan es facin constar el dia, mes i any. Tant la doctrina com la jurisprudència, ha acceptat que la data es fixi a partir de la referència a una festivitat, commemoració o esdeveniment, que permeti identificar el dia, mes i any en que s'atorga testament, com per exemple, el dia de Sant Esteve del 2010 o el dia de l'aniversari del testador. Així ho mostra el TSJC en una sentència sobre testament hològraf on faltava la data: *“La Jurisprudència assenyala la irrellevància de l'ordre en que es col·loca l'any, el mes i el dia (S. 4 abril 1925); de la forma d'expressió, lletra o numeral (així es dedueix de les Sentències de 5 de gener 1924 i 13 maig 1942 (RJ/1942/628), en supòsits de testaments no qüestionats en els quals la data constava en nombres). I la doctrina apunta, davant l'absència de casuística judicial, la validesa d'expressions de data fixada per calendari distint del Gregorià, la de testaments en els que la data de l'any no contingui les quatre xifres, considerant-se suficients tres o inclús dues; la de testaments escrits en paper que porti impreses les dues o tres primeres xifres completant el testador de forma manuscrita la resta; la de testaments que continguin la dada per remissió (per exemple, el dia del Nadal d'un any), etcètera.”*⁶⁰

Cal fer referència també als casos en els quals ha data està incompleta. S'ha acceptat la validesa dels testaments viciats per aquests defectes sempre i quan aquest requisit no sigui imprescindible per determinar la capacitat del testador. Així ho exposa l'Audiència Provincial de Girona: *“La mención y la exactitud de la fecha aseguran la protección de la voluntad del testador. La fecha exacta puede servir para calificar la capacidad del testador, o bien para averiguar si en aquel momento hubo oportunidad de presiones y*

⁶⁰ STSJC (Sala Civil i Penal), de 8 de juny de 1998 (RJ/1998/10056)

de maniobras de captación; y, sobre todo, habiendo pluralidad de testamentos, para determinar el último. En el caso presente no consta que D^a Enriqueta otorgase otro testamento que el que constituye objeto de este procedimiento, y habiendo fallecido el día 29 de noviembre de 2009, y constado como fecha del testamento ológrafo abril de 2009, no hay duda que en todo caso la fecha que consta acredita que es anterior a su fallecimiento. (...) a juicio de la Sala la omisión del día concreto del otorgamiento no resulta suficiente para denegar la protocolización interesada, cuando la legislación aplicable viene a recoger lo siguiente. (...) Art 520a " En caso de indicación del año, del mes o del día de emisión de un testamento ológrafo resultase defectuosa o inexacta, dicho testamento únicamente podrá ser anulado si fuera imposible determinar de otra forma los datos temporales requeridos en dicho caso, y la fecha fuere necesarias para juzgar la capacidad de testar del autor del documento, la prioridad entre varias disposiciones sucesorias o cualquier otra cuestión relativa a la validez del testamento". Es decir los defectos de forma en relación a la fecha se vinculan a que los mismos sean imprescindibles para determinar, y a los efectos que aquí interesan, la capacidad de la testadora. Pues bien, como acertadamente recoge el auto apelado en el caso presente la omisión del día del otorgamiento concurriendo claramente el mes y el año sería irrelevante, toda vez que de existir una falta de capacidad, que no consta, el intervalo de un mes sería irrelevante a tal efecto, cuestión distinta hubiera sido que la omisión se refiriera al año o incluso al mes, al poder ello tener mayores consecuencias en orden no solo a valorar la capacidad de la testadora sino también los demás requisitos exigidos por la legislación suiza. ”⁶¹ “No podem passar per alt quina és la finalitat de l'exigència legal de fer constar en aquesta classe de testaments la data d'atorgament. Com diu el professor Puig i Ferrol a “Institucions del dret civil de Catalunya” és un sistema per determinar, en primer lloc la capacitat del testador i, en segon lloc, per ficar la revocació de testaments anteriors”. (...) Ha quedat acreditat documentalment que mai havia atorgat cap testament notarial, tant és així que els demandants van promoure i aconseguir una declaració d'hereus abintestat a favor seu. Doncs bé, que el testament hagués estat redactat qualsevol dia dins dels períodes de temps indicats, seria completament irrellevant ja que no hi ha dubte que en qualsevol d'ells la causant tenia capacitat per atorgar-lo, ni tampoc de què mai no va redactat cap altre testament. DESÉ De tot el que acabem d'argumentar arribem a la conclusió

⁶¹ SAP Girona (Secció 1^a) de 14 d'octubre de 2011 (JUR/2012/313875).

que per les proves testificals citades ha quedat demostrat que el testament hològraf va ser redactat el dia 4 de març de 2.005. Fins i tot si no acceptéssim el contingut d'aquestes declaracions testimonials, el períodes temporal acreditat dins del qual s'hauria redactat és tan curt que, unit a la resta de circumstàncies (plena capacitat i absència de qualsevol altre testament), faria irrellevant que la data exacta no es fes constar d'una manera completa. (...) Per tot això considerem que és procedent ordenar, d'acord amb el que disposa l'article 121 del Codi de Successions, la protocol·lització del testament hològraf.”⁶²

Finalment, en referència a l'hora, aquesta no és necessària.⁶³

3.2.3. LLOC

El mateix article 421-17.2.a) CCCat ens estableix el lloc de l'atorgament com un requisit de validesa del testament.

