

La agonía del testamento y de las formas testamentarias en el Derecho catalán actual (1)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TESTAMENTO VERSUS CODICILO: 1. UN PREÁMBULO OBLIGADO: LOS PRINCIPIOS SUCESORIOS DEL DERECHO CATALÁN. 2. LA LÓGICA DE UN SISTEMA: EL DIFERENTE SISTEMA NORMATIVO REVOCATORIO DE TESTAMENTOS Y CODICILOS. 3. EL VALOR ANFIBOLÓGICO DEL TESTAMENTO: A) *Las excepciones locales a la necesidad de la institución de heredero*. B) *Las excepciones generales a la necesidad de la institución de heredero*. C) *El término «testamento» en la nueva legislación catalana*. D) *Las indeterminaciones del derecho histórico*. 4. EL PRINCIPIO DEL FIN: LA DESAPARICIÓN DE LA CLÁUSULA CODICILAR: A) *La memoria de Duran i Bas*. B) *El apéndice de 1930*. C) *El proyecto de 1955*. D) *La Compilación de 1960*. E) *Las modificaciones posteriores de la Compilación*. F) *El Codi de Successions*. 5. LA DEMOLICIÓN DEL SISTEMA: A) *En cuanto a lo que dice el artículo 125 IV del Codi, la nulidad o ineficacia por falta de institución de heredero (no por otras causas)*. B) *Por último, en cuanto a lo que omite la actual cláusula legal codicilar (a saber, que no tendrá lugar la conversión del testamento nulo por falta de institución de heredero en codicilo, cuando haya preterición errónea de legitimarios)*.—III. ALGUNOS TIPOS DE ÚLTIMAS VOLUNTADES: 1. LA PROTECCIÓN DE LAS ÚLTIMAS VOLUNTADES: LAS CLÁSICAS CLÁUSULAS «AD CAUTELAM»: A) *La regulación en la Compilación*. B) *Los antecedentes legislativos*. C) *La posición de la jurisprudencia*. D) *La posición de la doctrina*. E) *La situación actual*. 2. ¿HA MUERTO EL TESTAMENTO MANCOMU-

(1) El texto que sigue corresponde en esencia a la conferencia que bajo el título «**Código Civil y Código de Sucesiones: dos regímenes sucesorios diferentes**», pronuncié en la sede del Colegio de Notarios de Barcelona el jueves, día 16 de noviembre de 1995, dentro del Ciclo de Conferencias de Derecho Catalán organizado por la Comisión de Cultura de dicho Colegio. La sustitución del título, así como diversas modificaciones del texto, se han realizado siguiendo las indicaciones del actual decano, JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO, a quien me gustaría agradecer públicamente las muestras de afecto y de apoyo que siempre he recibido de su parte.

El término «agonía» se toma, al igual que en la obra de MIGUEL DE UNAMUNO, «La agonía del cristianismo», en su sentido griego.

NADO Y LA INSTITUCIÓN RECÍPROCA Y CORRESPECTIVA ENTRE CÓNYUGES?: A) *La posición actual*. B) *Los antecedentes*. C) *Una explicación histórica*. D) *¿La admisión del instrumento plural?* E) *¿La admisión de la disposición correspondiente?* 3. LA ADMISIÓN DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO: A) *La regulación en la Compilación*. B) *Los antecedentes legislativos*. C) *La posición de la doctrina*. 4. LA INADMISIÓN DEL TESTAMENTO ANTE TESTIGOS. LA SUPRESIÓN DEL TESTAMENTO SACRAMENTAL Y LA PERVIVENCIA DEL TESTAMENTO ANTE RECTOR: A) *La pervivencia del testamento ante el rector y la supresión del testamento sacramental*. B) *La prohibición del testamento ante testigos*. 5. EL TESTAMENTO CERRADO: A) *Las reformas del Codi*. B) *Los antecedentes legislativos*. C) *Una explicación histórica*. D) *Una propuesta de futuro*.—IV. FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Sean mis primeras palabras de agradecimiento a nuestro Decano, ROBERTO FOLLÍA CAMPS (2), y a toda la Junta Directiva en un doble sentido: por una parte, en el personal y humano, y por otra, en el profesional, por el enorme acierto de celebrar unas Conferencias de Derecho Catalán. Sean las siguientes, y no por ello menos importantes, de agradecimiento a todos los compañeros, que me acompañan en este trance, así como a los demás invitados. Sean las últimas, de fraternal crítica al coordinador de estas sesiones, también en un doble sentido: primero, porque me ha elegido a mí para tratar sobre derecho de sucesiones en la propia sede del Colegio Notarial de Barcelona que, afortunadamente, cuenta con numerosos Notarios, desde luego mucho más prestigiosos que mi persona para disertar sobre estas cuestiones; y segundo, porque me ha impuesto un tema de debate tan amplio y genérico, que todo y nada cabe en él: **«Código Civil y Código de Sucesiones: dos sistemas sucesorios diferentes»**. Sólo me queda reconocer, ya de antemano, el fracaso más absoluto: ¡Qué puedo decir que vosotros no conozcáis! ¡Qué poco puedo decir para lo que vosotros sabéis!

Sé que el coordinador quiere que hable de los principios sucesorios del Derecho catalán comparándolos con los del Derecho castellano. Pero, en mi opinión, de los principios y de las señoras nunca debe hablarse, ni siquiera con los amigos. Así que voy a evadirme de su pretensión, aunque no de su finalidad, que no es otra que poner de manifiesto los aspectos diferenciales del Derecho catalán, si bien centrándome exclusivamente en el estudio de las «formas documentales de última voluntad».

(2) En las elecciones de diciembre de 1995 cesó por haber cumplido el período máximo de permanencia en el cargo, siendo, por lo tanto, este ciclo de conferencias una de sus últimas actividades. Me consta el empeño que tuvo en su organización, así como toda la ayuda que me ha prestado durante su mandato.

Finalmente me gustaría poner de manifiesto, previamente a cualquier otra consideración, que a finales del siglo xx el «papel» como soporte documental vive posiblemente sus últimos momentos. El ordenador y sobre todo la comunicación de ordenadores entre sí en tiempo real (la famosa red INTERNET) va a suponer una transformación tan radical en los venideros años, que, sin ninguna duda, estamos entrando en una nueva Edad. Se producirán cambios en las relaciones humanas y laborales, en los asentamientos poblacionales, en la configuración de las clases sociales y en el poder en general, y por supuesto también, en la formalización de los actos y de los negocios jurídicos. En las transformaciones sustanciales que nos esperan, muchas profesiones desaparecerán para siempre y otras muchas experimentarán cambios cualitativos. El fenómeno afectará, como es lógico, también a nuestra histórica profesión, que deberá necesariamente desligarse del «papel» como forma, si quiere mínimamente sobrevivir.

Y sin más dilación entro en el desarrollo del tema que se me ha encomendado.

II. TESTAMENTO VERSUS CODICILO

1. UN PREÁMBULO OBLIGADO: LOS PRINCIPIOS SUCESORIOS DEL DERECHO CATALÁN

El jurisconsulto catalán MARTI I MIRALLES en aquellas memorables Conferencias dictadas durante los meses de mayo y junio de 1923 en este mismo salón de actos sobre los *Principis del Dret Successori aplicáis a formules d'usdefruit vidual i d'herència vitalicia*, (3) nos decía:

«La neccesitat de la institució, junt amb el concepte de la universalitat de la successió de l'hereu, són, podriem dirne, els conceptes bàsics de tota la estructura successòria romana; son els elements, quina existència caracteritza dita successió, i quina cancel·lació de les legislacions innovadores de la de Roma, ha trencat tota Filarmònica reglamentari del sistema successori clàsic.

Tots el demás principis del Dret successori que examinarem després, no son mes que corol·laris d'aquests dos; tots les normes que venen després, no son mes que llògiques conseqüències dels mateixos.

Les discussions mes aferrissades i mes fonses entre els juristes de les diverses èpoques i nacions, en matèria testamentària, no han fet mes que girar el voltant d'aquestes dos grans problemes: ¿hi ha d'haver institució d'hereu?, ¿el hereu o hereus han d'ésser o no els successoris universals del difunt?»

(3) MARTI I MIRALLES, JOAN, *Principis del Dret successori aplicáis a formules d'usdefruit vidual i d'herència vitalicia*, Barcelona, Imprenta la Renaixença, 1925, págs. 13 y 14.

El Codi (4), en su Exposición de Motivos, nos explica, por su parte, que no se han modificado los grandes principios propios del Derecho romano. Y añade:

«Aquests principis, arrelats a la tradició i vius en l'aplicado del Dret a Catalunya, es mantenen íntegrament, atesa la inexistència de justificacions d'ordre jurídic, social o pràctic suficients que facin aconsellable la seva modificado, ni que sigui parcial».

¿Cuáles son estos principios? El **principio de la necesidad de heredero en la sucesión, en general, y de la necesidad de la institución de heredero en el testamento**, se reconoce, básicamente, en los artículos 1, 3, 67, 102, 125, 136 y 323 (5).

El de la **universalidad del título de heredero** resulta de los artículos 1 y 34 (6), entre otros.

El **principio de la incompatibilidad de los títulos sucesorios** se proclama, en esencia, en los artículos 3 (relativos a los diferentes títulos sucesorios), en el 41 (Derecho romano de no decrecer) y también en el 322 (que sólo permite la sucesión intestada en defecto de heredero instituido), complementados por los artículos 138 (heredero instituido en cosa cierta), 139 (heredero instituido vitaliciamente) y 140 (heredero instituido en usufructo) (7).

(4) Me refiero, claro está, a la Ley número 40, de 30 de diciembre de 1991 (publicada en el Diario Oficial de la Generalitat el 21 de enero de 1992).

(5) Fundamentalmente el artículo 102 CS que nos dice: *«En testament, el causant ordena la seva successió mitjantant la institució d'un o mes hereus i amb la possibilitat d'establir llegáis i altres disposicions per després de la seva mort»*; el artículo 125 III y IV CS: *«També son nuls els testaments que no contenen institució d'hereu, llevat que continguin nomenament de marmessor universal o siguin atorgats per persona subjecte al Dret de Tortosa»*, *«El testamento que és nul o ineficaz per manca a "institució d'hereu val como a codicil si compleix les condicions de tal»*; artículo 136 CS: *«El testament ha de contenir necessàriament institució d'hereu, llevat de Vatorgat per persona subjecta al dret de Tortosa»*; y, finalmente, el artículo 323 I CS: *«en la successió intestada, la llei crida com a hereus del difunt...»*

(6) Artículo 1 I CS: *«Uhereu succeix en tot el dret del se causant...»*; artículo 34 I CS: *«per V acceptació de V herència pura i simple V hereu respon de les obligacions del causant i de les càrregues hereditàries, no solament amb els béns relectes, sino també amb els seus hereditaris propis, indistintament»*.

(7) Artículo 3 CS: *«la successió es defereix per heretament, per testament o peí que disposa la llei. La successió intestada només pot teñir lloc en defecte d'hereu instituit i és incompatible amb l'heretament i amb la successió testada universal. La successió testada universal només pot teñir lloc en defecte d'heretament»*. Artículo 41 CS: *«Si el dret d'acreixer no pot teñir lloc entre els hereus instituïts, la quota o la porcia hereditària vacant incrementa necessàriament i proporcionalment les quotes dels altres hereus, en la forma que és establerta en el primer paràgraf de l'article precedent. S'aplica la mateixa norma respecte a la quota hereditària de la qual el testador no ha disposat»*. Y, finalmente, el artículo 322 CS: *«La successió intestada s'obre quan mor una persona sense deixar hereu testamentari o en heretament, o quan el nomenat o els nomenats no arriben a ésser-ho»*.

El principio de prevalencia del título voluntario, reflejo del de libertad de disponer, se establece en los artículos 367 y 322, que gradúan, además, esta prevalencia respetando el **principio de prelación de la sucesión paccionada sobre la testamentaria**.

Y, finalmente, **el principio de perdurabilidad del título sucesorio**, en su doble faceta de **irrevocabilidad e indivisibilidad de la aceptación y de prohibición de la institución de heredero sometida a condición resolutoria o a término suspensivo y resolutorio**, se fija en los artículos 25, 26, 76 y 154 del Codi (8).

No es necesario aclarar en esta sala que el **Derecho derivado del Código Civil resulta dogmáticamente contrapuesto al Derecho catalán**: no hay necesidad de institución de heredero en el testamento (y ni siquiera en la sucesión), es compatible el título voluntario con el llamamiento legal, no rige el principio *Semel heres, semper heres* (que proclama que el heredero lo es siempre, y que, en consecuencia, se tengan por no formulados en la institución de heredero la condición resolutoria y los términos suspensivo y resolutorio). De aquí se derivan soluciones diversas al Derecho catalán en el tratamiento de la institución de heredero en cosa cierta, en derecho de usufructo o vitaliciamente, tal como expuso magistralmente MARTI I MIRALLES.

