

definición o concepto de dicho asiento que se ajuste a la realidad. De igual modo, poniendo de relieve sus especiales caracteres será más fácil comprender su verdadera función y finalidad, que no es otra que dejar sin efecto un asiento anterior y concreto al que se refiere, siendo vehículo de la publicidad registral.

in reality. The special features of cancellation entries are examined as well, to make it easier to grasp the true function and purpose of entries of this sort, which is to render a particular previous entry null and void. Registration cancellation entries are vehicles for disclosing registration information.

1.4. Sucesiones

LA FIRMA HABITUAL Y USUAL EN LOS TESTAMENTOS OLÓGRAFOS: CUESTIONES SOBRE LA FIRMA HABITUAL O DE «MANO PROPIA» COMO REQUISITO DE VALIDEZ

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Contratada Doctora

del Departamento de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. ANTECEDENTES Y NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE EL TESTAMENTO OLÓGRAFO Y SU RÉGIMEN JURÍDICO COMÚN: 1. LA RELEVANCIA EN LA PRÁCTICA FORENSE DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO: PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. DE LAS ENMIENDAS Y ADICIONES CONSIGNADAS EN LA EDICIÓN OFICIAL DEL CÓDIGO CIVIL Y LA RESTRICCIÓN DE HACER TESTAMENTO A LOS MAYORES DE EDAD, A LA SUPRESIÓN DEL REQUISITO DEL PAPEL SELLADO EN EL AÑO 1904. 3. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO COMO DISPOSICIÓN ENTERAMENTE MANUSCRITA: NOTAS ESENCIALES Y REQUISITOS O PRESUPUESTOS NECESARIOS DE VALIDEZ Y EFICACIA.—II. LA FIRMA HABITUAL O USUAL COMO FIRMA QUE SE USA EN EL MOMENTO PRESENTE: EL REQUISITO DE LA FIRMA COMO PRESUPUESTO *AD SOLEMNITATEM* DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO: 1. ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES RECIENTES SOBRE LA AUTOGRAFÍA, SU AUTENTICIDAD Y EL PROBLEMA DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIFICAL Y PERICIAL PRIVADA: LA HUELLA DIGITAL Y LA FIRMA ELECTRÓNICA NO SIRVE A LOS EFECTOS DE IDENTIFICAR AL AUTOR Y SU *ANIMUS TESTANDI*. 2. EL OTORGAMIENTO DE HASTA DIECISIETE TESTAMENTOS ABIERTOS Y LA REDACCIÓN DE UN TESTAMENTO OLÓGRAFO POR UNA PERSONA DE NOVENTA Y SEIS AÑOS DE EDAD: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 5 DE MAYO DE 2011. 3. CONTROVERSIAS Y PRUEBA EN TRÁMITE JUDICIAL DE LA AUTENTICIDAD DE LA FIRMA: LA ALEGACIÓN, PRÁCTICA Y VALORACIÓN DE DICTAMEN PERICIAL, INTERROGATORIO DE TESTIGOS Y OTROS DOCUMENTOS PRIVADOS, ES COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL JUZGADOR DE INSTANCIA. 4. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO Y LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS COMO TESTAMENTO COMPLEMENTARIO: NOTAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIA SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS RELATIVOS A SU PROTOCOLIZACIÓN.—III. LAS NUEVAS CODIFICACIONES FORALES Y LA INCLUSIÓN DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA SOBRE EL TESTAMENTO OLÓGRAFO U HOLÓGRAFO: APUNTES SOBRE LOS CÓDIGOS ARAGONÉS Y CATALÁN: 1. EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN: LA CAPACIDAD PARA DISPONER *MORTIS CAUSA* EN TESTAMENTO OLÓGRAFO MANCOMUNADO EXIGE LA CONCURRENCIA DE LA MAYORÍA DE EDAD EN AMBOS TESTADORES. 2. EL LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL DE

CATALUÑA, RELATIVO A LAS SUCESIONES Y LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL TESTAMENTO HOLÓGRAFO: 2.1. *Nulidad de documento autógrafo por falta de cumplimiento de los requisitos del testamento ológrafo e ineficacia como codicilo: la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 7 de enero de 1993.* 2.2. *Otros pronunciamientos que abordan la autenticidad del testamento y la necesaria convicción judicial de su autoría mediante la práctica de los medios de prueba que así lo evidencien.*—IV. LA ENTERA AUTOGRAFÍA Y FIRMA HABITUAL EN EL TESTAMENTO OLÓGRAFO COMO REQUISITOS INTRÍNSECOS Y ESENCIALES: NUEVAS TECNOLOGÍAS Y FIRMA ELECTRÓNICA. ¿RE-FORMULACIÓN DE LAS FÓRMULAS TESTAMENTARIAS CLÁSICAS?—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. ANTECEDENTES Y NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE EL TESTAMENTO OLÓGRAFO Y SU RÉGIMEN JURÍDICO COMÚN

1. LA RELEVANCIA EN LA PRÁCTICA FORENSE DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO: PLANTEAMIENTO GENERAL

La actualidad y vigencia del testamento ológrafo es innegable, y así se pone de manifiesto en las constantes resoluciones judiciales de las que trae causa, suscitadas por las controversias entre los beneficiarios de dichas disposiciones *mortis causa* y quienes se creían beneficiarios de bienes y derechos del causante. De modo que los particulares recurren a esta sencilla fórmula testamentaria, si bien, en ocasiones, la ausencia de asesoramiento técnico puede provocar la ineficacia de alguno de los puntos relativos no tanto de contenido y distribución de bienes, cuanto la esencialidad de los requisitos del testamento ológrafo y, con ello, la nulidad radical de dicho documento. Eso sí, caso de que el documento controvertido fuese realmente imputable al causante o, incluso siendo auténtico, recogiese la voluntad del testador y con él, hubiese perseguido ordenar bienes y patrimonios para después de su muerte.

En resumidas cuentas, el testamento ológrafo es aquel enteramente escrito por el testador y se trata de una de las formas testamentarias más sencillas, por cuanto no han de concursar verdaderas formalidades en el acto de su otorgamiento. Sin embargo, la aparente sencillez no es sinónimo de absoluta libertad, por lo que su documentación habrá de respetar ciertas prescripciones legales, en cuya ausencia la voluntad *mortis causa* no surtirá efectos jurídicos. En este sentido, el Código Civil español, en su artículo 688, reclama el concurso de los siguientes presupuestos: completa autografía del testador, firma y expresión del año, mes y día (1).

Dada la exclusiva competencia del juzgador de instancia para la valoración de la prueba, el testamento ológrafo no suele ser el hecho controvertido que suscita

(1) CARDENAS miraba con auténtico recelo esta posibilidad testamentaria y su negativa visión decía: «consideramos una novedad peligrosa la admisión del testamento ológrafo (...); en un país como el nuestro, donde el arte de imitar la escritura ajena ha llegado al mas alto grado de perfección no podría menos de abrir ancho campo á las falsificaciones semejante modo de testar. Cada testamento ológrafo pudiera dar motivo á un pelito (...) luego el testamento ológrafo no tiene un fin necesario: se usará por mas económico y no por mas secreto (...) lo falsificará el pariente descontento ó el amigo desatendido, y los herederos instituidos en ellos correrán el peligro de verse injustamente despojados...» (*El Derecho Moderno. Revista de Jurisprudencia y Administración*, tomo XI, Madrid, 1851, pág. 285).

el recurso de casación; sin embargo, su protagonismo en primera instancia o apelación es creciente, a la vista de su necesaria protocolización y su presencia en procedimientos ordinarios, a lo que se añade su presencia en el ámbito del derecho privado internacional.

De lo dicho se sigue que el testamento ológrafo haya sido calificado como una de las «vedettes» del Derecho Sucesorio Internacional, y señalados sus perfiles como «fuente inagotable y tema de cuestiones controvertidas, teniendo en cuenta que son cuestiones sucesorias de forma no reguladas por el artículo 9.8 del Código Civil todas aquellas cuestiones que se refieren al modo de exteriorizar o manifestar la voluntad de los sujetos que intervienen en la sucesión» (2).

2. DE LAS ENMIENDAS Y ADICIONES CONSIGNADAS EN LA EDICIÓN OFICIAL DEL CÓDIGO CIVIL Y LA RESTRICCIÓN DE HACER TESTAMENTO A LOS MAYORES DE EDAD, A LA SUPRESIÓN DEL REQUISITO DEL PAPEL SELLADO EN EL AÑO 1904

La actual y vigente regulación sustantiva del testamento ológrafo —desarrollada en los arts. 688 a 693 del CC español (3)— encuentra su fundamento institucional en el 676 y 678, en tanto en cuanto el primero de ellos lo caracteriza como testamento común y, el segundo, impone como nota esencial de estas disposiciones testamentarias, la autografía total del documento privado de últimas voluntades (4).

La redacción de los preceptos que se acaban de mencionar, ha sido objeto de alguna modificación, teniendo en cuenta que, sobre el texto original, la Base 15 preceptuaba que «el tratado de las sucesiones se ajustará en sus principios capitales a los acuerdos que la Comisión general de codificación reunida en pleno con asistencia de los señores vocales correspondientes y de los señores Senadores y Diputados, adoptó en las reuniones celebradas en noviembre de 1882, y con arreglo a ellos se mantendrá en su esencia la legislación vigente sobre los testamentos en general, su forma y solemnidades, sus diferentes clases de abierto, cerrado, militar, marítimo y hecho en país extranjero, añadiendo el ológrafo...» (5).

En particular, la inicial publicación del Código Civil no exigía la mayoría de edad, sino que omitía cualquier referencia a la vigente excepción de la capacidad

(2) CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El testamento ológrafo y el Derecho Internacional Privado», en *Revista de la Facultad de CCSJ de Elche*, I, 3, 2008, pág. 185.

