

# Reflexiones acerca del testamento ológrafo otorgado por un español en Francia

POR

**AURELIA ALVAREZ RODRIGUEZ**

*(Separata publicada en la «Revista General de Derecho» núm. 522)*

VALENCIA, MARZO 1988

## Reflexiones acerca del testamento ológrafo otorgado por un español en Francia

(Comentario a la sentencia de la Audiencia Territorial de Palma  
de Mallorca de 21 de mayo de 1985) (1)

POR

AURELIA ALVAREZ RODRIGUEZ

Universidad de León

SUMARIO: I. *Planteamiento general del supuesto de hecho.*—II. *Determinación de la ley aplicable a la validez del testamento ológrafo:* A) Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias. B) Ley aplicable a la capacidad para testar de forma ológrafa: *lex personae*. C) Ley aplicable al contenido: *Lex causae*.—III. *Determinación de la ley aplicable a la protocolización del testamento.*—IV. *Eficacia en España del testamento otorgado y protocolizado en el extranjero: aplicación del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, relativo a la supresión de la exigencia de legalización de los actos públicos extranjeros.*—V. *Consideraciones finales.*

### I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL SUPUESTO DE HECHO

1. Ante una demanda en la que se solicitaba la apertura de la sucesión *ab intestato* de un español fallecido en Mallorca, el juez declara válido un testamento ológrafo otorgado y protocolizado en Francia de conformidad con la legislación francesa. En consecuencia, se reconoce la institución de heredero

---

(1) El ponente, don Francisco Muñoz, sienta: «CONSIDERANDO: Que la sentencia que, rechazando la demanda y estimando la reconvencción, declara auténtico y eficaz en Derecho el testamento ológrafo otorgado por don Bernardo el 16 de septiembre de 1972 en la ciudad de Moulins (Francia) y válida y eficaz, en consecuencia, la institución de herederos que dispone a favor de los demandados, es apelada por la actora, quien, en otro caso, resultaría llamada por vía de sucesión *ab intestato* a la herencia abierta por la muerte del testador, acaecida en Soller (Mallorca), el 13 de septiembre de 1981, con base en los motivos siguientes: 1.º Porque la regla *locus regit actum* no es aplicable —en su interesado entender— a los testamentos otorgados por españoles en país extranjero, sino que lo es, exclusivamente, y en todos sus aspectos, el Derecho interno español, como ley personal del causante, por lo que —siguen—, aunque aquel testamento haya sido protocolizado con arreglo a la ley francesa, carece de validez ante el hecho de no haberlo sido en España por el procedimiento establecido en los artículos 689 a 693 del Código Civil, además de

ros contenida en el mismo y se rechaza la reclamación de la actora. Esta, que, en ausencia de testamento o declarado nulo el testamento, resultaría llamada a suceder al causante por vía intestada o legítima, apela la sentencia de ins-

---

que tampoco ha sido incorporado al pleito el documento original, sino sólo copia fotostática del mismo autorizada por el notario de aquella nacionalidad que lo custodia; y 2.º Porque la prueba practicada en autos no demuestra la autenticidad inequívoca de dicho testamento, que ella tacha de falso.

Que el rechazo del descrito primer argumento impugnativo se impone, dado que: a) Trata de problemas no suscitados ni discutidos en ninguno de los cuatro escritos fundamentales de la fase expositiva del juicio, demanda, contestación, réplica y dúplica, en que debe quedar definitivamente fijado el objeto del proceso (artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sino que por vez primera fueron traídos a debate en periodo de conclusiones, por lo que merece el tratamiento de repulsa que corresponde, en aras de salvaguardar los principios de preclusión procesal y de defensa e igualdad entre los contendientes, a las cuestiones nuevas (sentencias del Tribunal Supremo, entre otras muchas, de 15 de junio y 7 y 22 de diciembre de 1982; 10 de enero de 1983; 1 de marzo, 10 de octubre y 17 de diciembre de 1984, etc; y b) Es radicalmente erróneo, pues la posibilidad de testar en país extranjero con sujeción a las formas y ritos determinados por la *lex loci* responde a una tradición que, arrancando de la Edad Media, recogida en la Novísima Recopilación y en la redacción primitiva del artículo 11 de nuestro Código Civil y de continuo admitida por las doctrinas jurisprudencial y científica, se encuentra hoy consagrada y pervive en los artículos 11, apartado 1.º, párrafo 1.º, conforme al texto introducido por la Ley 3/1973, de 17 de marzo, y Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, y 732 de dicho cuerpo legal, ya que es claro que, al disponer el primero de ellos que "las formas y solemnidades de... los testamentos... se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley del disponente o la común de los otorgantes", y el segundo, que "los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen" (párrafo 1.º), y que "podrán, asimismo, hacer testamento ológrafo, con arreglo al artículo 688, aun en los países cuyas leyes no admiten dicho testamento" (párrafo 3.º), en absoluto desecha el legislador el reseñado principio de *locus regit actum*, sino que, todo lo contrario, concede al testador, con el propósito de favorecer en lo posible la testamentificación activa y asegurar la eficacia jurídica de la declaración de su última voluntad, la facultad de elegir entre la forma local y la que la ley personal determine, sin perjuicio de que sea ésta, en todo caso, la reguladora de la capacidad para testar y del contenido de las disposiciones testamentarias (artículo 9.º, apartados 1 y 8); el simple hecho de que el artículo 688 no imponga entre los requisitos que forzosamente debe reunir el testamento ológrafo, la mención del lugar en que se redacte, no suministra base para sostener, como intenta la recurrente, que el Código Civil excluye la forma olográfica del ámbito de aplicación de la repetida regla, pues, de haberse querido así, no cabe duda de que, de manera explícita, se habría dicho, y, además, tampoco se comprende qué fundamento o motivo podría abonar tal excepción y trato desfavorable frente a las restantes formas de testar; de donde se concluye que, habiéndose protocolizado en Francia y elevado, por ende, a la categoría de escritura pública, de conformidad a las exigencias del Código Civil galo (artículo 1.007 -folio 146-), según es circunstancia no controvertida, el testamento ológrafo otorgado en el país vecino por don Bernardo, dicho negocio jurídico unilateral es plenamente apto en Derecho español sin necesidad de otros requisitos para ordenar la sucesión *mortis causa* del difunto, y válida, pues, la institución de heredero que contiene; y c) No permite nuestro ordenamiento jurídico que el original de los documentos que han pasado a formar parte del protocolo notarial sea desgajado del mismo para su extracción del archivo, a no ser que aparezcan índices o méritos bastantes para considerarlo cuerpo de un delito (artículo 32 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862), ni tampoco la recurrente ha alegado, tan siquiera, y menos aún acreditado por cualquiera de los medios de prueba que admite la ley española (artículo 12, número 6.º, del Código Civil), que en el Derecho francés está prevista aquella posibilidad, que el nuestro, en cambio, niega, de suerte que las copias del testamento y acta subsiguiente autorizadas por el notario y que llevan la apostilla

tancia, argumentando incorrectamente que el testamento carece de validez, y, además, que se debía haber aportado al pleito el documento original. La nulidad del testamento se solicitaba sobre dos bases muy poco sólidas: de un lado, la demandante consideraba que el testamento ológrafo debería haberse otorgado teniendo en cuenta las formalidades del Código Civil español relativas a dicho testamento como ley personal del causante. Por tanto, no podría estimarse válido el testamento realizado fuera de España por un español al amparo de la *lex loci*. De otro lado, se alegó también que el testamento ológrafo debería haberse protocolizado teniendo en cuenta el procedimiento establecido en los artículos 689 a 693 de nuestro Código Civil.