No podemos ni siquiera someramente entrar en el análisis comparativo de los principios sucesorios, aunque sí conviene señalar que **la posición adoptada por el legislador catalán ha sido objeto de una profunda crítica doctrinal**, que ha llevado a un autor tan cercano a nosotros, como es el ex-decano JUAN JOSÉ LÓPEZ BURNIOL, a decir que ha llegado la hora de que el Derecho civil catalán

«deje de ser un arma y se convierta en un instrumento al servicio de la colectividad y de la sociedad catalana» (9).

(8) Artículo 25 I CS: «*L'acceptació i la repudiació de V herència no poden ésser fetes parcialment, ni sota termini o condició. Les condicions i les restriccions s'han de tenir per no formulades*»; Artículo 26 I CS: «*L'acceptació i la repudiació de l'herència fetes vàlidament son irrevocables*»; Artículo 76: «*Mort l'heretament, el contraent a favor del qual hagi estat atorgat V heretament és hereu i no pot repudiar V herència, però pot fer ús del benefici d'inventar en el temps i en la forma previstos en aquesta llei, benefici que compta des de la mort de l'heretament*». Y, finalmente, el fundamental artículo 154 CS: «*El qui és hereu ho és sempre i, en conseqüència, es tenen per no formulats en la institució d'hereu la condició resolutoria i els terminis suspensiu i resolutori. L'instituit hereu sota condició suspensiva que, complerta aquesta, accepta V herència, l'adquireix amb efecte retroactiu al temps de la mort del testador. Uhereu instituit sota condició suspensiva, mentre aquesta estigui pendent de compliment, pot demanar la possessió provisional de V herència*».

(9) Conferencia pronunciada en la Consejería de Justicia de la Generalidad de Cataluña sobre los Principios del Derecho sucesorio catalán.

2. LA LÓGICA DE UN SISTEMA: EL DIFERENTE SISTEMA NORMATIVO REVOCATORIO DE TESTAMENTOS Y CODICILOS

El artículo 130 del Codi **nos establece el principio de que el otorgamiento de un testamento válido revoca de pleno derecho el testamento anterior**. Pues bien, el mismo efecto de revocación tácita del testamento anterior por el simple otorgamiento de un testamento posterior lo encontramos en el **artículo 739 del vigente Código Civil** (10). Por otra parte, en el Derecho catalán, el otorgamiento de un testamento revoca los codicilos y las memorias testamentarias anteriores, salvo que el testador disponga lo contrario (art. 133 II CS).

El Codi, no obstante, nos sigue diciendo:

«Això no obstant, si el testador ordena de forma expressa en el testament posterior que el testament anterior subsisteixi totalment o parcialment, val V anterior en tot el que no sigui revocat per V atorgat posteriorment, o en les parts a què aquest no s'oposi o que no contradigui».

Criterio diametralmente opuesto se produce en materia de codicilos.

El otorgamiento de un codicilo va a implicar siempre la revocación no de todo el testamento anterior (o, en su caso, del codicilo anterior), sino sólo de aquella parte que aparezca modificada o que resulte incompatible (art. 133-I y III CS).

El sistema catalán obedece al más puro criterio romanista que establece como fundamento de la revocación tácita el dogma de la unicidad testamentaria, por virtud del cual el testamento, que ha de contener necesariamente institución de heredero, contempla la totalidad del patrimonio del testador, y, en consecuencia, se va a entender que resulta revocado implícitamente en su totalidad por un testamento otorgado posteriormente.

Pero además, como nos pone de manifiesto Luis ROCA SASTRE MUNCUNILL este sistema tenía perfectamente su lógica en el hecho de que para adicionar, complementar o reformar un testamento anterior, en algo que no afectase a la institución de heredero, el Derecho romano contaba con un instrumento, que eran los codicilos, de tal modo que cuando el testador no acudía a esta forma de disposición de última voluntad, sino que otorgaba un nuevo testamento, había que interpretar que su voluntad era prescindir del negocio testamentario anterior y sustituirlo por uno nuevo. Por la misma razón se justificaba que

(10) Artículo 739 I CC: «El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte».

frente al dogma de la unicidad testamentaria se contrapusiera el de la multiplicidad codicilar (11). En definitiva, la existencia de dos tipos documentales (testamento/codicilo), junto al principio de la universalidad del testamento derivado de la necesidad de la institución de heredero, venía a justificar todo el sistema revocatorio.

En el Derecho castellano se produjo la destrucción de la dualidad tipológica testamento/codicilo, por razones de fondo (desaparición de la necesidad de la institución de heredero) y de forma (igualdad de solemnidades externas entre ambos). Ello supuso la victoria del codicilo frente al testamento, aunque pueda aparentemente parecer al revés, al haber desaparecido el término «codicilo»). Esto **debería haber llevado, necesariamente, a la aplicación del sistema revocatorio propio de los codicilos y a la postergación del juego de la revocación testamentaria tácita.**

Desgraciadamente el artículo 739 del Código Civil, que tendría que haber sido consecuente con lo dispuesto en el Ordenamiento de Alcalá, establece la revocación testamentaria tácita, paralelamente al sistema catalán, aunque su justificación no se puede encontrar como en éste, en el principio de la universalidad del testamento, decaída en Castilla en el tránsito a la Edad Moderna, sino, a decir de SANCHO REBULLIDA, «en una arbitraria presunción de revocación total» (12).

Esta posición, lógicamente absurda, del derecho derivado del Código Civil ha sido objeto de una profunda crítica doctrinal, prácticamente unánime (ROCA SASTRE MUNCUNILL, DÍEZ PICAZO, PASTOR RIDRUEJO, SANCHO REBULLIDA, etc.), que ha intentado aplicar diversos correctivos interpretativos para evitar las consecuencias duras del sistema del artículo 739 del Código Civil (13).

(11) ROCA SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho de Sucesiones*, tomo I, Barcelona, Bosch, pág. 251.

(12) SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, en *Comentario del Código Civil*, tomo I, Obra dirigida por CÁNDIDO PAZ-ARES RODRÍGUEZ, LUIS DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN; RODRIGO BERCOVITZ y PABLO SALVADOR CODERCH, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1838 a 1840.

(13) Así SANCHO REBULLIDA, en *Comentario, ob. cit.*, pág. 1840, haciendo suyas las opiniones de LACRUZ en su *Derecho de sucesiones*, nos dice que valdrán ambos testamentos, el anterior y el posterior, manteniéndose lo dispuesto en aquél en todo lo que no sea contradictorio con éste en los siguientes casos: 1.º Cuando el testamento anterior sea meramente interpretativo, aclaratorio, o se contraiga a efectuar la partición con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.056. 2.º Cuando el testamento posterior no tiene contenido patrimonial. 3.º Cuando del testamento posterior se desprende inequívocamente la voluntad del testador, que no ha de presumirse, pero que tampoco ha de ser expresa, de mantener la vigencia del anterior. Y 4.º Cuando se limite a establecer uno o varios legados, en el caso de la *institutio hereditatis ex parte* o de disposición de bienes distinto del que es objeto de disposición en el testamento anterior.

El criterio es seguido, con ciertas variaciones que no afectan al fondo, por los otros comentaristas que se han acercado a la institución.

También se ha puesto de manifiesto como la última jurisprudencia se está acercando en la dirección de la doctrina científica, rectificando posiciones anteriores (14).

Pues bien, **el Derecho catalán a diferencia como hemos visto del Derecho derivado del Código Civil, es, en principio, coherente con su sistema: mantiene la dualidad clásica testamento/codicilo, basada ahora únicamente en solemnidades internas** (15) (la necesidad de que el testamento contenga institución de heredero y la prohibición de que en el codicilo resulte afectada formalmente la institución de heredero) (16); y **como lógica consecuencia de ello, el sistema revocatorio a que anteriormente hemos hecho referencia..**

Sin embargo, la cuestión de fondo va a encontrarse, no en la coherencia interna del sistema catalán, indudablemente mucho más perfeccionado que el del Código Civil, sino en la coherencia del sistema con la sociedad actual en general, y con la catalana en particular. Por otra parte, el sistema, como veremos, no resulta tampoco tan coherente como a primera vista parece.

3. EL VALOR ANFIBOLÓGICO DEL TESTAMENTO

El esquema anteriormente predicado del ordenamiento jurídico catalán, que gira formalmente en torno a la dualidad tipológica testamento/codicilo, presenta numerosas fisuras.

A) *Las excepciones locales a la necesidad de la institución de heredero*

En primer lugar, la necesidad de que el testamento contenga institución de heredero no se predica con criterios de generalidad de todo el ámbito de aplicación del Derecho catalán. Quedan exceptuados actualmente de esta re-

(14) Nos dice SANCHEZ REBULLIDA, en *Comentario*, ob. cit., pág. 1839, que aunque sea por vía de *obiter dicta* se observa un cambio de actitud en la STS de 29 de noviembre de 1986, y sobre todo en la de 1 de febrero de 1988, que nos dice: «...posición más acorde con la moderna doctrina científica, al entender que la voluntad que se exige en el artículo 739 I del Código Civil para dejar subsistente un testamento anterior, puede ser no sólo la expresa allí mencionada, sino también la deducida que acoge el artículo 675».

(15) Testamentos y codicilos vienen a asimilarse en cuanto a las solemnidades externas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 122 III CS: «*Els codicils han d'ésser atorgats amb les mateixes solemnitats externes que els testaments*». Esta asimilación ha sido fruto de una larga evolución, que se inició con la menor rigurosidad formal del codicilo.

(16) Artículo 122 II CS: «*En codicil no es pot instituir hereu, revocar la institució anteriorment otorgada, desheretar ni excloure cap hereu. Tampoc es poden establir substitucions de cap tipus, ni imposar condicions llevat de les establertes o imposades als legataris*».

gla, de conformidad con el Derecho histórico, **las personas sujetas a derecho tortosí** (art. 125, III y 136 CS).

B) *Las excepciones generales a la necesidad de la institución de heredero*

En segundo lugar, el propio ordenamiento general catalán presenta casos en que **valida el documento de última voluntad como verdadero testamento aunque no contenga una institución de heredero**. Es el caso de aquél que contiene únicamente el nombramiento de albacea universal (art. 125 III y 315 II CS) o del que no contiene institución de heredero pero confirma la institución de uno, al menos, de los herederos instituidos en un testamento anterior (art. 130 III CS), pero hay otros muchos más.

C) *El término «testamento» en la nueva legislación catalana*

En tercer lugar, el propio legislador catalán de finales del siglo xx no llega a entender o, al menos, a darse cuenta de las profundas diferencias estructurales que existen en las raíces del ordenamiento jurídico de Cataluña entre el testamento y el codicilo, viniendo a subsumir bajo el ámbito de la fórmula testamentaria la codicilar, lo que supone, como hemos podido indicar anteriormente, la demolición sustancial del concepto de testamento, que viene a sobrevivir exclusivamente como nomenclatura pero no como realidad normativa.

Pongamos dos ejemplos: La ley 7/1991, de 27 de abril, reguladora del derecho de filiación en Cataluña, establece como medio de determinación de la filiación no matrimonial el reconocimiento formalizado en testamento, olvidando, como he tenido ocasión de señalar en otro lugar (17), que podrá también efectuarse en codicilo (18). Igual ocurre en la Ley 39/91, de 30 de diciembre,

(17) GARRIDO MELERO, MARTÍN, «Reflexiones sobre el Derecho de filiación en Cataluña y sus relaciones con el Código Civil (comentarios a la Ley de 27 de abril de 1991)», en *RJN*, 1993, III, pág. 228.

(18) Ley del Parlamento de Cataluña 39/91, artículo 4, número 1: «*La filiado no matrimonial es pot establir: a) Per reconeixement en testament, en document públic davant l'encarregat del Registre Civil...*» Se trata de una «exportación» de lo dispuesto en el artículo 120, número 1 del Código Civil, con la mejora técnica de suprimir la alternativa que en este texto legal se plantea entre «testamento o en otro documento público» por la cumulativa «en testament, en document públic», pero que olvida que el reconocimiento puede hacerse también en codicilo. Es cierto que la validez del codicilo notarial para el reconocimiento podrá subsumirse dentro del campo del documento público, pero quedarán fuera el codicilo rectoral y el ológrafo. Sin embargo, no hay ninguna duda que el codicilo, sea documento público o no, es medio hábil para el reconocimiento, pero todo ello pasa por admitir que el concepto de testamento del artículo 4 no es el del artículo 102 del Codi.

sobre instituciones tutelares en Cataluña, en donde viene a establecerse la declaración testamentaria de la tutela, olvidando que ésta también podrá realizarse en codicilo (19), tal como se ha señalado igualmente en otro lugar (20).

