

## LA RELAJACIÓN DE LAS SOLEMNIDADES DEL TESTAMENTO<sup>1</sup>

*Antoni Vaquer Aloy*

Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Lleida

---

TITLE: *The relaxation of testamentary formalities.*

RESUMEN: El artículo analiza críticamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la jurisprudencia menor que tiende a la relajación de las formalidades testamentarias. La relajación debe tener en cuenta cuáles son las funciones que cumplen las solemnidades testamentarias, sobre la base de que la forma no es un límite sino una garantía de la libertad de testar. En particular, se critica que se declaren válidos testamentos con firmas aprendidas ad hoc para el otorgamiento de testamentos.

ABSTRACT: *This paper analyzes critically the case law that tends to relax testamentary formalities. Such a relaxation must take into account which functions do that formalities accomplish, on the basis that form does not restrict freedom of testation, but it constitutes its guarantee. Notably, the paper raises objections to validate wills where the testator has been specifically trained to sign them.*

PALABRAS CLAVE: Testamento; formalidades; función de la forma testamentaria; relajación de las formalidades.

KEY WORDS: *Will; formalities; functions of testamentary formalities; relaxation of formalities.*

SUMARIO: 1. FUNCIONES Y RELAJACIÓN DE LAS FORMALIDADES TESTAMENTARIAS. 2. LOS TESTAMENTOS NOTARIALES. 2.1. *La identificación del testador.* 2.2. *La firma del testador.* 2.3. *La hora del otorgamiento.* 2.4. *La unidad de acto.* 2.5. *La concurrencia de testigos y su firma.* 2.6. *El empleo de fórmulas rituales.* 2.7. *Otras cuestiones formales.* 3. LOS TESTAMENTOS OLÓGRAFOS. 2.1. *La autografía.* 2.2. *La habitualidad de la firma del testador.* 2.3. *La indicación del lugar.* 2.4. *La fecha.* 2.5. *El soporte de la declaración de voluntad testamentaria.* 2.6. *La unidad de acto.* 2.7. *Lenguaje solemne.* 4. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

---

### 1. FUNCIONES Y RELAJACIÓN DE LAS FORMALIDADES TESTAMENTARIAS

El testamento –lo mismo los pactos sucesorios– es un negocio rigurosamente formal. Los ordenamientos jurídicos admiten una pluralidad de formas testamentarias, ciertamente, pero no todas las posibles. Es muy ilustrativo al respecto el art. 422-1 Código Civil de Cataluña [CCCat] cuando sanciona con la nulidad a los testamentos que no se corresponden con los tipos que establece el art. 421-5 del mismo cuerpo legal, esto es, el notarial y el ológrafo, descartando las formas testamentarias verbales y al

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en las actividades del proyecto de investigación DER2015-70636-C2-1 y del grupo consolidado de la Generalidad de Catalunya 2014SGR2013.

testamento ante párroco que habían mantenido su vigencia durante la Compilación y el Código de Sucesiones, respectivamente. Además, cada forma admitida requiere el cumplimiento de determinadas solemnidades, cuya inobservancia deviene igualmente causa de nulidad del testamento (arts. 687 Código civil [CC], 422-1.1 CCCat, *ley* 206 Fuero Nuevo de Navarra [FNN]).

Las solemnidades que se exigen al otorgamiento del negocio de última voluntad no restringen la libertad de testar. Lo ha recordado la STSJ de Galicia 6 octubre 2005<sup>2</sup>: «la forma del testamento no supone por sí misma una limitación añadida a la libertad de testar». Antes al contrario, las solemnidades son una garantía de la libertad de testar, porque su finalidad es la de asegurar la libre expresión de la declaración de última voluntad y su conservación futura hasta, por lo menos, el fallecimiento de su autor. La STSJ de Navarra de 28 octubre 2014 añade<sup>3</sup>: «El rigor formal de que hace gala en esta materia la Compilación foral navarra no pugna en absoluto con los principios de preeminencia de la voluntad privada (leyes 7 y 8 FNN) y libertad de disposición de los bienes (ley 149 FNN), sino que constituye un complemento natural de su efectividad, en cuanto se dirige a tutelar o garantizar la correspondencia de la declaración dispositiva con la voluntad real del disponente y su consciente y libre emisión». El propósito de la forma, según la STSJ Cataluña 30 mayo 2016<sup>4</sup>, es «preservar y proteger el interés del testador». En efecto, pueden señalarse tres funciones que cumplen las solemnidades testamentarias, todas ellas relacionadas con la libertad de testar:

- a) Ser garantía de la libre expresión y de la conservación de la voluntad testamentaria<sup>5</sup>;

<sup>2</sup> RJ 7543.

<sup>3</sup> Roj: STSJ NA 433/2014.

<sup>4</sup> Roj: STSJC CAT 3774/2016.

<sup>5</sup> SsTS 4 noviembre 2009 (Roj: STS 6848/2009): «la forma del testamento constituye una garantía del testador respecto a la exactitud y permanencia de la voluntad testamentaria»; y 11 diciembre 2009 (Roj: STS 7509/2009): «la forma en el testamento obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador que debe cumplirse cuando ya ha fallecido»; SAP Ourense 29 septiembre 2014 (Roj: SAP OU 727/2014): «la solemnidad que se exige al testamento tiene su razón de ser en la necesidad de asegurar la verdad en la expresión de la voluntad del testador y garantizar la autenticidad del acto». En la doctrina española, de COSSÍO, Alfonso, «Dolo y captación en las disposiciones testamentarias», *Anuario de Derecho Civil*, 1962, p. 277; SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, art. 673, en ALBALADEJO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IX-1.A, Madrid, 1990, p. 187; RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, art. 684, en CAÑIZARES LASO, Ana, de PABLO CONTRERAS, Pedro, ORDUÑA MORENO, Javier, VALPUERTA FERNÁNDEZ, Rosario (dir.), *Código Civil comentado*, II, Cizur Menor, 2011, p. 374. CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de derecho civil*, t. III, nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso DE COSSÍO Y CORRAL y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, Madrid, 1959, añadía como argumento a la necesidad de solemnidades que el testamento está más expuesto que otros negocios a fraudes y maquinaciones y que suele otorgarse en momentos de mala salud. En Alemania, GRUNDMANN, Stefan, «Favor testamenti. Zu Formfreiheit und Formzwang bei privatschriftlichen Testamenten», *Archiv für die civilistische Praxis*, 1987, p. 441; HAGENA, Walter, §2247, Rn 1, en *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2004<sup>4</sup>; LEIPOLD, Dieter, *Erbrecht*, Tübingen, 2012<sup>19</sup>, Rn 290. En Estados Unidos, LANGBEIN, John H., «Substantial Compliance with the Wills Act», *Harvard Law Review*, 1975, p. 492. En Francia, JUBAULT, Christian, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Paris,

- b) Resaltar la trascendencia del acto testamentario y recabar del testador la seriedad de su propósito<sup>6</sup>;
- c) Ahorrar costes, pues aquellos documentos que no cumplen un mínimo formalismo son rechazados ya *prima facie* como negocios de última voluntad<sup>7</sup>, lo que, a su vez, proporciona una buena dosis de seguridad al testador de que el ejercicio de su libertad de testar no será, en principio, nulo<sup>8</sup>.

En puridad, siendo esta la finalidad de las solemnidades testamentarias, procedería una interpretación estricta de su cumplimiento. Así lo ha dicho en alguna ocasión el Tribunal Supremo: «el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a su interpretación restrictiva, de manera que para su validez es absolutamente necesario que se cumplan de modo riguroso todas las solemnidades esenciales y requisitos exigidos por el Código Civil, como explícitamente reconoce su artículo 687»<sup>9</sup>. Con todo, es necesario a renglón seguido atender a los hechos del caso y contextualizar la doctrina: el testador, de edad avanzada y afectado de enfermedad neurodegenerativa, otorga testamento que no firma alegando no saber hacerlo, circunstancia falsa. Como he analizado en otro lugar<sup>10</sup>, uno de los contrapesos a la libertad de testar es la protección del testador vulnerable, y allí puede comprobarse que, precisamente, uno de los instrumentos de monitorización de esa vulnerabilidad es el control riguroso de las solemnidades testamentarias.

Fuera de este ámbito, en que el agotamiento del rigorismo formal se emplea como garantía de la libertad de testar, puede afirmarse una tendencia internacional<sup>11</sup> de

---

2010<sup>2</sup>, p. 508, nº 735. Unos siglos antes, CEVALLOS, Jerónimo de, *Practicarum et variarum quaestionum*, Toleti, 1599, quaestio 71, nº 3, argumentaba que se requerían las solemnidades testamentarias «ut evitentur falsitates».

<sup>6</sup> LESTER, Stephanie, «Admitting Defective Wills to Probate, Twenty Years Later: New Evidence for the Adoption of the Harmless Error Rule», *Real Property, Probate and Trust Journal*, 2007, p. 578; RHODES, Anne-Marie, «Notarized Wills», *Quinnipac Probate Law Journal*, 2014, p. 420; GRUNDMANN, «Favor Testamenti», p. 449; MÜNCHENERKOMMENTAR/HAGENA, §2247, Rn 1; LEIPOLD, *Erbrecht*, Rn 290; JUBAULT, *Les successions*, p. 508, nº 735.

<sup>7</sup> MANN, Bruce H., «Formalities and Formalism in the Uniform Probate Code», *University of Pennsylvania Law Review*, 1994, p. 1936

<sup>8</sup> GLOVER, Mark, «The Therapeutic Function of Testamentary Formality», *Kansas Law Review*, 2012, p. 151.

<sup>9</sup> STS 16 junio 1997, RJ 5411. Transcribe este fragmento la SAP Vizcaya 7 septiembre 2005 (AC 2270).

<sup>10</sup> «La protección del testador vulnerable», *Anuario de Derecho Civil*, 2015, p. 344 ss. La antes citada en nota 5 STS 4 noviembre 2009 constituye un ejemplo palmario, pues la, en apariencia, rotunda afirmación que «la forma en los testamentos no es, por tanto, un elemento inútil y, en consecuencia, no se puede afirmar que la doctrina haya relajado este tipo de exigencias», debe enmarcarse en el supuesto de testador de edad avanzada que otorga un testamento en peligro de muerte y fallece a las veintidós horas del otorgamiento.

