

JUAN MARSAL GUILLAMET

EL NEGOCI JURIDIC
TESTAMENTARI
EN EL DRET CIVIL
DE CATALUNYA

Tesi doctoral dirigida pel Prof. DR. FERRAN BADOSA COLL

CAPITOL V.- EL CONTINGUT DEL TESTAMENT

1.- Les disposicions i les clàusules testamentàries

El CS es refereix a les «*disposicions testamentàries*» (arts. 127,II; 150,III; 318,I) i a les clàusules (arts. 38,I; 39,I,II; 42,II; 55,II; 110,II).

El CS no és unívoc quan empra «*disposició testamentària*». En els arts. 150,III i 318,I equival a voluntat del testador, de manera similar a com s'empra "disposar el testador" (arts. 41; 153,II; 189; 194,II; 200; 207,I; 268,II; 278,II) o «*disposició del testador*» (art. 208,II; 260,III; 266). En canvi, la «*disposició testamentària*» de l'art. 127,II constitueix una atribució determinada en els arts. 46,5.e; 126,II,IV,V; 132,I,II; 147,IV⁴³⁶. Ací s'empra en el primer sentit.

El Dret civil català no admet el testat oral davant testimonis (art. 105,III). La voluntat del testador consta sempre per escrit, ja sigui un document públic (testament obert, art. 111,I) o privat (arts. 112,I,III; 120,1.r). Les *clàusules* es refereixen sempre al document. El contingut del document es troba dividit en clàusules on es conté la voluntat del testador⁴³⁷.

El CS presumeix («*s'entén*», art. 39,I final) que totes les disposicions referents a un mateix objecte es troben agrupades en una mateixa clàusula. En són exemple els arts. 39,I final (herència) i 42,II pr. (llegat). Ara bé, és possible que les disposicions del testador en relació amb un mateix bé es trobin disperses en diverses clàusules (ex. art. 39,II, «*altra clàusula*»)⁴³⁸ i àdhuc en successius negocis («*feta en acte separat*», art.

(436) En aquest mateix sentit empra el RNot. l'expressió «*disposición*» en els arts. 179,I,I; 237,II.

(437) En el mateix sentit, l'art. 147,III RNot. en relació amb el §.I («*voluntad común de los otorgantes*»). També s'empra «*cláusula*» en els art. 151,I; 179,I; 188 RNot.

(438) No és versemblant que aquest supòsit es produeixi en un testament autoritzat davant fedatari públic, atès que aquest no es limita a copiar la voluntat expressada pel testador, sinó que «*redacta el testament*» (sobre aquesta qüestió vegeu). Els actuals mitjans tècnics permeten que el notari pugui modificar la redacció inicial si el testador fa alguna matisació o modifica la seva voluntat a continuació de la lectura del testament (art. 101,II). Tanmateix, es preveu aquest supòsit en una escriptura pública com són els capítols matrimonials (art. 93,III).

El CS preveu l'existència de «*paraules ratllades, esmenades, afegides o entre línies*» en documents que no redacta un fedatari, autògrafs (testament hològraf, art. 120,1.r) o que poden ésser-ho (el document que conté la declaració de voluntat en el

55,II). En aquests casos, la veritable voluntat del testador preval sobre l'ordenació documental, tal i com ho evidencia la interpretació sistemàtica del testament («*comparant les unes [clàusules] amb les altres*», art. 110,II), ex. art. 39,II.

Salvant voluntat contrària del testador, la concurrència de diverses disposicions sobre el mateix objecte en una clàusula té com a conseqüència la igualació de les crides, ja siguin conjuntes (arts. 39,I) o successives (art. 198,II,4.t,1-2).

2.- La classificació de les disposicions segons llur contingut

Juan B. Jordano Barea distingeix entre el contingut típic i el contingut atípic del testament. Dins del contingut típic diferencia les disposicions principals (la institució d'hereu i el llegat) de les seves accessòries o complementàries. Qualifica el contingut atípic com «*las declaraciones anómalas testamentarias, patrimoniales o no patrimoniales, de índole negocial, ya sean típicas o atípicas*» segons es trobin previstes o no per la llei⁴³⁹.

El criteri que se segueix tot seguit classifica les disposicions del testador relacionades amb el fenòmen successori i les que li són alienes. Equivaldria al contingut típic i atípic o anòmal de la classificació anterior, encara que no coincideix plenament. Un segon criteri classificador distingeix dins de cada classe entre disposicions de contingut patrimonial i no patrimonial. Per simplificar l'explicació, quan es faci referència a "disposicions patrimonials" i "no patrimonials" sense relacionar-les amb cap categoria, entengui's "disposicions relacionades amb el fenòmen successori" patrimonials o no patrimonials.

testament tancat, art. 112,III). En aquests casos, llevat que s'hagi fet una "còpia en net", també és possible l'existència de més d'una clàusula relativa a un únic bé.

(439) Juan Bautista JORDANO BAREA, Teoría general del testamento, a: UNIVERSIDAD DE VALLADOLID, *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Prof. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano*. Publ. de los Seminarios de la Facultad de Derecho con la colaboración del Colegio Mayor Universitario Menéndez Pelayo. Valladolid, 1965. I, pàgs. 431-463, pàgs. 436-438. És el criteri classificatori que adopten J.L. LACRUZ BERDEJO et alii, *Elementos V N.1*, §.38, pàg. 220 [pàg. 184]

En canvi, M. ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil. V Derecho de sucesiones*. Barcelona, 1994, pàg. 234, distingeix entre el contingut típic («*siéndolo la disposición de bienes*») i l'atípic.

2.1.- Les disposicions patrimonials.

Les disposicions patrimonials són aquelles en què el testador destina la titularitat de béns a algun individu o finalitat.

El patrimoni a què es refereixen aquestes disposicions acostuma a ésser el del testador (art. 102, «*la seva successió*»). Ara bé, també poden per referir-se a l'herència d'un tercer: l'exercici de la testamentifacció activa per l'impúber (art. 172), o d'un incapacitat (art. 175,I)⁴⁴⁰. A més, l'atribució també pot recaure sobre béns aliens que no formen part d'un cabal hereditari (art. 285,I). Per tant, quan es fa referència a les disposicions patrimonials, s'inclouen tant les relatives a la pròpia herència com les referides a herències alienes, i àdhuc a béns que pertanyen a un tercer.

El CS presenta dos criteris de classificació d'aquestes disposicions patrimonials⁴⁴¹, encara que el segon no sigui complet.

El primer criteri es refereix a l'atribució que s'ordena. Hi ha disposicions patrimonials que atribueixen títols adquisitius a persones individuals. Aquests poden ésser disposicions «*a títol universal*» (art. 99,III) o «*a títol particular*» (art. 126,V). Ambdues entren dins del concepte «*títol successori*» (arts. 65,I; 66,I)⁴⁴², encara que els títols particulars només ho facin amb caràcter excepcional (només són successoris els llegats amb eficàcia real, art. 253,II). També existeixen disposicions patrimonials que no atribueixen cap títol (art. 33,II; 163,II).

El segon criteri es basa en l'eficàcia immediata o no del títol que s'atribueix. En la mediata, el títol universal i el particular es qualifiquen com a fideïcomissaris.

Dels dos criteris esmentats, el primer és preferent. Així ho palesa de manera genèrica l'art. 236, quan estableix que el fideïcomissari succeeix a títol d'hereu o de

(440) També es refereixen al patrimoni d'un tercer l'especificació de l'hereu o la distribució de l'herència del cònjuge premort entre els fills comuns instituïts genèricament (art. 148,I,2.^a,2), i àdhuc l'elecció del successors successius del fideïcomitent (arts. 201,4.^a; 202), encara que en el moment en què el fiduciari atorga el testament és el titular del béns fideïcomesos. Tanmateix, són disposicions alienes a la successió del testador.

(441) Ferran Badosa, Tema 40 inèdit.

(442) L'art. 10 LTIT qualifica com «*títol gratuït*» «*la donació, l'herència o el llegat*». Aquests tres títols són, des del punt de vista de l'adquirent, "títols lucratiu". "Títol gratuït" significa contemplar la transmissió des del punt de vista de qui perd la titularitat dels béns. Pròpiament, només és "títol gratuït" (fonamentat en la causa gratuïta) la donació.

legatari («li atribueix la condició d'hereu o de legatari i amb aquest caràcter fa seva l'herència o el llegat»), segons que el fideïcomís sigui universal (art. 183,I) o particular (art. 183,II). Quant al títol particular, això encara és més evident en l'art. 184, que assimila («tenen la consideració») als llegats (§.I) i subllegats (§.II) disposicions fideïcomissàries sobre determinats béns.

El segon criteri comprenia totes les disposicions patrimonials testamentàries fins l'AvPC-55. Amb aquest, aparegué en la successió testada catalana la substitució preventiva de residu (arts. 415-416 AvPC-55; arts. 236-237 PrLC; art. 216 CDCEC; arts. 250-251 CS), que no és una substitució fideïcomissària⁴⁴³. Els substituïts preventius de residu adquireixen els béns com a «successors del testador» (art. 251,I final CS), així com els fideïcomissaris (art. 181,II CS).

La substitució preventiva de residu (Cap. VIII Llibre III CS) no és una modalitat de la substitució fideïcomissària (Cap. VII Llibre III CS). Per tant, els successors preventius de residu, que adquiriran com a successius hereus o legataris (art. 250,I,II), no tenen la consideració de fideïcomissaris⁴⁴⁴.

2.1.1.- La disposició a títol universal.

Només hi ha una disposició a títol universal: la que crea el títol d'hereu⁴⁴⁵. La

(443) La substitució fideïcomissària de residu es troba en els arts. 406-411 AvPC-55; arts. 232-235 PrLC-59; arts. 210-215 CDCEC; arts. 243-248 CS.

(444) En el Codi civil, en canvi, es qualifica com a substitució fideïcomissària de residu el supòsit en què el fideïcomitent faculta al fiduciari per a disposar entre vius i destinar mortis causa els béns fideïcomesos. Per tots, vegeu Silvia Díaz Alabart, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*. L. Bosch. Barcelona 1981: «*En el Derecho catalán [el fideïcomís de residu] es una novedad introducida por los compiladores. Pero en el Código no existe como figura nueva ni vieja, sino que simplemente es un caso más, al que si se quiere puede dársele un nombre propio suyo específico, de fideicomiso de residuo, caso en el que el fiduciario tiene más poder dispositivo que en los otros también fideicomisos de residuo en los que sólo se le conceda disponibilidad inter vivos*» (pàg. 220).

Sobre la substitució preventiva de residu vegeu l'apartat 3.2.2.2. d'aquest mateix capítol.

(445) Sobre el títol d'hereu, vegeu P. SALVADOR CODERCH, *El título (N.5)*. Tingui's en compte, però, que es refereix exclusivament al Codi civil, per la qual cosa algunes afirmacions no es poden extrapolar al dret civil català. Ex. s'assenyala (pàg. 413) que l'eficàcia del títol d'hereu en el Codi civil és triple: l'assumpció dels deutes sense novació, l'entrada de l'hereu en posicions jurídiques intransferibles i l'ingrés del titular en posicions jurídiques l'adquisició de les quals comporta normalment una

clàusula testamentària que la conté s'anomena «*institució d'hereu*» (arts. 125,III,IV; 126,II,IV; 130,III; 135,I; 136; 137; 148,I,1.^a; 154,I; 155,I,II; 160; 165,I; 192; 250,I; 315,II; 358,I; 361,I), «*institució hereditària*» (art. 146) o, abreujadament, «*institució*» (art. 127,II; 128,I,III; 129; 132; 135,II; 159; 165,I; 362,I).

La «*institució d'hereu*» consisteix en el nomenament del(s) subjecte(s) que el testador vol que sigui(n) el(s) seu(s) hereu(s).

El subjecte així designat és l'«*instituit hereu*» (arts. 140,III pr; 142; 154,II; 256,I) o, abreujadament, «*instituit*» (arts. 140,III mig; 141,III; 167,I,II; 168,II; 174; 367,III,1.^a). Tanmateix, és freqüent que el CS presenti en nominatiu el vocatiu "hereu" i que elimini la substantivació de l'adjectiu "instituit". D'aquesta manera, l'expressió més emprada per referir-se a l'«*instituit hereu*» és «*hereu instituit*» (arts. 126,V; 138,I,II; 139,I pr.,II; 140,I,III final; 141,I,II; 154,III; 164,III; 194,II; 250,II; 259,II). S'ha intentat evitar aquesta terminologia perquè indueix a la confusió de creure que ja és hereu qui només ha rebut la delació. L'art. 322 el qualifica com a «*nomenat*», encara que aquesta expressió s'empra habitualment per a càrrecs (curador fideïcomissari, art. 225; marmessor, arts. 308; 309,I,II; 315,II).

En alguns casos, el CS també utilitza «*criada*» i «*criat*» com sinònim d'«*institució*» i d'«*instituit*». Són els art. 144,I; 145 pr.; 168,II; 198,I,II,2.n,4.t 2; 199; 204,IV. Tanmateix, en la major part dels casos, el «(hereu) *criat*» (arts. 8,I,II; 141,I,II; 142; 143,II; 168,II; 204,I,II,III, 205) o el «*criat a l'herència*» (arts. 16,I,II; 18; 19,I,II; 22,II; 23,I; 24; 25,II; 27; 28,I,II,III; 29,I,II) són aquells subjectes a favor dels quals s'ha deferit l'herència, amb independència que la delació provingui d'haver sigut «*instituits hereus*» o cridats per la llei (arts. 323,I; 327,II).

En alguns casos, el CS empra «*institució d'hereu*» per referir-se al «*títol d'hereu*» («a títol d'institució hereditària», art. 350). La confusió es produeix en ambdós sentits. També es designa «*hereu*» a qui encara no ha acceptat l'herència i, per tant, només és instituit o cridat hereu (arts. 30,I; 31; 38,III; 141,II; 155,I; 156,I; 168,I,II; 205; 266; 268,III; 281; 318,I; 322; 395,I;)⁴⁴⁶.

aprehensió. En el dret civil de Catalunya, l'eficàcia del títol d'hereu és doble, perquè no transmet la possessió dels patrimoni hereditari (art. 6 CS).

(446) S'empra correctament l'expressió «hereu» en els arts. 1,I,II; 29,II; 34,I; 35,1r,2n,3r,4t; 36,I,III; 37,I,II; 38,I,IV; 40,III; 41; 43,I,II; 47; 49,III; 50,II; 52; 56,I,II; 57,I; 60; 61; 64,I; 69,II,1r; 69,III,1r,2n,3r; 86,I,II; 126,V; 127,II; 154,I;

En la major part dels casos, instituir hereu i designar-lo coincideixen. Tanmateix, és possible que el testador es limiti a instituir hereu(s) de manera genèrica sense designar-lo(s). Si la institució s'ha fet en heretament, el mateix testador pot efectuar la posterior «*designació*» en testament o heretament complementaris (art. 92,I). En defecte d'aquesta, la «*designació*» també pot ésser encomenada al cònjuge o a dos parents del testador⁴⁴⁷, als quals correspon la «*designació*» (art. 149,4.^a) quan la «*institució d'hereu*» genèrica s'ha ordenat en testament (arts. 148,I,pr.; 149,pr.). La designació («*elecció*») correspon sempre al fiduciari.

2.1.2.- Les «*disposicions a títol particular*» (art. 126,V).

«*Disposicions a títol particular*» té una virtualitat exclusivament negativa: les que no són a títol universal.

Les disposicions «*a títol particular*» (art. 126,V) són tres: el llegat, el mode i la *mortis causa capio*. El CS acostuma a nominar exclusivament la primera; les altres es designen de manera genèrica. L'expressió que s'empra és «*llegats i altres disposicions*» (art. 102; 126,II,IV,V; 128,I,III; 129,I; 132,I; 161,I final). En alguns

203,II; 211,I; 212; 213,I; 214,II; 229,I; 232; 233,II; 239,I,II; 243,II,III; 244,I pr.; 248,I,III; 249,II; 257; 273,III; 274,I,III,IV; 275; 277,II,III,V; 278,I; 279,I,II; 280,II; 282,I,II,III; 283,I; 290,I,II; 291,II; 317,II; 319,I; 321,II; 362,I; 366,I; 373,I; 379,I pr.,1a; «*cohereu(s)*» en els arts. 19,II,III; 45,I; 49,II; 50,I, 51,I; 53,pr.,3r; 54,I; 58,I,II; 62,I,II; 162; 203,I; 211,I; 233,I; 257; 278,I; 279,I,II.

En el cas de l'afavorit amb un llegat, la regla és la contrària: normalment se l'anomena legatari i, només excepcionalment «*afavorit amb un llegat*» (arts. 268,II,III; 285,I; 298; 299,II;). Succeeix quelcom similar amb el fideïcomissaris. Possiblement tingui a veure amb l'adquisició automàtica del llegat i fideïcomís, amb la facultat de renunciar-los (arts. 267,I,II i 235,II, respectivament).

(447) A l'art. 116 CDCC, la designació d'hereu per part de dos parents del testador era un supòsit excepcional, limitada a «*les persones amb veïnatge local a poblacions del Pallars Sobirà o d'altres comarques on regeixi el costum*».

L'art. 149 pr. CS l'ha generalitzat, de manera que una qüestió anecdòtica ha esdevingut la regla general. L'art. 149,I CS prové de l'art. 57 pr del document AVANTPROJECTE (N.48) pàg. 16: «*El testador podrà instituir hereu aquell dels seus fills que elegeixin els dos parents més pròxims, sense individualitzar-los, encara que no hagi confiat aquesta facultat amb caràcter preferent al consort supervivent, de conformitat amb el que ha estat previst pel testador o pel costum i, supletòriament, d'acord amb les regles següents*». Aquesta regulació no xocava en el text d'aquest document de treball, perquè, com s'ha vist, s'hi donava entrada al testament mancomunat (arts. 38-41). Tenia poca transcendència flexibilitzar el caràcter personalíssim del testament quan s'admetia el seu atorgament plural.

casos l'expressió «*altres disposicions*» no es refereix exclusivament a disposicions de caràcter patrimonial⁴⁴⁸. Ara bé, hi ha casos en què aquestes «*altres disposicions*» només poden ésser patrimonials (especialment, arts. 126,V; també arts. 126,II; 128,I). Són supòsits en què els afavorits reuneixen la qualitat de «*persona que per causa de mort i per voluntat del testador obtingui algun benefici patrimonial*» (art. 259,I).

2.1.2.1.- El llegat.

La principal «*disposició a títol particular*» és el llegat. Atribueix el «*títol de legatari*» (art. 257), que l'art. 350 també anomena «*títol de llegat*». És una «*disposició a títol particular*» amb independència que recaigui sobre coses o béns determinats, o sobre universalitats de béns (ex. llegat de part alíquota, arts. 305; 184,I final; llegat d'usdefruit universal, art. 304⁴⁴⁹).

A diferència del títol d'hereu, que és sempre successori, l'adquisició que es produeix com a conseqüència de l'atribució del llegat no ha d'ésser necessàriament un títol successori. Només ho és quan es tracta d'un llegat amb eficàcia real (art. 253,II). Quan l'objecte del llegat no recau sobre béns o drets determinats i propis del testador (art. 253,II a contrari), el llegat produeix eficàcia obligacional (art. 253,III)⁴⁵⁰

2.1.2.2.- Les «*altres disposicions a títol particular*».

Les «*disposicions a títol particular*» (art. 126,V) diferents del llegat són les «*disposicions modals*» (Sec. 2.^a Cap. V Títol III; art. 164,III), les «*mortis causa capiones*» (art. 164,II) i la designació dels beneficiaris d'assegurances de vida (art.

(448) L'exemple més evident es troba en l'art.127. En el §.II s'excepciona la revocabilitat afirmada de manera genèrica per a les «*altres disposicions*» del testament. Per tant, el reconeixement de fills s'inclou entre aquestes «*disposicions*».

(449) El llegat d'usdefruit universal no és un títol successori tot i que atribueixi la titularitat d'un grup indeterminat de béns. El legatari d'usdefruit universal adquireix en primer lloc una titularitat sobre béns que no és la mateixa que la que tenia el testador. Per això és un llegat d'eficàcia obligacional (art. 305,I).

(450) En els arts. 65,I i 66,II es fa referència als «*béns adquirits per títol successori*» per menors d'edat, als quals la rúbrica del Cap. VIII del Títol I i la D.T. Segona qualifica com «*adquirits per herència*». L'establert en aquest capítol no s'hauria de limitar als béns adquirits per títol d'hereu o com a conseqüència d'un llegat amb eficàcia real, sinó que també hauria d'abastar els béns adquirits per llegats amb eficàcia obligacional. Les esmentades expressions s'han de llegir com «*béns adquirits per causa de mort a títol lucratiu*» («*títol lucratiu*», art. 57,a LTIT).

122,I final).

Allò que caracteritza aquestes *disposicions* és que no atribueixen títols successoris als subjectes que afavoreixen.

En el cas del mode, té com element tipificador el no fer nèixer una crida a favor de qui en resultarà beneficiat (art. 161,I). L'eficàcia de les «*disposicions modals*» consisteix en facultar per demanar el seu compliment a un subjecte diferent del beneficiat (art. 161,I). A aquesta legitimació específica, s'hi ha d'afegir una altra de general, que és indirecta: l'excepció que es pot oposar davant de l'hereu o del legatari gravat amb un mode que no ha complert (art. 164,V)⁴⁵¹.

La *mortis causa capio* és l'adquisició d'un tercer com a conseqüència del compliment d'una condició suspensiva potestativa per part de l'instituit hereu o del designat legatari (art. 164,II)⁴⁵².

No es pot considerar la *mortis causa capio* com un títol successori. La causa mediata de l'adquisició es troba innegablement en el testament. Ara bé, aquest origen testamentari no atribueix caràcter successori al títol adquisitiu. El compliment de la *mortis causa capio* ve afavorit per una càrrega⁴⁵³, la pèrdua -o, millor dit, la no

(451) El testador pot establir mitjans per afavorir el compliment del mode: ex. caucions de compliment i sancions a l'obligat (art. 164,I) que poden arribar fins a la pèrdua no retroactiva de l'atribució, si imposa al gravat pel mode un fideïcomís per al cas d'incompliment que li sigui imputable (art. 164,III).

A més, l'art. 164,IV estableix que «*l'incompliment per culpa del legatari subjecte al mode faculta la persona gravada pel llegat per a demanar-ne la restitució, sempre que es demostrï que el compliment del mode va ésser motiu determinant del llegat*». No es tracta d'una condició resolutòria (art. 164,II, per analogia), perquè l'incompliment del mode imputable al deutor no provoca la pèrdua automàtica del llegat.

(452) Bernhard WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts, Dritter Band, Neunte Auflage, unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Dr. Theodor Kipp*, Litterarische Anstalt Rütten und Loenig, Frankfurt am Main, 1906, §.677 n.11 pàg. 738: «*Der Erwerb conditionis implendae gratia fällt unter die allgemeinere Kategorie der mortis causa capio. Mit diesem Ausdruck wird jeder infolge des Todes einer Person eintretende Erwerb bezeichnet, welcher keinen besonderen besonderen Namen hat. L.8 pr. l.31 pr. l.38 D. 39, 6. L. 31 cit.: .Mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine apellantur.*»

(453) Ací "càrrega" s'empra des del punt de vista del dret d'obligacions. No existeix la necessitat jurídica de realitzar una conducta, però la no realització d'aquesta conducta comporta un perjudici (en aquest cas, un no enriquiment).

adquisició- de l'atribució patrimonial, que grava el cridat preferentment o el cridat defectivament (art. 170), llevat que fos personalíssima del primer.

Hom pot pensar que es tracta d'un títol gratuït creat per l'hereu, l'ànim de liberalitat del qual (el motiu, irrellevant en un negoci entre vius) derivaria de la voluntat del testador. La *mortis causa capio* seria un títol adquisitiu entre vius i, per tant, no successori.

L'assegurança de vida és un contracte entre vius en favor de tercer (art. 1257,II CC) amb eficàcia *post mortem*. El CS preveu expressament que el testador designi els beneficiaris d'assegurances de vida en codicil (art. 122,I final). En relació amb el testament, aquest supòsit entra dins d'«*altres disposicions per després de la seva mort*» de l'art. 102. Aquest beneficiari pot ésser gravat amb llegats (art. 259,I).

2.1.2.3.- Les recomanacions.

A més de les ja esmentades, existeix una altra modalitat de disposició que pot tenir caràcter patrimonial: la «*recomanació*» (arts. 161,II), que l'art. 190 considera sinònim de «*simple prec*»⁴⁵⁴. Coincideix amb les *mortis causa capiones* en què la recomanació no genera un títol adquisitiu per al subjecte afavorit, ni legitima a ningú per a reclamar el seu compliment. Tanmateix, no se l'inclou entre les disposicions a títol particular perquè aquell a qui s'hagi adreçat la recomanació, a més a més de no quedar jurídicament vinculat a complir-la, tampoc pateix cap perjudici patrimonial derivat de l'incompliment.

En el cas que la recomanació es complís, el títol adquisitiu seria entre vius, i gaudiria d'una innegable analogia amb la *mortis causa capio*, atès que en el testament es trobaria el motiu de la liberalitat d'aquell a qui es va formular el prec.

2.2.- Les disposicions no patrimonials.

El testador també pot ordenar en el seu testament disposicions no patrimonials. S'agrupen en dos grans blocs: les disposicions relatives a les restes mortals i les exèquies del mateix testador (art. 123,III) i el nomenament de persones a les que s'atribueixen facultats.

El testador pot legitimar a persones de la seva confiança per l'exercici de

(454) A l'art. 166,III apareix una recomanació el compliment de la qual no provoca cap adquisició: «les simples recomanacions de no disposar».

determinades facultats en la seva successió. En alguns casos, es tracta de facultats puntuals, ex. nomenar un tercer perquè concreti la persona del legatari (art. 293,I), o fixi les quotes dels legataris (art. 256,II), o especifiqui (art. 294,I) o determini (art. 261,III) l'objecte del llegat, o perquè exigeixi el compliment del mode (arts. 162; 165,II).

En d'altres casos, el nomenament faculta per a realitzar una pluralitat d'activitats durant un període de temps. Aleshores estableix càrrecs: nomenar un curador de l'herència jacent (arts. 47,I; 148,III CS; art. 73,c LTIIT), el curador de no concebuts (art. 73,e LTIT), sigui cridat en primer lloc (art. 143,III CS) o per després d'algú (arts. 226,I; 208,III; 210,I; 221,III; 225,II CS), marmessors (arts. 308; 309,I,II CS); comptador partidor (arts. 55,IV; 56,I; 57,I; 211,IV; 362,I CS); administrador dels béns atribuïts per causa de mort a un menor (art. 65,I CS).

Tots aquests nomenaments es troben relacionats amb el cabal hereditari. A més, el testador també pot legitimar la intervenció de tercers en fets que es produeixen com a conseqüència de la seva mort. En efecte, el testador pot nomenar un tutor (arts. 5.1; 20.2 LTIT) per al menor d'edat que surt de la seva pàtria potestat com a conseqüència de la mort (art. 3.a LTIT) o excloure alguna persona del càrrec (art. 5.3 LTIT)⁴⁵⁵.

2.3.- Les disposicions no successòries.

També es preveu que s'ordenin en testament matèries en les quals la mort del testador no té cap transcendència, és a dir, qüestions que no són suscitades per causa de mort. Aquestes matèries alienes al fenòmen successori poden tenir caràcter personal (reconeixement de filiació, reconeixement de filiació, art. 129,II) o patrimonial (reconeixement de deute). Són les «*declaraciones anómalas testamentarias*» en la classificació de J. B. Jordano Barea.

En aquests casos, la doctrina del Codi civil diferencia entre el testament en sentit material i el testament en sentit formal. El document atorgat amb totes les solemnitats exigides per a l'atorgament del testament és un testament en sentit formal (cfr. art. 738 CC). Una part de la doctrina admet el testament (formal) que conté exclusivament

(455) En canvi, a la classificació de J.B. JORDANO BAREA, Teoría general (N.439), pàg. 437, tot el relatiu a la tutela ordenada en testament es considera «*declaración anómala típica*».

qüestions que no es veuen afectades per la mort del testador⁴⁵⁶.

En el dret civil de Catalunya, l'art. 130,III possibilita que es puguin atorgar testaments el contingut dels quals no sigui mortis causa⁴⁵⁷. En efecte, això és possible sempre i quan s'hagués atorgat anteriorment un testament successori amb institució d'hereu, i el testador confirmés en el darrer testament alguna de les institucions d'hereu del testament anterior.

3.- La designació

3.1.- La individualització dels subjectes

Les disposicions testamentàries s'han de referir a persones o s'han d'adreçar a una finalitat⁴⁵⁸. Les persones poden ésser físiques (art. 9) o jurídiques (art. 10), éssent possible que la persona jurídica neixi com a conseqüència de la voluntat del testador expressada en el negoci de darrera voluntat (art. 10,II CS rel art. 6,2 LFP).

Altrament la disposició no produiria efectes. Ex. la disposició en què el testador institueix hereu el seu animal de companyia.

3.1.1.- Les persones.

Les persones han d'ésser determinades («*persona determinada*», arts. 142; 259,III; «*personalitat determinable*», art. 226,I). «*Determinació*» s'ha d'entendre com «*identificació possible*». En aquest sentit també s'ha d'entendre com identificació les referències a «*la personalitat del legatari*» (art. 265,II), i a «*la personalitat dels possibles fideïcomissaris*» (art. 226,I).

La identificació dels individus a què es refereix la disposició testamentària pot ésser específica, genèrica (art. 141,II) o mixta (art. 142).

(456) Per tots, J.L. LACRUZ BERDEJO et alii, Elementos V (N.1), §.38 pàgs. 220-222 [184-186]. J. B. JORDANO BAREA, en canvi, Teoría general, (N.439), pàgs. 441-443 considera que només es pot considerar testament (art. 667) en sentit tècnic-jurídic el que atribueix l'herència del causant a títol d'hereu o de legatari. Ho reitera en el comentari de l'art. 667 CC a: *Comentario del Código civil*, pàg. 1677-1679.

(457) A l'art. 89,II CS es pot trobar una clara referència al testament-document: «*per testament o en qualsevol altra forma pública*».

(458) I.P. XAMMAR, Rerum iudicatarum N.82, Definitio 19,5 pàg. 105: «*De iure incertitudo vitiat dispositionis quoties iuxta suum certum et determinatum finem, ex causa adiunta vel mediante aliqua coniectura non potest certificari*».

La designació específica que planteja menys dubtes és la que es realitza expressant el nom i cognoms de la persona a qui es refereix (*nominativament*, arts. 94,II; 144,II; 189; *designació de noms* 144,I; *designació nominativa*, art. 192; *designa per llurs noms*, 194,I; 201 pr.; 255).

La designació específica també es pot efectuar mitjançant l'expressió d'altres «*circumstàncies*» (art. 201,pr.) «*circumstàncies particulars*» (art. 94,II), d'alguna «*circumstància que els individualitzi*» (arts. 198,II,3.r; 200), d'una «*circumstància particular que els individualitzi*» (art. 194,I). Ex. «els qui en cada moment ocupin un càrrec» (art. 310 final).

La designació mitjançant circumstàncies és indispensable per individualitzar a subjectes que encara no han nascut en el moment d'atorgar el testament, ex. el primer fill del meu germà Pere.

Les circumstàncies individualitzadores poden preexistir en el moment en què s'atorga el testament o no (determinació «*per un fet futur*», arts. 226,I; 265,I). En el segon cas, en la individualització del subjecte hi pot intervenir un grau d'incertesa. El CS ho preveu específicament en la designació d'adquirents successius (fideïcomissaris, art. 226,I) i del legatari (art. 265,II). La designació de l'hereu s'ha de considerar inclosa en la referència als fideïcomissaris. Ex. el primer dels meus nebots que es llicenciï en Farmàcia, o aquell dels meus fills que quan em jubili m'aculli a casa, o el néts segons l'ordre que el seu pare els cridi a la pròpia herència (art. 199).

Els afavorits poden ésser més d'un. En aquests casos, la designació també es pot realitzar de manera genèrica (*institueix genèricament*, art. 143,I; *col.lectivament*, art. 141,II), sempre i quan formin part d'un grup determinat pel testador (arts. 201 pr.; 255). Els arts. 144,I i 145 són normes interpretatives mitjançant les quals s'individualitzen els individus designats genèricament pel testador.

El grup designat genèricament ha de tenir una extensió raonable. Altrament, l'excessiva extensió provocaria la indeterminació (ex. els ciutadans de Catalunya). Tanmateix, s'admet la institució a favor dels pobres (arts. 33,II; 163,II) per a la que es preveu una concreció quan el testador no l'ha encomenat a ningú. Pròpiament, els pobres no són subjectes afavorits sinó que l'herència es troba destinada a una finalitat pública.

3.1.2.- Les finalitats.

També és possible atribuir, de manera indirecta, béns a "destinatariis" prescindint de la seva eventual personalitat jurídica. El mecanisme consisteix en atribuir béns a una finalitat i encarregar el compliment de la voluntat testamentària a un o diversos marmessors (de realització dinerària dels béns). Com s'ha vist, el mitjà per a fer-ho és nomenar un marmessor universal de realització dinerària de l'herència (arts. 315,II,III; 316,II).

Reprenent l'exemple de l'atribució a favor de l'animal de companyia, el testador nomenaria a un marmessor a qui encarregaria que invertís el producte resultant de la venda del cabal hereditari net en el manteniment del seu animal de companyia. En el cas que la finalitat tingui caràcter general (ex. ocupar-se d'animals de companyia abandonats), es podrà constituir una fundació (art. 5,1 LFP). Però llavors el destinatari dels béns estarà dotat de personalitat jurídica, amb la qual cosa s'hauria sortit del supòsit.

El CS contempla expressament algunes disposicions del testador a favor de finalitats. Són les disposicions a favor de causes pies i dels pobres (*ad causas publicas*) (arts. 163,I,II, respectivament). Els destinataris no tenen personalitat jurídica. Per això el correcte hauria estat nomenar un marmessor universal de realització dinerària dels béns i donar-li instruccions. Si no s'ha efectuat el nomenament de marmessor o no se li ha donat instruccions per a complir l'encàrrec (*«feta indeterminadament i sense especificar la seva aplicació»*, art. 163,I; *«en general»*, art. 163,II), el CS assenyala la destinació a què s'han d'aplicar els béns.

3.2.- Les designacions incompletes.

3.2.1.- La designació genèrica.

El CS es refereix a la institució genèrica d'hereus cridats en primer grau en la secció 1.ª del capítol IV del títol II, sota la rúbrica *«la institució d'hereu per fiduciari»*. La denominació no és massa afortunada. Qui realitza la institució del grup d'individus entre els quals el(s) fiduciari(s) ha(n) d'escollir l'hereu és el testador. El(s) fiduciari(s) no institueix(en) l'hereu, sinó que n'especifiquen un d'entre els instituïts genèricament pel testador.

De la designació genèrica de legataris se n'ocupa l'art. 255; de la d'hereus o legataris successius (fideïcomissaris), els arts. 201 i 189.

En l'elecció de l'hereu cridat en primer grau, el grup d'elegibles només pot estar

format pels fills i descendents del testador (arts. 149,1.^a), que queda reduït als fills comuns i llurs descendents quan l'elector és el cònjuge supervivent (art. 148,I pr.). Els electors només poden ésser, respectivament, els dos parents més pròxims del testador (art. 149 pr.) i el cònjuge supervivent, respectivament (148,I pr.).

Els arts. 148 i 149 CS expliciten l'àmbit familiar en què s'emmarquen, per la qual cosa no sembla possible estendre il·limitadament el seu àmbit. Tanmateix, sembla que fóra admissible incloure en el supòsit de l'art. 148 a parelles de fet, substituint «consort» (§.I pr.) o «cònjuge supervivent» (§.II,IV) per "company supervivent". Quant als elegibles, tampoc es veu obstacle per ampliar-los a grups de parents propers quan el matrimoni no té fills (ex. encarregar al cònjuge supervivent l'elecció d'hereu entre els fills d'un germà del testador).

En l'elecció del fideïcomissari, el testador no es troba amb cap limitació en la composició del grup d'elegibles, encara que l'elector només pot ésser aquell qui ha adquirit els béns en primer grau (art. 201). Ací l'elector també és un «*fiduciari*», però no es tracta del mateix fiduciari d'abans. A l'art. 201 es tracta del cridat en primer lloc a la titularitat dels béns ("hereus o legataris", art. 189), mentre que el fiduciari de la rúbrica de la sec. 1.^a del capítol IV del llibre II no adquireix cap bé pel fet de tenir aquesta qualitat.

L'elecció del legatari designat genèricament (art. 255) es regeix per les mateixes regles que l'elecció de fideïcomissaris.

Per evitar que la inactivitat de l'elector provoqui que la voluntat del testador quedi indeterminada, el CS transforma la crida genèrica no especificada en col·lectiva quan es produeix la certesa de que l'elecció no es produirà (art. 148,II; 201,5.^a).

3.2.2.- La designació alternativa.

La necessària intervenció d'un tercer per a la concentració de la designació alternativa xoca amb el caràcter personalíssim del testament. Per això la seva admissibilitat es redueix als llegats,i en els casos de dubte es presumeix que la designació és conjunta (art. 256,III).

L'art. 256,III es refereix a individus designats alternativament. L'art. 293, al «*llegat alternatiu*», sense concretar si la designació alternativa correspon als afavorits o a l'objecte del llegat. La ubicació sistemàtica porten a pensar que es refereix a la

designació alternativa de l'objecte⁴⁵⁹.

Davant la manca de regulació sobre la manera com s'ha d'efectuar la concentració, sembla que es pot seguir, per analogia la regulació prevista a l'art. 255 per a l'especificació dels legataris designats genèricament.

3.3.- La pluralitat de designats en les disposicions patrimonials.

Quan el testador designa diversos individus a una mateixa atribució patrimonial, pot fer-ho bé de manera simultània o conjunta, bé gradualment (ex. arts. 168,I; 181,I).

El CS pressuposa que la institució d'hereu a favor d'una persona i dels seus fills no és simultània, sinó gradual (art. 142; per als heretaments, art. 83,I).

3.3.1.- La designació conjunta o simultània

La designació a favor de diversos subjectes conjuntament s'entén feta a quotes iguals (art. 141,I, per a la institució d'hereu; 201,2.n per als fideïcomissaris; 256,I per als llegats), llevat que el testador estableixi una altra proporció. En el cas que la suma de les quotes establertes pel testador no esgoti o excedeixi el bé atribuït, s'incrementaran o reduiran les quotes proporcionalment (per a l'herència, arts. 141,III).