(3) Sistemáticamente, sabido es, la Sección cuarta *Del testamento ológrafo*, está integrada en el Libro III, *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*, Título III, *De las sucesiones*, Capítulo I, *De los testamentos*.

(4) En este sentido y por cuanto afecta al artículo 678, téngase presente que en él se declara: «se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 688». Precepto que concreta los presupuestos siguientes: «El testamento ológrafo solo 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». Finalmente, el artículo 676 que abre la sección tercera *De la forma de los testamentos* especifica que «el testamento puede ser común o especial. El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado».

(5) Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, por la que se autoriza al Gobierno para publicar un Código Civil, con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma (Gaceta de Madrid, de 22 de mayo de 1888).

general para testar (6). En justa consecuencia con este tenor literal, podría haber dispuesto de esta fórmula testamentaria cualquier persona mayor de catorce años con capacidad natural para ello (7).

Sin embargo, poco duró esta capacidad general de los mayores de catorce años para hacer válido testamento ológrafo, pues la Real Orden de 29 de julio de 1889 vetó esta posibilidad y elevó la mayoría de edad como requisito de capacidad (8). En este sentido, declaraba dicha Real Orden, del Ministerio de Gracia y Justicia, como fundamento de las adiciones y enmiendas consignadas en la nueva edición del Código Civil que «algunas pequeñas variaciones ha introducido también la Sección en el capítulo de los testamentos, encaminadas todas a determinar las condiciones necesarias para asegurar su autenticidad y alejar el peligro de las falsedades. Con esta mira, y aceptando indicaciones hechas en las Cortes, ha restringido la facultad de hacer testamento ológrafo, concediéndolo tan solo a los mayores de edad, aunque baste la de catorce años para testar en otra forma» (9).

Por su parte, la Ley de 21 de julio de 1904, eliminó el requisito del papel sellado al año de su otorgamiento, que ofrecía la ventaja de dar certeza a la fecha de su elaboración (10), dando la redacción todavía vigente del 688 (11).

Por fin, la última reforma afectó al párrafo primero del artículo 692, redactado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

3. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO COMO DISPOSICIÓN ENTERAMENTE MANUSCRITA: NOTAS ESENCIALES Y REQUISITOS O PRESUPUESTOS NECESARIOS DE VALIDEZ Y EFICACIA

De lo que se acaba de decir y a la vista de los criterios clasificatorios prevenidos por el mencionado 676, el testamento que nos ocupa es una disposición *mortis causa*, de naturaleza común, al lado de los abiertos y cerrados. A mayor abundamiento, una de las más reconocidas autoridades en la materia, la profesora TORRES GARCÍA incorpora a su identificación como testamento con forma escrita y común, dos notas esenciales más: «privada, ya que solamente es el testador el

(6) Decía el artículo 688, según la publicación de la Gaceta de Madrid, número 316, de 11 de noviembre de 1888, pág. 455: «El testamento ológrafo, para ser válido, deberá hacer en papel del sello correspondiente al año de su otorgamiento, estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. Si contiene palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador antes de poner su firma».

(7) Artículo 663. Están incapacitados para testar: 1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo. 2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio».

(8) En la sexta Partida, Título I, ley VII, autoriza al padre de familia a redactar un testamento escrito.

(9) Gaceta de Madrid, de 30 de julio de 1889, núm. 211, pág. 334.

(10) Este requisito del papel sellado que tenía la ventaja de garantizar la autenticidad de la fecha; su supresión responde a que había territorios donde no se utilizaba este papel timbrado estatal (vid. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.ª ed., pág. 165, nota 318).

(11) También modificó el 732: «Los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose á las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen. También podrán testar en alta mar durante su navegación en un buque extranjero, con sujeción á las leyes de la Nación á que el buque pertenezca. Podrán asimismo hacer testamento ológrafo, con arreglo al artículo 688, aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento» (Gaceta de Madrid, núm. 206, de 24 de julio de 1904, pág. 280).

que interviene en la escritura del documento testamentario (...) y secreta, tanto en su existencia como en su contenido» (12).

En consecuencia y dada la redacción del artículo 688, los caracteres ordinarios del testamento ológrafo se pueden enumerar de la forma siguiente:

- 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.

La plena eficacia como disposición *mortis causa* del testamento ológrafo, reclama la concurrencia simultánea de todos sus presupuestos, en principio referida al momento de su otorgamiento y no en el que produzca efectos, según la doctrina jurisprudencial aplicable (13).

Estos criterios, clasificados según criterios subjetivos, objetivos, formales, rituales y temporales, son:

1. De carácter subjetivo: como excepción al régimen ordinario, para evacuar válidamente el testamento ológrafo resulta necesario ostentar la mayoría de edad, al tiempo que ha de concursar la intención de disponer *mortis causa* (14).
2. De carácter objetivo: puede contemplar la institución de heredero, mandas o legados, así como otra disposición *mortis causa*.
3. De carácter formal: se requiere la autografía completa del testador, con incorporación del año, mes y día del otorgamiento, así como la firma del testador (15).

(12) Vid. TORRES GARCÍA, «Comentario de los artículos 657 a 693», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, vol. 1 A, Edersa, Madrid, 1990; «Comentario a la sección cuarta *Del testamento ológrafo* del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1732 a 1752.

(13) Vid., sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 1914.

(14) Así lo ratifica ALBALADEJO GARCÍA, «Comentario del artículo 672», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, vol. 1 A, Edersa, Madrid, 1990. Por otra parte, nada impide que el testador las redacte siendo menor de edad y después ratifique lo allí reflejado.

(15) En el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 9 de febrero de 2011, desestimatorio del recurso interpuesto contra la denegación de admisión a trámite de una solicitud de protocolización de testamento ológrafo «por haberse intentado ya en una ocasión anterior, que finalizó por Auto de esta misma Sala, de fecha 23 de diciembre de 2008, que confirmó el del Juzgado número 1 de Grado, de 9 de septiembre del mismo año por la que se denegaba esa protocolización. El motivo de esa decisión era que no se encontraba debidamente cumplimentada la observancia del requisito de la fecha, exigido en el artículo 688 del Código Civil. Como quiera que el problema sigue siendo el mismo (como año de otorgamiento se indica el número 200), es lógico el acuerdo adoptado en el sentido de inadmitir un expediente en el que se reitera la misma solicitud ya formulada y resuelta». Al tiempo y sobre la denegación de protocolización, «alega la recurrente que las resoluciones dictadas en esta clase de expedientes carecen del efecto de cosa juzgada, lo que es cierto (véanse, en este sentido, sentencias del TS de 9 de mayo de 1961, 17 de noviembre de 1966, 16 de junio de 1988 ó 18 de junio de 1994). Pero ello no significa que pueda reproducirse indefinidamente la misma pretensión cuando ya se ha decidido sobre la misma, desestimándola por un defecto formal que continúa en la actualidad. Es más, el propio artículo 693 del Código, que la apelante cita como infringido, señala claramente cuál es la vía a seguir al indicar que, cualquiera que sea la resolución, se llevará a efecto, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarla en el juicio que corresponda,

4. De carácter ritual: para que despliegue eficacia como disposición *mortis causa*, se requiere su adveración o comprobación judicial de la identidad de la letra y firma del causante, así como la protocolización posterior a la adveración (16), en los registros notariales (17), en tiempo y forma (18).

que no es otro que el declarativo ordinario. Es ahí donde la parte podrá plantear la tesis que mantiene acerca de la certeza y validez de la fecha del testamento, en un cauce que permite ampliar medios de prueba y contradicción, sin que a ello sea óbice que en la actualidad, según dice, no exista oposición alguna, pues sí habrá interesados en la herencia del fallecido, quienes, llamados a los autos, podrán adoptar la postura que estimen más conveniente.

(16) Artículo 689. El testamento ológrafo deberá protocolizarse, presentándolo con este objeto al Juez de primera instancia del último domicilio del testador, o al del lugar en que este hubiese fallecido, dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento. Sin este requisito no será válido. Artículo 690. La persona en cuyo poder se halle depositado dicho testamento deberá presentarlo al Juzgado luego que tenga noticia de la muerte del testador; y, no verificándolo dentro de los diez días siguientes, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por la dilación. También podrá presentarlo cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea o en cualquier otro concepto. Artículo 691. Presentado el testamento ológrafo, y acreditado el fallecimiento del testador, el Juez lo abrirá si estuviere en pliego cerrado, rubricará con el actuario todas las hojas y comprobará su identidad por medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador, y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo. A falta de testigos idóneos, o si dudan los examinados, y siempre que el Juez lo estime conveniente, podrá emplearse con dicho objeto el cotejo pericial de letras. Artículo 692. Para la práctica de las diligencias expresadas en el artículo anterior serán citados, con la brevedad posible, el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y los ascendientes del testador, y, en defecto de unos y otros, los hermanos. Si estas personas no residieren dentro del partido, o se ignorare su existencia, o siendo menores o incapacitados carecieren de representación legítima, se hará la citación al Ministerio fiscal. Los citados podrán presenciar la práctica de dichas diligencias y hacer en el acto, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento. Artículo 693. Si el Juez estima justificada la identidad del testamento, acordará que se protocolice, con las diligencias practicadas, en los registros del Notario correspondiente, por el cual se darán a los interesados las copias o testimonios que procedan. En otro caso, denegará la protocolización. Cualquiera que sea la resolución del Juez, se llevará a efecto, no obstante oposición, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda.