Sin embargo, conviene destacar el hecho de que, si el legislador catalán no llega a distinguir entre el concepto de testamento y codicilo, es indudablemente por desconocimiento, pero también **porque dicha dualidad no está presente en la sociedad jurídica civil actual.**

D) *Las indeterminaciones del Derecho histórico*

En cuarto lugar, la colisión de concepciones contrapuestas en el interior del ordenamiento jurídico catalán, no es un fenómeno exclusivo de finales de este siglo. **El conocido privilegio que concedió el rey Pere III a la Ciudad de Barcelona el día 14 de las calendas de noviembre de 1339**, y que comienza con las palabras, ciertamente un tanto críticas para la práctica notarial de la época,

«Debita meditatione pensantes, qualiter ex insufficientia, seu ignorantia aliquorum Notariorum plura testamenta rationibus infrascriptis possent de facili vitiari, ac etiam annullari, quod nedum in testium...» (21),

fue objeto de una dura controversia en la doctrina catalana, que sólo desaparece bien entrado el siglo xx, como consecuencia de la posición jurisprudencial (22).

(19) Artículo 5.3: *«El pare i la mare que tinguin la pàtria potestat poden ordenar, en el testament, l' exclusió d' una persona o mes d' una del càrrec de tutor de llurs filis menors o incapacitáis. En cas de contradicció, preval la voluntat del pare que ha exercit darrerament la pàtria potestat»*. El olvido del codicilo se remedia en el último Anteproyecto de Llei de modificación de la LLei 239/1991, de 30 de diciembre, de la tutela i instituciones tutelares, sobre nomenament de tutor i curador.

(20) GARRIDO MELERO, MARTÍN, en «La guardaduría en Cataluña y sus relaciones con el Código Civil (Derecho familiar catalán, 3.^a parte)», Separata del *Boletín de Información* del Colegio Notarial de Granada, Febrero, 1995, pág. 46.

(21) Ley única, tit. 1, lib. 6, del 2.^o volumen: «Reflexionando debidamente que por la insuficiencia o ignorancia de algunos notarios, pueden fácilmente viciarse e incluso anularse muchos testamentos...»

El texto controvertido nos decía: «Establecemos también y ordenamos que aún cuando el heredero escrito no admita la herencia, o aceptada la rechace, o bien que por cualquier otro modo y manera falte la institución de heredero universal del mismo difunto, desde el principio o después, o en un intervalo; no obstante, siempre que el testador u otro que disponga de otra última voluntad pueda hacer testamento, valgan los legados y los fideicomisos y las demás cosas dispuestas en testamento o en cualquier última voluntad por un testador apto para disponer, mientras que los legados y fideicomisos u otra cualquiera disposición sean hechos a sujetos capaces de ellos».

(22) BORRELL i SOLER, ANTONIO M., *Derecho civil vigente en Cataluña*, Tomo V, Barcelona, Bosch, 1944, pág. 57, núm. 7, nos dice que la STS de 13 de noviembre de 1909, refiriéndose a Barcelona, sostuvo la necesidad de la institución de heredero.

Para un sector importante de la doctrina, desde el siglo xvm hasta bien entrado el xx (GIBERT, FALGUERA, BROCA, MALUQUER I VILADOT, BORRELL I SOLER, etc.) el privilegio no suponía abandonar la necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento.

Por el contrario, para el notario de Reus, ARTURO CORBELLÀ, que seguía en este punto a VIVES I CEBRIÀ y a ELÍAS y FERRATER, el privilegio suponía la reducción de las solemnidades internas y externas del testamento nuncupativo o abierto a la capacidad del testador y a la intervención de notario y dos testigos idóneos, de tal forma que en el Derecho barcelonés (y también en el leridano y tortosí), **las solemnidades jurídicas de los testamentos, codicilos y donaciones mortis causa**

«quedaron unificadas» «y reducidos hasta el último límite los requisitos esenciales, tanto de fondo como de forma, de las últimas voluntades» (23).

MARTÍ I MIRALLES, en las Conferencias dictadas en este Colegio, se hace eco de la polémica y no toma, al menos aparentemente, partido por ninguno de los dos bandos. En su opinión (24) **la discrepancia se encuentra en el sentido anfibológico de la palabra «testament» que aparece en el privilegio de Pere III**: en la primera parte, cuando se habla de testamento, se entiende en sentido clásico u ortodoxo, es decir, en el sentido de constituir título de transmisión de la universalidad de los derechos y obligaciones del otorgante, o sea, de su herencia; mientras que en la segunda parte, se atribuye

«el carácter de tal testament a lo que no és mes en sustància que un codicil».

Y nos termina diciendo:

«la diferencia consistent en que, per Dret general de Catalunya, si no hi ha hereu que accepti l'herència, tot el testament caduca i deixa de tindre eficàcia, salvant la que resulti de la clàusula codicilar. Mentres que a Barcelona, tanto si els testaments contenen com si no la clàusula codicilar, els testaments valen, àdhuc quan no hi ha en ells institució d'hereu».

Es decir, en el fondo, **la diferencia entre el Derecho general de Cataluña y el Derecho barcelonés se encontraba en el juego o no de la cláusula codicilar**, de forma que si ésta existía se podían evitar los efectos de la caducidad del testamento por falta de institución de heredero. Y es aquí, precisamente, a mi entender, donde se barrena todo el complejo sistema sucesorio romano-catalán. Sigamos viendo.

(23) CORBELLÀ, ARTURO, *Manual de Derecho catalán*. Reus, Imprenta de la Viuda de Vidiella y Pablo Casas, 1906, pág. 757.

(24) MARTÍ I MIRALLES, *Op. cit.*, págs. 100 a 103.

4. EL PRINCIPIO DEL FIN: LA DESAPARICIÓN DE LA CLÁUSULA CODICILAR

El escribano (25) de número de Barcelona, don VICENTE GIBERT en su *Teórica del Arte de Notaría* o *Manual de escribanos*, precioso libro escrito en latín en el siglo xvm, y traducido en el siguiente al castellano, nos dice que el testamento puede comprender siete capítulos o artículos, siendo tres de ellos necesarios:

«la introducción, porque en ella se hace mención de la persona del testador, pues si no se supiese su nombre, se ignoraría todo el testamento. La institución de heredero, porque es la cabeza y el fundamento de toda la disposición testamentaria, y ninguna cosa puede existir sin cabeza, así como el cuerpo sin el alma. La cláusula final o codicilar, con que se declara que si no vale la disposición por derecho de testamento valga por derecho de codicilo».

Y nos añade en una nota:

«No es absolutamente necesaria la cláusula final, pues sin ella valdría el testamento; mas por la utilidad que puede seguirse es muy útil y casi necesaria» (26).

Vemos pues, a manera de ejemplo, cómo en este *Manual de Escribanos* dirigido por su autor a los «infelices» estudiantes del *Arte de la Notaría* (27), se considera en la práctica notarial como necesaria la cláusula codicilar.

Demos un rápido repaso a la evolución prelegislativa y legislativa en esta cuestión:

(25) Nos dice Eugenio Tapia, en 1828, cuando realiza la traducción de la *Teórica del Arte de Notario* de Gibert, que en Cataluña se llama notario a todo escribano, y notaría el oficio que ejerce; mientras que en Castilla se entiende por notario el que actúa sólo en los negocios eclesiásticos, a diferencia del escribano, que entiende en los seglares.

(26) GIBERT, VICENTE, *Teórica del Arte de Notaría. Manual de Escribanos, escrito en latín por Vicente Gibert, escribano de número de Barcelona y traducido al castellano por don Eugenio de Tapia, abogado de los Reales Consejos y de la Real Audiencia de Cataluña, autor del «Manual de práctica forense» y de otras obras de jurisprudencia*. Barcelona, Imprenta de J. Mayol y c, 1828, págs. 193 y 194.

También nos dice que mediante la cláusula codicilar: «se precaben muchos riesgos futuros en caso de que el testamento se rompa o anule por algún defecto, a saber o por no haber sido instituido el postumo que debía serlo, o por no haber intervenido como testigos el que no podía serlo, y por otros casos semejantes: pues entonces se deben los legados, y los herederos ab intestato, están obligados a tomar la herencia y restituirla al heredero nombrado, deducida por ellos la cuarta trebeliánica».

(27) En el Prólogo se nos dice que una de las razones de escribir el libro eran los estudiantes: «Compadeciame además de la triste suerte de los estudiantes, quienes después de haber trabajado ocho horas diariamente en la escribanía de sus maestros, para instruirse, tenían que ocuparse también en la tarea de copiar la *Teórica* manuscrita, en la cual apenas quedaba a los infelices un cortísimo espacio de tiempo para emplearle, no diré en el estudio privado del arte, sino en una honesta recreación. ¿Quién negará que con nuestra obra se ha remediado este inconveniente».

A) *La memoria de DURAN I BAS* (28)

Viene a establecer la igualdad de solemnidades externas entre los codicilos y los testamentos (29), el juego de la cláusula codicilar, que no necesariamente ha de contenerse en el testamento (30); y, finalmente, los efectos de la preterición de legitimarios (31), **distinguiendo entre el derecho general de Cataluña y el especial de Barcelona (32), en donde el testamento va a ser considerado válido en todas sus partes, a pesar de la preterición de los descendientes**, sin perjuicio del derecho de éstos a percibir su legítima. Es cierto, no obstante, que en Barcelona se cuestionó esta solución para el caso de póstumos.

B) *El Apéndice de 1930* (33)

Además de proclamar la igualdad de las solemnidades externas entre ambas formas documentales, nos desvincula expresamente la suerte de los codicilos de la de los testamentos (34).

En cuanto a la cláusula codicilar (35), observamos que aparece ya regulada junto con la cuestión de la preterición de los legitimarios, que, si bien

(28) *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña, escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Real Decreto de 2 de febrero de 1889, por el Excmo. Sr. don Manuel Duran y Bas.* Barcelona, Imprenta de la Casa Caridad, 1883.

(29) Artículo CCLVI: «Los codicilos se deberán otorgar con las mismas solemnidades externas que los testamentos».

(30) Artículo CCLK: «Cuando un testamento tiene defectos que no sean de los que lo anulan, pero contiene la cláusula codicilar, valdrá como codicilo, y la institución de heredero subsistirá con fuerza de fideicomiso».

(31) Artículo CCLXXVÜ: «La preterición de los ascendientes deja subsistente el testamento, salvo el derecho de aquellos a la legítima». Artículo CCLXXVIII: «Si con posterioridad a la otorgación del testamento adquiere derecho a la legítima un descendiente de quién no se haya hecho mención su preterición sólo produce efecto en el caso que sobreviva al testador».

(32) Artículo CCLXXDí: «En Barcelona y poblaciones que gozan de sus privilegios es válido el testamento en todas sus partes a pesar de la preterición de los descendientes, quedando a éstos salvo su derecho a la legítima».

Obsérvese cómo en el Derecho especial de Barcelona tampoco era necesaria la cláusula codicilar para evitar los efectos de la nulidad del testamento por falta de heredero.

(33) *Apéndice de Derecho catalán al Código Civil. Proyecto formulado antes de la promulgación del Código, por el eminente jurisconsulto don Manuel Duran y Bas. Revisado y completado, después de información pública, por la Actual Comisión, constituida de acuerdo con el Real Decreto de 24 de abril de 1899.* Barcelona, 1930.

(34) Artículo 255: «Los codicilos se deberán otorgar con las mismas solemnidades externas que los testamentos. Tendrán perfecta validez aunque no exista testamento o éste no sea válido, en cuales casos las disposiciones que contengan serán de cargo de los herederos legítimos».

(35) Artículo 259: «Cuando un testamento no pueda sostenerse como tal testamento,

como efecto más grave puede llegar a producir la nulidad de la institución de heredero, las sustituciones y los fideicomisos universales, admite ciertos correctivos. Ha desaparecido, sin embargo, toda especialidad derivada del derecho especial de Barcelona.

C) *El Proyecto de 1955*

Presenta la importante novedad, que después ha pasado al texto compilado, de **distinguir expresamente entre preterición intencional y errónea** (36), con las lógicas diferencias en cuanto a sus efectos, que lleva a **declarar «la nulidad del testamento» en el caso de preterición errónea de algún legitimario que sea hijo o descendiente** (legítimo) del testador, aunque siempre que el preterido impugne la validez del testamento por esta causa (37).

Por otra parte, la conversión del testamento ineficaz en codicilo se produce únicamente por el juego de la cláusula codicilar, que queda prohibida

pero reúna las condiciones de validez del codicilo, se sostendrá como tal codicilo si contuviere cláusula que así lo ordene. En el caso de ruptura del testamento por preterición de un descendiente o nacimiento de un postumo, la cláusula codicilar sólo surtirá efecto si el testador hubiese previsto expresamente tal caso y si, además, el heredero instituido fuere otro descendiente del testador. En los demás casos la herencia se deferirá a los herederos legítimos, quienes deberán cumplir las demás disposiciones testamentarias».