En la designació conjunta, el testador pot fixar l'objecte de les crida corresponent a cada designat. Si el testador més s'ho estima, pot conferir aquesta facultat a un tercer, tant si es refereix a instituïts hereus en primer (art. 148,I pr.) o successius (art. 202) graus, com a nomenats legataris (art. 256,II). En aquest darrer cas, el fiduciari pot ésser el mateix gravat pels llegats.

L'art. 148,I,1.^a permet que el fiduciari a qui s'ha encomenat distribuir l'herència entre els fills ho faci de manera que, llevat l'únic hereu, els altres fills instituïts pel testador quedin "reduïts" *«a la condició de legataris o de legitimaris»*, modificant per tant la voluntat del testador. Això porta a afirmar que el CS equipara l'encàrrec de distribuir l'herència entre els instituïts conjuntament i el d'elegir hereu (especificar-lo) entre els instituïts genèricament.

Si el distribuïtari roman inactiu, els designats conjuntament s'entenen cridats per

(459) En aquest sentit, Tomás GIMENEZ DUART, Arts. 284-305 CS, a: Lluís JOU, *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, Bosch Casa Edit. Barcelona 1994, II, pàgs. 990-1040, pàg. 1009.

parts iguals (arts. 148,II; 201,2.^a final; 256,I per remissió del 256,II final).

3.3.2.- La designació gradual

El nomenament d'una pluralitat d'individus a una atribució patrimonial pot ésser gradual. En aquest cas, apareixen les substitucions.

La substitució és una segona o posterior designació, que pot tenir com a pressupòsit la frustració de l'anterior (substitució vulgar), o bé un títol successori anterior (substitució fideïcomissària) o la mort intestada de l'adquirent per causa de mort (substitució preventiva de residu).

La substitució del designat en primer lloc es pot referir a qualsevol disposició del testador, encara que de la sistemàtica del CS se'n podria deduir una major vinculació amb la institució d'hereu. Tanmateix, la designació del legatari també pot ésser objecte de substitució vulgar (art. 258,I), fideïcomissària (art. 182) i preventiva de residu (250,I).

3.2.2.1.- Les substitucions vulgar i fideïcomissària

Allò que diferencia la substitució fideïcomissària de la substitució vulgar és que el pressupòsit d'aquesta és la frustració de la crida anterior (art. 167,I), mentre que aquella presuposa l'existència d'una crida anterior efectiva, de la que el substitut rep els béns o la qualitat d'hereu (art. 182), tot i que succeirà al substituent (art. 236). La substitució vulgar conté una crida eventual a favor del substitut en cas de frustració de la crida preferent. La virtualitat de la substitució fideïcomissària depèn de la no frustració de la crida anterior⁴⁶⁰.

3.2.2.2.- La substitució preventiva de residu

Es tracta d'una substitució introduïda en el dret positiu català per la CDCEC (art. 216)⁴⁶¹. El testador nomena un individu per a que adquireixi la titularitat dels béns atribuïts sense cap gravamen al primer adquirent, en el cas que aquest mori «sense

(460) L'estudi de la substitució vulgar i de la fideïcomissària depassa l'objecte d'aquest treball. L'únic que es pretén ací és fer una genèrica descripció de les possibilitats que s'ofereixen al testador per ordenar la seva successió.

(461) Dins del procés de codificació del dret civil català, apareix per primer cop en l'art. 406 AvPC-55.

hereu voluntari» (art. 250,I CS).

L'equivalent d'aquesta substitució en la successió regida per heretament és l'heretament preventiu, en les seves dues modalitats a favor del fills (art. 93 CS) i mutual (art. 99,III). Ara bé, el mateix supòsit té un significat molt diferent en els heretaments preventius i en la successió testada. L'heretament preventiu és una disposició mortis causa i eventual del patrimoni del mateix heretant⁴⁶². En la successió testada, la mort és la d'un altre subjecte i el patrimoni no és el del substituent.

A primer cop d'ull, el supòsit per al que es preveu aquesta substitució s'assembla força al de la substitució fideïcomissària: el substitut succeeix el testador després de l'adquisició del designat en primer lloc. Tanmateix, allò que diferencia el substituït preventivament i el substituït fideïcomissàriament és que l'adquisició del segon està gravada de restitució des d'un primer moment, per la qual cosa li manca la facultat de destinar per causa de mort. En canvi, el primer adquireix la plena titularitat dels béns, sense cap mena de limitació⁴⁶³.

(462) En l'art. 250,II final CS (art. 216,II CDCEC) es preveu, aparentment, un altre heretament preventiu. Si en l'art. 93 CS s'intenta evitar la mort intestada de l'heretant, en l'art. 250,II final es vol evitar la mort intestada de l'hereu o del legatari.

Aquest «*hereu o legatari*» la mort intestada dels quals es preveu no poden haver estat designats en heretament, perquè la jerarquia dels fonaments successoris impediria l'eficàcia del testament en què s'hagués ordenat la substitució preventiva de residu. Es tracta, per tant, d'hereus o legataris testamentaris. L'heretament preventiu de l'art. 250,II final no és el del substituent (la successió del qual és testamentària), sinó del cònjuge substituït.

L'art. 250,II final considera que, als efectes de la substitució preventiva de residu, el cònjuge instituït hereu o designat legatari en testament mor «*sense deixar hereu voluntari*» (art. 250,I) si la seva successió es regeix per un heretament preventiu.

(463) La diferència no és tan clara si es contempla el fideïcomís previst en l'art. 249,II CS: «*[l]a substitució fideïcomissària que depèn de la condició de no atorgar testament el fiduciari*». En aquests casos, és evident que el testador va legitimar el fiduciari per a destinar per causa de mort els béns fideïcomesos.

Els supòsits previstos en els arts. 250,I i 249,II CS contemplen la mort intestada del primer adquirent com a presupòsit de l'adquisició ulterior. No coincideixen de manera absoluta, perquè en el primer cas abasta el residu dels béns atribuïts al primer adquirent, mentre que la substitució fideïcomissària no ha d'ésser necessàriament de residu. Llevat que el testador l'hagi atribuït expressament, el fiduciari no tindrà la facultat de disposar entre vius.

La CDCEC i, en l'actualitat el CS, admeten les configuracions jurídiques formulades per R.M.^a ROCA SASTRE, Estudios 1948 (N.187), pàg. 51, i Pompeyo CREHUET, El fideicomiso en caso de abintestato, a: *LN* 1948, pàgs. 99-112, per a la substitució preventiva de residu i la fideïcomissària en cas d'intestat, respectivament.

Això implica que en la substitució preventiva de residu el testador no vol prendre cap mesura per assegurar l'efectivitat de la segona crida. La substitució preventiva de residu s'ordena per al cas que el primer adquirent no hagi disposat entre vius o destinat per causa de mort els béns adquirits en la successió del substituent: «*per actes entre vius, donació, institució d'hereu, llegat o una altra liberalitat*». El llegat pot haver estat ordenat en un codicil (art. 122,I).

Com pot ésser que «*l'hereu o el legatari mori intestat o sense testament*» però havent disposat dels béns objecte de la substitució «*per institució d'hereu*»? La resposta es troba en el §.II de l'art. 250: quan «*per una altra causa l'hereu instituït [pel substituït] no arriba a succeir-los*». Quant als efectes, hom pot dir que, en aquest cas, la substitució preventiva de residu equival a ordenar una substitució vulgar del cridat en primer lloc pel substituït

3.2.2.3.- Les substitucions pupil.lar i exemplar

El CS qualifica també com a "substitucions" la pupil.lar i l'exemplar, que regula juntament amb la vulgar en el capítol VI del Títol II (Les substitucions hereditàries).

En estudiar-les específicament, s'ha palesat que existeix una diferència substancial entre aquestes dues substitucions i la vulgar, la fideïcomissària i la preventiva de residu encara que, com també s'ha vist, la dualitat d'herències en la substitució pupil.lar l'ha apropat cap a la substitució preventiva de residu.

A la substitució exemplar el testador no nomena un substituït en els béns que havia atribuït al primer designat, sinó que institueix l'hereu que succeirà en el patrimoni del substituït (art. 175,I). Per tant, allò que es substitueix no és la titularitat dels béns adquirits pel substituït en la successió del testador, sinó la inexistent facultat de testar

En el cas que el testador configurés aquesta substitució fideïcomissària com de residu, difícilment es podria diferenciar de la substitució preventiva de residu.

P. CREHUET proposava la fórmula següent: «*Y en todos sus bienes, el testador nombra heredero a Fulano; y para el caso de que no llegue a serlo (Sustitución vulgar) o, siéndolo, en todos aquellos bienes de que no hubiere dispuesto inter-vivos (Fideicomiso de residuo) o por testamento (nuestra figura), le sustituye y heredero instituye a Zutano*». En el moment que la formulà, distingir la facultat per a disposar entre vius de la de destinar per causa de mort era un argument dialèctic per admetre un fideïcomís en què el fiduciari podia destinar els béns fideïcomesos per causa de mort, i àdhuc per diferenciar-lo del fideïcomís de residu. Admesa la substitució preventiva de residu, és més versemblant que es consideri unitàriament la facultat dispositiva atribuïda pel testador al primer adquirent.

del substituït, intestable per manca de capacitat per a testar (arts. 175,II; 178 pr.).

A la substitució pupil.lar prevista en el CS, en canvi, el titular de la pàtria potestat testa pel descendent intestable per raó de l'edat i/o nomena un substituït en l'adquisició dels béns atribuïts mortis causa a l'impúber (art. 172).

Els béns adquirits pel substituït del substituent havien estat adquirits per l'impúber en plena propietat, lliures de gravamen de restitució. El titular únic de la pàtria potestat o el tutor tenen poder de disposició per alienar aquests béns de què l'impúber és titular. Per tant, els béns sobre els quals recau aquesta substitució tenen les mateixes característiques que els que adquireix un substituït preventiu de residu⁴⁶⁴, encara que amb matisos.

El substituït de l'art. 172 és un substituït sobre el residu perquè l'impúber va adquirir els béns sense gravamen. No té caràcter preventiu de la successió intestada perquè l'impúber mor amb hereu voluntari (el mateix substituït), tot i que designat pel titular de la pàtria potestat. Allò que es "preveu" és la mort del substituït en la impubertat.

3.2.2.4.- El caràcter general de la substitució vulgar.

La generalitat de la substitució vulgar es deriva dels arts. 169,II; 248,II; 251,III CS, que la consideren ordenada de manera implícita en totes les altres substitucions. S'entén que si el testador volia que el substituït adquirís els béns atribuïts primerament al substituït, també volia que els béns arribessin al substituït encara que no haguessi estat titularitat del designat en primer lloc⁴⁶⁵. Aquesta interpretació posa de relleu que

(464) Així ho ha palesat, per a la CDCEC, L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Arts. 155-161 CDCEC (N.353), pàg. 354: «*Mejor sería sostener que se da en dichas sustituciones [pupil.lar i exemplar] y en el aspecto examinado una especie de sustitución preventiva de residuo cuya efectividad está sujeta a la condición suspensiva de que el heredero o legatario fallezca en la menor edad o en la incapacidad*».

En relació amb el CS, L. PUIG FERRIOL a: Institucions II (N.22), considera «*que aquesta substitució és del tipus de les fideïcomissàries*» quant al caràcter de crida successiva, encara que, davant la inexistència de gravamen per l'adquirent en primer lloc, afirma, seguint l'esmentat ROCA-SASTRE MUNCUNILL, que «*la substitució pupil.lar segueix en aquest punt el règim de l'anomenada substitució preventiva de residu*».

(465) En canvi, segons A. CALATAYUD SIERRA, Arts. 167-179 CS (N.374), pàg. 668, «*se entiende que el testador de haberlo pensado mejor las habría establecido y que si no lo hizo fue debido a una imprevisión*». Per tant, sembla que es situa entre la

l'expressió no és massa encertada. No són les altres substitucions les que "enclouen" (art. 169,II) la substitució vulgar, sinò la fórmula, les paraules amb què el testador ordena les esmentades substitucions⁴⁶⁶.

La substitució vulgar no ha tingut sempre un caràcter tan general. Com s'ha vist, abans de la CDCEC, la substitució vulgar s'entenia implícita en les altres substitucions ordenades amb paraules directes (pupilar i exemplar), però no en la fideïcomissària (ordenada amb paraules oblíques).

La raó, com en l'actualitat, també es trobava en la voluntat del testador. Ordenar una substitució amb paraules directes significava que el testador volia que un substitut adquirís la seva herència per ell mateix i en un determinat cas (mort del pupil en la impubertat, mort de l'incapacitat). Per això es podia entendre implícita en les paraules del testador la voluntat de que el substitut adquirís per ell mateix en un altre cas (premoriença o repudiació del pupil o de l'incapaç).

En canvi, en el fideïcomís, el testador volia que el fideïcomissari rebés els béns mitjançant algú. Aquesta voluntat expressada impedia deduir que el testador també hauria volgut que el testador adquirís els béns per ell mateix⁴⁶⁷.

Per tant, en una substitució directa es podia entendre implícita una altra substitució també directa, però, en cap cas, d'una crida oblíqua es podia resultar una crida directa⁴⁶⁸.

doctrina que *«prefiere designar a estos supuestos legales en vez de con el nombre de sustituciones vulgares tácitas con el de sustituciones vulgares conjeturales»*.

(466) En l'avantprojecte privat d'Apèndix de Fr. ROMANI Y PUIGDENGOLAS, J. TRIAS Y GIRO, Ante-proyecto (N.348), pàg. 209, es feia referència a «[l]a fórmula general de sustitución sin expresar la clase a que comprende» (art. 499) i a «[l]a fórmula de las sustituciones pupilar y casi-pupilar o ejemplar» (art. 500). Tanmateix, a l'art. 501 s'afirmava que «[l]a sustitución fideicomisaria no va incluída en las demás sustituciones».

(467) Per aquesta mateixa raó no hi havia cap dificultat per considerar que la designació de successius fideïcomissaris implicava una substitució vulgar entre ells. Tots els fideïcomissaris havien de rebre els béns d'un tercer. Entendre ordenada una substitució vulgar implícita entre fideïcomissaris només significava la fungibilitat del tercer que lliurés la possessió dels béns hereditaris.

(468) Ex. en les dos edicions dels *Apuntes de Notaria*. En els APUNTES 1869 (N.56), pàg. 265, entre les causes d'extinció dels fideïcomisos, s'enumera «4.o Si no ha adido la herencia el heredero, pues ni por la vulgar se sostiene, pues que la vulgar tácita no está comprendida en la fideicomisaria, á no ser que esté tambien espresa»-

Una vegada consolidat el fideïcomís com institució successiva d'hereu i desapareguda la distinció entre paraules directes i obliques, quedava expèdita la via per considerar implícitament ordenada una substitució vulgar en la fórmula de la substitució fideïcomissària: si la voluntat del testador era que el fideïcomissari adquirís després del fiduciari, es pot entendre que hauria volgut que el fideïcomissari adquirís l'herència fins i tot en el cas que es frustrés la delació a favor del fiduciari.

Com també s'ha vist, el CS ha adequat la regulació del codicil impedint que en ell es puguin ordenar fideïcomisos universals (art. 122,II).

3.3.- La pluralitat de designats en les disposicions no patrimonials.

En les disposicions no patrimonials també és possible un nomenament plural, ordenat de manera coetània (art. 308; 309,I) o successiva (arts. 309,II; 321,I).

El CS hi para poca atenció. En relació amb el nomenament conjunt de marmessors, entén que l'encàrrec s'ha efectuat a tots per parts iguals i que l'actuació ha d'ésser per acord de la majoria (art. 309,I). Quant al nomenament gradual, pot ésser tant defectiu com successiu (art. 309,II). A diferència de les disposicions patrimonials, reben una denominació genèrica, "substitucions" (arts. 309,II; 321,I) i s'admet que el testador faculti al nomenat per designar el seu substitut en el càrrec (arts. 150,II; 309,II).

Per a la tutela, l'art. 5.2 LTIT preveu que el nomenament de tutors sigui singular o plural, i admet la designació de substituïts. A més, es contempla la designació negativa de tutors (art. 5.3), és a dir, l'exclusió de persones a les quals la llei (art. 12 LTIT) considera de preferent nomenament per part del jutge.

3.4.- La individualització de l'objecte de la disposició.

Llevat de la institució d'hereu, el testador ha d'especificar a les disposicions patrimonials els béns que atribueix als individus designats de conformitat amb

En l'edició del 1871, amb una clara inspiració en Gibert, F.M. FALGUERA, Apuntes (N.70), pàgs. 461-462. afirma que «[l]os efectos de la sustitución fideicomisaria son dos: 1.º que la sustitución fideicomisaria expresa, no comprende la vulgar á no ser que se espese, pues si bien los romanos obligaban al heredero fiduciario a adir la herencia, pero como entre nosotros nunca viene el caso de que el fideicomisario reciba la herencia del fiduciario, porque el fiduciario premuere y por lo mismo no puede obligarle á que ada la herencia ó á entregarla»

l'expressat en l'apartat anterior.

L'objecte del llegat pot ésser una cosa ja existent o futura (arts. 261,II; 265,III). Si forma part d'un gènere (llegat de cosa genèrica art. 284,I; 294), l'especificació correspon al gravat pel llegat, llevat que el testador l'encomani al mateix legatari o a un tercer (art. 294,II). Si l'objecte del llegat s'ha designat alternativament, i el testador ha encomenat a un tercer la concentració, aquest haurà de comunicar l'elecció al gravat (art. 293).

A l'art. 261,III es preveu la màxima intervenció d'un tercer en la successió del causant: el tercer pot determinar l'objecte del llegat i la seva subsistència, *«sempre que ...el testador expressi la finalitat del llegat»*. Aquesta circumstància, a la que s'afegeix que la decisió del tercer es fonamenti en *l'arbitri d'equitat*⁴⁶⁹, atenua la intervenció del tercer, que pot ésser impugnada judicialment, i àdhuc substituïda per la decisió del jutge. La referència a *«subsistència»* porta a pensar en llegats de pensions periòdiques, la durada i la quantia de la qual es volen adequar a les necessitats i/o a la conducta del subjecte afavorit.

A la sec. 3.a del cap. IX del Tit. III, *Les classes de llegats*, hi ha un seguit de normes que delimiten l'objecte del llegat. La seva anàlisi acurada excedeix l'objecte d'aquest treball.

Quant a les disposicions no patrimonials, el testador pot configurar les facultats dels individus a qui confereix càrrecs en el testament (*«curador designat pel testador amb les facultats que aquest li atribueixi»*, art. 143,II; *«les facultats i limitacions que aquest hagi establert»*, art. 148,III; per al marmessor, l'art. 316,IV, del que en són aplicació els arts 8,II; 164,I; 309,II; 315,III; 313). Altrament, s'aplicarà la regulació prevista pel CS.

(469) P. ALBIOL MARES, Arts. 252-283 CS N.178, pàgs. 926-927, nega que es tracti de l'arbitratge d'equitat previst a la L. 36/1988, de 5 de desembre, *de arbitraje* perquè no hi ha conflicte.

PART II.-

LES MODALITATS TESTAMENTÀRIES EN EL CODI DE SUCCESSIONS

CAPITOL I. INTRODUCCIÓ.

1.- La CDCEC

La CDCEC va afegir les modalitats testamentàries pròpies (testament davant rector, «inter liberos» y sacramental) a les previstes pel Codi civil. Els criteris per individualitzar unes i altres modalitats eren diferents, amb la qual cosa llur classificació era difícil⁴⁷⁰.

La doctrina majoritaria⁴⁷¹ emprava el mateix criteri classificatori que el Codi civil («*formas comunes y especiales*», art. 676,I CC), atès que a la CDCEC havia desaparegut l'obstacle existent per a la seva admisibilitat a l'AvPC-55.

En efecte, de les expressions «*testamento común abierto*» (art. 227,I) i «*testamento común cerrado*» (art. 228,I) de l'AvPC-55 hom podria col.legir que s'havia adoptat la classificació de les modalitats testamentàries en el Codi civil. Tanmateix, l'AvPC-55 no qualificava el testament hològraf com a «*común*», malgrat que incorporava la regulació del testament hològraf en el Codi civil (art. 232).

La raó que podria justificar la regulació seria l'intent de conservar la classificació tradicional dels testaments en Dret català. Sota la denominació «*testamento común*» s'encabirien els testaments solemnes, és a dir, els que reunien tots els requisits exigits pel dret romà postclàssic. Eren dos, el testament nuncupatiu (obert) i el clos (tancat). Tots els altres serien testaments especials, privilegiats, menys solemnes o imperfectes⁴⁷². Llur característica comuna consistia en exigir menys solemnitats externes (llevat el

(470) L. PUIG FERRIOL, *Las formas testamentarias en Cataluña. Algunas cuestiones en torno al testamento notarial*, a: RJC 71 (1972), pàgs. 135-153, pàg. 139, va palesar les dificultats existents a la CDCEC per a classificar les modalitats testamentàries.

(471) L. PUIG FERRIOL, E. ROCA TRIAS, *Fundamentos III/1.º* (N.168), pàgs. 228-229. X. ROCA FERRER, *Arts. 101-102 CDCEC* (N.63), pàgs. 70-71.

L'adopció del criteri classificatori del Codi civil no portava als mateixos resultats: L. PUIG FERRIOL i E. ROCA TRIAS (pàg. 228) situaven el testament davant rector entre els "comuns" mentre que X. ROCA FERRER (pàg. 70-71) el considerava "extraordinari".

L'excepció és Luis FIGA FAURA, *Manual de Derecho civil catalán*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1961, qui distingeix entre testament obert, tancat, hològraf i davant testimonis (pàg.479).

(472) J. IGLESIAS, *Derecho romano* (N.355), pàg. 640-641.

testament del cec) i/o internes que els ordinaris⁴⁷³.

2.- El Codi de Successions.

La regulació completa dels testaments en el capítol I del títol III del CS ha

(473) Aquest criteri de classificació dels testaments era unànim en la doctrina catalana des de mitjans del s/XIX, si bé la tipologia testamentària que resultava de la seva aplicació va rebre des de mitjans del s/XIX tres diferents denominacions. La terminologia emprada a l'AvP-55 té el seu origen en G.M.^a BROCA Y MONTAGUT, J. AMELL LLOPIS, *Instituciones* (N.120), §.633, pàgs. 296-297, els quals havien classificat els testaments en *comunes y especiales*, segons si en el seu atorgament s'exigia *la observancia de las formalidades de que ordinariamente debe revestirse con arreglo á la ley la expresi3n m3s solemne de la 3ltima voluntad* o si *por razones especiales 3 est3n dispensados de ciertas solemnidades, 3 deben reunirse mayores 3 permiten modificaci3n de las prescritas comunmente por el derecho* (). Joaqu3n ALMEDA (1844-1915), Mart3n TRIAS Y DOMENECH, *Anteproyecto de Ap3ndice del Derecho catal3n al C3digo civil*, Barcelona, s.d., i J.J. PERMANYER AYATS, *Proyecto de Ap3ndice* (N.127) usaren id3ntic criteri i la mateixa denominaci3n en els seus respectius Projectes privats d'Ap3ndix (art. 82,I, p3g.18 i art. 728, p3g.77).

Abans de BROCA I AMELL, en els APUNTES 1841, (N.122), s'havia diferenciat el testament en general (obert o tancat) dels testaments "pr3piament excepcionals" (*ecsentos de algunas solemnidades por la atencion con que mira la ley 3 las personas que los hacen 3 particulares circunstancias que las rodean*) i dels testaments privilegiats (testaments *inter liberos* i sacramental).

Aquesta tripartici3n fou seguida formalment per J.A. ELIAS, E. FERRATER, *Manual* (N.155) a les r3briques de les Sec. 1.^a i 2.^a Cap. 1.^o T3t. I. L. 2, p3gs. 5 i 29, encara que l'exposici3n conjunta i sense diferenciar de testaments excepcionals i privilegiats la convert3s en bipartici3n. Aix3 va ser formulada, coet3neament a la de BROCA I AMELL, per M. DURAN Y BAS, *Memoria* (N.116) qui classific3 els testaments en *comunes y privilegiados*, abastant els darrers tant els pr3piament excepcionals com els privilegiats segons la terminologia d'ELIAS i de FERRATER.

"Formes ordin3ries" i "formes especials" 3s la tercera tipologia resultant d'aplicar el mateix criteri classificatori a les modalitats testament3ries del dret catal3. L'adoptaren Fr. ROMANI Y PUIGDENGOLAS, J. TRIAS Y GIRO, *Ante-proyecto* (N.348), p3g.196-197, i la va seguir A.M.^a BORRELL I SOLER, *Dret civil* (N.47), §.430, p3g. 22 [p3g. 23], qui va distingir entre testaments ordinaris i especials, i, dins d'aquests, privilegiats i no privilegiats.

A.M.^a BORRELL I SOLER, *Formes testament3ries*, a: *RJC* 18 (1912), p3gs. 156 i seg., havia introdu3t el 1912 un altre criteri de classificaci3n dels testaments. Centrant-se en el testador i les circumst3ncies en qu3 es troba en el moment de l'atorgament, el testaments podien 3sser ordinaris i subsidiaris; els segons «*s3ls ha de poguerlos atorgar tot aquell que's troba impossibilitat de testar en forma ordin3ria, per3 sense privilegis personals ni locals*». Una tercera "categoria" la constitu3en «*els [testaments] que requerexen m3s solemnitats per defectes personals del testador*». La confer3ncia en qu3 s'havia formulat aquest criteri de classificaci3n dels testaments tenia car3cter *de lege ferenda*. Les modalitats testament3ries vigents en aquell moment no es podien classificar segons aquests criteri, per la qual cosa fou abandonat pel mateix BORRELL.

simplificat la classificació dels testaments, encara que no del tot.

La terminologia emprada no és uniforme: «*forma hològrafa*» (art. 105,II), «*formes especials de testaments notarial*» (Secció 2.^a), «*forma oberta*» (art. 117), «*tipus*» testamentari (art. 125,1).

En el paràgraf IV c) 2 del Preàmbul, en què es comenta l'esmentat capítol I, apareixen les expressions «*forma testamentària*», «*forma testamental*» (ambdues referides al testament davant rector), «*formes de testament notarial obert i tancat*» i «*formes especials de testaments notarial*». En el darrer cas, «*formes especials*» equival a formalitats suplementàries requerides en consideració a les circumstàncies que concorren en la persona del testador (arts. 125 i 126)⁴⁷⁴. En els altres, s'usa «*forma*» per a referir-se a les classes de testament. Aquest terme és manllevat del Codi civil (rúbrica de la *Sección Tercera del Capítulo Primero del Libro III, De la forma de los testamentos*). En aquesta segona accepció, l'ús de l'expressió «*forma*» en el Preàmbul no és encertat, perquè s'empra alhora per designar les classes de testament⁴⁷⁵ i la manera com el testador exterioritza la seva voluntat. Si el testament davant rector és una «*forma testamentària*», també ho seria el testament notarial. Si existeixen les «*formes de testament notarial obert i tancat*», s'hauria d'afirmar que la "forma" testamentària notarial es pot atorgar en "forma" oberta o tancada, i que la "forma" testamentària davant rector només es pot atorgar en «*forma oberta*» (art. 117). Per això hom prefereix parlar de "tipus" testamentaris (art. 125), dins de cadascun dels quals el testador pot manifestar la seva voluntat de diverses "formes". Els arts. 112,I i 113,II donen un argument a favor d'aquesta terminologia, perquè emprava "forma" per qualificar el «*mitjà tècnic*» d'escriptura amb què el testador pot plasmar la seva voluntat, sense que es pugui pensar que «*forma autògrafa*» sigui una classe de testament.

El CS emprava com a criteri principal de classificació dels testaments la presència o absència de fedatari públic en el seu atorgament. Segons quin fedatari l'autoritzi, el testament serà notarial (art. 105,I; Tit. III Sec. 2.^a i 3.^a) o davant rector (art. 105,II; Tit. III Sec. 4.^a). Altrament, ens trobarem davant del testament atorgat sense

(474) "Forma" s'utilitza en aquest mateix sentit de "formalitat" en les expressions «*disposicions generals de forma en els testaments*», del mateix paràgraf del Preàmbul i «*defecte de forma*» (art. 125,II).

(475) Aquest també és el significat de «*forma*» a l'art. 123,I, «*sigui quina sigui llur forma*».

concurrència de fedatari.

Un segon criteri de classificació dels testaments, que el CS subordina a l'anterior, és la manera com el testador exterioritza la seva voluntat, és a dir, la forma. Segons si el testador fa públic o no el contingut de la seva voluntat testamentària, la forma rep diferents denominacions en funció del tipus testamentari. Quan el testament s'atorga davant fedatari, s'anomena «*forma oberta*» (art. 117) o tancada, respectivament. Si el testament s'atorga sense concurrència de fedatari, la forma serà oral «*exclusivament davant testimonis*» (art. 105,III) o escrita en «*forma hològrafa*» (art. 105,II), respectivament.

Hom pot objectar que, si bé hi ha una total correspondència entre forma oberta i forma oral exclusivament davant testimonis⁴⁷⁶, no existeix una plena correlació entre forma tancada i forma hològrafa. En efecte, en la forma tancada el testador fa pública la seva voluntat de testar [*manifesta que el sobre que li lliura (al notari) conté el testament*], sense revelar la seva voluntat testamentària; en canvi, en el testament en "forma hològrafa" es desconeix tant la voluntat de testar com la voluntat testamentària. Nogensmenys, aquesta diferència no es deriva tant de la forma d'exterioritzar la voluntat en un i altre cas, sinó de la intervenció de fedatari, com ho palesa el que es pugui deixar constància de l'atorgament de testament en forma hològrafa en el *Registro de Actos de Ultima Voluntad* sense que per això canviï la tipificació del testament⁴⁷⁷.

(476) Cosa que no ha d'estranyar perquè el testament notarial en forma oberta és una evolució, millor dit, la transformació, del testament nuncupatiu del Dret romà, l'atorgat en forma oral davant testimonis. Ara bé, el caràcter necessari de l'escriptura en l'actual testament en forma oberta l'ha desconectat completament de l'originari testament nuncupatiu.

(477) S'admet a partir de la Circular de la DGRN de 13-XII-1917, *con instrucciones para hacer constar en el Registro de actos de última voluntad el otorgamiento de un testamento ológrafo*. En l'actualitat, art. 3 b) Annex 2 RNot. A més, la Convenció de Basilea de 16-V-1972, ratificada per l'Estat espanyol el 3-VI-1985 (BOE 5-X-1985, RLA 2385), preveu la inscripció de *los testamentos ológrafos que, si la legislación de dicho estado lo permite, se hayan entregado a un Notario, a una autoridad pública o a cualquier persona habilitados a tal efecto por la Ley de dicho Estado, sin que se haya extendido acta oficial de depósito* [art. 4.1.b) pr.]

Contràriament, T. F. TORRES GARCIA, Arts 688-693 CC, a: M. ALBALADEJO GARCIA (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales IX-1.º-A*. Ed. Revista de Derecho Privado/Edit. de Derecho reunidas, Madrid 1990, pàgs. 383-484, pàgs. 384-385] considera que és «*nota essencial*» del testament en forma hològrafa ésser «*una forma secreta, tanto en su existencia como en su contenido, pues no participa en ningún momento de su otorgamiento persona ajena al causante, lo cual*

El fet que en cada tipus testamentari es pugui exterioritzar la voluntat de més d'una forma no significa que l'ús d'una o altra estigui sotmés al lliure albir del testador. Si el fedatari públic és notari, el testador pot triar entre la forma oberta i la tancada. En canvi, si és rector, el testador ha d'emprar necessàriament la forma oberta. Quan en l'atorgament del testament no concorre fedatari públic, el CS només l'admet en forma hològrafa, per la qual cosa declara nul·la la forma oral exclusivament davant testimonis (art. 105,III).

Així doncs, els «tipus [testamentaris] previstos» (art. 125,I) en el CS són el testament davant notari (en forma oberta o tancada), el testament davant rector (exclusivament en forma oberta) i el testament sense fedatari públic, necessàriament en forma hològrafa. Per tant, l'art. 105 CS conté la tipologia dels testaments en el Dret català. En la rúbrica de la Secció 5.^a del Capítol I del Llibre III CS i en els arts. 120,I, 125,II i 134 CS, «testament hològraf» s'ha d'entendre com l'expressió abreujada de "testament atorgat sense fedatari públic [el tipus] en «forma hològrafa»".

Si el testador pateix alguna "disminució sensorial" (art. 115) o psíquica (art. 116), es modifiquen les formalitats en l'atorgament del testament davant fedatari en forma oberta o tancada, segons el cas⁴⁷⁸. Les «formes especials» del testament notarial no són alteracions de les modalitats testamentàries derivades del lloc d'atorgament, ni per les circumstàncies del mateix; es tracta de prevencions que es tenen en compte en atenció a minusvàlues sensorials o psíquiques que pateix el testador i que dificulten (alternativament o alhora) la comunicació entre testador i notari i l'atorgament del document públic. Per això, també les haurà de tenir en compte el rector que autoritzi el testament d'algú que es trobi en aquesta situació.

Tot seguit s'examinaran, per aquest ordre, els tipus testamentaris i les formalitats i «solemnitats externes» (art. 122,III CS) exigides des de l'atorgament del testament fins

le diferencia del testamento cerrado (art. 706 C.c.)». Tanmateix, el desconeixement de l'atorgament del testament pot ésser inicial, però no necessàriament indefinit. A més, la presència de testimonis no desnaturalitzaria l'expressió de la voluntat del testador en forma hològrafa: la *Nov.J.* 107,1 exigia la concurrència de dos testimonis per a la disposicions a favor d'estranyes en el testament «parentum inter liberos».

(478) L'expressió «formes especials» per aquest supòsit pot estar inspirada en A.M.^a BORRELL I SOLER, *Formes testamentàries* (N.473) i *Dret civil* (N.47), qui havia qualificat com "formes especials no privilegiades" els testaments atorgats per persones amb minusvalies físiques o sensorials (Vegeu la cita a N.473).

el moment en què aquest adquireix eficàcia.

CAPITOL II.- ELS TIPUS TESTAMENTARIS (ART. 105 CS).

1.- Introducció.

L'art. 125,I princ. estableix que els negocis de darrera voluntat unilaterals admesos en dret català tenen caràcter taxat. Només són vàlids «els previstos en aquesta llei». Per als testaments, ho reitera l'art. 105,III en sancionar amb la nul.litat els testaments atorgats a Catalunya exclusivament davant testimonis.

Tal com es veurà, el testament hològraf es va introduir en el dret català amb l'argument jurisprudencial que la no regulació ni prohibició pels ordenaments d'aplicació preferent a Catalunya permetien l'aplicació del segon dret supletori (el Codi civil). Per això una de les funcions d'aquests articles, especialment l'art. 105,III, és impedir l'entrada en el dret català de modalitats testamentàries, mitjançant el recurs a la supletorietat del Codi civil⁴⁷⁹.

El CS no regula els testaments militar, marítim i l'atorgat en país estranger (101,III CDCEC)⁴⁸⁰, les «*formas especiales*» de testament del Codi civil. Quant al testament atorgat fora de Catalunya, el motiu es troba en l'eficàcia territorial de les disposicions del Dret civil català, limitada al territori de Catalunya (arts. 7,I; 25,I EAC)⁴⁸¹. La competència per a fixar les normes de dret internacional privat i interregional correspon a l'Estat (art. 149.1.8 CE, Caps. IV i V del Títol Preliminar del Codi civil).

Quant al testament atorgat en un vaixell, l'absència de regulació també es podria justificar en motius competencials. L'art. 11.1.2 CC estableix que els negocis s'entenen celebrats en el país d'abanderament de la nau. L'abanderament de vaixells es competència de l'Estat (art. 149.1.20 CE). S'ha afirmat que la inexistència d'abanderament català impedeix la regulació catalana⁴⁸². Tanmateix, no és un argument definitiu perquè significa considerar que l'abanderament espanyol implica l'aplicació de

(479) Aquest mateix motiu és el que justifica articles com el 391 CS (art. 272 CDCC).

(480) Tampoc regula el testament atorgat en cas d'epidèmia (101,II CDCEC).

(481) Vegeu F. BADOSA COLL, Eficàcia territorial de les normes, a: *Comentaris sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya I*, pàgs. 253-280.

(482) X. ROCA FERRER, Arts 101-124 CS (N.29), pàg. 425.

la legislació estatal, àdhuc en matèries on la competència de l'Estat no s'extén a tot el territori espanyol. Això queda desmentit per l'art. 9.15 EAC, que atribueix a la Generalitat la competència exclusiva per a regular els transports marítims i fluvials, sempre que es produeixin dins de l'àmbit territorial català (148.1.5 CE)⁴⁸³. L'abanderament espanyol no porta necessàriament a l'aplicació de normes d'origen estatal. Nogensmenys, potser hauria estat massa agoserrat deduir que la matrícula d'un vaixell en un port català significa la seva consideració com a territori català.

La doctrina catalana considera aplicable a Catalunya la regulació del testament marítim en el Codi civil (arts. 722 a 730). Sembla que E. ROCA TRIAS ho considera un supòsit d'aplicació supletòria, mentre que X. ROCA FERRER com d'aplicació directa⁴⁸⁴. L'art. 125,I CS impedeix l'aplicació supletòria del Codi civil. A diferència del CC, el CS no pren mai en consideració les circumstàncies en què es troba el testador per a regular testaments especials, ni per disminuir les solemnitats exigides en circumstàncies "normals". Potser s'ha considerat que l'individu que decideix testar quan es troba en circumstàncies excepcionals sempre pot recórrer al testament hològraf.

A partir de l'entrada en vigor del CS, s'ha d'entendre que el dret català ha deixat de considerar que una situació bèl·lica (art. 101,III CDCEC en relació amb l'art. 716,I CC, «*en tiempo de guerra*») tingui alguna transcendència en l'atorgament de testaments a Catalunya⁴⁸⁵.

2.- El testament davant fedatari públic.

A la CDCEC existia una absoluta simetria en l'atorgament dels testaments davant notari i davant rector en forma oberta. L'art. 117 CS continua exigint (cfr. art. 102,I CDCEC) que en el testament davant rector es servin «*les solemnitats dels testaments oberts davant notari*». Tanmateix, s'ha trencat la simetria perquè en els testaments davant rector és necessària la presència de dos testimonis (art. 117 final), a

(483) Manuel M. VICENS MATAS, Transports (EAC 9.15 i 11.9), a *Comentaris sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya I*, pàgs. 625-647.

(484) E. ROCA TRIAS a: *Institucions II* (N.22), pàg. 133 aplica la regulació del Codi civil perquè «el CS no es refereix als testaments militar i marítim». En canvi, X. ROCA FERRER, Arts 101-124 CS (N.29) considera el testament marítim com atorgat fora del territori de Catalunya.

(485) En contra, E. ROCA TRIAS a: *Institucions II* (N.22), pàg. 133, considera que la regulació del testament militar en el Codi civil és d'aplicació supletòria.

diferència dels testaments davant notari, en els que s'ha suprimit aquesta formalitat.