<sup>11</sup> WEISBORD, Reid Kress, «Wills for Everyone: Helping Individuals Opt Out of Intestacy», *Boston College Law Review*, 2013, p. 912: «The modern trend of inheritance law liberalizes formalities and applies doctrine to cure execution defects when there is sufficient evidence that a will really states the testator's intent»; LANGBEIN, «Substantial Compliance with the Wills Act», p. 489 ss; FLAKS, Samuel, «Excusing Harmless Error in Will Execution: The Israeli Experience», consultable en

relajar el cumplimiento de las formalidades testamentarias cuando su observancia estricta acarrearía la nulidad del testamento pese a no concurrir dudas sobre la libre voluntad del causante al otorgar la disposición de última voluntad<sup>12</sup>. El mismo Tribunal Supremo se ha referido al «criterio de flexibilización de las solemnidades testamentarias»<sup>13</sup> que le inspira; «la nulidad de un testamento [...] no puede ser exageradamente formalista, para no dañar el principio de la suprema soberanía de la

---

[http://works.bepress.com/samuel\\_flaks/1](http://works.bepress.com/samuel_flaks/1) (fecha de consulta 28 noviembre 2016); MENASHE, Doron, «Relaxed Formalism: The Validation of Flawed Wills», *Israel Law Review*, 2007, p. 119 ss; REID, Kenneth G. C., DE WAAL, Marius J., ZIMMERMANN, Reinhard, «Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective», en id. (ed.), *Testamentary Formalities*, Oxford, 2011, p. 462 ss; SCALISE JR, Robert J., «Testamentary Formalities in the United States of America», en REID/DE WAAL/ZIMMERMANN (ed.), *Testamentary Formalities*, pp. 374; ZIMMERMANN, Reinhard, «Testamentsformen: "Willkür" oder Ausdruck einer Rechtskultur?», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2012, p. 497-499. Merece una cita específica el art. 2(3) de la *Wills Act* sudafricana, que desde su reforma mediante la Ley 43 de 1992, dispone que «If a court is satisfied that a document or the amendment of a document drafted or executed by a person who has died since the drafting or execution thereof, was intended to be his will or an amendment of his will, the court shall order the Master to accept that document, or that document as amended, (...), as a will, although it does not comply with all the formalities for the execution or amendment of wills referred to in subsection (1)»; similarmente, la sección 2-503 del *Uniform Probate Code* estadounidense, cuyo comentario comienza así: «this new section allows the probate court to excuse a harmless error in complying with the formal requirements for executing or revoking a will». La sección se basa en la teoría del *harmless error* formulada por LANGBEIN, John H., «Excusing Harmless Errors in the Execution of Wills: A Report on Australia's Tranquil Revolution in Probate Law», *Columbia Law Review*, 1987, p. 1 ss, matizando su anterior *substantial compliance*, aunque lo cierto es que son pocos los estados que han adoptado formalmente la regla. La doctrina destaca que esta atenuación del formalismo en los Estados Unidos proviene de décadas de rígida exigencia del cumplimiento literal de todas las formalidades legales (HORTON, David, «Wills Law on the Ground», *UCLA Law Review*, 2015, p. 1104 ss). Con todo, la aproximación de LANGBEIN no está exenta de críticas y matizaciones más o menos importantes; por ejemplo, WENDEL, Peter T., «Setting the Record Straight: The 'Flexible Strict Compliance' Approach to the Wills Act Formalities», *Pepperdine University School of Law Legal Studies Research Paper Series Paper Number 2016/25* (disponible en <http://www.ssrn.com>, fecha de consulta 28 noviembre 2016), imputa a LANGBEIN menospreciar las externalidades de su teoría y propone una *flexible strict compliance* solución, pues «The history of the law of wills is also that of the courts, in the best tradition of the common law, identifying scenarios where the requirements for expressing one's testamentary intent could be applied more flexibly without significantly increasing administrative costs and/or the potential for fraud» (p. 61), mientras que HORTON, David, «Tomorrow's Inheritance: The Frontiers of Estate Planning Formalism», *UC Davis Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 503* (2016, también disponible en <http://www.ssrn.com>, fecha de consulta 28 noviembre 2016) intenta destacar que la adherencia rígida a las solemnidades tiene la ventaja de evitar el perjuicio de terceros relacionados con la sucesión (aunque hay que recordar que las expectativas sucesorias de los llamados merecen una muy escasa protección por la unilateralidad de la declaración de voluntad testamentaria, como he recordado en «Los límites a la autonomía privada en derecho de sucesiones», en PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir.), *La autonomía privada en el derecho civil*, Cizur Menor, 2016, p. 246).

<sup>12</sup> Esta es una orientación tradicional en la jurisprudencia española, que ya desde antaño viene distinguiendo entre formalidades esenciales y secundarias (véase CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, t. 6, vol. 2º, revisada y puesta al día por José BATISTA MONTERO-RÍOS y José M<sup>a</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, 1979, p. 448, y LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Derecho de sucesiones*, vol. II, parte 2ª, Bilbao, 1991, p. 797, con cita de sentencias). Esta tendencia se refuerza en las sentencias más recientes que se comentan en el texto.

<sup>13</sup> STS 20 marzo 2013 (Roj: STS 4755/2013).

voluntad del causante. El artículo 687 del Código civil declara la nulidad cuando no se observan las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo, que es el dedicado a los testamentos y efectivamente, el testamento es un negocio jurídico solemne que requiere una forma *ad solemnitatem* para su validez, como elemento esencial, pero la jurisprudencia ha destacado dos puntos: el criterio restrictivo y la concreción a las solemnidades impuestas en el Código civil»<sup>14</sup>. El análisis casuístico de numerosas sentencias de nuestros tribunales permite extraer la conclusión de que la exigencia del cumplimiento de las solemnidades testamentarias se modula en aras, precisamente, del respeto a la libertad de testar. La idea sería la siguiente: «lo que no se puede admitir es que los árboles de un formalismo a ultranza impidan ver el bosque de la última voluntad del testador, o dicho de otra manera que el riguroso y reverencial cumplimiento de las formas testamentarias, más allá de lo estrictamente imprescindible, oculte la esencia misma de este tipo de negocios jurídicos *mortis causa*, que no es otra que el ejercicio del derecho de una persona a disponer de su patrimonio para después de su muerte»<sup>15</sup>; que, con cita de sentencias antiguas del Tribunal Supremo, «la jurisprudencia ha intentado mitigar, a la hora de interpretar el artículo 687 del Código Civil, su excesivo rigor, abriendo una línea antiformalista en aquellos casos en que la formalidad omitida tenga un carácter meramente accesorio e intrascendente»<sup>16</sup>; o que «atendiendo a la interpretación jurisprudencial antes aludida, al principio *favor testamenti* y la propia realidad social actual [...] sin duda repugna anteponer el cumplimiento de un mero e intrascendente formalismo, al debido respecto a la voluntad del testador fielmente reflejada en un testamento notarial»<sup>17</sup>. En definitiva, «si bien a tenor de lo dispuesto en el artículo 687 del Código Civil será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas, se impone, según regla del buen criterio, dada la naturaleza y significación de aquel, tener en cuenta la índole de dichas formalidades para apreciar, con relación a su trascendencia, el límite dentro del cual pueden conceptuarse cumplidas, armonizando así la voluntad conocida de un testador con los requisitos externos de su expresión»<sup>18</sup>. En Cataluña, se ha afirmado que la configuración del sistema testamentario se ha caracterizado por una clara tendencia y efecto de simplificación de las formalidades y de sobriedad de las formas, atendiendo a la convicción social de reducir al mínimo esencial la exigencia de las formalidades testamentarias<sup>19</sup>. Para el TSJ de Navarra, «[e]s cierta la corriente jurisprudencial que, en aras al principio *favor testamenti*, ha tendido a flexibilizar el rigor de algunas exigencias formales, negando trascendencia invalidante a la inobservancia de ciertas fórmulas rituales o expresiones sacralizadas en la redacción testamentaria; pero lo ha hecho cuando la finalidad sustancial del requisito de forma a que aquellas respondían

<sup>14</sup> STS 20 marzo 2012 (Roj: STS 1691/2012).

<sup>15</sup> SAP Girona 17 marzo 2003 (AC 756).

<sup>16</sup> SAP Gipúzkoa 15 mayo 2015 (Roj: SAP SS 481/2015).

<sup>17</sup> SAP Valladolid 3 mayo 2005 (JUR 221762).

<sup>18</sup> SAP Gipúzkoa 27 febrero 2009 (JUR 285396). Similarmente, SAP Ourense 29 septiembre 2014 citada en la nota 5.

<sup>19</sup> SsTSJ Cataluña 4 septiembre 2006 (RJ 2007\6176), y 8 mayo 2014 (Roj: STSJ CAT 5529/2014).

quedaba, aun de distinta manera, suficientemente garantizada o salvaguardada en el testamento y, generalmente, ante otorgamientos que, por su contenido y circunstancias concurrentes, no ofrecían motivos serios y fundados para recelar o dudar de la capacidad y libertad del otorgante y de la correspondencia con su voluntad de la declaración documentada». Para lograr este resultado, incluso se ha recurrido a la distinción<sup>20</sup>, a estos efectos, entre requisitos de forma y «formalidades»<sup>21</sup> o «formalismos o ritualidades»<sup>22</sup>, no conllevando la infracción de estos últimos la sanción de nulidad en relación con la firma de uno de los testigos.

En las páginas que siguen se sistematizan los supuestos en que se observa la relajación de los rigores formales del testamento, que confirman la tendencia indicada, tanto en testamentos notariales como ológrafos, de manera crítica, sobre la base de las señaladas funciones que cumplen las solemnidades testamentarias y de que la forma no supone una restricción de la libertad de testar.

## 2. LOS TESTAMENTOS NOTARIALES

### 2.1. *La identificación del testador*

Una de las formalidades en que se observa una dulcificación del rigor es el de la identificación del testador. El notario debe identificar al testador (arts. 685 CC, 421-7 CCCat, 23 Ley Notariado), valiéndose, salvo conocimiento personal, o de testigos que le conozcan y sean conocidos del notario, o de los documentos expedidos por las autoridades públicas cuya finalidad sea, precisamente, la de permitir la identificación

<sup>20</sup> La SAP Palma de Mallorca 9 julio 2012 (Roj: SAP IB 1554/2012), llega a distinguir tres niveles: «La trascendencia del defecto de forma en relación con la eficacia del testamento es cuestión que se trata distinguiendo estos tres supuestos: a) Los que excluyen sin género de dudas la existencia de un testamento (falta de autografía en el ológrafo, falta de Notario o de testigos cuando sean precisos, etc.); b) Los menos capitales y evidentes, cuya existencia, no obstante, a juicio de la jurisprudencia anula un testamento (ciertos defectos de idoneidad de los testigos, o falta de algunas ritualidades de redacción); y c) Aquellos otros que son defectos, ateniéndonos a una aplicación rigurosa y estricta del Código Civil, pero que no lo son en una jurisprudencia inspirada en un sentido de equidad, que se aparte de una incondicional observancia del ritualismo legal».