Artículo 285: «La preterición de los ascendientes deja subsistente el testamento, salvo el derecho de aquéllos a la legítima.

La de los descendientes legítimos, aunque sean póstumos, anula la institución de heredero, sustituciones y fideicomiso universales, dejando subsistentes las demás disposiciones del testamento; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 259 para el caso de que aquél contenga cláusula codicilar.

Este precepto rige también en Barcelona y poblaciones que gozan de sus privilegios».

(36) Artículo 299: «La preterición será intencional cuando responda a la voluntad del testador de excluir de la legítima al legitimario preterido. La preterición será errónea en todo otro caso, y especialmente cuando por cualquier causa la existencia del preterido era desconocida del causante al tiempo de testar.

En caso de duda la preterición se considerará intencional».

(37) Artículo 300: «La preterición errónea de algún legitimario que sea hijo o descendiente legítimo del testador, origina la nulidad del testamento si el preterido impugna su validez por esta causa.

La acción de nulidad competirá únicamente al preterido y a sus herederos, y se extinguirá por su renuncia expresa o tácita y por prescripción. Se entenderá renunciada si el preterido otorga, junto con los otros partícipes en la sucesión, actos de manifestación, adjudicación o partición de bienes de la herencia, siempre que resulte que se tuvo en cuenta la existencia de la preterición y sin perjuicio de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 471.

Este artículo será también aplicable a los testamentos sujetos al derecho especial de Barcelona».

cuando la nulidad del testamento procede de la preterición errónea de los legitimarios (38).

D) *La Compilación de 1960*

Sigue los pasos del Proyecto en cuanto a la distinción y efectos de la preterición intencional y errónea, y la prohibición de conversión del testamento en codicilo en este último supuesto.

Pero el avance espectacular de la Compilación con respecto al Proyecto (no desde el punto de vista de la práctica notarial, como hemos visto en la Teórica, sino de la teoría general) se va a producir en torno a **la cláusula codicilar que pasa de ser una cláusula de estilo a convertirse en una disposición legal**, por lo que no va a ser necesario ya añadirla al testamento. La conversión no se va a producir en los casos de preterición errónea de los legitimarios (39).

E) *Las modificaciones posteriores de la Compilación*

Después de la publicación de la Compilación se producen varios cambios legislativos. Por una parte, **el viejo Código Civil** sufre una importante modificación en materia de preterición por la Ley 13 de mayo de 1981, con objeto de dar cabida legal a la distinción doctrinal entre preterición errónea e intencional (40).

(38) Artículo 238: «El testamento ineficaz que contenga la denominada cláusula codicilar, se sostendrá como codicilo si puede valer como tal.

Este precepto regirá incluso en Barcelona, pero no será de aplicación cuando el expresado testamento, a pesar de valer como codicilo, sea nulo por preterición errónea de legitimarios».

(39) Artículo 106 Compilación: «El testamento ineficaz valdrá como codicilo si reúne las condiciones de tal y no es nulo por preterición errónea de legitimarios».

(40) Artículo 814 CC: «La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.

Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos:

1.º Si resultan preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

2.º En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.

Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se considerarán preteridos.

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos.

A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador».

Por su parte, el Derecho catalán también resulta modificado en esta materia por las Leyes **13/1984, de 24 de marzo, y 8/1990, de 9 de abril**, que modulan y matizan los casos en los que la preterición errónea de legitimarios que sean hijos y descendientes del testador no va a producir más efecto que el derecho a reclamar lo que por legítima les corresponda, y que tienen por finalidad evitar los efectos radicales que se predicen de la preterición errónea: *«la nul.litat del testament»* (41).

F) *El Codi de Successions*

Retiene, por un lado, íntegramente la regulación que se había efectuado por la Ley 8/1990, de 9 de abril, sobre la preterición y sus efectos; pero, por otro, muda el antiguo artículo 106, relativo a la conversión del testamento en codicilo, de la sección que dedica el Codi a la forma codicilar, al capítulo denominado de la nulidad, revocación y otras causas de ineficacia de los testamentos, codicilos y de las memorias testamentarias. Este cambio sistemático va acompañado de otros referentes al contenido, que queda redactado de la siguiente forma:

«El testament que és nul o ineficac per manca d'institució d'hereu val com a codicil si compleix les condicions de tal»
(art. 125 IV CS).

La mutación es importante por lo que dice y por lo que no dice: por una parte, no se habla de que el testamento sea ineficaz en general, sino nulo o

(41) Actual artículo 367 CS, que sigue lo dispuesto por la Ley de 1990:

«Es preterit el legitimari no esmentat en el testament del seu causant, sense que abans o després aquest li hagi atorgat donado en concepte de Ilegítima o imputable a ella. També ho és quan, malgrat ésser esmentat, el causant no li fa atribució en concepte de Ilegítima o imputable a ella en el mateix testament, o no el deshereta, encara que sigui injustament.

La preterició del legitimari no dona lloc a la nul litat del testament, però el preterit té dret a exigir aliò que per Ilegítima li correspon.

Nogensmenys, la preterició del legitimari que és ful o descendent del testador i ha nascut o ha arribat a ésser legitimari després d'atorgar-se el testament, o l'existència del qual el causant ignorava en testar, constitueix preterició errònia i confereix al legitimari preterit acció per a obtenir la nul litat del testament, excepte en els casos següents:

1.^a Si l'instituit ho és en tota l'herència i es tracta del cónyuge o només d'un fill o només d'un descendent ulterior del testador, si, en atorgar-se el testament, aquest tenia mes d'un fill o almenys un fill i una estirp de fill premort.

2.^a Si el preterit és una persona que és declarada descendent del causant després de la seva mort.

3.^a Si el preterit és un descendent del causant que resulta ésser legitimari per dret de representado. En aquest cas, hom pot demanar la nul litat del testament si el representat ha sobreviscut al causant i no ha pogut exercitar Vacció».

ineficaz por falta de institución de heredero; y por otra, para nada se menciona el tema de la imposibilidad de conversión en el caso de preterición errónea de legitimarios.

Antes de empezar a deducir, si es posible, alguna consecuencia del nuevo texto legal, conviene destacar que el precepto inmediatamente siguiente empieza diciendo que:

«Són nuls els testaments amb preterido errònia de legitimaris, en els supòsits previstos a l'article 367» (42) (art. 126 I CS).

5. LA DEMOLICIÓN DEL SISTEMA

A) *En cuanto a lo que dice el artículo 125 IV del Codi, la nulidad o ineficacia por falta de institución de heredero (no por otras causas)*

Su explicación no puede ser otra que la de reconocer que la única diferencia actual que existe entre la forma testamentaria y la codicilar es la existencia o no de institución de heredero, por lo que las causas de ineficacia o nulidad del testamento (a salvo, por supuesto, la institución de heredero) serán las mismas que las del codicilo (43).

Ahora bien, si se señala que el testamento ineficaz por falta de institución de heredero «val com a codicil» sin necesidad de ninguna cláusula, en el fondo, se está suprimiendo la diferencia entre uno y otro. Se ha consumado todo un lento proceso evolutivo, que hace que tras la Compilación carezca de sentido la distinción que se realizaba por MARTÍ I MIRALLES entre el Derecho general de Cataluña y el especial derivado del Privilegio de Pere III.

Nos dice nuestro galordando Premio Pía ROCA I FERRER (44), que la única distinción actual entre testamento y codicilo se encuentra en el diferente sistema de revocación de uno y otro. Pero precisamente en este punto es donde se produce la explosión de toda la concepción romana-catalana: tiene razón ROCA I FERRER en que esa es la única diferencia normativa, pero es que esa diferencia no tiene sentido cuando hemos convertido el testamento en codicilo, de forma que podremos hablar de codicilos testamentarios o no

(42) Ha pasado íntegro del texto originario de la Compilación, a salvo la adaptación al nuevo articulado (art. 141 III Comp.).

(43) Aunque no al revés: *«la nul·litat del testament implica la de tots els codicils i les memòries testamentàries atorgats pel testador, llevat que siguin compatibles amb un testament anterior que hagi de subsistir per la nul·litat del posterior»* (art. 127 I CS).

(44) El notario de Barcelona, XAVIER ROCA I FERRER, obtuvo en 1994 el prestigioso Premio Pía de novela en catalán por un extraordinario libro *«El Cap de Penteu»*, cuya traducción al castellano se encuentra anunciada.

testamentarios, pero nada más. Todo el sistema de revocación estaba pensado y creado para un mundo muy diferente al actual. **Carece de sentido que la utilización de una forma o tipo (el testamento), concebida actualmente bajo la órbita del codicilo, produzca per se la revocación de la anterior.** Por muy diferentes vías se ha llegado en Cataluña y en el Derecho derivado del Código Civil a una situación similar, que requiere soluciones similares.

Piensen, a manera de ejemplo, en el «**testamento**» del extranjero. Comparece en la notaría, testa «a la manera catalana», con la consiguiente institución de heredero, y lega sus bienes en España. ¿Debemos considerar que ha revocado su testamento anterior en otro país? ¿Debemos considerar que quedará revocado el realizado en España por otro posterior en el extranjero, donde no menciona los legados en España?

B) *Por último, en cuanto a lo que omite la actual cláusula legal codicilar (a saber, que no tendrá lugar la conversión del testamento nulo por falta de institución de heredero en codicilo, cuando haya preterición errónea de legitimarios)*

Tiene su razón de ser en que la conversión del testamento en codicilo sólo se va a producir cuando la nulidad de aquél sea por la falta de institución de heredero, por lo que no es necesario expresamente excepcionar de la conversión el supuesto de la nulidad del testamento por otra causa, cual es la preterición errónea de legitimarios: nulo el testamento por esta causa no cabe conversión.

¿Pero qué ocurre en los casos en que una persona haya otorgado únicamente uno o varios codicilos, en los que haya dispuesto de todos los bienes, y nazca con posterioridad un hijo postumo? Si hacemos igual testamento a codicilo (concebidos ya como puras disposiciones patrimoniales) la lógica debe llevarnos **a aplicar en ambas formas testamentarias un mismo sistema de efectos pretericionales.** Sin embargo, esta postura choca frontalmente con el tenor de lo dispuesto en el artículo 126 I CS, que declara la nulidad de los testamentos, pero no de los codicilos, por preterición errónea de legitimarios, y con el artículo 367 CS que habla de la nulidad del testamento pero no de los codicilos *ab intestato*. Ciertamente es que siguiendo toda la argumentación anterior podemos deducir que bajo el término «testament» debe incluirse el «codicil», por lo que en el supuesto planteado se producirá también la nulidad de éste.

Pero, y siento sumergirles en una pura contradicción, es muy posible que haya también otra explicación: **cuando el legislador habla de «nul.litat del testament» en sede de preterición errónea entiende el testamento en su sentido más clásico y ortodoxo y más que pretender la nulidad del testamento lo que quiere conseguir es la nulidad de la institución de heredero.**

La solución sería más concorde con los antecedentes (45) y, sobre todo, con la concepción de la legítima en el Derecho actual catalán (puro derecho de crédito de escasa cuantía con relación al patrimonio del causante), que hace de difícil justificación teórica unos efectos tan duros como son la nulidad de las disposiciones patrimoniales. Además la solución se acercaría a lo dispuesto por el Privilegi y lo sancionado por el Código Civil, que sólo predica la nulidad de las disposiciones patrimoniales en casos excepcionales. Pero esto es otra cuestión que excede de nuestra disertación.

Me gustaría acabar esta parte de mi disertación con aquel famoso chiste que cuenta WOODY ALLEN. Un tipo va al psiquiatra y le dice: «Doctor, mi hermano está loco: se cree que es una gallina». «Pues intérenlo», le contesta el doctor. Y entonces el tipo responde: «Pero es que entonces no tendríamos los huevos». Pues así un poco son los ordenamientos jurídicos en general, y el catalán y el derivado del Código Civil en particular: absurdos, ilógicos, contradictorios, pero es lo único que tenemos.

KLAUS ADOMEIT, profesor de la Universidad Libre de Berlín, en su Introducción a la teoría del Derecho, después de analizar las posturas de Kelsen, Larenz y la extraordinaria aportación de Viehweg en su libro «Topik und Jurisprudenz», termina diciendo:

«La elaboración de una teoría del método jurídico resulta prácticamente desesperanzadora. Pues la pregunta: ¿Cómo encuentro el punto de vista correcto?, carece casi de toda respuesta, a no ser que se diga: El punto de vista correcto se encuentra siendo, muy, muy inteligente».

Y cita a Cicerón, en *De oratore* (11,147), que nos dice:

«tres cosas son importantes para encontrar argumentos, una inteligencia aguda, procedimiento metódico y aplicación, pero debo conceder que el ingenio es lo más importante» (46).