L'objectiu principal de la necessitat de determinar el lloc d'atorgament, es poder determinar la legislació aplicable a les formalitats del testament. El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, ha reconegut, que, el caràcter estrictament privat del testament hològraf fa difícil comprovar que realment s'hagi atorgat en el lloc que indica el testador. Per aquesta raó, la indicació de manera autògrafa del lloc d'atorgament, es considera un *“formalisme més que un requisit essencial de forma, especialment quan la determinació del lloc es por determinar encara que sigui de forma indirecta, ja que la determinació indirecta permet comprovar que efectivament es van complir els requisits de forma que estableix la llei”*⁶⁴.

En aquesta sentència, el TSJC, va admetre la validesa d'un testament hològraf que, tot i no indicar de manera autògrafa el lloc d'atorgament, les proves aportades permetien concloure que el document s'havia atorgat a la ciutat de Barcelona, ja que, el full en el qual estava escrit portava impresa la indicació <<SCIAS-Hospital de Barcelona>> i el testador estava ingressat en l'esmentat hospital en la data de l'atorgament i va morir pocs dies després sense haver-ne sortit. Segons la sentència: *“si en aquest cas la*

⁶² SAP Girona (Secció 2ª) de 29 de novembre de 2010 (JUR/2011/182984).

⁶³ SOLÉ FELIU, Josep, a EGEA I FERNÀNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (directors); ALASCIO I CARRASCO, Laura (coordinadora), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (Volum 1), Editorial Atelier, 2009, pàgina 231 i sg.

⁶⁴ STSJ de Catalunya, (sala Civil i Penal), del 23 d'abril de 1998 (RJ 10053).

determinació del lloc de l'atorgament s'ha pogut fer amb iguals o majors garanties de veracitat que les que estableix l'article 120.1 del Codi de successions, que exigeix la forma autògrafa, hem de concloure que ens trobem aquí en un cas d'incompliment d'una simple formalitat, que a més a més s'ha superat de forma satisfactòria de manera indirecta”⁶⁵.

La jurisprudència del TS i del TSJC ha reiterat en aquest fet: *“es pot concloure, que estem davant d'una mera formalitat i no davant d'un requisit essencial de forma que justifiqui una reordenació en un altre sentit de la voluntat clarament de la causant per a després de la seva mort. Aquesta Sala del TSJC, constituïda en ple, també comparteix la tesi de la sentència recorreguda quant a la no-raonabilitat, que implicaria que una persona que va morir en la convicció d'haver fet testament i d'haver disposat dels seus béns per a després de la seva mort a favor de la parella de fet de tants anys –“l'única persona que crec que m'ha estimat més enllà dels límits establerts”- ara resultés que gràcies a aquest formalisme –del tot punt irrellevant en supòsit de les actuacions-, hagués mort intestada.”⁶⁶*

Aquest criteri jurisprudencial ha estat inclòs per l'actual legislació, per l'article 422.1.2 CCCat, tal i com ja hem dit abans quan parlàvem de la necessitat d'indicar la data.

S'ha flexibilitzat l'exigència d'aquest requisit i el de la data, perquè aquestes circumstàncies no formen part directa del contingut de la declaració de voluntat testamentària, sinó que, únicament, testimonien el temps i el lloc on s'ha atorgat el testament.

Finalment, hem de tenir en compte que cal considerar vàlida la indicació del lloc d'atorgament mitjançant abreviatures o acrònims que, bé per la seva claredat o bé per la freqüència amb que són utilitzades, no generen dubtes, com per exemple, ficat TGN en comptes de Tarragona. En canvi, són insuficients les referències locals que impedeixen identificar el lloc d'atorgament.⁶⁷

⁶⁵ STSJ de Catalunya, (sala Civil i Penal), del 23 d'abril de 1998 (RJ 10053).

⁶⁶ STSJC (Sala Civil i Penal), de 9 de setembre de 2013 (JUR/2013/329099).

⁶⁷ SOLÉ FELIU, Josep, a EGEA I FERNÀNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (directors); ALASCIO I CARRASCO, Laura (coordinadora), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (Volum 1), Editorial Atelier, 2009, pàgina 230 i sg

Per acabar d'aclarir la diferent importància que es dona al lloc de la data, considero necessari aportar la diferenciació que ha realitzat el TSJC en una de les seves sentències sobre aquest tema: *“En aquest sentit és important posar en relleu una altra sentència d'aquest TSJC i concretament la núm. 14/1998, de 8 de juny, que compara la importància de la data amb la del lloc de l'atorgament del testament hològraf, per arribar a la conclusió de la rellevància absoluta de la primera i el caràcter de mera ritualitat del segon, quan proclama, en el fonament de dret sisè: "No obstant això, ni tal relaxament formal del dret català ni tan sols el que s'al·lega en el tercer motiu de recurs en denunciar la infracció de l' art. 3 del Codi civil i 1.2 de la CDCC pel fet d'haver-se menyspreat la interpretació espiritualista i l' equitat en l'aplicació de la norma, podin emparar una raó de dispensa del fonamental requisit -que no simple formulisme- de constància de data en testament hològraf atorgat conforme a la legislació catalana, sobretot en un cas com en l'ara examinat, pel següent : a) Per mor dels referits principis informadors del dret successori català podria la Sala no compartir alguna jurisprudència de màxim rigorisme com, per exemple, la ja citada Sentència del TS de 4 de novembre de 1947 sobre essencialitat de l'expressa constància de la data en el mateix testament malgrat haver-se demostrat no solament període aproximat, sinó dia del seu atorgament. Però, en el cas, la incertesa de la data abasta lustres i és justament aquest factor d'indeterminació un dels elements diferenciadors de l'altre cas recentment resolt per la Sala, referit a l'esmentada absència manuscrita de lloc d'atorgament, el qual, però es pogué fixar amb exactitud. En canvi, en el supòsit ara examinat no existeix, ni tan sols en un nivell d'indici, la més mínima al·lusió, ni que fos aproximada, a la data en que es confeccionà l'escrit . b) Un altre element de distinció entre ambdós casos deriva de la consideració que una cosa és la formalització defectuosa d'una formalitat legal (en el supòsit referit, la constància del lloc no en forma manuscrita, sinó impresa, però constància al cap i a la fi) i una altra ben diferent és el cas d'absència absoluta de la formalitat, com ocorre en el que ara s'examina. c) En l'anterior sentència d'aquesta Sala es raonava per què el dret civil espanyol mateix considerava la designació de lloc «més un formalisme que un requisit de manera essencial», que es justificava per la inoperància del principi "locus regit actum" i consegüent prevalença de la llei personal del testador i per l'escassa transcendència que el Codi de successions mateix -que, a més, com s'ha dit, no és aplicable al cas- atribueix al lloc de l'atorgament a efectes de competència judicial per a la seva protocol·lització. Molt superior, en canvi, és la transcendència de la data, factor que*

