

obrar y facultad de disposición, pues la cancelación, tradicionalmente se ha considerado como un negocio de carácter dispositivo. Sin embargo, el artículo 178 RH establece alguna excepción a esta regla, ya que permite cancelar a sujetos que no tienen dicha facultad de disposición, o la tienen incompleta. Tal es el caso de la cancelación de una hipoteca de carácter ganancial, cancelada únicamente por uno de los cónyuges, cuando el principio de gestión conjunta que rige la sociedad de gananciales, exige que los actos de disposición se realicen con el consentimiento de ambos cónyuges (art. 1377 CC). Se analiza en este trabajo el porqué de esta excepción, cuál es su sentido y cuál ha sido la evolución histórico-legislativa del precepto, para poder interpretarlo, hoy en día, correctamente.

disposal, whereas cancellation has traditionally been regarded as being in the nature of an act of disposal. However, section 178 of the Mortgage Regulation establishes exceptions to this rule, because it permits individuals who have no such power of disposal or an incomplete power of disposal to cancel registration entries. Such an exception is made in the case of a mortgage taken under a community property regime and cancelled by only one of the spouses, even though the rule of joint management of community property demands that any acts of disposal be performed with the consent of both spouses (1377, Civil Code). This paper looks at why this exception is made, what its meaning is and what the historic and legislative evolution of the rule has been, so that it can be interpreted correctly today.

1.4. Sucesiones

*MEMORIAS Y CÉDULAS TESTAMENTARIAS: REVISIÓN
JURISPRUDENCIAL SOBRE EL TESTAMENTO OLÓGRAFO
Y SUS REQUISITOS Y CARACTERÍSTICAS SEGÚN EL DERECHO
COMÚN, FORAL CATALÁN Y NAVARRO*

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Contratada Doctora

del Departamento de Derecho Civil de la UNED

Secretaria IDADFE

SUMARIO: I. LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS Y LA GARANTÍA DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE: SU ORIGEN CONSUETUDINARIO Y EL RÉGIMEN JURÍDICO COMÚN ESTABLECIDO POR EL CÓDIGO CIVIL: 1. EL ESTADO PREVIO A LA CODIFICACIÓN: ORIGEN CONSUETUDINARIO DE CÉDULAS O PAPELES PRIVADOS TESTAMENTARIOS Y PREVISIONES Y EXIGENCIAS MERAMENTE PROCEDIMENTALES DE LAS LEYES DE ENJUICIAMIENTO CIVIL PREVIAS AL CÓDIGO CIVIL. 2. EL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 672 Y LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA DEL CÓDIGO CIVIL: LA TIPIFICACIÓN DE LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS. 3. SISTEMATIZACIÓN DE LOS CARACTERES Y REQUISITOS O PRESUPUESTOS DE LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS EN EL DERECHO COMÚN. 4. LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS Y SU PROTOCOLIZACIÓN Y ADVERSIÓN SEGÚN LA LEC DE 1855 Y LA DE 1881.—II. LAS MEMORIAS Y CÉDU-

LAS TESTAMENTARIAS EN EL DERECHO CIVIL FORAL NAVARRO Y CATALÁN: 1. LAS LEYES 196 Y 198 DEL FUERO NAVARRO: LA PRECEPTIVA AUTOGRAFÍA ÍNTEGRA DE LA MEMORIA TESTAMENTARIA. 2. EL OBJETO DE LAS MEMORIAS EN EL LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN: LA AMPLIACIÓN DEL PORCENTAJE DEL ACTIVO HEREDITARIO AL DIEZ POR CIENTO DEL CAUDAL RELICTO Y LA FIRMA ELECTRÓNICA. 3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, DE 7 DE ENERO DE 1993: NULIDAD DE DOCUMENTO AUTÓGRAFO POR FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO E INEFICACIA COMO CODICILO. 4. LAS MEMORIAS COMO NEGOCIO *MORTIS CAUSA PER RELATIONEM*: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CATALÁN, DE 16 DE ENERO DE 1995, Y LA INEFICACIA DE LAS MEMORIAS QUE EXCEDEN DE SU LÍMITE: MEMORIAS DISPOSITIVAS Y LAS ACLARATORIAS O INTERPRETATIVAS. 5. LA INNECESARIEDAD DE LA PROTOCOLIZACIÓN DE LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS SEGÚN EL DERECHO CIVIL FORAL CATALÁN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CATALÁN, DE 9 DE JUNIO DE 1997, Y EL DERECHO CIVIL CATALÁN COMO ORDENAMIENTO CERRADO Y COMPLETO.—III. MEMORIAS, CÉDULAS, TESTAMENTOS Y JURISPRUDENCIA: CUESTIONES SOBRE SU EFICACIA Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL SEGÚN EL DERECHO COMÚN: 1. LOS HEREDEROS FIDUCIARIOS COMO HEREDEROS INSTITUIDOS CON CLÁUSULA MODAL Y LA AUSENCIA, NO INVALIDANTE, DE LAS MEMORIAS ANUNCIADAS EN TESTAMENTO: SSTs DE 30 DE OCTUBRE DE 1944, 19 DE NOVIEMBRE DE 1897 Y 14 DE MARZO DE 1866. 2. LOS REQUISITOS DE LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS Y LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE OBLIGATORIEDAD DE LA ADVERACIÓN Y PROTOCOLIZACIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1956. 3. CONCRECIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS PERFILES DE LAS MEMORIAS Y CÉDULAS TESTAMENTARIAS: LAS SSTs DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2007 Y LA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2009.—IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS: LA SOLEMNIDAD TESTAMENTARIA.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS Y LA GARANTÍA DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE: SU ORIGEN CONSUETUDINARIO Y EL RÉGIMEN JURÍDICO COMÚN ESTABLECIDO POR EL CÓDIGO CIVIL

1. EL ESTADO PREVIO A LA CODIFICACIÓN: ORIGEN CONSUETUDINARIO DE CÉDULAS O PAPELES PRIVADOS TESTAMENTARIOS Y PREVISIONES Y EXIGENCIAS MERAMENTE PROCEDIMENTALES DE LAS LEYES DE ENJUICIAMIENTO CIVIL PREVIAS AL CÓDIGO CIVIL

Estas memorias y cédulas testamentarias, cuyos antecedentes más inmediatos residen en su uso y práctica consuetudinaria, consisten en el acto de disposición de última voluntad por el que el otorgante, sin observar las solemnidades del testamento pero con mención a él, añade ciertas previsiones complementarias *mortis causa* (1).

(1) Vid. ESPÍN CÁNOVAS, «Comentario al artículo 672 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1690 a 1692; HERNÁNDEZ GIL, «Las memorias testamentarias y el testamento ológrafo», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989, págs. 789 a 800, y «La institución por partes iguales. La desigualdad de las adjudicaciones y el valor de las memorias testamentarias en Navarra», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989, págs. 801 a 814, y ALBALADEJO GARCÍA, «Comentario del artículo 672», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Vol. 1 A, Edersa, Madrid, 1990.

No exentas de críticas, dada la inseguridad sobre la auténtica voluntad del causante, la mejor doctrina de la época señalaba sus múltiples riesgos y reclamaba mayores garantías para su evacuación.

De este modo advertía que «las leyes guardan silencio sobre las memorias testamentarias, que sin embargo se hallan autorizados por una larga y antigua práctica. La Ley de Enjuiciamiento ha venido también a confirmar su validez al establecer en algunos de sus artículos el modo de verificar su protocolización, y varias sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en recursos de nulidad las han reconocido igualmente (2). Las memorias testamentarias consisten en un papel, sin distinción de sellado o no, en que el testador consigna varias de sus disposiciones, y aun expresa el nombre del heredero instituido en el testamento; pero es preciso que en éste se haga referencia a la memoria: requisito tan esencial que su omisión produciría la nulidad de ella. Es también absolutamente indispensable que conste la autenticidad de la memoria o cédula, para cuyo efecto habrá de reunir todas las señales y circunstancias designadas en su testamento por el testador. Este modo de disponer de sus cosas, opuesto abiertamente al espíritu y letra de nuestra legislación antigua, es bastante arriesgado y está muy sujeto a fraudes, por lo cual veríamos con gusto establecida su derogación» (3).

Teniendo presente dicha aspiración sobre la seguridad jurídica que ha de presidir un acto de tanta trascendencia sucesoria, fue incorporada su adopción y protocolización en la Ley riuaria de 1855, así como en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ambas previas, por cierto, a la aprobación del Derecho Sustantivo (4).

(2) Con cita de las SSTs de 17 de mayo de 1858 y de 28 de enero de 1862.

(3) GÓMEZ DE LA SERNA y Manuel MONTALVÁN, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, tomo segundo, Madrid, 1865, 7.^a ed., págs. 12 y 13.

(4) Artículo 1969. El que tenga en su poder alguna memoria testamentaria deberá presentarla al Juez competente en cuanto sepa la defunción del otorgante, pidiendo su protocolización y manifestando la causa de que obre en su poder. Con el escrito presentará documento en que acredite dicho fallecimiento y exhibirá copia fehaciente del testamento, en que se indiquen su existencia y las señales que debe reunir para ser considerada como legítima. No presentando dichos documentos, dictará el Juez providencia mandando que se traigan a los autos. Artículo 1970. A continuación del escrito se extenderá por el actuario diligencia suficientemente expresiva del estado en que se halle la memoria y de las circunstancias por las que pueda juzgarse de su identidad con la indicada en el testamento. Firmará esta diligencia el que presente la memoria; y si no supiere o no quisiere firmar, se hará lo que queda dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1958. En seguida se extenderá por el actuario testimonio de la cláusula o cláusulas del testamento exhibido que se refieran a la memoria, devolviéndoselo al que lo exhiba, quien firmará su recibo. Artículo 1971. El Juez dictará providencia mandando que se proceda a la lectura de la memoria y confrontación de sus señales con las expresadas en el testamento, fijando el día y hora en que habrá de practicarse esta diligencia. Los interesados en el testamento podrán concurrir a ella, a cuyo efecto se les instruirá de dicho señalamiento con la prevención de que su falta de asistencia no impedirá la celebración del acto ni será motivo para su nulidad, cualquiera que sea la causa que se alegue. Artículo 1972. Si la memoria estuviere contenida dentro de un pliego cerrado, procederá al Juez a su apertura y lectura en secreto, y no encontrando disposición del testador en que ordene que no se publique alguna cláusula hasta día o época determinada, la entregará al actuario para que la lea en voz alta. Si contuviere dicha disposición, se omitirá la lectura de las cláusulas a que se refiera, y no se podrá dar testimonio de ellas quedando cerrada y archivada la memoria hasta que llegue el día o época determinados por el testador. Artículo 1973. Acto continuo se procederá a la información

Por tanto, el alcance que ha de atribuirse a su incorporación a las normas procedimentales no es otro que su mera concreción ritual. En este mismo sentido se pronunciaba la doctrina de la época que decía: «la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya misión no podía ser la de introducir un nuevo derecho, ni la de modificar, ni siquiera la de aclarar el existente, no hizo más que determinar la clase de procedimiento que tenía que emplearse con las memorias testamentarias si fuesen encontradas o presentadas. Ni las aprobó, ni las condenó doctrinalmente» (5).