III. ALGUNOS TIPOS DE ULTIMAS VOLUNTADES

El entrecruzamiento de las instituciones sucesorias catalanas y las derivadas del Código Civil, con la poderosa influencia de éstas sobre aquéllas, por una parte, y la defensa de un derecho autóctono, por otra, puede observarse con nitidez en la formulación de ciertos tipos testamentarios (47) en el Codi de Successions. La dialéctica entre «progreso»/ «conservadurismo», y «siste-

(45) Artículo 285 y 259 del Apéndice.

(46) ADOMEIT, KLAUS, *Introducción a la Teoría del Derecho, Lógica normativa, Teoría del método, Politología jurídica*, Traducción de ENRIQUE BACIGALÚPO. Madrid, Civitas, 1984.

(47) Entendidos como comprensivos del testamento y del codicilo.

ma castellano/catalán» tiene uno de sus ejemplos más claros en la política legislativa que ha seguido en esta materia. Veamos:

1. LA PROTECCIÓN DE LAS ÚLTIMAS VOLUNTADES: LAS CLÁSICAS CLÁUSULAS
«AD CAUTELAM»

En el mundo actual observamos cómo los datos contenidos en soportes informáticos pueden gozar de un cierto secreto gracias, por una parte, a la introducción de códigos secretos de acceso a la información, y por otra, a la existencia de sistemas mecánicos e informáticos de protección de los archivos. En principio, sólo la persona que ha creado el código puede acceder, modificar, sustituir o anular la información acumulada. Se trata, pues, de una autoprotección del autor del archivo frente a manipulaciones o influencias extrañas.

A un fundamento parecido, salvando las distancias, vienen a responder las llamadas cláusulas *ad cautelam*. El Codi de Successions no hace ninguna referencia a las mismas, pero sus primeros comentaristas, tanto de la Academia (ROCA I TRIAS) (48), como de la práctica notarial (TARRAGONA COROMINA) (49), con alguna excepción (50), no han tenido ninguna duda de que se consideran como no puestas en Cataluña, igual que en el derecho derivado del Código Civil, todas las modalidades de cláusulas *ad cautelam*. El tema requiere, a mi entender, sin embargo, alguna reflexión. Volvamos a los antecedentes históricos:

A) *La regulación en la Compilación*

La Compilación **no recoge expresamente, ni para admitirlas o para prohibirlas, las cláusulas *ad cautelam*.**

Sin embargo, de la Disposición Transitoria tercera (51) pueden obtenerse dos consecuencias importantes: por una parte, la ineficacia de dichas cláusulas

(48) ROCA I TRIAS, en *Instituciones del Dret Civil de Catalunya, Dret de Successions*, Obra colectiva de LLUÍS PUIG FERRIOL y ENCARNA ROCA I TRIAS. Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, pág. 159.

(49) AA.VV., en *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña (Ley 40/1991, de 30 de diciembre)*, Barcelona, Bosch, 1994, pág. 496.

(50) Representada humildemente por mi persona GARRIDO MELERO, MARTÍN, en *Introducción al Derecho. Nuevo Derecho sucesorio catalán*. Obra editada y patrocinada por el Colegio de Notarios de Barcelona para distribución interna entre todos los notarios de Cataluña (consta como fecha de publicación 1992 y 1993). Se está preparando una edición externa.

(51) Esta disposición nos dice: «Surtirá efecto la cláusula *ad cautelam* contenida en testamento abierto otorgado ante notario antes de la vigencia de esta compilación, en la que el testador disponga que solamente quedará revocado por otro posterior si en éste se emplean ciertas palabras o frases que consigna».

las en los testamentos abiertos otorgados ante notario después de la entrada en vigor de la Compilación; y por otra, su admisión en este mismo tipo de testamentos siempre que hubieran sido otorgados con anterioridad. Quedaba, sin embargo, planteada la cuestión de la eficacia de dichas cláusulas en los otros tipos de testamentos (52).

No obstante, la doctrina más autorizada se mostró contraria a su admisión (53). **El fundamento de la prohibición se encontraba en la aplicación a Cataluña del artículo 737 del Código Civil** (54), cuyo apartado segundo considera como no puestas las cláusulas derogatorias.

B) *Los antecedentes legislativos*

La Memoria de DURAN I BAS (55) y el Apéndice (56) admitieron como especialidad del Derecho catalán las cláusulas *ad cautelam*. Incluso **el artículo 474 del Proyecto de Compilación** (57) reguló con detalle no sólo el régimen de las mismas, sino también el de las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, resolviendo determinadas dudas que se habían planteado en la doctrina. A saber:

(52) Que podía resolverse siguiendo los precedentes del Proyecto en contra de su admisión.

(53) PUIG FERRIOL y ROCA I TRIAS, *Op. cit.*, pág. 541; y ROCA SASTRE MUNCUNEX, *Op. cit.*, pág. 270.

(54) Artículo 737 CC: «*Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas.*»

Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquéllas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales».

(55) Artículo CCLVIII: «*Cuando un testamento contenga cláusula derogatoria o ad cautelam no quedará revocado por otro posterior si no se hace expresa mención de ella, sea repitiendo sus propios términos, sea refiriéndose claramente a la misma.*»

(56) Artículo 258: «*Cuando un testamento contenga cláusula derogatoria o ad cautelam, no quedará revocado por otro posterior si no se hace expresa mención de ella, sea repitiendo sus propios términos, sea refiriéndose concretamente a la misma.*»

(57) Artículo 474: «*Surtirá efectos la cláusula de las denominadas derogatorias o ad cautelam contenida en testamento abierto otorgado ante notario, en la que el testador disponga que solamente quedará revocado por otro posterior si en éste se expresan ciertas palabras o frases que determinadamente consigna el testador. Dicho testamento anterior quedará revocado si el posterior repite las mismas palabras o frases de la cláusula, o se refiere concretamente al testamento anterior que la contenga, siempre que indique, al menos, la fecha aproximada del mismo. En otro caso, el testamento posterior se considerará como no otorgado.*»

Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias ad cautelam no contenidas en testamento de la clase antes dicha, ni cualquiera otras en las que el testador ordene la ineficacia de todos los futuros testamentos o actos de última voluntad, o tan sólo de los que no adopten una forma determinada».

- En primer lugar, **se admite la cláusula *ad cautelara* siempre que se contenga en un testamento abierto otorgado ante notario.** En consecuencia, expresamente se declara que se van a tener por no puestas las contenidas en cualquier otro tipo de testamento.
- En segundo lugar, **se tienen por no puestas las cláusulas derogatorias de disposiciones futuras** (58), bien lo sean con carácter general, refiriéndose a cualquier testamento o acto de última voluntad, o bien, a sólo los que no adopten una forma determinada.
- Y, finalmente, **se establece el tipo de referencia, es decir, la clave que ha de utilizar el testador en el segundo o posterior testamento o acto de última voluntad para considerar revocado el primero o anterior** (59): una *mentio singularis* o individual («si el posterior repite las mismas palabras o frases de la cláusula») o no *singularis* («se refiere concretamente al testamento anterior que la contenga, siempre que indique, al menos, la fecha aproximada del mismo») (60).

(58) PELLA Y FORGAS, JOSÉ, *Código Civil de Cataluña, Exposición del Derecho catalán comparado con el Código Civil español*, Barcelona, Librería de A. Bosch, págs. 143 y 144, consideró que no es aplicable en el Derecho catalán la doctrina proclamada por el artículo 737 en sus dos primeros puntos: la revocabilidad de todas las disposiciones testamentarias, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas; y la de que se tengan por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras. Admite, obligado por la jurisprudencia, la ineficacia de las cláusulas *ad cautelam*.

No obstante, los autores catalanes siguieron en este punto a la doctrina de los glosadores que no admitían las cláusulas derogatorias *potestatis* (autoprohibición de otorgar testamento en el futuro) y las derogatorias *solemnitatis* (autoprohibición de otorgar testamento posterior de una cláusula determinada). Ver, por ejemplo, BORRELL I SOLER, *Op. cit.*, pág. 341; o ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Op. cit.*, pág. 268, con referencias a MARTI MKALLES y de éste a MENOCHIUS. En suma, las cláusulas derogatorias *voluntatis* son las verdaderas cláusulas *ad cautelam*.

(59) En la doctrina y en la jurisprudencia se había discutido qué tipo de mención debía realizarse. Así se hablaba de una *mentio singularis*, si debían reproducirse las mismas palabras o frases; una *mentio específica*, si sólo era necesario indicarla; y una *mentio generalis*, si bastaba una referencia general. Nos dice ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Op. cit.*, págs. 268 a 269, que por regla general, la doctrina dominante admitió la *mentio specialis*, aunque algunas veces cabía la *mentio generalis*, basada en la interpretación de la voluntad del testador: por ejemplo, cuando hubiesen transcurrido diez años del primer testamento clausulado, cuando haya base para creer que el nuevo testamento corresponde a un cambio evidente de voluntad, etc.

(60) Así se evitaba lo que había puesto de manifiesto PELLA Y FORGAS, *Op. cit.*, pág. 145, relativo a que las cláusulas *ad cautelam* habían «perdido, por desgracia, su transcendencia en la práctica desde el momento que una revocación general y formularia que usan los notarios se tiene por bastante para eliminarlas».

No obstante, GIBERT, *Op. cit.*, págs. 196 a 197, nos dice que: «El escribano debe ser muy cauto en la expresión de las palabras derogatorias, pues hay mucha diferencia entre este modo de decir: *quiero que éste, mi testamento, sea firme y valedero de tal suerte que en lo sucesivo no pueda yo mudarle ni arrepentirme de él* (en cuyo caso renuncia el testador a su voluntad, lo que no es conforme a derecho, pues nadie puede quitarse la

C) *La posición de la jurisprudencia*

La jurisprudencia inmediatamente posterior a la entrada en vigor del Código Civil se había mostrado partidaria de la aplicación del artículo 737 II, segunda proposición, a Cataluña (61). No obstante, **el criterio jurisprudencial presentó ciertas fisuras en los momentos anteriores a la Compilación** (62).

D) *La posición de la doctrina*

En cuanto a **la doctrina catalana de principios de siglo**, representada por BORRELL I SOLER y PELLA Y FORGAS, no tuvo más remedio que admitir la fuerza de las decisiones del Tribunal Supremo, aunque en 1906 el notario ARTURO CORBELLÀ no dudaba de la existencia de las cláusulas *ad cautelam* en Cataluña (63), y un año después la Academia de Jurisprudencia y L·legislació de Barcelona premiaba la obra de FRANCISCO MASPONS Y ANGLASELL, «*Nostre Dret Familiar segons els autors clàssics y les sentències del Antich Suprem Tribunal de Catalunya*», recopilación de textos, entre otros, de CÁNCER y de FONTANELLA, quienes admitían expresamente la cláusula derogatoria (64).

Por su parte, la doctrina inmediatamente anterior a la entrada en vigor del Código Civil, se hacía eco de la práctica de las cláusulas *ad cautelam*, discutiéndose únicamente sobre el alcance de las mismas (65).

facultad de testar) y este otro modo: *quiero que éste, mi t·estamelo, sea firme, de suerte que si después hiciere otro, no valga*; porque estas palabras sólo expresan la derogación de la voluntad y no la renuncia de la facultad de testar; en cuyo caso, si apareciese otro testamento posterior en que dijese especialmente el testador que se arrepiente del primero, debe estarse al segundo por cuando se atiende a su última voluntad». Parece, pues, que GIBERT exige una referencia especial del primer testamento para dejar inoperane la cláusula.

(61) BORRELL I SOLER, *Op. cit.*, pág. 342, núm. 51, se hace eco de dos STS de 10 de mayo de 1898 y 27 de febrero de 1914. En esta última, que también es recogida por PELLA Y FORGAS, *Op. cit.*, pág. 144, núm. 1, se nos dice: «Considerando que tampoco pueden prosperar los restantes motivos del recurso, porque a no conculcar los términos generales en que se inspira el artículo 737 del Código Civil, hay que reputar como no escrita la cláusula derogatoria o *ad cautelam* establecida en Cataluña; más que con ventajas, con inconvenientes por el Derecho romano, las Partidas, y hasta la costumbre, de donde se infiere que, siendo como son hoy inaplicables en absoluto, por las razones que expone la sentencia, estos preceptos legales».

(62) STS de 11 de diciembre de 1953, admitió las cláusulas *ad cautelam*.

(63) CORBELLÀ, *Op. cit.*, pág. 751. Por el contrario, MARTI I MIRALLS, *Les clausules ad cautelam*, Barcelona, 1913, había cuestionado su admisión.

(64) MASPONS Y ANGLASELL, FRANCISCO, *Nostre Dret Familiar segons els autors clàssics y les sentències del antich suprem Tribunal de Catalunya*, Barcelona, Librería de Alvar Verdager, 1907, págs. 130 y 131.