pot convertir-se en determinant per establir la capacitat del testador (la seva majoria d'edat o possessió de judici mental suficient) o per apreciar la validesa o no de certes disposicions de béns (supòsit de llegat de cosa aliena de l' art. 861 CC i llegat de cosa pròpia del legatari de l'art. 866 del mateix text legal). ”⁶⁸

3.2.4. IDIOMA

L'actual Llibre quart del CCCat no conté cap disposició equivalent a l'anterior art. 109.3 del Codi de Successions, segons la qual *<<el testador pot atorgar testament hològraf en la seva pròpia llengua, àdhuc si aquesta no és oficial a Catalunya o és una llengua estrangera>>* però s'ha d'interpretar així, per tant, el testador pot redactar el testament hològraf en qualsevol llengua que conegui i compregui, encara que no sigui oficial a Catalunya, o que es tracti d'una llengua estrangera.⁶⁹

3.2.5. CONSIDERACIÓ DE LES PARAULES TATXADES O CORREGIDES

L'article 421-17.2.a) CCCat, estableix que l'atorgant ha de salvar amb la seva signatura les paraules ratllades, esmenades, afegides o entre línies. La jurisprudència ens aclareix el que realment significa la paraula “salvar”: *“el Diccionario de la Lengua española, publicado por la Real Academia define <<salvar>> (octava acepción) como <<poner al fin de la escritura o instrumento, una nota para que valga lo enmendado o añadido entre reglones o para que no valga lo borrado>>; entendiéndose por borrar <<hacer rayas horizontales o transversales sobre lo escrito, para que no pueda leerse o para dar a entender que no sirve>>”⁷⁰* En conseqüència, l'article 422-10.2 CCCat, disposa que si en el text del testament hològraf apareix només alguna esmena o algun canvi, es presumeix que el testador ha volgut modificar o revocar el testament en aquesta part, d'acord amb els requisits que estableix l'article 421-17, així doncs, el precepte presumeix *<<iuris tantum>>* la voluntat revocatòria o modificadora del testador, sempre i quan els canvis o les esmenes hagin estat salvats amb la signatura del testador

⁶⁸ STSJC (Sala Civil i Penal), de 9 de setembre de 2013 (JUR/2013/329099).

⁶⁹ SOLÉ FELIU, Josep, a EGEA I FERNÀNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (directors); ALASCIO I CARRASCO, Laura (coordinadora), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (Volum 1), Editorial Atelier, 2009, pàgina 228.

⁷⁰ STSJC (Sala Civil i Penal), de 7 de gener de 1994 (RJ/1994/2844).

i, en la mesura, que no es provi que aquests fets han ocorregut sense el coneixement o la voluntat del testador o han estat duts a terme pel testador en estat de malaltia mental.

El mateix passa quan el testament apareix esquinçat o inutilitzat, o si la signatura que l'autoritzi apareix esborrada, raspada o esmenada sense salvar, a no ser, que s'aporti prova que aquests fets s'han produït sense coneixement o voluntat del testador, o s'han dut a terme per un testador en estat de malaltia mental.⁷¹

La falta de signatura per salvar les paraules ratllades, taxades o esmenades, impedeix l'aplicació de la presumpció revocatòria esmentada anteriorment, però aquest fet no ha de comportar necessàriament la nul·litat del testament. En aquest sentit, la jurisprudència del TS i del TSJC assenyala que, tot i que en l'atorgament del testament hològraf els requisits formals establerts per la llei tenen caràcter essencial, i que la seva absència n'afecta la validesa, *“excepcionalment, no anul·len el testament petites esmenes no salvades que no afecten a elements bàsics de la disposició”*⁷². En el mateix sentit el TS suprem declarava 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 lo que deja fuera de la excepcional doctrina aludida 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 –la firma del testador, la fecha del testamento, el nombre del heredero o del legatario, la cosa o cantidad objeto de la institución 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.”*⁷³

Al mateix respecte es pronuncia el TSJC: *“el no salvar bajo firma las disposiciones testamentarias tachadas, contradiciendo frontalmente el art 688 CC no permite dar validez al testamento, ya que la doctrina flexibiliza dora del precepto es dispositivo,*

⁷¹ SOLÉ FELIU, Josep, a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (directors); ALASCIO I CARRASCO, Laura (coordinadora), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (Volum 1), Editorial Atelier, 2009, pàgina 228 i sg.