<sup>21</sup> STS 11 diciembre 2009 (Roj: STS 7509/2009), en relación con los requisitos formales especiales para los testadores ciegos, en un caso de persona casi ciega que quedó enterada del contenido del testamento por la lectura que realizó el Notario. Para el TSJ de Cataluña, «La forma, en un negocio testamentario constituye un medio a través del cual se exterioriza la voluntad del testador. La formalidad, en cambio, es aquella circunstancia adicional que se conecta, de manera típica, con la manifestación de la primera (así, testigos, intérpretes, etc.). Pues bien, esta distinción conceptual no puede reputarse baladí, por cuanto la vulneración o infracción de la forma comporta siempre la nulidad radical del testamento ológrafo, mientras que la formalidad no goza per se de trascendencia anulatoria» (sentencia de 9 septiembre 2013, Roj: STSJ CAT 6527/2013). La posición de LANGBEIN en los Estados Unidos no difiere en demasía: puede descifrarse un ranking de formalidades, según su trascendencia en relación con los fines que cumplen las solemnidades, de modo que unas pueden resultar excusables y otras no (LANGBEIN, «Excusing Harmless Errors», p. 52; véase también LESTER, «Admitting Defective Wills to Probate», pp. 581-582).

<sup>22</sup> STSJ Cataluña 7 noviembre 1992 (RJ 10273). Véase *infra* notas 23 y 44.

de las personas. La jurisprudencia ha validado que pueda realizarse sirviéndose de documentos identificativos caducados, en particular del documento nacional de identidad [DNI] o del pasaporte, pues a pesar de que no estén en vigor, mediante la fotografía que en ellos consta y los datos de la persona el notario puede reconocer sin asomo de duda al testador; lo contrario, se objeta, «sería un rigorismo de pura forma»<sup>23</sup>. En cuanto a la que tiene lugar mediante testigos, también se ha reputado válido el testamento en que se identifica al testador mediante un testigo que no era conocido del notario<sup>24</sup>. En ambas sentencias se invoca la «convicción social de reducir al mínimo esencial la exigencia de las formalidades testamentarias».

El caso de la ya citada SAP Ourense 29 septiembre 2014 es el de una testadora con un apellido distinto en su DNI y en el Registro civil, respecto del que escribió el notario en el testamento, lo que se explicaría, a tenor de la sentencia, por haber utilizado un DNI anterior caducado. Considera la Audiencia que incluso con el error en el segundo apellido, la testadora quedó perfectamente identificada, por lo que no procede la nulidad.

## 2.2. La firma del testador

La firma del testador supone la asunción como propio del testamento que ha redactado el notario, de ahí que constituya una solemnidad esencial e ineludible (art. 685 CC, 421-13.2 CCCat). Con todo, la controversia reside en qué es firma y, más en concreto, en las características de la firma, especialmente su habitualidad. Ya la SAP Madrid (18ª) 23 marzo 2003<sup>25</sup>, afirmó que «el Código Civil en nada habla de habitualidad de la firma, sino exclusivamente de la firma por el testador sin hacer referencia alguna a condicionantes o requisitos de esta». La doctrina mayoritaria acepta cualquier firma atribuible al testador<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> STSJ Cataluña 4 septiembre 2006 (RJ 2007\6176). Véase también la SAP Madrid (11ª) 12 noviembre 2010 (JUR 2011\36210), y antes la SAP Oviedo 23 junio 1999 (Roj: SAP O 2631/1999).

<sup>24</sup> SAP Lleida 13 diciembre 2007 (JUR 2008\71983).

<sup>25</sup> Roj: SAP M 3831/2003. La cita compartiendo el criterio la SAP Oviedo 10 junio 2015 (Roj: SAP O 1516/2015).

<sup>26</sup> Así, ALBALADEJO, Manuel, *Curso de derecho civil V. Derecho de sucesiones*, Madrid, 2008<sup>9</sup>, p. 226; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010<sup>6</sup>, p. 70. Aunque no es un supuesto de otorgamiento de testamento sino de escritura pública de herencia, la SAP Córdoba 6 mayo 2016 (Roj: SAP CO 387/2016), indica que la firma es una «manifestación gráfica individual e identificadora [...] sin sujeción a exigencia formal». Por su parte, la SAP Valladolid 15 diciembre 2014 (Roj: SAP VA 1202/2014) no observa incompatibilidad entre analfabetismo y capacidad para firmar: «el pintado de la firma es supuesto práctico compatible con el hecho de que el que actúa no sepa leer o escribir, porque se trata de un mero dibujo o delineación de forma a efectos identificativos». Ahora bien, probablemente, estando previstas formalidades alternativas para quien no sabe o no puede escribir, no estaría de más inquirirse por la bondad de soluciones que aceptan sin más el entrenamiento proporcionado por quienes son favorecidos por el testamento para estampar un garabato. Por el contrario, el Código Civil y Comercial argentino exige expresamente la habitualidad de la firma para todas las formas testamentarias (art. 2476: «Cuando en los testamentos se requiera la firma, debe escribirse la

Por otra parte, en la jurisprudencia menor ya hay alguna sentencia<sup>27</sup> que da validez a la huella dactilar estampada en lugar de la firma en casos en que el testador no puede o no sabe firmar, superando alguna sentencia más antigua del Tribunal Supremo<sup>28</sup>.

### 2.3. La hora del otorgamiento

El art. 695 CC indica que en el testamento abierto el notario expresará, amén del lugar y fecha completa, la hora de su otorgamiento. La STS 21 junio 1986<sup>29</sup> basó en la falta de mención de la hora la declaración de nulidad del testamento: «para la validez de todo testamento, es de absoluta necesidad que se cumplan de manera rigurosa todas las solemnidades esenciales y requisitos establecidos en la normativa contenida en el artículo seiscientos noventa y cinco del Código civil, [...] es por ello por lo que ha de expresarse en el testamento “la hora” en que fuera otorgado, exigencia formal contenida en el artículo citado, [...] el carácter imperativo indudable de tal norma, determina su aplicación por los Tribunales, cuando se denote tal inobservancia formalista, a la luz de lo que establece el párrafo tercero del artículo seis del Código sustantivo, lo que apareja la declaración de nulidad del acto o documento que adolezca de la falta de cumplimiento de un requisito formal». Pero hay que tener en cuenta que, en el caso, también se pretendía la nulidad por falta de capacidad testamentaria de la testadora, cuestión en que no entra el TS al desestimar el motivo que pretendía la revisión de la valoración de la prueba en instancia.

El derecho civil catalán y el aragonés se muestran más laxos, pues los arts. 422.1 CCCat y 423.1.b) Código Foral de Aragón [CFA] advierten que la falta de indicación de la hora del otorgamiento del testamento no anula el testamento si el testador no ha otorgado otro en la misma fecha. Ya notó la STSJ de Cataluña de 3 enero 1994<sup>30</sup>, que aplicó la Compilación que carecía de norma equivalente, que la finalidad del requisito es asegurar la certeza de las últimas voluntades en los supuestos de existencia de testamentos otorgados el mismo día, por lo que la ausencia de hora no podía tener efecto invalidante del testamento. En idéntico sentido se manifestó la SAP Valladolid 9 julio 2002, aplicando el Código Civil<sup>31</sup>.

---

tal como el autor de ella acostumbra firmar los instrumentos públicos o privados»); también el CC de Panamá (art. 1733, 1735 y 1745).

<sup>27</sup> SAP Baleares 9 julio 2012 (AC 2012\1370); SAP Barcelona (14ª) 15 marzo 2016 (Roj: SAP B 2430/2016).

<sup>28</sup> STS 10 septiembre 1973 (RJ 4163), en un caso en que el testador sabía y podía firmar, doctrina que sigue la AP Cuenca 8 febrero 2006 (AC 129), tratándose empero de un pretendido testamento ológrafo mecanografiado, y el AAP León 18 febrero 2009 (Roj: AAP LE 25/2009).

<sup>29</sup> Roj: STS 15340/1986. La sentencia, que rechaza otro motivo de nulidad por razones formales, cual es que en el testamento no se consignó el juicio de los testigos instrumentales sobre la capacidad de la testadora, al no aparecer exigido en el art. 695 CC, fue objeto de recurso de revisión estimado por falsedad documental al haberse manipulado la copia del testamento para eliminar, precisamente, la mención de la hora (RIVAS MARTÍNEZ, art. 695, en CAÑIZARES/DE PABLO/ORDUÑA/VALPUERTA, *Código Civil comentado*, II, pp. 425-426).

<sup>30</sup> RJ/1994/9035.

<sup>31</sup> Roj SAP VA 981/2002: «A la hora de interpretar el artículo 687 del Código Civil, la jurisprudencia ha intentado mitigar el excesivo rigor del precepto, abriendo una línea flexible y antiformalista aplicable a

#### 2.4. La unidad de acto

El requisito formal de la unidad de acto aparece especificado en los arts. 699 CC y 421-13 CCCat<sup>32</sup>. Según Rivas Martínez, la jurisprudencia española ha optado por la unidad de acto atenuada, concentrada en el período definitivo de otorgamiento (lectura del texto, conformidad del testador y firmas y autorización)<sup>33</sup>. Por ello, no es óbice a la validez del testamento el transcurso de más o menos tiempo desde que se hacen llegar las instrucciones al notario hasta que se otorga el testamento<sup>34</sup>. La unidad de acto no queda afectada por la omisión de la hora en que finaliza el otorgamiento, puesto que esta es una formalidad que no exige el ordenamiento jurídico<sup>35</sup>. Mucho menos lo interrumpe «[e]l hecho de que la Sra. Notaria pidiera al final que trajeran una base sólida en que apoyar el testamento para poderlo firmar, lo que se hizo seguidamente —ir al salón y coger una revista— no constituye una interrupción de la unidad del acto, que ni siquiera llega a ser un accidente pasajero, que salvaría aquélla del mismo modo»<sup>36</sup>.

---

aquellos casos en que la formalidad omitida -ponderando con buen sentido su naturaleza y circunstancias concurrentes- no revista un carácter esencial y determinante, que es precisamente lo que ocurre en el supuesto presente, pues teniendo en cuenta que la finalidad buscada con la expresión de la hora en que el testamento fue otorgado no es otra que la de asegurar la certeza de las última voluntades en aquellos posibles supuestos en que una persona hubiere otorgado en un mismo día más de un testamento, es obvio que la trascendencia y relevancia de esa formalidad decae en aquellos supuestos -que, como el presente-, aquella certeza resulta incuestionable y no es discutida, sencillamente porque el día y fecha en que la testadora otorgó el testamento impugnado, no había otorgado ningún otro que pudiera poner en duda su última voluntad.

En conclusión, atendiendo a esa loable y flexible interpretación propugnada por la jurisprudencia antes aludida, el principio *favor testamenti* y la propia realidad social actual que sin duda repugna anteponer el cumplimiento de un mero formalismo, al debido respecto a la voluntad del testador cuando ésta aparece fielmente reflejada en un testamento notarial, esta Sala, al igual que el juzgador de instancia, entiende que en el caso enjuiciado, la falta de expresión de la hora de otorgamiento, no afecta a la validez del testamento impugnado».