2.1.- El testament davant notari.

Els romans desconeixien el notariat tal com l'entenem en l'actualitat. Per això, en els textos del *Corpus iuris* només s'exigia la intervenció de set testimonis en l'atorgament del testament nuncupatiu (oral). En el testament tancat, a més, es feia referència a la intervenció d'un *tabularius*.

La intervenció del fedatari públic (notari/rector) es va anar introduint per a resoldre el principal problema d'eficàcia de les declaracions de darrera voluntat. Una vegada mort el testador, calia "publicar" el testament. En el testament escrit, els testimonis havien de reconèixer el seu segell i signatura; en el nuncupatiu, els testimonis havien de manifestar la voluntat del testador. En ambdós casos, la premoriència (o absència per qualsevol altra raó) d'un dels testimonis feia ineficaç el testament.

A partir de l'aparició del que s'anomena notariat llatí, la constància de la voluntat del testador en escriptura pública, atorgada amb les solemnitats exigides, evitava que s'hagués de "publicar" el testament⁴⁸⁶.

MAXIMILIÀ I va donar el 1512 sanció legal a aquesta pràctica⁴⁸⁷, regulant la

(486) Vegeu per tots, I.D. DURANTIS, *De arte testandi* (N.59), Tit.2 Cautela.1, fol.24: «*Ut autem tale testamentum in scriptis sine ulla testium recognitione sit validum Remedium est, [3] quod postquam testator, vel alius testamentum scripserit, & testator, testesque subscripserint, ac signaverint testatoris mandato Notarius in tergo clausi instrumenti scribat ibi esse scriptum testamentum, prout coram ipso notario, & testibus adscriptis testator asseruit. Et fidem faciet scriptura huiusmodi etiam si non vivant testes, quia instrumentum testamenti manu publica roboratum probat, & testium agnitione non indiget, ut sentit glo. & BAR. in d. l.tabularum. & glo. illam singularem putat ALEX in d. l.publicati, cui adde alteram, & plenioram glo. idem tenentem in l.fi ver.ostenditur C. de fideicomm. & faciunt dicta PAU de CA in l.iubemos C. de testament. & sententiam hanc sequuntur etiam FULGO. cons.LVI. queritur. & IAS. [14-1] & alii allegati per eum cons.LXVII. viso. libr.III. (...) [4] Similiter, ut sine testium depositione nuncupativum testamentum fidem faciat, per notarium publicum scribatur, septem testium in testamento adhibitis & conscriptis, quia quot testes ibi sunt scripti tot testibus equivalet instrumentum, ut sensit Innoc. in c.cum Ioannes, de fide. instr. l.in exercendis. C. eo tit. & est sententia ?o. quem sequuntur BART & alii doctores in l.heredes ff de testament. & ALEX in l.1 C. eod. tit.»*

(487) *DIVI IMPERATORIS, CAESARIS Maximiliani pro informatione Notariorum, qui officium Notariatus exercere jubeantur, Constitutio, Coloniae Ubiorum anno MDXII sancita*. El text en versió llatina i el seu comentari es poden trobar a Justus REIFENBERG, *Maximiliani I. Imp. Caes. Augusti Nomothesia De publicis notariis et testamentis, Anno Christi MDXII sancita; Togam exposita; commentariis illustrata. In*

intervenció dels notaris en el testaments. Convé destacar que la intervenció notarial que preveu aquesta constitució té una finalitat merament provatòria. El testament nuncupatiu no deixava d'ésser oral, per la qual cosa no necessitava de l'escriptura per a la seva validesa⁴⁸⁸. Per això, la nul·litat de l'escriptura per qualsevol raó no implicava la del testament⁴⁸⁹.

El dret canònic, primer supletori del català, ja havia resolt aquesta qüestió anteriorment. En el Cap. *cum esses. De testamentis* de les Decretals d'Alexandre III s'admetia el testament atorgat davant dos testimonis i el rector de la parròquia del testador. GIBERT justificava la intervenció del notari en aquesta norma canònica⁴⁹⁰.

quibus ultimarum voluntatum dispositiones, conjectura & interpretationes uberrime edifferuntur, multa Iuris controversi Practici, Publici, & Saxonici, capita disceptantur. Herbonæ Nassoviorum, 1620. Apareix reproduïda al final del primer volum de J. COMES, *Viridiarum* (N.16), pàgs. 439-446. P. CARDELLACH Y BUSQUETS, *Jurisprudencia* (N.95), la tradueix parcialment al castellà (pàgs. XXXIII-XLI)

(488) §.1 Tit.I: «...*Nam Cæsaræ leges Testamentorum duo genera expresserunt; alterum quod in scriptis sit, seu interprete scriptura clausa vel involuta; alterum vero, & communis, quod per solam nuncupationem sine scriptura, vel aliqua solemnitate, quæ literis constat fieri solet, & ideo Nuncupativum dicitur, neque scripturam de essentia efflagitat. ...*» Versió castellana a P. CARDELLACH Y BUSQUETS, *Jurisprudencia* (N.95), pàg.XL núm. 82.

(489) Ferdinand OESTERLEY, *Das deutsche Notariat Band.2 Darstellung des geltendes Rechts.* Hannover, 1845 -neue Ausdruck, Scientia Verlag Aalen, 1965-: «*es hat immer nur die Natur eines die Gültigkeit des Testamentes an sich überall nicht bedingenden Beweismittels, deshalb, wenn auch die Notariats-Urkunde ungültig sein sollte, dadurch das Testament selbst nicht nothwendig afficirt wird*» (pàg.539-540).

Un exemple de l'aplicació a Catalunya es pot veure, a sensu contrario, a Michael CORTIADA (+ 1691), *Decisiones Reverendi Cancellarii et Sacrii Regii Senatus Cathalonie Pars Prima. Pars Secunda* Apud Josephum Forcada. Barcinonæ 1661, 1665; *Pars Tertia. Pars Quarta.* Typ. Raphaelis Figuero Barcinonæ 1688, 1689, T. III, Dec. 176,32 (pàg. 667): «*Testamenta et instrumenta recepta per Rectores, Parochos et Curatos, ac eorum Vicarios inter non subditos extra suas Parochias, vel per Notarios Regios aut Baronales extra territoria eorum, qui eos crearunt, sustinentur, et valent uti scriptura privata, ut provat MARANTA, cons.3 quem citat ROVIT. in prag.2. n.13. de contract. quos laudat Thoro in compen. decis. par.3 sect.3 verbo uxor. col.2 in fine vers. Nec propterea iuncto vers. Tertio quia. fol.442 et ex PEREZ, casu quo talia testamenta, ut nuncupativa valere possint, notat PEREYRA de man. Regin. par.2 cap.69 n.7 in fine.*»

(490) V. GIBERT, *Teórica* (N.91), pàg. 210: «*Segun el decreto y costumbres actuales, bastan en este testamento [nuncupatiu] dos testigos y la presencia del escribano, que la reduce a instrumento, y con su autorizaci6n suple el defecto de otros testigos*».

Tanmateix, a mitjans del segle passat, FALGUERA fonamentava la intervenció del notari en l'atorgament del testament en la *Notariatsordnung*⁴⁹¹.

A començament del s/XVII, J.P. FONTANELLA és el primer autor català que esmenta la conveniència de la intervenció del notari en l'atorgament del testament obert. Ho feia via remissió a doctrina del Regne de Castella⁴⁹². La doctrina posterior ja consideraria necessària la intervenció del notari en l'atorgament del testament obert, ex. Tristany⁴⁹³.

En qualsevol cas, en el dret general de Catalunya, el testament continuava éssent l'establert pel *Corpus Iuris*, nuncupatiu (és a dir, oral) o escrit, segons que la darrera voluntat testador s'hagués manifestat oralment, o per escrit de manera reservada.

En efecte, la intervenció del notari en el testament nuncupatiu (obert) no va comportar la necessitat d'una escriptura pública amb la voluntat testamentària⁴⁹⁴. La prova fefaent que el testament nuncupatiu continuava éssent oral és que en la const. 19

(491) Sobre aquesta constitució, P. CARDELLACH Y BUSQUETS, *Jurisprudencia* (N.95), pàgs. XLI-XLII) afirma: «Este documento es un nonumento el mas admirable del tino y consumada pericia de los consejeros de Maximiliano, que precisamente habian de ser notarios, ... En estas páginas cuyos frutos son de oro, se divisa el tipo del notariado catalán, porque toda la constitucion retrata perfectamente el carácter, génio y costumbres, la gravedad, importancia y escrupulosidad y hasta nimiedad de la mayor parte sino de todos sus funcionarios, y acaso retrataria el notariado de otras provincias de España si Escriche no nos certificase que le cubre una sombra, un no sé qué». Malgrat que anteriorment hagués escrit «84. Se estiende esta constitucion á otras muchas particularidades de los testamentos, de que se tratará en esta obra...», no hem trobat cap referència a ella.

Els altres autors catalans del s/XIX tampoc citen la Not.Ord. Tanmateix, la manera com es confeccionaven els protocols a Catalunya abans de 1755 (prenent notes, sense transcriure tot el testament) coincideix amb l'establerta per la Not.Ord.

(492) J.P. FONTANELLA, *Decisiones* (N.144) en la Decis. I,51 n.17 (pàg. 108) es remet a TELLO FERNANDEZ. *l. Tauri 3. par.5 n.2* i AZEVEDO *ad leges Reg. tom.3 lib.5 tit.4 de los testamentos*. En la Decis. II,576 n.4 (pàg. 576) es remet a DIDACUS SPINO de *testamentis. part.2 rub. n.28*.

(493) B. TRISTANY, *Decisiones* (N.140), II Dec.49,3 (pàgs. 338-339), afirma que el testament nuncupatiu no es considera perfecte fins que el notari llegeix tota l'escriptura davant del testador i dels testimonis i el testador l'aprova. Quant a la necessitat de la lectura del document al testador i als testimonis, T. II, Dec. 58,3 (pàg. 598).

(494) B. TRISTANY, *Decisiones* (N.140), afirma a l'esmentada T. II, Dec.49,3 (pàgs. 338-339, N.494) que l'aprovació del testador al document redactat pel notari es coneixia a Catalunya com a "publicació" i a Castella com "atorgament".

de les Corts de Perpinyà de 1351 (3.^a CYADC 4,13,4) establí que els notaris redactessin el testament en els dos mesos següents a la mort del testador, a partir de les notes preses en el moment de l'atorgament⁴⁹⁵. Ho reiteraria, per als notaris col·legiats, el cap.1 de les Reales Ordenanzas de 29-XI-1736⁴⁹⁶. Resulta evident que la intervenció

(495) *A Occorrer a la desidia que en los Notaris, e tabellions fins aci es estada, volem, statuim e manam, que qualsevol Notari o Scriva qui la ferma de alguna carta rebra, scriga, o scriure faça en sos capbreus, o libres de notas la nota de la dita carta largament ordenada, e per consequentia de letras dictada, així que en aquella nota no sie alguna abreviatura, que per la paraula, etcetera fins assi es acostumada esser feta, la qual nota certament scriure o fer scriure sie tingut dins dos mesos següents apres la ferma de tots los contraents, e dels altres qui aquella carta hajan a fermar enterposada comptadors, aquells empero contraents als dits Notaris pagants la meitat del salari, de, e per aquella carta a ells pertanyent: si empero aquella carta, o contracte, sobre la qual aquella carta sera rebuda, a coneguda de savi, o de altra persona haura esser dictada, en aquell cas, lo temps de dos mesos, a prop que aquella conexensa sera enterposada, comença correr, e no abans: e aço mateix en testaments volem esser observat: lo terme empero de dos mesos, apres la publicatio dels testaments, la qual apres la mort dels testants devant lurs amics se acostuma esser feta, e requesta daquen per aquell daquí es interes subseguida, començ a correr e no abans: e si per ventura lo testador en sa vida requeria, lo testament seu en nota del capbreu, o del Llibre de las notas esser redigit, o scrit, aço lo Notari dins dos mesos del temps de la dita requesta sens tot mija seguens sie tengut fer, aquell empero testador pagant la meytat del salari del testament a aquell Notari: en los Locs empero, hont ja es estat, e es ordenat, quels Notaris hajan los testaments en las notas dels capbreus redigir, sie servat ço que ja en aquells locs es estat ordenat: e si las cosas demunt ditas, o alguna de aquellas algun Notari, o Scriva sera trobat no servir, del Offici de tabellionat per sentencia per tots temps sie privat.*

(496) *I. Primeramente que cada uno de dichos escribanos deba tener y tenga un libro manual ó protocolo encuadrado del papel del sello cuarto, en el cual deba escribir y escriba por extenso sin etceteras las notas de las escrituras que ante él pasaren y se hubieren de hacer, en la dicha nota se contenga toida la escritura que se hubiere de otorgar por extenso, declarando las personas que la otorguen, el dia, mes y año, y lugar donde se otorgan, y lo que se otorga, especificando todas las condiciones y partes, cláusulas y renunciaciones y sumisiones que las partes convinieren; y que así como fueren escritas dichas notas, los referidos escribanos las lean, presentes los escribanos y los testigos, y si las partes las otorgaren, las firmen de sus nombres y apellidos, y si no supieren firmar firme por ellos cualquier testigo ú otro que sepa escribir, y el escribano haga mención como el testigo firmó por la parte que no sabía escribir, exceptuando de lo dispuesto en este capitulo á los escribanos colegiados, porque estos en el modo de firmar las escrituras de contratos y últimas voluntades que los contrahentes y testadores otorgaren y leerla á estos y escribir sus notas en los manuales ó protocolos, en el tiempo que se dispone en la constitucion 4 del tit. 13 de los notarios y escribanos del libro cuarto, estos lo han de practicar como hasta ahora, sin hacer novedad, observando la misma forma y método que hasta aquí, conforme a la referida constitución. (Cfr. P.N. VIVES Y CEBRIA, Traducción (N.93), I, pàgs.*

del notari en l'atorgament no equivalia a la necessitat d'escriptura pública (com a mínim, en el sentit actual) per a la validesa del testament nuncupatiu⁴⁹⁷.

Fou derogada pel cap. III pr. de les *Reales Ordenanzas de 24 de julio de 1755* dictades per als col.legis de notaris catalans:

«Extenderán y formalizarán en sus manuales los testamentos nuncupativos desde luego que se hayan otorgado, sin esperar la muerte del testador y á los testigos se hará saber la voluntad de éste según la naturaleza del testamento nuncupativo».

És difícil esbrinar si, a partir de les Ordenances de 1755, l'escriptura pública va esdevenir una solemnitat del testament nuncupatiu. El 1772, V. GIBERT negava que l'escriptura pública constituís una solemnitat del testament nuncupatiu⁴⁹⁸. Cent anys després (1875), el catedràtic de notaria F.M.^a FALGUERA no va introduir cap nota d'actualització que desmentís l'afirmació de GIBERT.

Tanmateix, coetàniament a FALGUERA, els notaris Pacífico LLORET, Angel NART i la Redacció LN⁴⁹⁹ afirmaven que l'únic testament nuncupatiu que es podia

278-279 [pàgs. 284-285]).

(497) En canvi, el privilegi concedit a Barcelona per Pere III el 1339 (3.^a CYADC II 6,1,1; vegeu-lo a N.153) establí la validesa de qualsevol darrera voluntat atorgada davant de dos testimonis, que no calia que fossin pregats, i elevada a escriptura pública (*«et ipsum testamentum, seu alia quælibet dispositio fuerit in publicam formam redactum»*)

(498) Noti's que, a diferència del testament tancat [*«el que se da cerrado por el testador al escribano (delante de dos testigos rogados por él mismo para ello)...»*] (pàg. 204)], V. GIBERT, Teórica (N.91), pàgs. 206-209, no fa referència al notari en la definició del testament nuncupatiu: *«aquel en que el testador de viva voz espresa toda su voluntad acerca del heredero, los legados y otras disposiciones, delante de testigos llamados y rogados especialmente para ello en un solo tiempo y lugar, sin interposición de algun acto extraño»*. Sobre la intervenció del notari, *«y aunque el escribano se reduce á escritura, sin embargo se llama nuncupativo, porque aquella se emplea no para la solemnidad sino para la memoria del acto»* (pàg. 210).

(499) Pacífico LLORET, Consulta, a: LN XIX núm. 965 (1876, 2-X), pàg. 7484, creia que el testament sacramental era exclusiu de la ciutat de Barcelona. La Redacció va contestar que *«en Cataluña no es válido el testamento sacramental fuera de Barcelona, á no ser que haya alguna poblacion que tenga privilegio especial para que valga dicha clase de testamentos, lo cual debe constar en los respectivos archivos municipales. Creemos que la ciudad de Gerona y la villa de Vilafranca del Panadés disfrutan de semejante privilegio»*.

Angel NART, Consulta, a: LN XX núm. 1001 (1877, 11-VI), pàg. 7792. En aquest número la REDACCIO de LN assumeix les raons exposades per l'aleshores

atorgar de paraula en el Dret català era el sacramental⁵⁰⁰. En el seu favor, al·legaven

notari d'Artesa de Segre. Més endavant es publicaria REDACCION de LN, Testamentos de palabra en Cataluña, a: LN XX núm. 1011 (20-VIII-1877), pàgs. 7866-7871. NART feu la consulta perquè «[e]n un Juzgado de primera instancia de Cataluña (fuera de la ciudad de Barcelona) acaba de elevarse á escritura pública pública un testamento hecho de palabra» seguint el procediment previst en el tít. 11 II part LEC 1855 («Del modo de elevar á escritura pública los testamentos hechos de palabra»). Suscitada una polèmica «en correspondencia particular» amb un Registrador de la Propietat que havia inscrit un testament atorgat de paraula en un lloc sense el privilegi, la REDACCIO de LN va recolzar a NART.

L'objecte de la disputa és idèntic al produït anteriorment en relació amb els testaments tancats, l'obertura i protocolització dels quals estava prevista en el títol següent de la LEC. En aquest cas, però, el resultat fou l'invers. Es va imposar l'opinió de La Notaría: «*La Ley de Enjuiciamiento civil expresa los trámites que deben observarse para elevar á escritura pública los testamentos hechos de palabra ; pero como está hecha para una Nacion compuesta de provincias que se rigen por leyes sustantivas distintas, naturalmente debe aplicarse á aquellas provincias en que por sus leyes civiles son válidos los testamentos hechos de palabra. ... , pero esto no significa que semejante clase de testamentos debiesen introducirse en las provincias en donde no eran válidos, porque una disposición tan trascendental necesita disposición terminante y expresa*» (pàg. 7867).

(500) Constitueix la veu discordant Arturo CORBELLA, Dictamen acerca de si es válido segun derecho de Cataluña un testamento otorgado con las formalidades ó solemnidades externas del testamento nuncupativo romano, y si, en consecuencia, puede ser elevado a escritura pública y protocolizado, a: *RDN*ot III (1881), pàgs. 105-106. El dictamen (datat a Tarragona el 5-II-1881) constata que «*a pesar de convenir los autores entre si en presentar como regla general de las formas testamentarias la concurrencia de notario y tres ó dos testigos y, ser esta la práctica comunmente seguida, no se halla fundada en precepto alguno de general observancia en Cataluña, teniendo su origen en la extension dada al Usage Accusatores, aplicado a los testamentos, y en el carácter de la institucion notarial, con evidente tendencia á aligerar las solemnidades del testamento que las tenia mayores en el derecho romano, ni constituye la fórmula única que por disposicion del legislador haya de seguirse con exclusion de toda otra*». En efecte, les R.O. 24-VII-1755 s'ocupaven de la intervenció notarial en l'atorgament del testament «*sin prejuzgar la calificación de validez ó nulidad que en derecho merezcan las últimas voluntades*» i 3.^a CYADC I 6,1,1 de l'exclusió de l'atorgament davant «*Jurados de notarios*». Quant al cap. *cum esses* (X 6,10,*), A. CORBELLA considerava que «*no puede considerarse ni se considera la regla general de las formas testamentarias*».

Per tot això, considerava que «*ha de reputarse válido, segun derecho de Cataluña el testamento nuncupativo otorgado ante siete testigos con las demas formalidades que prescribe el derecho romano para esta clase de testamentos (D.28.1.21 §.2 i 3; I. 2.10.14); y que el testamento otorgado en la forma antedicha puede elevarse a escritura pública por los trámites fijados en el título XI de la 2.ª parte de la ley de Enjuiciamiento civil*».

*RDN*ot [Luis Gonzaga SOLER Y PLA, director des de la fundació (1879), José MILA Y PI, redactor en cap des del 1880] va introduir una nota per la qual «[s]iendo

la STS 25-XI-1861. Sorprenentment, l'única norma que es cita per fonamentar la prohibició dels testaments de paraula és la Real Provisión de 29-XI-1736⁵⁰¹.

Ja en el s/XX, A.M.^a BORRELL I SOLER afirma que l'elevació de la voluntat del testador a escriptura pública és una pràctica «*reconocida como necesaria*», citant les Ordenances de 24-VII-1755 i Gibert quan nega que l'escriptura pública constitueixi una solemnitat del testament⁵⁰². Si això es vincula amb l'afirmació prèvia que són requisits comuns del testament obert i tancat «*la intervención de notari competente i de dos testimonis idoneis y la unitat d'acte*»⁵⁰³, s'arriba a la conclusió que la solemnitat no era l'escriptura pública, sinò la manifestació davant del notari i de dos testimonis. La diferència consistiria en què, en cas de defectes formals en el document matriu, la voluntat testamentària es podria provar per la declaració del notari i dels testimonis que hi varen intervenir. La presència de notari en el procediment de jurisdicció voluntària per a l'adveració del testament atorgat de paraula es troba en els arts. 1946; 1949; 1950; 1953, 2.º LEC 1881. D'aquesta interpretació resultaria que l'esmentat notari pot trobar-se dins del seu districte notarial, investit de fe pública⁵⁰⁴.

los primeros en reconocer el mérito de este dictamen, no estamos, empero conformes con sus conclusiones».

(501) A. NART, Consulta (N.499), nega que el testament atorgat de paraula del Dret de Castella estigui vigent a Catalunya, «*mayormente cuando hay una ley de la Novísima Recopilación (29 de Noviembre de 1736) que previene que en los pueblos y lugares en que no se halle Escribano público pueden en su lugar recibir testamentos ó últimas voluntades los Curas-Párrocos ó sus tenientes ó los Escribanos de otros pueblos (sin hablar del otro modo de testar, ó sea de palabra). Luego la inclusión de una cosa es exclusión de otra*» (pàg. 7792).

(502) A.M.^a BORRELL I SOLER, Dret civil (N.47), §.432, pàg. 29 [pàg. 29].

(503) A.M.^a BORRELL I SOLER, Dret civil (N.47), §.431, pàg. 23 [pàg. 24].

(504) L'argument no és original. Per al dret de Castella, es va suscitar una polèmica doctrinal entre José GARCIA LASTRA i José Gonzalo de las CASAS el 1865, a conseqüència del comentari a les Lleis de Toro publicat pel segon en el setmanari *GN*, del que era director. Les rèpliques de J. GARCIA LASTRA apareguren sota el títol Testamentifacció. ¿Cuándo existe la escritura de testamento nuncupativo?, a: *GRN IV* núm. 137 (1865, 18-V), pàgs. 301-307; Testamentifacció. ¿Cuándo existe la escritura de testamento?, a: *GRN IV* núm. 138 (1865, 25-V), pàgs. 313-320. Posteriorment, Testamentifacció. ¿Cuándo existe la escritura de testamento?, a: *GRN IV* núms. 141, 142 i 143 (1865, 15, 22 i 29-VI), pàgs. 389-392, 417-421, 441-447.

El debat girava sobre el supòsit de la mort del testador abans d'haver pogut signar l'escriptura matriu. La tesi de J. GARCIA LASTRA era la següent: «*La Ley del*

El testament notarial en forma oberta regulat per la CDCEC i pel CS no és el testament nuncupatiu romà, ni el testament nuncupatiu de la tradició jurídica (el testament sacramental, admès pels arts. 103, 104 CDCEC), ambdós inclosos en la prohibició de l'art. 105,III CS. El testament notarial en forma oberta de la CDCEC i del CS és en primer lloc notarial⁵⁰⁵, és a dir, contingut en un document públic. És un testament escrit.

Del testament nuncupatiu al testament notarial. La repercussió en la presència dels testimonis.

Històricament, la configuració jurídica del testament obert va canviar substancialment a partir del moment en què l'instrument públic va deixar de considerar-se com un dels mitjans el més segur de prova del contingut i de les solemnitats testamentàries, per esdevenir una de les solemnitats de l'atorgament. És a dir, es va passar del testament nuncupatiu (oral) documentat notarialment al testament notarial (en escriptura pública) en què el testador manifesta la seva darrera voluntat (en forma

Ordenamiento fija cuatro maneras de hacer testamento nuncupativo: la primera, con Notario y a presencia de tres testigos, y las otras tres, sin la intervencion de dicho funcionario público. Tan perfecto y acabado es el testamento y tan válido en el primer caso, como en los otros. ...Mas para que en los tres últimos casos su perfección y validez produzcan todos sus efectos permanentes, tal y como los produce en el primero, se necesita indispensablemente, como en este, que reuna el carácter especial de escritura pública, lo que viene a ser una condicion sustancial é imprescindible. Por eso la ley de Enjuiciamiento, abarcando perfectamente los cuatro casos posibles, segun la ley del Ordenamiento, y preveyendo que puede ocurrir que el testador signifique su voluntad ante Notario y testigos, que es lo que constituye el testamento, pero no habiéndose estendido y cerrado la escritura, ya porque el testador falleciese en el acto o ya por otra causa, como que sin haberlo reducido a escritura no está autenticado el testamento, ha establecido los trámites que han de observarse para darle la autenticidad de que carece, con el fin de hacer la escritura que no está hecha, ó de acabar, digámoslo así, la que no está concluida por haber faltado algun requisito especial» (pàg. 305).

Anteriorment, la solució proposada per José María BUITRAGO [en una carta adreçada al director de *GRN*, Sense títol, a: *GRN* III núm. 80 (1864, 14-IV), pàgs. 268-270] consistia en autoritzar el document «*aunque sin dar fe de haberlo leído íntegramente al otorgante y testigos* [exigència de l'art. 25,III RNot], *pues eso sería una falsedad, cuando no puede estenderse el documento en pocos minutos que el enfermo puede tener de vida*» (pàg. 270). No es pronunciava sobre la necessitat d'adveració del document autoritzat d'aquesta manera.

(505) L'art. 101,I CDCEC no es referia els testaments comuns obert i tancat del Codi civil, sinò als testaments davant de notari.

oberta) davant de notari i de dos testimonis.

La introducció del testament notarial (en el sentit del Codi de successions) en el Dret català tingué lloc el 1889, per (soterrada) aplicació supletòria del Codi civil (art. 695 der. CC) i es consolidà amb la CDCEC⁵⁰⁶.

La irrupció del testament notarial, és a dir, el caràcter necessari de l'escriptura pública, es va produir de forma no traumàtica, conservant tots les solemnitats preexistents⁵⁰⁷. Això va comportar que es produís una duplicitat (notari/testimonis) que no tardaria en manifestar-se innecessària i darrerament, fins i tot, molesta.

En efecte, en els testaments escrit i nuncupatiu del dret romà, els testimonis eren els destinataris de la declaració de voluntat del testador, el mitjà emprat per a donar a conèixer l'existència de la seva darrera voluntat i el seu contingut. Una vegada generalitzada la intervenció notarial, el perill de la ignorància o de la suplantació de la darrera voluntat del testador desapareixia per l'existència del document públic autoritzat pel notari. Els testimonis quedaven reduïts a un requisit documental

Això va suscitar, a nivell sociològic, que els testadors s'estimessin més conservar la privacitat de la seva darrera voluntat. El mecanisme previst pel Dret per aconseguir-ho era el testament tancat. Però el testament per antonomàsia era el testament obert. Per això, els testimonis apareixien com un obstacle per aconseguir la privacitat.

Les crítiques a la intervenció dels testimonis en l'atorgament d'escriptures

(506) L'art. 101 CDCEC regulava el testament atorgat en temps d'epidèmia seguint la regulació del dret romà, és a dir, suprimint el requisit d'unitat d'acte. En el dret romà tenia el seu sentit, perquè el testament era oral. El testador havia de manifestar la seva voluntat davant set testimonis. Per dificultar el contagi, no s'exigia que concorressin tots alhora.

En la CDCEC, el caràcter notarial del testament obert deixava sense sentit la regulació romana. De trencar-se la unitat d'acte, el notari no podria autoritzar l'escriptura pública fins que, en presència seva, el testador hagués manifestat separatament a dos testimonis la seva voluntat (o, com a mínim, la coincidència d'aquesta amb el contingut del document redactat i llegit pel notari). És a dir, per dificultar el contagi de dos testimonis, la CDCEC duplicava el temps de permanència del notari al costat del malalt.

(507) En relació amb l'art. 565 del Projecte de Codi civil de 1851, F. GARCIA GOYENA (1783-1855), *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852 [ed. facsímil, Barcelona, 1973] afirma que «[l]os autores llaman á este testamento mixti generis, porque participa del rigurosamente nuncupativo, y requiere además, para su validez, que se haga por instrumento público» (II, pàg. 19).

públiques són anteriors al Codi civil. Els defensors de la necessitat de la presència dels testimonis en l'atorgament del testament els diferenciaven dels testimonis en el procediment judicial. En aquest, llur funció era provatòria. En els testaments, en canvi, constituïen una solemnitat de l'atorgament⁵⁰⁸. Tanmateix, des d'un punt de vista jurídic, acabarien esdevenint una solemnitat supèrflua perquè la voluntat del testador ja no es donava a conèixer mitjançant els testimonis, sinó amb el document públic autoritzat pel notari. La fe pública impedia que els testimonis poguessin desmentir el contingut del document públic sense haver obtingut una sentència que sancionés la falsedat de l'instrument públic.

El CS ha suprimit (com a regla general) la necessitat de la intervenció dels testimonis en l'atorgament del testament notarial (art. 107,I). D'aquesta manera s'aconsegueix la plena privacitat de la voluntat del testador en la forma oberta del testament atorgat davant notari. Sorprenentment, es conserva la forma tancada del testament notarial (arts. 112-114), el recurs tradicional per testar sense donar a conèixer la voluntat testamentària. Tot i que s'hagi substituït l'obertura judicial del testament tancat per la notarial (art. 114), és molt inversemblant que resorgeixi l'ús d'aquesta forma de testament. El secret professional del notari⁵⁰⁹ provoca que el testador ja aconseguixi la privacitat de la seva voluntat testamentària amb la forma oberta. L'únic plus de privacitat del testament tancat és en relació a una disposició no patrimonial que pot contenir el testament: el reconeixement de filiació (art. 4,1,a L 7/1991, de 27 d'abril, de filiacions; art. 129,II CS). En efecte, l'ús del testament tancat impedeix que el notari autoritzant trameti testimoni del reconeixement, en compliment de l'art. 254 RNot.

Amb la supressió dels testimonis, la documentació de la voluntat del testador en escriptura pública deixa d'ésser una de les solemnitats del testament notarial per esdevenir LA solemnitat. En què es diferencia el testament/escriptura pública de qualsevol altre document públic? Exclusivament en el negoci que documenta⁵¹⁰ i en

(508) Bienvenido OLIVER, De los testigos instrumentales, a: *LN XIV* núm. 707, pàgs. 5397-5404.

(509) Enrique GIMÉNEZ ARNAU, *Derecho notarial*, Pamplona, 1976, assenyala que «[e]l secreto profesional como deber del Notario no está impuesto taxativamente en la Ley ni en el Reglamento. Este se limita a declarar que el protocolo es secreto (art. 274, concordante con el 32 de la Ley)» (pàg. 287).

(510) Per això, en el Dret alemany la supressió dels testimonis com a requisit de

l'haver-se d'atorgar amb unitat d'acte (art. 105,I).

Convertit el testament notarial en un negoci documentat en escriptura pública, es planteja un problema competencial quant a la detallada regulació de l'atorgament d'aquesta escriptura pública. L'art. 149,1,8 CE atribueix la competència exclusiva a l'Estat per a la regulació dels instruments públics. El Consell Consultiu de la Generalitat va considerar tècnicament improcedent la regulació dels arts. 122; 107,I; 108; 109,II; 150; 111; 113,II,III,IV; 114; 115; 119 del PrCS, per considerar que eren competència de l'Estat.

Ens trobem davant d'un problema de solució més difícil que el simple recurs a la jerarquia de normes segons la piràmide kelseniana, perquè la legislació aplicable és d'èpoques molt diferents, com també ho són els principis que inspiren llur regulació. L'art. 29 LNot. (recordem-ho, de 1862) reenvia al dret civil per a la regulació de les solemnitats dels negocis per causa de mort. Aquesta "legislació civil" s'havia entès i ha de continuar entenent-se_ com la legislació civil vigent a cada lloc, a Catalunya, el dret civil català. La legislació notarial no podia preveure que la legislació civil successòria (dret civil català) establiria els requisits i formalitats dels negocis per causa de mort mitjançant remissió a la regulació notarial del document públic (*inter vivos*).

2.2.- El testament davant rector.

2.2.1.- El rector, fedatari públic en matèria testamentària.

Abans de l'entrada en vigor de la CDCEC, era unànime l'opinió sobre el caràcter de fedatari públic del rector en matèria testamentària, atès que la Real Orden de 15-XII-1863⁵¹¹ va declarar que la Ley del Notariado no havia derogat la *Real*

solemnitat del testament davant notari («*öffentliches Testament*») va comportar la regulació d'aquest en la *Beurkundungsgesetz* (BeurkG §§.27-35).

Per al Codi civil, Ferran BADOSA COLL, Arts. 694 a 699 CC, a: Rodrigo BERCOVITZ, Comentarios a las reformas del Código civil, Madrid, 1993, pàgs. 1054-1121, afirma que «*[l]a actual eliminación de los testigos instrumentales en el acto de otorgamiento "ordinario" del testamento abierto ha igualado a éstos con las escrituras de los actos inter vivos*» (pàg. 1071).

(511) L'origen d'aquesta decisió s'ha de trobar en el dictamen emès pel *Consejo de Estado*, tot i que els intents per aconseguir consultar-lo han resultat infructuosos. L'anterior afirmació es basa en els dictàmens del Fiscal del Tribunal Suprem Sr. CORZO, d'11-X-1862 [a: *RGLJ XXI* (1862), pàgs. 639-644; a: *LN VI* núm. 264 (1863, 16-II); a: *El Foro III*, núm. 104 (1863, 23-II), pàgs. 57-59] y de la *Dirección General del Registro de la Propiedad* [a: *RGLJ XXII* (1863), pàgs. 147-151] , en els

*Provisión de 29-XI-1736*⁵¹², per la qual es va establir *para el futuro que los curas,*

quals s'afirmava que la LNot havia derogat la Real Provisión de 29-XI-1736. La Redacció de GRN afirmava que «*por real orden de 15 de diciembre, ..., se dispuso, oido el Consejo de Estado en pleno, de conformidad con su dictámen y en virtud de lo prevenido en la disposicion 10 de las transitorias de la ley del Notariado, declarar subsistente el privilegio sancionado en real provision de 29 de noviembre de 1736 para los casos en que en la misma se determinan*» [Comentari a la resposta donada per Gaceta del Notariado a la Consulta d'Andrés GARCÍA Y GAVALDÁ (*Perelló de Tortosa*) *¿Se necesita autorización judicial para librar testimonio por primera vez de un testamento otorgado ante el cura párroco?*, a: GRN IV núm. 154 (1865, 14-IX), pàgs. 627-632.

La Dirección General considerava que «[e]l objeto de la ley del Notariado solo haga sido organizar la institución notarial y marcar las formas estrictas de las escrituras; no ha sido su mente derogar disposición alguna del derecho civil de carácter sustantivo» (pàg. 149), ex. art. 29 LNot. Per això «*continuarán otorgándose los testamentos á presencia del párroco y testigos en Cataluña, Aragón y Navarra*». Tanmateix, la Dirección General considerava interpretava que l'art. 1 LNot. donava al notariat el monopoli de la fe pública. Per això considerava (pàg. 150) que l'art. 48 LNot, havia deixat sense fe pública als rectors catalans (els únics que en tenien), en derogar totes les disposicions contràries a la LNot.

(512) El contingut de la R.P. de 29-XI-1736 és superior al que indica la seva rúbrica, *Que prohíbe á los párrocos y notarios meramente apostólicos, recibir contratos y otras escrituras entre legos sobre cosas profanas*. La R.P. de 29-XI-1736 és conseqüència d'una representació promoguda per HILARIO RIBERA, antic fiscal de la Real Audiencia de Catalunya, el 10-I-1728 a Felip V, en la que es denunciaven quatre situacions que es produïen a Catalunya en relació a la fe pública: 1. l'autorització pels rectors de tota mena d'escriptures, a més dels testaments; 2. l'autorització pels notaris apostòlics d'escriptures entre lecs i sobre matèries profanes; 3. la recepció d'instruments públics per part dels notaris públics mitjançant substituïts no qualificats i 4. la pràctica contractual de sotmetre's a la jurisdicció eclesiàstica per a la resolució dels conflictes que es poguessin derivar de la relació jurídica.

Mitjançant R.P. de 13-II-1728 es va demanar un informe a la RAC, la qual el va emetre el 2-I-1734. Quant a les tres darreres situacions, el criteri dels Magistrats de l'Audiència era unànim: demanar-ne la supressió. Quant a la primera, hi hagueren tres opinions: la majoritària demanava la supressió; una altra el manteniment; la tercera es limitava a exposar els inconvenients i els aventatges del manteniment/supressió. Convé destacar un dels arguments del vot particular dels Magistrats partidaris del manteniment de la pràctica, perquè evidència la superposició de dues qüestions en aquest afer: a la manca de perícia dels rectors en l'autorització dels instruments públics, es replicava que en qualsevol cas aquests, per Dret canònic, «*reciben y recibirán testamentos, codicilos y otras escrituras de última voluntad*». Allò denunciat com abús per H. Ribera -i per allò que el dictamen de la majoria de l'Audiència demanava la supressió- era la potestat notarial general de què s'havien arrogat els rectors, adquirida mitjançant costum. Ningú va posar en dubte la validesa del testament atorgat davant rector amb els requisits del c.10 X III-26. La discussió a l'Audiència s'ha obtingut de Sebastià SOLE I COT, *La potestat notarial dels rectors i vicaris de parròquia de Catalunya a les èpoques moderna i contemporània. Una divisió en el sí de l'Audiència: Ministres catalans contra*

*rectores ó sus tenientes solo han de poder otorgar testamentos ó últimas voluntades cada uno en su distrito, territorio ó feligresia, no habiendo en ella escribano real ó numerario*⁵¹³. A més, cap dels intents de suprimir aquesta facultat no va reeixir⁵¹⁴.