En definitiva, siendo un hecho consumado la existencia de las Memorias testamentarias aquellas normas, sin extralimitación de sus competencias, se limitaron a diseñar los requisitos procedimentales para su reconocimiento.

2. EL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 672 Y LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA DEL CÓDIGO CIVIL: LA TIPIFICACIÓN DE LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS

Al margen de los proyectos codificadores y teniendo a la vista la referencia hecha por el de 1851, la reglamentación que hace el Código Civil sobre las memorias testamentarias, se integra en el Libro III, *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*; Título III, *De las sucesiones*; Capítulo I, *De los testamentos*; Sección segunda, *De los testamentos en general*, habiendo sido mantenidos sus términos hasta la presente fecha.

El artículo 672 dispone: «Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles pri-

y examen de las señales requeridas en el testamento para que deba tenerse como legítima la memoria, con las halladas en ésta. De esta diligencia se extenderá la oportuna acta, que firmarán el Juez y los demás concurrentes interesados. Artículo 1974. Resultando del expediente que la memoria reúne las condiciones exigidas por el testador para que se la considere auténtica, se dictara auto mandando protocolizarla, sin perjuicio del derecho de los interesados para impugnarla en el juicio correspondiente. Artículo 1975. La protocolización se hará en los registros del Notario que autorizó el testamento, y juntamente con éste. Si esta circunstancia no fuere posible, se pondrá por el Notario en el registro del testamento, nota marginal expresiva de la existencia de la memoria y del libro y folio en que se halle protocolizada. Artículo 1976. Cuando el testador haga referencia a alguna memoria escrita de su puño y letra, o sólo firmada por él, sin mencionar ninguna otra señal especial que la identifique, presentada que sea acompañada de los documentos expresados en el artículo 1969, el Juez mandará que sea reconocida por tres testigos que conocieran perfectamente la letra del testador, pudiendo también designar a parientes que no hayan sido favorecidos por dicha memoria. Los testigos o parientes declararán, bajo juramento, que no abrigan duda racional de que el citado documento está escrito por el testador, y si estuviere sólo firmado, que es suya la firma y rúbrica. Artículo 1977. Si además lo creyere el Juez conveniente, podrá confrontar, asistido por dos peritos, la letra, firma y rúbrica de la memoria, con otra indubitada del testador que obre en cualquier documento público u oficina del Estado. Artículo 1978. Resultando auténtica la memoria, el Juez mandará protocolizarla en la forma establecida en el artículo 1974. Artículo 1979. Cuando la presentación de la memoria tuviere lugar estando pendientes las diligencias para elevar a escritura el testamento otorgado de palabra, o para su apertura siendo cerrado, se unirá la memoria a dicho expediente, y en él se practicarán las diligencias que quedan expresadas para su protocolización.

(5) BARRIO, *Discurso leído en la Universidad Central. ¿Las memorias testamentarias son contrarias al espíritu y recto sentido de las leyes? Y una vez admitidas, ¿qué cosas pueden dejarse en ellas?*, Madrid, 1867, págs. 26 y 27.

vados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo» (6).

De su lectura se deduce que el precepto establece el régimen jurídico completo —con reenvío incluido al testamento ológrafo— en cuanto a sus requisitos y presupuestos de eficacia. Por tanto, las memorias son investidas de certeza normativa con la finalidad de que puedan desplegar la totalidad de sus efectos, una vez revisado el cumplimiento de los presupuestos imperativos para su validez. A mayor abundamiento, no olvida el nuevo texto codificado las cuestiones que podría suscitar la exigibilidad de dichas previsiones y, de este modo, se fija la irretroactividad de las nuevas exigencias para aquellas memorias testamentarias ya redactadas en el momento de la entrada en vigor del texto codificado. En todo caso, no se obvia ni deroga el régimen procedimental preexistente y del que se ha hecho referencia en líneas anteriores.

Los términos precisos de la *Disposición Transitoria segunda* establecen que: «Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas. En su consecuencia, serán válidos los testamentos aunque sean mancomunados, los poderes para testar y las *memorias testamentarias* que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código, y producirán su efecto las cláusulas *ad cautelam*, los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del testador, y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente; pero la revocación o modificación de estos actos o de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse, después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo».

Por tanto, como acertadamente subraya la mejor doctrina, en cuanto atañe a la materia sucesoria esta Disposición: «lo que salva no son los eventuales derechos de los favorecidos con el testamento, sino el negocio jurídico mismo, otorgado según la legislación anterior, y por ello salva la validez de ciertos testamentos o negocios testamentarios que serían nulos según el Código Civil (...) Pero en consonancia con el principio general de esta disposición, su último inciso establece la sujeción al nuevo régimen de los testamentos que revocaran o modificaron los anteriores» (7).

(6) Vid., sobre el contenido de este precepto, ÁLVAREZ LATA, «Comentarios a la Sección 2.^a De los testamentos en general. Artículos 667 a 675», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 2009, 3.^a ed., págs. 830 a 837. En cuanto a los requisitos específicos del testamento ológrafo, vid., ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones, I*, Barcelona, 1995, 2.^a ed., pág. 163 y sigs. Y, por su parte, el artículo 688 especifica que: «El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad. Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma. Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma».

(7) REGLERO CAMPOS y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios a las Disposiciones Transitorias», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 2009, 3.^a ed., pág. 2252.

3. SISTEMATIZACIÓN DE LOS CARACTERES Y REQUISITOS O PRESUPUESTOS DE LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS EN EL DERECHO COMÚN

De modo que a tenor del artículo 672 y de los requisitos exigidos mediante el reenvío al ológrafo del 688, sumados a los caracteres ordinarios del testamento, sus presupuestos serían los siguientes:

- a) Se trata de una disposición testamentaria;
- b) se trata de un acto personalísimo;
- c) se trata de un acto unilateral y unipersonal;
- d) se trata de un acto formal (8).

En cuanto a los requisitos o presupuestos necesarios de las cédulas o memorias testamentarias y para que desplieguen plena eficacia como disposición *mortis causa*, podemos señalar, atendiendo el tiempo, la pluralidad, el sujeto y el objeto, así como la forma:

1. De carácter subjetivo: como excepción al régimen ordinario, para evacuar válidamente las memorias resulta necesario ostentar la ma-

(8) La sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, de 27 de mayo de 2003, desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de instancia en tanto en cuanto declara no haber lugar a la reclamación de cantidad por la que el oficial de la Notaría pretendía obtener una retribución de los servicios prestados, según los términos de una supuesta memoria testamentaria. Por tanto, «la resolución de la cuestión litigiosa pasa por un detenido análisis de la cláusula sexta del testamento al que se aludió en el fundamento anterior. Esa cláusula señala expresamente que “nombra albacea, comisario, contador-partidor, a don Raúl A. R., mayor de edad, casado, Oficial de la Notaría, vecino de esta villa, dándole para el desempeño de su cometido el plazo de un año, contado desde que fuere requerido para ello. Le faculta especialmente para hacer entrega de legados, hacer inventario y cumplir en todo momento lo dispuesto por la testadora, encareciéndole asesore en todo lo posible —como lo viene haciendo hasta la fecha— a la heredera, en cuestiones de venta total o parcial de los bienes de la disponente. Será retribuido tal y como consta en un documento que presentará una vez ocurrido el fallecimiento de la testadora”. El documento al que se pretende anudar la cláusula anterior es el contenido al folio 4 de los autos, en el que explícitamente se contiene que una vez ocurrido el fallecimiento de la testadora, al término de seis meses, o antes si puede ser y con cargo a la herencia de ésta, se impone la obligación de entregar la suma de cinco millones de pesetas al contador partidor de la propia herencia, a la sazón el demandante, en prueba de los servicios que viene prestando y que confía en que seguirá haciendo, así como por el gran afecto que le tuvo tanto la testadora como el difunto esposo de ésta». En una encomiable tarea de recopilación de doctrina y jurisprudencia, el Ponente desestima la petición ya que, «así las cosas, resulta absolutamente indiferente que el contenido del escrito privado por el que se asigna al demandante la suma de cinco millones de pesetas, sea un legado o una carga modal impuesta al heredero por cuanto bien se trate de un supuesto o del otro se está en cualquiera de los presupuestos fácticos del artículo 672, legado o institución, modal en este caso. No es cierto, como sostiene el recurrente (folio 2171), que el establecimiento de una carga modal no se sujete a las prescripciones del artículo 672. La carga modal supone una alteración de la institución, una clase de institución que se encuadra perfectamente en el propio enunciado del artículo 672 del Código Civil, sin que el propio precepto, a la vista de los antecedentes históricos que informaron su génesis y el sistema del propio Código Civil en cuanto a las formalidades de las disposiciones *mortis causa*, admita otra interpretación que la de la máxima exigencia de la forma del testamento ológrafo para cualquier disposición *mortis causa*, de conformidad con el precepto anterior».

yoría de edad (9), para el debido concurso de la voluntad testamentaria (10).