⁷² STSJ de Catalunya, (Sala Civil i Penal), de 7 de gener de 1993 (RJ 1994/2844).

⁷³ STS (Sala Civil) de 3 d'abril de 1945 (RJ 570); STS (Sala Civil) de 30 d'octubre de 1956 (RJ 3851).

*unido a lo dudosísimo de la exactitud de la fecha, lo cual no hace sino reforzar las razones para declarar nulo el testamento.”*⁷⁴

Així doncs, en funció de la magnitud i d'allò que es troba tachat o esmenat, la jurisprudència es decanta per una major o menor flexibilització, un bon exemple és el que dona esment una Sentència del Tribunal Suprem per resoldre una impugnació d'un testament hològraf per la falta d'esmena de les paraules tachades: “*y si bien la Sentencia de 4 de abril de 1895, dando a esta exigencia legal su debido alcance y a propósito de un caso en el que las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones reducíanse a letras que no creaban duda alguna acerca del pensamiento de la testadora o constituían meros accidentes de ortografía o de pureza escrituraria sin trascendencia, indicó que la omisión del requisito impuesto por el Código, de salvar el testador bajo su firma palabras de referencia, <<sólo puede afectar a la validez y eficacia de las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, y nunca al testamento mismo, ya por estar en párrafo aparte de aquel que determina las condiciones necesarias para la validez del testamento ológrafo, ya porque, admitir lo contrario, se llegaría al absurdo de que pequeñas enmiendas no salvadas que en nada afectasen a la parte esencial y preceptiva del testamento, vinieran a anular éste>>*”⁷⁵. Al mateix sentit es reafirma la mateixa Sala anys més tard: “*CONSIDERANDO Que los requisitos exigidos por el artículo 688 del Código Civil para la existencia en derecho del testamento ológrafo (autografía total) son esenciales al acto o lo incorporizan como categoría jurídica a falta de intervención de funcionario público, más las palabras intercaladas o al margen del documento no salvadas por el propio testador con su firma, cuando no varían ni alteran el exacto contenido de la declaración de voluntad, aunque no estén así salvadas, y con mayor razón en el supuesto de ser atribuidas a tercero, no pueden enervar o destruir la eficacia del negocio, según ya lo viene estableciendo la Sala (Sentencias de 3 de abril de 1945 {RJ 1945/569} y 25 de octubre de 1947)*”⁷⁶.

⁷⁴ STSJC (Sala Civil i Penal), de 30 de juny de 2007 (JUR/2009/296398).

⁷⁵ STS (Sala Civil) de 3 d'abril de 1945 (RJ/1945/570).

⁷⁶ STS (Sala Civil) de 24 de febrero de 1961 (RJ/1961/351).

3.2.6. LA SIGNATURA

L'article 421-17 CCCat estableix que el requisit de la signatura és un requisit essencial del testament hològraf sense el qual, el testament és nul.

Aquest requisit permet la identificació del testador, perfecciona la declaració de voluntat del propi causant i indica el moment de la conclusió del propi testament.

El mateix article, especifica la necessitat que la signatura sigui autògrafa, per tant, si el testador no pot sap firmar, no podrà atorgar testament hològraf. Per la mateixa raó, tampoc es permet que la signatura es realitzi per mitjans mecànics, ni que es substitueixi per altres signes identificatius, com el segell, la impressió digital o la signatura electrònica.

Hi ha diversitat d'opinions sobre si la signatura ha de ser la habitual o no del testador. Per una banda el TS considerava que *“por firma de una persona se entiende la que ésta, en todos los actos de vida, lo mismo en aquellos más importantes y solemnes que en los corrientes en su relación con las demás personas, acostumbra a estampar al pie de los escritos”*⁷⁷. Per altra banda, si tenim en compte la doble funció identificadora i de perfecció de la declaració testamentària que compleix la signatura, no hi ha perquè haver greus inconvenients en admetre una signatura diferent de l'habitual, sempre i quan en resulti clara la identificació del signant com a autor de la declaració i l'escrit deixi clara la seva intenció de testar.

En aquest sentit, cal destacar una Sentència bastant recent del Tribunal Suprem, on es va acceptar la firma no habitual: *“Las sentencias de instancia han rechazado esta alegación porque los requisitos que exige para el testamento ológrafo el artículo 688 (autografía, firma, fecha y sin enmiendas) no incluye la habitualidad de la firma y se ha declarado la autenticidad de la misma. Lo cual es cierto y también es cierto que la doctrina y la jurisprudencia siempre se han referido a la firma "habitual" o "usual", pero nunca lo han hecho en el sentido de que la misma debe ser idéntica las anteriores sino que no sea una distinta, sin nada que ver con la que utiliza normalmente. Como habitual debe entenderse la que usa en el momento actual, la habitual en el momento*

⁷⁷ STS (Sala Civil), de 5 de gener de 1924 (SOLÉ FELIU, JOSEP, a EGEA I FERNÀNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (directors); ALASCIO I CARRASCO, Laura (coordinadora), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (Volum 1), Editorial Atelier, 2009, pàgina 229).

presente, en función de la persona y de sus circunstancias (por ejemplo, la edad), sin poder obviar que la firma evoluciona a través del tiempo y no siempre es idéntica en circunstancias distintas. En el caso presente, debe tenerse por habitual la firma de la causante, a la vista de todas las aportadas en documentos anteriores, a los autos que, por cierto, tampoco son idénticas entre sí. En todo caso, la firma que obra en el testamento ológrafo de autos cumple su función de requisito ad solemnitatem del testamento ológrafo y la general de asunción del contenido de lo expresado en el texto desde el momento en que se ha declarado su autenticidad y autoría. Y también es de destacar que igualmente doctrina y jurisprudencia (desde la sentencia de 8 de junio de 1918) han considerado siempre un concepto amplio de la firma, sin especiales requisitos formales que irían contra la realidad social e incluso irían más allá de lo que exige el Código civil.”⁷⁸

Tampoc és necessari que la signatura siguii llegible, sempre i quan això no impedeixi atribuir-la-hi al testador. Ja que en el fons, el problema serà provar l'autenticitat del document.