Estas alegaciones han servido para que la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca se pronuncie acertadamente sobre varias cuestiones del tráfico jurídico externo: en primer término, el fallo aborda la validez del testamento; se examinan, por ello, en este comentario la diversidad de leyes a las que quedan sometidas las disposiciones contenidas en el testamento ológrafo realizado por un español fuera de España. En concreto, se alude extensamente a la ley que determina su validez formal y, muy sucintamente, a la ley que determina la capacidad para testar, así como a la que regula el contenido del testamento. En segundo término se analiza la protocolización de dicho testamento

---

prevenida en la Convención de La Haya de 5 de octubre de 1961 a fines de acreditar la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento ha actuado y, en su caso, la identidad del sellado o timbre de que esté revestido el documento público [entre los que se encuentran los documentos notariales —apartado c) del artículo 1.º—], que deba ser presentado en territorio de otro Estado contratante (artículo 3.º del Convenio), como las obtenidas a través de la comisión rogatoria cumplimentada por el Tribunal de Grande Instancia de Moulins (folios 126 a 136), constituyen prueba bastante de la realidad de dichos actos y de su contenido, a tenor de lo que disponen los artículos 596, número 1, y 600 de la Ley de Enjuiciamiento, y 1.216 a 1.218 del Código Civil en relación al artículo 221 del Reglamento Notarial, para el que se consideran escrituras públicas, además de la escritura matriz, las copias de esta misma expedidas con las formalidades de Derecho.

Que idéntico destino desestimatorio corresponde seguir al segundo y último motivo de discrepancia que la apelante expone, puesto que, al atacar el dictamen pericial, obrante a los folios 139 y 140, emitido por tres peritos calígrafos con título de profesores de E. G. B., cuyo resultado es netamente adverso para sus pretensiones, por las causas de presunta ineptitud de las fotocopias para constituir objeto de la prueba, de insuficiencia de firmas y escritura indubitada atribuible a don Bernardo y de, en fin, falta de cualificación profesional en los peritos, razona en flagrante contradicción con sus propios actos, pues fue ella misma la que propuso la práctica de la pericial en esas condiciones y con tales instrumentos (folio 125); a ello cabe añadir que el testamento fue entregado al notario por el propio causante en vida, abierto y no sellado, como se hace constar en el acta de protocolización (folios 65 y 67), lo que constituye un poderoso indicio en favor de su autenticidad, de una parte, y, de otra, que las dudas que pudieran subsistir todavía acerca de si fue obra autógrafa del testador o no, han de resolverse en el sentido de tener que soportar la actora las consecuencias de la falta de prueba inequívoca de la falsedad, en aplicación del principio enunciado en el artículo 1.214 del Código Civil, puesto que es ella quien tal extremo alega; por todo lo cual procede la desestimación del recurso que contra la sentencia de primera instancia interpone la demandante» (*R. J. C. Jurisprudencia*, 1985, págs. 951-953; *REVISTA GENERAL DE DERECHO*, 1986, pág. 353. Anotado por M.ª D. MORIENTES RODRÍGUEZ: *R. E. D. I.*, vol. XXXIX, 1987).

en Francia con arreglo a la legislación de ese país. Por último, se hace referencia a la eficacia extraterritorial del testamento protocolizado por autoridad notarial francesa, examinando los requisitos exigidos para poder aportarlo al pleito seguido en España; particularmente se estudia la exención de legalización prevista en el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961.

## II. DETERMINACION DE LA LEY APLICABLE A LA VALIDEZ DEL TESTAMENTO OLOGRAFO

### A) Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias

2. Uno de los puntos más relevantes de la sentencia anotada es el exhaustivo examen de la ley que determina la validez formal del testamento ológrafo otorgado por un español fuera de España. Esta forma testamentaria debe ser considerada como especial, pues, aunque el testamento realizado ológrafamente tiene un carácter común, sin embargo, al otorgarse en el extranjero adquiere un tratamiento especializado en nuestro ordenamiento. De aquí que la verificación de la validez de dicho testamento no pueda realizarse únicamente a la luz del artículo 11 del Código Civil, debiendo recurrir a la reglas establecidas en los párrafos 1.º y 3.º del artículo 732 del mismo cuerpo legal.

El fallo comentado se caracteriza por la correcta utilización de este último precepto en relación al párrafo 1.º del artículo 11 del Código Civil para declarar válido un testamento ológrafo otorgado por un español de conformidad con la legislación francesa. La actora, como hemos señalado, mantenía que los requisitos formales de dicho testamento debían quedar sometidos a las disposiciones previstas por la ley personal del causante. Por tanto, la apelante señalaba aplicable la ley española, rechazando el eventual recurso a la *lex locus regit actum*. Sin embargo, la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca consideró, muy acertadamente, la aplicación de esta última ley, afirmando que someter la validez formal del testamento a la *lex personae* «es radicalmente erróneo, pues la posibilidad de testar en país extranjero con sujeción a las formas y ritos determinados por la *lex loci* responde a una tradición que, arrancando de la Edad Media, recogida en la Novísima Recopilación y en la redacción primitiva del artículo 11 de nuestro Código Civil y de continuo admitida por las doctrinas jurisprudencial y científica, se encuentra hoy consagrada y pervive en los artículos 11, apartado 1.º, párrafo 1.º, conforme al texto introducido por la Ley 3/1973, de 17 de marzo, y Decreto 1.836/1974, de

31 de mayo, y 732 de dicho cuerpo legal». Esta afirmación podría conducirnos a un examen de la introducción de la regla *lex locus regit actum* y el carácter de la misma en las disposiciones testamentarias (2). No obstante, parece conveniente resaltar únicamente que «la regla *locus* en sus orígenes estatutarios se establece en función de los testamentos (*sic*), entendiéndose imperativa respecto a éstos» (3). Este principio se tuvo en cuenta en algunas sentencias del Tribunal Supremo anteriores al Código Civil (4), y, por supuesto, se recoge expresamente tanto en la redacción originaria del párrafo 1.º del artículo 11 del Código Civil, así como en el mismo precepto en la redacción dada por el Decreto 1.836/1974 (5).

---

(2) Vid. F. BOULANGER: *Etude comparative du Droit international privé des successions en France et en Allemagne*, L. G. D. J., París, 1964, pág. 100; J. C. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE: «Comentario al artículo 732 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. IX-2, Edersa, Madrid, 1983, págs. 299-302.

(3) Cf. E. PÉREZ VERA: «Comentario al artículo 11 del Código Civil», *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1977, págs. 571. Vid. J. DE YANGUAS MESSIA: «La regla *locus regit actum*», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XV, 1967, págs. 483-489. Se ha señalado que el adagio jurídico *locus regit actum* fue traído al campo del Derecho internacional privado por los postfosadores italianos del siglo XIII, quienes pretendieron, mediante su aplicación, solucionar todos los problemas originados por los testamentos otorgados en el extranjero (cf. G. E. PARRA ARANGUREN: *Die Regel «Locus regit actum» und die Formen der Testamente* [«La regla *Locus regit actum* y la forma de los testamentos»], Imprenta Holzinger, Múnich, 1955, págs. 188-189).