(17) Vid. Reglamento del Notariado, Decreto de 2 de junio de 1944: Artículo 3. En el Registro General se tomará razón: *b)* De los testamentos ológrafos, si los otorgantes lo desean y lo hacen constar por medio de acta notarial, en que se expresen la fecha y lugar de su otorgamiento y las demás circunstancias personales expresadas en el artículo siguiente. *c)* De la protocolización de los testamentos ológrafos (...). Artículo 20. El Agente diplomático o consular en cuyo poder hubiese depositado su testamento ológrafo o cerrado un español, lo remitirá al Ministerio de Asuntos Exteriores, cuando fallezca el testador, con el certificado de defunción, para los fines expresados en el artículo 736 del Código Civil.

(18) El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de mayo de 2011, sostiene sobre la caducidad, «es un plazo procesal de procedibilidad, que por su no ejercicio, por transcurrido el plazo preclusivo sin actividad alguna por parte del titular del derecho, se producirá su extinción automática, radical y definitiva. De Castro nos enseña que el derecho o facultad que se extingue por la caducidad, puede decirse que más que morir es que no ha llegado a nacer. La jurisprudencia ha reiterado el efecto extintivo de la caducidad en muchas sentencias ya viejas pero cuya doctrina aún es vigente, que indican, que por el transcurso del plazo de cinco años para la protocolización del testamento ológrafo constituye un plazo de caducidad, su transcurso provoca la «cesación del valor jurídico del testamento, con efecto radical y automático (vid. STS de 27 de abril de 1940); la caducidad es una acción netamente civil que provoca la definitiva pérdida de los derechos para su titular por el no

5. De carácter temporal: puede ser redactado antes o después de otro testamento (19).
6. De carácter singular o plural: el otorgante puede redactar cuantos testamentos de esta naturaleza, o de otra, tenga por conveniente siempre que se observen los requisitos de obligado cumplimiento.

Las divergencias judiciales sobre el testamento ológrafo se dirigen, singularmente, a poner en tela de juicio tanto la capacidad del testador, como la auténtica autoría del manuscrito y, en particular, que la firma plasmada en el documento sea la del causante, pudiéndose acudir a la protocolización del testamento según los trámites previstos en el Código Civil o, acudir, directamente a la vía ordinaria para resolver las controversias que se puedan plantear (20).

ejercicio en el plazo establecido en la ley (STS de 6 de noviembre de 1962); cuando la ley otorga un plazo determinado para el ejercicio de una acción se está ante la presencia de un plazo de caducidad, pasado el cual el derecho deja de existir (vid. STS de 18 de octubre de 1963); en el mismo sentido están las sentencias de 17 de febrero de 1979, 22 de septiembre de 1983 y 26 de diciembre de 1970, etc.».

(19) En la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de junio de 2011, en la que se estima por infracción procesal el recurso interpuesto, el supuesto de hecho ventila las consecuencias de un testamento que «fue complementado por otro ológrafo, debidamente protocolizado, por el que el testador dispuso lo siguiente: “Es mi voluntad que en el apartado tercero de dicho testamento, referente a la manera de cómo se ha de heredar, disfrutar y conservar y transmitir el quinto de mi propiedad en la Dehesa de Guadalerzas, denominado D, se entienda aplicado en igual forma el Quinto Colindante, también mío, conocido con el nombre de D. Habrán pues, de formar estos dos Quintos una sola finca, que heredará en primer término, a mi muerte, mi hermana doña Carolina y al fallecimiento de esta, las personas que sucesivamente llamo a la herencia en dicho apartado tercero, con la prohibición de enajenar, limitaciones en el aprovechamiento y demás restricciones que allí consigno solo para la Solana, y ahora, como queda dicho, hago extensivas al D”».

(20) El auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de mayo de 2010, desestimatorio de un recurso de apelación concreta lo siguiente: «a la protocolización del testamento ológrafo, se destinan los artículos 690, 691, 692 y 693 del Código Civil y 1956 a 1979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, preceptos ubicados dentro del libro tercero (jurisdicción voluntaria) de la ley procesal que continúan vigentes en base a lo dispuesto en la excepción primera del apartado 1 de la Disposición Derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Se indica, en el párrafo segundo del artículo 693 del Código Civil y en el artículo 1974 de la ley ritual, que aun cuando, en el procedimiento de jurisdicción voluntaria se hubiere acordado la protocolización del testamento ológrafo, este podrá ser impugnado en un juicio declarativo. Debiendo tenerse en cuenta que, tal y como se dice en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, número 368/1996 de 14 de mayo de 1996 (RJ Ar. 3910): “si bien no es posible reclamar en juicio supuestos derechos con base en un documento que la parte reclamante considera que es un testamento ológrafo, si previamente no ha obtenido la protocolización del mismo en la forma que determinan los artículos 689 y siguientes del Código Civil. Ello no obsta para que se pueda obtener la declaración judicial de que un determinado documento es válido y eficaz como testamento ológrafo, lo cual puede pretenderse directamente a través de un juicio declarativo ordinario, sin haber tenido que obtener previamente la protocolización del mismo, como así lo tiene proclamado esta Sala en sentencias de 31 de enero de 1911 y 28 de enero de 1914, la primera de las cuales declara lo siguiente: ...siendo así que esas mismas solemnidades, en lo que tengan de fundamental para hacer constar la voluntad de un testador y su forma legal de expresión, pueden y deben acreditarse, bien en el expediente de jurisdicción voluntaria previsto en el Título 6.º, Libro 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien en el correspondiente juicio contradictorio..., y agregando la segunda que ...no puede admitirse,

Sobre la autografía total y la sustitución de la caligrafía por la escritura mecánica, por los razonamientos alegados conviene traer razón de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y Penal), de 31 de octubre de 2008, en tanto describe cómo «la parte recurrente hace ímprobos esfuerzos para tratar de llevar a esta Sala al convencimiento de que la autografía no es un requisito esencial del testamento ológrafo, llegando a afirmar que otra solución sería “magnificar la forma a ultranza... abrazar un formalismo tan exagerado y trasnochado que se contradice con los principios de nuestro Derecho Foral al respecto”. En la referida línea argumentativa aduce que la exigencia de la autografía como requisito esencial del testamento ológrafo contradice el artículo 3 del Código Civil, en alusión a que hoy en día la forma normal de escribir es mediante ordenador; habiendo caído en desuso la autografía; de modo que la realidad social, así expuesta, exige una interpretación acorde con ella. El razonamiento no puede ser compartido. Es evidente que esta forma testamentaria presenta algunos inconvenientes, quizás el más destacado sea el de que la falta de asesoramiento técnico-jurídico acerca de sus requisitos esenciales puede producir su nulidad. Pero no podemos dejar de resaltar las indudables ventajas que tiene, concretadas en su sencillez y rapidez, al permitir que una persona pueda expresar su voluntad testamentaria de forma inmediata, en atención a las circunstancias concurrentes, surgidas a veces de forma imprevista y grave. Por ello no es cierto que la realidad social imponga la solución que propone el recurso».

Sigue la sentencia, fundando sus argumentos en la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en materia de autografía total del testamento ológrafo y, en especial, de la esencialidad de este requisito caracterizado, como ya se ha visto, de esencial: «Que los requisitos exigidos por el artículo 688 del Código Civil para la existencia en derecho del testamento ológrafo, y entre ellos muy particularmente el de la autografía total, son esenciales al acto o lo corporizan como categoría jurídica a falta de intervención de funcionario público, es una declaración jurisprudencial constante. Es elocuente al respecto la sentencia de la Sala 1.^a del TS, de fecha 3 de abril de 1945, en cuyo considerando primero se dice: “Que la jurisprudencia de esta Sala, velando por aquellas garantías de seguridad y certeza que deben rodear a toda disposición testamentaria, aunque esta adopte la forma sencilla y simplificada del testamento ológrafo, ha sancionado como tesis general, la de que 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 (sentencia de 13 de mayo de 1942, que recoge y sintetiza la orientación de muchos fallos anteriores), y con referencia especial al requisito de

como se pretende en el recurso, que la no existencia de esa protocolización les prive de su carácter ni obste para que en el procedimiento de juicio ordinario, como se ha hecho en este caso, pueda sostener su validez o solicitar la declaración de nulidad, porque en cuanto a lo primero, así lo reconoció este Tribunal, entre otras, en su sentencia de 31 de enero de 1911, declarando la eficacia de disposición testamentaria que no estaba protocolizada... Pues el juicio declarativo ordinario, con la plenitud de conocimiento que comporta, ofrece mayores garantías de acierto que un acto de jurisdicción voluntaria, cual el que regulan los artículos 689 y siguientes del Código Civil, siempre que no haya transcurrido el plazo de caducidad que establece el primero de los citados preceptos y, además, en dicho juicio ordinario se dé posibilidad de ser oídos a todos los parientes del testador que relaciona el artículo 692 de dicho Código (el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y los ascendientes y, en defecto de unos y otros, los hermanos)”».

la fecha tiene establecido con gran reiteración y sin admitir salvedad o excepción ninguna, que el testamento ológrafo que no contiene indicación exacta del año, mes y día en que fue escrito, carece de una condición esencial para su validez (sentencias de 29 de septiembre de 1900, 12 de julio de 1905, 5 de diciembre de 1927 y 13 de mayo de 1942)". Tal tesis interpretativa ha sido seguida, como decimos, sin modificaciones, hasta la fecha actual, pudiendo citarse entre otras las SSTS de 19-12-56; 24-2-61; 14-2-81 y 18-6-94. Cabe añadir que también ha habido unanimidad en la doctrina científica al configurar como requisito esencial de esta forma testamentaria el de la autografía total por parte del testador, precisamente para poder tener la plena certeza de que el documento recoge su voluntad testamentaria».