L'art. 102 CDCEC va limitar la fe pública del rector a la forma oberta i va

Ministres castellans a la consulta del 2 de gener de 1734. Barcelona, desembre 1988, de propera publicació.

La R.P. de 29-XI-1736 va declarar nuls per al futur «*todos los testamentos, contratos y demás escrituras hechas y que se hicieren por los Notarios meramente apostólicos entre legos y sobre cosas profanas*», va ordenar que els substituïts dels notaris públics haurien d'ésser «*escribano Real*» i establir el corresponent procediment d'actuació del substitut (equival al cap. XI de les *Reales Ordenanzas* de la mateixa data), i va sancionar amb la pena de privació de l'ofici i de la meitat dels béns a l'escribà que autoritzés una escriptura pública amb clàusula de submissió d'un laic a la jurisdicció eclesiàstica (equival al cap. VII de les esmentades *Reales Ordenanzas*). Quant a la potestat notarial general dels rectors, la va prohibir per al futur, tant per a l'autorització de noves escriptures com per a *traslados* de les autoritzades abans de la R.P. Tanmateix, va mantenir la facultat d'autoritzar testaments, conferida pel Dret canònic, encara que la va modificar.

(513) Tanmateix, Juan Eugenio RUIZ-GOMEZ, éssent notari del Col·legi del Granada, creia que des de l'entrada en vigor de la LNot. els rectors no podien continuar autoritzant testaments a Catalunya perquè el Notari era l'únic fedatari públic. Segueix, per tant, la línia interpretativa del dictamen de la *Dirección General* esmentat en la N.511. Aquestes afirmacions foren contestades per la REDACCIÓN LN, suscitant-se una polèmica que es troba a: LN VIII núms. 368; 371; 374; 380; 381 (1865, 24-IV; 15-V; 5-VI; 17 i 24-VII), pàgs. 2735-2736; 2758; 2825-2830; 2835.

(514) Els dos intents legislatius per a suprimir la fe pública dels rectors en matèria testamentària varen tenir lloc en períodes republicans:

1.- El 7-VI-1869, el *Diario de Sesiones de las Córtes Constituyentes* núm. 93 (Apèndix 13) publicava la *Proposición del Sr. Llorens, para que el clero no intervenga como notario en el otorgamiento de los testamentos y demás instrumentos por causa de muerte*, que s'havia presentat el dia 14 de maig. La defensa de la proposició, feta pel diputat José Ignacio Llorens l'1 de juliol, fou recolzada pel llavors Ministro de Gracia y Justicia Sr. Martín de Herrera. Es votà afirmativament la presa en consideració de la proposició de llei, la qual va passar a la *comisión de Legislación general* (DSCC núm. 115, pàgs. 3400-3402). Un article de Valentín FUENTE OSORIO publicat a *GRN* recolzant la proposició de llei va suscitar la rèplica contrària de la REDACCIÓN LN a: LN XII núm. 587 (1869, 5-VII), pàg. 4500. (La localització de la proposició la deu a la Dra. Anna Casanovas Mussons)

2.- *Proposición de Llei anul.lant en el successiu els testaments sacramentals, i suspentent la facultat dels eclesiàstics amb cura de parròquia per autoritzar testaments*, a: DSPC núm. 239 (18-VI-1936), pàgs. 4712-4713. Tres anys abans, el Sr. SIMÓ I BOFARULL havia presentat dos precs sobre aquesta qüestió: DSPC núm. 51 (27-IV-1933), pàgs. 1205-1206; núm. 73 (7-VI-1933), pàgs. 1722-1724.

introduir el requisit de la protocolització del testament davant rector «conformement a les regles de la legislació notarial».

La *Real Provisión* de 29-XI-1736 no feia referència a cap classe de testament. Per això la doctrina considerava que també es podia atorgar testament en forma tancada davant rector⁵¹⁵. Tanmateix, en els projectes oficials d'Apèndix, es limitava la fe pública del rector a la forma oberta⁵¹⁶.

En relació amb la protocolització del testament, el criteri doctrinal majoritari, i ja abans la circular del Col.legi de Notaris de Barcelona de 23-I-1964, considerava que la CDCEC no havia alterat la fe pública del rector.

En el CS (com a la CDCEC), el rector intervé com a fedatari públic no només quan autoritza el testament (art. 118,II; 119,I,II; 147,II), sinó també quan el presenta al notari per a que el protocolitzi (art. 118,I,II)⁵¹⁷.

(515) Ex. entre les propostes de P.N. VIVES Y CEBRIA, Traducción (N.93) II pàg. 192 [pàg. 526] per unificar les pràctiques notariales dels rectors en matèria testamentària n'hi ha una relativa al lliurament del testament tancat.

Ja en el s/XX, Pedro de la FUENTE PERTEGAZ, *Manual del párroco catalán como notario de los testamentos*, Imprenta de Domingo Vilaltella, Balaguer, 1916, pàg. 20; A.M.^a BORRELL I SOLER, *Dret civil* (N.47) §.434, pàg. 33; J. BOADA CAMPS, *El derecho canónico en Cataluña. Instituciones privativas del mismo*, a: RJC 29 (1923), pàg. 481; Francesc MASPONS I ANGLASELL, *El testament parroquial. Manera d'autoritzar-lo*, Foment de Pietat Catalana, Barcelona, 1927, pàg. 43, i *Com es fa un testament*, Col. popular Barcino núm. 51. Ed. Barcino. Barcelona, 19293. Així ho havia declarat el *Resultando 7.º* de la RDGRN 30-IV-1909 [JC núm. 114 (1909-2.º), pàgs. 714-716].

(516) M. DURAN Y BAS, *Memoria* (N.116), pàg. 173 i arts. CCXLVII,II; CCXLVIII (pàg. 365); Ap-30, art. 251,I.

(517) En contra, CONSELL CONSULTIU DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA (CCGC), qui el qualifica de "testimoni qualificat" en els Dictàmens núm 60 (Fonament XIII) i 172 (Fonament V): «*el testament davant rector no és un instrument públic, ja que el rector actua només com a testimoni qualificat que compleix unes funcions de servei al públic. ...l'instrument públic neix en virtut de l'homologació que porta implícita la protocolització notarial*».

El CCGC confón el testament atorgat davant rector a Catalunya amb el testament davant rector a Aragó i a Navarra. Per tots, Eduardo GUTIERREZ DEL SOLAR, *La fe pública extranotarial*, Ed. Rev. de Derecho Privado / Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 1982: «*no puede ponerse en el mismo plano, a los efectos autenticadores, la función desempeñada por el párroco en Cataluña, donde ejerce verdaderas funciones notariales, y la actividad fedataria, en cierta medida disminuída por la adverbación de los párrocos en Aragón y Navarra. En Cataluña, el testamento, que tendrá todas las solemnidades de los celebrados ante notario, se considera documento auténtico y hace fe plena sin necesidad de que un órgano judicial declare su autenticidad. En Aragón*

De la confrontació entre l'art. 164,III CDCEC i l'art. 249,II CS no es poden deduir diferències entre ambdues classes de fedataris. En el primer, s'entén frustrada la condició de no atorgar testament quan s'atorga testament obert davant notari o rector; en el segon, només davant notari. La redacció de l'art. 249,II CS prové de l'art. 183,II d'un document de treball previ en el que no s'admetia la possibilitat de testar davant rector⁵¹⁸. Per això s'ha de considerar la no referència al testament davant rector en l'art. 249,II CS com un oblit en la correcció subsegüent al canvi de criteri.

2.2.2.- La competència del rector: «*les localitats sense notaria demarcada o amb notaria vacant*».

Tal com s'ha exposat, la *Real Orden* 15-XII-1863 va confirmar la Real Provisión 29-XI-1736, que va mantenir el testament davant rector previst a X III,26,10. Això no significa que conservés la regulació del Dret canònic, perquè,

- 1.- d'una banda, va transformar en territorial (*en su distrito, territorio ó feligresia*) una potestat que a les Decretals era per raó de les persones (*parroquiani*)⁵¹⁹;
- 2.- d'altra, el supòsit de fet que possibilitava l'autorització: del *in extrema voluntate al no habiendo en ella escribano real ó numerario*⁵²⁰.

y Navarra tienen lugar unas actuaciones ante el juzgado al objeto de advenir, es decir, prestar autenticidad, ...el mismo testamento en su conjunto y sustancia. En Cataluña el documento autorizado por el párroco se considera auténtico, y la certeza que el poder público impone se deriva de la sólo intervención del párroco como "testigo público", con independencia que el testamento haya de protocolizarse, pues esto es una cuestión de conservación del documento».

Sobre aquesta qüestió es tornarà a incidir infra, IV.2. Aquí n'hi ha prou amb dir que la tesi del CCGC no justifica perquè ni la CDCEC ni la CDCC (art. 101,V) ni el CS (art. 105,III) no excepcionen el testament davant rector de la no admissió de «*testaments atorgats a Catalunya exclusivament davant testimonis*», sobre tot tenint en compte que CDCEC i CDCC ja contemplaven una excepció (el testament sacramental).

(518) AVANTPROJECTE (N.48)

(519) Fr. MASPONS ANGLASELL, El testament parroquial (N.515), pàgs. 14-15, i Com es fa un testament (N.515), pàg. 13. Contràriament, J. M.^a SANAHUJA, *Tratado de Derecho notarial*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1945, considerava que, abans de la CDCEC, aquesta facultat dels rectors es limitava a «*autoritzar con la presencia de dos testigos los testamentos de los residentes en sus feligresías*» (I, pàg. 257).

(520) Aquesta segona modificació va ésser inicialment ignorada ex. Ramón Lázaro

Aquestes modificacions, conservades fins l'actualitat, estableixen on i quan es pot atorgar el testament davant Rector: «en les localitats sense notaria demarcada o amb notaria vacant» (art. 102 CDCC; art. 117 CS)⁵²¹ i en qualsevol cas⁵²². És a dir,

DOU Y DE BASSOLS (1742-1832), *Instituciones de Derecho público General de España con noticia del particular de Cataluña* T.I, Madrid, 1800, pàg. 374; REDACCION LA FE PUBLICA, Testamentos, a: *La Fe Pública* núm. 26 (26-VII-1846), pàgs. 2-3.

La defensa del testament davant rector partia sempre de la premisa que es conservava amb la regulació de les Decretals, que el rector només podia autoritzar el testament *in articulo mortis*. Ex. *Informe dado por la Comisión del Colegio de Notarios públicos Reales Colegiados de número de Barcelona, sobre los puntos contenidos en el oficio de 7-IV-1835 pasado á dicho Colegio por el Real Acuerdo*, Imprenta de la viuda e hijos de D. Antonio Brusi, Barcelona, 1837, §.V pàg. 18; APUNTES 1869, (N.56), pàg. 237; F.M. FALGUERA, Apuntes (N.70), pàg. 381; J. MESTRES MARGALEF, Apuntes (N.190), pàg. 6.

Al respecte, és del tot il·lustrativa la consulta per UN SUSCRITOR, ¿Es válido, y por lo tanto inscribible, el testamento autorizado por el Cura párroco, por falta de Notario, pero estando sano el testador y constando así claramente en el testamento? a: *LN XXXIII* núm. 1664 (1890, 24-II), pàgs. 13142-13144. El consultant era de l'opinió contrària i exposava els arguments favorables a la validesa per a rebatre'ls. La redacció de *LN* s'adherí a l'opinió dels subscriptor, hi afageí d'altres raons a partir de la interpretació del cap. i de la "Real Pragmática" (sic) de 29-XI-1736 i va concloure: «Esta interpretacion nacida á raiz de la ley ha seguido inconcusamente hasta ahora, y ha sido general, no solo entre los Notarios, sino tambien entre los mismos Curas Párrocos, que en su generalidad se niegan a recibir testamentos de personas sanas, de suerte que es una extrañeza el que haya habido un Párroco ó Vicario que haya accedido á esto, y entendemos que no ha obrado con toda la meditacion necesaria. La interpretacion, pues, que hemos dicho está admitida por costumbre general é inveterada de un siglo y medio, y ha llegado a formar jurisprudencia. Optima legum interpres est consuetudo» (pàg. 13144).

Tanmateix, la RDGRN 19-IV-1893 va establir que el testament davant rector es podia atorgar tant sa com malalt. Recullen la doctrina de la resolució ex. Victoriano SANTAMARÍA Y TOUS (1850-1917), *Derecho consuetudinario y economía popular de las provincias de Tarragona y Barcelona con indicaciones de las de Gerona y Lérida*, Imprenta del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, Madrid, 1901, pàg. 408, i P. FUENTE PERTEGAZ, Manual (N.512), pàg. 18. En els projectes oficials.

Abans de la resolució, aquest criteri ja havia estat adoptat per M. DURAN Y BAS, Memoria (N.116), pàg. 173; art. CCXLVII,II, (pàg. 365) i fou recollit a l'Ap-30 (art. 251).

(521) En la regulació de la CDCEC, aquesta mateixa expressió fou objecte de dues interpretacions per al supòsit en què, havent notaria a la localitat, el notari no hi és o no pot autoritzar el testament: X. ROCA FERRER, Arts. 101-102 CDCEC (N.63), recolzant-se en la RDGRN de 4-III-1905, considera que no és possible la intervenció del rector; L. PUIG FERRIOL, *Las formas testamentarias* (N.470), en canvi, recolzant-se en la STS de 12-IV-1954, considera que sí. Els fonaments d'ambdues tesis són

des de la *Real Provisión* 29-XI-1736 es va alterar potser involuntàriament la configuració jurídica del testament davant rector.

En el CS, així com a la CDCEC i CDCC, el testament davant rector no és una modalitat testamentària subsidiària, malgrat la redacció de l'art. 117 CS (102 CDCC). L'argument és manllevat, entre d'altres, de la Junta Directiva del Col·legi de Notaris de Barcelona. Si on no hi ha notaria el rector pot autoritzar el testament de qualsevol, i amb independència de la situació en què es trobi, allò subsidiari és la manera com s'atribueix la competència al rector, però no la modalitat testamentària^{523,524}.

anteriors a la CDCEC. Sembla que la primera interpretació s'adiu més amb l'art. 102,1 CDCEC.

(522) L. PUIG FERRIOL, *Las formas testamentarias* (N.470), pàg. 140; X. ROCA FERRER, *Arts. 101-102 CDCEC* (N.63), pàgs. 93-94.

(523) *Informe que el Colegio Notarial de Barcelona eleva [el 4-II-1931] a la Comisión general de Codificación relativo al proyecto de Apéndice de Derecho catalán al Código civil a: GN 1931, pàgs. 53-56: «En cuanto al artículo 251, debería consignarse, como ya se observó al informar el anteproyecto, que el párroco o teniente autorizante han de ser los de la parroquia del testador, pues el concepto fundamental de admisión meramente supletoria de la intervención parroquial en las localidades en que no existe notario o éste no pueda momentáneamente autorizar, queda destruído, con completa equiparación de funciones, al admitir la autorización parroquial de testamentos de otorgantes ajenos a la respectiva demarcación, ya que el artículo exige solamente la localización del ejercicio de la función, pero no la vecindad del testador»* (pàg.55).

Coetàniament, i en el mateix sentit, la proposta *de lege ferenda* de F. de P. BADIA TOBELLA, De com soc partidari de conservar el testament parroquial, a: *LN LXXV* núm. 2 (1933, 4-II), pàgs. 22-23: «*Justifica el testament davant el Rector, talment com deia Ulpia pel militar: propter imminens periculum mortis. Així és tal com el sentit comú del poble avui ho entén. Creiem per això oportú transformar-lo de testament ordinari, que és avui, a testament privilegiat. Així com avui pot usar-se en tot temps, sols podria segons nostre criteri en estat de greu malaltia o perill de mort*» (pàg.23). Que el testament davant rector era un testament ordinari ho ratifica Fr. MASPONS ANGLASELL, *Com es fa un testament*(N.515), pàg. 13.

Per a la CDCEC, JUAN BOADA CAMPS, *El testamento ante el cura párroco en Cataluña y estudios complementarios*. Ed. Pal.las. Barcelona, 1963, pàgs. 21-22.

(524) En contra, X. ROCA FERRER, *Arts 101-124 CS* (N.29), pàg. 458: «*El testamento ante Párroco es una variedad de carácter extraordinario*». En relació amb l'art. 102 CDCEC [Arts. 101-102 CDCEC (N.63), pàg. 90], també afirmava el caràcter «*extraordinario o privilegiado*» del testament davant rector. Tanmateix, en cap cas no justifica aquesta afirmació. No és versemblant que li atribueixi aquest caràcter a partir de l'única "peculiaritat" amb què el diferencia del testament notarial: la no conservació pel fedatari autoritzant.

L. PUIG FERRIOL, *Las formas testamentarias* (N.470), considerava el testament davant rector de la CDCEC com «*una forma de testar subsidiaria*» (pàg.

Cal determinar el significat de «*les localitats sense notaria demarcada o amb notaria vacant*».

2.2.2.1.- «Sense notaria demarcada»

Els districtes notariaus coincideixen normalment amb els partits judicials (art. 3 LNot.; art. 73 RNot). Cada districte notarial té assignat un nombre de notaries, fixat mitjançant Reial Decret pel Ministeri de Justícia (art. 72,I RNot.).

No existeix cap localitat catalana que no pertanyi a un districte notarial. «Localitat sense notaria demarcada» no pot significar localitat exclosa d'alguna demarcació notarial, perquè la norma seria inaplicable. Per tant, s'hauria d'entendre una expressió equivalent a localitat amb Notari resident (art. 42,I RNot.).

2.2.2.2.- «Notaria vacant»

L'art. 80 RNot. preveu els supòsits en què una notaria es troba vacant. En relació amb l'art. 102 CDECC, s'havien formulat dues interpretacions. X. ROCA FERRER considerava que la "vacància" s'ha d'interpretar de manera estricta, de manera que la simple absència del notari no legitima al rector per autoritzar el testament⁵²⁵. L. PUIG FERRIOL, en canvi, proposava una interpretació més àmplia⁵²⁶.

Els arts. 49 i següents RNot. regulen la suplència de notaris. L'art. 50, en concret, quan una notaria es troba vacant o el seu titular en suspens. Preveu l'existència d'un quadre de substitucions a cada Col.legi notarial. Per tant, segons l'actual RNot., sempre hi haurà un notari encarregat de la notaria, ja sigui com a titular, ja sigui com a substitut. No s'aprecia la raó per la qual el rector pot intervenir en una localitat amb notaria vacant de què s'encarrega un notari suplent i, en canvi, no podria intervenir quan la substitució té la seva causa notaria en els casos previstos en l'art. 49,I: absència (en el sentit de l'art. 43 RNot), llicència, malaltia o impossibilitat accidental.

Sembla que "notaria vacant" es podria interpretar com "notaria a càrrec d'un notari substitut". Qualsevol absència (en sentit vulgar) del notari (ex. perquè es troba en un poble del seu districte diferent al del lloc on té la residència) no legitimaria

140).

(525) X. ROCA FERRER, Arts 101-124 CS (N.29), pàgs. 458-459.

(526) L. PUIG FERRIOL, Las formas testamentarias (N.470), pàg. 140.

l'actuació del rector.

2.3.- Les formes del tipus testamentaris davant fedatari

2.3.1.- La forma oberta.

El CS ha trencat la completa correspondència entre el testament en forma oberta autoritzat pel rector i pel notari, en exigir en tot cas la presència de testimonis en el primer.

La necessitat de la intervenció de testimonis en el testament atorgat davant rector, porta a plantejar-se si existeixen dues modalitats d'una sola "forma" testamentària o si, pròpiament, són "formes" diverses.

En relació amb el Codi civil, F. BADOSA sosté que el testament obert davant notari conservava la nuncupativitat fins la supressió dels testimonis per la L. 30/1991, de 20 de desembre⁵²⁷. És evident que F. BADOSA vincula nuncupació amb la presència de testimonis, com a destinataris de la declaració de voluntat del testador⁵²⁸.

Fins l'entrada en vigor del CS, la nuncupació formava part del tipus negocial del "testament notarial" (art. 101 CDCEC) en forma oberta. Ara bé, era una "nuncupació" devaluada per la presència del notari i la necessitat d'escriptura pública. Els testimonis no eren els únics destinataris de la publicació de la voluntat del testador.

En el CS, la intervenció dels testimonis en el testament notarial pot ésser necessària o voluntària (art. 107,I final). Quan la intervenció és voluntària, a instància del testador o del notari, el testament notarial recupera la nuncupativitat.

Quan la intervenció dels testimonis és necessària, la qüestió és més dubtosa. En el PrCS la necessària intervenció dels testimonis era essencialment funcional. Els testimonis realitzaven allò que el testador no podia fer de manera immediata: signar el document pel testador (en general, art. 107,II PrCS; per al testament obert, art. 111,II PrCS; per l'acta del tancat, art. 113,IV PrCS); llegir-lo (per al cec, art. 115,I PrCS;

(527) F. BADOSA COLL, Arts. 694-699 CC (N.510), pàg. 1054: «*La supresión de la nuncupación se hace por la eliminación de los testigos cuya "presencia" en el acto de "expresión de última voluntad" era esencial. La razón de suprimirlos es que la ley 30/1991 se ha centrado en su carácter "instrumental" con olvido de su función material como requisitos de "publicación" del testamento (Preámbulo. "Se suprime como requisito general el concurso de testigos")*»

(528) F. BADOSA COLL, Arts. 694-699 CC (N.510), pàg. 1055: «*El testamento nuncupativo se tipifica por la presencia de testigos a los que el testador comunica su voluntad testamentaria*»

per al sord, art. 116,II PrCS). La intervenció dels testimonis no perseguia recuperar la nuncupació, encara que fos inevitable que aquests coneguessin el contingut de la voluntat testamentària.

En el text aprovat pel Parlament, la intervenció dels testimonis continua éssent funcional quan el testador no sap o no pot signar el document que autoritza el notari (arts. 107,II; 111,II; 113,IV). Però la remissió a la legislació notarial de l'art. 115 CS l'ha desdibuixat. L'art. 193,II RNot no preveu cap intervenció supletòria dels testimonis quan el testador és cec o completament sord⁵²⁹. Per tant, la necessària intervenció dels testimonis en aquest casos (art. 107,II pr.) no pot tenir altra funció que asseblar-se de la declaració del testador. En aquests casos, revifa aquesta nuncupació devaluada.

En canvi, la intervenció dels testimonis en el testament davant rector persegueix que aquells coneguin el contingut de la voluntat testamentària. Per tant, la nuncupació és un element tipificador de la forma oberta, quan el fedatari que autoritza el testament és un rector.

La *forma oberta* del testament davant rector és diferent de la del testament notarial, atès que la primera té la nuncupació com un element tipificador. La segona estaria mancada d'aquesta circumstància, com a mínim com a element essencial. Aquesta afirmació ve recolzada pel mateix art. 117 CS: les solemnitats del testament davant notari a què es remet no inclouen els testimonis.

2.3.2.- La *forma tancada*.

En relació amb el dret anterior, la regulació del testament en forma tancada ha experimentat una gran transformació en el CS, tot i conservar-se el motiu inspirador: el testador no revela el contingut de la seva darrera voluntat.

Els arts. 112 a 114 «*reinstauren el testament tancat tradicional a Catalunya*», segons el Preàmbul [IV c) 2]. Tal com es podrà comprovar tot seguit, en el PrCS que el Govern va presentar al Parlament, "reinstauració" s'havia d'entendre com inspiració. En efecte, es tornava a la conservació notarial del testament tancat, encara que no de la mateixa manera. Antigament, es dipositava el testament a la notaria; a partir del CS,

(529) «*Si alguno de los otorgante fuera enteramente sordo, deberá leerla por sí; si fuese ciego, será suficiente que preste su conformidad a la lectura hecha por el notario*». Què fer quan el testador completament sord no sàpiga llegir? La legislació notarial no té una disposició equivalent a l'art. 116,II del PrCS.

el testament s'incorpora al protocol notarial. En el text aprovat pel Parlament, la "reinstauració" és molt superior, encara que és fruit de la casualitat.

Sorprenentment, la conservació notarial del sobre que conté la voluntat testamentària no ha tingut cap repercussió en els requisits formals exigits en el document que es redacta en la fase privada del testament tancat. Amb aquests requisits es pretenia facilitar la comprovació de l'autenticitat del document en el moment de l'adveració. La incorporació del sobre a un protocol notarial ha fet desaparèixer la possibilitat de frau. Per això s'ha eliminat l'adveració judicial del testament tancat. Tanmateix, es conserven gaire bé intactes els requisits que s'exigien per a poder adverar el document que conté la voluntat testamentària.

2.3.2.1.- El testament tancat tradicional a Catalunya.

En el segle passat, els trets característics del testament tancat eren, d'una banda, el desconeixement de la voluntat testamentària per part del notari; d'altra, el lliurament al notari per a la seva conservació.

A.- La conservació notarial.

El document que aixecava el notari era un «*auto de entrega*» o una «*acta de entrega*»⁵³⁰. Equivaldria a l'actual acta de dipòsit.

La unanimitat de la doctrina té una aparent excepció en Joaquín NEGRE Y CASES. Aquest notari diferenciava el requeriment al notari per a que autoritzés «*la declaración que hace de que aquel pliego contiene su último testamento*» del lliurament del plec per a la seva custòdia. Però tingui's en compte que en aquest punt J. Negre no es referia exclusivament al Dret català. Per això, quan indica que el testador pot optar entre conservar ell mateix el testament, lliurar-lo a qualsevol persona mancada de fe pública, o bé «*al Fedatario que autorizó la declaración*», assenyala que les dues primeres possibilitats «*son las mas frecuentes en España, escepto en Cataluña*». Tanmateix, si la conservació del testament tancat es confia al notari (el supòsit del dret

(530) F.M. FALGUERA, Formulario 1862 (N.97) pàg. 266. A la tercera edició [Formulario 1888 (N.97)] ho qualifica com «acta» (pàg. 384) encara que en d'altres documents accessoris l'anomena indistintament «acta» (pàg. 385) i «auto» (pàgs. 385-386).

català), segons Negre, aquest ha d'aixecar una acta del lliurament⁵³¹.

La conservació notarial del plec tancat era consubstancial a n'aquesta forma testamentària, fins al punt que la seva devolució al testador produïa efectes revocatoris.

B.- L'obertura notarial del testament tancat.

La necessària conservació notarial possibilitava que fos el notari qui s'encarregués de la seva obertura i publicació.

Fins a l'entrada en vigor de la LEC de 1855, la publicació es feia en dos moments. Coneguda la mort, el notari autoritzant donava a conèixer a la família més propera la part referent als marmessors, el funeral i els sufragis. Posteriorment, celebrat l'enterrament, publicava la resta del contingut del testament⁵³².

Aquesta pràctica es va perdre a partir de la LEC de 1855. En el seu Títol 12 de la 2.ª part (arts. 1390-1400) s'establia l'obertura i publicació judicial d'aquests testaments, quan a Catalunya era una tasca de la que s'havien ocupat tradicionalment els notaris.

Les disposicions del Títol 12 de la 2.a part de la LEC estaven pensades per a la pràctica usual a Castella, segons la qual el testador acostumava a encomanar la custòdia del testament a un subjecte de la seva confiança. Per això, tan bon punt el dipositari del testament coneixia la mort del testador havia de presentar-lo al jutjat per a que comprovar l'autenticitat de les signatures del notari autoritzant i dels testimonis, abans de procedir a l'obertura del testament i d'ordenar la seva protocolització al Notari que l'hagués autoritzat. Aquest procediment no tenia cap mena de sentit si el testament havia quedat en poder del notari autoritzant, com era la pràctica seguida a Catalunya.

L'aplicació de la LEC no fou pacífica. Els esdeveniments foren els següents. El 30-I-1856, el Col·legi de notaris públics de Barcelona va consultar a l'Audiència per resoldre els dubtes sobre si la LEC havia derogat la pràctica catalana. La resposta de l'Audiència fou ordenar que *«los Notarios de Barcelona cumplieran con las*

(531) J. NEGRE Y CASES, Apuntes (N.93), pàg. 144

(532) F.M. FALGUERA, a: V. GIBERT, Teórica (N.91), pàg. 205 nota (g): *«pero si el cadáver se encontraba todavía en la casa [del testador], no se leía más que el nombramiento de albaceas y las disposiciones relativas al entierro y sufragios, volviéndose a cerrar el testamento, y cuando el cadáver había recibido sepultura se publicaba lo restante de la disposición testamentaria».*

disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil de que hacían mérito en su esposicion». Aquesta resolució fou objecte de dues interpretacions: una considerava que l'obertura dels testaments tancats s'havia de fer judicialment; l'altra que els notaris podien continuar la pràctica tradicional, perquè les disposicions de la LEC no establien l'actuació d'ofici per part del jutge.

Poc després, els notaris de Banyoles «*con memorial de 3 de Abril piden al Tribunal aclaracion sobre si la ley de Enjuiciamiento civil derogó la antigua práctica de Cataluña en lo relativo a los testamentos cerrados*». Entre una i altra consulta, el Col.legi de Girona va adreçar una exposició a la Reina sol.licitant que es declarés vigent la pràctica catalana d'obrir i publicar notarialment els testaments tancats. L'exposició va originar la *Real orden* de 17-XII-1856, en el mateix sentit que l'Audiència⁵³³.

L'acte de l'Audiència de Barcelona fou comunicat el mateix dia 11-II-1856 als Priors del Col.legi de Barcelona, els quals ho transmeteren als col.legiats el dia 13. Dos dies després, el notari Mariano BARALLAT Y BERGÉS (+20-XII-1888) va obrir un testament tancat de Magdalena Patau y Sala i va publicar. Això va motivar que en el Jutjat del Districte de San Beltran s'incoés un procediment contra el notari Barallat «*sobre infidelidad en la custodia de documentos y desobediencia a sus superiores*». En primera instància es va condemnar al notari <*a la pena de inhabilitacion perpetua especial para el cargo ú oficio de Notario y á tres meses de arresto mayor*>, a més de les costes processals⁵³⁴. La Sala segona del criminal de l'Audiència va revocar la sentència de primera instància i va condemnar a Mariano Barallat a 100 duros de multa, a indemnitzar a qui hagués patit perjudicis per l'abús de funcions de Barallat, i a pagar

(533) Són, respectivament, els expedients núm. 41, 43 i 42 de 1856 [ACA. Audiencia. Registros 1526 (1855-1856)]. En el llibre de registre consta que tots tres expedients es varen unir al núm. 269, de 1855 (<*Enjuiciamiento civil*>). Malauradament, aquest expedient no es troba a la caixa que li correspondria (núm. 323). La contestació de l'Audiència al Col.legi de notaris de Barcelona es coneix per la sentència de la Sala segona de l'Audiència de 11-VII-1858 (Vegeu N.59).

(534) Durant el procediment (o abans de la seva incoació) es va publicar una *Demostracion legal y razonada acerca de la indudable facultad que tienen los notarios en Cataluña de abrir y publicar los testamentos cerrados, en la propia forma que siempre lo han verificado, por no hallarse derogada ni prohibida en manera alguna por la nueva ley de enjuiciamiento civil*. Imp. de Narciso Ramirez, Barcelona, 1857. Datada el 20-I-1857, signada per Mariano BARALLAT, i a la que es varen adherir 40 notaris.

les costes del procediment⁵³⁵. També va ordenar que s'informès a la Sala de Govern que l'obertura i publicació dels testaments tancats era pràctica habitual entre els notaris del Principat. En grau de súplica, la Sala tercera va absoldre a Barallat per sentència de 18-XI-1858⁵³⁶.

2.3.2.2.- El testament tancat en el PrCS. La tramitació parlamentària.

El PrCS només volia modificar la regulació fins aleshores vigent afegint la incorporació del sobre clos al protocol notarial, per a permetre la seva obertura notarial.

Durant la tramitació parlamentària, i com a conseqüència del dictamen n.172 CCGC, es va modificar la regulació proposada pel Govern. Es varen introduir les vigents remissions a la legislació notarial. El resultat fou la completa transformació de la forma tancada prevista en el PrCS.

A priori, sembla que en l'anomenada fase pública del testament notarial en forma tancada té dues parts: l'«*autorització del testament tancat*» (art. 113,I) i la protocolització del sobre clos (art. 113,III).

A.- L'«*autorització*» del testament tancat.

En relació amb el règim de la CDCEC (l'art. 101 remet a la regulació del CC),

(535) S'ha de destacar que, en el < *Considerados* > primer i segon, la Sala considerava que la LEC havia derogat la pràctica catalana: < *Considerando que la ley tercera título segundo Partida sexta atribuye exclusivamente al Alcalde (Juez) la facultad de abrir los testamentos cerrados i que lo propio implícitamente ordenan las recopiladas sobre la materia y que ademas los artículos mil tres cientos noventa y siete de la de Enjuiciamiento civil declararan atribucion tambien exclusiva del Juez de primera instancia la apertura del pliego del testamento cerrado y el mandato de su protocolizacion. Considerando que la ley de Enjuiciamiento civil por su cualidad de tal lleva en si la obligacion de cumplimiento por los individuos de todas las provincias de España, debiendo en consecuencia entenderse derogadas desde el dia en que principió á regir cuantas leyes, dectetos, órdenes y fueros les fuesen contrarios; que ademas hizo de ello derogacion especial en su artículo mil cuatro cientos quince y que deorgando fueros que contengan relgas para el enjuiciamiento civil con mayor razon deben entenderse derogadas prácticas contrarias á las reglas que ella establece para dicho enjuiciamiento; y ultimamente que por no ofrecer duda legítima y sin necesidad de interpretacion ordenó el Tribunal pleno que los Notarios de Barcelona cumplieran las disposiciones de dicha ley sobre apertura y publicacion de testamentos cerrados y lo propio S. M. á los de Gerona en Real orden de diez y siete de diciembre de mil ochocientos cincuenta y seis > .*

(536) Vegeu un estudi més detallat d'aquest fet a J. EGEA FERNANDEZ, J. MARSAL GUILLAMET, L'aportació dels notaris (N.333), pàgs. 310-313.

en el CS es potencia l'anomenada fase privada i es redueix la intervenció del Notari a la incorporació al protocol del sobre clos que conté, segons el testador, la darrera voluntat d'aquest. El procés per a l'«autorització» del testament tancat s'inicia quan el testador manifesta al notari que el sobre tancat «*que li lliura conté el testament*» (art. 113,I). El testador emet aparentment una declaració de ciència.

Vigent la CDCEC, la definició de testament tancat en l'art. 680 CC no permetia cap mena de dubte sobre la mena de declaració del testador davant notari i testimonis. Es tractava d'una declaració de ciència (art. 707,3.^a der. CC⁵³⁷; també art. 709,2.^o CC).

Tanmateix, en aquesta declaració de ciència hi havia implícitament la manifestació de la voluntat de testar sense revelar la voluntat testamentària. Així ho palesa que la manifestació del testador (oral o escrita) s'inserís dins de l'acte de «*otorgamiento del testamento cerrado*», i que fos qualificada com «*otorgamiento*» (art. 709 pr. CC). Per això, el notari havia de fer un judici de la capacitat del testador «*para otorgar testamento*» (art. 707,4.^a final der. CC). Per tant, la regulació del CC girava al voltant de la declaració de voluntat implícita en la declaració de ciència.

Abans de l'entrada en vigor del CS, el Notari autoritzava (art. 707,5.^a der. CC) una acta de la manifestació feta pel testador davant d'ell i els testimonis, amb el contingut de l'art. 707,4.^a,6.^a CC. En conseqüència, "autorització del testament tancat" s'hauria entés en aquell moment com "autorització de l'acta d'atorgament del testament tancat". En canvi, l'art. 113,II CS estableix que «*...el notari estén sobre la mateixa coberta del testament una breu diligència, en la qual fa constar el nom del testador, que el plec conté el testament, i que aquest ha estat escrit i signat pel testador, en forma autògrafa o per altres mitjans tècnis, o, per encàrrec seu, per una tercera persona, la identitat de la qual no cal fer constar*».

En aquesta «*breu diligència*» no s'ha d'emetre cap judici de capacitat del testador ni s'ha de descriure la manera com s'ha tancat el sobre. Què és aquesta diligència? En què es diferencia de l'«*acta de otorgamiento*» anterior?. De tenir-ne, quina és la transcendència del canvi?.

(537) «*manifestará el testador que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito, firmado y rubricado por él, o si está escrito de mano ajena y firmado por él al final y en todas sus hojas, o si, por no saber o no poder firmar, lo ha hecho a su ruego otra persona*».

B.- L'«*acta de otorgamiento*» del testament tancat (art. 707 CC).

La LNot., en la seva redacció original, no esmentava les actes⁵³⁸. Al·ludia als testaments i als codicils tancats en l'art. 34, sense qualificar el tipus d'instrument públic escrit en la coberta («*copia de la carpeta de los testamentos y codicilos cerrados*»). La primera referència a les actes notariales es troba en l'art. 101 del primer RNot, de 30-XII-1862⁵³⁹, que -a més- creava un protocol específic. El R.Not de 9-XI-1874 (el vigent en aprovar-se el Codi civil) feia referència a les actes en l'art. 91. L'única reforma en relació al reglament anterior fou la incorporació de les actes al «*protocolo corriente*». El contingut propi de les actes era «*que se consignen los hechos y circunstancias que presencien y les consten y que por su naturaleza no sean materia de contrato*» (art. 91, I RNot. 1874).

El Codi civil (art. 707) va qualificar com «*acta de otorgamiento*» l'escrit sobre la coberta del testament tancat. La denominació és paradoxal: el testament que s'atorga és un negoci jurídic; el contingut propi de l'acta, segons la legislació notarial, són fets i no negocis jurídic⁵⁴⁰. La regulació del CC girava al voltant d'una declaració de

(538) En l'actualitat se les esmenta en l'art. 23 LNot. El contingut vigent d'aquest article prové de la Llei 18-XII-1946. La redacció originària de l'art. 23 era: «*Los Notarios darán fe en los instrumentos públicos de que conocen a las partes, o de haberse asegurado de su conocimiento por el dicho de los testigos instrumentales, o de otros dos que las conozcan, y que se llamarán, por tanto, testigos de conocimiento. También darán fe de la vecindad y profesión de los otorgantes. En los casos graves y extraordinarios en que no sea posible consignar por completo estas circunstancias, expresarán cuanto sobre ello les conste de propia ciencia, y manifiesten los testigos instrumentales y de conocimiento*»

(539) Art. 101 RNot. 1862. «*A más de las facultades que con relacion al protocolo concede á los Notarios el artículo 17 de la ley, podrán autorizar traslados y copias de documentos no protocolados, testimoniar por exhibición, certificar de su existencia, y en general aplicar su Ministerio oficial a los hechos y circunstancias que presencien y les consten, con arreglo á las leyes y prácticas vigentes, levantando de todo las oportunas actas, que autorizarán con su firma y redactarán en papel del sello 9.º, coleccionándolas en tomos encuadernados cuando por su volumen lo considere oportuno, y sujetándose en todo lo demás á lo prescrito respecto á los protocolos, inclusa la obligación de dar cuenta mensual que impone el art. 33 de la ley y el 63 de este Reglamento. En el interín las conservará entre cartones con igual cuidado, esmero y diligencia que se ha dicho al tratar de los protocolos corrientes.*»

(540) Julio Otero y Valentín [*Manual de asuntos notariales*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1918, pàg. 46] considera l'art. 707 CC com un exemple de la confusió entre «*acta*» i «*acto*» (negoci jurídic unilateral): «*así el Código civil llama acta de otorgamiento al acto de otorgar testamento cerrado*».

voluntat formulada de manera implícita però el document en què es recollia només era idoni per documentar la declaració de ciència formulada expressament.