Finalment, la signatura s'ha de col·locar al final del testament, ja que és la millor ubicació per autoritzar i validar la totalitat dels passatges del document, per aquesta raó, tota allò que consti després de la signatura, no tindrà validesa a efectes del testament hològraf.⁷⁹

⁷⁸ STS (Sala Civil) de 5 de maig de 2011 (RJ/2012/1101).

⁷⁹ SOLÉ FELIU, JOSEP, a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (directors); ALASCIO I CARRASCO, Laura (coordinadora), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (Volum 1), Editorial Atelier, 2009, pàgina 229 i sg.

4. BREU REFERÈNCIA AL TESTAMENT EN PERILL INMINENT DE MORT:

Per acabar aquest treball, considero necessari fer menció a aquesta especialitat del testament notarial obert.

S'ha de tenir en compte que en el sistema successori català no està prevista aquesta forma de testament.

El trobem regulat al article 700 del Codi Civil, i com ja hem dit, és un supòsit excepcional del testament notarial obert.

El que estableix aquest article és que en cas que el testador es trobi en perill imminent de mort, podrà atorgar testament davant de cinc testimonis idonis, sense necessitat de Notari.

El primer pressupòsit i el que dona sentit a aquesta forma de testament, és l'existència d'una situació de "perill de mort", per tant, no és suficient la existència d'una malaltia greu, sino que es precisa tal urgència de la qual resulti impossible esperar a un Notari o anar-hi directament. Aquest perill imminent de mort ha de jutjar-se amb criteris raonables, per tant, no es pot exigir una rigorosa certesa, es suficient determinar que no és racionalment prudent esperar al notari.

Aquesta exigència ha estat reiterada per la jurisprudència: *"el primero de los requisitos que exige es que el testador se hallare en peligro inminente de muerte no bastando, por consiguiente que se otorgue en estado de enfermedad grave, sino en circunstancias urgentes y extremas de peligro racional e inmediato de perder la vida el testador, lo que supone que no pueda esperarse a la llegada del Notario, siendo este requisito esencial y capital para la validez del testamento que nos ocupa, debiendo ser cumplidamente probada una vez que muerto el testador se pida la elevación a escritura pública y protocolización de aquél."*⁸⁰; *"debe hoy entenderse que no basta, que se otorgue en estado de grave enfermedad, ya que es preciso que figure en situación urgente, inmediata y extrema, que haga temer un próximo y fatal desenlace, debiendo acreditarse tanto la existencia de ese peligro que apremia como el hecho de no ser racionalmente posible la intervención notarial, cuando, se pida la elevación a escritura*

⁸⁰ SAP de A Coruña (Secció 4ª), de 15 de septiembre de 2006 (JUR/2006/251836).

pública y la protocolización del documento en que se hizo constar la voluntad del testador.”⁸¹

El fet de que el testador es trobi en aquesta greu situació, no ha d'impedir que tingui la capacitat legal suficient per atorgar testament.

Aquest testament serà vàlid com a últim recurs en el cas de que el testador no pugui realitzar, per altres mitjans, testament notarial obert. Això significa per tant, tal i com ha establert la jurisprudència, que la necessitat de fedatari públic no pot ser discrecional del testador: *“sólo en el caso de imposibilidad de concurrencia de este fedatario público cabe prescindir de él. Por lo que no se puede entender el art. 700 del Código Civil, en el sentido de que el testador puede prescindir discrecionalmente de la intervención de este funcionario público, cuando nada obsta para que concurra, como ocurre en este testamento, sin embargo, la imposibilidad de la misma ha de ser apreciada con criterio amplio.”⁸² “resulta obligada la justificación de que no se ha prescindido del Notario de una manera voluntaria; y, en este caso, no existe dato demostrativo alguno en las actuaciones respecto a que, de alguna manera, se haya procurado tal intervención, lo que, al residir el testador en Madrid, no ofrecía dificultades, en atención al número de funcionarios de esta clase con destino en la Capital, y sin que obstaculice a ello la circunstancia de que el día 11 de septiembre de 1992 fuera viernes, habida cuenta del servicio de guardia establecido en el Colegio Notarial durante los viernes, sábados y domingos para situaciones de urgencia como la del supuesto debate.”⁸³*

Com a requisits formals s'exigeix, primer de tot, la presència de cinc testimonis idonis que han de conèixer al testador, ja que la seva funció és actuar en el lloc del notari. El TS considera molt important la presència dels 5 testimonis: *“Es tan esencial este requisito, que ha declarado el Tribunal Supremo que, cuando un testamento otorgado en peligro de muerte, es nulo la disposición si aunque pueda estimarse la existencia del quinto por virtud de prueba posterior (S. de 5 de mayo de 1897).”⁸⁴*

Pel que fa a la idoneïtat d'aquests 5 testimonis, cal destacar que en aquests cas en concret del testament en perill imminent de mort, no ens trobem davant d'una de les

⁸¹ STS (Sala Civil), de 4 d'octubre de 1957 (RJ/1957/2845).