Y es que conviene recordar que: «existen, en efecto, negocios rígidamente formales cuya validez se subordina al cumplimiento no solo de un forma, sino de una determinada forma de cubrir esa forma. El ejemplo más claro es el del testamento ológrafo (...). Respecto a este, hay que concluir cabalmente que ni la interpretación más progresista y correctora del tenor legal puede llegar a identificar —ni siquiera equiparar— la olografía con el texto electrónico o la firma del testador con la digital. Y ello no es solo porque tal hipótesis no se encuentre incluida en la *ratio legis*, sino porque contradiría el propio concepto del negocio. También es cierto que la noción de firma electrónica nació y se ha desarrollado para facilitar el comercio electrónico, es decir, el tráfico *inter vivos*, y no los negocios *mortis causa*» (21).

Con todo, nada impide que el legislador autorice o equipare firma autográfica y firma electrónica u otro procedimiento de similares características, y que la etimología (gr. holos = todo, entero + grafo = escribir) acoja, adicionalmente a la acepción de autógrafo o de puño y letra, la de la «autografía» por medios electrónicos que garanticen la autoría del testador. Y si ejemplos ha dado el poder legislativo contemporáneo sobre la necesaria adaptación de los diccionarios a las nuevas formulaciones de instituciones familiares (v.gr., matrimonio), más nos ha proporcionado la evolución histórica sobre la conservación nominal de la denominación institucional de una figura cuyo contenido y perfiles han sido radicalmente alterados desde sus orígenes y antecedentes jurídicos.

II. LA FIRMA HABITUAL O USUAL COMO FIRMA QUE SE USA EN EL MOMENTO PRESENTE: EL REQUISITO DE LA FIRMA COMO PRESUPUESTO AD SOLEMNITATEM DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO

1. ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES RECIENTES SOBRE LA AUTOGRAFÍA, SU AUTENTICIDAD Y EL PROBLEMA DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIFICAL Y PERICIAL PRIVADA: LA HUELLA DIGITAL Y LA FIRMA ELECTRÓNICA NO SIRVE A LOS EFECTOS DE IDENTIFICAR AL AUTOR Y SU *ANIMUS TESTANDI*

La práctica de la prueba puede llevar, lógicamente, a la conclusión de que la firma plasmada en el documento controvertido es de la auténtica autoría del causante, caso de que en la testifical nadie rechace categóricamente su autenticidad, ni el dictamen pericial sostenga idéntica negación.

(21) TORRES LANA, «Forma del negocio y nuevas tecnologías», en *RDP*, 2004, págs. 489 a 522.

En aquel sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de marzo de 2011, estima el recurso interpuesto y ordena la protocolización del testamento sosteniendo en sus razonamientos jurídicos lo siguiente: «Señala el artículo 688 del Código Civil que para que sea válido el testamento ológrafo deberá estar escrito todo él y firmado por el testador. La sentencia recurrida no tiene por acreditado, de acuerdo con las pruebas aportadas, que tanto la firma, como el cuerpo de escritura, sean de puño y letra del testador. En las presentes actuaciones se ha practicado prueba testifical, en la cual los testigos doña Modesta y doña Remedios manifiestan que creen que la letra y firma, que consta en el mismo, están realizadas por el señor Juan Manuel. Y don Genaro, quien confirmó que con toda seguridad el documento que se pretende testamento ológrafo está realizado por el señor Juan Manuel. En el cuestionado informe pericial elaborado por doña Casilda, debe tenerse en cuenta que lo que considera es que no puede ser categórico en la conclusión, mientras no se disponga de escrituras coetáneas a dicho testamento ológrafo, así como por el tiempo transcurrido, pues de las que se ha dispuesto son de hace algunos años. Pero no se puede ignorar el párrafo que precede a esta conclusión en la que consta: “En virtud del abrumador número de concordancias encontradas entre los textos indubitados y el testamento ológrafo dubitado, en comparación con las discrepancias halladas entre ellos, se tendría que llegar a la conclusión que el documento dubitado ha sido hecho por don Juan Manuel”. Todos estos datos llevan a la Sala a una conclusión diferente a la de la Juzgadora de Instancia, pues los testigos sostienen la veracidad de la autoría del testamento, y la única diferencia entre ellos es que uno la sostiene con rotundidad frente a los otros dos, que se limitan a creer que efectivamente se corresponde con la de don Juan Manuel. Ninguno de ellos ni duda, ni niega la autenticidad de dicha autoría. El dictamen habla de abrumadoras concordancias, frente a débiles divergencias que le llevarían a confirmar la autoría, que no sostiene categóricamente, pero de la que en ningún momento duda o rechaza a la de don Juan Manuel. Y las razones en las que justifica tal falta de contundencia en su conclusión de autoría, es el tiempo transcurrido, y el no haber dispuesto de textos coetáneos a la fecha de emisión del citado posible testamento ológrafo. Ante estos datos y testimonios en los que no se detectan dudas, sobre la autoría de lo manuscrito, y solo falta de contundencia en la definitiva afirmación, la Sala llega a la conclusión de su real autoría por don Juan Manuel».

Como advierte LACRUZ BERDEJO, la clase de firma se trata de la manera de firmar que: «no deja dudas sobre la intención del firmante, y que, a la vez, puede calificarse como firma del testador», y siendo la que use normalmente «debe bastar cualquiera que sea firma suya e indiscutiblemente haya sido trazada con el ánimo de hacer definitivo y operante lo escrito» (22).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 12 de marzo de 2010 (23), que desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandante que instaba la nulidad del testamento ológrafo, recoge las siguientes afirmaciones: «La sentencia dictada en la precedente instancia ha sido recurrida por el actor, don José Antonio, que pretende su revocación y la estimación de la demanda por él interpuesta. Como alegaciones en las que sustenta esa pre-

(22) *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992, pág. 249.

(23) Idéntica suerte correría el recurso de casación desestimado por Auto del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 2011, analizado más adelante.

tensión pone de manifiesto, con carácter previo, las acciones por él ejercitadas (una, principal, de nulidad de testamento ológrafo, por no ser auténtico, y otra, subsidiaria, de nulidad de las disposiciones de ese testamento primera —por incerteza del legado referido al asilo de ancianos de La Laguna— y segunda —por recaer sobre el legado relativo a la finca 1 ó 2 una sustitución fideicomisaria de carácter condicional—), haciendo una síntesis de la indicada sentencia; de otro lado, aduce error en la valoración de la prueba llevada a cabo por la juzgadora de la instancia, entendiendo por el contrario dicho apelante, que de la valoración conjunta que él efectúa ha quedado en realidad acreditado que ni la firma ni la letra del expresado testamento son de don Abel, sin que menos aún pueda atribuirse a este su contenido, señalando los extremos de los que discrepa de la fundamentación jurídica de la sentencia apelada, y analizando en concreto, de forma extensa y detallada, las pruebas que estima avalan su postura con relación a esas cuestiones, reseñando asimismo de la jurisprudencia que considera aplicable (...) si bien esos tres peritos coinciden en su conclusión final en sentido negativo, es decir, que esa firma no había sido manuscrita por dicho señor, habiendo ratificado tales informes en el acto de la vista oral del juicio, con exposición extensa y detallada de las razones de ello y con indicación de los motivos de su discrepancia con el informe emitido por la primeramente indicada señora Manuela, también esta ratificó el informe que, con todas las garantías legales y de común acuerdo entre las partes intervinientes, emitió en el expediente de jurisdicción voluntaria de protocolización de testamento ológrafo (traído a los autos como prueba documental), el cual contiene tanto un análisis de la firma como de la escritura, sin obviar el hecho de que la escritura indubitada aportada no era contemporánea a la realización del testamento, y expuso de la misma forma sus argumentos, rebatiendo las críticas realizadas por aquellos peritos a dicho informe, salvando además uno de los errores advertidos por estos (el relativo a la referencia a las jambas de algunas letras), además de señalar que tomó en consideración otras circunstancias concurrentes tales como, por ejemplo, la emotividad y características de la fecha que figura en el testamento (primero de noviembre de 1984), así como el deterioro que experimenta la firma con la edad y con determinadas enfermedades».

Con todo, resulta más sencillo contrastar la autoría de la firma que la del cuerpo del texto, y si esto se evidencia en algún pronunciamiento, qué duda cabe que con el uso de las nuevas tecnologías, cada vez es menos corriente recurrir a la escritura manual.

En cuanto a la autenticidad de la firma y de la caligrafía del cuerpo del testamento, en el supuesto de una persona mayor que no tenía por costumbre escribir, declara la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 6 de febrero de 2009, desestimatoria del recurso interpuesto por el demandante, dice: «Señala el artículo 688 del Código Civil que para que sea válido el testamento ológrafo deberá estar escrito todo él y firmado por el testador. La sentencia recurrida tiene por acreditado de acuerdo con las pruebas aportadas, que tanto la firma como el cuerpo de escritura fue puesta de puño y letra de la testadora, impugnando el recurrente el pronunciamiento referido a que el cuerpo de escritura hubiera sido realizado por la señora Julia. Tal y como consta de lo actuado, si bien ninguna de las partes pone en duda que la testadora supiera escribir, hay que convenir que no tenía por costumbre la escritura, pues no ha sido posible para ninguna de las partes aportar ningún escrito que sirviera de cuerpo de escritura indubitado para realizar la pericial. De manera que solo se ha podido llevar a cabo la de la firma de cuya autenticidad no duda la recurrente.

Por lo tanto, no existiendo ese escrito que sirviera de indubitado, debe estarse a las pruebas aportadas a las actuaciones, teniendo especial relevancia al efecto el hecho de que se abrieran diligencias penales contra la hoy demandada y contra las personas que figuran como testigos en el testamento, en virtud de la querella interpuesta contra ellos por el hoy recurrente, de las que resulta que la firma que consta en el testamento fue puesta por la testadora y sin que constara que el testamento fuera escrito por ninguna de esas personas, debiendo tener en cuenta que tal y como consta, los tres testigos declararon que el testamento fue escrito de puño y letra por la testadora y firmándolo después, al tiempo que reconocían como propia la firma respectivamente de cada uno de ellos que consta en el citado testamento».