2. De carácter objetivo: las memorias pueden contemplar la institución de heredero, mandas o legados, así como otra disposición *mortis causa* (11).
3. De carácter formal: se requiere la autografía completa del testador, la incorporación del año, mes y día del otorgamiento y la firma del testador. Adicionalmente su existencia ha de haber sido aludida expresamente en un testamento vigente y no revocado (12).
4. De carácter ritual: para que despliegue eficacia como disposición *mortis causa*, se requiere su adveración o comprobación judicial de la

(9) Sobre las cuestiones de relativas a la presencia o no de capacidad natural en el supuesto de personas mayores, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 22 de enero de 2004, ventila un asunto sobre el testador al que se le ha diagnosticado una enfermedad neurológica. En la resolución con cita de la abultada jurisprudencia común aplicable al Derecho Foral, concreta que ha de determinarse atendiendo al grado de afectación concreto de sus capacidades volitivas y cognoscitivas, no apreciando ausencia de capacidad natural para entender el hecho de la realización de testamento: «Que la aseveración notarial respecto de la capacidad de testamentifacción del otorgante, puesta de relieve en el caso de autos adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede ser destruida mediante una evidente y completa prueba en contrario (SSTS de 8 de mayo de 1922, 23 de febrero de 1944, 25 de marzo de 1952, 16 de abril de 1959, 7 de febrero de 1967 y 21 de junio de 1968). Tal doctrina es aplicable en Cataluña con arreglo a lo que disponen los artículos 125 y siguientes del Codi de Successions por causa de muerte en el Derecho Civil de Catalunya, que regulan la nulidad, revocación y otras causas de ineficacia de los testamentos, codicilos y memorias testamentarias, añadiendo el artículo 104 que son incapaces para testar los que no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento; precepto que al igual que el artículo 663 del Código Civil ante toda referencia a la declaración judicial de incapacidad, debiendo valorarse tal aptitud e idoneidad para testar al margen de toda declaración judicial sobre la capacidad de la persona. El Tribunal Supremo ha declarado asimismo que la aseveración notarial de capacidad de testador constituye una presunción *iuris tantum*, así como que la capacidad se presume, debiendo acreditarse su ausencia de un modo completo y evidente, sentencias del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1987, 18 de marzo de 1988 y 27 de enero de 1998».

(10) Así lo ratifica ALBALADEJO GARCÍA, *Comentario del artículo 672*, cit. Por otra parte, cabe la posibilidad de que el testador las redacte siendo menor de edad y después verifique válido testamento en que se incorpore la mención a dicha memoria, sanando, a mi juicio, la falta de plena capacidad de obrar.

(11) Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de febrero de 1984, niega el carácter de acto de última voluntad a la conformidad o aceptación de la esposa a unas notas testamentarias redactadas por su marido y dice que: «en cuanto tal aceptación-declaración de voluntad está destinada a producir efectos después de la muerte de su esposo, no después de su propio fallecimiento, lo que impide se le pueda considerar como acto *mortis causa*, y c) porque además de lo expuesto, y como se ha dicho anteriormente, la referida aceptación o conformidad de la esposa a la distribución de bienes que su esposo hace en tales notas, se realiza en acto separado, independiente y posterior aunque lo sea a continuación de ellas, y por tanto, y cualesquiera que sean sus efectos, en ningún caso podrían calificárseles de disposiciones testamentarias mancomunadas». Por tanto, dichas notas o memorias carecen del contenido de un acto de última disposición.

(12) Es la causa de que este acto sea accesorio de la disposición testamentaria principal y siga su suerte.

identidad de la letra y firma del causante, así como la protocolización posterior a la adveración, en los registros notariales.

5. De carácter temporal: puede ser redactada antes o después del testamento en que se mencionan.
6. De carácter singular o plural: el otorgante puede redactar una o varias memorias siempre y cuando se rodeen de los requisitos de obligado cumplimiento (13).

4. LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS Y SU PROTOCOLIZACIÓN Y ADVERACIÓN SEGÚN LA LEC DE 1855 Y LA DE 1881

Discutida es la naturaleza de las memorias como testamento *per relationem*, argumento útil para que quienes califican a estas disposiciones como testamento ológrafo complementario de otro (14) exijan idénticos requisitos que dicho testamento de puño y letra, referidos a su adveración y protocolización, como para lo contrario (15).

Lo cierto es que no tanto para evitar disputas como para obviar las que no arrojan luz sobre la institución que se estudia, lo más certero es concluir que «las memorias válidas como testamento ológrafo exigen como éste su protocolización conforme a la LEC» (16).

En todo caso HERNÁNDEZ GIL, con la doctrina más clásica en la materia, se pronuncia afirmativamente sobre la necesidad de dicha protocolización como requisito por el que habrá de pasarse si se pretende lograr la plena eficacia de las memorias: «en igual sentido que la sentencia de 27 de abril de 1940. La protocolización es, pues, un requisito por lo menos del mismo valor que los demás y está comprendida en el reenvío que hace el artículo 672; podría

(13) Criticaba, por insegura, esta posibilidad GÓMEZ DE LA SERNA, si bien la doctrina jurisprudencial que la contempló es previa a la tipificación institucional del Código. Dice la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 1862, que «aunque el testador hable en su testamento de una sola memoria, y se halle mayor número, se podrán todas considerar como una misma y continuación de la primera, cuando así aparezca de su contexto, haya entre ellas conexión y enlace, de los sucesos ocurridos resulten necesarias las posteriores, y sea una misma la forma de su redacción» (*op. y loc. cit.*).

(14) Vid., ROCA SASTRE, *op. y loc. cit.*

(15) Discutidos son, como decimos, los aspectos referidos a la necesidad o no de la protocolización. En el sentido contrario a que resulte ésta un requisito de las memorias, se pronuncian Díez-Picazo y Gullón bajo la general intitulación del testamento *per relationem*: las memorias testamentarias: «es admisible que la voluntad testamentaria no quede expresada en la declaración. El testador puede remitirse a otro instrumento donde conste. (...) En esta última exigencia [los requisitos del testamento ológrafo] se ha asentado la afirmación jurisprudencial de que las memorias han de protocolizarse como el testamento ológrafo (sentencias de 29 de septiembre de 1956 y 9 de febrero de 1966). Sin embargo, las memorias no son en sí mismas un testamento, sino que forman parte del testamento que a ellas remite: son su complemento, no tienen sustantividad propia e independiente como un testamento; reciben su fuerza jurídica del que a ellas se remite» (*Sistema de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2006, 9.^a ed., pág. 353).

(16) ESPÍN CÁNOVAS, «Comentario al artículo 672 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-Picazo y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1691.

incluso llamarse la atención sobre la coincidencia literal de la palabra “requisito” en los artículos 672 y 689» (17).

Lo cierto es que si previa a la aprobación del texto sustantivo, las dos codificaciones procesales reclamaban la mencionada protocolización, difícil resulta rebatir el argumento, por lo que parece que lo más ajustado al sentido del artículo 672 del Código Civil, es el cumplimiento de ese presupuesto procesal, en el entendido de que es necesario su materialización por quienes pretendan hacer valer las prescripciones contenidas en la cédula testamentaria en cuestión.

En síntesis, el cumplimiento de los requisitos del testamento ológrafo hace válida a la cédula testamentaria, si bien para que desplieguen sus efectos materiales habrá de completarse el trámite de la adveración y protocolización.

La nueva codificación sucesoria catalana, concordante con sus más inmediatos precedentes, obvia la adveración y protocolización como requisito formal de las memorias testamentarias. Así y en cuanto a las Disposiciones aplicables a codicilos y memorias testamentarias, el artículo 124 concretaba: «se aplicarán a los codicilos y a las memorias testamentarias las disposiciones de los testamentos». La mejor doctrina interpretó en su momento la innecesariedad de cumplimiento de los requisitos de forma, toda vez que cuando dicho artículo decretaba la aplicación de los requisitos de las disposiciones testamentarias, «debe entenderse que no se refiere a la forma, sino a la capacidad e interpretación» (18).

Por fin y en tanto no se materialice un nuevo cuerpo legislativo sobre jurisdicción voluntaria, vigente como sigue en la materia la antigua LEC de 1881, el precepto básico a estos efectos es el transcrito artículo 1969: «El que tenga en su poder alguna memoria testamentaria, deberá presentarla al Juez competente en cuanto sepa la defunción del otorgante, pidiendo su protocolización y manifestando la causa de que obre en su poder. Con el escrito presentará documento en que acredite dicho fallecimiento, y exhibirá copia fehaciente del testamento, en que se indiquen su existencia y las señales que debe reunir para ser considerada como legítima».

II. LAS MEMORIAS Y CÉDULAS TESTAMENTARIAS EN EL DERECHO CIVIL FORAL NAVARRO Y CATALÁN

1. LAS LEYES 196 Y 198 DEL FUERO NAVARRO: LA PRECEPTIVA AUTOGRAFÍA ÍNTEGRA DE LA MEMORIA TESTAMENTARIA

El Derecho Civil Foral navarro, en el Libro Segundo, *Sobre el testamento y sus diversas formas*, regula el Capítulo IV, *De las memorias testamentarias*. Dice la Ley 196 sobre su *concepto*: «Pueden otorgarse memorias testamentarias como rectificación o complemento de un testamento anterior, siempre que el testador o testadores se hubieren reservado la facultad de otorgarlas, determinando, a la vez, los lemas, signos u otros requisitos que habrán de contener para su eficacia».

En cuanto a su *Forma*: «Deberán estar firmadas en todas sus hojas por el testador o testadores y llevar los lemas o signos y cumplir los demás requisitos

(17) HERNÁNDEZ GIL, «Las memorias testamentarias y el testamento ológrafo», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989, pág. 799.

(18) ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.^a ed., pág. 233.

prevenidos en el testamento. También pueden otorgarse estas memorias como complemento de cualquier otro acto de última voluntad» (19).

Sigue la Ley 197, «*Contenido*. Se aplicará a las memorias lo establecido para los codicilos en la ley 195» (20). En cuanto a la *adveración y protocolización*, dice la Ley 198 que: «Dentro del plazo de cinco años, a contar de la fecha del fallecimiento del testador, las memorias testamentarias deberán presentarse para su abonamiento o adveración y protocolización, sin cuyo requisito quedarán ineficaces. En las otorgadas conjuntamente por dos o más personas, el plazo se contará a partir del fallecimiento de la última de éstas, a no ser que se ordenare otra cosa en el testamento o en la propia memoria. Para la protocolización habrán de cumplirse los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si las memorias hubieran sido otorgadas en el extranjero, las diligencias de protocolización podrán también practicarse ante Cónsul o Vicecónsul de España» (21).

En este sentido, la Audiencia Provincial de Pamplona, de 14 de abril de 2008, reitera que: «El testamento ológrafo debe estar escrito todo él de puño y letra del testador, tal y como se desprende del artículo 688 del Código Civil. Esta es la finalidad que la autoría de la escritura está llamada a cumplir, pues ha de manifestar la existencia de *ánimus testandi* y ha de servir para identificar a su autor con el testador. El propio precepto puntualiza que la autografía del documento ha de ser total, al decir que todo él ha de estar escrito. Sin embargo, esta exigencia se debe complementar por la necesidad de precisar cómo debe ser esta escritura y qué régimen jurídico se aplica si en el documento testamentario aparecen palabras tachadas, enmendadas o entre renglones».

Trae a colación jurisprudencia menor como la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 10 de mayo de 2005, «en la que indica que un documento mecanografiado, precisamente por carecer de la condición de manuscrito, no puede subsumirse dentro del concepto del testamento ológrafo. Y también la dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 27 de diciembre de 2003, en la que se pone de manifiesto que para que el documento merezca la consideración de testamento ológrafo deviene indispensable que se trate de un manuscrito, formalidad, al igual que las restantes, de carácter esencial».