Tanmateix, la qualificació com a acta no és del tot censurable. D'una banda, si s'interpreta estrictament el terme «*contrato*» de l'art. 91,III RNot. 1874, els redactors del CC no varen alterar el concepte notarial d'acta aleshores vigent. D'altra, el document que el CC qualifica com a «*acta de otorgamiento*» presentava un obstacle insalvable per ésser qualificat com a escriptura pública. En efecte, allò que el notari incorporava al protocol era la còpia del document (acta) redactat sobre la carpeta. El document original (matriu) podia quedar dipositat en poder del notari, però en cap cas s'incorporava al protocol.

Els RNot. posteriors al CC han desenvolupat el concepte d'acta i han sistematitzat les seves classes⁵⁴¹. En l'actualitat, l'«*órbita propia de las actas notariales*», segons l'art. 144,III R.Not., són «*hechos jurídicos que por su índole no pueden clasificarse de actos o contratos, aparte de otros casos en que la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada*». S'ha exclós de manera expressa els «*actos*» (negocis jurídics) de l'àmbit de les actes.

L'«*acta de otorgamiento*» de l'art. 707 CC no s'encabeix dins de cap de les modalitats d'actes previstes en l'actual RNot., però no es pot oblidar que l'art. 29 LNot. remet a la legislació civil per a la regulació de la «*forma de los instrumentos*» per causa de mort. En el mateix sentit, l'art. 143,II RNot. vigent postula el caràcter supletori de la legislació notarial en relació amb la civil quant als requisits formals dels testaments⁵⁴². A més, cal tenir present que les sis classes d'actes previstes en el RNot.

(541) Aquest origen "reglamentari" va portar a J. A. MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, La función notarial en la ley orgánica y en la actualidad, a: *RDN*. 20 núm. 80 (abr.-juny 1973), pàgs. 375-410, a afirmar que «*la distinción entre escrituras y actas, sustentada por los sucesivos Reglamentos Notariales, casi unánimemente admitida por la doctrina y la práctica y de la que se ha llegado a decir por Núñez Lagos que constituye la base de nuestra técnica notarial, es una distinción absolutamente ilegal, desde el ángulo de la Ley Orgánica*» (pàg. 396). Considera que la «*Ley se limita a establecer y regular un solo tipo de documento notarial protocolizable*» (pàg. 398), y que «*la distinción entre escrituras y actas es un ejemplo neto del llamado meto dogmático de inversión, porque, en lugar de pretender adecuar como lo justo y cabal en Derecho- las categorías conceptuales a la realidad, lo que pretende es adecuar la realidad a las categorías conceptuales previa y gratuitamente trazadas*» (pàg. 399).

(542) Normes que el CCGC va ignorar en el seu dictàmen núm. 332: «*Hem de tenir*

(de presència, de notificació i requeriment, de notorietat, de referència, de protocolització i de dipòsit) no abasten totes les actes possibles, per la qual cosa el cas del testament tancat tampoc és tant excepcional⁵⁴³.

El legislador estatal no ha tingut en compte en la Llei 30/1991, de 20-XII, la no adequació de la vella regulació del Codi civil al concepte actual d'acta notarial: els arts. 707; 709 i 710 continuen fent referència a la «*acta de otorgamiento*».

Tampoc ho ha fet el Parlament de Catalunya, encara que la regulació del testament tancat en el CS ho hauria fet possible. Efectivament, la conservació notarial del document, prevista pel CS, possibilitava que el notari autoritzés una escriptura pública en què documentés l'atorgament del testament per part del testador (la declaració de voluntat de testar). L'escriptura és un document apte per a la incorporació del sobre clos amb la voluntat testamentària [adequadament identificat mitjançant breu diligència] al protocol⁵⁴⁴.

C.- Les diligències a la legislació notarial.

El RNot. 4-XI-1944 feia una breu referència a les diligències en l'art. 197,4.ª. La definició legal de les diligències es troba a la Circular de la DGRN de 21-IX-1982, que -en compliment de l'establert a l'art. 22 de l'Annex Quart del RNot-, donava

present que, com aquestes normes no corresponen a la prèvia actuació del testador ni a la configuració dels tipus testamentaris si no a l'atorgament mateix de l'instrument, el notari -de Catalunya o de fora- podrà tenir dificultats en l'autorització del testament de forma diferent a la que preveu la legislació de l'Estat sobre ordenació dels instruments públics, ...» (pàg. 22500).

(543) Manuel GONZÁLEZ LÓPEZ, *Manual de práctica notarial*, Vigo, 1978³, pàg. 28: «*Pero como quiera que existen actas que por su naturaleza y contenido no pueden incluirse en ninguno de los grupos aludidos, dedicaremos a est clase de instrumentos sui genere una sección aparte bajo el título de actas sin nombre específico*». Entre aquestes «*actas sin nombre específico*» inclou «*acta de autenticación de firmas impresas en acciones y obligaciones*», «*acta de certificado de una carta con acuse de recibo*», «*acta sobre incineración en horno crematorio*», «*actas para modificar por escriptura cuotas en los porcentajes o estatutos de una casa dividida por pisos y locales*», «*acta en el sobre de un testamento cerrado*» i «*acta para el protocolo reservado*».

(544) Ex. en l'escriptura d'elevació a document públic dels acords socials d'una societat anònima, «*[e]n su caso, el Notario testimoniará en la escritura el anuncio de convocatoria publicado o protocolizará testimonio notarial del mismo*» (art. 107,2 final R.R.M.).

instruccions sobre la manera com els fedataris electorals havien d'aixecar les actes. En el §.4 pr. diferenciava dues parts en les actes: *«la primera, o ACTA propiamente dicha, contiene la rogación de funciones por el interesado al fedatario; la segunda, o DILIGENCIA (o diligencias, en su caso), está dedicada a recoger la narración del funcionario sobre los hechos ocurridos en su presencia»*. De les diligències, se n'ocupava específicament l'apartat B del §.4.º 1. S'hi establia que *«[L]a segunda parte del acta, o DILIGENCIA, como parte del documento dirigida a expresar o narrar los hechos mencionados por el interesado y que el fedatario ha comprobado personalmente por sus sentidos, comenzará con la indicación de la hora en que se practica y el lugar en que los hechos se han producido o desarrollado, y en su texto, el funcionario narrará los mismos tal como los presencie y aprecie por sus sentidos, con claridad y precisión, en forma sencilla, objetiva e imparcial, sin calificaciones ni juicios de valor por su parte»*.

La modificació del RNot., mitjançant Decret 1209/1984, de 8 de juny, va convertir en general la regulació inicialment prevista per a actes electorals (art. 197,5.ª RNot.), encara que s'ha alterat la subscripció de la diligència: a la circular -§.4 B)4- només el fedatari electoral; en l'art. 197,5.º final notari, interessats i qualsevol assistent a l'acte.

D.- La diligència de l'art. 113,II CS.

La diligència no té entitat pròpia com a modalitat de document, sinó que forma part d'una acta notarial (arts. 197,4.ª; 201,IV RNot.). L'única acta que el Notari autoritza en l'art. 113 CS és l'acta de protocolització del sobre clos. La diligència que s'estén sobre la mateixa coberta forma part de l'acta de protocolització, .

En el PrCS presentat pel Govern al Parlament la diligència de l'art. 113 formava part d'una acta que es pot qualificar com "acta d'atorgament del testament tancat" (§.III):

«(I) Per a l'autorització del testament tancat, el testador presentarà el sobre clos que el contingui a un notari hàbil i li manifestarà que el sobre que li lliura conté el testament. (II) Tot seguit el notari estendrà sobre la mateixa coberta del testament una breu diligència en la qual farà constar el nom del testador, que el plec conté el testament, i que aquest ha estat escrit i signat pel testador o per encàrrec seu per una tercera persona la identitat del qual no caldrà fer constar. (III) Sense interrupció el notari redactarà una acta amb expressió del lloc, any, mes i dia de l'atorgament, en la qual, després d'expressar la identitat i capacitat del testador, farà constar el lliurament del sobre i que el reté

incorporat al protocol. Tot seguit llegirà l'acta al testador perquè aquest manifesti si hi està d'acord i, en aquest cas, firmi la coberta i l'acta. (IV) Si el testador declara que no sap o no pot firmar, firmaran l'acta i la coberta dos testimonis»

El contingut principal d'aquesta acta era donar fe de l'atorgament del testament tancat amb la capacitat suficient; a més, amb l'acta d'atorgament també s'incorporava el sobre tancat al protocol⁵⁴⁵. Des d'un punt de vista notarial, hauria estat més correcte qualificar aquesta acta com a escriptura.

És possible que el Grup parlamentari de CiU, en presentar l'esmena (de modificació) 80 bis (esmena subsegüent al dictamen del Consell Consultiu)⁵⁴⁶, pensés que amb la remissió a la legislació notarial es mantindria l'acta d'atorgament del testament tancat. Però, tal com ja s'ha vist, l'acta d'atorgament del testament tancat no es correspon amb cap de les sis menes d'actes previstes en el vigent RNot. La conclusió és que en el text aprovat pel Parlament es va suprimir l'acta d'atorgament, com a conseqüència de la remissió a la legislació notarial⁵⁴⁷.

(545) Pedro AVILA ALVAREZ, *Derecho Notarial*, Barcelona 1986, pàg. 270: «*La protocolización o incorporación de un documento al protocolo notarial puede hacerse incidentalmente mediante una escritura o acta que persiga otro fin (v. gr. incorporación de una copia de escritura de poder que acredita la representación de un vendedor, de un plano en el que se representa la finca objeto de venta, etc.). Pero, a veces, se verifica tal incorporación mediante instrumento que no persigue otro fin, a saber: mediante un acta de protocolización*». Un exemple el trobem a l'art. 207,II,2.º,3 RNot.

(546) *BOPC* Núm. 329, de 14-XII-1991, pàg. 23173.

(547) No es pot deduir la subsistència de l'"acta d'atorgament" de l'incís final «*amb indicació de l'hora de l'atorgament*» del §.III. En el PrCS, aquesta expressió sí que es referia a l'"acta d'atorgament" del testament. En el CS, en canvi, s'ha de referir a l'hora de l'autorització de l'acta de protocolització, perquè, «*d'acord amb el que disposa la legislació notarial*», les actes s'autoritzen sense atorgament. En cap cas la signatura del requirent no es pot entendre com conformitat al complet contingut de l'acta. En aquest sentit, E. GIMENEZ-ARNAU, *Derecho* (N.509), pàg. 740, afirma que «*no hay en el acta prestación de consentimiento (art. 187 del Reglamento) y por ello se afirma que no hay otorgamiento, ni tampoco unidad de acto*». És del mateix parer P. AVILA ALVAREZ, *Derecho* (N.545), pàgs. 267-268.

Específicament per a l'art. 113 CS, P. AVILA NAVARRO, *Formularios* (N.203), pàg. 214: «*[aunque el art. 113 CS.Cat. hable de otorgamiento, parece que la protocolización del testamento cerrado se hace en simple acta, sin prestación de nuevo consentimiento al contenido del testamento; resulta, por lo tanto, más correcto hablar de "aprobación y autorización"*»

Nogensmenys, el caràcter preferent de la legislació civil sobre la notarial (art. 29 LNot.; arts. 143,II; 180,I final RNot.) hauria fet possible la conformitat del testador

En el PrCS, la diligència que s'extenia sobre la coberta no tenia caràcter autònom. Formava part de l'acta d'atorgament del testament tancat, l'única que aixecava el notari. Desapareguda aquesta durant la tramitació parlamentària, la diligència pot haver esdevingut autònoma o bé formar part de l'acta de protocol.lització prevista en el §.III.

El contingut de la «*breu diligència*» té una finalitat merament identificadora del sobre que es protocol.litza. En cap cas la diligència pot ocupar el lloc de l'acta d'autorització del testament tancat. L'«*autorització del testament tancat*» (art. 113,I CS) ha quedat limitada a la identificació del sobre que, segons el requirent, conté la seva darrera voluntat.

L'«acta» a què s'incorpora el «*sobre clos*» diligenciat és, «*d'acord amb la legislació notarial*» (art. 113,III CS), una acta de protocol.lització (arts. 211; 215 RNot.).

2.3.2.3.- El testament notarial en forma tancada en el CS.

El CS ha alterat substancialment la regulació anterior, en rebaixar qualitativament la intervenció notarial. El testament tancat era notarial perquè s'atorgava davant notari (i testimonis). En el CS, el testament tancat és notarial perquè el notari el qualifica com a testament i perquè el conserva, incorporant-lo al seu protocol. Per tant, el testament notarial tancat del CS té més similituds amb el testament hològraf (document privat) que amb el testament notarial obert (document públic), atès que és un document privat protocol.litzat com a testament.

La definició de testament tancat en el dret civil de Catalunya, segons les disposicions del CS, és **el document privat, qualificat notarialment com a testament i conservat en un protocol notarial, que conté la darrera voluntat del testador expressada reservadament.**

Això suposa, la potenciació de la fase privada del testament tancat, que en cap cas pot considerar-se preparatòria de l'(inexistent) atorgament posterior. L'atorgament compost del testament tancat no finalitza fins que el sobre tancat ha estat incorporat al protocol. Però durant la fase pública de l'atorgament no es produeix cap atorgament cartular, perquè no s'autoritza cap escriptura pública, sinó que s'aixequen una diligència

a l'acta de l'atorgament prevista en l'art. 113,III PrCS.

i una acta de protocolització.

2.4.- «Les formes especials de testaments notariais» (Sec. 3.^a Cap. I Tít. III)

Tot i que el Preàmbul [IV,c,2] s'al·ludeixi als testaments notariais *ordinaris*, no sembla que es pugui construir una classificació dels testaments davant notari entre testaments ordinaris i testaments especials⁵⁴⁸. Ex. en el testament notarial en forma oberta, «*el testador expressa la seva voluntat al notari de paraula o per escrit*» (art. 111,I). Si opta pel segon mitjà d'expressió, no tindria massa sentit qualificar el testament com ordinari si el testador podia parlar i especial si era mut⁵⁴⁹.

Allò que és ordinari o especial no és la classe de testament, sinò la freqüència amb què s'autoritzen⁵⁵⁰. «*Formes especials*» s'hauria de llegir com formalitats específiques per a supòsits determinats. Sembla que els arts. 115 i 116 no regulen cap nova modalitat testamentària, sinò que adapten per als testadors amb "disminucions sensorials" o psíquiques les formalitats previstes per a un testador que no les pateix. Això era molt evident en el Projecte de Llei, on l'art. 115 regulava el testament atorgat pel testador cec; el 116 el del completament sord, el 117 el de qui no pogués parlar ni escriure, el 118 el de qui no podia parlar però sí escriure, i el 119 el de qui té habitualment disminuïda la seva capacitat natural. S'adaptaven o s'afegien algunes formalitats a l'atorgament del testament obert i, en el seu cas, tancat.

L'art. 109,II aporta un altre argument a favor d'aquesta interpretació. No es qualifica "forma especial" de testament aquell en què el testador sense "disminucions sensorials" i el notari es comuniquen mitjançant un intèrpret i en què el testador no pot conèixer per ell mateix el contingut del document redactat pel notari. Els testadors muts, sords i sordmuts tenen les mateixes dificultats per a comunicar-se amb el notari

(548) La terminologia podria provenir d'A.M.^a BORRELL I SOLER, *Formes testamentàries* (N.473) i *Dret civil* (N.47). Vegeu les dues cites a la N.473.

(549) En l'art. 118 PrLCS (dins de la secció 3.^a) s'establia que «*[q]uan el testador sigui sord-mut, mut o no pugui parlar però sí escriure, podrà atorgar testament obert en forma ordinària expressant la seva voluntat al notari per escrit*».

(550) J. NEGRE Y CASES, *Apuntes* (N.93), pàg. 120 qualificava els testaments en ordinari i privilegiats: «*con el adjetivo ordinario se indica el que es mas comun y que el testador obra ante el Fedatario y el competente número de testigos. Privilegiados son: el cerrado, el verbal, el ológrafo, el militar, el paternal, el sacramental, el del impúber, el del demente, del pródigo, del sordo-mudo, del ciego, y el otorgado en tiempo de peste*».

que el testador que no coneix cap de les llengües oficials de Catalunya qui, com el cec, tampoc pot conèixer per ell mateix el contingut del document redactat pel notari. Si el testament de qui no coneix un dels idiomes oficials a Catalunya no constitueix una classe autònoma ("forma especial") de testament notarial, tampoc la constitueixen els testaments atorgats pels testadors que es troben en la mateixa situació, encara que per "disminucions sensorials"⁵⁵¹.

El dubte que pot sorgir és si un rector pot autoritzar el testament d'algú amb disminucions sensorials o psíquiques, complint les formalitats específiques que es preveuen per als «testaments notarians», o bé si qui pateix aquestes disminucions no pot testar davant rector.

S'ha afirmat anteriorment que, en el Dret català, el rector es troba investit de la mateixa fe pública que el notari per a l'autorització de negocis de darrera voluntat. L'única peculiaritat és el caràcter subsidiari de la seva legitimació per actuar, els municipis on no hi ha oficina notarial. Per tant, el rector autoritzarà el testament en forma oberta d'un testador amb disminucions sensorials o psíquiques, «tot observant les solemnitats dels testaments oberts davant notari» (art. 117), que en aquest cas específic no seran exclusivament les de les Seccions 1.^a i 2.^a del Capítol I del Títol III del CS, sinó també les de la Secció 3.^a.

3.- El testament sense fedatari públic.

Les modalitats d'aquest tipus testamentari són les que han estat més visiblement afectades per les reformes introduïdes pel CS. Quant a la forma oral, s'ha suprimit el testament sacramental; quant a la forma escrita, s'ha eliminat la modalitat «*parentum inter liberos*». D'aquesta manera han desaparegut dues modalitats testamentàries privilegiades, una per raó del veïnatge local del testador (el testament sacramental, arts. 103; 104 CDCC), l'altra per raó del contingut (el testament «*parentum inter liberos*»).

El testament hològraf és l'única modalitat admesa del tipus testament sense fedatari públic (arts. 105,II; 120; 121). La modalitat oral és expressament prohibida per l'art. 105,III.

3.1.- El testament sacramental

(551) En contra de la interpretació que es proposa, es pot argumentar que es canvia la preposició "de" per "en".

La doctrina anterior a la Compilació era contrària a la conservació del testament sacramental. Per això no ha de sorprendre que en els projectes oficials d'Apèndix no es recollís (Memòria de DURAN Y BAS) o es prohibís (art. 254,I Ap-30) aquestes modalitats testamentàries que, d'altra banda, no tenien caràcter general sinó que eren privilegis dels ciutadans de Barcelona, dels de l'antiga diòcesi de Girona, i dels sotmesos als costums de Tortosa. Tanmateix, els redactors de la Compilació varen mantenir les modalitats de testament sacramental amb adveració religiosa (arts. 103; 104), suprimint el previst en els costums de Tortosa⁵⁵².

La D.T. Setena impedeix la instrucció d'expedients d'adveració i protocolització dels testaments sacramentals passat un any de l'entrada en vigor del CS. El període previst a la CDCEC per incoar l'adveració (art. 103,II,2.º) era de 6 mesos, que no es comptaven a partir de l'atorgament pel testador sinó des de l'arribada dels testimonis a Barcelona. És poc probable que la supressió del testament sacramental tingui aplicació retroactiva en algun cas.

3.2.- El testament "*parentum inter liberos*"

El testament «*parentum inter liberos*» té el seu origen en Nov.J. 107,1. Era una modalitat hològrafa que només estava a l'abast del progenitor que ordenés alguna disposició a favor dels seus fills. No calia la presència de testimonis llevat que el testador fes alguna disposició a favor d'estrany. Era el testament hològraf català.

El Codi civil va importar del *Code* el testament hològraf com a modalitat «*común*», és a dir, a l'abast de qualsevol testador i sense límits quant als afavorits.

(552) L'art. 235 AvPC-55 preveia: «(I) *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 impossibilitado para actuar, aunque sea por motivo 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. (II) Para la eficacia de este testamento...*». És el testament sacramental de Cost.T. 6,4,7. El PrLC-59 regulava el testament sacramental de Barcelona i l'antiga diòcesi de Girona (arts. 137-138). En canvi, no preveia el testament sacramental tortosí, possiblement per considerar aplicables supletòriament els arts. 700 i 701 CC. Durant la tramitació a les *Cortes Españolas*, no es va modificar el testament sacramental. En canvi, l'art. 135 PrLC-59 fou sensiblement alterat. El §.I esdevingué el §.I de l'art. 101 CDCEC. El §.II esdevingué el §.IV pr. de l'art. 101 CDCEC. Els §§.II, III, IV final i V no eren en el PrLC-59. El §.V barrava el pas al testament sacramental tortosí.

L'Audiència de Barcelona va admetre en el dret català aquesta modalitat testamentària a partir de 1900, per aplicació supletòria del Codi civil⁵⁵³.

Malgrat la reiterada oposició de la major part de la doctrina catalana de la primera meitat del s./XX, el testament hològraf «común» fou recollit a la CDCEC (art. 101,IV CDCEC), després de diverses sentències del TS que aplicaren supletòriament el Codi civil (21-III-1917; 26-VI-1929; 22-VI-1948)⁵⁵⁴. Tanmateix, es va conservar el testament «*parentum inter liberos*» com a modalitat privilegiada, en permetre la seva protocolització en qualsevol moment (art. 101,IV final CDCEC)⁵⁵⁵.

El CS ha "prescindit" del testament «*parentum inter liberos*» «*per raons de seguretat jurídica*» (Preàmbul IV c 3). La DT Sisena aplica el termini de cinc anys de caducitat (art. 134), comptats des de l'entrada en vigor del CS, a l'adverció i protocolització de testaments «*parentum inter liberos*» que podrien regir successions obertes abans de l'entrada en vigor del CS.

D'aquesta manera s'ha consolidat una modalitat testamentària d'origen forà, encara que plenament assimilada a la vida jurídica catalana.

4.- Conclusions

El CS conserva els mateixos tipus testamentaris -davant fedatari públic i sense fedatari públic- que la CDCC, encara que d'aquesta afirmació no s'ha de deduir que no s'hagin alterat les modalitats testamentàries. Quant al testament davant fedatari, el CS no regula (és a dir, ha suprimit) les «formas especiales» de testament del Codi civil, els testaments militar, marítim i l'atorgat en país estranger (101,III CDCEC), ni el testament atorgat en cas d'epidèmia (101,II CDCEC). Quant a la forma oberta, s'ha trencat la simetria entre el testament davant notari i el testament davant rector, en

(553) En la sentència de la Sala 1.ª de 22-VI-1900 i en l'aute de la Sala 2.ª de 9-VII-1900. Foren comentades contemporàneament per A. PIAT, ¿Puede un catalán otorgar testamento ológrafo en Cataluña?, a: *RJC* 6 (1900), pàgs. 292-297. Vegeu un altre comentari a J. Marsal, La introducción del testamento común ológrafo y su consolidación en el Derecho civil de Cataluña, a: J.M. SCHOLZ (coord.), *Fallstudien zur spanischen und portugiesischen Justiz 15. bis 20. Jahrhundert*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1994, pàgs. 459-484.

(554) E. JARDI CASSANY, Testaments hològrafs (N.116), pàg. 49 qualifica la regulació de la CDCEC com "salvament de principis" davant la jurisprudència del TS.

(555) A l'AvP-55, a més, havia de revocar-se expressament (art. 473,II princ.).

perdre el primer la nuncupativitat com a element definitori. Quant a la forma tancada, s'ha establert la conservació i posterior obertura del sobre clos, encara que no s'han adequat les formalitats exigides en la fase privada a la nova situació, que presenta menys problemes de suplantació.

Quant al testament sense fedatari públic, suprimeix les modalitats privilegiades: el testament sacramental (arts. 101,V; 103; 104 CDCC) _exclusiu dels testadors amb veïnatge local a Barcelona (103,I CDCC) i l'antiga diòcesi de Girona (103,II CDCC)_ i el testament «parentum inter liberos», privilegiat pel seu contingut (101,IV CDCC). El primer s'ha suprimit per considerar-lo obsolet; el segon, per raons de seguretat jurídica. Tanmateix no s'ha trobat motiu per a suprimir el testament davant rector. Els dos arguments per a mantenir-lo són l'arrelament de la pràctica i facilitar l'atorgament de testaments a les zones rurals. El segon és centenari, encara que absolutament descontextualitzat, deixant de banda la millora de les infraestructures viàries. Quan fa més de cent anys es defensava aquesta modalitat testamentària (per als casos de perill de mort) des de les pàgines de *LN*, els no veïns de la ciutat de Barcelona només podien testar o bé davant Notari i dos testimonis, o bé en forma hològrafa exclusivament a favor dels seus fills (el testament «*parentum inter liberos*»). Una vegada admesa sense límits la modalitat hològrafa _jurisprudencialment a partir de 1900; legislativament, des de la CDCEC (art. 101,4)_ , i atès l'actual nivell d'alfabetització, la supressió del testament davant rector no "condemnaria" a massa ciutadans a la mort intestada, àdhuc en el cas que les condicions meteorològiques els impedissin anar a una notaria durant 4 mesos.

Finalment, en el CS s'ha superat la distinció del Codi civil entre «formas comunes» y «formas especiales». Com ja s'ha vist, això no es veu desmentit ni per l'existència de «les formes especials del testament notarial» ni per la conservació del testament davant rector.

El *leit motiv* de la regulació del CS en aquesta seu ha consistit en suprimir la necessitat dels testimonis instrumentals i tornar al testament notarial tancat anterior a la LEC 1855. Si hagués existit una visió de conjunt de les modalitats testamentàries possiblement s'hauria suprimit el testament notarial tancat, perquè el testament obert ja dóna prou privacitat al testador, en no caldre testimonis instrumentals per al seu atorgament. Generalitzat el testament hològraf, mantenir el testament davant rector és una decisió com a mínim discutible.

CAPITOL III.- Les formalitats exigides en l'atorgament dels testaments.

Entenem per "atorgament" el conjunt d'actes necessaris per a l'existència⁵⁵⁶ de la declaració de voluntat testamentària i, en general, de qualsevol declaració de voluntat per causa de mort. El caràcter solemne del testament fa que en aquest atorgament s'hagin d'observar unes determinats «*requisits i formalitats*» (art. 125,I; «*solemnitats externes*», art. 122,III; «*requisit de forma*», DT Tercera).

Els testaments "atorgats" posteriorment en els arts. 93,I⁵⁵⁷; i en els 130,II,III; 133,II CS, així com a d'altres referències a "atorgament" en què no apareix el seu autor (arts. 288; 367,III; DT Primera, Tercera I; Quarta CS) s'han d'entendre en aquest sentit: declaracions de darrera voluntat realitzades complint els requisits i les formalitats legals.

Així com ja succeïa vigent la CDCC, com a conseqüència de la remissió de l'art. 101 al CC, el mot "atorgament" no és unívoc en el CS. Fins ara s'ha vist utilitzat per a designar el conjunt d'actes necessaris per a l'existència del testament. És el que F. Badosa, en relació amb el testament obert en el CC, anomena l'«*atorgament compost*»⁵⁵⁸. Però el CS també emprà el mot «atorgament» per referir-se a un dels actes

(556) En els negocis per causa de mort, la declaració de voluntat i l'existència del negoci no són mai simultànies. Fins l'obertura de la successió, en el moment de la mort del causant (art. 2,I CS), la declaració de voluntat del testador no adquireix valor negocial (Cfr. F. BADOSA COLL a: Th. KIPP Derecho (N.269), I §.16, pàg. 189).

(557) «[L]a disposició atorgada amb posterioritat» pot ésser tant un heretament a favor dels contraents com un testament, atès que d'ells en resultaria, respectivament un «*successor universal, contractual o testamentari*» (art. 93,I) que evitaria que l'heretament preventiu "produís efecte". Amb aquest mateix sentit ampli, incloent l'heretament i el testament, art. 99,III.

Es pot veure, per tant, que no només s'"atorguen" negocis per causa de mort unilaterals, sinó també plurilaterals (per a l'heretament, també arts. 67,I,II,III; 73,I; 74; 75,I; 76; 77,II; 81,I,II; 83,I; 88,I; 90; 91,II). A més, també s'"atorguen" donacions entre vius (art. 367,I; universals, art. 72,II) i donacions per causa de mort (arts. 279,II; 393; 394). Encara que no és el verb que s'usa més freqüentment, també es poden "atorgar" clàusules concretes: reversió de l'heretament (art. 88,II), «[l]a institució d'hereu i el llegat» (art. 192), prelegats (art. 279,II).

(558) F. BADOSA COLL, Arts. 694-699 CC (N.510): *Referido a la modalidad ordinaria del testamento abierto, el otorgamiento tiene dos sentidos. Como acto «simple» consiste en la declaración de voluntad testamentaria o «expresión de su última voluntad» por el testador (arts. 694.1 «otorgado ante»; 695.1 «manifestará... su última voluntad»; art. 695.1 der. «expresará su última voluntad». Como acto «compuesto»*

que conformen el que s'ha anomenat «atorgament compost», l'«atorgament simple», la declaració de voluntat testamentària (art. 111,I)

En el CS també es refereix a l'atorgament del testament tancat (art. 113,III CS) i a l'atorgament dels testaments, codicils i memòries testamentàries en què no intervé fedatari (arts. 105,II,III; 109,III; 120 pr.).

Fins ara hem estat emprant el mot "atorgament" segons la legislació civil. Però "atorgament" també s'utilitza a la legislació notarial per a designar la fase prèvia a l'autoritació de l'escriptura pública, en què els atorgants confirmen que el contingut del document coincideix amb la seva voluntat (art. 25 LNot.; art. 193,II,III RNot.). És l'atorgament cartular o formal, en terminologia de Badosa⁵⁵⁹. Per això cal precisar si l'«atorgament simple» és «negocial o material», o bé «cartular o formal».

L'autor de l'«atorgament simple» és sempre del testador⁵⁶⁰ (arts. 11,4.t; 14,1.r; 109,III; 112,VI; 116; 120 pr.; 126,IV final,V, 175,I; 178; 249,II; 286; per al codicil, art. 122,I; per al codicil i la memòria testamentària, art. 127,I; per al testament, el codicil i la memòria testamentària, arts. 125,I final; 126,III), tant si la manifestació de la darrera voluntat es fa davant de notari (art. 105,I) com davant rector (arts. 105,II, 117; 118,I) com (d'admetre's) davant testimonis (art. 105,III). El testador també "atorga" testament mitjançant la "forma hològrafa" (arts. 105,II final; 120 pr.). Això ja seria un primer argument per excloure l'ús generalitzat de l'«atorgament formal» en el CS.

El dubte només es pot produir en els testaments davant fedatari públic, en concret l'«atorgament» dels arts. 111,I final i 113,III, per al testament obert i tancat respectivament.

(«acto de otorgamiento», arts. 697 y 698) está formado por una secuencia de actos simples (arts. 695.1 y 699) (pàg. 1045).

(559) F. BADOSA COLL, Arts. 694-699 CC (N.510), pàgs. 1047. També a pàg. 1084: «El artículo 194 menciona el «acto de otorgamiento», pero no dice que es. Su concepto se deduce del artículo 193,2,3, que habla del «consentimiento a la lectura del notario» (p.2) o de que «preste su conformidad a la lectura» (p.3). La conformidad es, pues, el acto de otorgamiento de la escritura. Así, se concreta el «acto de otorgamiento» referido a la «escritura pública» (art. 24 L. not., «en todo instrumento publico... lugar, año y día del otorgamiento»).

(560) En canvi, la intervenció del fedatari consisteix en l'«autorització» del document públic (notari, arts. 108,5.è; 109,II; 111,II; 113,I; 147,II CS; rector, arts. 118,II; 119; 119,II; 147,II; DT Cinquena CS).

Quant al testament obert, l'art. 111,II pr. descriu⁵⁶¹, sense designar-lo com a tal, l'«atorgament formal» del document públic previ a l'autorització, la qual cosa ens porta a considerar que l'expressió "atorgament" que utilitza en el §.I final és equivalent a "expressió de la voluntat del testador de paraula o per escrit", és a dir, l'atorgament simple.

Quant al testament tancat, ja s'ha vist que el notari no redacta una escriptura pública sinò que aixeca una acta de protocol.lització del sobre clos diligenciat (art. 113,III CS). Segons la doctrina notarial, les actes no s'atorguen perquè en elles el notari es limita a la narració d'uns fets que ha presenciats. Per això, la signatura del requerent no constitueix una declaració de conformitat amb el contingut de l'acta (seria l'«atorgament cartular»), sinò una confirmació del requeriment⁵⁶². Per tant, no hi ha pròpiament un «atorgament cartular»⁵⁶³. «Atorgament» equival a requeriment de protocol.lització.

1.- Els testaments davant fedatari.

1.1.- En general

Amb la finalitat d'evitar reiteracions, abans d'analitzar les solemnitats que s'exigeixen en l'atorgament de cada modalitat testamentària, se n'analitzen dues que tenen un caràcter general: la unitat d'acte exigida en l'atorgament dels testaments davant fedatari públic (arts. 105,I; 117) i la intervenció de testimonis (arts. 107, 108, 117).

1.1.1.- La unitat d'acte.

(561) Ho fa de manera incompleta, perquè falta la declaració de conformitat del testador al text llegit pel notari o per ell mateix. La declaració de conformitat apareixia en l'art. 111,II del PrCS; vegeu-ne el text a la N.595.

(562) E. GIMENEZ-ARNAU, Derecho (N.509), pàgs. 737-738.

(563) Es pot atacar aquesta argumentació amb l'art. 24 LNot., en el qual el lloc i la data de l'atorgament «en todo instrumento público» és «atorgament cartular» (F. BADOSA COLL, Arts. 694-699 CC (N.510), pàg. 1084). Com que la distinció entre escriptures públiques i actes és molt posterior a la LNot., l'art. 24 també comprendria les actes. Es pot contestar esgrimint, en primer lloc, l'art. 29 LNot; segonament, la introducció del concepte d'acta hauria de portar a una interpretació restrictiva de "instrumento público", que no inclogui les actes, les quals no s'atorguen sinò que s'estenen (ex. art. 197,I RNot.). L'equivalent a l'art. 29 LNot per a les actes es trobaria en l'art. 197,II,4.^a RNot, «con expresión de la hora y sitio».

Els actes que conformen l'«atorgament compost» són diferents per a cada modalitat testamentària, i s'analitzaran separatament. Els testaments davant fedatari públic (davant notari, art. 105,I; davant rector, art. 117) es caracteritzen perquè s'han d'atorgar «en un sol acte» (art. 105,I).

Ja s'ha vist que, amb independència de la modalitat testamentària, l'autor de l'«atorgament simple» és sempre del testador. La intervenció del fedatari consisteix en l'«autorització» del document públic (notari, arts. 108,5.º; 109,II; 111,II; 113,I; 147,II CS; rector, arts. 118,II; 119; 119,II; 147,II; DT Cinquena CS).

Tal com assenyala F. BADOSA, el requisit d'unitat d'acte evidencia l'existència d'una pluralitat d'actes que es podrien fer separatament si no s'establís el contrari⁵⁶⁴.

El caràcter de "disposició general" (Tit. III, Cap. I, Sec. 1.ª) i la "generalitat" de la seva redacció de l'art. 105,I CS no han d'induir a error. L'abast de la unitat d'acte no és homogènia en les dues modalitats, oberta (davant notari i davant rector) i tancada (davant rector).

A la modalitat oberta, la unitat d'acte és plena: comprèn tots els actes que conformen l'«atorgament compost». El CS ha trencat amb la interpretació doctrinal i jurisprudencial majoritària de l'art. 699 CC der., la qual ha estat assumida pel legislador estatal en la redacció actualment vigent art. 699 CC. En efecte, el Codi civil distingeix dues fases en l'«atorgament compost» del testament obert, només en la segona de les quals va referit el requisit d'unitat d'acte⁵⁶⁵.

En canvi, la unitat d'acte en el CS comprèn tots els actes de l'atorgament compost. Els arguments són de dues classes.

En primer lloc, la literalitat de l'art. 111 CS. Es dedueix del «[t]ot seguit» amb què s'inicia el §.II de l'art. 111 CS: l'elevació a escriptura pública del testament atorgat davant notari ha d'ésser immediata a l'expressió de la voluntat del testador i la seva plasmació escrita («*redacta*», §.I)⁵⁶⁶. La interpretació de l'art. 699 CC der. pretenia

(564) F. BADOSA COLL, Arts. 694-699 CC (N.510), pàg. 1115: *El significado de «unidad de acto», a pesar de la terminología, no es de acto único sino de actos de realización ininterrumpida (ex art. 699). Por tanto, se refiere al modo de realizar una pluralidad de actos simples.*

(565) F. BADOSA COLL, Arts. 694-699 CC (N.510), pàgs. 1112-1115.

(566) No es pot continuar amb una extesa interpretació (d'origen notarial) que tendia a menystenir l'atorgament negocial considerant-lo com "actes preparatoris": és el testador qui "atorga" (art. 111,I final; expressament, art. 249,II: «*quan l'hereu o el*

afavorir el funcionament operatiu a les notaries⁵⁶⁷. Qui defensi l'existència de dues fases en l'«atorgament compost» en el CS, hauria de començar la segona en la redacció del testament per part del notari, perquè la lectura es fa *tot seguit* a la redacció⁵⁶⁸. Si el CS imposa que el testador presenciï la redacció del testament, l'agilització que es pretenia amb la distinció de fases queda eliminada⁵⁶⁹.

Segonament, el CS no introdueix cap excepció que modalitzi el requisit establert per l'art. 105,I. *Ubi lex non distingit...*⁵⁷⁰

legatari atorguen testament obert davant notari») el testament, que redactarà "tot seguit" pel notari. A favor d'aquesta tesi hi ha la literalitat de l'art. 111,I CS, atès que el testador «expressa la seva voluntat» i el notari «redacta el testament». Però que es designi de la mateixa manera el negoci "testament" que l'escriptura pública que el conté no és suficient per a sustentar aquesta tesi: considerar que "l'expressió de la voluntat del testador al notari" és un acte preparatori de la redacció, implicaria necessàriament que l'activat que realitza el notari («redacta el testament d'acord amb la voluntat del testador») consisteix en l'"atorgament" del testament: no pot ésser l'atorgament del document notarial perquè l'«expressió del lloc, l'any, el mes, el dia i l'hora de l'atorgament» és una activitat que forma part de la "redacció" del testament, i l'atorgament del document públic es realitza en un moment posterior, encara que immediat («tot seguit»).