Por su parte, la Audiencia Provincial de Pamplona, en su sentencia de 14 de abril de 2008, declaraba 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 *animus 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».

2. EL OTORGAMIENTO DE HASTA DIECISIETE TESTAMENTOS ABIERTOS Y LA REDACCIÓN DE UN TESTAMENTO OLÓGRAFO POR UNA PERSONA DE NOVENTA Y SEIS AÑOS DE EDAD: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 5 DE MAYO DE 2011

La sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de mayo de 2011, dictada siendo Ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ, declara que los «hechos básicos que, como *quaestio facti*, son la base de la *quaestio iuris* que en este proceso se plantea son, en síntesis, los siguientes: Doña Matilde había otorgado, en vida, hasta diecisiete testamentos abiertos ante distintos notarios, en algunas ocasiones varios en el mismo año. A la edad de noventa y seis años, el 17 de septiembre de 2003, otorgó un testamento ológrafo cuyo texto literal es: “lego las dos casas de Bestrespreso a Justo en la calle número 1 y número 0 (sigue la firma). 17.9.2003”. Posteriormente, el

17 de junio de 2004 fallece. En fecha 14 de febrero de 2005, la Juez de Primera Instancia número tres de Getxo (Vizcaya) dicta auto, declarando “justificada la identidad del testamento” y “acordándose que se protocolice”; lo cual se llevó a cabo efectivamente ante notario en fecha 14 de abril de 2005».

En cuanto al primero de los requisitos referidos a la capacidad de la testadora, dice la Resolución del Tribunal Supremo que: «La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número tres de Gexto, confirmada en apelación, resalta la presunción de capacidad de toda persona, como ser humano con capacidad jurídica y, como tal presunción, capacidad de obrar, recoge la amplia aplicación jurisprudencial respecto a tal principio, analiza con sumo detalle la prueba practicada y llega a la conclusión de que “en modo alguno ha quedado demostrado que en el preciso momento de otorgar testamento ológrafo la señora Matilde se encontrase incapacitada para tal fin, por no estar en su cabal juicio”. Y la sentencia de la Audiencia Provincial, objeto de este recurso, declara rotundamente: “a la vista del resultado de toda la actividad probatoria realizada en la instancia, entendemos, compartiendo así el criterio del juzgador de instancia, que de dicho resultado, no puede entenderse destruida la presunción *iuris tantum* de capacidad legalmente establecida”. Es decir, el fondo de esta cuestión, que es una clara cuestión de hecho, es que la testadora tenía capacidad natural, “cabal juicio” para testar y esta Sala no constituye una tercera instancia que pueda revisar la prueba practicada (sentencias de 15 de junio de 2009, 30 de septiembre de 2009 y 25 de junio de 2010, entre otras muchas anteriores) sino que ejerce el control de la aplicación correcta de la ley, sin entrar en la cuestión fáctica, que corresponde al Tribunal *a quo* sin que el recurso pueda hacer supuesto de la cuestión (sentencias de 2 de julio de 2009 y 13 de octubre de 2010, entre otras muchas). Lo cual alcanza más a la casación que a la infracción procesal, que en los presentes recursos se ha planteado en este último».

Resulta desestimado también el recurso de casación formulado al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 687 y 688 del Código Civil al aceptar la sentencia de instancia la validez del testamento ológrafo de la causante, cuya firma no es la habitual. Declara, en este sentido, que «las sentencias de instancia han rechazado esta alegación porque los requisitos que exige para el testamento ológrafo el artículo 688 (autografía, firma, fecha y sin enmiendas) no incluye la habitualidad de la firma y se ha declarado la autenticidad de la misma. Lo cual es cierto y también es cierto que la doctrina y la jurisprudencia siempre se han referido a la firma “habitual” o “usual”, pero nunca lo han hecho en el sentido de que la misma debe ser idéntica a las anteriores sino que no sea una distinta, sin nada que ver con la que utiliza normalmente. Como habitual debe entenderse la que usa en el momento actual, la habitual en el momento presente, en función de la persona y de sus circunstancias (por ejemplo, la edad), sin poder obviar que la firma evoluciona a través del tiempo y no siempre es idéntica en circunstancias distintas. En el caso presente, debe tenerse por habitual la firma de la causante, a la vista de todas las aportadas en documentos anteriores, a los autos que, por cierto, tampoco son idénticas entre sí. En todo caso, la firma que obra en el testamento ológrafo de autos cumple su función de requisito *ad solemnitatem* del testamento ológrafo y la general de asunción del contenido de lo expresado en el texto desde el momento en que se ha declarado su autenticidad y autoría. Y también es de destacar que igualmente doctrina y jurisprudencia (desde la sentencia de 8 de junio de 1918) han considerado siempre un concepto amplio de la firma,

sin especiales requisitos formales que irían contra la realidad social e incluso irían más allá de lo que exige el Código Civil».

3. CONTROVERSIAS Y PRUEBA EN TRÁMITE JUDICIAL DE LA AUTENTICIDAD DE LA FIRMA: LA ALEGACIÓN, PRÁCTICA Y VALORACIÓN DE DICTAMEN PERICIAL, INTERROGATORIO DE TESTIGOS Y OTROS DOCUMENTOS PRIVADOS, ES COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL JUZGADOR DE INSTANCIA

El problema de la acreditación de la firma auténtica y habitual se evidencia en la praxis de juzgados y tribunales, repleta de dificultades y contradicciones sobre la realización de las pruebas alegadas, como las periciales privadas. Evidencias sobre posibles manipulaciones y abusos acerca de las que ESRICHE, en 1838, ponía sobre aviso, toda vez que, a su juicio, «la prueba de este testamento no puede hacerse sino comparando la letra y firma del testador con la letra y firmas hechas por él en otros papeles reconocidos por suyos; pero como hay muchas personas que saben imitar con la mayor perfección cualquier letra y firma de mano extraña, no puede quedar duda de que es poco seguro este género de prueba, y mui peligrosa por consiguiente esta manera de consignar sus últimas disposiciones» (24).

Estas controversias sobre la autenticidad de la firma, pueden dirimirse mediante la práctica de la pericial privada y, en presencia de dictámenes totalmente contradictorios, se podrá practicar una pericial caligráfica dirimente para poder resolver el fondo del asunto (25).

En dicho sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 31 de enero de 2011, dice que «en el sexto motivo del recurso se alega la inexistencia de *fumus boni iuris* sobre la autenticidad del testamento ológrafo; que uno de los dos peritajes presentado por el demandante no fue ratificado; existencia de flagrantes inconsistencias y contradicciones en que incurrir dichos peritajes, con papel con membrete del Abogado; no prevención del artículo 335.2 LEC; el prestigio profesional de los peritos nombrados por la demandada, que presentan críticas a los peritajes presentados por la actora; o tienen en cuenta la diferencia de edad y estado de salud entre la fecha en que se suscribieron los documentos indubitados y el testamento que nos ocupa (cincuenta y tres y ochenta y siete años); no reflejan las coincidencias con los documentos debitados; los peritos de la actora no dispusieron de fotografías de alta resolución; y que el Juzgado de Atenas permitió acceder a los peritos de la demandada al testamento original. Sobre el particular ratificamos la acertada valoración del juzgador de instancia, resaltando que la actora aporta dos dictámenes de peritos calígrafos que llegan a la conclusión de que la firma del testamento ológrafo no es auténtica explicando pormenorizadamente los motivos en los que fundan dicha conclusión y los documentos de los que han partido para realizar su pericia, uno de ellos lo ha ratificado en el acto de la vista de las medidas cautelares, y el otro no. Por el contrario, los codemandados aportan dos dictámenes periciales en sentido contrario al anterior, que ha sido ratificado por sus autores en el acto de la aludida vista. Ante tal rotunda

(24) *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Valencia, 1838, pág. 656 (se ha conservado la grafía original).

(25) Por su parte, «la falta de firma del testador, aunque conste que en algún tiempo esa firma hubiese existido, lo hace inválido, pues de la redacción del precepto legal y del tiempo en que el verbo se emplea se deduce que el documento ha de reunir todas las solemnidades en el momento de presentarse a protocolización» (STS de 5 de junio de 1925).

contraposición, la Sala estima que este no es el momento procesal adecuado para determinar cuál de los dos grupos de dictámenes debe prevalecer sobre el otro o efectuar una valoración de prevalencia de unos sobre otros, por cuanto se estima que la simple presentación de dos dictámenes coincidentes que concluyen en la falta de autenticidad de una firma de un testamento ológrafo es suficiente a los limitados efectos de las medidas cautelares solicitada para apreciar la existencia de un *fumus boni iuris*, reiteramos sin prejuzgar lo que, en definitiva, pueda resolverse en la sentencia que en su día se dicte sobre el fondo del asunto, y, en su caso, con la práctica de alguna pericial caligráfica dirimente» (26).

En el auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Penal), de 23 de mayo de 2011, desestima el recurso sobre la denegación del sobreseimiento de las actuaciones penales sobre uno de los encausados, y sus razonamientos jurídicos sostienen que «el apelante como abogado fue quien asesoró que el testamento abierto podía ser revocado por otro ológrafo y la forma de hacerse este. Como testigos que reconocían la escritura del causante han figurado la hija de la beneficiaria y un conocido (antiguo cliente) del señor Aníbal. Pese a sus alegaciones, es de dudosa credibilidad la explicación que dan de las razones por las que conocían la letra del fallecido: notas para la compra, en un caso, que normalmente se tiran, y poemas, que no se sabe si se conservan, en el otro caso».