Continúa la resolución con los siguientes argumentos: «a mayor abundamiento, y ahora por lo que respecta a la cuestión referida a la firma, el Tribunal Supremo ha señalado también que la firma ha de ser, en esta clase de testamentos, necesariamente manuscrita, siendo que la firma por otros medios diferentes de los autógrafos, o la huella digital, no sirven tampoco para colmar este requisito (STS de 10 de noviembre de 1973). Nótese que la firma identifica, junto con el texto manuscrito, al firmante como autor, no solo del escrito testamentario sino también de la declaración de voluntad».

En su virtud, la nulidad del alegado testamento ológrafo también produce la nulidad radical de las memorias testamentarias por lo que, en el caso de autos,

(19) Vid., NAGORE YÁRNOZ, «Comentarios a la Sección: Capítulo segundo, *De las formas del testamento*», Tomo XXXVII-1.º *Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 1998.

(20) Ley 195. *Contenido*. Los codicilos podrán contener cualesquiera disposiciones de última voluntad, excepto la institución de heredero, las sustituciones hereditarias, modificaciones de una y otras, desheredaciones y la institución en la legítima foral.

(21) Vid., sobre la materia, HERNÁNDEZ GIL, «La institución por partes iguales. La desigualdad de las adjudicaciones y el valor de las memorias testamentarias en Navarra», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989, págs. 801 a 814.

procede la apertura de la sucesión intestada. En este último sentido también se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Pamplona, de 18 de abril de 2000, por lo que inexistente el testamento de hermandad donde se remitían a las memorias, no es posible su protocolización.

2. EL OBJETO DE LAS MEMORIAS EN EL LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN: LA AMPLIACIÓN DEL PORCENTAJE DEL ACTIVO HEREDITARIO AL DIEZ POR CIENTO DEL CAUDAL RELICTO Y LA FIRMA ELECTRÓNICA

La reforma y la nueva codificación catalana ha incluido ciertas novedades en la materia, suavizando los rigores en cuanto al importe máximo de su objeto. Así y como la Exposición de Motivos de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto de Sucesiones, anticipa: «en cuanto al contenido de los actos sucesorios, se flexibiliza, ampliándolo, el objeto de las memorias, que pueden contener disposiciones que no excedan del diez por ciento del activo hereditario, en vez del cinco por ciento que establecía el artículo 123 del Código de Sucesiones» (22).

En particular su Título II, *La sucesión testada*. Capítulo I, *Los testamentos, codicilos y memorias testamentarias*. Sección 1.^a, *Disposiciones generales*, y Sección 4.^a, *Los codicilos y las memorias testamentarias*. Artículo 421.20. Codicilo. «1. En codicilo, el otorgante dispone de los bienes que se ha reservado para testar en heredamiento, adiciona alguna cosa al testamento, lo reforma parcialmente o, si falta éste, dicta disposiciones sucesorias a cargo de sus herederos *ab intestato*. 2. En codicilo no se puede instituir o excluir ningún heredero ni revocar la institución otorgada anteriormente. Tampoco puede nombrarse albacea universal, ni ordenar sustituciones o condiciones, salvo que se impongan a los legatarios. 3. Los codicilos deben otorgarse con las mismas solemnidades externas que los testamentos».

El artículo 421.21 se ocupa en los siguientes términos de las memorias testamentarias: «1. Las memorias testamentarias *firmadas por el testador en todas las hojas o, si procede, por medio de una firma electrónica reconocida* y que aluden a un testamento anterior (23) valen como codicilo, sea cual sea su forma,

(22) ROCA TRIAS, «Sección: Sección cuarta, *De la preterición y la inoficiosidad*», Tomo XXVIII, Vol. 2.º *Artículo 122 a 161 de la Compilación de Cataluña*, Edersa, y NAGORE YÁRNOZ, «Comentarios a la Sección: Capítulo segundo, *De las formas del testamento*», Tomo XXXVII-1.º *Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 1998.

(23) La sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 1957, desestima el recurso y declara sobre su contenido que «desconoce el recurrente que por obra de una evolución interpretativa que en el momento actual ya está consumada, es aplicable en territorio catalán, sin restricción alguna, el artículo 668 del Código Civil, y está consagrada la vigencia del testamento ológrafo por un lento y progresivo proceso de adaptación que recogió, sin fuerza general vinculante la jurisprudencia local y que después ha tenido expresión perfecta en las sentencias de este Tribunal, de 31 de marzo de 1917 y de 26 de junio de 1929, y más recientemente en la de 22 de junio de 1948, que después de referirse a las fases de este interesante proceso evolutivo y a los motivos determinantes de la evolución, declara una vez más el testamento ológrafo forma válida de testar en los territorios de Derecho Foral sin restricción de lugar, ni de contenido, ni más requisitos formales que los recogidos por el Código Civil para ese testamento». Y en cuanto a la cronología de la redacción de las memorias y el testamento sigue en los siguientes términos: «identificadas las memorias testamentarias con el testamento ológrafo por obra de lo dispuesto en el ar-

si se demuestra o se reconoce en cualquier tiempo su autenticidad y cumplen, si procede, los requisitos formales que el testador exige en su testamento. 2. En las memorias testamentarias, solo pueden ordenarse disposiciones que no excedan del diez por ciento del caudal relicto y que se refieran a dinero, objetos personales, joyas, ropa y menaje de casa (24) o a obligaciones de importancia moderada a cargo de los herederos o legatarios. 3. En las memorias testamentarias pueden adoptarse previsiones sobre la donación de los propios órganos o del cuerpo y sobre la incineración o la forma de entierro» (25).

De dicha regulación se desprende que se trata de «una especie de codicilos de rango inferior, tanto en su contenido como en su forma» (26).

En cuanto al artículo 421.22, determina la aplicación supletoria de las reglas de los testamentos: «Se aplican a los codicilos y a las memorias testamentarias, en la medida en que lo permita su naturaleza, las disposiciones de los testamentos, incluidas las relativas a su nulidad e ineficacia». Y el artículo 421.23 sobre designación de beneficiarios de seguros de vida, dice: «La designación y modificación de beneficiarios de seguros de vida, de planes de pensiones y de instrumentos de ahorro y previsión análogos pueden hacerse en testamento o en codicilo, además de por los medios que establecen el contrato correspondiente o la legislación específica. La designación se puede modificar o revocar con otro testamento o codicilo o por cualquier otro medio admitido por el contrato o la Ley» (27).

título 672 del Código Civil, cuanto se ha dicho en relación con aquél, es aplicable en Cataluña a esta clase de disposiciones, y en segundo que si por el contrario, se reputase que la llamada memoria testamentaria, tiene más semejanza con el codicilo romano, entonces su validez conforme a la legislación aplicable, ni exigiría ninguna solemnidad de forma, cuando está confirmada por el testamento, ni requeriría para su validez la obligada sucesión cronológica de que el recurrente parte para mantener su tesis adversa a la validez».

(24) Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 6 de marzo de 2008, sobre la previsión contenida en el antiguo artículo 123.2 del Código de Sucesiones, aplicable su doctrina a todos los efectos, dado el tenor de la nueva normativa, aclara que la validez de esta disposición dependerá, a su vez, de que no exista mejor derecho, así, «se contempla la posibilidad de que el causante disponga, entre otros objetos, de la *roba i parament de la casa* por medio de memorias testamentarias, ya que la validez de esta disposición se encuentra condicionada, en todo caso, a la inexistencia de cónyuge superviviente con derecho de predetracción o a que se refiera a los objetos del ajuar excluidos de dicho derecho».

(25) La derogada Ley 40/1991, de 30 de diciembre del Código de Sucesiones por causa de muerte de Cataluña, decía sobre los requisitos de validez de las memorias testamentarias como codicilo. *Contenido de las memorias testamentarias*: Artículo 123. Las memorias testamentarias firmadas en todas sus hojas por el testador y que aludan a un testamento anterior valdrán como codicilo, cualquiera que sea su forma, siempre que se demuestre o reconozca en cualquier tiempo su autenticidad y reúnan, en su caso, los requisitos formales exigidos por el testador en su testamento. No obstante, en las memorias testamentarias sólo podrán ordenarse disposiciones referentes a dinero que no exceda de la vigésima parte del caudal relicto, a objetos personales, joyas, ropa y ajuar doméstico y a obligaciones de moderada importancia a cargo de los herederos o legatarios. En memoria testamentaria también podrá disponerse sobre la donación de los propios órganos o de los restos mortales, incineración o forma de entierro. En cuanto a las Disposiciones aplicables a codicilos y memorias testamentarias, el artículo 124 concretaba que: «Se aplicarán a los codicilos y a las memorias testamentarias las disposiciones de los testamentos».

(26) ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones, I*, Barcelona, 1995, 2.ª ed., pág. 232.

(27) MEZQUITA GARCÍA-GRANERO ilustra los elementos básicos más destacables de la reforma y con buen criterio aprecia que: «Se mantiene el perfil básico de la figura,

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, DE 7 DE ENERO DE 1993: NULIDAD DE DOCUMENTO AUTÓGRAFO POR FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO E INEFICACIA COMO CODICILO

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia catalán, de 7 de enero de 1993, sobre recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Tarragona, consecuencia de los autos de juicio declarativo de menor cuantía seguidos sobre nulidad de testamento ológrafo, cuyo recurso fue interpuesto por D. X (28).