<sup>32</sup> El CCCat ha atenuado la unidad de acto al no referirla a la fase de expresión de la voluntad y de redacción del testamento, como venía defendiendo la doctrina (JOU I MIRABENT, Lluís, art. 421-13, en EGEA FERNÁNDEZ, Joan, FERRER RIBA, Josep (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, I, Barcelona, 2009, p. 207).

<sup>33</sup> RIVAS MARTÍNEZ, art. 699, en CAÑIZARES/DE PABLO/ORDUÑA/VALPUESTA (coord.), *Código Civil comentado*, II, pp. 456-457. Así también la STS 20 marzo 2012 (Roj: STS 1691/2012) o, antes, las SsAP Gipúzkoa 27 febrero 2009 (Roj: SAP SS 314/2009), Pontevedra 18 enero 2007 (Roj: SAP PO 76/2007), o Madrid (11ª) 4 mayo 2006 (Roj: SAP M 5505/2006).

<sup>34</sup> SAP Alicante 20 mayo 2013 (Roj: SAP A 1640/2013).

<sup>35</sup> SAP Las Palmas 30 julio 2015 (Roj: SAP GC 1599/2015), que reafirma que no es exigible la presencia de los testigos en el momento de transmitir el testador las instrucciones al notario. Véase, asimismo, la SAP Jaén 24 abril 2015 (Roj: SAP J 380/2015).

<sup>36</sup> SAP Burgos 21 septiembre 2005 (Roj: SAP BU 854/2005).

### 2.5. La concurrencia de testigos y su firma

El art. 697.2 CC prevé la intervención de dos testigos<sup>37</sup> cuando el testador no sabe o no puede leer por sí el testamento. Una interpretación laxa de este precepto sostiene que no se trata de un requisito general para todos aquellos supuestos en que el testador no sepa leer ni escribir, sino sólo, y siempre en garantía del testador, cuando el testador que no sepa leer así lo declare ante el notario<sup>38</sup>. La misma solución se ha aplicado al derecho gallego, donde el art. 184 LDCG impone la concurrencia de dos testigos al otorgamiento cuando el testador no pueda leer o escribir<sup>39</sup>.

La testadora de la SAP Valladolid 15 diciembre 2014<sup>40</sup>, de 82 años y salud mental por lo menos dudosa, era analfabeta y no sabía firmar, pese a lo cual la hija favorecida en el testamento le enseñó a dibujar una firma, renunciando a leer por sí misma el testamento y limitándose a afirmar con la cabeza tras la lectura por la notaria. Considera la Audiencia que «[a]creditado en este caso que el testamento fue leído íntegramente y en voz alta por la notario luego de que la testadora renunciara al derecho de hacerlo por sí, y fue igualmente firmado por ella, consideramos reúne los requisitos necesarios para su validez, toda vez que en ningún momento se ha acreditado que el testador no tuviera plena capacidad física y mental para realizar y comprender el acto que realizaba, por lo que no era necesaria la presencia de testigos».

Se observa también una interpretación flexible de la ceguera que contempla el art. 697.2 CC para exigir la presencia de dos testigos. Así, además de la STS 11 diciembre 2009 citada en la nota 2, la SAP Salamanca 30 diciembre 2013<sup>41</sup> considera que aunque la testadora veía mal en el centro, sin embargo veía bien en la visión lateral, y con ayuda de una lupa podía leer, valiéndose por sí misma para andar, por lo que, habiendo intervenido notario, no era imprescindible la presencia de los testigos. Sin embargo, constatada la ceguera del testador, la intervención de los testigos constituye una

<sup>37</sup> Por concurrir un solo testigo idóneo, la SAP Toledo 8 febrero 2012 (Roj: SAP TO 80/2012), ratifica la nulidad del testamento, pues «la garantía que la Ley impone para el testador es la presencia de dos testigos idóneos y si solo uno es idóneo no ha gozado la testadora de las garantías que son legalmente previstas porque la Ley las considera necesarias».

<sup>38</sup> SAP Madrid (19ª) 14 noviembre 2013 (Roj: SAP M 21992/2013); SAP Jaén 6 noviembre 2014 (Roj: SAP J 966/2015); SAP Huelva 28 diciembre 2012 (Roj: SAP H 1392/2012).

<sup>39</sup> SAP A Coruña 28 octubre 2013 (Roj: SAP C 2884/2013): «Los apelantes parten de una interpretación rigorista, pues el precepto se refiere a no poder escribir (no que necesariamente sea la capacidad para manejar la mano, pues quien utiliza un teclado, aunque sea golpeándolo con un puntero que maneja con la boca está escribiendo). Además omiten que la corriente jurisprudencial tendente al principio del *favor testamenti*, armonizándose así la voluntad conocida del testador con los requisitos externos de su expresión (...), debiendo interpretarse la nulidad de forma muy restrictiva, por cuanto lo realmente pretendido no es otra cosa que eliminar la última voluntad del testador, con base a una discutible ausencia de puras “fórmulas sacramentales”».

<sup>40</sup> Roj: SAP VA 1202/2014.

<sup>41</sup> Roj: SAP SA 716/2013. Un supuesto similar en la SAP Madrid (14ª) 31 marzo 2014 (Roj: SAP M 5712/2014).

solemnidad esencial para el TSJ de Cataluña, de modo que su omisión determina la nulidad del testamento<sup>42</sup>.

Otro tema es el de la inhabilidad para ser testigo. El art. 682 contempla la inhabilidad de los instituidos herederos y de sus cónyuges. En el caso de la STS 19 octubre 2016<sup>43</sup> intervino como testigo la pareja de hecho de la heredera, dirimiéndose la cuestión de si procede la extensión de la causa de inhabilidad al conviviente. La sentencia resuelve en sentido negativo y aquí interesa este argumento: «debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, sólo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada». Un argumento que es incorrecto, pues, como ya se ha indicado, la forma o las solemnidades no constituyen ninguna restricción a la libertad testamentaria.

En cuanto al requisito de la firma de los testigos, la STSJ Catalunya de 7 febrero 1992<sup>44</sup> reputó «claramente excesivo y enormemente riguroso» declarar la nulidad del testamento por la ausencia de firma de uno de los testigos. Hay que observar que la sentencia se dicta tras la aprobación del Código de Sucesiones que suprimía la formalidad de los testigos instrumentales en el otorgamiento del testamento. Luego se ha valido de la argumentación de esta sentencia la SAP Barcelona (14ª) 15 marzo 2016<sup>45</sup> para dar validez a un testamento en que una de los testigos era pariente por afinidad de la testadora.

## 2.6. El empleo de fórmulas rituales

Ha afirmado con carácter general el Tribunal Supremo que «no se imponen nulidades por razón de supuestas “fórmulas sacramentales”»<sup>46</sup>, lo que por otra parte está dispuesto expresamente en el art. 423.1.b) CFA, conforme al cual «[t]ampoco lo anulará [el testamento] la falta de indicación en el testamento de que se ha cumplido alguno de sus requisitos y formalidades cuando pueda demostrarse que efectivamente fue cumplido». En relación con la fórmula ritual de constancia notarial de la capacidad del testador, la STS 20 marzo 2013, tras evocar el criterio flexibilizador en la apreciación del cumplimiento de las solemnidades testamentarias, ha afirmado, en un caso en que no se aprecia duda en cuanto a tal capacidad, que basta si «el meritado juicio de

<sup>42</sup> STSJ Cataluña 30 mayo 2016 (Roj: STSJ CAT 3774/2016), aunque de los hechos hay que destacar el énfasis que la sentencia pone en que las instrucciones las entregó al notario el asesor fiscal del testador y de su hijo, que este es el único favorecido en el testamento existiendo una hija, y que el mentado hijo estuvo presente en el acto del otorgamiento, por lo que cabe plantearse si no estamos ante uno de los casos en que se extrema la rigurosidad en la observancia de las formalidades para proteger al testador vulnerable.

<sup>43</sup> Roj: STS 4525/2016.

<sup>44</sup> RJ 1992/10273.

<sup>45</sup> Roj: SAP B 2430/2016.

<sup>46</sup> STS 20 marzo 2012 (Roj: STS 1691/2012). Lo mismo la SAP Las Palmas 14 noviembre 2012 (Roj: SAP GC 836/2012).

capacidad se infiere claramente de las declaraciones fedatarias que el Notario realiza en el pertinente protocolo y autorización del testamento con locuciones, suficientemente expresivas, que refieren “el consentimiento libremente prestado por la testadora” y que “el otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de la persona que testa”, expresiones que, si bien no dejan constancia expresa y ritual del juicio de capacidad, lo refieren “de otro modo” al situar como eje de la validez testamentaria la voluntad espontánea y libre de la testadora». Es evidente que estas ritualidades son completamente ajenas a las funciones de la forma, por lo que no deben influir en la validez del testamento.

### 2.7. *Otras cuestiones formales*

Tampoco cabe cuestionar la validez del testamento por la concurrencia de pretendidos defectos que en nada alteran a la plasmación de una clara y espontánea voluntad testamentaria. Así, en el caso de la SAP Baleares 9 noviembre 2010<sup>47</sup> se pretendía la nulidad del testamento por haber consignado determinadas cantidades en pesetas y no en euros. Con razón alega el tribunal, con cita de sentencias del Tribunal Supremo, que «no todos los defectos puramente formales pueden llevar a una consecuencia tan drástica y extrema como la nulidad de las disposiciones testamentarias, sino tan solo aquellos en los que la formalidad omitida tenga un carácter verdaderamente sustancial y relevante. A la hora de interpretar el artículo 687 del Código Civil, la jurisprudencia ha intentado mitigar el excesivo rigor del precepto, abriendo una línea más flexible y antiformalista aplicable a aquellos casos en que la formalidad omitida —ponderando con buen sentido su naturaleza y circunstancias concurrentes— no revista un carácter esencial y determinante».

## 3. LOS TESTAMENTOS OLÓGRAFOS

Los testamentos ológrafos constituyen un campo abonado para que los tribunales relajen las formalidades formales, por su otorgamiento privado sin la intervención imperativa de un técnico en derecho como el notario, legalmente obligado a velar por el cumplimiento de todas las solemnidades.

### 2.1. *La autografía*

Requisito formal esencial del testamento ológrafo es la autografía (art. 688 CC, 421-17.2.a) CCCat)<sup>48</sup>. Con todo, la jurisprudencia ha llegado a validar testamentos ológrafos

<sup>47</sup> AC 666.