(4) En este sentido, la aplicación se mantiene claramente en la *sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 6 de noviembre de 1867* al señalar que «...con simple domicilio en Ginebra, otorgó válidamente su testamento en cuanto a las formalidades extrínsecas (*sic*) arreglándose al estatuto formal, o, lo que es lo mismo, a las solemnidades exigidas en el país donde testó» (*R. G. L. J.*, «*Jurispr. Civ.*», t. 16, 1867, pág. 340; J. PUENTE EGIDO: *Derecho internacional privado español: doctrina legal del Tribunal Supremo*, Eunibar, Barcelona, 1981, págs. 1.000-1.002). Asimismo, la *sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1886*, al mantener que «...su testamento es válido, por cuanto a su otorgamiento concurriendo quedando con ello observados los requisitos previstos por las leyes franceses» (*R. G. L. J.*, «*Jurispr.*», t. 59, 1886, pág. 959; J. PUENTE EGIDO: op. cit., págs. 805-807). Sin embargo, la *sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 6 de junio de 1873* consideró el testamento ológrafo otorgado por un francés en nuestro territorio como una cuestión incluida en el estatuto personal rechazando la aplicación de la *lex loci celebrationis* (*R. G. L. J.*, «*Jurispr. Civil*», t. 28, 1873, pág. 149; J. PUENTE EGIDO: op. cit., páginas 801-802).

(5) Los antecedentes inmediatos de la regla *locus* en el Derecho sucesorio español se encuentran en los proyectos de 1836, 1851 y 1888. Los intentos realizados con anterioridad a 1851 (cf. J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE: «La sucesión en el Derecho civil internacional español», *Leciones de Derecho civil internacional español*, dirigidas por M. AGUILAR NAVARRO, 2.ª ed., Secc. Publ. Univ. Complutense, Madrid, 1983, pág. 297); sin embargo, el artículo 585 de este último proyecto, así como el artículo 731 del proyecto de 1882, se deben considerar como los auténticos antecedentes (cf. F. GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. II, Madrid, 1852 (reproducción facsímil, Editorial Base, Barcelona, 1973, págs. 39-40; M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS: «El Anteproyecto de Código Civil español», *Centenario de la Ley del Notariado*, vol. I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1965, pág. 223).

3. Una vez que se ha confirmado la regla *locus* en nuestro ordenamiento, tanto en el artículo 11-1.º (6) como en el artículo 732-1.º del Código Civil, debemos hacer alguna precisión en torno a las soluciones previstas en estos preceptos. El primer artículo constituye la norma general sobre la forma de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos en el ordenamiento español, y el segundo, en cambio, tiene un carácter de normativa especial (7). En la redacción original del Código Civil las reglas contenidas en ambas disposiciones no planteaban dificultades (8); sin embargo, desde la reforma del título preliminar la situación ha cambiado. Cabe retener que pueden surgir problemas de interpretación entre lo dispuesto en la norma general y el tenor literal del artículo 732, por no utilizarse criterios idénticos en uno y otro precepto (9). En el caso concreto que comentamos se afirma que «el legislador (*sic*) concede al testador, con el propósito de favorecer en lo posible la testamentación activa, y asegurar la eficacia jurídica de la declaración de su última voluntad, la facultad de elegir entre la forma local y la que la ley personal determine». Por tanto, se concede cierta preferencia a la solución prevista en el artículo 732 del Código Civil. La eventual aplicabilidad del apartado 1.º del artículo 11-1.º se tuvo en consideración, pero tan asépticamente que no fue objeto de un examen minucioso por parte del juzgador.

La primera conexión prevista en los dos preceptos mencionados es, evidentemente, la misma: el lugar de otorgamiento del testamento. Por ello, no podemos afirmar, atendiendo a este punto de contacto, la preferencia del artículo 732-1.º del Código Civil en caso de que la disposición testamentaria adopte la forma ológrafa; sin embargo, en la sentencia se hace una especial referencia al hecho de que la validez del testamento podría asegurarse atendiendo tanto a las formalidades extrínsecas previstas por la ley local como por las previstas por la ley personal. De aquí, y por no hacer en ningún momento mención a la posibilidad de que el testamento fuera válido siempre se hubiesen respetado las solemnidades exigidas por la ley aplicable al contenido o, en caso de que las disposiciones testamentarias afectasen a bienes in-

---

(6) En la materia sucesoria esta norma ha sido utilizada por nuestro Tribunal Supremo en numerosas ocasiones (cf. J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE: «Comentario...», loc. cit., n. 2, páginas 305-306).

(7) Cf. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y A. ORTIZ ALCE: «Comentario al art. 11 del Código Civil», *ibíd.*, t. I, Edersa, Jaén, 1978, pág. 388.

(8) Lógicamente, en el ámbito del testamento ológrafo otorgado en el extranjero prevalecía el artículo 732 del Código Civil sobre lo dispuesto en el apartado 1.º del artículo 11, tanto por ser la norma especialmente establecida para este supuesto como por ser una norma que admitía una mayor flexibilidad a la hora de examinar la validez de las formalidades extrínsecas de una disposición testamentaria realizada por un español fuera del territorio patrio.

(9) Cf. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y A. ORTIZ ARCE: «Comentario al art. 11 del Código Civil», loc. cit., n. 7, pág. 389.

muebles, por la ley del lugar donde éstos radiquen, se puede deducir una clara prevalencia de la norma especial contenida en el artículo 732 del Código Civil.

4. En la mayoría de los supuestos, si descartamos la eventual aplicación de la *lex rei sitae*, las conexiones previstas en la norma general no discreparán de las establecidas en la norma especial. Una vez examinada la identidad de la regla *locus*, únicamente resta averiguar si la ley aplicable al contenido del testamento y la ley personal del testador coinciden con la solución recogida en el párrafo 3.º del artículo 732 del Código Civil. En principio, parece que existe una total identidad en la respuesta propuesta por ambas normas. Puesto que es evidente que si un español otorga testamento ológrafo respetando las formalidades impuestas por nuestra legislación está, en realidad, usando su ley personal, y, por supuesto, si fallece siendo español, la ley nacional del causante, en definitiva, es la ley que rige el contenido del testamento. Esta identificación, sin embargo, en algunas ocasiones no se producirá. Excepcionalmente, siempre que se produzca un cambio de nacionalidad en el *lapsus* de tiempo existente entre el momento del otorgamiento del testamento y el momento del fallecimiento del testador puede que el testamento ológrafo de un español sea válido según su ley personal anterior y sea nulo según la ley española, por no cumplir los requisitos previstos en el artículo 688 del Código Civil.