trasunto moderno de las llamadas *schedulae testamentariae* surgidas en el Medievo por vía consuetudinaria y que hoy son una forma escasamente utilizada de complemento a una disposición *mortis causa* anterior. Sus características básicas son su carácter aformal, los potentes límites a su contenido y la necesidad de que aludan a un testamento o heredamiento anterior, esto último si el heredamiento hace la reserva expresa que prevé el artículo 431-22. Centrándonos en las novedades de su regulación actual, destacaremos lo siguiente: a) Formalmente su característica sigue siendo precisamente su carácter aformal, sin perjuicio de las cláusulas *ad cautelam* que pueda contener el testamento sobre este punto y que deberán entonces cumplirse estrictamente para la validez de las memorias. La novedad aquí es el reconocimiento de las memorias firmadas por medio de firma electrónica reconocida. Sobre esta posibilidad para las memorias testamentarias entiendo que la nueva norma merece crítica por haberse asimilado de manera un tanto simple al supuesto antes tratado para el testamento cerrado, cuando hay una diferencia esencial. En las memorias, redacción y otorgamiento son lo mismo. En el testamento cerrado, el acto que le confiere la condición de tal es la autorización notarial. En ambos casos, la utilización de la firma electrónica reconocida plantea toda la problemática derivada del hecho de que el uso de dicha firma no garantiza la autoría real, sólo la legal por imputación de la ley. La clave con la que se ha suscrito el archivo es, efectivamente, la del sujeto X, pero ello no garantiza en absoluto que X fue justamente el que usó la firma, ni que lo hizo voluntaria, consciente y libremente. La simplificación, abaratamiento y agilización del tráfico que puede aconsejar la equiparación de la firma electrónica con la manuscrita en ciertos negocios *inter vivos*, asumiendo como coste subyacente un posible crecimiento de la litigiosidad, justifica quizá que la ley resuelva los casos de utilización fraudulenta o los supuestos de dolo, error o intimidación acudiendo al principio de responsabilidad objetiva o incluso a la doctrina de la *culpa in vigilando* para mantener el vínculo contractual en caso de fraude. Pero tales argumentos no son válidos en sede de negocios *mortis causa*, donde lo principal no es la protección de los intereses o expectativas generados a una contraparte o a un tercero de buena fe, sino la protección de la libre soberana voluntad del testador. En el caso del testamento cerrado, al menos el testador afirmará expresamente ante notario, quien indagará sus condiciones intelectivas y volitivas, que aquello que presenta es un testamento suyo. En el caso de las memorias testamentarias está sencillamente indefenso, tal y como quedan reguladas, ante un uso fraudulento de su firma electrónica. b) Sustantivamente se incrementa desde el 5 al 10% el porcentaje del caudal relicto del que puede disponerse mediante las memorias, pero junto con el límite se modifica la forma de computación de ese límite. En efecto, la redacción del artículo 123 CSC parecía referir el límite anterior del 5% sólo a las disposiciones de dinero, dando a entender que, aparte, podía disponerse de objetos personales, joyas, ropas y ajuar. La redacción era desafortunada porque no definía qué hay que entender por objetos personales, de un lado, cuando puede haberlos muy valiosos como un mueble o un coche antiguo, por ejemplo. Y, de otro, permitía disponer de joyas sin limitación. La actual redacción deja claro que el límite del 10% es conjunto y que debe computarse el valor de todo lo dispuesto, parece que incluso si se hace a través de obligaciones impuestas a herederos o legatarios» («El testamento en el nuevo libro IV del Código Civil de Cataluña», en *XV Jornadas de Derecho Civil catalán*, 2008).

(28) Y consta defendido, por cierto, por el reconocido abogado PINTÓ RUIZ.

En primera instancia, por el contrario, no sólo se desestima la totalidad de las pretensiones del demandante, sino que se aprecia la reconventional y se declara nulo el documento presentado como testamento ológrafo por el demandante. Tampoco prospera el recurso de apelación interpuesto del demandante, corriendo igual fortuna la casación interpuesta.

El antecedente más clarificador para el recto conocimiento del asunto es el siguiente: «El día 14 de enero de 1988 falleció doña X, meses más tarde, don X, hombre de confianza de la señora y actor en la demanda inicial de la presente *litis*, halló un documento manuscrito compuesto de un solo folio, rotulado “El meu testament” (*sic*) que contiene diversas disposiciones de última voluntad. A su pie aparece la mención “11-5-1983”, así como la firma de la señora y de dos testigos. El documento presenta extensas tachaduras, entre renglones y añadidos, ninguno de los cuales aparece salvado».

Se aprecia la nulidad de dicho documento y en cuanto a su pretendido valor como testamento ológrafo y sobre el alcance de la inobservancia de sus requisitos, recuerda la resolución que «la doctrina puede dividirse en dos grupos: el de quienes postulan la nulidad íntegra del testamento ológrafo que contiene palabras borradas, enmendadas o entrerrenglonadas, sin salvar por el redactor del documento bajo su firma; y el de los que estiman que la omisión de este requisito sólo afecta a las palabras tachadas, añadidas o enmendadas, que deben tenerse por no puestas en opinión de un subgrupo mayoritario, aunque hay quien opina —MUCIUS SCAEVOLA— que lo que no vale es no la enmienda o tachadura, sino lo enmendado o tachado. La jurisprudencia parte de la afirmación capital de que aunque la disposición testamentaria adopte la forma sencilla y simplificada del testamento ológrafo, en el otorgamiento de esta clase de negocios jurídicos tienen el carácter de esenciales todas las formalidades prevenidas en el artículo 688 del Código Civil, siendo indispensable su concurrencia para la validez del acto (SSTS de 13 de mayo de 1942 y 3 de abril de 1945). La última de las sentencias indicadas (de la que fue ponente don José CASTÁN) cuida de puntualizar —como ya hizo la sentencia de 29 de noviembre de 1916— que las pequeñas enmiendas no salvadas que no afecten, alteren o varíen de modo sustancial la voluntad del testador no afectan a la validez del testamento, “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”. En el mismo sentido, la sentencia de 25 de octubre de 1947».

Asevera la sentencia que «la doctrina jurisprudencial puede resumirse diciendo que el testamento, aunque revista forma ológrafa, es un negocio jurídico solemne y la falta de alguno de los requisitos del artículo 688 del Código Civil afecta a su validez. Excepcionalmente, no anulan totalmente el testamento pequeñas enmiendas no salvadas que no afecten a elementos básicos de la disposición. Digamos también que es “reiterada la doctrina de este mismo Tribunal de que es de la exclusiva competencia de la Sala sentenciadora el determinar como cuestiones de hecho si en el otorgamiento de los testamentos se han observado las formalidades establecidas en cada caso por la ley” (STS de 20 de diciembre de 1913)».

Se declara, por tanto, la invalidez formal del manuscrito también como codicilo, pues si bien es cierto que las disposiciones codicilares pueden quedar a cargo de los herederos *abintestato*, para ello es preciso que exista un codicilo verdadero y, el documento autógrafo controvertido no es válido ni como testamento ni como codicilo. Y por ausencia radical de la observancia de las solemnidades impuestas al testamento ológrafo, se ratifica al asimismo su nulidad.

4. LAS MEMORIAS COMO NEGOCIO *MORTIS CAUSA PER RELATIONEM*: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CATALÁN, DE 16 DE ENERO DE 1995, Y LA INEFICACIA DE LAS MEMORIAS QUE EXCEDEN DE SU LÍMITE: MEMORIAS DISPOSITIVAS Y LAS ACLARATORIAS O INTERPRETATIVAS

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia catalán, de 16 de enero de 1995, que desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de los autos de juicio declarativo de menor cuantía sobre nulidad de cierta memoria testamentaria. El recurso de casación fue interpuesto por la demandada defendida por PINTÓ RUIZ, siendo la demandada y ahora recurrente, segunda esposa del pintor causante, beneficiaria de la memoria testamentaria cuya nulidad se declaró en primera y segunda instancia, desestimándose el recurso de casación interpuesto.

Resulta ineficaz por contravenir una norma imperativa, en lo que a la cuantía y límite de disposición se pueda verificar mediante memoria testamentaria. En particular «la disposición por causa de muerte en la que el testador ordena a favor de C., que fue después su segunda esposa, el importante legado (valorado en más de 160 millones de pesetas) que constituye la aludida obra pictórica del afamado causante, es una *Memoria Testamentaria* que en el Derecho catalán se caracteriza precisamente por la limitación y la tipificación de su contenido, pues conforme al párrafo segundo del artículo 107 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960 aquí aplicable, dada la fecha del instrumento, 5 de noviembre de 1982 (que hoy es el art. 123 del Código de Sucesiones del Derecho Civil de Cataluña, de 30 de diciembre de 1991) en las memorias testamentarias solamente «pueden ordenarse disposiciones referentes a dinero que no exceda de la vigésima parte del caudal relicto y a joyas, ropas y ajuar doméstico»; y es bien claro (nadie lo pone en duda) que el importante legado de la obra pictórica referida excede manifiestamente de todos aquellos contenidos sobre los que le hubiese sido posible operar con validez; y no siendo pues legalmente correcto en el derecho catalán que una *Memoria Testamentaria* contenga actos de disposición como los que determina la cuestionada, ordenando el legado referido, que se extralimita ampliamente del que puede ser el contenido de una memoria de esta clase, es patente su nulidad».

Apréciase que la conculcación del límite del contenido patrimonial de la Memoria en cuestión, es el fundamento para la desestimación del recurso interpuesto por parte de la demandada, segunda esposa del causante. Como advierte el Tribunal: «el tema de decisión no radica aquí en si se ha interpretado bien o no la voluntad del causante, sino en que su voluntad se ha expresado en un instrumento legalmente inidóneo; y no se puede afirmar que la memoria no establezca el legado y que solamente interpreta y aclara el ya establecido en el testamento, porque esto no es así, dado que es la memoria y no el testamento, la que hace la disposición de la obra pictórica. Y era la propia actual recurrente

te la que reconocía claramente en la primera instancia la inidoneidad de la memoria para transmitir aquella obra».

Añade la sentencia la interesante diferenciación entre dos tipos o clases de memorias, así como la inclusión de ambas categorías entre los negocios jurídicos *per relationem*. Dice así: «aun cuando es cierto que en el derecho civil catalán pueden existir los dos tipos de memorias testamentarias, las dispositivas y las aclaratorias o interpretativas, y que ambas constituyen un negocio por causa de muerte *per relationem* en el sentido de que es necesario que exista un testamento anterior con el que ellas se puedan relacionar, y que las memorias dispositivas *ordenan* legados y las interpretativas o aclaratorias se limitan a *aclarar, a interpretar o precisar* los ya ordenados por el testamento, aquí la memoria de que tratamos, como ya dice la sentencia de instancia sin impugnación eficaz, es *dispositiva* y no meramente *interpretativa o aclaratoria*, ya que es ella, y no el testamento, *la que ordena directamente el legado*» (29).

En definitiva, el documento redactado por el causante en fecha 5 de noviembre de 1982 y protocolizado en sobre cerrado según acta autorizada por Notario, constituye una memoria testamentaria y no una donación *mortis causa*, por lo que, excediéndose del límite impuesto legalmente, dicha memoria se declara nula de pleno derecho e ineficaz.

De modo que la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 20 de abril de 2010, reitera la necesidad de no extralimitación del porcentaje previsto en la Ley y determina las consecuencias de la conculcación de normas de carácter imperativo. Así declara: «No es discutido que los legados que se establecieron en la memoria testamentaria excedían el veinte por ciento del caudal relicto, lo que venía proscrito por el *artículo 107 de la Compilación de 1960*. Y no será malo traer otra vez a colación la ya citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de enero de 1995».