⁸² SAP de A Coruña (Secció 4ª), de 15 de septiembre de 2006 (JUR/2006/251836).

⁸³ STS (Sala Civil) (Secció 1ª), de 10 de juny de 2005 (RJ/2005/4365).

⁸⁴ SAP de A Coruña (Secció 4ª), de 15 de septiembre de 2006 (JUR/2006/251836).

excepciones de la exigencia del domicilio, así lo explica la Sentencia de 1966 del TS: *“Que la anterior regla formalista de carácter general tiene aplicación lógica en el caso -como el aquí contemplado- del testamento hecho en peligro de muerte , regulado en el art. 700 del CC, puesto que está incluido dentro del mismo Capítulo que es el I del Título III del Libro III del propio Código, que supone una excepción a la forma pública ordinaria, en la que no es necesaria la presencia del Notario, bastando la concurrencia de los cinco testigos allí prescritos, quienes habrán de reunir las condiciones indispensables de idoneidad, que la ley establece y sin que, por tanto, medie ninguna de las causas de incapacidad señaladas en el art. 681 donde se enumeran las personas que no pueden ser testigos en los testamentos , las cuales tendrán que ser interpretadas aquí con criterio restrictivo -como ya dijeron las SS. de 5 mayo 1897, 4 octubre 1957 (RJ 1957\2845), y 24 octubre 1958 (RJ 1958\3114)-, dada la índole excepcional del supuesto a que se refieren, pues una cosa es que se den facilidades para la confección de esta clase de testamentos y otra, completamente distinta, que al socaire de aquella facilidad, se pretenda eludir el cumplimiento de los demás requisitos esenciales exigidos para esta clase de actos en la sección del Código Civil, dedicada al testamento abierto, siempre que como dijo la Sentencia de esta Sala de 4 octubre 1957, sean racionalmente compatibles con las peculiaridades que distinguen a esta forma especial de testar, con el fin de que no se ponga en peligro su autenticidad con una posible confabulación posterior . (...) entre los referidos requisitos de capacidad que deben reunir los testigos testamentarios, interesa destacar -dado el problema planteado en este recurso- el comprendido en el núm. 2º del citado art. 681 del CC, es decir, la domiciliación, establecida en la forma de considerar inhábiles a «los no domiciliados en el lugar del otorgamiento», salvo en los casos que expresamente exceptúa la ley o cuando intervenga Notario, siempre que los testigos aseguren conocer al testador y dicho Notario conozca tanto a éste como a aquéllos (...) al no estar incluido el testamento hecho en peligro de muerte en ninguno de los casos en que la exigencia del domicilio hace excepción, es necesario precisar su concepto a los efectos de valorar si en el presente caso fue cumplida o no con respecto del testamento que aquí se discute, debiéndose a este fin, tener en cuenta lo siguiente: a) que el único domicilio que la ley toma en consideración, es el civil, es decir, el definido en el art. 40 del Código, como «el lugar de la residencia habitual», sin perjuicio de los requisitos específicos que puedan establecer las leyes administrativas al referirlo a determinado Municipio (...) el único criterio aceptable para fijar el concepto de vecino en casos de conflicto entre*

demarcaciones eclesiásticas y civiles, es el hecho de pertenecer al mismo Municipio o término municipal, siendo por tanto, indiferente que sean todos feligreses de una misma parroquia o habiten en diversos grupos de población ; d) que el domicilio exigido, entendido como residencia habitual, ha de ser el del lugar del otorgamiento del testamento.”⁸⁵

S'exigeix també la unitat d'acte, en la qual es certificarà la situació i el possible risc de mort i s'haurà de plasmar, sempre que sigui possible, tot per escrit.

El que ha determinat la jurisprudència pel que fa a les formalitats exigides per aquest tipus de testament, és que en la mesura que sigui possible ha de complir amb les mateixes exigides pel testament notarial obert: *“ha de darse cumplimiento a los demás requisitos esenciales que para el acto de disponer de los bienes se exigen en la Sección del Código, dedicada al testamento abierto, siempre que sean racionalmente compatibles con las peculiaridades que distinguen a esta forma especial de testar, a fin de que no pongan en peligro su autenticidad, por una posible confabulación posterior.”⁸⁶* *“de acuerdo con criterios doctrinales generalizados sobre el artículo 700, testamento «en peligro inminente de muerte» es aquel testamento abierto especial en el que se sustituye la intervención del notario, funcionario público, por la asistencia de cinco testigos idóneos, con la única condición de que el testador se encuentre en «inminente peligro de muerte», es decir, en una situación de gravedad extrema. La justificación de esta forma de testar ha sido ampliamente debatida por la doctrina desde la publicación del Código, en la mayoría de los casos en sentido negativo, alegándose que ofrece pocas garantías de fiabilidad, y que puede ser fuente de abusos graves; aconsejándose fuertes cautelas a tomar por los órganos judiciales, para evitar que en la práctica se extienda a situaciones que no se correspondan con la que excepcionalmente contempla el Código. Exige, en todo caso, como presupuestos esta forma de testar: a) peligro real de la inminencia de muerte del testador; b) que esta situación extrema coincida con la imposibilidad de la asistencia de un Notario; c) que se cumplan rigurosamente las formalidades y requisitos establecidos en la Ley para esta forma de testar , entre los cuales no son los menos importantes las disposiciones de los artículos 703 y 704 del Código Civil y 1953 y 1954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y d) que, con las salvedades correspondientes y dada su naturaleza de testamento*

⁸⁵ STS (Sala Civil), de 10 de juny de 1966 (RJ/1966/3933).