(65) BROCA Y MONTAGUT, GUILLERMO MARÍA, y AMELL Y LLOPIS, JUAN, *Instituciones*

E) *La situación actual*

Retomando la cuestión de la validez o no de la cláusula *ad cautelam* o derogatoria en el actual Derecho sucesorio catalán, es de advertir que el artículo 129 I del Codi nos indica que:

«Els testaments, els codicils i les memòries testamentarïes, i la institució, el llegat i les altres disposicions que continguin, perden l'eficàcia si el testador les revoca».

Como pueden ustedes observar es muy diferente esta formulación de la señalada por el artículo 737 del Código Civil, que no ha sido, a mi entender, significativamente «exportado» al Derecho catalán. **En ningún lugar menciona el Codi la ineficacia de las cláusulas *ad cautelam*, ni tan siquiera de las cláusulas derogatorias de disposiciones futuras, ni tampoco se dicta una disposición genérica relativa a que las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables.** Sólo se dice que la revocación es una causa de ineficacia de los testamentos, codicilos y las memorias testamentarias. Y nada más. Queda, pues, en el Derecho catalán, a mi entender, abierta la puerta de conexión con toda la tradición jurídica catalana, de la que algunos ejemplos han sido traídos a colación anteriormente.

Sirva también este ejemplo de advertencia de que **el Codi de Successions no «deroga» propiamente al derecho anterior, sino que simplemente lo «sustituye».** Como ha sido puesto de manifiesto en otro lugar (66), no hay una disposición derogatoria de todo el derecho histórico-sucesorio catalán, por la sencilla razón de que la Compilación de 1960 no contenía ni pretendía una derogación de dicho derecho.

del Derecho Civil catalán vigente o sea exposición metódica y razonada de las leyes, costumbres y jurisprudencia de los autores y de la antigua audiencia del principado, completada con las doctrinas del Tribunal Supremo y precedida de una Introducción histórica, Barcelona, 1886, tomo II, págs. 400 a 402; y en el texto articulado de ELÍAS Y FERRATER, Manual del Derecho Civil vigente en Cataluña o sea resumen ordenado de las disposiciones del Derecho Real posteriores al Decreto llamado de Nueva Planta y de las anteriores, así del Derecho municipal, como del canónico y romano aplicables a nuestras costumbres, Barcelona, Imprenta de don Ramón M. Indar, 1851, tomo II, pág. 28, se nos señala: «1539. El testamento válido queda revocado por otro posterior que no tenga ningún defecto. No obstante, si el primer testamento contiene la cláusula derogatoria de otra posterior voluntad, no será revocada por esta, a menos que se haga expresa revocación de dicha cláusula».

(66) GARRIDO MELERO, en AA.VV., *Op. cit. Comentario a la Disposición Adicional primera*, págs. 1315-1327.

2. ¿HA MUERTO EL TESTAMENTO MANCOMUNADO Y LA INSTITUCIÓN RECÍPROCA Y CORRESPECTIVA ENTRE CÓNYUGES?

El estudio del testamento mancomunado requiere una distinción previa, que sería innecesaria si no se hubiera producido en la práctica y hasta en la doctrina científica cierto confusionismo. Llamamos **testamento mancomunado** a aquél en que dos personas otorgan en un mismo acto, y tratándose de formas notariales, en un mismo instrumento público. Nada tiene que ver, en principio, con el llamado «**testamento recíproco**», que hace referencia a una institución recíproca de herederos; ni con el llamado «**testamento correspectivo**», que hace referencia a que la eficacia de lo dispuesto por uno de los testadores (o, en general, del disponente) depende de la condición de que el otro mantenga lo dispuesto por él. Es **decir, mientras el problema del testamento mancomunado es un problema de tipos o formas testamentarias, la problemática de los testamentos recíprocos y correspectivos se inserta dentro de la teoría de las disposiciones hereditarias**. El confusionismo ha provenido de que normalmente (por no decir en la totalidad de los casos) los «testamentos recíprocos y correspectivos utilizan el tipo mancomunado. Confusionismo que se acrecienta porque todas estas instituciones son reguladas conjuntamente por aquellos ordenamientos que contienen disposiciones específicas sobre las mismas.

Vamos a centrarnos, para observar las profundas contradicciones ontológicas en que viene a incurrir el ordenamiento catalán, **en el estudio de las posibilidades del testamento abierto realizado en un mismo instrumento público por un matrimonio (por lo tanto, testamento mancomunado) en el que se instituyen recíprocamente herederos (por lo tanto, disposición recíproca), queriendo además que lo dispuesto por uno sea condición de lo dispuesto por el otro (por lo tanto, disposición correspectiva).**

A) *La posición actual*

Vaya por delante que **tras la publicación del Codi de Successions**, los primeros comentaristas de la doctrina científica (PUIG FERRIOL) (67) y de la práctica notarial (MEZQUITA DEL CACHO, TARRAGONA COROMINAS, entre otros) (68) han mantenido en bloque (69) la no admisión en Cataluña del testamento mancomunado. Siguiendo esta postura abrumadoramente mayo-

(67) *Op. cit.*, págs. 104 y 105.

(68) MEZQUITA DEL CACHO, en AA.VV., *Op. cit.*, pág. 230; TARRAGONA COROMINAS, en AA.W., *Op. cit.*, pág. 477.

(69) Con una excepción representada humildemente por mi persona, GARRIDO MELEIRO, en *Introducción*, págs. 103 y 104.

ritaria, nos encontraríamos que tras la publicación del Codi de Successions sigue perviviendo la doctrina derivada del artículo 669 del Código Civil, prohibitiva de los testamentos mancomunados, precepto que significativamente no es retenido por el legislador catalán; y todo ello a pesar que en la propia Exposición de Motivos se formula la intención del legislador de crear una normativa autónoma, completa y global del derecho sucesorio catalán, con exclusión de la aplicación directa o supletoria del Código Civil en Cataluña. Pues bien, estas conclusiones vienen a demostrar que tampoco los comentaristas estamos libres de la dialéctica en que se mueve el legislador.

Sin embargo, un análisis inductivo, no excesivamente profundo del ordenamiento jurídico catalán lleva, sin que tengamos que rompernos las vestiduras, a la admisión, en el ámbito de las sucesiones *mortis causa*, del instrumento plural. Así observamos que los compiladores no tuvieron reparos en la introducción, por una parte del **heredamiento mutuo**, «*institució contractual recíproca d'hereu entre els esposos contraents a favor del que sobrevisqui*» (actual art. 99 CS); y por otra, **de las compras con pacto añadido de sobrevivencia**, por virtud del cual los cónyuges que en régimen económico de separación de bienes que compren bienes conjuntamente y por cuotas iguales pueden convenir en el mismo título de adquisición que, cuando se produzca la muerte de cualquiera de ellos, el sobreviviente hará suya la totalidad (actual art. 24, Ley 8/1993, de 30 de septiembre, que viene a extenderlo a los esposos casados en régimen de participación en las ganancias). **En ambas instituciones observamos un otorgamiento conjunto en el mismo instrumento y una vinculación recíproca entre los esposos, que no van a poder modificar unilateralmente su disposición *post-mortem* (70).**

B) *Los antecedentes*

Pero vayamos a los antecedentes y veamos cómo soterradamente el Derecho castellano invade, en algunas ocasiones, las instituciones autóctonas (y en otras, al revés).

Es verdad que no existe ni en **la Compilación, ni en el Proyecto, ni en el Apéndice, ni tampoco en las Memorias** una admisión del testamento mancomunado, bien sea meramente mancomunado o con disposiciones correspectivas.

(70) Esta vinculación recíproca desaparece en los heredamientos mutuales preventivos, introducidos por el Codi de Successions, pues se pacta el heredamiento, «*per al supòsit de morir l'heretant sense haver atorgat cap altra disposició a títol univeral*» (art. 99 III CS).

También es verdad que la doctrina más autorizada anterior al Codi de Successions y posterior a la Compilación (71) ha sostenido, por una parte, la prohibición del testamento mancomunado, en base al artículo 669 (vuelvo a repetir no retenido por el Codi), y de las disposiciones recíprocas, en base al artículo 794 (que tampoco encontramos en el Codi).

Pero no es menos cierto que no era éste el criterio mayoritario en la doctrina anterior (BROCA Y AMELL, MIERES, CÁNCER) (72) y aún posterior al Código Civil (BORRELL I SOLER, PELLA Y FORGAS, CORBELLÀ) (73), que venía a indicar la existencia de una práctica favorable al testamento mancomunado y correspectivo, al menos entre los esposos, con antecedentes en el propio Derecho romano (74).

C) *Una explicación histórica*

¿Qué pudo ocurrir para que una tradición jurídica que, en mayor o menor grado, existía a finales del siglo xix haya llegado a desaparecer sin que ni el legislador, ni la Academia, ni la práctica notarial hayan podido o querido

(71) PUIG FERRIOL y ROCA I TRIAS, *Op. cit.*, págs. 501 y 502.

(72) BROCA Y AMELL, *Op. cit.*, pág. 316, nos dice que el testamento mancomunado es el mutuo y correspectivo establecido en Derecho romano, que aunque se ha pretendido que no podía considerarse lícito, esta forma de testar «la hemos visto usada como corriente en distintos lugares de Cataluña». Y MASPONS Y ANGLASELL, *Op. cit.*, pág. 138, cita a MIERES Y CÁNCER como defensores del testamento mancomunado y recíproco, aunque expresa sus dudas sobre la posición de este último con respecto al testamento correspectivo.

(73) BORRELL I SOLER, *Op. cit.*, pág. 51, nos indica que el testamento meramente mancomunado no lo prohíbe ninguna ley porque no ofrece los peligros del correspectivo ni del recíproco; y «los testamentos correspectivos y recíprocos son la primera manifestación de los pactos sucesorios, por lo cual en Cataluña, donde se admiten heredamientos puros a favor de los hijos, y mutuales entre consortes, lógicamente tendrían que admitirse dichos testamentos». Y PELLA Y FORGAS, *Op. cit.*, pág. 115, nos dice que «la razón de ser, me parece, del testamento mancomunado, hacerse una donación recíproca de todos sus bienes el marido y la mujer, teniendo en consideración que en la práctica en Cataluña, sólo entre esposos, suele usarse; es algo así como un pacto de sobrevivencia ampliado, el cual garantiza que la fortuna de un cónyuge pasará a la muerte del testador en poder del otro; y como esta mancomunidad se establece no sólo como consecuencia del afecto personal mutuo entre ellos, sino que cada cual tiene en cuenta la reciprocidad estable y segura que no puede quebrantarse sino por ambos a la vez, evita la mala fe y el engaño de una revocación a deshora y subrepticamente por uno de los testadores». Por el contrario, con un carácter más restrictivo, CORBELLÀ, *Op. cit.*, pág. 738, nos señala que el Derecho consuetudinario de Cataluña admite el testamento mancomunado de marido y mujer, si bien se trata de dos testamentos distintos hechos en un solo acto, y en consecuencia, esencialmente revocables.

(74) Nos dicen BROCA Y AMELL, *Op. cit.*, pág. 316, núm. 1, que se hallaba establecido a favor de los militares en la Ley 19, Cod., De pactis, 11,3; siendo extendido a los esposos por una Novela de Valentiniano III, no inserta en el Código de Justiniano.

resucitarla? ¿Qué terrible acontecimiento tuvo que suceder para que desapareciese el testamento mancomunado de Cataluña, a pesar de que, precisamente, en este territorio existen instituciones que tienen una base común con el testamento mancomunado y las disposiciones correspondientes? Pues parece que simplemente **una Circular del Colegio de Notarios de Barcelona de 20 de diciembre de 1889 aconsejó a los notarios ejercientes en Cataluña que se abstuvieran del otorgamiento de testamentos mancomunados** (entendidos en un sentido amplio), ateniéndose a la prohibición impuesta por el artículo 669 del recientemente promulgado Código Civil (75).

Ya hemos visto que muy significativos comentaristas catalanes de principios del siglo xx siguen postulando la defensa del testamento mancomunado, aunque la introducción de la doctrina del Código Civil acaba con la institución e intenta pervivir aún después de la entrada en vigor del Codi de Successions que pretende expulsar del ordenamiento catalán en materia sucesoria al Código de 1888.