El caso concreto que estamos examinando, por coincidir ley personal del otorgante con la ley reguladora del contenido del testamento y por desconocer la eventual existencia de bienes inmuebles sitios fuera del territorio español, aunque fundamentalmente porque se declaró válido el testamento de conformidad con la ley del lugar de otorgamiento, no se ha indagado sobre qué ocurriría en el supuesto de que el testamento ológrafo no cumpliera las solemnidades previstas en ninguna de las leyes a las que nos remite el artículo 732 del Código Civil, ¿sería posible la utilización de las otras conexiones previstas en el párrafo 1.º del artículo 11? La respuesta debe ser positiva, aunque los argumentos que avalan esta propuesta se reducen a uno: el *favor testamenti*. De todas formas, hay que tener en cuenta que éste es uno de los pilares de base del Derecho sucesorio, puesto que se puede afirmar que el respeto, en la medida de lo posible, de la voluntad del causante se ha erigido en principio universal del Derecho de sucesiones. Y, desde luego, el *favor testamenti* no debe ser víctima de reglas de conflicto demasiado rígidas en materia de forma (10). En el ámbito del Derecho español esta finalidad se cumple mejor con las posibilidades ofrecidas por las conexiones previstas en el artículo

---

(10) Vid. A. E. VON OVERBECK: «Diverses aspects de l'unification de Droit international privé, spécialement en matière de successions», *R. des C.*, 1961-III, t. 104, pág. 600.



11-1.º del Código Civil (11). Sin embargo, esta respuesta, evidentemente, no es totalmente satisfactoria, pues ¿qué misión cumple el artículo 732-3.º de nuestro Código Civil? ¿Por qué motivo el legislador español introdujo este precepto? En principio, es indudable que se pretendía favorecer la validez del testamento ológrafo otorgado por españoles en el extranjero, en el supuesto de que se redactase en un país en el que no se permitiera este tipo de disposición testamentaria (12), ya que el texto originario del artículo 11-1.º sólo preveía la validez de los testamentos que cumplían los requisitos formales impuestos por la legislación del lugar de su otorgamiento. De lo que deducimos que nuestro legislador deseaba dotar de una tutela específica a los testamentos realizados de forma ológrafa. Por ello, cabría reseñar que la finalidad de este precepto se cumple hoy, probablemente, mejor con la norma general sobre la ley aplicable a la forma y solemnidades que deben revestir los actos, negocios jurídicos y los testamentos establecidos en el párrafo 1.º del artículo 11.1 del Código Civil, en la que se procuró introducir una fórmula tendente a favorecer la validez formal de los testamentos sin especificar las diferentes modalidades.

5. El Derecho internacional convencional mantiene el criterio del *favor testamentii* en el Convenio de La Haya sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias de 5 de octubre de 1961 (13).

---

(11) El problema de la ordenación jerárquica o alternativa de las conexiones ha sido ampliamente abordada por la doctrina española (Vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y A. ORTIZ ARCE: «Comentario...», loc. cit., n. 7, págs. 400-402 y 412; E. PÉREZ VERA: «Comentario...», loc. cit., n. 3, pág. 573; M.ª L. ALONSO HORCADA: «La forma de los actos jurídicos», en la obra de M. AGUILAR NAVARRO *Lecciones de Derecho civil internacional español*, 2.ª ed., Serv. Publ. Univ. Complutense, Madrid, 1983, pág. 347; J. M.ª ESPINAR VICENTE: «El artículo 11 del Código Civil español. Una posible lectura», *A. E. S. J.*, vol. X-XI, 1981-82, págs. 426-431).

(12) Tradicionalmente se mencionan a título de ejemplo tanto el artículo 992 del Código Civil holandés como el artículo 1961 del Código Civil portugués. Ambos preceptos recogen nítidamente la prohibición del testamento ológrafo (vid. T. BALLARINO: *Forma degli atti e diritto internazionale privato*, Cedam, Padua, 1970, págs. 197 y 400; A. E. VON OVERBECK: loc. cit., n. 10, pág. 599; id.: *L'Unification des règles de conflits de lois en matière de forme de testaments*, Editions Universitaires, Friburgo, 1961, págs. 115-116). La interpretación que ha tenido el artículo 992 del Código Civil holandés ante las jurisdicciones extranjeras ha sido objeto de abundantes comentarios (ibid., págs. 116-119; P. VLAS: «Wederon: het Haagse Testamentsvormenverdrag en art. 992 BW», *Veekbled voor Privatrecht, Notariat en Registratie*, 113, 1982, págs. 170-171; P. GOTHOT: «L'article 992 du Code Civil néerlandais et le problème de la forme des testaments en droit international privé belge», *Hommegé a León Graulich des anciens élèves*, Faculté de Droit de Liège, 1957, págs. 669-681; E. VAN DIEVOET: «Le testament olographe fait en Belgique par un ressortissant neerlandais et la pratique notariale», *Revue Pratique du Notariat Belge*, vol. 82, 1956, págs. 6-9).

(13) Texto completo del convenio y bibliografía en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y J. C. FERNÁNDEZ ROZAS: *Derecho internacional privado. Materiales de prácticas*, Tecnos, Madrid, 1983, páginas 514-515. Los principios consagrados en dicho tratado pueden alterar algunas de las características del sistema sucesorio español, por lo que es ilustrativo la ausencia de propuestas para la ratificación del mismo. Y mucho más llamativo en un momento en el que España acaba de obligarse por varios de los convenios elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya: Instrumen-

Este tratado pretende favorecer la validez formal de los testamentos, y para ello establece en el artículo 1 una pluralidad de conexiones con carácter alternativo que determinan la eventual ley aplicable respecto a las formalidades extrínsecas de las disposiciones testamentarias que se transforman en internacionales después de su otorgamiento (14). Las diferentes leyes internas a través de las cuales se determina la validez formal del testamento son mucho más amplias en este tratado que en el artículo 11-1.º del Código Civil. No obstante, a pesar de que este último precepto se aproxime más al texto convencional que los párrafos 1.º y 3.º del artículo 732, nos parece aventurado considerar que éstos hayan dejado de tener virtualidad; quizá el primer apartado debería haberse modificado una vez que se produjo la reforma del título preliminar aprobada por el Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, puesto que de otra forma carece de sentido. Se debe señalar, a este respecto, que el apartado 1.º del artículo 11, en su redacción originaria, al igual que el 732.1, preveía la aplicación de la regla *locus* para determinar la validez formal de los testamentos otorgados por españoles. Por tanto, existía una total identidad en las soluciones: la prevista en la norma especialmente destinada a los españoles y la norma de conflicto.

Tras la reforma del título preliminar las divergencias pueden surgir en algunas disposiciones testamentarias otorgadas por españoles en el extranjero. Generalmente, se producirán en algunos de los tipos de testamentos no mencionados en los artículos 732-736 del Código Civil. Así, a modo de ejemplo, se puede afirmar rotundamente que no habrá ningún problema en el ámbito de los testamentos ológrafos, puesto que el artículo 732-3.º apunta la posibilidad de otorgar dicha clase de testamento atendiendo a los requisitos previstos por las leyes españolas. Si estamos en el caso de un español, supuesto de hecho de la norma, que otorga testamento fuera de España, podrá utilizar, bien la ley del país en el que se está redactando o bien someterse a los requisitos previstos en los artículos 688 del Código Civil español. Si examinamos las posibilidades que nos permite la norma de conflicto que regula la validez for-

---

to de ratificación del Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 (*B. O. E.* de 20 de agosto de 1987); Instrumento de ratificación del Convenio referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973 (*B. O. E.* de 12 de agosto de 1987); Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, hecho en La Haya el 15 de noviembre de 1965 (*B. O. E.* de 25 de agosto de 1987), e Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970 (*B. O. E.* de 25 de agosto de 1987).