Sostiene también que «la cuestión es si los actos posteriores del heredero, dando cumplimiento en parte a la memoria testamentaria, la convalidan y obligan, a su vez, a los herederos de aquél. Pues bien, en el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, la sentencia de 28 de enero de 2002, establece, ante la invocación de la doctrina de actos propios de la que se seguiría la continuidad de efectos del causante a los herederos, al amparo del *artículo 1 del Código de Sucesiones*, que tal doctrina tiene su sentido en referencia a los actos irregulares celebrados por el causante, pero que los herederos no vienen obligados a respetar los actos realizados *contra legem*. El acto de disposición efectuado por la causante fue radicalmente nulo, y también lo fue, no pudiendo tener efecto alguno convalidante o subsanador, la

(29) Por tanto y como es lógico, sirven las memorias también para integrar el testamento tal y como recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 1 de diciembre de 2008. Declara en el asunto de autos que: «en efecto, no habiendo codicilos y memorias testamentarias que sirvan para integrar hermenéuticamente el testamento (*art. 123 CS*), o en ausencia de albaceas universales (*art. 316 CS*) o particulares (*art. 56 CS*) autorizados para hacerlo por sí mismos, la interpretación de la verdadera voluntad del causante podrán establecerla los propios interesados en la sucesión, por acuerdo unánime (*art. 57 CS*), sin que para ello deban someterse al significado literal de las palabras utilizadas en testamento (*art. 110.1 CS*), debiendo resolver las ambigüedades y las dudas *favor testamenti* en beneficio del favorecido e interpretar restrictivamente las disposiciones que le impongan cualquier carga (*art. 110.3 CS*). Sólo en defecto de cualquiera de las posibilidades mencionadas, es a los Tribunales de instancia a quienes corresponde la interpretación de las cláusulas testamentarias».

actuación a través del acto de conciliación. Sólo los negocios anulables pueden ser objeto de convalidación, confirmación o ratificación, pero no los radicalmente nulos e inexistentes».

5. LA INNECESARIEDAD DE LA PROTOCOLIZACIÓN DE LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS SEGÚN EL DERECHO CIVIL FORAL CATALÁN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CATALÁN, DE 9 DE JUNIO DE 1997, Y EL DERECHO CIVIL CATALÁN COMO ORDENAMIENTO CERRADO Y COMPLETO

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia catalán, de 9 de junio de 1997, el motivo nuclear objeto de controversia es la imputación a la legítima de ciertas cantidades, y habiendo sido alegada como cuestión nueva la nulidad de la memoria testamentaria en la que se hace una donación, el Tribunal no entra a su examen.

En cuanto a la obligación de protocolizar las memorias testamentarias como requisito de validez y eficacia, se rechaza también, toda vez que se funda en Derecho Civil Común y no en el Derecho Civil propio. Dice la sentencia que: «El segon motiu de cassació es fonamenta en el mateix apartat 4t de l'art. 1692 de la LEC, per infracció de l'art. 672 del Codi civil, en relació amb els articles 689 a 693 del mateix codi substantiu i jurisprudència interpretativa, respecte a l'obligació de protocolitzar les memòries testamentàries perquè obtinguin validesa i eficàcia. Sosté el recurrent que la memòria de les actuacions no cobreix aquests requisits de validesa i eficàcia, perquè segons l'art. 672 del CC són nul·les les memòries testamentàries que no reuneixin els requisits previstos per al testament hològraf, entre els quals es troba el de la seva protocolització. Tampoc aquest motiu no pot prosperar. Basar-se en el Dret comú que desconeix les memòries testamentàries en si mateixes, quan en el Dret propi de Catalunya la memòria testamentària té la seva història i la seva regulació, pel que fa al concepte, naturalesa i revocació (articles 123 i 133 del Codi de successions) és una postura absolutament rebutjable, com ho és també aplicar capriciosament a un mateixa institució jurídica unes vegades el Dret propi de la comunitat, com ho és l'art. 123, paràgraf segon, esmentat, i altres; el Dret comú, com ara s'intenta».

«El preàmbul de la Llei 40/1991, de 30 de desembre, del Parlament de Catalunya, que promulga el Codi de successions per causa de mort al Dret civil de Catalunya, deixa clar al seu capítol I la finalitat de la Llei i, en referir-se concretament a l'antiga regulació successòria continguda a la Compilació de Dret Civil de Catalunya diu: És tractava, per tant, d'una regulació extensa, però incompleta i parcial, que propiciava l'aplicació supletòria del Codi civil en un gran nombre d'institucions. L'aplicació del Codi civil per part dels tribunals i juristes ha provocat, al llarg dels trenta anys de vigència de la Compilació, una certa desnaturalització del dret català, entès sovint pels tribunals com una regulació apendicular dependent del mal anomenat dret comú. D'aquí que, a continuació, expressi, referint-se al Codi: Aquesta Llei conté una normativa autònoma, completa i global del dret successori català. S'hi regulen, de manera sistemàtica i ordenada, totes les institucions successòries vigents a Catalunya, per la qual cosa, per aplicació de l'article primer de la Compilació, s'exclou l'aplicació directa o supletòria del Codi civil a Catalunya. No sembla que calguin majors raonaments. El Codi de successions ha regulat de forma íntegra

i completa la matèria successòria vigent a Catalunya, excoient-ne absolutament i expressament l'aplicació directa o supletòria del Codi civil» (30).

III. MEMORIAS, CÉDULAS, TESTAMENTOS Y JURISPRUDENCIA: CUESTIONES SOBRE SU EFICACIA Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL SEGÚN EL DERECHO COMÚN

1. LOS HEREDEROS FIDUCIARIOS COMO HEREDEROS INSTITUIDOS CON CLÁUSULA MODAL Y LA AUSENCIA, NO INVALIDANTE, DE LAS MEMORIAS ANUNCIADAS EN TESTAMENTO: SSTs DE 30 DE OCTUBRE DE 1944, 19 DE NOVIEMBRE DE 1897 Y 14 DE MARZO DE 1866

En la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1866, siendo ponente ORTIZ DE ZÚÑIGA, se pretende infructuosamente, por la sobrina del causante, la apertura de la sucesión intestada ante la alegada ineficacia del testamento cerrado que se había protocolizado. Dicho testamento se refería a unas memorias testamentarias que no aparecieron, por lo que esta falta de localización era el argumento que, a su juicio, sustentaba dicha ineficacia.

En dicho testamento, cerrado y otorgado en 1853, se nombra un heredero fideicomisario general para que éste «disponga de mis bienes y los distribuya del modo que le tengo encargado»; el heredero fiduciario otorga escritura donde manifiesta que ante las instrucciones verbales y escritas recibidas del finado, sobre cláusulas piadosas y mandas en favor de algunos parientes —entre ellos la demandante— acepta el cargo y distribuye la herencia atendiendo las instrucciones recibidas.

Se desestima el recurso interpuesto, toda vez que no se ha discutido la nulidad de la institución fiduciaria, por lo que se habrá de estar al «cumplimiento de su voluntad, según sus literales palabras, es necesario estar a la declaración hecha por éste respecto a las instrucciones que aquel le tenía comunicadas para la distribución de sus bienes, sin que su cumplimiento dependiese del otro testamento que dijo estaba formando y no se ha encontrado, pues no impuesto semejante limitación, de lo cual se deduce que no se han infringido dichas leyes de Partida».

En el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 1944, la causante soltera y de condición civil navarra, falleció en Zara-

(30) En cuanto al depósito de la memoria en una Notaría, la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de enero de 2008, ratifica la validez de un testamento ológrafo depositado en la notaría a los pocos días de otorgar testamento abierto, porque no se estima probado que mediara engaño, violencia o intimidación. En el recurso de apelación se «denuncia que la Juzgadora de Instancia ha otorgado una especial relevancia a la declaración del Notario, pero lo cierto es que tras el visionado del CD del juicio, el Tribunal debe ratificar su conclusión. El aquí recurrente incluso renunció a efectuarle pregunta alguna. De su declaración (1:20:18 y siguientes del CD), cabe destacar que recuerda al causante por lo insólito de la situación. Hizo el testamento, o más propiamente el codicilo y a los pocos días le preguntó como cambiarlo. Relata que preguntó mucho y de muchas cosas; que quería hacer testamento ológrafo; que él le asesoró; que lo veía clara y contundentemente convencido; que no era disminuido ni incapacitado desde ningún punto de vista. Quería hacerlo bien y que no se pudiera anular. Es cierto que no vio la redacción propiamente dicha, pero debe estimarse probado que la entrega, con conocimiento de su alcance y trascendencia, se efectuó con total libertad. Se trató de un depósito voluntario del testamento ológrafo, y por ello no cabe imputar ninguna violación del Reglamento Notarial».

goza en el año 1940, bajo testamento otorgado en Tudela en 1913 y en el cual, después de instituir en la legítima foral navarra y aragonesa, incorpora la cláusula objeto de controversia.

La discutida cláusula sexta del testamento dice que «si entre sus papeles, tanto en su casa de Valtierra como en la de Zaragoza, o si en poder de alguna persona que la presente, se encontrase alguna memoria testamentaria en sobre cerrado y lacrado que indique serlo, que esté toda escrita de letra de la testadora, firmadas todas sus hojas por la misma y que principie con las palabras siguientes: “Vivan Jesús, María y José”, los herederos fiduciarios que nombrará la presentarán al Juzgado para la declaración de tal, se protocolizará en la notaría de esta ciudad que corresponda, y darán cumplimiento a la misma en todas sus partes».

Adicionalmente nombra herederos fiduciarios al párroco y al médico de la localidad, «para que los dos juntos o cada uno de ellos por separado realicen su herencia y cumplan todo lo que se consigne en la memoria testamentaria». Ambos son requeridos sin éxito para que presentaren o diesen noticia de la memoria a que el testamento se refería, y los actores, parientes transversales en cuarto grado de la causante, solicitan se declare que el testamento carece de virtualidad para regir su sucesión y que por tanto se declarase desierta la herencia y se abriera la sucesión intestada.

Por su parte, el párroco y el médico demandados reconviene y son apreciadas sus alegaciones por lo que se declara que el testamento es válido y eficaz en su totalidad, sin que su eficacia ni su validez se subordine en todo ni en parte a la existencia o inexistencia de memoria testamentaria alguna; que ninguno de los demandantes (parientes en cuarto grado de la causante) tiene derecho alguno *mortis causa* sobre los bienes de la causante (fuera de la cantidad que represente su institución en la legítima foral); que en el caso de no aparecer la memoria testamentaria a que el testamento hace referencia los herederos fiduciarios vendrán obligados en conciencia a dar cumplimiento a cuantas instrucciones reservadas tienen recibidas de la causante, pero siendo únicos en cuanto a sostener y continuar su personalidad. Por tanto se declara la improcedencia de la apertura de la sucesión intestada de dicha causante, pretendida por los parientes en cuarto grado.