D) *¿La admisión del instrumento plural?*

Pero volvamos a la actualidad. **¿Cómo testan los esposos catalanes? ¿Qué pretenden cuando acuden a una notaría cualquiera?**

Por supuesto, cada caso es diferente, cada circunstancia ha de valorarse, cada situación requiere un asesoramiento específico notarial. Pero no puede negarse que existe una fórmula habitual en Cataluña, aprendida por los amanuenses del notario, por virtud de la cual en el testamento del esposo se instituye a la esposa y en el de ésta a aquél, a salvo las legítimas de los hijos o de los padres, si los hubiera, y con sustitución vulgar normalmente a favor de los hijos y descendientes. El juego de la legítima castellana frente a la catalana ha hecho que en las zonas reguladas por el Código Civil se haya impuesto, por el contrario, para el mismo caso, la fórmula, también muy bien aprendida por los amanuenses del notario, consistente en disponer en el testamento del esposo un legado de usufructo universal a favor de la esposa, con la correspondiente Cautela Socini, e instituyendo herederos a los hijos o descendientes (y lo mismo en el testamento de la esposa). Profunda diferencia práctica de ambos sistemas.

Pues bien, en la mayoría, por no decir en la casi totalidad de los casos, el matrimonio catalán no entiende por qué si vienen juntos al notario y quieren la misma disposición, no es posible otorgarla en el mismo documento. **Y ahora, yo les pregunto, tras la entrada en vigor del Codi de Successions, ¿qué razones pueden impedir el testamento de los cónyuges en el mismo instrumento público? Para mí, ninguna.**

(75) Véase una crítica a esta Circular en BORRELL I SOLER, *Op. cit.*, pág. 51, núm. 6.

E) *¿La admisión de la disposición correspectiva?*

El problema, sin embargo, es más complejo de lo que parece. Si, a mi entender, no debe plantear excesivos miedos la introducción del testamento meramente mancomunado en Cataluña, realmente con eso muchas veces no estamos profundizando en la verdadera voluntad de los cónyuges: el matrimonio no sólo no le parece extraño que se documente su última voluntad en dos instrumentos, sino que no llega a entender, pero **se conforma**, que cada testamento, que es igual pero a la inversa, sea unilateralmente revocable. Es decir, uno espera que el otro no revoque su disposición y viceversa, «confía en el otro». **Quizá, vuelvo a repetir, en el fondo les gustaría una vinculación recíproca de sus disposiciones**, que podría conseguirse a través del heredamiento mutuo no preventivo, pero cuya fórmula no se utiliza, por regla general, en la práctica.

Nos encontramos ya en el campo, no del testamento meramente mancomunado, sino de las disposiciones correspectivas, y en la espinosa cuestión de la irrevocabilidad de las mismas. En este punto no voy a ser tan categórico como en el anterior, fundamentalmente por mi carácter de notario, que me pide y exige ser prudente.

Sólo apuntarles que la prohibición de los llamados «testamentos correspectivos» se fundamentaba bajo la vigencia de la Compilación/Código Civil en dos disposiciones de este último Cuerpo Legal: **el artículo 794**, que prohíbe las disposiciones captatorias, y **el artículo 737**, que declara esencialmente revocables las disposiciones testamentarias. **Ninguna de estas dos normas ha «pasado», entiendo que significativamente, al Codi de Successions** (76), que ni siquiera ha rescatado la prohibición de las disposiciones captatorias que se contenía en el artículo 267 del Proyecto (77).

Tras estas reflexiones les invito a ustedes a ser «imaginativamente imprudentes».

3. LA ADMISIÓN DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO

Los artículos 120 y 121 del Codi de Successions han venido a «importar», con variaciones de matiz, la regulación del Código Civil sobre el testamento ológrafo. Entiéndase que no se pretende decir que el Codi de Successions haya introducido en Cataluña el tipo ológrafo, sino que cuando se ha querido

(76) Con respecto a estos testamentos, nos decía BORRELL I SOLER, *Op. cit.*, pág. 52: «los testamentos recíprocos y correspectivos tendrían que respetarse en vida de los otorgantes; pero fallecido uno de ellos, si el otro resulta heredero del premuerto, queda libre de disponer de las dos herencias».

(77) Artículo 267 del Proyecto: «Son nulas las disposiciones de última voluntad captatorias. No tendrán este carácter las instituciones de heredero y los legados dispuestos entre dos personas por mutuo afecto y sin forma de condición».

hacer una normativa autónoma, completa y global del derecho sucesorio catalán, **se ha retenido sin ningún miramiento el testamento ológrafo bajo pautas del derecho derivado del Código Civil**, con olvido (o, al menos, en mi opinión, no consideración) de la tradición jurídica catalana. Acudamos a los antecedentes:

A) *La regulación en la Compilación*

El texto compilado reguló como especialidad del Derecho catalán el testamento *Parentum inter liberos*, verdadero testamento ológrafo que se diferenciaba del llamado ológrafo común, el regulado por el Código Civil, en que sólo podía ser otorgado por el padre o la madre a favor de sus hijos o descendientes, si bien se permitía que el cónyuge viudo fuese nombrado usufructuario (78).

La razón de ser recogida la institución por los compiladores fue, como es sabido, la de excepcionar este tipo testamentario del plazo de caducidad de cinco años a que estaba y está sometido el testamento ológrafo general. Se seguía así, en parte, lo dispuesto por el artículo 232 del Proyecto, y digo, en parte, porque precisamente el párrafo primero de dicha norma decía que: «*El testamento ológrafo se otorgará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 688 al 693 del Código Civil*». Aunque a primera vista, esta supresión del párrafo primero del artículo 232 del Proyecto, pudiera llevarnos a la exclusión del testamento ológrafo común, lo cierto es que, por una parte, la amputación del texto compilado en el trámite parlamentario obedeció a razones de política legislativa, y por otra, **nadie puso en duda después de 1960 la validez de los testamentos ológrafos otorgados por catalanes o en Cataluña**.

B) *Los antecedentes legislativos*

Pero vayamos más atrás. El **Apéndice** reguló en tres artículos (79) el testamento *Parentum inter liberos* y dispuso que fuera de este tipo

«no será válido el testamento hecho en forma ológrafa».

(78) Y hasta heredero o heredera distribuidor (PUIG FERRIOL y ROCA I TRIAS, *Op. cit.*, pág. 526).

(79) El apéndice contenía además una especialidad relativa a la forma de revocación, que no pasó ni al Proyecto ni a la Compilación.

Artículo 252: «*El testamento inter liberos, o sea el que, prescindiendo de toda otra solemnidad externa, otorgue el ascendiente en favor de sus descendientes sin favorecer a ninguna otra persona que no sea el cónyuge para dejarle el usufructo, será válido mediante que el testador escriba de su propio puño la fecha del mismo, los nombres de los instituidos y las partes de herencia que señale a cada uno, expresándolas en letras y no en cifras o guarismos.*»

Esta inadmisión del testamento ológrafo común o general no se encontraba en el texto de la Memoria de DURAN I BAS (80), que era retenido en esta materia, y en líneas generales, por el Apéndice. Parece, pues, que **los redactores del Apéndice querían separarse de la doctrina emitida por la Audiencia de Barcelona y por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1917**, que habían aplicado supletoriamente a Cataluña los artículos 688 y siguientes del Código Civil.

C) *La posición de la doctrina*

La posición de los comentaristas catalanes de principios del siglo xx se muestra muy crítica con las resoluciones judiciales en un doble sentido: primero, consideran que en ningún modo es aplicable el testamento ológrafo derivado del Código Civil en Cataluña; y segundo, consideran que no es acertada la postura del Código Civil de generalizar la forma ológrafa (81).

En este testamento no podrá desheredarse a los descendientes».

Artículo 253: «Si en el testamento de que habla el artículo anterior quiere el testador hacer algún otro legado a favor de su cónyuge o de otros parientes, o de extraños, deberá verificarlo concurriendo el mismo número de testigos que en los testamentos comunes y escribiendo el testador de su propia mano aquella disposición. El importe de estos legados no podrá exceder de una octava parte de la herencia».

Artículo 254: «El testamento de que tratan los dos artículos anteriores sólo podrá ser revocado por otro testamento perfecto en que se mencione el que se derogue. Aparte de los casos de los dos artículos anteriores, no será válido el testamento hecho en forma ológrafa».

(80) No era exactamente igual la redacción de la Memoria.

Artículo CCL: «El testamento que, prescindiendo de las solemnidades expresadas, otorgue el ascendiente en favor de sus descendientes sin favorecer a ninguna otra persona, será válido mediante que el testador escriba de su propio puño la fecha del mismo, los nombres de los instituidos y las partes de herencia que señale a cada uno, expresándolas en letras y no en cifras o guarismos.

En este testamento no puede desheredarse a los descendientes, ni nombrárseles tutor o curador».

Artículo CCLI: «Si en el testamento de que habla el artículo anterior, quiere el testador hacer algún legado a favor de su esposa, de otros parientes o de extraños, deberá verificarlo concurriendo el mismo número de testigos que en los testamentos comunes y escribiendo el testador de su propia mano aquella disposición».

Artículo CCLII: «El testamento de que tratan los dos artículos anteriores sólo puede ser revocado por otro testamento perfecto en que se mencione el que se deroga».

(81) BORRELL i SOLER, *Op. cit.*, pág. 35, nos dice que no puede invocarse como supletorio el Código Civil, «porque siendo taxativas las formas testamentarias, aplicar otras no sería suplir, sino barrenar, el sistema de la legislación»; pero acaba reconociendo la fuerza de la doctrina judicial. PELLA Y FORGAS, *Op. cit.*, págs. 129 a 131, critica igualmente la institución, señalando que el «testamento ológrafo catalán» es el *Parentum interliberos*, regulado en el Derecho Justiniano, por lo que el ológrafo común no es, como pretende la Audiencia de Barcelona, una institución nueva, que pueda aplicarse en Cataluña supletoriamente. Por su parte, CORBELLÀ, *Op. cit.*, pág. 744, también que no

Se trata, pues, de una crítica que no se limita a la defensa histórica de una institución jurídica sino a la viabilidad de una institución que se pretende introducir como nueva.

Sirvan de ejemplo las palabras de PELLA Y FORGAS, en 1918:

«La tendencia moderna es contraria a este testamento, y una reciente circular de la Dirección General de los Registros autorizando para hacer constar en acta notarial e inscribirse en el Registro de últimas voluntades la existencia del testamento ológrafo, es el primer paso dado en España para prevenir los escándalos que se han visto en estos últimos años sobre esa manera de testar».

O las no menos significativas de BORRELL I SOLER:

«el testamento ológrafo, a cambio de dar facilidades y reserva para testar, ofrece peligros de impremeditación, de falsificación, de ineptitud del testador, de ocultación y de destrucción del testamento»,

y sigue:

«el Derecho romano conocía el testamento ológrafo, puesto que lo permitió en un caso dado: si no lo extendió a otros casos es porque no creyó conveniente extenderlo más».

D. El Codi de Successions, sin embargo, ha ratificado en este punto la equiparación del Derecho catalán con el derivado del Código Civil, suprimiendo de raíz el testamento *Parentum ínter íberos*.

4. LA INADMISIÓN DEL TESTAMENTO ANTE TESTIGOS, LA SUPRESIÓN DEL TESTAMENTO SACRAMENTAL Y LA PERVIVENCIA DEL TESTAMENTO ANTE RECTOR

El Codi de Successions ha venido a establecer una trilogía tipológica testamentaria. Así el artículo 105 nos dice que las formas testamentarias son: la notarial (que admite una forma abierta y otra cerrada), la rectoral (que sólo admite la forma abierta) y la ológrafa, de la que hemos podido ocuparnos anteriormente.

A) *La pervivencia del testamento ante el rector y la supresión del testamento sacramental*

En los trabajos preparatorios del Codi se planteó la supresión o no del **testamento ante rector**, no conocido en el derecho derivado del Código

puede aplicarse el testamento ológrafo en Cataluña por la aplicación supletoria del Derecho romano, que sólo lo admitía para los padres y los militares.

Civil, aunque sí en otros ordenamientos jurídico-civiles del Estado español. Los redactores consideraron que no era conveniente suprimir esta forma testamentaria en atención al hecho de que era una institución de larga tradición aún utilizada en determinadas comarcas de Lleida y de Tarragona (añadiendo la Exposición de Motivos que entre los años 1972 a 1986 se habían otorgado 3.821 testamentos). Peor suerte corrió **el testamento sacramental**, que resulta suprimido por ser considerado como una forma testamentaria obsoleta.

B) *La prohibición del testamento ante testigos*

Por otra parte, el Codi de Successions después de indicarnos cuáles son los tipos testamentarios, contiene una prohibición, que procede del texto compilado, y que diferenciaba (y diferencia) sustancialmente el ordenamiento catalán del derivado del Código Civil. Se **trata de la prohibición de que puedan otorgarse en Cataluña testamentos ante testigos**:

«no son vàlids els testaments atorgats a Catalunya exclusivament davant de testimonis».

En principio, la prohibición del artículo 105 evitaría la entrada en Cataluña de los testamentos abiertos excepcionales que el Código Civil permite, en atención a las circunstancias concurrentes, que sean otorgados sólo ante testigos, es decir, fundamentalmente el testamento en peligro inminente de muerte (art. 700 CC) y en tiempo de epidemia (art. 701 CC), y ya en menor medida, las formas extraordinarias de los testamentos militar (art. 720 CC) y marítimo (art. 731).