(14) Vid. A. L. DROZ: «Liberalités, testaments, donations et trusts», *Juris Classeur de Droit international*, vol. VII, fasc. 557-B, págs. 9-12; A. E. VON OVERBECK: «Diverses aspects...», loc. cit., n. 10, págs. 593-606.

mal de los actos, negocios jurídicos y disposiciones testamentarias podemos observar que existe una total coincidencia, pues la ley personal del otorgante y la que regula el contenido del testamento es la ley española, porque el causante, necesariamente, tendría que tener la nacionalidad española para poder aplicarle el precepto del que hemos partido. No obstante, en los casos en los que el causante sea español no originario cabe que su ley personal o la ley que rija el contenido del testamento no sea la española. Piénsese en un francés que otorga testamento ológrafo en los Países Bajos atendiendo a la legislación francesa, posteriormente adquiere la nacionalidad española y fallece en nuestro territorio. Declarados competentes nuestros tribunales (15), parece que la validez formal de este testamento únicamente se debería determinar atendiendo a la norma especialmente destinada a los españoles; sin embargo, la aplicación de la ley del lugar del otorgamiento o la ley española podría acarrear la nulidad formal de ese testamento ológrafo, mientras que si tenemos en cuenta la ley personal del testador en el momento de su redacción o la ley que rige el contenido del mismo, su validez formal sería incuestionable.

Desde luego, las mayores discrepancias se hallan en el ámbito de las demás disposiciones testamentarias, puesto que en principio los españoles están obligados a respetar las solemnidades previstas por la legislación del país en que se otorguen. Las formalidades previstas por su ley personal serán consideradas en el caso de que se teste ológrafamente, e imperativamente serán de aplicación para impedir la realización o validez de un testamento mancomunado. Estas son dos de las excepciones de la regla *locus* en materia testamentaria para los españoles que estipulen testamento fuera de España. De aquí que nos surjan algunas dudas en torno a la eventual validez formal de aquellas disposiciones hechas por españoles atendiendo a su ley personal fuera de los casos ya mencionados. Si fueran nulas de conformidad con la ley del lugar de otorgamiento, ¿podrían ser consideradas válidas?. Evidentemente, el párrafo 1.º del artículo 732 nos llevaría a concluir su nulidad, mientras que el artículo 11-1.º del Código Civil nos permitiría, por el contrario, afirmar su validez.

Dejando a un lado la eventual prioridad jerárquica de las normas materiales autolimitadas, hay que concluir que la única manera de respetar la volun-

---

(15) El artículo 22-3.º, *in fine*, de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que en defecto de los criterios precedentes... (*sic*) en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido el último domicilio en España y o posea bienes inmuebles en España». Esta última precisión se debe poner en relación con el párrafo 1.º del mismo precepto, que declara competentes a los juzgados y tribunales españoles con carácter exclusivo en materia de derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en España. El carácter exclusivo del *forum rei sitae* en el ámbito del Derecho sucesorio ha servido para rechazar el reconocimiento de una sentencia dictada por el Tribunal de la Gran Instancia de Burdeos en el *auto del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 28 de enero de 1986 (Bol. Inf. Minist. Just., núms. 1.428-1.430, 1986, págs. 1.636-1.638)*.

tad de los causantes españoles es declarar la aplicabilidad del párrafo 1.º del artículo 11 del Código Civil. Sin embargo, la inclusión en este precepto de la conexión *lex rei sitae* choca con los principios de unidad y universalidad que rigen en el Derecho sucesorio español. El rechazo de la misma nos ha llevado a descartar su aplicabilidad. La superación de las dificultades que podía plantear se ha intentado en el anteproyecto de reforma de determinados artículos del Código Civil elaborado en el seno de la Sección 1.ª de la Comisión General de Codificación mediante la introducción de dos normas diferentes: una para determinar la ley aplicable a la regularidad formal de los actos y negocios jurídicos en general y otra para determinar la validez de las disposiciones testamentarias (16).

La sentencia anotada, como señalábamos anteriormente, no tuvo en cuenta las conexiones previstas en el artículo 11-1.º del Código Civil; no obstante, alude a las dos que coinciden con las recogidas en los párrafos 1.º y 3.º del artículo 732 del Código Civil. Y, por ello, se permite la elección entre la *lex locus* y la *lex personae* al considerar que «el simple hecho de que el artículo 688 no imponga entre los requisitos que forzosamente debe reunir el testamento ológrafo la mención del lugar en que se redacte, no suministra base para sostener, como intenta la recurrente, que el Código Civil excluye la forma ológrafa del ámbito de la repetida regla (regla *locus regit actum*). Así, pues, el español puede hacer testamento válidamente fuera de España en forma ológrafa, bien con arreglo al artículo 688 del Código Civil o bien con arreglo a las disposiciones establecidas en el ordenamiento del país en que lo otorgue. Pero la posibilidad de testar olográficamente de conformidad con la ley española no impide en ningún caso la eventual utilización de la forma ológrafa prevista en la legislación extranjera (17).

6. Los requisitos que debe reunir el testamento ológrafo, en el supuesto comentado, para que no se pueda declarar nulo por defectos formales en la fase del otorgamiento, por tanto, pueden venir impuestos tanto por la legislación francesa como por la española. A pesar de la inclinación clara del juzgador de comprobar la validez de las formalidades extrínsecas de esta disposición testamentaria a la luz del Derecho extranjero y los demás aspectos, capacidad y contenido deben someterse a las exigencias impuestas por la legislación española.

La validez formal de este testamento está claro que se puede verificar tan-

---

(16) En este sentido, el artículo 11.2 del Código Civil, del anteproyecto mencionado, dispone que «para la validez de los testamentos bastan las formas exigidas bien por la ley del país en que se otorguen, bien por la que sea ley personal o ley de la residencia habitual del disponente al tiempo del fallecimiento o al tiempo del otorgamiento del acto (*Bol. Inf. Minist. Just.*, número 1.405, 1985, págs. 81-83).

(17) Cf. J. A. ORTIZ DE LA TORRE: «Comentario...», loc. cit., n. 2, pág. 332.

to desde la perspectiva de la ley personal como desde la perspectiva de la ley del lugar de otorgamiento; pero en la sentencia existe una inclinación nítida por esta última. A mayor abundamiento, es correcta la preferencia dada a la regla *locus regit actum* establecida en el artículo 732-1.º del Código Civil, puesto que sólo prima la ley personal en nuestro sistema para los españoles en los supuestos regulados en los artículos 732-3.º y 733 del Código Civil (18). Estas dos excepciones de aplicabilidad de la ley local nos permiten señalar que no serán válidos los testamentos mancomunados otorgados por españoles con arreglo a las formalidades de la legislación del lugar de otorgamiento. En la última disposición mencionada se excluye la *lex locus* y se aplica la ley personal del testador español porque nuestro ordenamiento prohíbe este tipo de testamento en el Derecho civil común. No obstante, debe matizarse esta postura señalando que si los españoles quedan sometidos a las normas contenidas en las compilaciones forales que lo permiten, dicho testamento no podrá considerarse nulo (19). Tampoco podrán rechazarse los testamentos mancomunados otorgados por españoles con vecindad civil común cuando las disposiciones tengan por objeto la transmisión de una explotación agraria siempre que los testadores puedan considerarse dentro del ámbito personal de aplicación de la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la explotación agraria y de los agricultores jóvenes (20). Por otro lado, también cede la aplicación de la ley local en el supuesto de los testamentos ológrafos otorgados por españoles en países en donde se prohíbe este tipo de disposición testamentaria (21). Generalmente, la doctrina, al referirse a estas excepciones de la *lex locus*, tiene muy en cuenta que nos encontramos en el ámbito de la capacidad de los otorgantes. Por tanto, nos hallamos ante el problema que suscita la relatividad de la distinción entre fondo y forma y los conflictos de calificaciones (22).