<sup>48</sup> Como sintetiza el AP Tarragona 12 mayo 2005 (AC 103), «[e]n relación al testamento ológrafo, señala el Tribunal Supremo que la autografía del testamento tiene que ser total (SSTS 7 febrero 1923, 25 octubre 1947, 19 febrero 1956, 18 junio 1994) el testamento ha de estar todo escrito y firmado por el testador (SSTSJC 7 enero 1993, 23 abril y 8 junio 1998) [...] hemos de resaltar que dicho documento fue redactado por un Letrado profesional, [...] es posición consagrada en la doctrina y en la Jurisprudencia que para otorgar un testamento ológrafo se necesita “poder” escribir, incluso la propia sentencia citada

parcialmente mecanografiados al modo de los formularios ológrafos impresos ingleses. Para ello, se toma en consideración que el núcleo dispositivo está escrito autógrafamente, con la fecha también manuscrita, mientras que las palabras mecanografiadas actúan a modo de plantilla con puntos suspensivos sobre los que se manusciben por la testadora, básicamente, sus datos personales, con lo que, correctamente, se tienen por cumplidas las solemnidades esenciales<sup>49</sup>.

## 2.2. La habitualidad de la firma del testador

La habitualidad de la firma, exigida expresamente como requisito de carácter general en el Reglamento Notarial<sup>50</sup>, es recordada por la doctrina<sup>51</sup>. El caso de la STS 5 mayo 2011<sup>52</sup> es el de una testadora que otorgó su decimotercero testamento a la edad de 96 años. Aparte de la capacidad de la testadora, el objeto de discusión lo constituye la firma de la testadora. El testamento, ológrafo, finalizaba con una firma que no era la habitual de la testadora, sin que no obstante hubiera duda acerca de la autoría. La sentencia razona que «doctrina y la jurisprudencia siempre se han referido a la firma "habitual" o "usual", pero nunca lo han hecho en el sentido de que la misma debe ser idéntica a las anteriores sino que no sea una distinta, sin nada que ver con la que utiliza

---

reconoce que es necesario saber leer y escribir y en este supuesto nos afirma la recurrente que la abuela Sra. Lidia es analfabeta». Tampoco cabe redactarlo por medios mecánicos (SAP Barcelona (19ª) 15 mayo 2006, Roj: SAP B 6229/2006).

<sup>49</sup> Auto AP Baleares 17 octubre 2004 (JUR 2005\21892).

<sup>50</sup> Art. 195.II: «Los que suscriban un instrumento público, en cualquier concepto, lo harán firmando en la forma que habitualmente empleen».

<sup>51</sup> TORRES GARCÍA, Teodora F., art. 688, en CAÑIZARES/DE PABLO/ORDUÑA/VALPUESTA (coord.), *Código Civil comentado*, II, pp. 393-394; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de derecho civil. Tomo V Sucesiones*, Madrid, 2016<sup>2</sup>, p. 79 («firma usual»); GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Testamento ológrafo: ¿transformase o morir?», en LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, FERRER VANRELL, María Pilar, TORRES LANA, José Ángel (Dir.), *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, Madrid, 2014, p. 250: «un trazo firme que el autor reitera siempre con similar o aproximado dibujo»: ROCA TRIAS, Encarna, en PUIG I FERRIOL, Lluís, ROCA I TRIAS, Encarna, *Institucions del dret civil de Catalunya. Volum III. Dret de successions*, Valencia, 2009<sup>7</sup>, p. 171 («ha de ser la que el testador usi habitualment»). Más matizadamente, CÁMARA LAPUENTE, en PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel (coord.), MARTÍNEZ DE ALDAS, Carlos, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Curso de derecho civil (V), Derecho de sucesiones*, Madrid, 2013, p. 45, subraya que debe constar la «propia y habitual» del testador, pero, a la vista de la STS citada, «entendido el requisito de la habitualidad en sentido muy laxo y amplio». De otra opinión, anticipando la última orientación jurisprudencial, LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier, «Aportaciones al estudio de la firma manuscrita», en GONZÁLEZ PORRAS, J.M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (coord.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo Fernández*, Murcia, 2004, p. 2874: «Entiendo que lo importante no reside tanto en el empleo de un estilo o de una modalidad que identifique a su autor, cuanto en la existencia de una voluntad encaminada a crear el acto de que se trate. Lo decisivo es que la firma resalte la responsabilidad y la indiscutible voluntad del firmante de asumir como suyo el documento al que ha incorporado su voluntad; y ello con independencia de que esto lo haga utilizando su forma tradicional de firma, otra distinta, o simples menciones».

<sup>52</sup> RJ 2012\1101, cuyo ponente fue Xavier O'CALLAGHAN (ver nota anterior). La STS 25 noviembre 2014 (Roj: STS 4721/2014), con idéntico ponente y cita de la mentada de 5 mayo 2011, dice sin más que la firma debe ser la «habitual o usual».

normalmente [...] [y] han considerado siempre un concepto amplio de la firma, sin especiales requisitos formales que irían contra la realidad social e incluso irían más allá de lo que exige el Código civil». Siguiendo esta doctrina, la STSJ Cataluña 16 marzo 2015<sup>53</sup>, casando la sentencia de la Audiencia Provincial<sup>54</sup>, usa el siguiente razonamiento: «La habitualidad de la firma no es requisito formal exigible para estimar la validez del testamento ológrafo en derecho civil catalán, pues en el art. 120 CS se requiere la autografía, lugar, fecha y firma, sin enmiendas» (lo mismo vale para el vigente art. 421-17.2 CCCat)<sup>55</sup>. Por el contrario, la SAP Barcelona (17ª) de 12 diciembre 2014<sup>56</sup> trataba el testamento ológrafo otorgado por la cónyuge del testador de la sentencia anteriormente citada y, con profusa cita de la SAP casada, niega validez al testamento, por no ser la firma de la testadora la habitual, pero añadiendo que parece que alguien dictara el contenido por contener expresiones «poco habituales como "la suscrita", "disponiendo por medio del presente", de difícil acceso para una ama de casa». En todo caso, debe exigirse a la firma que, como la forma en general, no suscite duda no solo sobre la autoría, sino también sobre la seriedad y la determinación del testador<sup>57</sup>.

### 2.3. La indicación del lugar

El Código Civil no enumera dentro de las solemnidades del testamento ológrafo la indicación del lugar en que se otorga, a diferencia del derecho civil catalán, que lo ha venido exigiendo tradicionalmente (art. 120.1º Código de Sucesiones, ahora art. 421-17.2.a) CCCat). Con todo, se trata de un requisito de difícil verificación, que bien poco aporta sobre la voluntad del causante o su capacidad y espontaneidad, ni se corresponde con las funciones descritas de la forma, y, por consiguiente, resulta

<sup>53</sup> Roj: STSJ CAT 3084/2015. Contrasta esta sentencia con la del mismo tribunal de 3 de diciembre de 1985 (RJ 6518): «resulta quasi segur [...] que la mà del testador fou "guiada" per una tercera persona, i també la signatura, que en el tipus de testament que ara estudiem és un del elements on més s'ha d'exigir per tal de reconèixer el valor d'un document d'últimes voluntats de caràcter extraordinari [...] l'Audiència estima que la rúbrica, segons afirmen els experts cal·ligràfics, i acceptà la sentència es l'últim dels traços que perden les persones afectades per dificultats motrius en la mà més activa, i també es fa palès que l'esmentada rúbrica s'assembla ben poc a l'usual dels testadors els darrers anys i inclòs mesos, llavors no es necessari afegir gaire més consideracions». La razón se halla, pues, en la posible captación de la voluntad de una testadora vulnerable, aspecto al que ya se ha hecho cumplida mención.

<sup>54</sup> La SAP Barcelona (1ª) 15 julio 2014 (Roj: SAP B 7607/2014) partía de la premisa que «el rigor formal o les garanties que exigeix el legislador en establir determinats requisits d'inexcusable observança així com l'especial rigor amb el que la jurisprudència ha analitzat i interpretat aquesta modalitat testamentària» para juzgar nulo el testamento ológrafo por ser la firma del testador no habitual –aunque puede entreverse dudas de más calado sobre la verdadera voluntad testamentaria–.

<sup>55</sup> También en Bélgica la jurisprudencia ha evolucionado hacia la negación de la habitualidad como requisito de la firma; véase PINTENS, Walter, «Testamentary Formalities in France and Belgium», en REID/DE WAAL/ZIMMERMANN, *Testamentary Formalities*, p. 61.

<sup>56</sup> Roj: SAP B 14756/2014.

<sup>57</sup> WEIDLICH, Dietmar, §2247, en PALANDT, *BGB*, München, 2015<sup>74</sup>, Rn 13, aunque a renglón seguido admite la evolución tendente a que esta formalidad no decida la suerte del testamento.

perfectamente prescindible<sup>58</sup>, aunque el legislador catalán ha optado expresamente por mantenerlo como solemnidad, pues en el trámite de preparación del proyecto de ley se debatió específicamente su supresión a la vista de una sentencia emblemática, la del TSJ de Cataluña de 23 abril 1998<sup>59</sup>, que concernía un testamento otorgado por quien estaba ingresado en un hospital de Barcelona a la espera de una operación a vida o muerte. El testador, para escribir su testamento, se valió de una hoja con el membrete del hospital, pero sin escribir de puño y letra el lugar. Alegada la infracción formal, la sentencia consideró cumplida la solemnidad con la impresión del nombre del hospital en la hoja y la constancia de que en tal fecha estaba ingresado en él. El Tribunal rebajó la significación de la constancia del lugar a «formalismo más que requisito esencial de forma». La concesión del legislador catalán ha sido salvar la validez del testamento si, pese a la falta de mención del lugar, éste puede conocerse de otro modo (art. 422-1.2 CCCat)<sup>60</sup>. El paso final lo ha dado la STSJ Cataluña 9 septiembre 2013<sup>61</sup>, que ha validado un testamento ológrafo sin mención alguna, siquiera indirecta, del lugar, pese a la rotundidad del mencionado art. 421-17.2.a) CCCat, sobre la base de que la indicación del lugar es una mera *formalidad* y no un requisito de forma: «partiendo de todo lo hasta aquí explicitado y de que en el caso enjuiciado no existe duda alguna en cuanto a la fecha de otorgamiento del documento de referencia, ni respecto a la capacidad de la otorgante, puede concluirse, al igual que hace la sentencia de la Audiencia Provincial objeto del presente recurso de casación, que estamos ante una mera formalidad y no ante un requisito esencial de forma que justifique una reordenación en otro sentido de la voluntad claramente expresada de la causante para después de su muerte. Esta Sala del TSJC, constituida en Pleno, también comparte la tesis de sentencia recurrida en cuanto a la no razonabilidad que implicaría el que una persona que falleció en la convicción de haber realizado testamento y de haber dispuesto de sus bienes para después de su muerte en favor de la pareja de hecho de tantos años, —“la única persona que creo que me ha querido más allá de los límites establecidos”, según expresa en documento manuscrito a f. 282—, ahora resultara que, gracias a tal formalismo —del todo punto irrelevante en el supuesto de autos—, hubiere muerto intestada». Cita ambas sentencias llegando a la misma solución la SAP Tarragona 20 octubre 2015<sup>62</sup>, en el caso de un codicilo ológrafo sin indicación del lugar, limitándose la sentencia a señalar que la testadora se hallaba ingresada en un centro hospitalario.