⁸⁶ STS (Sala Civil), de 4 d'octubre de 1957 (RJ/1957/2845).

*abierto simplificado, se cumplan en general todas las solemnidades establecidas para el testamento abierto ordinario, es decir, capacidad del testador, idoneidad de los testigos, ánimo de testar, presencia del testador y testigos en unidad de acto, entre otros. En el supuesto que se contempla se incumple, a todas luces, el requisito consistente en la imposibilidad de contar con la presencia de notario.”*⁸⁷

Aquests tipus de testaments quedaran ineficaços si passa el termini de caducitat establert en l'article 703 CC sense elevar-lo a escriptura pública, dos mesos des que el testador hagi sortit del perill de mort o en el cas en el que el testador mori dins d'aquest termini, 3 mesos següents a la seva mort.⁸⁸

Per acabar, considero adient explicar breument el cas que disposa la Sentència del Tribunal Suprem del 27 de juny de 2000.

Com ja hem dit, aquesta forma excepcional d'atorgar testament te la seva raó de ser quan és impossible acudir al notari o la presència d'aquest, en el cas en concret que ara tractem, es va atorgar testament especial per perill de mor amb la presència d'un notari.

Els fets van passar l'any 1993 en una Residència Sanitaria de Burgos. La testadora es trobava internada en aquest centre sanitari i va requerir la presència d'un notari per tal de fer efectiva la seva voluntat d'atorgar testament. El notari va acudir a la cita amb la companyia de la seva empleada i, davant l'estat físic de la testadora, el notari va demanar la presència de personal sanitari i va manifestar, davant de tots, que no es podia atorgar testament notarial, però si testament en imminent perill de mort, i, acte seguit, v aprendre nota de les declaracions de voluntat de la testadora, amb la presència de cinc testimonis, integrats per ell mateix, la seva empleada i els components de l'equip sanitari.

Efectivament, el Tribunal Suprem va desestimar el recurs i va declara nul el testament, ja que com ja hem dit, la raó de ser d'aquests és la impossibilitat d'intervenció del fedatari públic.

“No puede, por menos que extrañar, en el caso que se examina la conducta, fuera de sus responsabilidades legales, adoptada por el notario que se niega a autorizar el

⁸⁷ STS (Sala Civil), de 27 de juny de 2000 (RJ/2000/5910).

⁸⁸ VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, *La nulidad del Testamento o Disposiciones Testamentarias*, (1ª Edició), Editorial Aranzadi, 2011, página 75 i sg.

testamento abierto que corresponde y, con la asistencia de cuatro testigos y de él mismo en función de testigo (lo que denota, con toda claridad su presencia), aconseja la sustitución de una forma de testar, por otra, al margen de una interpretación pacíficamente consolidada del artículo 700 del Código Civil.”⁸⁹

⁸⁹ STS (Sala Civil), de 27 de juny de 2000 (RJ/2000/5910).

5. CONCLUSIONS

1. La STS ha afirmat que existeix una tendència flexibilitzadora en l'anàlisi del compliment de les solemnitats testamentàries.
2. La tendència flexibilitzadora ha anat augmentant en funció que avancen els anys. Per tant, les resolucions més antigues són en general molt més rigoroses que les més modernes.
3. La configuració del sistema testamentari de Catalunya s'ha caracteritzat de manera substancial per una clara tendència i un clar afecte de simplificació de les formalitats.
4. Aquest caràcter més tolerant, és una clara manifestació d'un pensament jurídic i d'una convicció social de reduir al mínim essencial l'exigència de les formalitats testamentàries que no es poden defugir.
5. Si bé la signatura ha de ser autògrafa, recentment s'ha admès l'estampació de l'empremta digital.
6. Existeix una clara diferenciació entre les solemnitats testamentàries, n'hi ha unes que es configuren com un requisit formal essencial, com és el cas de l'escriptura total autògrafa en el testament hològraf, i d'altres, que són tan sols una mera formalitat o ritualitat de les quals n'és més fàcil prescindir, com és el cas de la firma dels testimonis o de l'expressió del lloc en el testament hològraf.
7. La indicació del lloc d'atorgament en el testament hològraf ha esdevingut un formalisme més que un requisit essencial de forma, fins al punt que són molt els testaments hològrafs que s'acaben protocol·litzant tot hi la falta de designació del lloc sempre que aquest es pugui determinar de forma indirecta.
8. La flexibilització de les solemnitats testamentàries varia en funció del tipus de testament en el qual ens trobem, així, en els testaments notariais hi ha una certa tendència flexibilitzadora més àmplia que en els testaments hològraf. Sembla lògic aquest fet, tenint en compte que la intervenció d'un fedatari públic dona un nivell més alt de confiança.
9. El Tribunal Suprem és més rigorós que el Tribunal Superior de Justícia.

6. BIBLIOGRAFIA

- GETE – ALONSO y CALERA, M^a del Carmen; LLOBET AGUADO, Josep; SOLÉ RESINA, Judith; YSÀS SOLANES, Maria, *Derecho de sucesiones vigente en Cataluña*, (tercera edició) Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- Del POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones* (2^a edició) Editorial Marcial Pons, 2013.
- ROCA TRÍAS, Encarnación (Coordinadora general); JOU MIRABENT, Lluís (Coordinador de este volumen), *Sucesiones, Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña*, Editorial jurídica Sepín, 2011.
- EGEA I FERNÀNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (directors); ALASCIO I CARRASCO, Laura (coordinadora), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (Volum 1), Editorial Atelier, 2009.
- PUIG I FERRIOL, Lluís; ROCA I TRIAS, Encarna, *Institucions del dret civil de Catalunya*, (Volum III Dret Successions), (7^a Edició), Editorial Tirant Lo Blanch, 2009.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, *La nulidad del Testamento o Disposiciones Testamentarias*, (1^a Edició), Editorial Aranzadi, 2011.
- GARRIDO MELERO, Martín, *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*, (Tomo primero, LA PLANIFICACIÓN SUCESORIA), Editorial Marcial Pons, 2009.
- <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-permiso-de-conducir-ultimas-noticias.htm>.