En la sentencia reseñada podría influir decisivamente la última excepción apuntada, y se debería considerar válido el testamento otorgado por el causante de forma ológrafa en Francia si cumple todos los requisitos exigidos por el artículo 688 del Código Civil, puesto que el artículo 732-3.º de este cuerpo legal faculta al español a otorgar este tipo de testamento reuniendo las exigencias previstas por nuestra legislación, aunque se teste en el extranjero. Por

---

(18) Cf. A. L. CALVO CARAVACA: «La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español», REVISTA GENERAL DE DERECHO, 1986, pág. 3.113.

(19) *Ibid.*, pág. 3.114.

(20) *Boletín Oficial del Estado* del 11 de enero 1982. Vid. J. A. ORTIZ DE LA TORRE: «La sucesión...», loc. cit., n. 5, pág. 309.

(21) *Vid., infra*, n. 12.

(22) Cf. A. BORRÁS RODRÍGUEZ: «Los testamentos especiales y los extranjeros», *La reforma de la Compilació. El sistema successorí*, Materials III Jornades de Dret Català a Tossa, Gráficas Signo, Esplugues de Llobregat, 1985, pág. 114.

ello, la validez de las formalidades extrínsecas se podrían observar tanto teniendo presente que se han cumplido todas las exigencias impuestas en el artículo 688 del Código Civil como teniendo en cuenta que las previstas en el artículo 970 del Código Civil galo. No obstante, se debe resaltar que en el fallo, después de poner de relieve la eventual aplicación de la *lex locus regit actum*, no menciona para nada los requisitos establecidos en la legislación francesa antes de la apertura del testamento ológrafo. El artículo 970 del Código Civil francés dispone que: «Le testament olographe ne sera point valable s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur» (23). Será necesario que esté escrito todo él, así como firmado por el testador, y, por supuesto, deberá constar la fecha del otorgamiento (24).

Del tenor literal de ese precepto se desprende que en el Derecho francés se establecen los mismos requisitos que en nuestro sistema jurídico; pero en ninguna de las disposiciones referidas se prevé la exigencia de la mención del lugar donde se ha redactado el testamento, y tampoco se señala si debe ser escrito en la lengua oficial del lugar en el que se otorga. Aunque en la sentencia objeto de este comentario no se apunta en ningún momento la lengua en la que está redactado, si éste se hubiese escrito en idioma diferente al español, no podría ser declarado nulo por esta razón, puesto que en nuestro país se han considerado válidos testamentos ológrafos otorgados por españoles en inglés, portugués e italiano (25).

---

(23) Vid. T. F. TORRES GARCÍA: *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977, páginas 131-133; G. MARTY y P. RAYNAUD: *Droit Civil. Les successions et les libéralités*, Sirey, París, 1983, págs. 420-425; H., L. y J. MAZEAUD: *Leçons de Droit Civil*, 4.ª ed., Editions Monchrestien, París, 1982, págs. 283-292; CH. SOUCHON y M. KLEIN: «Successions, libéralités. Droit international privé», *Juris Classeur. Droit Comparé*, vol. I, France, fasc. III, núms. 196-198.

(24) La *sent. Cour de Cassation (Civ. 1.ª) de 23 de octubre de 1984*, en relación al requisito de la dactilografía o necesidad de que el testamento ológrafo debe ser escrito entero de la mano del testador, declaró nulo un testamento ológrafo realizado con máquina de escribir (*Recueil Dalloz Sirey*, de Doctrine, Jurisprudence et de Législation, Année 1985, pág. 118). Por otro lado, la *sent. Cour de Cassation (Civ. 1.ª) de 18 décembre 1984* alude a la firma del testamento, abordando la invalidez de la misma si ésta es anterior al texto del testamento (*ibid.*, págs. 306-307; anotado por D. MARTIN). Finalmente, sobre la fecha del testamento ológrafo cabe destacar que la *Cour de Cassation* ha mostrado un prudente liberalismo a la hora de interpretar el artículo 970 del Código Civil francés (cf. J. PATARIN: «Successions et Libéralités», *Rev. Tr. Dr. Civ.*, 1985, pág. 200). En este sentido, la *sent. Cour de Cassation (Civ. 1.ª) de 14 mars 1984*, después de señalar que la enunciación de la fecha es una condición esencial para la validez del testamento ológrafo, mantiene que, en defecto de tal enunciación, la prueba de la fecha debe resultar de elementos intrínsecos del acto y los jueces sólo pueden recurrir a elementos extrínsecos en el caso de que éstos encuentren su principio y su raíz en los elementos intrínsecos que vienen a corroborarlos (*ibid.*, página 201; vid. G. VERMELLE: «Crónica de Derecho privado francés (año 1985)», *A. D. C.*, 1986, págs. 1.189-1.190).

(25) Vid. *resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de noviembre de 1916, 30 de marzo de 1931 y 11 de mayo de 1932, respectivamente*. Cf. T. F. TORRES GARCÍA: op. cit., n. 23, pág. 268, nota 84; J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE: «Comentario...», loc. cit., n. 2, págs. 317-318.

**B) Ley aplicable a la capacidad para testar de forma ológrafa: *lex personae***

7. La referencia al requisito del año, mes y día toma especial interés con respecto a la acreditación de la capacidad para testar. En el fallo se señala muy sucintamente que la ley personal es «la reguladora de la capacidad para testar». Para averiguar si el causante tenía la edad mínima exigida por su ley personal habrá que tener en cuenta el ordenamiento español. La capacidad o incapacidad del testador se debe observar teniendo en cuenta el momento del otorgamiento (26). En el ámbito del testamento ológrafo el artículo 688-1.º del Código Civil dispone que el testador debe ser mayor de edad en ese momento. Por tanto, si el causante había cumplido los veintiún años el día en que realizó el testamento no podría declararse nulo por falta de capacidad. Para algunos autores sería suficiente con que en esa fecha estuviera emancipado (27).

**C) Ley aplicable al contenido: *lex causae***

8. El contenido del testamento, asimismo, debe examinarse atendiendo a la legislación española, como ley nacional del causante en el momento del fallecimiento en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.8 del Código Civil (28). La ley española va a regular, por tanto, el orden de suceder, la cuantía de los derechos sucesorios, así como la validez intrínseca de las disposiciones contenidas en el testamento ológrafo. Se podría, en todo caso, declarar nulo este testamento en caso de que no se hubiesen respetado las eventuales legítimas, reservas o sustituciones previstas en nuestro ordenamiento. En realidad parece que debe atenderse al Derecho civil común, puesto que, aunque el causante falleció en Palma de Mallorca, no se menciona que gozase de una vecindad

---

(26) Cf. M. DE ANGULO RODRÍGUEZ: «Comentario al art. 9-8.º del C. c.», *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1977, págs. 486; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO: «Comentario al art. 9.8 del C. c.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. I, Edersa, Jaén, 1978, pág. 192; E. PÉREZ VERA: *Derecho internacional privado. Parte especial*, Tecnos, Madrid, 1980, pág. 253.