<sup>58</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Las formalidades del testamento ológrafo en derecho catalán: apunte sobre un desacierto legislativo», *La Notaria*, IV/2000, pp. 132 ss; POZO CARRASCOSA, Pedro del, VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho de sucesiones*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, São Paulo, 2012<sup>2</sup>, p. 71; más matizadamente, MARSAL GUILLAMET, Joan, *El testament*, Barcelona, 2000, pp. 359-360.

<sup>59</sup> RJ 10053.

<sup>60</sup> La solución es la misma del BGB, que exige asimismo la indicación del lugar en el § 2247 BGB, aunque su apartado (5) valida el testamento si el lugar puede conocerse por otras vías. Sobre la evolución en la aplicación de esta formalidad, MÜNCHENERKOMMENAR/HAGENA, §2247, Rn 45-46.

<sup>61</sup> Roj: STSJ CAT 6527/2013: «Yo María Dolores en perfecto uso de mis facultades, escribo mi siguiente voluntad; es mi voluntad que todos mis bienes en caso de mi fallecimiento pasen a Gumersindo por lo que firmo a 29 de marzo de 1997».

<sup>62</sup> Roj: SAP T 1070/2015.

#### 2.4. La fecha

Uno de los requisitos que ha originado más pronunciamientos es el de la fecha. La ausencia total de fecha supone el incumplimiento evidente de una formalidad que, por fijar el momento del otorgamiento, incide o puede incidir en la capacidad natural que se exige a todo testador<sup>63</sup>, aparte de en el efecto revocatorio del negocio testamentario, en la eficacia de determinadas cláusulas o en el derecho aplicable, de ahí que tradicionalmente el Tribunal Supremo se hubiera mostrado estricto en el cumplimiento de la indicación de la fecha<sup>64</sup>. Pero la fecha consignada en el documento puede ser solo parcial, y contener únicamente el año, o faltar el mes, o el día, y cualquier combinación posible entre estos tres elementos. La profesora TORRES GARCÍA<sup>65</sup> sostiene que la fecha tiene que ser completa: «debe contener los tres elementos mencionados»; LACRUZ admite la fecha incompleta, si ésta puede concretarse con datos inequívocos procedentes del mismo testamento<sup>66</sup>. La jurisprudencia menor ha admitido la protocolización de escritos en que faltaba algún dato, como por ejemplo el mes («7 de 1999»)<sup>67</sup>, o el día («febrero de 1999»)<sup>68</sup>, («abril 2009»)<sup>69</sup> y («4 2.005»)<sup>70</sup>, e incluso excepcionalmente el día y el mes<sup>71</sup>; y se ha considerado válido el testamento en

<sup>63</sup> STSJ Cataluña 8 junio 1998, RJ 10056; Auto AP Madrid (25ª) 17 julio 2009 (JUR 362582). La expresión «estoy muriendo» no equivale a fecha, por no ser un día cierto, como valoró correctamente el Auto AP Murcia 8 mayo 2006 (JUR 188128).

<sup>64</sup> Por ejemplo, STS 3 abril 1945 (RJ 570): «con referencia especial al requisito de la fecha tiene establecido con gran reiteración y sin admitir salvedad o excepción ninguna, que el testamento ológrafo que no conste indicación exacta del año, mes y día en que fue escrito, carece de una condición esencial para su validez». El art. 602 del *Codice Civile* exige expresamente «l'indicazione del giorno, mese e anno», aunque la ausencia de alguno de estos elementos se torna en causa de anulabilidad y no de nulidad; véase, por todos, MARROCCHI, Enrico, «Forme dei testamenti», en RESCIGNO, Pietro (dir.), *Tratatto breve delle successione*, vol. I, Milano, 2010, p. 878 ss; GALGANO, Francesco, *Commentario compatto al Codice Civile*, Piacenza, 2012<sup>4</sup>, p. 760.

<sup>65</sup> Art. 688, p. 392, y en «El testamento ológrafo en el Código civil», en GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen (Dir.), *Tratado de derecho de sucesiones*, t. I, Cizur Menor, 2011, pp. 455-456.

<sup>66</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al*, *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*, 3ª ed. revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Madrid, 2007, p. 194

<sup>67</sup> Auto AP Barcelona (17) 20.12.2000 (JUR 2001\131204).

<sup>68</sup> Auto AP Barcelona (19ª) 30.6.2004 (JUR 219710). En sentido opuesto, el AAP Barcelona (1ª) 27 abril 2012 (Roj: AAP B 3289/2012), que no accede a la protocolización del siguiente documento: «Septbre. 2009. Caso de mi defunción, todos mis bienes, dinero y demás, pasa a ser propiedad de Begoña. Firmado. C.I. 37606785-Z»; tal vez la razón del fallo estriba en que la Sala manifiesta no tener la absoluta seguridad de que la letra fuera del causante al no haberse practicado pericial.

<sup>69</sup> Auto AP Girona 14 octubre 2011 (JUR 2012\313875).

<sup>70</sup> Auto AP Girona 29 noviembre 2010 (JUR 2011\182984).

<sup>71</sup> Auto AP Lugo 17 septiembre 2003 (JUR 2004\8376). No accedió a la protocolización, en cambio, de un pretendido testamento ológrafo sin día ni mes el AAP Oviedo 23 septiembre 2008 (Roj: AAP O 656/2008). Los únicos pronunciamientos que conozco en que falta el año consideró inválido el testamento [STSJC 25 enero 2001 (RJ 8171), y AAP Oviedo 9 febrero 2011 (Roj: AAP O 105/2011), en que al año le faltaba su última cifra («200»)], pero no tiene por qué entrañar una regla inamovible, en atención a lo que argumento en el texto, si de otro modo puede establecerse el momento del otorgamiento; en contra, Díez-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, IV-2, Madrid, 2012, p. 64.

que uno de los guarismos del año de otorgamiento consta corregido sin ser salvada la corrección con firma por el propio causante según la pericial caligráfica practicada<sup>72</sup> y el que contiene dos fechas<sup>73</sup>, tanto por entender que la segunda fecha es ratificación del testamento como que supone un nuevo testamento fundado en el anterior. Esta flexibilización de la constancia de la fecha debe ser saludada<sup>74</sup> siempre que, como viene cautelosamente realizando la jurisprudencia, no existan dudas sobre la concurrencia del *animus testandi in actu* del causante y de su capacidad natural, en la medida en que esta no puede ser objeto de controversia en función de la inconcreción de la fecha, ni evidentemente se plantee conflicto con otro testamento otorgado con fecha cierta durante el período dudoso.

Esta tendencia relajadora de la jurisprudencia, apoyada por la doctrina<sup>75</sup>, ha acabado por tener reflejo en los textos legales<sup>76</sup>. Así, el mencionado art. 422-1.2 CCCat salva de la nulidad, además de por el lugar, por la «falta de indicación o la indicación errónea de la fecha del testamento» si se puede acreditar de algún otro modo. El precepto es, a pesar de todo, insuficiente, pues el problema puede consistir no en la «indicación errónea», sino en la falta de indicación o en su escritura incompleta, como se ha comprobado con los ejemplos del testamento otorgado en el hospital o los casos reportados de testamentos ológrafos con fechas en que falta el día o el mes, y por ello debe ser de interpretación extensiva para que comprenda estos casos y otros que puedan suscitarse. Con algo de mayor amplitud, el art. 423.1.b) *in fine* CFA advierte que «[t]ampoco lo anulará [el testamento] la falta de indicación en el testamento de que se ha cumplido alguno de sus requisitos y formalidades cuando pueda demostrarse que

<sup>72</sup> SAP Salamanca 1 junio 1999 (AC 976); SAP Segovia 22 enero 2002 (AC 270).

<sup>73</sup> 2 de agosto de 2002 y 3 de agosto de 2003: SAP Barcelona (14ª) 31 enero 2013 (Roj: SAP B 425/2013).

<sup>74</sup> Más estricto se muestra DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Compendio de derecho sucesorio*, Madrid, 2011, p. 113, para quien «es esencial la expresión de la fecha. Por consiguiente, si ésta falta o es incompleta [...] el testamento es nulo», expresándose solo más comprensivo en el supuesto que el causante yerre al escribir la fecha. Igualmente exigente con la constancia completa de la fecha se había expresado TORRES, Teodora F., *El testamento ológrafo*, Madrid, 1977, p. 295. Por el contrario, la jurisprudencia belga admite fechas incompletas (PINTENS, «Testamentary Formalities», p. 59). En Francia se reputan válidos incluso testamentos sin fecha (PINTENS, «Testamentary Formalities», p. 60; MALAURIE, Philippe, *Les successions. Les libéralités*, Paris, 2010<sup>4</sup>, pp. 257-258, con poco convencimiento); un ejemplo de ello lo proporciona la sentencia de la sala civil 1 de la *Cour de Cassation* de 5 marzo 2014, 13-14.093 (consultable en <https://www.legifrance.gouv.fr>), según la que «un testament olographe non daté de la main du testateur comme l'exige l'article 970 du code civil n'encourt pas la nullité à condition que des éléments intrinsèques à l'acte, corroborés par des éléments extrinsèques, établissent qu'il a été rédigé au cours d'une période déterminée» (en este caso un período de más de siete años, entre enero de 2001 y el fallecimiento el día 9 enero 2008) siempre que «il est démontré qu'au cours de la période pendant lequel il a été rédigé, il n'est pas démontré que le testateur a été frappé d'une incapacité de tester ou d'une perte de discernement». En Austria la fecha no es requisito de validez sino únicamente una recomendación del legislador (§ 578 ABGB).

<sup>75</sup> LACRUZ BERDEJO/RAMS ALBESA, *Elementos V*, p. 170; CÁMARA LAPUENTE, en *Derecho de sucesiones*, p. 132; SOLÉ FELIU, Josep, art. 421-17, en EGEA FERNÁNDEZ/FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart*, p. 239-240.

<sup>76</sup> MARSAL GUILLAMET, Joan, «La ineficacia dels actes i disposicions d'última voluntat», en Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona (coord.), *El nou dret successori del Codi Civil de Catalunya*, Girona, 2009, p. 132.

efectivamente fue cumplido»<sup>77</sup>. El precepto no destaca por la perfección de su redacción y vuelve a quedarse corto en su tenor literal. La idea debe ser que si el incumplimiento o el cumplimiento irregular de una solemnidad no tiene ni puede tener trascendencia en cuanto a la voluntad y a la capacidad testamentarias, el testamento debe reputarse válido en aras del mayor respeto a la libertad de testar del causante.