7. JURISPRUDÈNCIA

- STS (Sala Civil), de 5 de gener de 1924 (SOLÉ FELIU, JOSEP, a EGEA I FERNÀNDEZ, Joan; FERRER I RIBA, Josep (directors); ALASCIO I CARRASCO, Laura (coordinadora), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (Volum 1), Editorial Atelier, 2009, pàgina 229).
- STS de 7 de julio de 1943 (RJ 1943\854 bis).
- STS (Sala Civil) de 3 d'abril de 1944 (RJ/1945/570).
- STS (Sala Civil) de 3 d'abril de 1945 (RJ 570).
- STS (Sala Civil) de 4 de gener de 1952 (STS (Sala Civil) de 10 de novembre de 1973 (RJ/1973/4163).
- STS (Sala Civil) de 30 d'octubre de 1956 (RJ 3851).
- STS (Sala Civil), de 4 d'octubre de 1957 (RJ/1957/2845).
- STS (Sala Civil) de 19 de juny de 1958 (RJ/1958/2163).
- STS (Sala Civil) de 24 de febrer de 1961 (RJ/1961/351).
- STS (Sala Civil), de 10 de juny de 1966 (RJ/1966/3933).
- STS (Sala Civil) de 10 de novembre de 1973 (RJ/1973/4163).
- STS (Sala Civil) de 3 de desembre de 1985 (RJ/1985/6518).
- STS (Sala Civil) de 21 de juny de 1986 (RJ/1986/3788).
- STS (Sala Civil) de 9 de maig de 1990 (RJ/1990/3695).
- STSJ de Catalunya (Sala Civil i Penal) de 21 de juny de 1990 (RJ 1994/9031).
- STS (Sala Civil) de 25 d'abril de 1991. (RJ/1991/3029).
- STSJ de Catalunya (Sala Civil i Penal) d'1 d'octubre de 1991 (RJ 1992\3908).
- STS (Sala Civil) de 30 de novembre de 1991 (RJ/1991/8582).
- STSJ (Sala Civil i Penal) de Catalunya de 7 de febrer de 1992 (RJ/1992/10273).
- STSJ de Catalunya, (Sala Civil i Penal), de 7 de gener de 1993 (RJ 1994/2844).
- STSJ de Catalunya (Sala Civil i penal) de 3 de gener de 1994 (RJ/1994/9035).
- STSJC (Sala Civil i Penal), de 7 de gener de 1994 (RJ/1994/2844).

- STS (Sala Civil), de 10 de febrero de 1994 (RJ/1994/848).
- STSJ de Catalunya, (sala Civil i Penal), del 23 d'abril de 1998 (RJ 10053).
- STSJC (Sala Civil i Penal), de 8 de juny de 1998 (RJ/1998/10056).
- STS (Sala Civil) de 29 d'abril de 1999 (RJ/1999/2618).
- STSJ de Catalunya (Sala Civil i Penal) de 28 de febrer de 2000 (RJ/2001/8161).
- STS (Sala Civil), de 27 de juny de 2000 (RJ/2000/5910).
- STSJ de Catalunya (Sala Civil i Penal) de 4 de febrer de 2002. (RJ 2002/6966).
- AP Tarragona, Auto de 12 mayo 2005 (AC/2005/1039).
- STS (Sala Civil) (Secció 1ª), de 10 de juny de 2005 (RJ/2005/4365).
- STSJ de Catalunya (Sala Civil i Penal) de 4 de setembre de 2006. (RJ 2007/6176).
- SAP de A Coruña (Secció 4ª), de 15 de septiembre de 2006 (JUR/2006/251836).
- STS (Sala Civil, Sección 1º) de 19 de diciembre de 2006 (RJ/2006/9243).
- STSJC (Sala Civil i Penal), de 30 de juny de 2007 (JUR/2009/296398).
- STSJC (Sala Civil i Penal) de 30 de juliol de 2007 (JUR/2009/296398).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 6 de febrer del 2009 (JUR/2009/210751).
- STS (Sala Civil) d'11 de diciembre de 2009 (RJ/7509/2009).
- SAP Girona (Secció 2ª) de 29 de novembre de 2010 (JUR/2011/182984).
- AP Madrid (Secció 11ª) , sentència núm 719/2010 (RJ 2011/36210).
- STS (Sala Civil) de 5 de maig de 2011 (RJ/2012/1101).
- AAP Tarragona 7.6.2011 (Del POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones* (2ª edició) Editorial Marcial Pons, 2013, pàgina 70).
- SAP Girona (Secció 1ª) de 14 d'octubre de 2011 (JUR/2012/313875).
- SAP de Illes Balears (Secció 5ª) de 9 de juliol de 2012 (AC/2012/1350).
- STSJC (Sala Civil i Penal), de 9 de septiembre de 2013 (JUR/2013/329099).



La flexibilització de les solemnitats testamentàries by [Anguera Bartolomé, Sara](#) is licensed under a [Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional License](#).

Puede hallar permisos más allá de los concedidos con esta licencia en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.ca>