En particular, considera la sentencia sobre la naturaleza de los herederos fiduciarios del supuesto de autos «que *el régimen jurídico de la fiducia ofrece, sin embargo, características muy distintas y especiales cuando, en vez de confiar el testador al heredero fiduciario las instrucciones reservadas (verbales o escritas) relativas al destino de los bienes, se remite —como en el caso de estos autos— a las que puedan estar contenidas en algún escrito o memoria testamentaria*, sin que pueda inferirse que la intención del testador haya querido establecer un ligamen esencial o de mutua condicionalidad entre la institución a favor del fiduciario y las instrucciones determinantes de la aplicación de los bienes hereditarios, pues en estos casos —que en realidad quedan fuera del sentido estricto, tipificado por la doctrina, de la herencia de confianza— *la posición del fiduciario se separa radicalmente de la del mero ejecutor, aproximándose, en cambio, a la del heredero instituido con cláusula modal*; y ésta es la orientación que aparece reflejada en la sentencia de este Tribunal, de 19 de noviembre de 1897, la cual, al resolver acerca de un caso en el que cierto testador había nombrado por único y universal heredero a cierta persona para que dispusiera de los bienes, según instrucciones que el otorgante dejaría escritas y firmadas de su mano y letra, estableció que *“la falta de las instrucciones que el testador*

dijo que dejaría escritas de su mano y letra no vicia e invalida la institución de heredero en el concepto en que fue hecha, ya porque la eficacia de la misma no depende ni se hizo depender de la existencia, de aquélla ya porque han podido extraviarse..., ya porque se trata de un acto de la libérrima voluntad del difunto, como era el dejar o no tales instrucciones escritas”».

2. LOS REQUISITOS DE LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS Y LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE OBLIGATORIEDAD DE LA ADVERACIÓN Y PROTOCOLIZACIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1956

Como se verá, la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 1956, y la de 29 de septiembre de 1956, ratifican las exigencias procesales como requisito de validez, tal y como, a su vez, hizo la de 27 de abril de 1940 y reiteraría, en idéntico sentido, la de 3 de febrero de 1966.

En el caso de autos de la sentencia de 29 de septiembre de 1956, los actores dedujeron demanda sobre validez de nota testamentaria y otros extremos, estimándose sus pretensiones. En apelación se revoca la sentencia, absolviéndose a los demandados, pronunciamiento que es mantenido por el Tribunal Supremo, al desestimarse los recursos de casación interpuestos.

Los concretos términos de la sentencia dictada, siendo Ponente BONET RAMÓN, son los siguientes: «en el Derecho anterior al Código Civil, las memorias testamentarias eran manifestaciones de última voluntad, escritas de puño y letra de los testadores, o al menos firmadas por ellos, que arrancaban su fuerza de testamento, en que había de hacerse mención de ellas, o reservarse el testador la facultad de ordenarlas, disponiendo que si fuera encontrado a su muerte alguna nota o escrito autografiados o firmados o que estuvieran revestidos de determinadas circunstancias, se tuvieran como parte integrante del testamento, que adicionaban o reformaban, imponiendo nuevas condiciones a los instituidos, fijando las reglas a que hubiera de ajustarse la sucesión, o estableciendo algunas mandas o legados».

«Que esta institución testamentaria no se originó en fuente legal alguna de nuestro Derecho, siendo introducida por la costumbre y práctica jurídicas, reconocidas por la jurisprudencia, y más tarde regulada por la Ley de Enjuiciamiento Civil, obedeciendo su existencia, a remediar un estado de cosas que la realidad imponía, para satisfacer los deseos del testador que, por motivos muy respetables, quisiera dejar hasta última hora, la expresión de ideas o mandatos que al principio se estaba en el caso o no quería dar a conocer, la manifestación de ser su heredero legatario quien, en ocasión para él más propicia, designase, etcétera, sin necesidad de recurrir al otorgamiento en forma solemne y, por tanto, más molesta, dispendiosa y difícil de un testamento con escribanos, testigos y demás formalidades, siendo reconocida actualmente esta necesidad por el legislador civil, al ordenar que la memoria testamentaria se haga constar por lo menos en la forma de testamento más sencilla y más al alcance de todas las personas».

«Que no había predeterminada solemnidad alguna por la Ley Procesal, y sí solo debía reunir la memoria testamentaria aquellas circunstancias que produjeran su identificación y vinieran a demostrar su autenticidad, la cual se acreditaba, generalmente, por contener la contraseña, lema o palabras con que se dijo en el testamento serían encabezadas aquélla o aquéllas que el testador se reservaba otorgar él mismo, y por la observación judicial ulterior de que había de ser

objeto al presentarse al Juez, o a tenor de lo establecido en los artículos 1969 a 1979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente».

«Que el Código Civil no prohíbe en absoluto las memorias y cédulas testamentarias, como hace con el testamento de mancomún y con el testamento por comisario, sino que se limita a declarar nulas e ineficaces las disposiciones hechas en esa forma, y que no reúnen los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo, lo que presupone la validez y eficacia de aquellas que estén revestidas de dichas formalidades, tanto intrínsecas como extrínsecas, simultáneas a su redacción, o posteriores o complementarias; pero si bien permite la subsistencia de dichas memorias y cédulas, no es con el carácter y efectos que les daba la antigua jurisprudencia, sino como un nuevo testamento, revestido de todas las formalidades del ológrafo, aunque supongan la existencia de un testamento que las insinúa, al cual complementan, modifican o derogan».

«Que tanto en el anterior orden legal como en el vigente, es indispensable para la eficacia de las cédulas, papeles privados y memorias testamentarias, que éstas se eleven a instrumento público o se protocolicen, según su clase, para cuya formalidad, la Ley de Enjuiciamiento Civil tenía establecido en los Títulos VI y VII, primera parte de su Libro III, el procedimiento a seguir en cada uno de los casos, pero equiparadas al testamento ológrafo dichas manifestaciones de última voluntad, en cuanto a los requisitos precisos para su validez, ha de emplearse para la protocolización de las mismas, el establecido en los artículos 689 a 693 del Código Civil, y no el ordenado en dicha Ley, cuyos preceptos en este punto han quedado derogados virtualmente».

«Que como tiene declarado esta Sala en su sentencia de 27 de abril de 1940, el testamento ológrafo formalizado por el testador, única persona que interviene en su otorgamiento, prescindiendo de toda formalidad de carácter público, no adquiere validez, según el artículo 689 del Código Civil, hasta la protocolización, que le confiere una especie de confirmación judicial que lo eleva a la categoría de documento público, y este artículo formulado en forma imperativa —deberá protocolizarse— lo que exige es que se obtenga la protocolización, sin otra determinación en cuanto al modo de proceder que la presentación del testamento al Juez de Primera Instancia del último domicilio del testador y al del lugar en que éste hubiera fallecido, y con el requisito esencial de que esa presentación se realice dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento, estableciendo el citado precepto un plazo de caducidad o decadencia, de cesación del valor jurídico del testamento, con efecto radical y automático y con determinación precisa del día en que comienza su computación, por lo que no puede invocarse para su interpretación el artículo 1969 del mismo Código Civil, sólo aplicable a la prescripción, institución ésta sujeta a otros principios en atención a que, reconociendo por causa la inercia del titular del derecho, admite impedimentos *ratione initu* y motivos de interrupción y de suspensión, no pudiendo ser omitidas las solemnidades establecidas por la ley para los actos jurídicos, sin que se produzca el efecto de la invalidez, especialmente en materia de testamentos, pues en cuanto a éstos, las prescripciones legislativas, propenden a garantizar los derechos del testador, los de terceras personas que pueden tenerlos adquiridos y a veces el interés social, y la protocolización tiene en el testamento ológrafo extraordinaria importancia, por ser la solemnidad que le imprime carácter de documento público».

«Que como también tiene declarado esta Sala en su sentencia de 11 de febrero del año actual, establecido en los artículos 689 y siguientes del Código Civil, los requisitos inexcusables para advenir los testamentos ológrafos, y el

modo, tiempo y forma de hacer esta adveración, no es posible sin que se cumplan esos inexcusables requisitos, tener como última voluntad del finado, lo que puede expresarse en los documentos, ni suplir de oficio esos requisitos, ni pretender que en el pleito y al socaire de las concretas pretensiones que en él se formularon, se obtengan tardíamente declaraciones que tienen inicialmente su cauce adecuado, aunque últimamente pueden ser combatidas en un ulterior proceso declarativo».

3. CONCRECIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS PERFILES DE LAS MEMORIAS Y CÉDULAS TESTAMENTARIAS: LAS SSTs DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2007 Y LA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2009

La sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2007, siendo Ponente SALAS CARCELLER, estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia de Málaga y, por tanto, no aprecia la alegada infracción del artículo 672, toda vez que declara que dicho precepto «se refiere a las cédulas o memorias testamentarias que menciona en su testamento el propio testador y ésta no es la situación que se da en el caso, en el que simplemente la Audiencia tuvo en cuenta para interpretar el alcance del legado la existencia de un sobre dirigido a los actores que se encontraba en una caja bancaria y que se refería a las monedas de oro y plata, lo que le llevó a deducir la voluntad de la testadora en un sentido que no es el ahora aceptado».

Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 2009, en la que es Ponente ROCA TRÍAS, ventila un supuesto sobre la validez de un testamento otorgado en inminente peligro de muerte en las siguientes circunstancias declaradas como hechos probados: «El 27 de marzo de 2001, don Dámaso, que se hallaba ingresado en la UCI del Hospital de la Cruz Roja en Murcia, quiso otorgar testamento. El médico requirió a cuatro personas para oír al testador y presentes cinco testigos, el enfermo declaró que quería que su última voluntad fuese la que había manifestado en su domicilio unos días antes a la oficial de la Notaría de Santomera. Esta habría recogido en unas notas las previsiones sucesorias del causante, que se archivaron en un documento informático, en el ordenador de la notaría, pero no se llegó a elevar a testamento debido a la mala salud del declarante».

Se insta la protocolización del documento que figura sólo en fotocopia y extendido en el Hospital y firmado por el causante con letra muy deformada, que «desea que se cumpla el borrador que existe en la Notaría» y tras sucesivas vicisitudes se rechaza la pretensión toda vez que los testigos presentes ignoraban los términos del contenido de la manifestación última de voluntad incluida, según se pretende, en el borrador de la Notaría.