### 2.5. El soporte de la declaración de voluntad testamentaria

El supuesto de hecho de la STS 19 diciembre 2006<sup>78</sup> viene configurado por una carta manuscrita y una tarjeta de visita, cuyo respectivo contenido es el siguiente:

«17.02-94.-95110 Sannois (Francia).

Sr. D. Pedro.

Se adjunta una tarjeta de visita, con orden de cambio notarial, del nombre de Irene por el de:

Pedro.

Fdo: Marco Antonio

(sigue una firma)

DNI NUM000

P.D.: Ref. R. Valdés o Araceli Solamillas (99) con recuerdos a ambos».

«16-02-94.-Sannois-95110; 97 Rue Lte Keiser; Tlf. Mr. Albert Richard (KIKO) 07-33139714 115.

Querido Pedro: Dado el adverso y persistente clima, que para mi lesión cardíaca domina en España, me vine a París sin conseguir salir de la gran borrasca. En espera que esto lo podamos comentar con una gran dosis de humor, te anticipo, y disculpa la faena, mi deseo de sustituir el nombre de Irene, por el de Pedro, único testamento notarial Araceli y R. (sigue una firma) con la confianza de que des un aire alegre a eso que Don F. de Q. y V. llama "Poderoso Caballero D.".

Las llaves del estratégico pisito, las tiene Estela (Faremec) quien ha tenido a bien custodiar, a quién agradecerás, y te/me pondrás a su entera disposición.-Recuerdos y un abrazo (sigue una firma)».

La realidad es que el causante no llegó a modificar el testamento que había otorgado en favor de su entonces compañera sentimental. No obstante, el Tribunal Supremo entiende que hay una verdadera voluntad testamentaria y valida la tarjeta como testamento ológrafo. Sí es verdad que el texto aparece firmado y con fecha (art. 688

<sup>77</sup> A favor de este criterio legal menos rigorista se ha manifestado RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, art. 687, en CAÑIZARES/DE PABLO/ORDUÑA/VALPUESTA (coord.), *Código Civil comentado*, II, p. 377.

<sup>78</sup> RJ 2006\9243, comentada por ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2007, nº 75, p. 1279, y por COBAS COBIELLA, María Elena, «Testamento ológrafo realizado de manera inusual. Una sentencia interesante», *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 19, 2007, p. 479 ss.

CC), y que no hay problema en admitir los testamentos ológrafos epistolares<sup>79</sup>, pero lo cierto es que, dejando a un lado su contenido en que no se explicita un nombramiento rotundo y definitivo de un heredero o legatario, está escrito en una tarjeta de visita y debe cohonestarse con la carta. La clave, probablemente, radica en el hecho de que la favorecida en el testamento revocado por el ológrafo posterior era la antigua pareja; de ahí, probablemente, que el Tribunal no entre en demasiadas disquisiciones formales y encuentre suficientes razones de contenido para validarlo revocando la sentencia de audiencia.

## 2.6. *La unidad de acto*

El art. 421-5.1 CCCat exige la unidad del acto de otorgamiento, pero en su literalidad más estricta parece circunscribir esta formalidad al testamento notarial, excluyendo al ológrafo, y así lo ha defendido ROCA TRIAS<sup>80</sup>. Con arreglo todavía al Código de Sucesiones de 1991, La SAP Barcelona (14<sup>a</sup>) 2 enero 2013 ha estimado que la solemnidad de la unidad de acto no es aplicable al testamento ológrafo. En el caso, algún párrafo habría sido interlineado con bolígrafo distinto en fecha y lugar también distintos. Admitir sin más matices este fallo conduce a conceder validez al testamento ológrafo de redacción sucesiva por tiempo indeterminado, pese a que otro de los requisitos formales del testamento ológrafo –aunque con la dulcificación a que ya me he referido– es la constancia de una fecha cierta. La SAP Tarragona 20 octubre 2015<sup>81</sup> antes citada sostiene lo mismo, pero hay una diferencia substancial, cual es que se estima probado que, de las dos caras en que estaba escrito, el anverso fue redactado antes de ser intervenida la testadora precisamente el día que consta en el documento –9 de marzo–, y el reverso después de salir de la UVI, a finales de febrero o primeros de marzo; con independencia de que las fechas que escribe la sentencia son poco coherentes, el intervalo temporal es, en todo caso, breve, a diferencia de la sentencia antes citada de la Audiencia de Barcelona. En todo caso, un ordenamiento de referencia como es el alemán prescinde también de la unidad de acto en el testamento ológrafo<sup>82</sup>. El art. 2478 del Código Civil y Comercial argentino proporciona un ejemplo de solución ponderada: «No es indispensable redactar el testamento ológrafo de una sola vez ni en la misma fecha. El testador puede consignar sus disposiciones en épocas diferentes, sea fechándolas y firmándolas por separado, o poniendo a todas ellas la fecha y la firma el día en que termine el testamento». Así se cohonestan la necesidad de fecha de la disposición con la dispensa de la unidad de acto.

<sup>79</sup> TORRES, *El testamento ológrafo*, p. 254, nota 61.

<sup>80</sup> ROCA I TRIAS, en PUIG I FERRIOL/ROCA I TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya III*, p. 171: «[é]s evident que no cal unitat d'acte».

<sup>81</sup> ROJ: SAP T 1070/2015.

<sup>82</sup> ZIMMERMANN, Reinhard, «Testamentary Formalities in Germany», en REID/DE WAAL/ZIMMERMANN (ed.), *Testamentary Formalities*, p. 203.

### 2.7. Lenguaje solemne

De forma similar a lo dicho en relación a las fórmulas sacramentales en el testamento notarial, el testamento ológrafo no requiere tampoco un lenguaje especial, técnico o ritual<sup>83</sup>. Lo ha afirmado con rotundidad la SAP Zaragoza 12 enero 2016<sup>84</sup>: «la ausencia de palabras solemnes, graves o trascendentes con que de forma común se pudiera entender debe revestirse el acto por el que se dispone de los bienes para después de la muerte, no significa falta de entendimiento o comprensión plena de lo que se expresa, que pudiera generar ausencia de capacidad testamentaria con el contenido que se acaba de decir: más bien, en el caso, se han elegido intencionadamente unas palabras corrientes, incluso vulgares, pero claras y concisas, para expresar los últimos deseos». Aún más allá, la SAP Madrid (10ª) 18 septiembre 2015<sup>85</sup> considera que «con ser cierto que en ningún momento del documento se habla de testamento, herencia, legado o muerte, no hemos de quedar constreñidos por las palabras, al no tratarse de analizar las palabras exactas en su sentido gramatical, como tampoco las expresiones que definirían de forma inconcusa la voluntad testamentaria, sino, antes al contrario, descubrir la voluntad real expresada en el documento en el momento en que lo redactó», y no concurriendo duda sobre la capacidad testamentaria, da por válido el testamento ológrafo.

## 4. CONCLUSIÓN

El Código Civil y otros ordenamientos civiles autonómicos contienen una variedad de testamentos especiales y de formas testamentarias autóctonas, aunque el uso de alguna de ellas en la realidad sea más bien ocasional, todos ellos sujetos a diversas formalidades. Por todo ello, puede afirmarse sin ambages que la libertad formal de testar es muy notable en España, no solo por la variedad de instrumentos de que dispone el testador, sino, además, por la relajación de las formalidades testamentarias al amparo tanto de nuevos preceptos legales como de una ya consolidada línea jurisprudencial. La forma en la sucesión está al servicio de la voluntad<sup>86</sup> y no a la inversa. De ahí que la jurisprudencia haya invocado el principio *favor testamenti*, que postula «reducir al mínimo esencial la exigencia de las formalidades testamentarias que no se puedan regir», y «una clara tendencia y efecto de simplificación de formalidades y de sobriedad de formas»<sup>87</sup>. Si bien, en general, esta jurisprudencia dulcificadora debe

<sup>83</sup> La misma idea en derecho alemán: ZIMMERMANN, «Testamentary Formalities», p. 203; MÜNCHENERKOMMENTAR/HAGENA, § 2247, n 6.

<sup>84</sup> Roj: SAP Z 38/2016.

<sup>85</sup> Roj: SAP M 12541/2015.

<sup>86</sup> RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, art. 421-2, en EGEA FERNÁNDEZ/FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart*, p. 144.

<sup>87</sup> STSJ Cataluña 4 septiembre 2006 (RJ 2007/6176) (mi traducción al castellano). También GARRIDO MELERO, Martín, *Derecho de sucesiones, t. I*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, p. 129.

saludarse, en línea con experiencias comparadas<sup>88</sup>, en cuanto reflejo de la idea central de libertad de testar, esto no significa que pueda prescindirse de todas las solemnidades, pues la forma testamentaria constituye una garantía de la libertad testamentaria. Por ello, la dulcificación de los rigores formales del testamento debe fundamentarse en las señaladas funciones que cumple la forma testamentaria, que son constituir garantía de la libre expresión y de la conservación de la voluntad testamentaria y de la seriedad del propósito testamentario del causante, amén de la facilitación de la prueba de esa espontaneidad y seriedad. Ello conlleva que aquellas solemnidades que van unidas a la autenticidad del testamento, como la autografía o la firma del testador, en especial en el testamento ológrafo, sean indispensables<sup>89</sup>. La relajación formal del testamento solo cabe cuando no haya sombra de duda sobre la espontaneidad y la capacidad natural del causante<sup>90</sup>. Por ello, no puede sino observarse con reparos aquellas sentencias que, en aras de la conservación del testamento, dan por válido un testamento ológrafo en el que la firma que aparece estampada no se corresponde con ninguna de las utilizadas por el testador a lo largo de su vida. Los supuestos que aparecen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la jurisprudencia menor que aquí se han comentado no son casos en que la persona usa distintas firmas<sup>91</sup>, sino que la firma que se estampó no coincide con una que sea conocida que esa persona por haberla empleado ni que sea raramente. Puesto que la firma del testador supone la asunción como propio y querido de lo que aparece escrito con anterioridad, una firma desconocida del testador solo puede conducir excepcionalmente a la validez del testamento, en especial si es ológrafo, si *a)* no hay duda de la capacidad de obrar del testador y *b)* no hay duda de que el otorgamiento o la redacción han sido voluntarios y espontáneos; en otro caso, una firma creada *ad hoc* para rubricar un testamento, en particular el ológrafo, debe suscitar la sospecha de que, en realidad, no se asume la redacción como propia y querida y, por ende, acarrear la invalidez del pretendido testamento. Lo mismo cabe decir de las firmas enseñadas a personas analfabetas específicamente para testar por quienes son beneficiarios en el testamento. La ley ya prevé formalidades garantistas adicionales para quien no sabe o no puede firmar. Se hace preciso, entonces, ponderar otro de los principios que emergen en el derecho sucesorio actual, cual es la protección del testador vulnerable,

<sup>88</sup> Además de las referencias en notas precedentes, KOLKMAN, Wilbert D., «Testamentary Formalities in the Netherlands», en REID/DE WAAL/ZIMMERMANN (ed.), *Testamentary Formalities*, pp. 171-173: «a sanction for the non-compliance with formalities should never go further than what is appropriate to the rationale behind that sanction».