(567) F. BADOSA COLL, Arts. 694-699 CC (N.510), pàg. 1080 «:...la experiencia práctica indicaba que la redacción notarial era un acto "separado" dentro del procedimiento del artículo 695.1 der. El verdadero problema era su incompatibilidad con la unidad de acto (art. 699.1 der., "todas las formalidades de esta sección se practicarán en un solo acto") donde no encajaba la redacción notarial. Se había de elegir entre prescindir de aquella o excluir la redacción notarial de las "formalidades expresadas en esta sección". Esta última fue la tesis que difundieron las STS 5-VI-1894 y 18-VI-1896. El nuevo artículo 699 ha optado por sacar la redacción-escritura de la unidad de acto».

(568) En el CS, la redacció del testament per part del notari és un acte (art. 111,I, «el mateix notari redacta»); en el CC, en canvi, segons Badosa, és un resultat («[r]edactado...» art. 695,I) que posa en connexió l'atorgament negocial i l'atorgament formal. Segons BADOSA, en el Codi civil, «es la existencia de la escritura o "formalización" de la última voluntad la verdadera segunda formalidad "civil" integrante del acto de "otorgamiento compuesto". No su redacción o proceso de elaboración, que queda fuera del iter civil de las "formalidades" del testamento, reducida a actividad notarial regida por su propia Legislación» (Cfr. F. BADOSA COLL, Arts. 694-699 CC (N.510) pàgs. 1048-1049; 1051; 1078-1080). En canvi, en el CS la redacció del testament pel notari és una "formalitat" "civil".

(569) Caldrà esperar un temps (i potser a la jurisprudència del TSJC) per a poder comprovar en quina mesura es porta a la pràctica l'establert pel CS.

(570) En contra, X. ROCA FERRER, Arts 101-124 CS (N.29), pàg. 426: «Respecto

A la forma tancada del testament notarial, tal com es veurà en l'apartat corresponent, es distingeixen dues fases: l'expressió escrita de la voluntat del testador i la protocolització del sobre clos que el conté per part del notari. La unitat d'acte s'ha d'entendre exigida exclusivament en la segona etapa, quan intervé el notari⁵⁷¹. Així ho palesa que entre els arts. 112 (fase privada) i 113 (fase pública) no s'estableix cap nexa temporal, a diferència dels actes previstos en els tres primers paràgrafs de l'art. 113, que s'han de produir de manera immediatament successiva («*tot seguit*», §.II; «*sense interrupció*», §.III).

1.1.2.- La intervenció dels testimonis com a formalitat.

El CS no esmenta qui designa els testimonis quan és precisa llur intervenció. L'art. 183,I RNot. estableix que la designació dels testimonis correspon a l'atorgant i, defectivament, al notari. Quan el testador és cec o sord, el testador ha de designar com a mínim a un dels testimonis (art. 183,II RNot.).

Quan cal la intervenció de testimonis en l'atorgament del testament, aquests han d'ésser dos (arts. 108,I i 117). Aquest és el nombre tradicionalment exigít a Catalunya, molt inferior a l'establert pel dret romà (set a la ciutat, cinc en el camp). També és el nombre exigít a l'art. 4.1 del Projecte de Llei Uniforme de Washington 26-X-1973⁵⁷².

1.1.2.1.- La intervenció necessària.

de la unidad de acto, hay que tener en cuenta la interpretación flexible que le ha dado el Tribunal Supremo -hoy plasmada en la nueva redacción del art. 699 CC-, no entendiéndose infringida ésta si el testador ha declarado previamente su voluntad al Notario y éste se ha tomado un tiempo para la redacción del documento, con tal de que se proceda a la lectura ante el otorgante (y los testigos, si son necesarios) y a la autorización del instrumento sin interrupción "salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero" (STS de 25 de noviembre de 1902 y 8 de octubre de 1956). Ho reitera en el comentari a l'art. 111, *ibid.*, pàgs. 442-446. En el mateix sentit, E. ROCA TRIAS a: Institucions II (N.22), pàg. 135. Tanmateix, sembla que la jurisprudència del TS sobre l'art. 699 CC der. no s'hauria d'emprar per a interpretar correctorament l'establert en els arts. 105 i 111 CS.

(571) En el mateix sentit, X. ROCA FERRER, Arts 101-124 CS (N.29), pàg. 426.

(572) Vegeu-lo, amb un complet estudi a José María de PRADA GONZALEZ, Las formalidades testamentarias y la nueva ley uniforme, a: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*. Ed. Tecnos. Madrid, 1976, pàgs. 485-520. L'estat espanyol encara no ha ratificat el Conveni d'adhesió.

El Preàmbul assenyala com a "novetat" (§.IV c 2) del CS la «supressió del requisit dels testimonios en els testaments notariais ordinaris». En efecte, així ho estableix l'art. 107,I, que només exigeix la seva presència quan «concorrin circumstàncies especials en el testador».

Aquestes "circumstàncies" apareixen esmentades en l'art. 107,II⁵⁷³. En totes elles o bé existeix un problema que dificulta la comunicació entre testador i notari («completament sord»), o bé el testador no pot llegir el testament («cec», «no sap o no pot llegir per si mateix») i/o signar-lo («no sap o no pot signar»). La primera es refereix a l'atorgament del negoci; les segones a l'atorgament del document públic.

Quant a la dificultat de comunicació entre el notari i l'atorgant, només es preveu el supòsit del testador «completament sord». Es tracta d'un testador que pateix una "disminució sensorial" (art. 115).

L'art. 107,II no contempla el cas en què la dificultat de comunicació es deu al desconeixement de la llengua emprada pel testador per part del notari. En aquest cas, l'art. 109,II exigeix la intervenció d'un intèrpret, sense fer esment a la presència de testimonis. La doctrina ha entès que la intervenció de testimonis només és necessària quan el document només es redacta en una de les llengües oficials a Catalunya, de manera que el testador no pot "llegir" (entenent-lo) el text preparat pel notari⁵⁷⁴. En aquests casos, allò que motivaria la intervenció dels testimonis no tindria relació amb l'atorgament negocial sinó amb l'atorgament del document.

1.1.2.2.- La intervenció a instància de l'atorgant o del notari.

La intervenció dels testimonis també es pot produir a instància de l'atorgant o del notari (art. 107,I final). En aquests casos, els testimonis esdevenen una formalitat més de l'atorgament. Com a formalitat, han d'ésser el mateix nombre i han de reunir els mateixos requisits que els exigits quan llur intervenció és necessària.

La intervenció de testimonis a requeriment del testador no ha de resultar massa problemàtica. El notari l'ha d'acceptar, sempre i quan aquells reuneixin els requisits d'idoneïtat general i relativa exigits pels arts. 108 i 147,I (art. 183,I RNot.).

(573) X. ROCA FERRER, Arts 101-124 CS (N.29), pàg. 431, considera que no es tracta d'una enumeració exemplificativa sinó de causes taxades, «por el principio odiosa sunt restringenda».

(574) X. ROCA FERRER, Arts 101-124 CS (N.29), pàg. 438.

El notari també pot "demanar" la intervenció de testimonis quan ho cregui convenient. No es fixa cap regla que limiti l'arbitri notarial⁵⁷⁵. Per això pot sorgir un conflicte quan el notari requereixi al testador la presència de testimonis en l'atorgament i aquest s'hi negui, perquè vol evitar la publicitat de la seva darrera voluntat. Sempre i quan no es produeixi cap de les circumstàncies de l'art. 107,II, sembla que hauria de prevaldre l'oposició del testador.

1.1.2.3.- El moment de la intervenció.

La interpretació del requisit d'unitat d'acte determina el moment en què la intervenció dels testimonis és necessària en l'atorgament del testament, és a dir, els actes de l'atorgament compost que han de presenciar els testimonis (art. 107,I).

Quant al testament obert, el Preàmbul no dóna cap ajut per a la interpretació de l'art. 107,I CS,⁵⁷⁶; tampoc l'art. 117 final CS, tot i que «[e]n aquest testament és necessària la presència de dos testimonis idonis». Tanmateix, si es vincula amb l'abast de l'acte únic (art. 105,I), es pot extreure que la "intervenció" dels testimonis⁵⁷⁷ ha de comprendre tot l'«atorgament compost». Quant al testament tancat, i per la mateixa raó, la presència dels testimonis serà necessària, en el seu cas, durant tota la fase en què intervé el notari.

1.1.2.4.- La idoneïtat dels testimonis. Els seus requisits.

Els testimonis han d'entendre el testador i el notari, i han de saber signar (art. 108,I pr.).

Aquests són els únics requisits positius exigits pel CS. A més, s'exclouen eventuals requisits i es formulen de manera negativa causes d'inidoneïtat.

(575) X. ROCA FERRER, Arts 101-124 CS (N.29), pàg. 431, al·ludeix a la "prudència del notari" «*quizás para hacer más difícil una futura impugnación*».

(576) *Els articles 105 a 108 estableixen unes disposicions generals de forma en els testaments i contenen, com a novetat, la supressió del requisit dels testimonis en els testaments*

(577) Els fedataris "autoritzen" el testament (vegeu N.4); en canvi els testimonis, així com els «facultatius, els experts i els intèrprets» hi "intervenen" (art. 147,I; per als testimonis, art. 107,I; per als altres tres, art. 108,III; per a l'intèrpret, art. 109,II «[s]i s'escau» (art. 108,I CS). Per tant, queda perfectament delimitat el paper d'uns i altres, a diferència del que succeïa vigent el CC en la redacció anterior a la L 30/1991.

A.- Entendre el testador i el notari

El CS no matisa de quina manera s'ha d'entendre el testador.

L'art. 108,I CDCEC, a diferència de l'art. 681,4.º er. CC, no exigia que els testimonis entenguessin l'idioma del testador. Per al testament sacramental, l'art. 108,II CDCEC admetia que la comprensió de la voluntat del testador fos mediata, mitjançant intèrprets, si els testimonis no coneixien l'idioma emprat pel testador.

El precedent, sumat a la no referència expressa a l'idioma amb què s'expressa el testador, permet concloure que la comprensió de les paraules del testador o del fedatari⁵⁷⁸ es pot fer de manera immediata o mediata, mitjançant la traducció del notari o d'un intèrpret⁵⁷⁹. No té massa sentit considerar que la traducció mitjançant la qual el notari entén el testador no permeti fer-ho als testimonis⁵⁸⁰. Màximament quan la reducció del nombre d'intèrprets de dos a un (art. 684,I der. CC versus art. 109,II CS) indica un alt grau de confiança en la traducció de l'intèrpret.

B.- Saber signar.

El CS ha transformat en requisit d'idoneïtat de qualsevol testimoni el que a l'art. 101,I CDCC final era un requisit formal del testament notarial: de «*hauran de firmar*» a «*han de saber signar*»⁵⁸¹. En el testament atorgat davant rector, continua éssent un

(578) Pensi's en el cas en què el testimoni són coneguts del testador estranger i que cap entén una de les llengües oficials a Catalunya.

(579) José Manuel LOIS PUENTE, El llamado testamento en lengua extranjera, a: *RDP* 1988, pàgs. 921-988, proposava aquesta interpretació per a l'art. 681,4.º der. CC (actualment, 681,3.º), tot i que la literalitat del precepte, en exigir que el testimoni entengués l'idioma del testador, no hi ajudava. Per al vigent art. 681,3.º CC, en el mateix sentit, T. F. TORRES GARCÍA, Art. 676 a 693 CC, a: C. PAZ-ARES, L. DIEZ PICAZO, R. BERCOVITZ, P. SALVADOR, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1993^{2ª} I, pàgs. 1698-1753, RAFAEL BALLARÍN HERNÁNDEZ, Art. 681 CC, a: R. BERCOVITZ (ed.), *Comentarios a las reformas del Código civil*, Ed. Tecnos, Madrid 1993, pàgs. 954-997, pàg. 981.

(580) En contra X. ROCA FERRER, Arts 101-124 CS (N.29), pàgs. 432, qui considera que quan el testador s'expressa en llengua no oficial a Catalunya «*los testigos deberán entenderla tanto si el Notario autorizante la conoce como si, por desconocerla, se vale de un intérprete (art. 109 CS), en cuyo caso deberán, además, entender la del notario*».

(581) Vigent la CDCEC, L. PUIG FERRIOL, E. ROCA TRIAS, Fundamentos III/1.º (N.168), pàg. 233, havien assenyalat la trascendència de la distinció: «*una persona puede ser testigo en general y no poder serlo en los testamentos notariales por*

requisit civil del document (art. 117 final).

També ho és del testament notarial, tot i que no estigui formulat expressament llevat dels casos en què la signatura dels testimonis no supleix la del testador (arts. 111,II; 113,IV). L'art. 195 RNot. (Tit. IV, Cap. II, Sec. 2.^a, f *Otorgamiento y autorización*) regula la signatura del document públic mitjançant remissió a l'art. 17,II LNot. Aquest exigeix la signatura dels testimonis instrumentals en tota escriptura matriu. En el CS, la signatura dels testimonis en els testaments notariais resulta de la remissió a la legislació notarial dels arts. 111,II final i 113,III.

C.- Les exclusions de l'art. 108,I final.

A més dels esmentats requisits, l'art. 108,I final exclou la necessitat d'altres. En primer lloc, no cal que els testimonis siguin pregats.

En tractar de la voluntat per a testar (IV.1.1. PART I) s'ha assenyalat que aquest requisit prové del testament nuncupatiu (oral), atorgat sense la presència de fedatari públic. La voluntat de testar es deduia principalment del caràcter pregat dels testimonis. Que el testador els hagués convocat amb la finalitat específica de manifestar-los la seva darrera voluntat, eliminava els dubtes sobre el valor que el testador volia atribuir a la seva declaració de voluntat.

Quan en l'art. 108,I CS [art. 101,I CDCC] s'estableix que «[n]o cal que siguin pregats», s'està formulant com a civil un requisit que en realitat és documental. És difícil que algú apareixi per casualitat per l'oficina del notari mentre s'hi està atorgant un testament). Per tant, la intervenció dels testimonis és sempre pregada, encara que no calgui deixar constància de llur caràcter pregat en el document.

Segonament, no cal que els testimonis coneguin el testador. Els testimonis dels arts. 107; 108 i 117 CS són instrumentals i no de coneixement. És per això que no han de conèixer-lo, sempre i quan no constitueixin, a més, el mitjà de què es val el notari per identificar el testador (art. 180,III RNot.).

Finalment, tampoc cal que tinguin la mateixa residència que el testador. Aquesta exclusió sorprèn, per innecessària. Mai s'havia exigut que els testimonis tinguessin el mateix domicili que el testador.

L'art. 108 CDCEC no tenia en compte el domicili dels testimonis per determinar

no poder cumplir las formalidades requeridas para la validez de los mismos».

llur idoneïtat. En el dret històric de Castella la "residència" («*domicilio*») dels testimonis en el lloc de l'atorgament del testament permetia reduir-ne el nombre. L'art. 681,2º der. CC no considerava aptes els testimonis que no tinguessin llur domicili en el lloc de l'atorgament del testament, encara que contemplava dues excepcions. Una d'elles es troba reproduïda en l'art. 180,IV RNot: que els testimonis assegurin conèixer el testador i que el notari conegui un i altres. A partir de la L. 30/91, de 20 de desembre, ha desaparegut aquesta causa d'ineptitud dels testimonis, per la qual cosa s'ha de deduir que l'art. 180,IV RNot. ha esdevingut inaplicable.

Possiblement la segona i la tercera exclusió fossin només una, amb la (innecessària⁵⁸²) finalitat d'evitar l'aplicabilitat a Catalunya de l'art. 180,IV RNot.

D.- Les causes d'inidoneïtat.

Es poden agrupar en dos blocs: les causes generals, que impedeixen al subjecte a intervenir com a testimoni en l'atorgament de qualsevol, i les relatives, que només impedeixen ésser testimoni en els testaments de determinats subjectes.

D.1.- Les causes generals.

Són les previstes en els apartats 1.r, 2.n i 3.r. de l'art. 108,II⁵⁸³: la minoria d'edat, la incapacitat per a testar, patir determinades disminucions sensorials, i haver rebut una condemna penal relativa a algun falsejament.

I) La minoria d'edat s'extingeix en complir 18 anys (art. 315,I CC). Hi ha qui considera que els menors emancipats i els que han obtingut el benefici de la majoria d'edat no es veuen afectats per aquesta causa d'inidoneïtat⁵⁸⁴. Tanmateix, aquestes circumstàncies no fan que els afectats deixin d'ésser menors d'edat, per la qual cosa no es poden considerar testimonis idonis⁵⁸⁵. La referència en el mateix 108,II,1.r a una determinada capacitat indica que amb «minoria d'edat» es vol indicar una determinada edat i no la consecució de la plena capacitat d'obrar.

(582) Art. 29 LNot.; art. 143,II RNot.

(583) L. PUIG FERRIOL a: Institucions II (N.22), pàgs. 112-113, les qualifica com incapacitats per *defectes psíquics, físics i morals*, respectivament.

(584) L. PUIG FERRIOL a: Institucions II (N.22), pàg. 112.

(585) En aquest sentit, X. ROCA FERRER, Arts 101-124 CS (N.29), pàg. 433.

II) Les causes que provoquen la incapacitat per a testar es troben en l'art. 104. L'art. 108,II,1.r final només es pot referir a una d'elles, la manca de capacitat natural en el moment de l'atorgament. Els menors d'edat majors de 14 anys, tot i ésser capaços per a testar, no poden intervenir com a testimonis en l'atorgament d'un testament aliè.

III) Tampoc són idonis per a intervenir com a testimonis «els totalment sords o cecs i els muts que no puguin escriure» (art. 108,II,3.r). La causa d'inidoneïtat establerta en aquest apartat s'ha de relacionar amb el requisit exigint en el paràgraf primer de l'article: «entendre el testador i el notari». Per aquesta raó no són idonis els completament sords i els muts que no puguin escriure. En relació amb la CDCEC, s'ha especificat que només són inidonis els testimonis muts que no saben escriure. El legislador pressuposa que el testador expressa oralment la seva darrera voluntat. L'esperit de la norma portaria a considerar idoni el testador completament sord que pot llegir i escriure en els casos en què la comunicació entre el testador, els notaris i els testimonis fos escrita.

A diferència de la CDCEC (art. 101,I en rel. amb l'art. 694,I CC), l'art. 108,I no exigeix que els testimonis vegin el testador. Tanmateix, es conserva la ceguesa total com causa d'inidoneïtat per ésser testimoni perquè aquesta disminució sensorial impedeix que qui la pateix pugui signar el testament. Si la sordera o mudesa es qualificuessin com inidoneïtats en relació amb l'atorgament negocial, la ceguesa seria una inidoneïtat en relació amb l'atorgament cartular: la impossibilitat de comprovar que el document redactat pel notari coincideix amb el manifestat pel testador.

IV) Tampoc són idonis per intervenir com a testimonis els que han estat condemnats penalment per un delictes relacionat amb la falsedat: falsificació de documents, calúmnies o fals testimoniatge.

D.2.- Les causes relatives.

Les causes relatives tendeixen a protegir la lliure formació de la voluntat del testador. No poden ésser testimonis els afavorits pel testament (art. 108,II 4.t), ni llurs cònjuges i parents fins el quart grau de consanguinitat o segon d'afinitat, ni el cònjuge i els parents en igual grau del notari autoritzant (art. 108,II 5.e). Dins d'«afavorits» s'inclouen tots els que puguin obtenir un lucre patrimonial en la successió del causant, ja sigui de manera immediata, com eventual o successiva⁵⁸⁶.

(586) En aquest sentit, L. PUIG FERRIOL a: Institucions II (N.22), pàg. 113. Contràriament, X. ROCA FERRER, Arts 101-124 CS (N.29), pàg. 434 es mostra

X. Roca considera que el marmessor no es veu afectat per aquesta causa d'inidoneïtat perquè considera que allò que el testador rep en la successió del causant és una contraprestació retributiva de la seva activitat⁵⁸⁷. En favor d'aquesta postura es podria argumentar que la doctrina catalana del s/XIX l'admetia com a testimoni⁵⁸⁸.

De la mateixa manera que a la CDCC (art. 108,I,4.t i 5.è), el CS no limita aquestes causes relatives a una concreta modalitat testamentària: la forma oberta. Tanmateix, s'ha interpretat que aquest supòsit d'inidoneïtat només pot regir en els supòsits en què el testador fa pública la seva voluntat testamentària⁵⁸⁹. En el testament notarial tancat, els testimonis desconeixen els seu caràcter d'afavorits.

Existeix una incompatibilitat entre l'art. 108,4.t i 5.è amb l'art. 147,I. Els primers es refereixen a la funció del testimoni, mentre que el segon és una regla de capacitat per a succeir. Ambdós donen solucions recíproques, donant preferència a l'altre supòsit. Davant de la incompatibilitat, ha de prevaldre la funció de testimoni, perquè és anterior a la capacitat per a succeir, que només es planteja en morir el testador. Per tant, fins i tot els que resultaran ésser afavorits pel testador que empra la forma oberta són idonis per a ésser testimonis (art. 147,I), encara que es trobaran afectes a una prohibició de succeir⁵⁹⁰.

partidari d'entendre-ho com afavoriments efectius.

(587) X. ROCA FERRER, Arts 101-124 CS (N.29), pàg. 434: «¿Será aplicable esta causa de inidoneidad a los albaceas universales o particulares, cargos ambos retribuidos con arreglo al art. 314 II CS?. Entiendo que no, puesto que se trata de una retribución, una contraprestación, a cambio de una actividad».

(588) Expressament, G.M.^a BROCA Y MONTAGUT, J. AMELL LLOPIS, Instituciones (N.120), II §.727 pàg. 416, afirmen que una de les causes que impedeixen als marmessors refusar el càrrec és l'haver intervingut en l'atorgament del testament, «*escribiéndolo ó sirviendo como testigo*». En el mateix sentit, F.M. FALGUERA, a: V. GIBERT, Teórica (N.91), nota v, pàgs. 221-222, encara que de manera més genèrica: «*si suscribió el testamento, ó estuvo presente en el acto en que se hizo y no se opuso á su nombramiento*».

(589) En aquest sentit, X. ROCA FERRER, Arts 101-124 CS (N.29), pàg. 435. Ja ho defensava per a la CDCEC, X. ROCA FERRER, Art. 108 CDCEC, a: M. ALBALADEJO GARCIA (dir), Comentarios al Código civil y Compilaciones forales XXVIII-1.º. Ed. Revista de Derecho Privado/Edit. de Derecho reunidas, Madrid, 1982, Pàgs. 167-177, pàgs. 174-175.

(590) A la CDCEC no existia una norma equivalent a l'art. 126,II CS. En conseqüència, i en aplicació de l'art. 242,I CDCEC, el testament hauria d'ésser nul. No es va plantejar si entre els arts. 108,II i 252 CDCEC es reproduïa el mateix

D.3.- Conclusió: els testimonis idonis.

Resumint, amb caràcter general poden intervenir com a testimonis en l'atorgament de testaments els majors d'edat amb capacitat natural en el moment de l'atorgament que entenguin el notari i el testador i que sàpiguen signar, sempre i quan no hagin estat condemnats penalment per un delict de falsedat. En el testament atorgat en forma oberta, es sanciona amb la nul.litat les disposicions testamentàries que afavoreixin l'autoritzant, els testimonis o qualsevol altra persona diferent de l'atorgant que intervingui en l'atorgament, o llurs cònjuges o parents fins el quart grau de consanguinitat o segon d'afinitat.

1.2.- El testament davant fedatari en forma oberta.

Segons l'art. 111 CS, l'atorgament compost consisteix en cinc formalitats civils: el testador manifesta la seva voluntat al notari; la redacció del document per part del notari, segons la voluntat expressada pel testador (testament-document); lectura del document, signatura del document pel testador; autorització del document-testament pel notari. Les tres darreres formalitats formen part de l'atorgament i l'autorització del document públic, i es poden agrupar en l'atorgament cartular.

Pel que fa a les dues primeres formalitats, l'art. 111,I CS descriu l'acció dels protagonistes respectius, testador i notari, però això no implica l'absoluta passivitat de l'altre. A la pràctica, el més normal és que es produeixi un diàleg entre testador i notari per a una perfecta comprensió de la voluntat del primer, comentar les conseqüències jurídiques i econòmiques d'aquella, assenyalar els límits legals, explicar conceptes

problema que entre els arts. 682,I i 754 CC. La doctrina del Codi civil s'havia plantejat si existia una contradicció entre les causes d'inidoneïtat relatives (art. 682,I) i les prohibicions per succeir de l'art. 754,I, les quals foren innecessàries per als testimonis si el testament fos nul per manca d'una formalitat (art. 687). M. ALBALADEJO GARCIA, Nulidad de la disposición y nulidad del testamento abierto, cuando un instituido es testigo o lo son determinados familiares suyos, a: *RDP* 1967, pàgs. 3-12; 195-202, havia considerat que les disposicions eren compatibles, perquè la legitimació i els terminis per demanar la nul.litat del testament i la de l'atribució no són coincidents (pàg. 196-197). Entre els autors més recents, hi ha qui considera que el testament és nul (Manuel ALBALADEJO GARCIA i Sílvia. DÍAZ ALABART, Art. 682 CC, a: M. ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, IX-1.º A, Ed. Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho reunidas, Madrid 1990, pàgs. 322-338, pàg. 323) i qui considera que només és nul.la l'atribució a favor de l'afectat per la prohibició de succeir (A. LUNA, §.39 a: J.L. LACRUZ BERDEJO et alii, *Elementos V* (N.1) pàg. 190).

jurídics, etc⁵⁹¹. La dualitat de funcions del notari, jurista i fedatari, es manifesta plenament en el moment de la testamentifacció, encara que no per això s'ha d'oblidar el paper protagonista que té el testador en aquest acte. L'assessorament del notari no pot esborrar la primera formalitat, deixant-la reduïda a actes preparatoris de la redacció notarial⁵⁹², tot i reconèixer que en molts casos la intervenció del notari serà decisiva en la configuració de la voluntat testamentària⁵⁹³.

Quant a les formalitats pertanyents a l'atorgament cartular, foren modificades com a conseqüència del dictamen núm. 172 del CCGC, que, oblidant l'art. 29 LNot., considerava que l'art. 111 del Projecte de Llei era una de les normes que «no resulta necessàriament inconstitucional, encara que sí, almenys, tècnicament incorrecte» per regular «l'atorgament mateix de l'instrument»⁵⁹⁴. Les esmenes 77 bis i 77 ter., subsegüents al dictamen, modificaren el §.II y suprimiren el §.III de l'art. 111 del Projecte de llei, respectivament⁵⁹⁵. Tanmateix, no s'ha aconseguit una regulació

(591) D'aquesta manera es compleix el preceptuat per l'art. 147,I RNot, segons el qual el notari «deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico» la voluntat dels atorgants, conformement a la qual es redacta l'escriptura, «e informará a aquéllos del valor y alcanza de su redacción».

En aquest sentit, M. CAMARA ALVAREZ, El Notariado (N.270), afirma, en relació amb la tasca del notari, que «la potestad de redactar el instrumento y la de "recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes" [la que ell anomena «tarea de creación o elaboración jurídica», pàg. 75], están tan íntimamente ligadas entre sí, que pueden ser tratadas bajo una sola rúbrica» (pàg. 76.)

(592) Aquesta tendència té origen notarial. Per al Codi civil, F. BADOSA COLL, Arts. 694-699 CC (N.510), pàg. 1076-1077) assenyala que el CC i la legislació notarial contempen l'expressió de la voluntat del testador des de diferents òptiques: l'art. 695 CC, des del punt de vista del testador; la legislació notarial ho contempla des de la posició del notari que redacta l'escriptura; «[s]ólo desde esta perspectiva notarial [les instruccions verbals o minuta escrita] son preparatorias de su actividad de redacción».

(593) Ex. M. CAMARA ALVAREZ, El Notariado (N.270), pàgs. 182-183.

(594) CONSELL CONSULTIU GENERALITAT CATALUNYA, Dictamen núm. 172. Dictamen sobre l'adequació constitucional i estatutària del dictamen de la Comissió de Justícia, Dret i Seguretat ciutadana sobre el Projecte de Codi de successions 'per causa de mort en el Dret civil de Catalunya, a: BOPC Núm 322, 2-XII-1991, pàgs. 22496-22505, Fonament V.3. §.5,8 (pàg. 22500).

(595) §.II: «Tot seguit el notari llegirà el testament en veu alta o el llegirà el testador perquè aquest manifesti si el contingut és conforme amb la seva voluntat. Si ho és, serà firmat a l'acte pel testador i, si aquest declara que no en sap o no pot fer-ho, es farà constar així i signaran per ell dos testimonis».

§.III: «El notari donarà fe de tot d'acord amb la legislació notarial, i en especial de

"tècnicament correcta", perquè l'art. 111,II CS continua fent referència a l'autorització (en sentit ampli) de l'instrument, encara que ara de manera parcial, la qual cosa no mereix una valoració positiva.

1.2.1.- L'atorgament simple.

El testador pot manifestar la seva voluntat al fedatari «de paraula o per escrit» (art. 111,I).

1.2.1.1.- L'"expressió" «de paraula».

En sentit estricte, «de paraula» significa "oralment". La llengua emprada pel testador pot ésser oficial o «no oficial a Catalunya» (art. 109,II), sigui o no estrangera⁵⁹⁶ (art. 109,III).

A.- En llengua oficial a Catalunya.

El català és la llengua pròpia de Catalunya [art. 3,1 EAC; arts. 2,1; 5,1; 14,1 L 7/1983, de 18 d'abril, de normalització lingüística a Catalunya (LNLC)]. Juntament amb el castellà, són les dues llengües oficials a Catalunya (art. 3,2 EAC; art. 5,2 LNLC)⁵⁹⁷.

Tot i que ho podria haver establert (art. 3,2 CE), l'Estatut no va atorgar a l'aranès el caràcter de llengua oficial a la Vall d'Aran (art. 3,4 EAC)⁵⁹⁸. L'art. 28,I

la capacitat i la identificació del testador i de la unitat d'acte» (BOPC núm. 310, 6-XI-1991, pàg. 21264. Les esmenes es troben publicades en el BOPC núm. 329 (14-XII-1991), pàg. 23172.

(596) Entre les no estrangeres, a més de l'aranès, les llengües oficials a d'altres comunitats autònomes i les altres "modalitats lingüístiques d'Espanya"(art. 3,3 CE).

(597) Quant a la diferència entre els "valors jurídics" d'oficialitat i propietat, vegeu ANTONI MIRAMBELL I ABANCÓ, La necessitat de modificació de la Llei 7/1983, de 18 d'abril, de normalització lingüística a Catalunya, a: *Revista de Llengua i Dret*, pàgs. 117-131.

(598) En el procés d'elaboració de l'art. 3 EAC, hi varen haver dues esmenes tendents a declarar la oficialitat de l'aranès a la Vall d'Aran. Sobre aquesta qüestió, vegeu Jordi MATAS CALMASES, El model lingüístic dels partits polítics catalans en la redacció de l'Estatut d'autonomia de 1979, a: *Revista de Llengua i Dret* núm. 16 (desembre 1991), pàgs. 121-137. Xavier LAMUELA, Política lingüística a la Vall d'Aran: les regles del joc, a: *Revista de Llengua i Dret* II núm. 3 (abril 1984), pàgs. 59-64 considera un «fet greu» «la manca de reconeixement de l'oficialitat de l'aranès al seu

LNLC qualifica l'aranès com «la llengua pròpia de la Vall d'Aran»⁵⁹⁹. L'art. 2,1 de la L 16/1990, de 13 de juliol, sobre el règim especial de la Vall d'Aran (LREVA) estableix que «[l]'aranès, varietat de la llengua occitana i pròpia d'Aran, és oficial a la Vall d'Aran. També ho són el català i el castellà, d'acord amb l'article 3 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya». La doctrina que ha tractat aquesta qüestió considera majoritàriament que, a diferència de la declaració de propietat, la declaració d'oficialitat d'una llengua correspon a l'Estatut d'Autonomia (art. 3,2 CE), per la qual cosa la LREVA no ha pogut alterar l'anomenat "bloc de constitucionalitat"⁶⁰⁰. Per això hom considera que l'aranès té una condició de llengua quasi-oficial en el seu territori⁶⁰¹

territori».

A. MILIÁN I MASSANA, Les llengües espanyoles diferents de la llengua castellana als Estatuts d'autonomia, a: *Revista de Llengua i Dret* núm. 1 (juny 1983), pàgs. 79-88 <versió revisada del publicat sota el títol La ordenación estatutaria de las lenguas distintas del castellano, a: *RVAP* 6 (1983), pàgs. 237-246>] considera que l'estatut hauria hagut d'establir l'oficialitat de l'aranès: «[e]l legislador, a l'hora de fer efectiu en els respectius Estatuts el manament del paràgraf segon de la Constitució no ha atorgat l'oficialitat a totes les llengües espanyoles, la qual cosa va en contra, no només del caràter preceptiu de la norma, sinò del mateix tarannà literal puix que disposa que ho serán "Las demás lenguas...", sense establir cap diferència: ni el bable (si el considerem llengua distinta del castellà), ni l'aranès, ni la llengua catalana a la franja est de l'Aragó, on té un ús viu, han assolit el reconeixement oficial» (pàg. 81).

(599) Tal com assenyalen A. MILIÁN I MASSANA, Ordenament lingüístic, a: INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS, FACULTAT DE DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA, FACULTAT DE DRET DE LA UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA, *Comentaris sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, Institut d'Estudis Autònomic, Barcelona, 1988, Vol. I, pàgs. 169-190, pàg. 190, i Juli PALLAROL I SÀNCHEZ, La situació jurídica de la llengua occitana a la Vall d'Aran, a: *Revista de Llengua i Dret* núm. 16 (desembre 1991), pàgs. 139-152, l'art. 29,2 de la Proposició de Llei de normalització lingüística a Catalunya qualificava l'aranès com a llengua oficial en el seu territori. Aquest qualificatiu fou suprimit a conseqüència del dictamen del CCGC núm. 35 de 21-XII-1982 (*BOPC* núm. 112, 17-I-1983, pàgs. 4347-4356): «La llengua aranesa, que es parla dins del nostre territori, ha d'ésser objecte d'ensenyament i d'especial respecte i protecció, però no té el caràcter d'oficial. Els qualificatius d'oficial emprats en els dos paràgrafs abans citats [art. 29 II,III] poden incórrer en inconstitucionalitat pel fer (sic) d'excedir del text estatutari i l'article 3.2 de la Constitució» (FJ XIII, pàg. 4355).

(600) J. PALLAROL, La situació jurídica (N.599), proposa la reforma de l'art. 3,4 EAC «per tal d'esvair els dubtes sobre la il.legalitat de la declaració extraestatutària d'oficialitat i propietat» (pàg. 151), havent fet prèviament «l'advertiment d'una possible inconstitucional» (pàg. 146).

(601) La terminologia es deu a A. MILIAN, Ordenament lingüístic (N.599), pàg. 190.

Qui escull la llengua oficial és el testador (art. 109,I, per analogia). Éssent la notaria una "estructura administrativa unipersonal", el notari ha de conèixer ambdues llengües oficials⁶⁰². Si el notari desconegués el català, possiblement s'hauria de recórrer a un intèrpret⁶⁰³ quan el testador es trobés en un districte notarial amb una única notaria⁶⁰⁴. En aquests casos, per a no fer il·lusori el dret lingüístic del ciutadà (art. 8,1

L'assumeix J. Pallarol, La situació jurídica N.120, pàg. 146, malgrat que quan analitza l'art. 2 LREVA, extreu conseqüències «[d]aquest marc jurídic (l'Estatut especial d'Aran, la CE i l'EAC) de triple oficialitat (aranès, català i castellà)» (pàg. 146).. J. Vernet i Llobet, L'especial protecció de la parla aranesa a Catalunya, a: *Revista de l'Alguer* 2 núm. 2 (Nov. 1991), pàgs. 19-21, qualifica la situació de l'aranès com «una no plena oficialitat», règim que va més enllà de la mera tutela a les "modalitats lingüístiques": «la plena oficialitat no és possible perquè ho impedeix el dictat literal de la Constitució i l'Estatut» (pàg. 25).

X. ROCA FERRER, Arts 101-124 CS (N.29), tampoc considera l'aranès llengua oficial (pàg. 437).

Contràriament, J. PEÑARROJA FA, Valle de Arán. Triple oficialidad lingüística, a: *Tapia* 13 núm. 72 (oct. 1993), pàg. 62, qui considera que mitjançant una llei ordinària del Parlament de Catalunya es pot "incrementar la protecció jurídica" cap a l'aranès.

(602) En aquest sentit, J. M.^a PUIG SALELLAS, 86. Notaries i Registres, a: *Comentaris sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya II*, Barcelona 1988, pàgs. 771-779, qui creu que la interpretació de la doble oficialitat per part del TC (STC 76/1983, de 5 d'agost, i STC 82/1986, de 26 de juny), considerant que el deure de coneixement correspon a l'Administració i no a cadascun dels funcionaris, «només és aplicable en les estructures administratives pluripersonals, ..., però no en els casos de funcionaris únics, com és, com a regla general, el cas dels Notaris».

Contràriament, J. RUIZ-RICO RICO-MORÓN, Arts. 684 a 685 CC, a: R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a las reformas del Código civil*, Ed. Tecnos, Madrid 1993, pàgs. 997-1043, qui ho fonamenta (1) en la doctrina establerta pel TC (sentències 82/1986; 29/3/90 i 28/2/91) per la que el deure de coneixement només existeix en relació al castellà, (2) en la competència exclusiva de l'Estat per a l'ordenació dels instruments públics (art. 149,1,8.º CE) i (3) «a la ausencia en el ámbito de la legislación estatal, de un deber de conocimiento del idioma propio del lugar donde prestan sus servicios por parte de los notarios».

(603) J. RUIZ-RICO RICO-MORON, Arts. 684-685 CC (N.602), considera que la intervenció de l'intèrpret «no contradice lo dispuesto de forma expresa por el artículo 109 del Código de Sucesiones de Cataluña (Ley 40/1991, de 30 de diciembre); este precepto únicamente establece la lengua en la que se redactará el testamento, que será la que elija el otorgante, pero sin pronunciarse acerca de la necesidad o no de intérprete para el caso de que el notario autorizante no conozca el idioma oficial elegido por el testador» (pàg. 1009, nota 34).