En este punto ha de reiterarse que la casación no es una tercera instancia, por lo que los recursos que pretendan una nueva valoración de la prueba practicada en instancia, serán desestimados en su totalidad al no proceder dicha valoración de la prueba. En este sentido, el auto del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 2011, dictado siendo Ponente Xiol Ríos versa sobre un asunto en que se pretendía la nulidad de un testamento ológrafo fundándose, entre otras circunstancias, en la falsedad de la firma de la disposición testamentaria. Interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, resulta que dichos recursos tienen por objeto una sentencia que puso término a un juicio ordinario, en el que se ejercitaba como acción principal la de nulidad de testamento ológrafo y como acción subsidiaria la de nulidad de la disposición primera del testamento impugnado.

La resolución desestima totalmente las pretensiones, con expresa imposición de las costas al recurrente, toda vez que los motivos «sobre la errónea valoración de la prueba, y en consecuencia a la revisión probatoria, carecen de fundamento por cuanto el recurrente pretende una total revisión probatoria de lo actuado, tanto en relación con la acción principal ejercitada de nulidad del testamento ológrafo, en relación con la alegada, y no probada, falsedad de la firma, como subsidiariamente, en relación con la incerteza del legatario del legado efectuado

(26) En el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 de abril de 2011, seguidos sobre medidas cautelares previas, también es objeto de controversia la validez de la firma que acompaña a una donación modal que no reúne los requisitos exigidos para el testamento ológrafo, así «en esta segunda instancia, el apelante ha aportado como documento una copia de un informe pericial caligráfico aportado con la contestación a la demanda principal, en el que se concluye que la firma que aparece en el documento número 4 de la demanda no es de puño y letra de doña Milagrosa. No habiéndose practicado prueba pericial caligráfica con la contradicción exigible y no habiendo tenido oportunidad la parte apelada de contradecir el contenido del aportado como mero documento mediante, en su caso, otro informe pericial, no podemos dudar, en este incidente cautelar, de que la firma que consta en dicho documento ha sido estampada por doña Milagrosa, sin perjuicio de lo que pueda resultar acreditado en el procedimiento principal».

por el hermano del ahora recurrente al asilo de ancianos de la localidad de La Laguna. Pues bien, el motivado y exhaustivo Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia recurrida, el cual confirma íntegramente los Fundamentos de Derecho de la sentencia dictada en Primera Instancia, tras la valoración detallada tanto de los distintos informes periciales como de las declaraciones testificales, concluye tajantemente sobre la validez del testamento ológrafo impugnado y de la firma estampada en este. Asimismo, en dicho Fundamento de Derecho concluye igualmente que ha resultado totalmente probado el hecho relativo a la certeza respecto de la entidad legataria en la disposición segunda como beneficiaria; consecuencia de todo lo anterior, es la desestimación tanto de la acción principal como de la subsidiaria. Por todo ello, debe negarse la pretensión de la recurrente de convertir el recurso extraordinario por infracción procesal en una tercera instancia que permita una nueva valoración de toda la prueba practicada en el proceso, razones por las cuales, en definitiva, no le será factible al recurrente, en los casos de valoración conjunta de la prueba, desarticularla para ofrecer sus propias conclusiones o deducciones, tal y como ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, finalidad este última que es la pretendida por el recurrente a través del recurso que estamos examinando, de suerte que lo que realmente se pretende es proponer una nueva valoración de las pruebas según su propio análisis, distinto del de la sentencia recurrida, el cual, nada tiene de ilógico, absurdo, arbitrario o irracional, si se respeta la valoración conjunta de la prueba efectuada por la resolución que es objeto del presente recurso».

4. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO Y LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS COMO TESTAMENTO COMPLEMENTARIO: NOTAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIA SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS RELATIVOS A SU PROTOCOLIZACIÓN

Ya hemos tenido ocasión de plantear la naturaleza de las memorias como testamento *per relationem* (27), si bien este argumento puede servir tanto para que quienes califican a estas disposiciones como testamento ológrafo complementario de otro (28) exijan idénticos requisitos que dicho testamento de puño y letra, referidos a su adveración y protocolización, como para lo contrario (29).

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

(27) Vid. MORETÓN SANZ, «Memorias y cédulas testamentarias: revisión jurisprudencial sobre el testamento ológrafo y sus requisitos características según el Derecho Común, Foral catalán y navarro», en *RCDI*, 724, 2011, págs. 1128 y sigs.

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

(29) Discutidos son, como decimos, los aspectos referidos a la necesidad o no de la protocolización. En el sentido contrario a que resulte esta 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 jurisprudencia de que las memorias han de protocolizarse como el testamento ológrafo (sentencias e 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).

memorias válidas como testamento ológrafo exigen como este su protocolización conforme a la LEC» (30).

En todo caso HERNÁNDEZ GIL, recapitulando la doctrina más clásica en la materia y con ella, 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 incluso llamarse la atención sobre la coincidencia literal de la palabra “requisito” en el artículo 672 y 689» (31).

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 antes expuesto. De este modo, lo más ajustado al sentido del artículo 672 del Código Civil es la verificación de aquel presupuesto procesal, en el entendido de que es necesaria 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 averación y protocolización.

La nueva codificación sucesoria catalana, concordante con sus más inmediatos precedentes, obvia la averación y protocolización como requisito formal de las memorias. Así y en cuanto a las Disposiciones aplicables a codicilos y memorias, 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» (32).

Por fin y en tanto no se materialice un nuevo cuerpo legislativo de jurisdicción voluntaria, y vigente como sigue en la materia la antigua LEC de 1881, el precepto básico a estos efectos es el 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».

(30) ESPÍN CÁNOVAS, «Comentario al artículo 672 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, BEROVITZ, SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1691.

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

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

III. LAS NUEVAS CODIFICACIONES FORALES Y LA INCLUSIÓN DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA SOBRE EL TESTAMENTO OLÓGRAFO U HOLÓGRAFO: APUNTES SOBRE LOS CÓDIGOS ARAGONÉS Y CATALÁN

1. EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN: LA CAPACIDAD PARA DISPONER *MORTIS CAUSA* EN TESTAMENTO OLÓGRAFO MANCOMUNADO EXIGE LA CONCURRENCIA DE LA MAYORÍA DE EDAD EN AMBOS TESTADORES

Como advierte la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en ciertos aspectos ha sido conveniente la actualización o la puntualización de algunos extremos sobre los que existía controversia. Así, en el Título III, De la sucesión testamentaria, se destaca la inclusión de «unas disposiciones generales condicionadas, en buena medida, por el reflejo que necesariamente proyecta sobre ellas la figura del testamento mancomunado. Sin atender a esta modalidad testamentaria, que es en la práctica con mucho la más común, no puede normarse convenientemente en nuestro Derecho ni la capacidad, ni las formas ni la interpretación de los testamentos. Merece señalarse el precepto que indica los requisitos de forma del testamento mancomunado ológrafo, exigiendo los que han parecido mínimos imprescindibles para posibilitar en la realidad el otorgamiento de estos testamentos, sin mengua de la seriedad y libertad de la voluntad de ambos testadores. Por lo demás, se han introducido previsiones sobre número y capacidad de los testigos testamentarios para cuando sea necesaria su intervención, manteniendo la regla de principio contraria a esta necesidad vigente desde 1985».

En particular, y de forma coincidente con el Código común, excepciona la capacidad de otorgamiento de esta modalidad testamentaria. Así, el artículo 408 en su punto primero sobre la capacidad para disponer *mortis causa* dispone que: «pueden testar todas las personas físicas que, al tiempo de otorgar el testamento, sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural». A renglón seguido, este precepto en su punto segundo, excepciona la capacidad de testamentifacción general, elevando el requisito de la edad de los catorce a los dieciocho, reclamando para el válido otorgamiento de esta disposición la mayoría de edad legal (33).

Finalmente, el artículo 408 también determina que: «la falta de capacidad de testar, general o para una forma concreta de testamento, en uno de los testadores impide otorgar el testamento mancomunadamente».

En buena lógica con las disposiciones sobre la testamentifacción activa, exigible a ambos testadores en los supuestos de testamentos mancomunados ológrafos, el artículo 411 señala que: «1. El testamento ológrafo mancomunado basta que esté escrito todo él por uno de los testadores, con expresión del año, mes y día, y que el otro declare también por escrito de su puño y letra, antes de las firmas de ambos, que valga igualmente como testamento suyo y firme en todas sus hojas y al pie del mismo. 2. A la muerte del primero de los testadores que fallezca, se adverbirá y protocolizará el testamento mancomunado ológrafo con la necesaria participación del otro otorgante que sobreviviese» (34).

(33) «Pueden otorgar testamento ológrafo quienes sean mayores de edad».

(34) Podemos señalar dos preceptos más en la materia, referidos uno al idioma del testamento donde la norma de reenvío remite a la legislación en materia de lenguas en el

2. EL LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA, RELATIVO A LAS SUCESIONES Y LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL TESTAMENTO HOLÓGRAFO

La Ley 10/2008, de 10 de julio, que aprueba el libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, declara en su Preámbulo (35), respecto a las formas testamentarias, como novedad más relevante: «aunque con una trascendencia práctica muy limitada, es la decisión de suprimir el testamento ordinario ante párroco. De esta forma, los tipos de testamentos que pueden otorgarse en aplicación del derecho catalán se reducen a dos: el notarial, en las modalidades de testamento abierto y testamento cerrado, y el hológrafo. Se mantiene vigente, por tanto, la prohibición de los testamentos otorgados exclusivamente ante testigos, sin perjuicio de los casos en que se les pueda reconocer validez de acuerdo con las normas del derecho internacional privado».