(27) Cf. T. F. TORRES GARCÍA: op. cit., n. 23, págs. 195 y 203.

(28) En algunas ocasiones los juzgados y tribunales españoles han utilizado la norma de conflicto que regula la ley aplicable a las sucesiones para declararse incompetentes. En este sentido, la doctrina española ha criticado duramente la involucración del plano conflictual con el meramente jurisdiccional que se produjo en la *sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 22 de febrero de 1960 (Rep. Jurispr., Aranzadi, 1960, núm. 2.774; cf. E. PECOURT GARCÍA: Derecho internacional privado español. Jurisprudencia sistematizada y comentada, vol I, Eunsa, Pamplona, 1976, pág. 41).*

civil que impusiera la sucesión de conformidad a los requisitos previstos en la legislación foral (29).

### III. DETERMINACION DE LA LEY APLICABLE A LA PROTOCOLIZACION DEL TESTAMENTO

9. Superados los obstáculos de la primera fase, el documento en el que se recogen las disposiciones testamentarias debe aún reunir otra serie de requisitos para tener plena eficacia. La fase de redacción es totalmente privada, pero después de la muerte del testador ese documento, testamento ológrafo, debe convertirse en documento público. En el Derecho español el testamento ológrafo debe ser adverado y protocolizado para que sea perfecto. Del tenor literal de los artículos 689-693 parece que el juez competente para su adveración y protocolización es el del último domicilio del testador o el del lugar en que hubiese fallecido a elección de quien se vea obligado a presentarlo. Y el notario idóneo para la protocolización se determina por la competencia derivada del juez que ordena la protocolización. En concreto, en virtud de estas disposiciones es posible que puedan ser competentes autoridades extranjeras. Sin embargo, ello no impedirá la eficacia del mismo en nuestro territorio, puesto que no existe ningún obstáculo a la posible extraterritorial del testamento ológrafo otorgado fuera de España y elevado a documento público en el extranjero (30).

Si la adveración y la protocolización se realiza ante autoridades extranjeras, la totalidad del procedimiento debe ser examinada a la luz del ordenamiento estatal al que pertenezcan. En el caso que estamos comentando esta fase debe ser analizada teniendo en cuenta la legislación francesa. En este sentido, el segundo considerando de la sentencia se inclina muy acertadamente por esta postura al afirmar que «habiéndose protocolizado en Francia y elevado a escritura pública de conformidad con las exigencias del Código Civil galo (artículo 1007), según es circunstancia no controvertida, el testamento ológrafo (*sic*) es plenamente apto en el Derecho español». El precepto mencionado dispone que el testamento ológrafo deberá *avant d'être mis à exécution, déposé entre les mains d'un notaire*. El notario que reciba en depósito un testamento ológrafo, según el ordenamiento francés, lo abrirá,

---

(29) Cf. A. L. CALVO CARAVACA: «La sucesión...», loc. cit., n. 18, pág. 3.118.

(30) Cf. R. BLANQUER UBEROS: «Excepciones a la regla *locus regit actum* en materia de disposiciones *mortis causa*. Sucesiones y transmisión de bienes inmuebles», *R. D. N.*, núm. 88, 1975, pág. 205.



redactará un informe, y en el plazo de un mes mandará al secretario del tribunal de instancia que corresponda una copia del informe y del testamento, debiendo ser conservadas ambas en el archivo correspondiente (31).

Las precisiones realizadas acerca de los requisitos exigidos en el país vecino sobre la conversión en escritura pública del documento privado, testamento ológrafo, no han sido abordadas en el fallo, pues éste únicamente se refiere a que ambas partes han admitido que la protocolización se ha realizado en Francia de conformidad a la legislación de ese país, concluyendo que el testamento no necesita «de otros requisitos para ordenar la sucesión *mortis causa* del difunto». La exigüidad del texto de la sentencia nos permite solamente hacer una matización crítica respecto a la aplicación del Derecho extranjero. La decisión deducimos que las partes en litigio estaban de acuerdo que era aplicable el artículo 1.007 del Código Civil francés. Sin embargo, el juez no señala si el contenido de este precepto, así como su interpretación, ha sido acreditada suficientemente en autos. Puede estimarse, por tanto, que si el Derecho extranjero se ha considerado como un hecho no controvertido nos encontramos en presencia de la criticada doctrina de los hechos admitidos sentada por la jurisprudencia de los tribunales españoles, según la cual se llega «a la conclusión de que, aceptado por la contraparte el derecho alegado, no es necesario la prueba del mismo» (32).

10. Además de este dato criticable, la sentencia que ahora comentamos introduce un elemento mucho más regresivo en cuanto al tratamiento del Derecho extranjero. A la hora de abordar la segunda cuestión alegada por la actora, la no aportación al pleito de los originales se afirma en el último considerando: «c) que no permite nuestro ordenamiento jurídico que el original de los documentos que han pasado a formar parte del protocolo notarial, sea desgajado, del mismo para su extracción del archivo (*sic*) ni tampoco la recurrente ha alegado, ni tan siquiera, y menos aún ha acreditado por cualquiera de los medios de prueba que admite la ley española (artículo 12, número 6, del Código Civil), que en el Derecho francés está prevista aquella posibilidad, que el nuestro, en cambio, niega, de suerte que las copias del testamento y el acta subsiguiente autorizadas por el notario (*sic*) constituyen prueba bastante de la realidad de los hechos y de su contenido». Del tenor transcrito observamos con nitidez la plenitud del Derecho español, aunque se insiste en la exis-

---

(31) Cf. T. F. TORRES GARCÍA: op. cit., n. 23, pág. 382. Vid. G. MARTIN y P. RAYNAUD: op. cit., n. 23, pág. 425; H., L. y J. MAZEAUD: op. cit., n. 23, págs. 291-292; CH. SOUCHON y M. KLEIN: loc. cit., n. 23, pág. 23, núm. 198.

(32) Cf. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS: *Tráfico jurídico externo y sistema de Derecho internacional privado*, 2.ª ed. revisada, Gráficas Apel, Oviedo, 1985, pág. 267. Vid. J. GARDE CASTILLO: «Los problemas del recurso de casación en el Derecho internacional privado», *R. E. D. I.*, vol. IV, 1951, págs. 876-877.

además, se han ignorado los medios previstos en nuestro ordenamiento para iniciar un mejor tratamiento de la ley extranjera, puesto que en el artículo 12-6.º del Código Civil «permite al juez su intervención activa en la información de la ley extranjera, bien en colaboración con las partes, bien mediante medidas para mejor proveer» (37). Se parte, de este modo, de la primacía de la ley española sin haber investigado el contenido del Derecho francés. En realidad, no está claro que se haya realizado ningún esfuerzo en el intento de conocer la ley extranjera aplicable. Es evidente que debemos criticar esta postura de plenitud de nuestro ordenamiento en detrimento de la legislación francesa, puesto que las leyes españolas deben ser utilizadas únicamente en aquellos casos en los que es imposible el conocimiento de las normas extranjeras. No parece que estemos ante un supuesto de imposibilidad de acceder a la legislación de nuestro país vecino, máxime desde el momento que de la lectura del artículo 1.007 del Código Civil francés nos permite saber que el notario francés envía al Juzgado las copias. De aquí, en principio, se deduce que este fedatario público extranjero se reserva los originales. Por ello, debería haberse afirmado que en Francia no se aportan al pleito ni el original del testamento ni el testimonio del notario. Se debería aludir únicamente, a mayor abundamiento, a la fórmula prevista en las leyes españolas. Quizá podría justificarse el carácter supletorio del Derecho material español sustituyendo al Derecho extranjero en este supuesto por no apreciarse diferencia en su contenido (38).