Concluye la resolución fijando que «el problema real que presenta el actual recurso de casación no se refiere a la forma, sino al contenido del testamento, puesto que lo que se discute aquí es si existió o no auténtica voluntad testamentaria. El testamento otorgado ante testigos cuando el testador se hallare en peligro de muerte, previsto en el *artículo 700 del Código Civil*, constituye una modalidad del testamento abierto, en el que se sustituye la presencia del notario por la de cinco testigos. A tal efecto el *artículo 679 del Código Civil* define este testamento de la siguiente manera: Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone y el *artículo 700*

del *Código Civil* dispone que cuando el testador se hallare en inminente peligro de muerte, puede otorgarse testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario. Al tratarse de un testamento abierto, debe cumplirse lo establecido en el *artículo 695 del Código Civil*, que exige que el testador manifieste oralmente o por escrito su voluntad ante el Notario, sustituido en este caso por los cinco testigos, que de hecho cumplen el mismo rol. Esta manifestación constituye la declaración de voluntad precisa para la existencia de testamento (STS de 27 de junio de 2000). En el caso actual, el difunto declaró que quería que valiera un pretendido borrador, que ni tan sólo había escrito, sino que constituía un simple resumen de lo que había manifestado a la oficial de Notaría, a la espera de otorgar testamento».

Tampoco resulta admisible el valor del documento evacuado en el Hospital como Memoria testamentaria, toda vez que para que así hubiese sido habría de haber completado los requisitos de fondo y forma del artículo 672, cosa que tampoco se ha hecho en el caso de autos (31).

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS: LA SOLEMNIDAD TESTAMENTARIA

No cabe duda que la historia más inmediata y la jurisprudencia sobre las menciones y cédulas testamentarias es, cuando menos, reveladora de la necesidad de dotar de las máximas garantías a la voluntad de la persona en uno de los actos que tendrán efectos después de su muerte.

Por ello y de consuno con las críticas doctrinales elevadas con carácter previo a la aprobación del *Código Civil*, se ha de reiterar la necesidad de dar cumplimiento a las formalidades que deba revestir el acto o actos en cuestión.

Con todo, ha de apreciarse que la razón última de estas formalidades no pretende volver a rigideces más propias de otras épocas y sistemas del derecho, antes bien, tiene como objetivo la protección del contenido del testamento. Es decir, las normas testamentarias tienen la pretensión y finalidad, de observar fielmente la voluntad testamentaria, siempre y cuando dicha voluntad, efectivamente, exista.

Lo anterior no empece que, por otra parte, habrá de dotarse de las debidas garantías y superarse, asimismo, ciertos recelos por lo que se refiere a la presencia de las nuevas tecnologías en el ámbito sucesorio, como la firma electrónica.

(31) La pluralidad doctrinal del TS se evidencia en las apreciaciones que SALAS CARCELLER, Ponente de la mencionada STS de 20 de noviembre de 2007, en que se descartaba la consideración de memoria testamentaria a un sobre depositado en una caja, sin mención de ningún tipo en el testamento, vierte sobre esta STS de 4 de noviembre de 2009: «la sentencia del Tribunal Supremo niega, en el presente caso, la existencia de un testamento válido otorgado por el causante. No cabe duda de que ha imperado la rigidez de las normas sobre validez y eficacia de los actos de última voluntad. Sin duda, el fallecido don Dámaso confiaba en la honradez de la oficial de la Notaría y, como a ella había expresado los términos en los que pensaba hacer testamento —no consta con cuánta antelación a su muerte— entendió que bastaba la referencia ante los testigos a lo allí manifestado. Pero el rigor de la ley, y su imperativa aplicación en el caso, no entiende en este caso de “confianza” alguna, porque evidentemente existía una voluntad manifestada por el causante, pero la misma no había quedado expresada en forma legal que gozara de las garantías exigibles para producir el efecto pretendido tras su fallecimiento» («Un caso de ineficacia testamentaria», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, 2010).

V. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a nota a pie de página:

- ALBALADEJO GARCÍA, «Comentario del artículo 672», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Vol. 1 A, Edersa, Madrid, 1990.
- ÁLVAREZ LATA, «Comentarios a la Sección 2.^a, *De los testamentos en general. Artículos 667 a 675*», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 2009, 3.^a ed., págs. 830 a 837.
- AMAT LLARI, «Las memorias testamentarias en el Derecho Civil catalán», en *La Llei de Catalunya i Balears*, 117, 1995, pág. 1 y sigs.
- BARRIO, *Discurso leído en la Universidad Central. ¿Las memorias testamentarias son contrarias al espíritu y recto sentido de las leyes? Y una vez admitidas, ¿qué cosas pueden dejarse en ellas?*, Madrid, 1867.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, *El negocio jurídico per relationem en el Código Civil*, Madrid, 1994, 2.^a ed.
- DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2006, 9.^a ed.
- ESPÍN CÁNOVAS, «Comentario al artículo 672 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1690 a 1692.
- GÓMEZ DE LA SERNA y Manuel MONTALVÁN, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, tomo segundo, Madrid, 1865, 7.^a ed.
- HERNÁNDEZ GIL, «Las memorias testamentarias y el testamento ológrafo», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989, págs. 789 a 800.
- «La institución por partes iguales. La desigualdad de las adjudicaciones y el valor de las memorias testamentarias en Navarra», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989, págs. 801 a 814.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHEZ REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992.
- LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, VII. Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2008, 5.^a ed.
- MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentarios a la Sección 3.^a, *De la forma de los testamentos. Artículos 676 a 687* y Comentarios a la Sección 4.^a, *Del testamento ológrafo. Artículos 688 a 693*», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 2009, 3.^a ed., págs. 838 a 856.
- MESTRE RODRÍGUEZ, *La interpretación testamentaria: notas a la regulación del Código Civil*, Murcia, 2003.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, «El testamento en el nuevo libro IV del Código Civil de Cataluña», en *XV Jornadas de Derecho Civil catalán*, 2008.
- NAGORE YARNOZ, «Comentarios a la Sección: Capítulo segundo. *De las formas del testamento*», Tomo XXXVII-1.º *Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 1998.
- PUIG FERROL, «Las formas testamentarias en Cataluña», en *RJC*, 1972, págs. 139 y sigs.
- REGLERO CAMPOS y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios a las Disposiciones Transitorias», en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 2009, 3.^a ed., pág. 2250 y sigs.
- ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones, I*, Barcelona, 1995, 2.^a ed.

- SALAS CARCELLER, «Un caso de ineficacia testamentaria», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, 2010.
- SAN SEGUNDO, Manuel, «Intervención del notario en los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte», en *RCDI*, 699, 2007, pág. 320 y sigs.
- TORRES GARCÍA, *El testamento ológrafo*, Madrid, 1977.
- Vaquer Alcoy, *La casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*, Pamplona, 1997.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

STS de 28 de enero de 1862.
STS de 14 de marzo de 1866.
STS de 19 de noviembre de 1897.
STS de 20 de diciembre de 1913.
STS de 29 de noviembre de 1916.
STS de 27 de abril de 1940.
STS de 13 de mayo de 1942.
STS de 30 octubre 1944.
STS de 3 de abril de 1945.
STS de 25 de octubre de 1947.
STS de 11 de febrero de 1956.
STS de 29 de septiembre de 1956.
STS de 3 de febrero de 1966.
STS de 10 de noviembre de 1973.
STS de 6 de febrero de 1978.
STS de 13 de febrero de 1984.
STS 20 de noviembre de 2007.
STS de 4 de noviembre de 2009.
STSupJ Cataluña, de 7 de enero de 1993.
STSupJ Cataluña, de 16 de enero de 1995.
STSupJ Cataluña, de 9 de junio de 1997.
STSupJ Cataluña, de 6 de marzo de 2008.
STSupJ Cataluña, de 1 de diciembre de 2008.
SAP de Barcelona, de 22 de enero de 2004.
SAP de Barcelona, de 17 de enero de 2008.
SAP de Barcelona, de 20 de abril de 2010.
SAP de Madrid, de 27 de diciembre de 2003.
SAP de Orense, de 27 de mayo de 2003.
AAP de Pamplona, de 18 de abril de 2000.
SAP de Pamplona, de 14 de abril de 2008.
SAP de Zamora, de 10 de mayo de 2005.

RESUMEN

MEMORIAS Y CÉDULAS
TESTAMENTARIAS
TESTAMENTO OLÓGRAFO
TESTAMENTO EN PELIGRO
DE MUERTE

Las memorias o cédulas testamentarias, como manifestaciones de última voluntad escritas de puño y letra del causante referenciadas en otro testamento, eran viejas conocidas por la práctica, doctrina y jurisprudencia antecedentes al Código Civil. Así, tempranamente, el Tribunal Supremo ratificó su valor jurídico como elemento integrante de los testamentos de referencia, siempre y cuando fuesen mencionados en él. Por su parte, y desde la entrada en vigor del Código Civil, en el Derecho Común sólo desplegarán eficacia, caso de reunir idénticos presupuestos que el testamento ológrafo —mayoría de edad, autografía, fecha y firma, así como su adveración y protocolización—, por lo que bien puede ser calificada como testamento ológrafo complementario de otro testamento. A estas y otras cuestiones controvertidas se dedicará este trabajo, teniendo en cuenta la jurisprudencia más reciente pronunciada sobre la materia, y la forma como garantiza de la auténtica voluntad testamentaria.

ABSTRACT

TESTAMENTARY MEMORANDA
HOLOGRAPHIC WILL
WILL MADE IN DANGER
OF DEATH

Testamentary memoranda, as statements of a person's last will written in that person's own handwriting and incorporated by reference into another will, were old familiar documents in pre-Civil Code practice, doctrine and case law. Accordingly, at an early stage the Supreme Court ratified their legal value as an integral element of the wills to which they belong, provided that they are mentioned in it. In general law, on the other hand, ever since the Civil Code took force, testamentary memoranda are effective only if they meet the very same conditions as a holographic will: They must be made by a person of full legal age, written by that person, dated and signed, attested and notarised. Therefore such a document could well be classified as a holographic will complementary to another will. This paper is devoted to these and other controversial questions, taking account of the most-recent case law on the subject and form as a guarantee of genuine testamentary wishes.

1.5. Obligaciones y Contratos

LA TRANSMISIÓN DE DOMINIO EN LA COMPRAVENTA:
EL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Abogado

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA OBLIGACIÓN DE TRANSMITIR LA PROPIEDAD EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA: 1. POSICIÓN DOCTRINAL