En cuanto a las normas sobre ineficacia de testamentos y disposiciones testamentarias, previstas en el capítulo II del título II, han sido objeto de «una nueva sistematización y reformulación, más de acuerdo con los principios de la dogmática jurídica moderna. El capítulo comienza con un precepto en el que se expone el conjunto de las causas de nulidad de los testamentos. Este precepto atribuye rango legal a la doctrina jurisprudencial, particularmente relevante en los testamentos hológrafos, que evita su nulidad cuando falta la expresión de la fecha y del lugar, siempre y cuando estos datos puedan acreditarse de alguna otra forma. Se fija un plazo general de caducidad de cuatro años para las acciones de nulidad, que se unifica con los plazos de otras acciones de impugnación también sujetas a caducidad, como la de preterición errónea. Se establece, en sustitución de los párrafos segundo y tercero del artículo 128 del Código de Sucesiones, una regla que impide el ejercicio de la acción de nulidad a las personas que, conociendo la posible causa de nulidad, admiten la validez de la disposición testamentaria, la ejecutan voluntariamente o renuncian al ejercicio de la acción» (36).

territorio foral, y la otra sobre la inutilización del testamento ológrafo, donde la ausencia de firma que ratifique las enmiendas, provocará la ineficacia del testamento. Así el artículo «412.1. Los testamentos notariales podrán redactarse en cualquiera de las lenguas o modalidades lingüísticas de Aragón que los testadores elijan. Si el autorizante o, en su caso, los testigos o demás personas intervinientes en el otorgamiento no conocieran la lengua o modalidad lingüística elegida, el testamento se otorgará en presencia y con intervención de un intérprete, no necesariamente oficial, designado por los testadores y aceptado por el autorizante, quien deberá firmar el documento. 2. Igualmente, los testamentos cerrados y los ológrafos podrán otorgarse en cualquier lengua o modalidad lingüística de Aragón». Por su parte, el artículo 436 «inutilización del testamento ológrafo. El testamento ológrafo se presume revocado si aparece rasgado o inutilizado, o aparecen borradas, raspadas o enmendadas sin salvar las firmas».

(35) Según su publicación en el *BOE* 198, de 7 de agosto de 2008, que es la que usamos y también publicada en el *Diario Oficial de Cataluña*, número 5.175, de 17 de julio de 2008.

(36) 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

En cuanto a la regulación específica, se encuentra en la sección tercera: *El testamento hológrafo*. Artículo 421-17. Requisitos de validez. 1. Solo pueden otorgar testamento hológrafo las personas mayores de edad y los menores emancipados. 2. Para que el testamento hológrafo sea válido es preciso: a) Que esté escrito y firmado de manera autógrafa por el testador con la indicación del lugar y la fecha del otorgamiento. Si contiene palabras tachadas, enmendadas, añadidas o entre líneas, el otorgante debe salvarlos con su firma. b) Que se presente ante el juez o el funcionario competente a fin de que sea adverado y se ordene su protocolización. Artículo 421-18. Adveración. 1. El juez o el funcionario competente para advenir el testamento debe comprobar su autenticidad de acuerdo con la ley. 2. Si resulta que el testamento es auténtico, debe acordarse su protocolización notarial, con testimonio de la resolución dictada. En caso contrario, debe denegarse la protocolización. 3. La resolución dictada en el expediente de adveración debe cumplirse aunque se haya formulado oposición. En este caso, los interesados pueden hacer valer sus derechos en el juicio correspondiente. Artículo 421-19. Caducidad del testamento. 1. Los testamentos hológrafos caducan si no se presentan para que sean adverados en el plazo de cuatro años contados desde la muerte del testador y no se protocolizan en el plazo de seis meses contados desde la resolución del expediente. 2. Si durante los plazos fijados por el apartado 1 se interpone una demanda sobre la validez del testamento, este debe protocolizarse en el plazo de seis meses contados desde el momento en que la resolución judicial deviene firme.

Por lo que se refiere a la conversión del testamento nulo o ineficaz, el artículo 422-6, en su punto segundo dice: «El testamento cerrado que es nulo por defecto de forma vale como testamento hológrafo si cumple los requisitos del mismo».

La última de las disposiciones específicas en la materia está comprendida en el artículo 422-10, sobre la Revocación material del testamento hológrafo: «1. El testamento y el codicilo hológrafos y las memorias testamentarias se presumen revocados si aparecen rasgados o inutilizados, o si las firmas que los autorizan aparecen borradas, raspadas o enmendadas sin salvar, salvo que se pruebe que estos hechos han ocurrido sin el conocimiento o la voluntad del testador o han sido llevados a cabo por el testador en estado de enfermedad mental. 2. Si en el texto de los testamentos y codicilos hológrafos o de las memorias testamentarias aparece solo alguna enmienda o algún cambio, se presume que el testador ha querido modificar o revocar el testamento en esta parte, de acuerdo con los requisitos establecidos por el artículo 421-17, salvo la prueba a que se refiere el apartado 1».

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 artículo 672 del Código Civil, cuanto se ha dicho en relación con aquel, 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».

2.1. *Nulidad de documento autógrafo por falta de cumplimiento de los requisitos del testamento ológrafo e ineficacia como codicilo: La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 7 de enero de 1993*

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia catalán, de 7 de enero de 1993, ventila el 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. En primera instancia, no solo se desestima la totalidad de las pretensiones del demandante, sino que se aprecia la reconvenicional 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 ... meses más tarde, D. 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, entrerrenglonados y añadidos, ninguno de los cuales aparece salvado».

Se estima la alegada 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 solo 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 peque-

ñas 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 (37).

2.2. Otros pronunciamientos que abordan la autenticidad del testamento y la necesaria convicción judicial de su autoría mediante la práctica de los medios de prueba que así lo evidencien

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala Civil y Penal), de 17 de marzo de 2011, estimatorio del recurso de queja contra la interlocutoria desestimatoria del recurso de reposición interpuesto «contra la interlocutoria que deniega la preparación de un recurso de casación contra la sentencia de 29 de noviembre de 2010, sobre la concreta vulneración de la doctrina jurisprudencial por la Audiencia, en relación con la infracción legal invocada, que es lo que se configura legalmente como caso de interés casacional (interlocutòries, entre les més recents, de 30 de març i 6 d'abril de 2004, recursos 93/2004 i 81/2004)». En l'escrit de preparació del recurs la part recurrent cita com a infringits els articles 120 i 121 el Codi de Successions aprovat per Llei 40/1991, de 30 de setembre, i al·lega que la Sentència bjecte de recurs vulnera la doctrina que es desprèn de dues sentències del Tribunal Suprem, que es relacionen per les dates, el contingut de les quals exposa succintament (consideren que els requisits del testament hològraf són essencials...) i d'una Sentència del TSJC de 7 de gener de 1994 que té el mateix sentit (far emabstracció de la cita de sentències de les audiències, ja que no s'invoca que hi hagi teix contr adictòriesentre elles). Contràriament al que entén la interlocutòria de l'Audiència, i sempre a l'únic efecte d'admetre el recurs, la jurisprudència que es cita, concretament la STS de 3 d'abril de 1945, que n'esmenta altres d'anteriors, estableix que les decisions de les sentències del TS, '...con referencia especial al requisito de la fecha tienen establecido con gran reiteración y sin admitir salvedad o excepción ninguna, que el testamento ológrafo que no contiene indicación exacta del año mes y día en que fue escrito, carece

(37) La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala Civil y Penal), de 10 de febrero de 2011, estimatoria del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal declara que «Por el contrario en el derecho de Castilla, y por la imposibilidad de conocer a tiempo la voluntad del testador respecto de su funeral y sufragios las memorias testamentarias eran muy utilizadas, llegándose a generalizar su uso durante la segunda mitad del siglo XIX de tal forma que dieron lugar a múltiples litigios y discusiones al constituir verdaderos testamentos aformales. De este modo se hizo patente a los juristas la necesidad de delimitar el ámbito y finalidad de las memorias al punto que se creó una opinión contraria a su propia existencia que cristalizó en su supresión en el Código Civil de 1889 donde se reconocía únicamente el testamento ológrafo al que se asimilaron las memorias en el artículo 672».

de un a condició essencial para su validez', per la qual cosa és suficient llegir la Sentència dictada per comprovar que tot el debat va girar sobre la possibilitat de validesa d'un testament hològraf en què només s'expressava amb claredat l'any, ja que únicament hi constaven dues xifres. És clar, doncs, que la jurisprudència es mentada té relació amb les qüestions que s'han debatut en aquesta litigi, en referir-se a la naturalesa dels requisits que s'exigeixen per a la validesa del testament hològraf, matèria que coincideix amb la que s'ha analitzat en la Sentència objecte de recurs, la qual estableix que es pot determinar un element de la data-concretament el mes en què es va emetre el testament hològraf- a través d'elements extrínsecs. L'escrit de preparació indica que, tot i que s'esmenta com a vulnerada una norma del dret civil de Catalunya, s'entén que la jurisprudència contradictòria aportada, fins i tot d'àmbit estatal, pot resultar aplicable, atès que l'article 688 del Código Civil, de la mateixa manera que l'article 120 del CS, exigeix, a més, que l'escrit estigui signat de pròpia mà pel testador, que hi consti el dia, el mes i l'any. Una anàlisi més exhaustiva de l'existència o no de la vulneració de la jurisprudència que s'addueix com a fonament del recurs de cassació faria equivalent la interlocutòria d'admissió o inadmissió a la sentència definitiva de cassació».

Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 4 de marzo de 2011, compendia el asunto relativo a la protocolización de testamento ológrafo en los siguientes términos: «La cuestión que se plantea a la sala es muy sencilla. El documento aportado como testamento puede valer como tal o como codicilo. Pero en ambos casos se exige que esté escrito y firmado, de forma autógrafa, por la persona a quien se atribuye el acto de última voluntad, conforme a lo dispuesto en los artículos 120 y 122 del Código de Sucesiones de 1991, aplicable dada la fecha en que se otorgó el testamento y falleció la causante (Disposición Transitoria primera de la Ley 10/2008, de 10 de julio). Pero en este caso se ha practicado una prueba pericial caligráfica que ha dado como resultado el de no ser de la causante la firma que obra en el documento que se quiere protocolizar. Solo confirman la autenticidad de letra y firma tres testigos, aunque uno de ellos, don Carlos José, tiene interés en el asunto, pues aunque esté separado de la hermana de la causante, sus hijos aparecen con ciertos beneficios en el documento. Siendo ello así, para estimar el recurso la sala habría de considerar auténtico el testamento en virtud de dichos testimonios y de su propia observación, pero contra el dictamen del único experto en la materia que ha intervenido en el procedimiento. Se nos pide, por tanto, que afirmemos la autenticidad contra el criterio del perito calígrafo. No podemos acceder a ello de ninguna manera, porque carecemos de conocimientos al efecto y porque tampoco el testimonio coincidente de dos personas, desinteresadas pero no expertas, puede prevalecer sobre el criterio del perito. Como decía el artículo 121 del Código de Sucesiones, la protocolización debe acordarse solo cuando los jueces consideren justificada la autenticidad del testamento, de modo que la duda lo impide».

IV. LA ENTERA AUTOGRAFÍA Y FIRMA HABITUAL EN EL TESTAMENTO OLÓGRAFO COMO REQUISITOS INTRÍSECOS Y ESENCIALES: NUEVAS TECNOLOGÍAS Y FIRMA ELECTRÓNICA ¿REFORMULACIÓN DE LAS FÓRMULAS TESTAMENTARIAS CLÁSICAS?

Pese a lo afirmado hasta ahora acerca de la preceptiva concurrencia de los requisitos sobre el testamento ológrafo, nada impide que el legislador autorice o

equipare firma autográfica y firma electrónica u otro procedimiento de similares características, y que la etimología (gr. holos = todo, entero + grafo = escribir) acoja además de la acepción de autógrafo o de puño y letra, la de la «autografía» por algún medio electrónico que garantice la autoría del disponente. Y, si ejemplos ha dado el poder legislativo contemporáneo sobre la necesaria adaptación de los diccionarios a las nuevas formulaciones de instituciones familiares (v.gr., matrimonio), a mayor abundamiento nos los proporciona la evolución histórica y la conservación nominal de la denominación institucional de distintas figuras cuyo contenido y perfil ha sido, radicalmente, desdibujado de lo que fueran sus orígenes y antecedentes jurídicos.

De lo dicho se sigue que si los pronósticos electrónicos y legislativos aventurados se materializasen, habrá de serlo con las debidas garantías ya que solo con ellas se podrán superar recelos y suspicacias por lo que se refiere a la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito sucesorio. Con todo, es dudoso que en el testamento ológrafo quepa la posibilidad de la mera sustitución de la firma habitual del disponente con el uso de la firma electrónica.

La razón y pretensión de las formalidades y requisitos *ad solemnitatem* que rodean al testamento ológrafo, no suponen el retorno a rigideces más propias de otras épocas y sistemas jurídicos, antes bien, tienen como objetivo último la protección del contenido del testamento y la voluntad del disponente. Es decir, las normas testamentarias persiguen la observancia fiel de la intención del testador, siempre y cuando dicha voluntad, efectivamente, exista. En este sentido, únicamente la firma habitual del testador cumple con las finalidades referidas a la perfección de su declaración de voluntad y la constatación de la autoría del negocio.

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.
- ANGOITIA GOROSTIAGA: «Sentencia de 19 de diciembre de 2006: Testamento ológrafo epistolar revocatorio de previo testamento notarial», en *CCJC*, 75, 2007, págs. 1279 a 1292.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ: «El testamento ológrafo y el Derecho Internacional Privado», en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández*, 3, 2008, págs. 183 a 201.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, IV. *Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2006, 9.ª ed.
- DOMÍNGUEZ LUELMO: «10 de febrero de 1994. Testamento ológrafo. Nulidad por falta de exactitud de la fecha; diferencias entre fecha falsa y erróneamente transcrita. Presunción de capacidad del testador mientras no se acredite fehacientemente la incapacidad. Principio de congruencia. Prueba pericial practicada para mejor proveer. Indefensión. Utilización del Derecho Comparado como criterio de interpretación de las normas de Derecho interno», en *CCJC*, 15, 1994, págs. 537 a 548.

- ESPÍN CÁNOVAS, «Comentario al artículo 672 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH (Dirs.): *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1690 a 1692.
- GARCÍA RUBIO: «Testamento ológrafo», en *CCJC*, 23, 1990, págs. 619 a 630.
- GIL RODRÍGUEZ: «Sentencia de 4 de noviembre de 2009: Testamento otorgado en peligro de muerte. Voluntad del finado de que valiera como testamento la que previamente manifestó a la oficial de la notaría. Invalidez. Testamento *per relationem*. El documento informático no constituye testamento ológrafo y la voluntad expresada *in articulo mortis* no alcanza a manifestar el contenido de una voluntad testamentaria», en *CCJC*, 83, 2010, págs. 1185 a 1202.
- GÓMEZ DE LA SERNA y Manuel MONTALBÁN: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, tomo segundo, Madrid, 1865, 7.^a ed.
- HERNÁNDEZ GIL: «Las memorias testamentarias y el testamento ológrafo», *Obras completas*, 4, Madrid, 1989, págs. 789 a 800.
- JIMÉNEZ PARÍS: «La escritura en el testamento ológrafo: particular referencia al Derecho francés», en *Revista Jurídica del Notariado*, 67, 2008, págs. 207 a 296.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO 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, 2009, 6.^a ed.
- LÓPEZ RENDO: «Algunas consideraciones sobre el testamento ológrafo: de Roma al Código Civil español», en *Revista Jurídica del Notariado*, 69, 2009, págs. 173 a 224.
- 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.
- PAGLIANTINI: «Il potere del testatore sull'olografo: per una rivisitazione dell'articolo 684 CC», en *Rassegna di diritto civile*, 4, 2007, págs. 1007 a 1051.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.^a ed.
- ROMERO COLOMA: *El testamento ológrafo: estudio doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 2006.
- SAN SEGUNDO MANUEL: «El testamento ológrafo. Exigencias de carácter formal. La importancia del medio utilizado como soporte material del testamento ológrafo y su relación con la intención de testar», en *RCDI*, 705, pág. 411 y sigs.
- TORRES GARCÍA: *El testamento ológrafo*, Madrid, 1977.
- TORRES LANA: «Forma del negocio y nuevas tecnologías», en *RDP*, 2004, págs. 489 a 522.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 9 de junio de 2011.
- ATS de 7 de junio de 2011.
- STS de 5 de mayo de 2011.
- STS de 25 de marzo de 1957.
- STS de 5 de junio de 1925.
- STS de 30 de junio de 1914.
- ATSup de Cataluña (Sala Civil y Penal), de 17 de marzo de 2011.
- STSup de Cataluña (Sala Civil y Penal), de 10 de febrero de 2011.

STSup de Cataluña, de 7 de enero de 1993.
STSup de Navarra (Sala de lo Civil y Penal), de 31 de octubre de 2008.
AAP de Barcelona, de 4 de marzo de 2011.
AAP de Madrid (Sección Penal), de 23 de mayo de 2011.
AAP de Madrid, de 11 de mayo de 2011.
AAP de Madrid, de 5 de mayo de 2010.
AAP de Madrid, de 28 de abril de 2011.
AAP de Madrid, de 18 de marzo de 2011.
SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 12 de marzo de 2010.
SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 6 de febrero de 2009.
AAP de Oviedo, de 9 de febrero de 2011.
AAP de Palma de Mallorca, de 31 de enero de 2011.
SAP de Pamplona, de 14 de abril de 2008.

RESUMEN

TESTAMENTO OLÓGRAFO FIRMA HABITUAL

El testamento ológrafo es aquel enteramente escrito por el testador. En definitiva, se trata de una de las formas testamentarias más sencillas, por cuanto no han de concursar verdaderas formalidades en el acto de su otorgamiento. Con todo, esta aparente sencillez no es sinónimo de absoluta libertad, de suerte que su documentación habrá de respetar ciertas prescripciones legales, en cuya ausencia la voluntad mortis causa no surtirá efectos jurídicos. En este sentido, el Código Civil español, en su artículo 688, reclama el concurso de los siguientes presupuestos: completa autografía del testador, firma y expresión del año, mes y día. En estas líneas tendremos ocasión de revisar las particularidades que rodean al requisito de la firma ya que, según doctrina y jurisprudencia, únicamente la firma habitual del testador cumple con las finalidades referidas a la perfección de su declaración de voluntad y la constatación de la autoría del negocio.

ABSTRACT

HOLOGRAPHIC WILL CUSTOMARY SIGNATURE

A holographic will is a will written entirely by the testator. In short, it is one of the simplest forms of recording testamentary dispositions, because no true formalities need be involved in its execution. Even so, this apparent simplicity is not synonymous with absolute freedom. The document must respect certain legal prescriptions, in whose absence the will will have no legal effect. Article 688 of the Spanish Civil Code calls for the following points to be present: The will must be fully hand-written by the testator and bear the testator's signature and statement of the year, month and day. This paper will review the special features surrounding the signature requirement. According to accepted legal thought and case law, the testator's declaration of his or her last will can be concluded and the authorship of the act can be recorded only through the testator's customary signature.