(604) Si existeix més d'una notaria, és probable que el testador esculli la notaria en què pugui expressar-se en la llengua oficial per ell escollida. Però fins i tot en els casos

LNLC), correspondria al notari realitzar les gestions necessàries (i, en el seu cas, sufragar les despeses) per a la intervenció de l'interpret⁶⁰⁵, que en la major part dels casos pot ésser un empleat de la notaria.

Si el fedatari és rector, és poc versemblant que desconegui alguna de les llengües oficials a Catalunya. Tanmateix, si es produís el supòsit, sembla que s'hauria de seguir el criteri invers. El testador hauria de buscar l'interpret. La raó del canvi de criteri és que, a diferència del notari, el rector no té caràcter de funcionari públic.

B.- En llengua no oficial a Catalunya.

El testador també es pot expressar en una llengua no oficial a Catalunya. En els casos en què el fedatari desconegui la llengua no oficial, caldrà la presència d'un interpret que faci possible la comunicació entre el fedatari i el testador (art. 109,II CS).

En relació amb la legislació anterior (art. 684 der. CC), s'ha rebaixat el nombre d'interprets de dos a un, s'ha especificat que el fedatari pot suplir l'interpret⁶⁰⁶ i s'ha deixat d'exigir que l'interpret sigui oficial⁶⁰⁷. Potser a conseqüència d'això, el fedatari

de districte notarial amb una única notaria, una altra opció del testador que vulgui fer prevaldre el seu dret lingüístic és atorgar testament davant rector (art. 117 CS) en qualsevol de les localitats del districte notarial on no hi hagi oficina de notaria.

(605) La mateixa opinió sembla deduir-se de J.J. RIVAS MARTINEZ, El testamento (N.314), pàg. 55: «*el Notario no puede alegar ignorancia de la lengua catalana y deberá autorizar el testamento sólo en dicha lengua, sin solicitar la presencia de un intérprete*».

J.M. LOIS PUENTE, El llamado testamento (N.579), sosté l'opinió contrària, atès que només admet la presència d'interpret si el notari ignora la «*lengua regional*» «*y el testador el castellano*» (pàg. 986).

(606) Així ho entenien J.L. LACRUZ BERDEJO et alii, Elementos V (N.1), pàg. 234.

(607) L'art. 684 CC der. no qualificava l'interpret, la qual cosa s'havia entès com no imposició de cap requisit de titulació (ex. Francisco LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de sucesiones. La adquisición de la herencia y la sucesión hereditaria. Vol. II-1.ª parte*, Universidad de Deusto, Bilbao 1991, pàg. 352).

L'art. 150 RNot., en canvi, exigeix que l'interpret sigui "oficial". Sobre el que s'ha d'entendre com "interpret oficial" en el RNot., vegeu la RDGRN 8-X-1965 (comentada per José M.ª PUIG SALELLAS, El problema de la lectura a extranjeros. Notas a la Resolución de 8 de octubre de 1965, a: *LN* 1966, Boletín informativo núm.6 [agost-desembre], pàgs. 27-33), que el va considerar sinònim d'interpret amb títol oficial, un concepte molt més literal que l'anteriorment proposat per J. M.ª PUIG SALELLAS, Lectura a extranjeros: el concepto de "intérprete oficial" del artículo 150 del Reglamento Notarial, a: *RDN* 12 núm. 44 (maig-juny 1964), pàgs. 163-178. Els

ha de donar el vist-i-plau («acceptar») a l'interpret «elegit pel testador» (art. 109,II).

C.- En llenguatges no orals.

Existeixen altres supòsits en què la comunicació directa entre el fedatari i el testador és difícil o impossible: aquells en els que el testador pateix una "disminució sensorial" (sordesa, mudesa, sord-mudesa). Com a conseqüència de les esmenes 80 ter., 80 quater., 81 bis, 82 bis., i 82 ter., subsegüents al dictamen del Consell Consultiu, els arts. 115 a 119 del PrCS, que preveïen aquest supòsits foren substituïts per l'art. 115 CS (art. 115,I del PrCS, amb redacció modificada), que conté una remissió a «*les determinacions contingudes a la legislació notarial*»⁶⁰⁸.

L'art. 107,II CS considera que en aquests casos cal la "intervenció" de testimonis en l'«*atorgament del testament notarial*», que hauran d'ésser dos (art. 108,I pr.).

L'art. 193,III RNot només preveu de manera expressa el cas del atorgant (testador, en el nostre cas) completament sord que sap llegir⁶⁰⁹, tot i que no considera que aquesta "disminució sensorial" impedeixi que el testador manifesti la seva voluntat al notari⁶¹⁰. Alguns autors consideren que, «*en el no previst, i també per als altres supòsits (mudesa, sord-mudesa, disminució sensorial) ha de tenir-se en compte que l'art. 143 de l'esmentat reglament [notarial] remet, a manca de determinacions*

intèrprets jurats es regulen pel RD 2555/1977, de 27-VIII.

(608) La redacció que el Grup parlamentari de CiU proposava per a l'art. 115,I, segons l'esmena 80 ter. (subsegüent al dictamen del Consell Consultiu) (BOPC Núm. 329, 14-XII-1991, pàg. 23173) era del següent tenor: «*Quan el testador sigui cec, completament sord, mut o sordmut o per qualsevol altra raó sigui sensorialment disminuït, el notari seguirà les previsions contingudes a la legislació notarial*». Totes les esmenes subsegüents al dictamen del Consell consultiu presentades pel Grup parlamentari de CiU foren votades conjuntament, i aprovades per unanimitat (*Diari de Sessions / P- Núm. 114 / 12-XII-1991 / Sessió plenària núm. 82.1, pàg. 5838*); a més es va votar «*l'article 115, segons el Dictamen*», que també fou aprovat per unanimitat. S'ignoren el moment i la raó per la qual les «previsions» varen esdevenir «determinacions» en el *DOGC*.

(609) També contempla el supòsit del cec, però la ceguesa no és un obstacle per a la comunicació entre notari i testador.

(610) Tanamteix, existirà alguna dificultat, perquè no és versemblant que el Notari es limiti a copiar allò "dictat" pel testador, sinó que més aviat el Notari acostuma a interrompre el discurs del testador, per a una millor comprensió de la seva voluntat.

especials, als preceptes de la legislació civil», que entenen com el Codi civil (arts. 697 i 709 CC)⁶¹¹. D'altres, consideren que la remissió a la legislació civil de l'art. 143,II RNot és la vigent en el lloc de l'atorgament segons l'art. 11 CC; a Catalunya, el CS, «sense possibilitat de remissió als arts. 697 i 698 CC». Però no donen solució per a les "disminucions sensorials" no previstes expressament en el RNot⁶¹².

La solució per aquests supòsits no regulats expressament en el RNot. es pot trobar en el mateix RNot., a partir de la interpretació que n'ha fet la DGRN en les seves resolucions⁶¹³. Resulta d'especial interès la Resolució de 31-VIII-1987⁶¹⁴, que contempla el supòsit de dificultat màxima en la comunicació entre notari i atorgant: el sord-mut analfabet que, no gensmenys, es pot expressar mitjançant un llenguatge específic⁶¹⁵. El criteri inspirador de la Resolució era el canvi produït en seu d'incapacitats i incapacitació per la LE 13/1983, de 24-X, *de reforma en materia de tutela*, per la qual la simple presència de discapacitats no implicava la incapacitació. Per això, el Notari ha de comprovar «*si el sordomudo tiene la aptitud necesaria para ese autogobierno, imprescindible, para otorgar el acto o contrato de que se trate*». En cas afirmatiu, «*la perfecta comunicación entre el otorgante u otorgantes y el Notario*» és possible perquè «*el sordomudo, aunque no sepa leer y escribir, si tiene capacidad de discernir -y ello ya no se rechaza de plano en la Ley de Tutela- podrá, en su caso, valerse de personas peritas en dichas técnicas ["ordenad(a)s a esta comunicabilidad"] para comparecer ante fedatarios y otorgar instrumentos*»⁶¹⁶. La DGRN creu que es

(611) Joan EGEA FERNANDEZ i Josep FERRER RIBA, *Legislació civil catalana*, Ed. PPU, Barcelona 1994⁴, pàg. 186.

(612) E. ROCA TRIAS a: *Institucions II* (N.22), pàg. 136.

(613) Vegeu arts. 70 i 313,3.º RNot.

(614) *Anuario DGRN* 1987, pàgs. 468-471.

(615) En ella es consultava: «¿[p]uede el sordomudo analfabeto que no sabiendo leer y escribir, pero sí comunicarse a través de personas técnicas en el lenguaje especial de los sordomudos, tiene capacidad necesaria para el otorgamiento?» (§.I, pàg. 469).

(616) La DGRN no considera obstacle al seu argument l'art. 1263,2.º CC, «*no ya porque pueda estar tácitamente derogado, constituyendo únicamente un "desajuste" de aquella reforma, sino porque partiendo de la indubitada fórmula genérica, el artículo 1263 podría aplicarse únicamente a aquellos sordomudos que no puedan gobernarse por sí mismos, más por esa incapacidad para comunicarse de manera exacta y efectiva con el mundo exterior que por no saber leer y escribir -cuestiones estas sobre las que*

tracta d'un supòsit anàleg al previst a l'art. 150 RNot («extranjeros que no entiendan el idioma español»).

Cal plantejar-se si aquesta aplicació analògica de l'art. 150 RNot. es pot traslladar al Dret català. La resposta és afirmativa perquè, d'una banda, la LC 39/1991, de 30-XII, de la tutela i institucions tutelars, es fonamenta en uns principis similars a l'esmentada L. 13/1983, de 24 d'octubre⁶¹⁷; d'altra, perquè la intervenció de dos «experts» en «un llenguatge de signes» estava prevista en el Projecte de Llei de CS (art. 117) i perquè, malgrat l'esmena 82 bis, subsegüent al dictamen del Consell Consultiu, els «experts» no han desaparegut del tot del CS, atès que l'art. 108,III "aplica" les prohibicions per ésser testimoni als «experts que intervenen en el testament». L'art. 147,I també té en compte «els experts» per establir una prohibició relativa per a succeir⁶¹⁸.

També ho ha cregut així el Col.legi de Notaris de Barcelona, en la II Circular sobre la intervenció dels sords-muts en els instruments públics, de 19-X-1992⁶¹⁹,⁶²⁰.

la Dirección General ha de abstenerse en su pronunciamiento» (§.V, pàg. 470).

(617) Tot i que la LCat. 39/1991 no reguli la incapacitació, l'afirmació del text es pot recolzar en el §.9 de l'Exposició de motius («Aquesta última [la tutela dels incapacitats], depenent sempre de la sentència d'incapacitació, ...») i dels arts. 3 b); 43 d); 63; 73 c); 74; 75; 76,1,2; 80,2; 82 d); 85 b).

(618) Altrament, les al·lusions als "experts" dels arts. 108,III i 147,I CS i la remissió a la legislació notarial de l'art. 115 CS serien mostres d'una deficient tècnica legislativa.

(619) Aquesta circular ha substituït la «Circular sobre la intervenció dels sords-muts en els instruments públics» de 15-IV-1991, que recollia l'esmentada RDGRN 31-VIII-1987, que també considerava possible la intervenció «d'intèrprets tant en els actes "inter vivos", com en els de "mortis causa"» (II.2).

(620) Es reproduueix, parcialment, la circular (obtinguda mercès l'amabilitat del Sr. Lluís Jou Mirabent, Notari a Calafell):

3. *La legislació positiva a està mancada de disposicions específiques per als sords-muts que no saben llegir i escriure.*

...

3.2. *Per a testaments, el problema que es planteja es similar al del testador que parla una llengua desconeguda pel Notari. Aquest últim cas està previst per l'article 109-2 del repetit Codi de Successions que preveu la intervenció d'un intèrpret "no necessàriament oficial, elegit pel testador i acceptat pel notari".*

Així doncs, la llei 40/1991, de 30 de desembre, de la Generalitat de Catalunya, per la qual s'aprova el Codi de Successions, ha facilitat molt aquesta matèria en no exigir que l'intèrpret sigui jurat, deixant la qüestió a la lliure interpretació del Notari.

Per tant, per aplicació analògica de l'art. 150 RNot., el testador amb una "discapacitat sensorial" que l'impedeix parlar o comunicar-se amb el notari pot expressar-li «de paraula» la seva darrera voluntat, si sap utilitzar el llenguatge de signes manuals. En aquests casos, el testador es valdrà d'un intèrpret ("expert") que tradueixi el significat dels signes al notari, exclusivament en els casos en què aquest no conegui el llenguatge (art. 109,II CS, per analogia).

La següent qüestió que cal resoldre és el nombre d'experts que han d'intervenir.

3.3. *La Direcció General dels Registres i del Notariat, en Resolució de 30 de gener de 1986, admet, junt als intèrprets oficials, el que anomena intèrprets perits, que sense reunir els requisits dels intèrprets oficials, coneixen perfectament l'idioma del qual es tracta. La diferència funcional radica en:*

a. *Que, quan es tracta d'intèrprets pericials, en no disposar del títol oficial corresponent, no es produeix el desplaçament de la responsabilitat cap a l'intèrpret, és a dir, que aquesta incumbeix al Notari, sense perjudici d'aquella que també contrau l'intèrpret, qui haurà de declarar en l'instrument públic, i així reflectir-se en el mateix, la conformitat de la traducció amb l'idioma en què estigui redactada l'escriptura.*

b. *L'intèrpret pericial ha de ser escollit pel Notari autoritzant, el que implica que no està obligat, ni ha d'admetre, el proposat pels atorgants, si no el considera idoni en consonància amb la responsabilitat ("culpa in eligendo") que assumeix.*

c. *No existint en l'actualitat intèrprets pericials del llenguatge de signes manuals, s'haurà d'acudir als intèrprets pericials. Per a una major tranquil·litat es pot exigir que l'intèrpret tingui el títol que l'acrediti expedit per l'Institut Català de Noves Professions o per la Federació de Sords de Catalunya.*

d. *Si el Notari té dubtes respecte a la idoneïtat de l'intèrpret proposat, pot exigir la intervenció d'un altre de diferent. Per a tal fi pot acudir a l'esmentada Federació o a l'Associació d'intèrprets de llenguatge de signes de Catalunya, on li facilitaran un llistat dels intèrprets de què disposin.*

e. *Únicament hi haurà la mediació entre el Notari i l'atorgant quan l'intèrpret i l'atorgant utilitzin el llenguatge de signes manuals, no quan utilitzin un sistema de signes propi i exclusiu de l'atorgant i el seu mediador.*

f. *En l'escriptura es farà constar les circumstàncies de l'existència de l'intèrpret, nom del mateix i títol, si el té, i la declaració d'aquest de la fidelitat de la seva traducció.*

4. *En qualsevol cas, ha de quedar clar que el problema queda reduït a la confiança que al Notari (que ha de donar fe que l'atorgant queda perfectament assabentat del contingut del document) l'inspiri l'intèrpret del llenguatge dels signes, com a fidel vehicle d'una voluntat "mortis causa" que, a vegades, pot ser molt complexa. No és el mateix "institueixo hereu el meu marit" que "ordeno una substitució preventiva de residu". Això fa que no es puguin donar normes generals sobre l'actuació dels notaris en cada cas concret, doncs el Notari ha de ser molt prudent, atenent les circumstàncies concurrents, precisament en atenció al testador sensorialment disminuït, perquè la seva voluntat quedi perfectament reflectida.*

El PrLCS n'exigia dos (art. 117)^{621,622}. Tanmateix, sembla que si la intervenció dels experts es justifica per analogia amb l'interpret d'una llengua que desconeix el testador, caldrà el mateix nombre que el previst per aquest cas, un (art. 109,II CS)⁶²³. No constitueix cap obstacle que en els arts. 108,III i 147,I CS es llegeixi «*experts*», en plural: en els mateixos articles també apareix «*intèrprets*», en plural, tot i que l'art. 109,I CS exigeixi la «*intervenció d'un intèrpret*».

L'expert serà elegit pel testador i acceptat pel notari (art. 109,II CS, per analogia)⁶²⁴. Si la comunicació entre testador i expert es fa mitjançant un sistema de signes que no sigui universal, el Notari ha de refusar l'expert (Circular 19-X-1992, 3.3.e). El Notari preferirà l'expert titulat (Circular 19-X-1992, 3.3.c)⁶²⁵, encara que no és un requisit imprescindible (Circular 19-X-1992, 3.3.f)

Una altra dificultat és determinar si expressar-se el testador mitjançant un llenguatge de signes constitueix una "circumstància especial" que faci «necessària la

(621) La justificació d'aquest nombre es pot trobar relacionant els arts. 117, 107, 108,II del PrCS (els dos darrers, amb idèntica numeració i contingut en el CS): «*quan per qualsevol causa [el testador] no sap o no pot signar*» (art. 107,II) «*concorren circumstàncies especials*» que fan «*necessària la intervenció de testimonis*» (art. 107,I); «*els testimonis són dos, han d'entendre el testador i el notari*». Quan el testador es "comunicava" «*amb altres persones per mitjà d'un llenguatge de signes*» (art. 117), els testimonis havien de poder entendre'l: el context d'animadversió cap a la "intervenció" dels testimonis en seu testamentària no fa versemblant que el legislador pretengués la concurrència de dos testimonis i de dos experts. Si aquesta interpretació fos correcta, hauria implicat un canvi de criteri en relació amb l'art. 108,II fin. CDCC, que no exigia que els testimonis fossin políglotes per a poder entendre el testador, si hi intervenien els dos intèrprets de l'art. 684 der. CC.

(622) Segons l'art. 117 del PrCS, corresponia a tots dos "experts" "traduir" a notari i testador l'"expressat" per aquest i en el document, respectivament. D'haver entrat en vigor, no fóra versemblant la seva aplicació literal: possiblement s'hauria substituït la segona traducció per la declaració de conformitat amb la primera.

(623) S'arriba al mateix resultat si es recorre a l'art. 150 RNot. Sembla preferible usar el CS pel caràcter supletori de la legislació notarial en matèria testamentària «*en cuanto no implique modificación de aquéllos [els preceptes de la legislació civil]*» (art. 143,II final RNot.), limitació, d'altra banda, establerta per la DT Quarta CDCC.

(624) També es desprèn de l'apartat 3.3.b de l'esmentada Circular de 19-X-1992 (vegeu nota 620), si es llegeix complet. En el mateix sentit, 3.3.c i d: que el notari "pugui exigir" una determinada titulació, o un altre intèrpret, és senyal que l'intèrpret no ha estat "proposat" (3.3.d) per ell.

(625) Sembla que el notari ha d'admetre altres titulacions que les contemplades en aquest apartat.

intervenció de testimonis» (art. 107,I CS)⁶²⁶.

Les disposicions relatives a l'interpret de llengües no oficials (art. 109,II CS) no exigeixen la "presència" de testimonis, per la qual cosa, d'aplicar-se per analogia, no haurien d'intervenir.

Tanmateix, s'ha d'esbrinar si la necessària intervenció dels testimonis es podria extreure de l'art. 107,II CS. Entre les "circumstàncies especials" que s'exemplifiquen en aquest paràgraf, n'hi ha unes que es refereixen exclusivament a l'atorgament del document públic (no saber ni poder llegir ni/o signar). La ceguesa del testador és un supòsit específic d'aquells en què el testador no pot llegir el document redactat pel notari. Per tant, també seria relatiu a l'atorgament del document notarial.

La completa sordesa del testador també fa necessària la intervenció dels testimonis, encara que el testador sàpiga i pugui llegir i signar el document que conté la seva darrera voluntat. La sordesa del testador és una "circumstància" que incideix en l'atorgament negocial, i que dificulta la comunicació entre testador i notari. Però l'art. 107,II CS no contempla el cas del testador mut, que seria un cas equivalent.

Per tant, i per l'analogia amb l'art. 109,II, sembla que el fet que el testador s'expressi mitjançant un llenguatge de signes no és una circumstància que per ella mateixa faci necessària la intervenció dels testimonis⁶²⁷.

1.2.1.2.- L'"expressió" «per escrit».

L'expressió per escrit és el mitjà de comunicació que ha d'utilitzar necessàriament el mut⁶²⁸. Tanmateix, no és aquest el supòsit en què es pensava prioritàriament en redactar l'art. 111,I CS, sinó el del testador que compareix davant

(626) No hi ha qüestió quan el testador que s'expressa mitjançant un "llenguatge de signes" no sap o no pot signar el testament, perquè -atès l'abast que s'ha donat al requisit de la unitat d'acte- també caldrà en l'atorgament negocial la "intervenció" dels testimonis que han de suplir la signatura del testador en l'atorgament del document notarial. Nogensmenys, el dubte es planteja en els casos en què el testador sap i pot llegir per si mateix i signar el document que conté la seva darrera voluntat.

(627) També és versemblant que en aquests casos el notari "demani" la intervenció dels testimonis (art.107,I final), però calia fixar la necessitat o no d'aquesta "presència", per al cas en què el criteri del testador divergis del del notari.

(628) Art. 118,I PrCS: «[q]uan el testador sigui sord-mut, mut o no pugui parlar però sí escriure, podrà atorgar testament obert en forma ordinària expressant la seva voluntat al notari per escrit» (BOPC Núm. 310, 6-XI-1991, pàg. 21265).

notari amb un projecte de testament, esbossat o complet, en l'elaboració del qual hi pot haver intervingut un jurisperit. En aquests casos es parla de redacció segons minuta.

Badosa ha assenyalat que la redacció segons la minuta presentada pel testador es deriva de la influència de la legislació notarial en la regulació del testament obert, tot i ocupar-se exclusivament dels instruments públics *inter vivos* (art. 29 LNot.)⁶²⁹. En efecte, existeix una vella tendència a homogenitzar la pràctica notarial en la redacció dels instruments públics per la via d'exportar pràctiques d'aquells a la redacció dels documents que recullen negocis per causa de mort⁶³⁰.

Per aquesta via es varen introduir canvis substancials en el mateix concepte de testament nuncupatiu. Les principals alteracions, com indica F. BADOSA⁶³¹, foren dos:

- 1.- la fungibilitat de l'autor de la nuncupació: el testador, quan manifestava oralment la seva voluntat al notari i als testimonis; el notari, en llegir el testament redactat per ell a partir de la minuta;
- 2.- l'atorgament negocial esdevenia mòbil: anterior a la redacció, si el testador expressava oralment la seva voluntat al notari; posterior a la lectura del document-testament pel notari per mostrar-hi la seva conformitat.

El trasllat de l'atorgament negocial a la declaració de conformitat amb la redacció tenia una altra conseqüència. Una sola declaració tenia un doble valor, perquè, a més d'atorgament negocial, també es podia utilitzar com atorgament cartular o formal. D'ací a confondre ambdós atorgaments en favor del segon hi havia una passa molt curta i, per òsmosi, la doctrina va veure en l'actuació del testador prèvia a la redacció del document (l'atorgament negocial, si es feia oralment) els actes preparatoris a la redacció del document-testament segons minuta («*se proponga*», art. 696 der. CC). El camí per a transportar l'inici de la unitat d'acte al moment de l'atorgament cartular

(629) F. BADOSA COLL, Arts. 694-699 CC (N.510), pàgs. 1059, 1062. Tanmateix, [e]l *testamento nuncupativo por escrito procede del artículo 1017 del CC chileno de 14-XII-1855* (pàg. 1095, nota 15).

(630) La redacció segons minuta es va reflectir en l'art. 1 de la *Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro*, de 9-XI-1874. Tanmateix, la STS 6-XII-1961 reflecteix l'existència anterior d'aquesta pràctica. Sobre l'evolució en els successius RNot., vegeu Pedro AVILA ALVAREZ, *Posibles reformas en la reglamentación del instrumento público*, a: *RDN* 19 núm. 75 (gen.-març 1972), pàgs. 13-54, pàgs. 18-19.

(631) F. BADOSA COLL, Arts. 694-699 CC (N.510), pàg. 1062. Vegeu-ne l'evolució a partir de l'Avantprojecte de CC de 1882 a pàgs. 1059-1062.

quedava expedit.

L'art. 111,I CS equipara els efectes d'ambdues modalitats d'expressió de la voluntat del testador al notari. L'atorgament negocial es situa abans de la redacció del document-testament pel notari, àdhuc quan el testador li presenta una minuta⁶³². Això és indubtable quan no és necessària la intervenció de testimonis en l'atorgament (compost) del testament notarial (art. 107,I). Tal i com s'ha vist, el fet que testimonis presenciïn l'atorgament (compost) del testament davant notari no implica el revifament de la nuncupativitat en el tipus⁶³³, per la qual cosa àdhuc en aquest cas l'atorgament negocial es produeix en lliurar la minuta al notari.

Quan el fedatari és un rector, la intervenció dels testimonis és per conèixer la voluntat del testador. En aquest cas, l'atorgament negocial no és produeix fins que el testador dona el vist i plau a la lectura del document redactat pel rector.

Abans de l'entrada en vigor del CS, s'havien suscitat dubtes sobre la persona que havia de lliurar la minuta al fedatari. La STS 9-X-1956 va minimitzar la transcendència del lliurament de la minuta per part d'un tercer, perquè la voluntat del testador queda prou salvaguardada amb la declaració de conformitat a la lectura pel fedatari del document-testament⁶³⁴. En exigir-se que la unitat d'acte abasti tot l'atorgament compost (arts. 105,I; 111,I,II), aquesta qüestió hauria d'esdevenir intrascendent i la jurisprudència esmentada de no aplicació a Catalunya⁶³⁵: el testador, el fedatari i, en el seu cas els testimonis i/o intèrprets han d'ésser presents des del lliurament de la minuta per part del primer fins l'autorització del document pel segon.

(632) En el CC, la nova redacció de l'art. 695 CC segons la L 30/1991, de 20 de desembre, també ha produït la unificació del moment de l'atorgament simple del testament obert. Vegeu F. BADOSA COLL, Arts. 694-699 CC (N.510), pàgs. 1074-1075.

(633) Els testimonis, tot i ésser presents en el moment del lliurament de l'escrit al notari, no coneixeran de manera immediata la voluntat del testador, sinó la versió que d'aquesta en faci el notari en redactar el document-testament.

(634) J.J. RIVAS MARTINEZ, El testamento (N.314), pàgs. 86-87, considera que aquesta sentència "suavitza" la "rigurositat" de la STS 25-XI-190, reiterada posteriorment a la STS 8-IV-1965, que sostenen l'opinió contrària.

(635) El mode condicional de les formes verbals del text expressa l'escepticisme del doctorant quant a l'aplicació pràctica de l'establert per l'art. 105,I CS en relació amb el 111.

1.2.2.- La redacció del document pel fedatari.

Quan el testament en forma oberta era un testament nuncupatiu, és a dir, oral davant testimonis, la intervenció del fedatari consistia exclusivament en preconstituir una prova de l'atorgament negocial del testament amb les solemnitats exigides. Si no fos incorrecte emprar els conceptes actuals per explicar situacions del passat, hom podria dir que el fedatari es limitava a aixecar quelcom equivalent a una acta de referència (art. 208 RNot.) que acreditava, d'una banda, que el testador havia manifestat davant dels testimonis i d'ell mateix, i amb les solemnitats (civils) exigides la seva darrera voluntat, i d'altra, el contingut d'aquesta. Per això, i fins a finals del segle passat, els formularis notariais contenien models de testament nuncupatiu redactats com si els hagués dictat el testador⁶³⁶. A partir d'ací s'afirma que el notari actuava com a copista⁶³⁷, encara que la simple existència dels formularis notariais ja desmenteix aquest fet.

A partir de l'entrada en vigor del Codi civil, es va transformar la naturalesa jurídica del document-testament com a conseqüència de la seva aplicació supletòria de fet. El notari deixava de preconstituir la prova de l'atorgament del testament seguint les formalitats legals, i del seu contingut. En exigir-se l'escriptura pública com una solemnitat civil de l'atorgament, el notari apareix com a l'autor de l'escriptura⁶³⁸. Aquesta situació es va refrendar legalment amb la CDCEC. L'art. 101,I es limitava a la regulació del Codi civil sobre els «testaments notariais».

(636) Ex. J. MORELLO, Colección (N.97), pàg. 298-299: «TESTAMENTO NUNCUPATIVO. En nom de Deu. Silvestre N. ciutadà de Barcelona, fill llegítim y natural de N. ciutadà de esta ciutat y de N. conjuges difunts; estant desaparegut en lo llit de una grave malaltia, ab perill de morir, però ab tot mon bo enteniment, entera memoria y claredat de paraula; volent disposar de mos bens, ordeno mon darrer testament; ...»

(637) F. BADOSA COLL, Arts. 694-699 CC (N.510), pàgs. 1061-1062; 1068-1069. Pren la terminologia del Projecte de Codi civil de 1851 (art. 565.2) i de l'Avantprojecte de 1882-88 (arts. 692 i 693).

La contestació contra el notari-copista que F. BADOSA observa (pàg. 1069, nota 47) en la doctrina notarial castellana (J. GONZALO DE LAS CASAS, pàg. 1025) és inexistent entre el notariat català.

(638) F. BADOSA COLL, Arts. 694-699 CC (N.510), pàgs. 1078-1079, assenyala que els arts. 695,I i 696 de la primera edició del Codi civil limitaven l'activitat del notari a la de copista. En la segona edició, el notari ja apareixia com redactor de l'escriptura.

El fedatari ha de traduir la voluntat del testador a conceptes jurídics i reduir-la a escrit («*redacta*», arts. 109,I; 111,I; «*escriu*», art. 109,II), ordenant les diferents «*disposicions*»⁶³⁹ del testador en successives «*clàusules*»⁶⁴⁰.

Prèviament, si no ho ha fet durant l'atorgament negocial, intentarà esbrinar el significat que el testador vol donar a les seves «*expressions*» (art. 145). També li farà notar les possibles contradiccions en què hagi incorregut, per evitar «*contradiccions irreductibles*» (art. 110,II) i «*dubtes*» en la interpretació que provoquin l'aplicació de les normes d'interpretació del CS (ex. art. 110,III; 190; etc).

Aquesta activitat del fedatari té lloc amb independència del mitjà utilitzat pel testador per a expressar-li la seva voluntat. Quan el testador presenta al fedatari una minuta de testament, aquest no s'ha de limitar a transcriure-la, sinò que també ha d'esbrinar la veritable voluntat del testador i de redactar el testament de conformitat amb ella (art. 147,II RNot⁶⁴¹).

En la redacció del document-testament, el fedatari ha d'adequar la voluntat del testador a l'ordenament jurídic (art. 147,I RNot.). En el cas que, malgrat les indicacions del notari, el testador es ratifiqui en una voluntat contrària a l'ordenament jurídic, el fedatari haurà de negar-se a l'autorització del testament⁶⁴². L'art. 145,II fin.

(639) Arts. 40,III; 41; 42,V; 46,5.è; 66,II; 102; 110,II,III; 122,I; 123,I,II; 126,II,IV,V; 127,II; 128,I,III; 129,I; 132,I; 147,I,III,IV; 161,I; 163,I,II; 174; 176; 180,I; 185,II; 187; 189,I; 190; 191; 193,I,II; 194,I,II; 196,I; 198,I; 200; 246,III; 249,II; 251,II; 254,II; 260,III; 262,I,II; 266; 270,I; 283,I; 295,II; 306,II; 362,I; 365,I; 375,I; 387,I. E. GIMENEZ-ARNAU, Derecho (N.509), destaca el caràcter unilateral implícit en l'expressió «*disposició*», contrastant-lo amb la bilateralitat d'«*estipulació*» (pàg. 645)

(640) Arts. 38,I; 39,II; 55,II; 110,II.

(641) El RD 1209/1984, de 8 de juny, va donar la redacció actual d'aquest article. La reforma va corregir sensiblement la redacció segons minuta. Segons P. AVILA ALVAREZ, Posibles reformas (N.630), l'art. 147 del RNot de 1944 (idèntic al del mateix número del RNot. 1935) contemplava quatre sistemes de redacció, en funció del grau d'intervenció de l'atorgant: redacció del notari acceptada per l'atorgant; redacció del notari inspirada per l'atorgant; redacció dictada per l'atorgant; redacció imposada per l'atorgant (pàg. 17). Aquesta última era durament criticada per l'autor perquè la considerava fruit de la desconfiança en el notari. Per això demanava la modificació dels §.II,III de l'art. 147 RNot. 1944 i proposava un text alternatiu (pàg. 20) en què es podria haver inspirat la reforma de 1984, atès que tenen el mateix criteri inspirador: contemplar exclusivament la redacció del notari inspirada per les instruccions de l'atorgant.

(642) En aquest sentit, per al supòsit en què el testador expressa la seva voluntat al

RNot estableix que el notari es pot negar a autoritzar l'instrument quan la totalitat o una part «*del acto o contrato*» «*sean contrarios a las leyes, la moral o a las buenas costumbres*».

No és fàcil precisar quan es va contra la "moral" i els "bons costums", per l'element de subjectivitat en la seva apreciació⁶⁴³. No cal oblidar, però, que la legislació notarial regula l'atorgament dels instruments relatius a negocis entre vius, en què la transcendència de la il·licitud dels motius que porten a celebrar-los (arts. 1255; 1305; 1306 CC) és la contrària que en els negocis per causa de mort. En aquests, la regla general és la irrellevància de la il·licitud dels motius que porten al testador a ordenar una atribució patrimonial (art. 146 CS)⁶⁴⁴. Per això, sembla que el fedatari només es podria oposar a l'autorització del testament si el testador insistís en ordenar una disposició sancionada pel CS amb la nul·litat (ex. una condició captatòria, art. 160; designar com a substituïts pupil·lars o exemplars a persones diferents a les previstes en

notari mitjançant minuta, Manuel de la Cámara Alvarez, *Compendio de Derecho sucesorio*, Ed. La ley, Madrid, 1990, pàg. 78.

L'art. 147, III RNot., en la seva redacció originària (1944), resolva el supòsit de disconformitat del notari amb la minuta presentada per l'atorgant donant la opció al notari per negar-se autoritzar l'escriptura pública o bé autoritzar-la salvant la responsabilitat. Aquesta opció del notari és la solució que postula J.J. RIVAS MARTINEZ, *El testamento* (N.314), pàg. 88, sorprenentment, «*de conformidad con el n.º 3 del art. 147 del Reglamento Notarial*», derogat pel RD 1209/1984, de 8 de juny.

(643) Diego ESPIN CÁNOVAS, Ideas sociales reflejadas en el Código civil español (Derecho flexible), a: *Asociación de profesores de Derecho civil, Centenario del Código civil (1889-1989)*, Ed. Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid 1990, pàgs. 825-849, proposa identificar "bons costums" i "moral", malgrat constatar que la doctrina espanyola tendeix a identificar "bons costums" i "ordre públic", que ell considera «*dos nociones diversas, aunque próximas, a los efectos limitadores de la autonomía privada*» (pàg. 848). Per "moral", Espin entén "moral social" (pàg. 848), qüestió sobre la que hi ha unanimitat en la doctrina (per tots, Luis Díez PICAZO, Arts. 1254 a 1260 CC, a: C. PAZ-ARES, L. DIEZ PICAZO, R. BERCOVITZ, P. SALVADOR, *Comentario del Código civil*, II pàgs. 426-442: «*conjunto de las convicciones de ética social imperantes, en un determinado momento histórico, con carácter general en la comunidad jurídica*» [pàg. 431]).

(644) L'art. 146 no dóna la mateixa transcendència a l'error en el motius determinants de l'atribució que als motius il·lícits. Per això sembla que la il·licitud dels motius només repercuteix en l'eficàcia de l'atribució si, a més de motiu determinant, s'ha causalitzat el fet il·lícit com a condició (art. 159 CS)

els arts. 173,I i 177; atribució d'una *rei extra commercium*, art. 261,I)⁶⁴⁵. Per tant, la insistència del testador el faria redactar fins i tot qüestions jurídicament irrelevantes, que el CS "té per no formulades" (arts. 154; 158; 159 pr.; 360,I).

El document que redacta el fedatari a partir de la darrera voluntat manifestada pel testador és una escriptura pública. El CS estableix que «[e]l notari ha d'identificar el testador i apreciar la seva capacitat legal en la forma i pels mitjans establerts per la legislació notarial» (art. 106). També ha de fer «expressió del lloc, l'any, el mes, el dia i l'hora de l'atorgament» (art. 111,I final).

Igual que en la regulació anterior (art. 696 CC), el notari dóna fe de la identitat del testador (art. 699,II der. CC) i es limita a fer constar que, pel seu parer, el testador té la capacitat suficient. La novetat consisteix en que la dació de fe de la identitat (la «fe de coneixement»), que era una solemnitat civil, esdevé notarial (art. 23,I LNot.; arts. 156,7º; 187-190 RNot.), perquè l'art. 106 CS només exigeix la identificació⁶⁴⁶

1.2.2.1.- La identificació del testador.

La legislació notarial estableix els mitjans d'identificació dels atorgants a l'art. 23 LNot. Existeix un mitjà principal i altres quatre de "supletoris", encara que el caràcter unilateral del negoci jurídic testamentari els redueix a tres⁶⁴⁷.

A.- El mitjà principal d'identificació

El mitjà principal d'identificació és el coneixement del testador per part del fedatari (art. 23,I LNot.). Coincideix amb l'establert a la legislació anterior (art. 685,I

(645) Possiblement sigui socialment reprovable el fet d'atorgar un testament sense atribuir la llegítima als fills. Tanmateix, com que la preterició no errònia «no dóna lloc a la nul.litat del testament» (art. 367,II), el notari no podria negar-se a autoritzar el testament en el cas que el testador no volgués fer ni una genèrica atribució als legitimaris, com el llegat simple de llegítima (art. 358,III).

(646) En el PrCS la dació de fe de la identificació només es preveia quan el notari no coneixia el testador i l'havia identificat per algun dels mitjans supletoris (art. 106,II); si el coneixia, era suficient "fer constar" aquesta circumstància en el testament (art. 106,II).

(647) En el cas del testament, no es possible «[l]a identificación de una de las partes contratantes por la otra», mitjà supletori previst a l'art. 23,II b) LNot. En el mateix sentit, X. ROCA FERRER, Arts 101-124 CS (N.29), pàg. 427.

der. CC⁶⁴⁸).

La doctrina considera que el coneixement de l'atorgant (testador) per part del fedatari no exigeix necessàriament un tracte previ entre ambdós [accepció vulgar del terme "coneixement"], perquè això no significa necessàriament la identificació i, d'altra banda, es limitaria excessivament l'àmbit en què fóra possible utilitzar el mitjà principal d'identificació. La no perceptibilitat sensorial de la identitat dels subjectes porta a considerar el "coneixement" pel fedatari com la certesa de la identitat del subjecte⁶⁴⁹. El "coneixement" no ha d'ésser recíproc.

B.- Els mitjans supletoris d'identificació.