También en este punto, la dialéctica, por una parte, Código Civil/Código de Sucesiones (o si lo prefieren Derecho castellano/catalán) y, por otra, defensa/modernización de las instituciones, ha provocado, a mi manera de entender, consecuencias perversas. Veamos:

- a) Un sector de la doctrina, representado por la profesora ROCA I TRIAS, ha venido a interpretar el artículo 105 del Codi de Successions bajo **un criterio estrictamente territorial**, por virtud del cual no será posible el otorgamiento del testamento ante testigos en Cataluña, sea cual sea la vecindad civil del testador (82). No parece que esta posición pueda mínimamente mantenerse a la vista de los artículos 16.1 en relación con el artículo 11.1 del Código Civil, que marcan el ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes

(82) ROCA I TRIAS, *Op. cit.*, pág. 134. Ver comentario a esta posición en GARRIDO MELERO, *Introducción*, pág. 91.

en el territorio nacional, y que, por lo tanto, tienen una aplicación general en todo el Estado español. Pero, además, el mantenimiento de un criterio estrictamente territorial sería contrario al principio básico en Derecho Internacional e Interlocal del «favor testamenti». **A mi entender, por lo tanto, la norma está dirigida, como no podía ser menos, a las personas que tienen vecindad civil catalana.**

- b) Ahora bien, el artículo 105 III del Codi tiene una interpretación contrapuesta a la sostenida en la doctrina por la profesora ROCA I TRIAS. A saber: **sí será posible el otorgamiento por personas con vecindad civil catalana fuera de Cataluña de testamentos ante testigos (si así se admite en el lugar del otorgamiento).** Curiosamente este último criterio, que puede parecer a algún sector de la doctrina contrario a lo dispuesto por el Codi, no está en absoluto en contradicción con la más pura tradición jurídica catalana:
- **El Privilegio concedido por Ludovico Pío a la iglesia de los Santos Justo y Pastor de Barcelona**, extendido posteriormente a Gerona y Tortosa, que dio lugar al testamento sacramental, no se diferencia sustancialmente del testamento ante testigos.
 - **El propio testamento ante testigos, aunque no vinculado a que el testador se encuentre en peligro de muerte, fue admitido expresamente por el artículo 235 del Proyecto (83) para los sujetos a derecho tortosí**, precepto que no pasó a la Compilación, casi con seguridad porque se pensaría que la finalidad que cumplía esta forma testamentaria podía perfectamente suplirse con el artículo 700 del Código Civil.
 - Y, finalmente, **el testamento ante rector, que no exige que el testador esté enfermo ni que sea feligrés del autorizante, sin embargo, viene a cumplir muchas veces la finalidad de los testamentos otorgados en peligro de muerte ante testigos (sustituir al notario en caso de necesidad).** El Codi, además, ha venido a situar al testamento rectoral en una posición de inferioridad al autorizado por notario: éste no exige, por regla general, la presencia de testigos; aquél exige siem-

(83) Artículo 235. Proyecto de 1955: «*Las personas con vecindad local en poblaciones sujetas al Derecho civil especial de Tortosa en las que no haya Notaría demarcada, o en que de haberla se halle el notario ausente o imposibilitado para actuar, aunque sea por medio de incompatibilidad, podrán otorgar testamento abierto, con tal que con intención de testar manifiesten su última voluntad, de palabra o por escrito, ante dos testigos idóneos, rogados, que conozcan al testador y aprecien su capacidad.*

Para la eficacia de este testamento se requerirá que dentro de los seis meses siguientes del día de la muerte del testador, los expresados testigos adveren la última voluntad por éste manifestada, previo juramento ante el Juez de Primera Instancia, procediéndose en lo demás de acuerdo con lo establecido en el artículo anterior».

pre la presencia de dos testigos idóneos, que deberán firmar junto con el párroco.

C. Dejo a su consideración la valoración de todas estas reflexiones y en especial la de si **no hubiera sido oportuno sustituir el testamento sacramental, que en cuanto a la forma podía ser obsoleta pero no en cuanto al fondo, y el rectoral, que se diga lo que se diga, no deja de ser obsoleto (84), por un verdadero testamento ante testigos**, siguiendo si se quiere los antecedentes del derecho especial de Tortosa, reduciendo la forma a los casos de necesidad en que no pudiera testarse en otra forma ordinaria y exigiéndose a posteriori las solemnidades suficientes que garantizaran su autenticidad.

Para terminar este apartado de los tipos testamentarios y con objeto de que no se me tache de ser excesivamente crítico con la reforma efectuada en el Derecho sucesorio catalán, me voy a referir a las modificaciones introducidas en

5. EL TESTAMENTO CERRADO

A) *Las reformas del Codi*

El Codi de Successions se ha separado sustancialmente del Derecho derivado del Código Civil en los aspectos relativos a la conservación y apertura del testamento cerrado.

Con respecto a la conservación, el artículo 113 CS nos establece que el notario autorizante protocolizará el sobre cerrado que contiene el testamento y que le entrega el testador, incorporándolo al acta, todo ello de conformidad con lo que dispone la legislación notarial y con indicación de la hora del otorgamiento. No se permite, por lo tanto, como ocurre en el Código Civil, que el testador pueda llevarse el testamento cerrado, con todos los riesgos que ello puede suponer.

Y, con respecto a la apertura, el artículo 114 CS nos dice que acreditada la muerte del testador, a instancia de parte interesada, se procederá por el notario a abrir el sobre que contiene el testamento ante dos testigos idóneos, y acto a continuación, a protocolizar dicho testamento en el acta que a tal fin ha de realizarse. No se sigue, por lo tanto, como ocurre en el Código Civil,

(84) Se ha cuestionado, además, si se podría tratar de un privilegio por razón de religión o iglesia, y en consecuencia inconstitucional. El Consejo Consultivo de la Generalitat consideró que no era así, sino que se trataba de un servicio público prestado por la Iglesia católica.

el criterio de remisión a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que se sustituye, con gran acierto, la intervención judicial por la notarial.

B) *Los antecedentes legislativos*

Esta importante modificación del Derecho catalán frente al derivado del Código Civil **es un ejemplo de «recuperación» de instituciones autóctonas, al servicio de la modernidad.**

Por una parte, la apertura notarial del testamento cerrado la encontramos regulada expresamente en el artículo 228 del Proyecto (85).

Por otra, la conservación del testamento exclusivamente por el notario autorizante del acta parecía ser una consecuencia de lo que se señalaba sobre la revocación del testamento cerrado en el Apéndice, en las Memorias (86) (*«para la revocación del testamento cerrado bastará que el testador lo retire de poder del notario»*), y con más detalle en el propio Proyecto (87). Esta posibilidad de que el testador retire el testamento cerrado del poder del notario no ha sido contemplada expresamente por el Codi.

(85) Artículo 228 Proyecto: *«...Acreditado el fallecimiento del testador, el notario, en cuyo poder obre un testamento cerrado, procederá a su apertura ante dos testigos y a su protocolización»*. El Proyecto, sin embargo, no obligaba al notario a incorporar el testamento cerrado al protocolo.

(86) Artículo CCXLIX de las Memorias: *«Para la validez de los testamentos cerrados deberán observarse las solemnidades siguientes:*

1.^a Que lo haya firmado el testador, esté o no escrito por él mismo.

2.^a Que el notario extienda sobre la carpeta el auto de entrega, y lo suscriba junto con el testador y dos testigos ante quienes aquél diga que el pliego contiene su última voluntad. Cuando el testador no sepa o no pueda firmar, deberá hacerlo un tercero expresando por diligencia el notario que aquél lo verifica en nombre y a ruego del testador.

Para la revocación del testamento cerrado bastará que el testador lo retire de poder del notario, haciéndolo constar en acta que se extienda en la forma expresada en el párrafo que precede».

Artículo 248 del Proyecto: *«...Para la validez de los testamentos cerrados deben observarse las solemnidades siguientes:*

1.^a Que lo haya firmado el testador, esté o no escrito por él mismo.

2.^a Que el notario extienda sobre la carpeta el acta de entrega y la suscriba junto con el testador y dos testigos ante quienes aquél diga que el pliego contiene su última voluntad. **Al mismo tiempo el notario debe hacer constar la entrega en acta que extienda en su protocolo, expresando retener en su poder el testamento.**

Para la revocación del testamento cerrado bastará que el testador lo retire del poder del notario, haciéndolo éste constar en acta que se extienda en la forma expresada en el párrafo que precede».

(87) Artículo 475 del Proyecto: *«El testamento cerrado notarial quedará revocado de pleno derecho cuando el testador lo retire del poder del notario que lo custodie, el cual lo consignará en acta, con expresión de su fecha y hora, sin perjuicio de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 468. El testamento cerrado no autorizado por notario del Colegio de Barcelona, se presumirá revocado en los casos previstos en el artículo 742 del Código Civil»*.

C) *Una explicación histórica*

¿En qué momento se produjo la pérdida de la institución ahora felizmente recuperada? La apertura y publicación extrajudicial de los testamentos cerrados en Cataluña era una práctica habitual hasta la primera mitad del siglo xrx. Con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil se produjeron ciertas dudas acerca de su aplicabilidad o no en esta materia. **El Colegio de Notarios de Gerona planteó consulta ante el Ministerio de Gracia y Justicia que resolvió a favor de la Ley de Enjuiciamiento Civil mediante Real Orden de 17 de diciembre de 1856**, la cual fue objeto de profundas críticas por la doctrina catalana, aún en pleno siglo xx (88).

Inclusive el notario de Reus, ARTURO CORBELLÁ, nos pone de manifiesto el hecho de que en Cataluña fue desconocida la práctica, habitual en otros territorios, de recoger el testador su testamento cerrado, una vez otorgado ante notario, para entregarlo o depositarlo en manos de otra persona de su confianza.

Podemos ver en este caso un ejemplo clarísimo de instituciones históricas puestas al servicio de la modernidad. Ahora bien, estoy seguro que en este momento cualquier lector estará pensando en algo que resulta obvio en la práctica notarial actual: la casi desaparición del testamento cerrado que sólo es utilizado en casos muy excepcionales.

D) *Una propuesta de futuro*

Me permito llamarles la atención sobre el importante riesgo de responsabilidad civil que supone para la Corporación notarial y para el notario autorizante el otorgamiento de testamentos abiertos, la indudable dificultad de muchos de ellos, y el escaso importe retributivo de los mismos (sólo explicable por razones derivadas de que la función notarial es un servicio público delegado del Estado). La sustracción de la apertura del testamento cerrado a la intervención judicial permite, como hemos dicho, que en Cataluña todo el «iter» testamentario se lleve extrajudicialmente. No es utópico, y si reflexionan muy aconsejable, a mi modo de ver, la transformación de la práctica de autorizar testamentos abiertos por la de «aconsejar» tipos cerrados, por supuesto, a ser posible, siendo redactados estos últimos por el notario, en su

(88) BROCA Y AMELL, *Op. cit.*, págs. 304 y 305, y BORRELL I SOLER, *Op. cit.*, pág. 32, se muestran totalmente críticos a esta aplicación, llegando a decir el primero que la práctica que se pretende imponer es «exótica y costosa, que pone en peligro la posibilidad de abrir un testamento si no pueden adverbarse las firmas de los testigos, y que merma el prestigio de los notarios». Por el contrario, PELLA Y FORGAS, *Op. cit.*, págs. 135 a 137, no menciona la cuestión.

calidad de profesional del Derecho. La utilización preferente de esta fórmula supondría un espectacular cambio cualitativo del Notariado catalán frente a los otros notarios del Estado español, cambio que se justificaría en la tradición jurídica catalana.

IV. FINAL

Las reglas comúnmente admitidas para cualquier exposición requieren que, después de la introducción y del desarrollo del tema, se ponga punto final con unas conclusiones. En este caso, sin embargo, la conferencia se dio por terminada o, si quieren, por «interrumpida», sin previo aviso, al acabar el último punto, a la manera de una novela barojiana. Esta postura no estaba exenta de una justificación: se quería que fueran los concurrentes los que con su discurso «creativo» continuasen la exposición. Y así fue.

También ahora quiero eximirme de esta obligación. Sólo una última consideración: El Código de Sucesiones de Cataluña supone, con todas las críticas que podamos realizar, una aportación jurídica de extraordinario valor. Corresponde, principalmente, a la Institución notarial, con su trabajo anónimo y constante, el perfeccionamiento y desarrollo del mismo, sin pérdida de la tradición jurídica catalana, pero sin ningún miedo a la búsqueda de soluciones que sirvan para conformar la sociedad del futuro.

MARTÍN GARRIDO MELERO
Notario de Tarragona