<sup>89</sup> Por ejemplo, SAP Madrid (12ª) 16 marzo 2016 (Roj: SAP M 5601/2016).

<sup>90</sup> Ciertamente, ello no constituye una regla de contornos fijos apta para resolver todos los casos de modo unívoco, sino que presupone un grado notable de arbitrio judicial, por lo que es preciso asumir esta crítica (como lo hacen, por ejemplo, para la regla del Uniform Probate Code que salva el *harmless error* cuando hay *clear and convincing evidence* de la voluntad testamentaria SHERWIN, Emily, «Clear and Convincing Evidence of Testamentary intent: The Search for a Compromise between Formality and Adjudicative Justice», *Connecticut Law Review*, 2002, p. 453 ss, y BARON, Jane B., «Irresolute Testators, Clear and Convincing Wills Law», *Washington & Lee Law Review*, 2016, p. 3 ss.).

<sup>91</sup> Como en el AAP Sevilla 13 diciembre 2012 (Roj: AAP SE 3982/2012), en que la testadora también rubricaba ocasionalmente como en el pretendido testamento ológrafo.

valorando las circunstancias del caso para tener un grado de seguridad suficiente de que el testamento en cuestión es, en verdad, voluntario y espontáneo, pues, de otro modo, lo que procede es su nulidad.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, Manuel, *Curso de derecho civil V. Derecho de sucesiones*, Madrid, 2008.

ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2007, nº 75.

BARON, Jane B., «Irresolute Testators, Clear and Convincing Wills Law», *Washington & Lee Law Review*, 2016.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, en PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel (coord.), MARTÍNEZ DE ALDAZ, Carlos, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Curso de derecho civil (V), Derecho de sucesiones*, Madrid, 2013.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Las formalidades del testamento ológrafo en derecho catalán: apunte sobre un desacierto legislativo», *La Notaria*, IV/2000.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, t. 6, vol. 2º, revisada y puesta al día por José BATISTA MONTERO-RÍOS y José Mª CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, 1979.

CEVALLOS, Jerónimo de, *Practicarum et variarum quaestionum*, Toleti, 1599, quaestio 71, nº 3.

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de derecho civil*, t. III, nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso DE COSSÍO Y CORRAL y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, Madrid, 1959.

COBAS COBIELLA, María Elena, «Testamento ológrafo realizado de manera inusual. Una sentencia interesante», *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 19, 2007.

COSSÍO, Alfonso, «Dolo y captación en las disposiciones testamentarias», *Anuario de Derecho Civil*, 1962.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Compendio de derecho sucesorio*, Madrid, 2011.

DÍEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, IV-2, Madrid, 2012.

FLAKS, Samuel, «Excusing Harmless Error in Will Execution: The Israeli Experience», consultable en [http://works.bepress.com/samuel\\_flaks/1](http://works.bepress.com/samuel_flaks/1) (fecha de consulta 28 noviembre 2016)

GALGANO, Francesco, *Commentario compatto al Codice Civile*, Piacenza, 2012.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Testamento ológrafo: ¿transformase o morir?», en LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, FERRER VANRELL, María Pilar, TORRES LANA, José Ángel (Dir.), *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, Madrid, 2014.

GARRIDO MELERO, Martín, *Derecho de sucesiones, t. I*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009.

GLOVER, Mark, «The Therapeutic Function of Testamentary Formality», *Kansas Law Review*, 2012.

GRUNDMANN, Stefan, «Favor testamenti. Zu Formfreiheit und Formzwang bei privatschriftlichen Testamenten», *Archiv für die civilistische Praxis*, 1987.

HAGENA, Walter, §2247, Rn 1, en *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2004.

HORTON, David, «Tomorrow's Inheritance: The Frontiers of Estate Planning Formalism», *UC Davis Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 503* (2016, disponible en <http://www.ssrn.com>, fecha de consulta 28 noviembre 2016).

HORTON, David, «Wills Law on the Ground», *UCLA Law Review*, 2015.

JOU I MIRABENT, Lluís, art. 421-13, en EGEA FERNÁNDEZ, Joan, FERRER RIBA, Josep (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions, I*, Barcelona, 2009.

JUBAULT, Christian, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Paris, 2010, nº 735.

KOLKMAN, Wilbert D., «Testamentary Formalities in the Netherlands», en REID, Kenneth G. C., DE WAAL, Marius J., ZIMMERMANN, Reinhard, «Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective», *Testamentary Formalities*, Oxford, 2011.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al*, *Elementos de Derecho Civil V. Sucesiones*, 3ª ed. revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Madrid, 2007.

LANGBEIN, John H., «Excusing Harmless Errors in the Execution of Wills: A Report on Australia's Tranquil Revolution in Probate Law», *Columbia Law Review*, 1987.

LANGBEIN, John H., «Substantial Compliance with the Wills Act», *Harvard Law Review*, 1975.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.

LEIPOLD, Dieter, *Erbrecht*, Tübingen, 2012, Rn 290.

LESTER, Stephanie, «Admitting Defective Wills to Probate, Twenty Years Later: New Evidence for the Adoption of the Harmless Error Rule», *Real Property, Probate and Trust Journal*, 2007.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Derecho de sucesiones*, vol. II, parte 2ª, Bilbao, 1991.

LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier, «Aportaciones al estudio de la firma manuscrita», en GONZÁLEZ PORRAS, J.M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (coord.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo Fernández*, Murcia, 2004.

MALAUURIE, Philippe, *Les successions. Les libéralités*, Paris, 2010.

MANN, Bruce H., «Formalities and Formalism in the Uniform Probate Code», *University of Pennsylvania Law Review*, 1994.

MARROCCHI, Enrico, «Forme dei testamenti», en RESCIGNO, Pietro (dir.), *Tratatto breve delle successione*, vol. I, Milano, 2010.

MARSAL GUILLAMET, Joan, «La ineficacia dels actes i disposicions d'última voluntad», en Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona (coord.), *El nou dret successori del Codi Civil de Catalunya*, Girona, 2009.

MARSAL GUILLAMET, Joan, *El testament*, Barcelona, 2000.

MENASHE, Doron, «Relaxed Formalism: The Validation of Flawed Wills», *Israel Law Review*, 2007.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de derecho civil. Tomo V Sucesiones*, Madrid, 2016.

PARRA LUCÁN, María Ángeles (dir.), *La autonomía privada en el derecho civil*, Cizur Menor, 2016.

PINTENS, Walter, «Testamentary Formalities in France and Belgium», en REID, Kenneth G. C., DE WAAL, Marius J., ZIMMERMANN, Reinhard, «Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective», *Testamentary Formalities*, Oxford, 2011.

POZO CARRASCOSA, Pedro del, VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho de sucesiones*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, São Paulo, 2012.

RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, «art. 421-2», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan, FERRER RIBA, Josep (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, I, Barcelona, 2009.

REID, Kenneth G. C., DE WAAL, Marius J., ZIMMERMANN, Reinhard, «Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective», en id. (ed.), *Testamentary Formalities*, Oxford, 2011.

RHODES, Anne-Marie, «Notarized Wills», *Quinnipac Probate Law Journal*, 2014.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, «art. 684», en CAÑIZARES LASO, Ana, de PABLO CONTRERAS, Pedro, ORDUÑA MORENO, Javier, VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dir.), *Código Civil comentado*, II, Cizur Menor, 2011.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, «art. 687», en CAÑIZARES LASO, Ana, de PABLO CONTRERAS, Pedro, ORDUÑA MORENO, Javier, VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dir.), *Código Civil comentado*, II, Cizur Menor, 2011.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, «art. 695», en CAÑIZARES LASO, Ana, de PABLO CONTRERAS, Pedro, ORDUÑA MORENO, Javier, VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dir.), *Código Civil comentado*, II, Cizur Menor, 2011.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, «art. 699», en CAÑIZARES LASO, Ana, de PABLO CONTRERAS, Pedro, ORDUÑA MORENO, Javier, VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dir.), *Código Civil comentado*, II, Cizur Menor, 2011.

ROCA TRIAS, Encarna, en PUIG I FERRIOL, Lluís, ROCA I TRIAS, Encarna, *Institucions del dret civil de Catalunya. Volum III. Dret de successions*, Valencia, 20097.

SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, «art. 673», en ALBALADEJO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IX-1.A, Madrid, 1990

SCALISE JR, Robert J., «Testamentary Formalities in the United States of America», en REID, Kenneth G. C., DE WAAL, Marius J., ZIMMERMANN, Reinhard, «Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective», *Testamentary Formalities*, Oxford, 2011.

SHERWIN, Emily, «Clear and Convincing Evidence of Testamentary intent: The Search for a Compromise between Formality and Adjudicative Justice», *Connecticut Law Review*, 2002.

SOLÉ FELIU, Josep, «art. 421-17», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan, FERRER RIBA, Josep (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, I, Barcelona, 2009.

TORRES GARCÍA, Teodora F., «El testamento ológrafo en el Código civil», en GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen (Dir.), *Tratado de derecho de sucesiones*, t. I, Cizur Menor, 2011.

TORRES GARCÍA, Teodora F., «art. 688», en en CAÑIZARES LASO, Ana, de PABLO CONTRERAS, Pedro, ORDUÑA MORENO, Javier, VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dir.), *Código Civil comentado*, II, Cizur Menor, 2011.

VAQUER ALOY, Antoni, «La protección del testador vulnerable», *Anuario de Derecho Civil*, 2015.

WEIDLICH, Dietmar, §2247, en PALANDT, *BGB*, München, 2015, Rn 13.

WEISBORD, Reid Kress, «Wills for Everyone: Helping Individuals Opt Out of Intestacy», *Boston College Law Review*, 2013.

WENDEL, Peter T., «Setting the Record Straight: The 'Flexible Strict Compliance' Approach to the Wills Act Formalities», *Pepperdine University School of Law Legal Studies Research Paper Series Paper Number 2016/25* (disponible en <http://www.ssrn.com>, fecha de consulta 28 noviembre 2016)

ZIMMERMANN, Reinhard, «Testamentary Formalities in Germany», en REID, Kenneth G. C., DE WAAL, Marius J., ZIMMERMANN, Reinhard, «Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective», *Testamentary Formalities*, Oxford, 2011.

ZIMMERMANN, Reinhard, «Testamentsformen: "Willkür" oder Ausdruck einer Rechtskultur?», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2012.

Fecha de recepción: 10.11.2016

Fecha de aceptación: 23.12.2016