La remissió a la legislació notarial per part del CS ha alterat considerablement els mitjans supletoris d'identificació del testador. En el CC, l'únic mitjà supletori era el recurs als testimonis de coneixement (art. 685,I der. CC). A més, hi havia un mitjà subsidiari, que en cas d'impugnació no acreditava la identitat del testador (art. 686 CC). A partir de la L. 30/1991, de 20 de desembre, els mitjans supletoris d'identificació són dos: els testimonis de coneixement i «*la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas*»; es manté inalterat el mitjà subsidiari⁶⁵⁰.

A la legislació notarial, els tres mitjans supletoris per a identificar el testador són els testimonis de coneixement, un document oficial, i la confrontació de la signatura amb la indubitada d'un document públic amb fe de coneixement del testador. Tots tres mitjans es troben en un mateix nivell de supletorietat (art. 23,II pr. LNot.)⁶⁵¹, encara

(648) Tal com assenyala L. PUIG FERRIOL a: Instituciones II (N.22), pàg. 110, vigent la CDCC, l'art. 685,I CC només era parcialment vigent a Catalunya, perquè els testimonis no havien de conèixer el testador (art. 101,I CDCC).

(649) José Luis DIEZ PASTOR, Fe de conocimiento, a: JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES (edit.), *Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos internacionales del Notariado latino*, Madrid, 1975, pàgs. 317-340, pàgs. 321-328. En el mateix sentit, Francisco LUCAS FERNÁNDEZ, Arts. 684-687, a: Manuel ALBALADEJO GARCIA (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales IX-1.º-A*, Edit. EDERSA, Madrid 1990, pàgs. 332-382, pàgs. 351-352, qui ho recolza en la jurisprudència del TS.

(650) P. AVILA NAVARRO, Formularios (N.203). Sobre l'art. 685 CC, vegeu J.RUIZ-RICO RICO-MORON, Arts. 684-685 CC (N.609), qui nomena «subsidiarios» els mitjans que la legislació notarial qualifica de supletoris.

(651) En aquest sentit, Honorio GARCÍA GARCÍA, Introducción a la técnica de la

que no mereixen la mateixa valoració per part de la doctrina: els dos últims es consideren mitjans automàtics d'identificació⁶⁵², mentre que els testimonis de coneixement són un mitjà més proper al coneixement notarial⁶⁵³. No existeix cap mitjà d'identificació subsidiari.

B.1.- Els testimonis de coneixement (art. 23,I fin. der. LNot.).

El "coneixement" del testador que tenen els testimonis és el mateix "coneixement" que el ja esmentat per al notari⁶⁵⁴. Les deficiències dels documents identificatius comportaren que els testimonis de coneixement fossin considerats el millor dels mitjans supletoris fins a mitjans d'aquest segle⁶⁵⁵. Tanmateix, el perfeccionament en l'elaboració d'aquells l'hauran anat arreconant en els darrers temps, com a mínim

redacción de instrumentos públicos, a: *RDN* 1 núms. 1-2 (jul.-des. 1953), pàgs. 257-284, pàg. 274.

Del text de l'art. 190,I RNot. es podria deduir que el recurs als testimonis de coneixement és prioritari a la identificació mitjançant documents d'identitat: *«[e]n los casos del párrafo tercero del artículo 23 de la ley, cuando a un Notario le sea imposible dar fe de conocimiento de los otorgantes por no conocerlos, ni puedan éstos presentar testigos de conocimiento, lo expresará así en la escritura y en ella reseñará los documentos que le presenten para identificar su persona»*.

El motiu d'aquesta discordància és cronològica: l'art. 190 RNot (D. 2-VI-1944) concorda amb la redacció originària de l'art 23 LNot, en el qual hi havia dos mitjans d'identificació principals: el coneixement pel notari i per testimonis. El «párrafo tercero» de l'art. 23 LNot a què es refereix l'art. 190 RNot. establia: *«en los casos graves y extraordinarios en que no sea posible consignar por completo estas circunstancias, expresarán cuanto sobre ellos [els atorgants] de propia ciencia y manifiesten los testigos instrumentales y de conocimiento»*. Tanmateix, E. GIMENEZ-ARNAU, Derecho (N.509), afirma que l'art. 190 RNot continua vigent *«ya que no hay contradicción entre los dos preceptos»*, encara que reconeix que *«en muy pocas ocasiones podrá tener aplicación»* (pàg. 627).

(652) Segons J.L. DIEZ PASTOR, Fe de conocimiento (N.649), pàg. 321, el que caracteritza els "mitjans automàtics" d'identificació és *«que eliminen o reduzcan a una operación material la intervención de aquél [el notari]»*.

(653) J.L. DIEZ PASTOR, Fe de conocimiento (N.649), pàg. 329.

(654) J.L. DIEZ PASTOR, Fe de conocimiento (N.649), pàg. 329.

(655) J.L. DIEZ PASTOR, Fe de conocimiento (N.649), pàg. 329: *«De entre los distintos medios supletorios, éste se ha de preferir, porque, al igual que la fe del Notario, cimienta la identificación en el otorgamiento y en relaciones sociales complejas más que en documentos secundarios, cuya falsificación es un juego de niños para quien pretenda suplantar en propio beneficio la persona de otro, arrojando el delito principal de falsedad en el instrumento público»*.

a grans localitats.

B.2.- Els documents públics que acrediten la personalitat.

La redacció actual de l'art. 23 LNot té el seu origen a la Llei 18-XII-1946. No feia massa que s'havia creat el Document Nacional d'Identitat (DNI), per a substituir la *cédula personal* com a document d'identificació, mitjançant el D. de 2-III-1944 (*Presidencia*) (BOE 81/1944, de 21 de marzo)⁶⁵⁶. El Decret 357/62, de 22 de febrer (*M.º Gobernación*) (BOE 53/1962, de 2 de marzo) va exigir (art. 4,I) que es fes constar "el número i la data" (d'expedició del DNI) en diversa "documentació", entre la que s'inclou la compareixença davant Notaris i Registradors⁶⁵⁷.

La regulació actual del DNI es troba en el Decret 196/76, de 6 de febrer, [BOE 38/1976, 13 de febrero], desenvolupat per Ordre M.º Interior 12-VII-1990 [BOE 170/1990, de 17 de juliol]⁶⁵⁸. També hi fa referència l'art. 9 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, *de seguridad ciudadana* (BOE 46/1992, de 22 de febrero). Ve definit en el §.I de l'art. 1.º com «*el documento público que acredita la auténtica personalidad de su titular, constituyendo el único y exclusivo justificante completo de la identificación de la persona*». El §.II afageix que «*[s]erá imprescindible para justificar por si mismo y oficialmente la personalidad de su titular, haciendo fe, salvo prueba en contrario, de*

(656) «*Los mayores de dieciséis años residentes en España tendrán la obligación de adquirir dicho documento, que en lo sucesivo constituirá el justificante de la personalidad de ellos, exigiéndose rigurosamente a tal fin*» (Art. 3.ºI)

(657) *Art. 4.º. A partir de 1 de enero de 1963, el Documento Nacional de Identidad deberá exigirse, haciendo constar el número y fecha en la documentación correspondiente para los actos que seguidamente se relacionan: ... g) Para comparecer, personalmente o por escrito, y para formular solicitudes ante cualquier Autoridad o funcionario público, Notarios Registradores, Tribunales, Juzgados y Oficinas en general.*

Aquest precepte, però, no constitueix una gran novetat: l'art. 229 RNot. 1917 ja imposava l'obligatorietat de [l]a *presentación y reseña de la cédula personal de los requirentes ú otorgantes*. Es va reiterar en els art. 231,I RNot. 1921 i 163,I RNot. 1935.

(658) La funció d'aquesta ordre ministerial, segons el seu Preàmbul és «*la modificación del formato y de los datos a consignar en el nuevo documento nacional de identidad, haciéndolo más fiable, seguro y manejable, para lo cual se estima conveniente cambiar su diseño y suprimir del mismo la impresión dactilar, que únicamente será recogida en el documento-base, por necesidades de identificación civil*».

los datos personales que en él se consignen». S'ha rebaixat l'edat a partir de la qual es té obligació d'obtenir el DNI: 14 anys (art. 12,I). L'equivalent a l'art. 4,I g) del Decret 357/62, de 22 de febrer, es troba en l'art. 16,I j)⁶⁵⁹.

És evident la discordància entre la Llei del Notariat i la regulació del DNI: "l'únic i exclusiu justificant complet de la identificació de la persona" continua éssent pel notari un mitjà supletori d'identificació, amb el mateix rang que els altres mitjans supletoris.

L'art. 23 LNot no es troba derogat, perquè les normes que han regulat i regulen el DNI són d'inferior jerarquia normativa. Nogensmenys, hi tenen incidència no exclusivament documental: si qui compareix davant del fedatari (en el nostre cas, el testador) no li "exhibeix" el DNI, ja sigui perquè no en té (art. 16,III) o perquè no el porta (art. 16,IV D 196/76), el fedatari ha de negar-se a autoritzar el document, llevat que per l'"urgència i la transcendència de l'acte, postposar-lo pugués originar un perjudici greu"^{660,661}.

En tots els documents que autoritzi el notari haurà de constar el número del DNI en el document⁶⁶²: l'art. 16,I pr. D. 196/76 incideix en l'art. 156,5.º RNot, atès que

(659) Es canvia l'ordre de l'encapçalament de l'epígraf: de «*[p]ara comparecer, personalmente o por escrito, y para formular solicitudes*» a «*[e]n las solicitudes presentadas y en las comparencias formuladas personalmente o por escrito ante*». A més qualifica com «*públicas*» les «*Oficinas en general*».

(660) En aquests casos, està obligat a informar a la Dirección General de Seguridad, obligació que E. GIMENEZ-ARNAU, Derecho (N.509), qualifica com a «*enojosa responsabilidad*», tot i que dubta del seu compliment, com a conseqüència del conflicte entre la condició de funcionari del notari i el deure de secret professional envers el seu client (pàg. 429).

(661) El notari només ha de fer constar el Número d'Identificació Fiscal «en las escrituras o documentos donde consten los actos o contratos que tengan por objeto la constitución, adquisición, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles» (art. 6.º,3,I RD 338/1990, de 9 de març, *por el que se aprueba la composición y la forma de utilización del número de identificación fiscal*). L'omissió del NIF no afecta l'eficàcia del negoci (art. 6.º,3,II).

A la pràctica, la coincidència del NIF amb el número del DNI (art. 2.º,b) provocarà que a totes els documents autoritzats pel notari consti, encara que indirectament, el NIF.

(662) Segons Alfonso VENTOSO ESCRIBANO, La fe de conocimiento. Antecedentes y estado actual de la cuestión en el Derecho español, a: *RDN* núm. 96 (abr.-juny 1977), pàgs. 337-415], «*[e]sta normativa [D. 1976] tiene más carácter fiscal (...) que de derecho notarial*» (pàg. 391).

la "llei" (en sentit no formal) exigeix sempre la "indicació dels documents personals". Això no exclou que el notari identifiqui el testador per qualsevol altre mitjà, principal o supletori, encara que provocarà un més freqüent ús d'aquest mitjà d'identificació en detriment dels altres supletoris⁶⁶³.

L'art. 23,II c) LNot. exigeix que els documents d'identitat tinguin "retrat i signatura"⁶⁶⁴, hagin estat expedits per una "autoritat pública" amb la finalitat d'"identificar les persones". A més del DNI, només reuneix aquests requisits el passaport^{665,666}

Si el testador és estranger, la seva identificació es farà mitjançant «*pasaporte o título de viaje en vigor o de otro documento que acredite su identidad y que se considere válido para tal fin, en virtud de los Convenios Internacionales en los que España sea parte*» (art. 12,1 LO 7/1985, d'1 de juliol, *Derechos y libertades de los extranjeros en España*. Si es tracta d'un apàtrida, mitjançant el "document identificatiu" proporcionat pel *Ministerio del Interior* (art. 22,1 LO 7/1985)⁶⁶⁷

(663) En aquest sentit, J.J. RIVAS MARTINEZ, *El testamento* (N.314), pàg. 30.

(664) Art. 187,II RNot

(665) L'art. 10,1 final LO 1/1992 estableix que el passaport o document que el substitueixi «*tendrá, por si solo, suficiente valor para la acreditación de la identidad de las personas*». Aquest article completa la normativa actual sobre passaports, que regulava exclusivament la seva expedició (RD 1064/1988, de 16 de setembre de 1988 [BOE 227/1988, de 21 de setembre], que va derogar el D 3129/77, de 23 de setembre de 1977 [BOE 295/1977, de 10 de desembre], modificat pel RD 126/85, de 23 de gener de 1985 [BOE 32/1985, de 6 de febrer]). A les disposicions anteriors a aquestes, a més de regular-se l'expedició del passaport, també es feia referència a la seva funció, de mitjà d'identificació del seu titular: «*acreditar la personalidad*» (art. 1.º D 3276/71, de 23 de desembre de 1971 [BOE 14/1972, de 17 de gener; art. 2.º D 20-VI-1958 [BOE 167/1958, de 14 de juliol]); l'art. 26,II del D 4-X-1935 (M.º Gobernación) (Gaceta 6-X-1935) es referia al «*pasaporte ordinario español*» (art. 26,I) com «*documento de identidad*».

(666) L'art. 190,II RNot dóna "preferència" a los carnets y demás documentos de identidad que estén expedidos por el Estado. D'aquesta preferència es podria deduir l'admissibilitat d'altres documents. Recordi's que aquest article concorda amb la redacció originària de l'art. 23 LNot (vegeu nota 53). *Ad exemplum*, J.J. RIVAS MARTINEZ, *El testamento* (N.314), pàg. 32, no admet el permís de conduir perquè no ofereix prou garanties al notari: el sistema de fixació de la fotografia no té prou garanties, que la signatura del titular no s'estampa davant de l'autoritat que expedeix el permís i que no té la funció estricta d'identificar les persones.

(667) Disposar de «*la documentación que acredite su identidad*» és una obligació dels

B.3.- La confrontació de signatures

Convé no confondre el document públic amb què es confronta la signatura del testador amb els documents que subsidiàriament, i abans de l'entrada en vigor del CS, podia aportar el testador per a la seva identificació⁶⁶⁸. Aquests documents s'havien de "reseñar" en el testament-document, juntament amb les "señas personales" del testador (art. 686,I CC).

La confrontació de la signatura del testador amb la d'un document públic en el qual consti la fe de coneixement del testador és un veritable mitjà d'identificació amb què el notari dóna fe (art. 23,I pr. LNot.) de la identitat del testador. En canvi, els documents a què fa referència l'art. 686,I CC no acrediten la identitat del testador (art. 686), per la qual cosa la doctrina en deriva que no serveixen per a una "autèntica identificació"⁶⁶⁹.

La doctrina notarial entén que la «fe de coneixement» del document la signatura del qual es confronta ha d'ésser-ho en sentit estricte, perquè es considera que el coneixement per mitjans supletoris no pot fonamentar un mitjà també supletori⁶⁷⁰.

estrangers, segons l'art. 11 LO 1/1992.

(668) Aquesta advertència es fa com a conseqüència de la següent afirmació per T.F. TORRES GARCIA, Arts. 676-693 CC (N.579), pàgs. 1729-1730: «I. Fuentes. El precepto comentado coincide con el art. 23 c) i d) LN y arts. 156.5, 163, 187 y 190 RN; art. 685 CC y art. 106 Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña. M.º Int. Orden 12 julio 1990». L'ús del verb «coincidir» no és afortunat. Tampoc són exactament unes concordances. Potser hauria de dir «relacionar con». En qualsevol cas, la remissió a la legislació notarial en l'art. 106 CS no dóna entrada en el dret català a un mitjà d'identificació subsidiari equivalent al previst en l'art. 686 CC.

El comentari de l'art. 686 CC és idèntic a la primera (Madrid 1991) i a la segona edició (Madrid 1993) del *Comentario*, perquè la Llei 30/1991, de 12 de desembre, no va modificar la seva redacció, tot i que ha alterat l'abast dels «documentos», atès que els documents a què fa referència l'art. 23 II c) LNot. han estat elevats per l'art. 685,I CC a la categoria de mitjans d'identificació supletoris. Sobre la transcendència de la reforma de l'art. 685 CC en el significat de l'art. 686 CC, vegeu M. ALBALADEJO GARCIA, Algunos extremos de la regulación de los testamentos modificados por la reciente ley de 20 de diciembre de 1991, a: AC 1992-2, pàgs. 347-360, pàgs. 348-350.

(669) J. RUIZ-RICO RICO-MORON, Arts. 684-685 CC (N.609), pàg. 1035.

(670) A. VENTOSO ESCRIBANO, La fe de conocimiento (N.662), pàg. 393. En el mateix sentit s'havia manifestat P. AVILA ALVAREZ, Posibles reformas (N.630), «por distintas razones, que no es del caso exponer» (pàg. 26).

S'entén que aquest document ha de formar part del protocol de la Notaria, sense que sigui indispensable que l'hagi autoritzat el mateix notari. Aquest requisit, que es podria deduir del caràcter "indubitat" de la signatura, s'extreu de l'exposició de motius de la Llei 18-XII-1946⁶⁷¹, que va establir la redacció vigent de l'art. 23 LNot. Això fa que el rector no pugui emprar aquest mitjà d'identificació supletori.

Els esmentats requisits provoquen que, a la pràctica, els notaris recorrin molt escadusserament a aquest mitjà d'identificació⁶⁷². En exigir-se que el notari faci constar el número de DNI en tots els documents que autoritzi, el recurs a aquest mitjà d'identificació quedarà relegat als supòsits en què el testador no tingui o no pugui presentar el DNI i no pugui presentar al notari testimonis de coneixement⁶⁷³.

1.2.2.2.- El judici de capacitat

Els majors de 14 anys amb capacitat natural en el moment de l'atorgament tenen capacitat plena⁶⁷⁴ per a testar (art. 104 CS). Per capacitat natural s'ha d'entendre l'aptitud per a governar-se un mateix (art. 200 CC)⁶⁷⁵.

La presumpció de capacitat del testador no sembla que vagi adreçada al notari, qui "ha d'apreciar"⁶⁷⁶ "la capacitat legal" del testador (art. 106 CS) en el moment de

(671) A. VENTOSO ESCRIBANO, La fe de conocimiento (N.662), pàgs. 393-394.

(672) Segons J.J. RIVAS MARTINEZ, El testamento (N.314), «*lo que ha hecho la Ley de 20 de diciembre de 1991 es incorporar al C. civil lo dispuesto en el art. 23 de la Ley del Notariado y párrafo 1.º del art. 187 [RNot]*» (pàg. 30). Es una incorporació parcial, perquè l'epígraf d) de l'art. 23,II LNot. no és previst en l'art. 685 CC. En qualsevol cas, pot ésser un indicati del poc ús que es faci actualment d'aquest mitjà supletori d'identificació. Així ho havia manifestat anteriorment A. VENTOSO ESCRIBANO, La fe de conocimiento (N.662), pàg. 392.

(673) En el cas que el testador no porti el DNI, les "circumstàncies d'urgència i transcendència" exoneren de la "exhibició" del document, però caldrà «*en todo caso, ser reseñado el número del documento nacional de identidad del titular en la instancia o escrito que origine el acto, una vez comprobada la identidad del compareciente*» (art. 16,IV fin. D. 196/76). Tal com es veurà, l'art. 163,I RNot. autoritza a prescindir de la indicació dels document d'identitat en els testaments, circumstància que s'haurà de subsanar en el termini màxim de vuit dies (art. 163,II RNot.)

(674) M.ªC. GETE-ALONSO, La nueva normativa (N.282), pàgs. 54, 187.

(675) En aquest sentit, L. PUIG FERRIOL a: Instituciones II (N.22), pàg. 118.

(676) H. GARCIA GARCIA, Introducción (N.651), pàgs. 274-275, assenyala que: «*[I]a Instrucción para la redacción de instrumentos sujetos a registro [1874] ... exige*

l'atorgament.

En relació amb el testador amb veïnatge civil català⁶⁷⁷, el notari ha de comprovar una dada objectiva⁶⁷⁸, l'edat d'aquell, i apreciar-ne una de subjectiva: la capacitat natural. Si el resultat és afirmatiu, expressarà en el document-testament el seu judici sobre la capacitat del testador, en cas contrari, es negarà a autoritzar el testament⁶⁷⁹.

El fedatari forma el seu judici sobre la capacitat del testador a partir de la conversació amb el testador⁶⁸⁰.

La doctrina notarial ha criticat l'exigència de dació de fe d'una circumstància

que en los instrumentos que hubiesen de tener acceso al Registro de la Propiedad [el notari] afirmase que, a su juicio, tenían aquéllos la capacidad legal necesaria para el acto que iban a realizar [art. 6], consecuencia de lo cual, la jurisprudencia entendió como defecto que impedía la inscripción el no expresarse así. De la Instrucción pasó el precepto a los distintos Reglamentos [per primera vegada, en el RNot. 7-XI-1921 (art. 242), que va derogar la Instrucción; arts. 156,8.º; 167 RNot. 8-VIII-1935], y lo que en un principio fue necesario solamente para las escrituras que hubieran de ser inscritas en el Registro de la Propiedad, se hizo extensivo a todas» (pàg. 275).

La Instrucción de 12-VI-1861 (a la que es remetia l'art. 86 RNot. 30-XII-1862) ja establí que «los Escribanos harán constar en toda escritura la capacidad legal de los otorgantes para celebrar el acto o contrato á que se refieran, espresando las circunstancias que según los casos, determinan dicha capacidad». La manera habitual de fer-ho, però, no era l'apreciació pel notari sinó la declaració dels atorgants, pràctica que va interrompre la Instrucción de 1874 (art. 6 final: «no bastando que este [el notari] la consigne en el instrumento, apoyándose en el solo dicho de los otorgantes»). És il·lustrativa del canvi l'advertència final de EZEQUIEL ZARZOSO Y VENTURA, [Teoría y práctica de la redacción de instrumentos públicos conforme al programa del segundo año de la carrera del notariado. Valencia, 1874]: «...deben suprimirse en las comparecencias citadas en la página las palabras "asegurando hallarse en el pleno goce de los derechos civiles" sustituyéndolas por las de "y hallándose en aptitud legal para otorgar esta escritura"» (pàg. 650)

(677) La testamentifacció ve determinada per la seva llei personal (art. 9,1 CC). Per al testador estranger, si el notari la desconeix, l'art. 168,4.ª RNot. preveu que «se acreditará por certificación del Cónsul general o, en su defecto, del representante diplomático de su país en España. Cuando se den los supuestos del número 8 del artículo 10 del Código civil la capacidad del extranjero se calificará por el Notario con arreglo a la legislación española».

(678) M.A. VICENTE MARTINEZ, Comentarios Ley 30/1991 (N.314), Comentarios a la Ley 30/1991 de 20 de diciembre, de modificación del Código civil en materia de testamentos, a: *Revista Jurídica de Castilla La Mancha* núm. 15 (agost 1992), pàgs. 59-99, pàg. 61.

(679) H. GARCIA GARCIA, Introducción (N.651), pàg. 276.

(680) X. ROCA FERRER, Arts 101-124 CS (N.29), pàg. 428.

per a l'apreciació de la qual es requereixen coneixements mèdics dels quals el notari no disposa⁶⁸¹. Tanmateix, l'art. 157,8.ª RNot. exigeix que el notari es pronuncii personalment sobre la capacitat del testador.

El judici del fedatari sobre la capacitat del testador és imprescindible (art. 106 CS en relació amb els arts. 156,8.º; 167 RNot.). Addicionalment, l'art. 116 CS exigeix que dos facultatius dictaminin afirmativament sobre la capacitat del testador en el moment de l'atorgament, quan aquest tingui habitualment disminuïda la seva capacitat natural per qualsevol causa.

El judici notarial de capacitat, que ja tenia entre els tribunals d'instància⁶⁸² la consideració de pressumpció «*iuris tantum*» de capacitat. Per això s'admet prova en contrari⁶⁸³, sempre i quan sigui «*muy cumplidas y convincentes*» (STS 10-IV-1944 [RJA 533] CDO 1.º), «*evidente*» (STS 12-V-1962 [RJA 2245] CDO 1.º), «*cumplida,*

(681) F.M.ª FALGUERA, Código civil español. Sus extralimitaciones e ingerencias en la legislación del notariado, a: LN XXXI núm. 1603 (1888, 24.12), pàgs. 12641-12643 va criticar que l'art. 695 exigís que el notari hagués de donar fe de la capacitat del testador, quan l'art. 6 de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro només exigia la constància de la capacitat dels atorgants a judici del notari sense que calgués la dació de fe. La fórmula habitualment emprada era «*apareciendo tener la capacidad legal necesaria para este acto o contrato*». Poc després, la REDACCIÓ de LN [Sense títol a: LN XXXII núm. 1624 (1889, 20.5), pàg. 12816] afirmaria que no calia donar fe de la capacitat del testador en els testaments atorgats a Catalunya: «*Entendemos que no; porque en Cataluña tenemos la Constitución de Maximiliano, según la cual [el notari] no puede dar fe de la capacidad legal, puesto que dicha Constitución no le permite dar fe sino de lo que ve y oye al otorgar el instrumento y hay causas de incapacidad legal que en aquel acto no puede verlas ni oirlas, y como Maximiliano, aunque Emperador de Alemania, expidió esta Constitución con el carácter y título de Emperador de los romanos, se ha considerado siempre esta Constitución como formando parte del Derecho romano, que en Cataluña, siendo supletorio del catalán según nuestras Constituciones, ha de ser preferente al Código civil, siguiendo lo prescrito en el art. 12 de este último*»

(682) Es tracta d'una qüestió de fet, per la qual cosa el Tribunal Suprem (en l'actualitat, el TSJC) no pot pronunciar-se sobre la capacitat o incapacitat del testador declarada pels tribunals inferiors (arts. 1692, 1707 LEC). Sobre aquesta qüestió, vegeu el FD 3.º STSJC 21-VI-1990.

(683) La STSJC 7/1990, de 21 de juny, reitera la jurisprudència del TS per la que «*la aseveración notarial respecto a la capacidad del otorgante, dada la seriedad y el prestigio de la institución notarial, adquiere una especial relevancia de certidumbre y constituye una enérgica presunción iuris tantum de aptitud sólo destruible por una evidente prueba en contrario*» (FD IV-5). El TSJC cita les STS 7-X-1982 (RJA 5545, CDO 2.º) i 10-IV-1987 (RJA 2549 FD 3.ºd). També STS 26-IX-1988 (RJA 6860) FD 6.º Posteriorment, la STS 13-X-1990 (RJA 7863) FD 3.º.

convincente e inequívoca» (STS 21-IV-1965 [RJA 2282] CDO 3.º), *fehaciente*» (STS 7-IV-1965 [RJA 3743] CDO 2.º), *«clara, concluyente y terminante»* (STS 30-IX-1966 [RJA 5095], CDO 2.º), *«evidente y completa»* (STS 10-IV-1987 [RJA 2549] FD 3.º), *«que no deberá dejar margen racional de duda»* (STS 7-X-1982 [RJA 5545] CDO 2.º), requisits que indiquen que la prova no acostuma a prosperar^{684,685}.

La dinàmica de l'art. 116

Els metges han d'ésser "acceptats pel notari" o pel rector, la qual cosa indica que els designarà el testador⁶⁸⁶.

L'art. 665 der. CC al·ludia a "facultatius". Aquesta expressió es manté en l'art. 116 CS⁶⁸⁷, tot i que el desenvolupament de la psiquiatria al llarg d'aquest segle hauria permès especificar l'especialitat del metge. De la conservació terminològica s'ha de deduir que s'ha evitat d'excloure a cap metge per raó de l'especialitat⁶⁸⁸. Tanmateix,

(684) Davant la presumpció de capacitat derivada del judici notarial, en el plet resolt per la STS 22-VI-1992 (RJA 5460) es va considerar "convincent", "evident i completa prova en contrari" la malaltia patida pel testador (la de Czeutfeldt-Jakob, degenerada en encefalitis espongiforme) atès que *«las características de su incubación y desarrollo posterior, de acuerdo con los criterios científicos, establecen la certeza de la incapacidad que se acogió por la certeza recurrida»*.

(685) Josep LLOBET I AGUADO, Comentario a la Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de junio de 1990 (Sentencia núm. 7), a: La Llei 1991-1, pàgs. 205-210, constata (i critica) el "rigor" del TS en aquesta qüestió, que provoca que habitualment es "manifesti" en favor de la validesa del testament, *«pese a la existencia de dudas razonables sobre la falta de capacidad del testador»* (pàg. 206). El rigor s'evidencia a les STS 18-XII-1958 (RJA 4200); STS 7-II-1967 (RJA 550), que resolen plets en què es qüestionava la capacitat del testador que havia atorgat un testament en perill de mort, exclusivament davant testimonis (art. 700 CC). Les innecessàries al·lusions a la manca de presumpció de capacitat derivada del judici notarial en els respectius CDO 9.º i 3.º evidencien que els fets provats no haurien estat suficients per declarar la incapacitat del testador si el testament atorgat hagués estat notarial.

Aquest "rigor" ha estat qualificat com excessiu, àdhuc entre la doctrina notarial, ex. M. CAMARA ALVAREZ, Compendio (N.642), pàg. 67, i ha portat a que J.M. ALFONSO, Apreciación (N.287), pàg. 650, formulés una tercera categoria de presumpcions, entre les *iuris tantum* i les *iuris et de iure*: *«la presunción de sanidad mental del otorgante de un testamento abierto podría conceptuarse de iuris tantum reforzada»*.

(686) Anteriorment, qui els designava era el notari (art. 665 CC).

(687) També es conserva en la redacció actual de l'art. 665 CC (L 30/1991, de 20 de desembre).

(688) Per a l'art. 665 der. CC, J.M. ALFONSO, Apreciación (N.287), pàg. 645,

sempre que no plantegés inconvenients, el notari o el rector haurien d'acceptar preferentment metges especialistes. És a dir, el fedatari hauria de refusar els metges designats pel testador sense formació en Psiquiatria, quan la presència d'especialistes no plantegi massa dificultats^{689,690}.

De l'art. 116 es dedueix que l'examen mèdic i el dictamen han d'ésser anteriors a l'atorgament del testament⁶⁹¹. El requisit de la unitat d'acte (art. 105) no imposa que l'avaluació de la capacitat del testador sigui immediatament anterior a l'atorgament, perquè allò que forma part de la unitat d'acte és la certificació de la lucidesa i la capacitat del testador. Tanmateix, el dictamen haurà de tenir suficient actualitat, segons el criteri del fedatari. Altrament, aquest podria reclamar la realització d'un nou examen.

Hom pot plantejar-se l'admisibilitat d'un reconeixement conjunt del testador per part dels metges, del qual es derivés un únic dictamen. "Dictamen" apareix en singular, per la qual cosa la literalitat de l'article no s'oposa al dictamen conjunt.

Es poden produir discrepàncies entre l'apreciació del fedatari i la dels metges. Si el dictamen mèdic és negatiu i el testador es troba incapacitat, el fedatari no pot autoritzar el testament, perquè hi mancaria una solemnitat. Si els metges consideren que el testador té capacitat per a testar, però el fedatari no ho aprecia així, aquest s'ha de negar a autoritzar el testament, perquè el dictamen dels facultatius no l'eximeix d'"apreciar" la capacitat (art. 106)⁶⁹².

justificava l'expressió "facultatius" en el poc desenvolupament de la psiquiatria a finals del s./XIX i per evitar posar un obstacle encobert a la testamentificació.

(689) Per a l'art. 665 der. CC, P. BERTRAN DE HEREDIA DE ONIS, *Incapacidad* (N.285), pàg. 253; J.M. ALFONSO, *Apreciación* (N.287), pàg. 645.

(690) L'art. 147,I imposa als facultatius la "prohibició de succeir" (art. 126,II) en l'herència del causant (de manera indirecta, mitjançant prohibició adreçada al testador), sens perjudici de l'establert per l'art. 128,III. Una altra raó que podria portar al notari a refusar un metge és que el testador el volgués afavorir amb alguna atribució per causa de mort.

(691) Per a l'art. 665 der. CC, J.M. ALFONSO, *Apreciación* (N.287), pàg. 644, considerava que el lliurament de l'escrit amb el dictamen podia ésser posterior a l'atorgament del testament

(692) Segons la RDGRN 7-I-1992, «[e]l juicio de capacidad es un presupuesto necesario de toda escritura pública (cfr. el artículo 167 del Reglamento Notarial) que expresa la consideración del notario de que concurre en el otorgante, al tiempo del otorgamiento, la suficiente capacidad» (FD 2.1).

En el mateix sentit, X. ROCA FERRER, Arts 101-124 CS (N.29), pàg. 457 i,

Hom pot considerar que en el supòsit de l'art. 116 CS concòrren "circumstàncies especials" que fan necessària la presència de testimonis quan el fedatari és notari (art. 107,I). La qüestió no es planteja en el testament que autoritzi el rector, perquè en ells la presència de dos testimonis és sempre indispensables (art. 117 final). Atès que l'art. 108,III prohibeix que els facultatius incorrin en cap de les causes que impedeixen ésser testimoni (art. 108,II), els mateixos metges poden actuar com a testimonis.

1.2.2.3.- L'estructura del document-testament.

En tots els antics formularis catalans es proposa la mateixa estructura per als testaments, distribuïda en sis parts o capítols: proemi o introducció, ordenació de llegats, institució d'hereu, substitucions, disposicions declaratives i clàusula final o codicil.lar. D'aquestes sis, només tres es consideraven necessàries: el proemi, perquè identificava el testador; la institució d'hereu, *caput et fundamentum totium testamenti*, i la clàusula final o codicil.lar, la qual més que necessària era convenient per evitar la ineficàcia del testament⁶⁹³.

per al Codi civil, Fr. LLEDÓ YAGÜE, Derecho (N.607), pàg. 349.

Contràriament, L. PUIG FERRIOL a: Institucions II (N.22), pàg. 120, considera que «el notari haurà d'autoritzar la disposició testamentària fent constar en la mateixa la discrepància, la qual cosa abocarà segurament a una controvèrsia judicial després de la mort del testador», criteri que també defensa per a l'art. 665 CC (Artículos 662 a 666 CC N.190, pàg. 1675).

(693) P.J. PERERA ET BLASCO, Compendium theoricæ (N.139), pàgs. 189-199: «Testamentum habet sex capitula, ex quibus tria sunt necessaria, scilicet proemium, hæredis institutio, et clausula finalis, seu codicillaris, et reliqua tria sunt voluntaria, nempe legata, substitutiones et providentiæ... In serie testamenti sequitur hoc ordo. 1.- Ponitur proemium... 2.- Apponuntur legata, ... 3.- Ponitur hæreditas institutio... 4.- Continuantur substitutiones... 5.- Ponitur providentiæ... 6.- Ponitur clausula finalis...»; És el mateix que V. GIBERT, Teórica (N.91), pàgs. 215-216; [P. PAGES,] Artis notariæ (N.139) pàgs. 176-177; J. NEGRE Y CASES, Apuntes (N.93), pàg. 120. Segueixen la mateixa estructura les fórmules de testament nuncupatiu de J. MORELLO, Colección (N.97), II pàg. 298-304; P.N. VIVES Y CEBRIA, Traducción (N.93), I pàg. 293-298 [pàgs. 627-632]; P. CARDELLACH Y BUSQUETS, Jurisprudencia (N.95), pàgs. 763-765; F.M. FALGUERA, Formulario 1862 (N.97), pàgs. 269-278; F.M. FALGUERA, Formulario 1888 (N.97), 388-399. Compari's amb ROLANDINUS, Summa artis (N.95), pàg. 504: «*Et dico quod [testamentum] ad plus potest habere sex capitula. Quorum primum est proemii. Secundum legatorum. Tertium institutionis hæredis. Quartum substitutionis. Quintum providentiæ. Sextum et ultimum clausulæ finalis. Et intelligas quod testamentum potest habere sex capitula: non autem dico debet: nam tria sunt necessaria et tria sunt voluntaria. Tria sunt necessaria, scilicet capitulum proemii, capitulum institutionis, et capitulum clausulæ finalis. Tria*

Atès que la legislació civil vigent no fixa l'estructura del document-testament, el fedatari seguirà en aquest punt la legislació notarial (art. 146,II RNot.), adaptant-la al negoci específic: la compareixença, l'exposició, la part dispositiva («estipulación») i l'autorització. La part dispositiva constitueix l'anomenada per la doctrina notarial clàssica «*substantia negotii*», mentre que el contingut de la compareixença i de l'autorització constituïrien les «*publicationes*»⁶⁹⁴, el que el CS anomena «*solemnitats externes*» (art. 122,III), «*formalitats*» (art. 125,I), «*forma*» (art. 125,II), «*condicions*» (art. 125,IV).

A.- La compareixença

Segons l'art. 156 RNot., a la compareixença hi figurarà el lloc de l'atorgament (§.1), la data completa (dia, mes i any), amb expressió de l'hora (§.2), les dades personals del Notari autoritzant (§.3) i les del testador (§.4), la indicació -si el notari ho creu necessari- dels documents personals del testador (§.5), la fe de la identificació del testador i el mitjà emprat (§.7), el judici de capacitat (§.8) i la qualificació del negoci com a testament (§.9). La doctrina les ha sistematitzat en tres grups: circumstàncies referents a l'instrument (lloc i data), al notari que autortiza, i al subjecte que compareix, el testador⁶⁹⁵.

La qualificació del negoci no s'inclou en cap dels esmentats grups. La raó són dues pràctiques notariales: uns situen la qualificació tot seguit del judici de capacitat; d'altres a l'encapçalament del negoci, per a simplificar la consulta del protocol⁶⁹⁶.

sunt voluntaria, scilicet capitulum legatorum, capitulum substitutionis, et capitulum providentiarum. Et hoc secundum literam nostram quæ loquitur tam de iure quam de usitata consuetudine.»

(694) Sobre aquesta distinció, vegeu H. GARCÍA GARCÍA, *Introducción a la técnica* N.171, pàgs. 264-272.

(695) H. GARCÍA GARCÍA, *Distribución de las escrituras*, a: RNot 2 núm. 4 (abril-juny 1954), pàgs. 171-224, pàg. 175. En el mateix sentit, E. Giménez Arnau, *Derecho notarial* N.292, pàg. 519.

En canvi, J. E. GOMÁ SALCEDO, *Derecho Notarial. Contestaciones al cuestionario sobre la materia establecido para el segundo ejercicio de las oposiciones al título de Notario*, Ed. Dykinson, Madrid, 1992, engloba la primera part de la compareixença, que comprèn les circumstàncies referents al document i al notari que autoritza, dins de «*[m]enciones preliminares a la comparecencia*». Es prefereix seguir la sistemàtica del RNot.

(696) P. AVILA NAVARRO, *Formularios* (N.203) I, pàgs. 11-12: «*Es muy frecuente*