---

(37) Cf. A. PÉREZ VOITURIEZ: «La información del Derecho extranjero», *Bol. Inf. Minist. Just.*, 1.382, 1985, pág. 4. Además, España y Francia se hallan obligadas por el Convenio europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968 (*B. O. E.* de 7 de octubre de 1974; para los trabajos realizados en torno a este tratado vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y J. C. FERNÁNDEZ ROZAS: *op. cit.*, n. 13, pág. 529). Algunos autores italianos se han cuestionado la obligatoriedad del tratado, y al referirse a su ordenamiento apuntan que la norma de Derecho internacional privado impone a las partes y al juez la búsqueda del Derecho aplicable. Y, concretamente, cuando esta ley sea extranjera su aplicación constituye una obligación jurídicamente incondicional (cf. A. LEONCINI BARTOLINI: «Considerazioni sulla posizione del giudice rispetto al problema della conoscenza del diritto straniero a seguito della Convenzione di Londra del 7 giugno 1968», *Riv. Dir. Int. Pr. Proc.*, 1983, pág. 338).

(38) A. PÉREZ VOITURIEZ: *op. cit.*, n. 33, pág. 39.

#### IV. EFICACIA EN ESPAÑA DEL TESTAMENTO OTORGADO Y PROTOCOLIZADO EN EL EXTRANJERO: APLICACION DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 5 DE OCTUBRE DE 1961 RELATIVO A LA SUPRESION DE LEGALIZACION DE LOS ACTOS PUBLICOS EXTRANJEROS

11. Ahora bien, si la no exigencia de los documentos originales se hace, en la sentencia comentada, mediante un razonamiento nacionalista, en cambio, al abordar los requisitos que deben cumplir dichos documentos para tener eficacia en nuestro territorio se mantiene una postura muy correcta. Generalmente, los requisitos establecidos en el sistema español para la validez de un acto no nacional se contienen básicamente en los artículos 600 y 601 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, en el presente caso se profundiza en la exigencia de legalización que consiste en «la aseveración por un funcionario de la exactitud de la firma inserta en un acto, y si se trata de un acto público de la condición y cualidad de los que la han expedido» (39). Así, pues, la admisibilidad y eficacia en España de los actos no nacionales han estado subordinados a este requisito (40). Sin embargo, las dificultades que entraña este trámite se han tratado de evitar mediante la celebración de convenios tanto de carácter bilateral como multilateral (41).

En este último contexto se destaca el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre supresión de la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros. La importancia de este tratado la vamos a delimitar en torno a tres dimensiones diferentes: por su ámbito de aplicación territorial, por su obligatoriedad para España y, finalmente, por su utilización al caso que estamos comentando. En cuanto a la primera dimensión se debe matizar que este texto convencional contaba con treinta y tres Estados parte a finales de 1986 (42). Pero se debe apuntar la escasez de decisiones en las que se ha aplicado éste que no provengan de tribunales españoles (43).

---

(39) Cf. M. AGUILAR NAVARRO: *Derecho civil internacional*, 4.ª ed., Sec. Pub. Univ. Complutense, Madrid, 1975, pág. 315; E. POISSON: v.º «Legalisation», *Encyclopédie Dalloz Dr. Int.*, vol. II, París, 1969, 255.

(40) Vid. E. PECOURT GARCÍA: op. cit., n. 28, págs. 98-101; íd.: *A. D. I.*, vol. II, 1975, páginas 564-568.

(41) Vid. M.ª L. ALONSO HORCADA: «La forma de los actos...», loc. cit., n. 11, págs. 367-369; M.ª L. ALONSO HORCADA y F. J. ZAMORA CABOT: «Aplicación del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 de supresión de la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros: algunos aspectos recientes de la práctica española», *La Ley*, 1985-II, pág. 1.028, nota 20.

(42) *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1987, págs. 213-214.

(43) Cf. M. SUMAMPOUW: *Les nouvelles conventions de La Haye. Leur application par les juges nationaux*, t. II, Sijhoff & Noorthof y Kluwer, Amsterdam, 1980, pág. 166; t. III, Drodrecht, Nijhoff y Kluwer, 1984, págs. 131-132 (por E. BOUWES BAVINCK-VINK). Vid. M.ª L. ALONSO HORCADA y F. J. ZAMORA CABOT: loc. cit., n. 41, pág. 1.104, nota 29.

12. Para España el Convenio de La Haya sobre supresión de exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros entró en vigor el 25 de septiembre de 1978 (44). En virtud del artículo 3 de este tratado, los documentos notariales, como documentos expedidos por una autoridad pública, requieren únicamente la fijación de la apostilla para tener eficacia extraterritorial. Aunque nuestro ordenamiento ha precisado las autoridades competentes, sin embargo, la aplicación del mismo por jueces y tribunales españoles aún puede considerarse escasa, si bien es cierto que en principio se trata de un Convenio que no presenta graves dificultades (45). Es evidente que no presentó ningún inconveniente su utilización en la *sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona (Sala Primera) de 2 de abril de 1981* (46) ni en la *sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1982* (47). En cambio, no se requirió el apostillado, que es necesario, según el Convenio, ni en el *auto del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 7 de marzo de 1981* ni en el *auto del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 2 de julio de 1981* (48). En el primero de ellos, porque se cumplía el requisito que sustituye la apostilla con anterioridad a su entrada en vigor. En este sentido, se afirmaba que, «...aparte de que la apostilla viene a sustituir a la legalización en sus efectos, es cierto que, en el presente caso, la legalización llevada a efecto por los funcionarios competentes para ello tuvo lugar con anterioridad a dicha ratificación del mencionado Convenio» (49). Por tanto, en ese supuesto se consideró válida la legalización y no se exigió la apostilla al delimitar el ámbito temporal de aplicación del Convenio de 1961. Sin embargo, cabe interrogarse si, con independencia de que exista o no apostilla, ¿es posible la legalización de un documento público comprendido en el Convenio y, por consiguiente, exento de ella? Esta pregunta fue formulada con anterioridad, al abordar el comentario del *auto del Juzgado de Instrucción número 3 de Madrid de 20 de mayo de*

---

(44) *Boletín Oficial del Estado* de 25 de septiembre de 1978. Las autoridades competentes para realizar la apostilla fueron precisadas en el Decreto 2.433/1978, de 2 de octubre (ibíd. de 17 de octubre de 1978), que fue desarrollado por la Orden de 30 de diciembre de 1978 (ibíd. de 19 de enero de 1979).

(45) Cf. M.<sup>a</sup> L. ALONSO HORCADA y F. J. ZAMORA CABOT: loc. cit., n. 41, páginas 1.104-1.106.

(46) *R. J. C. Jurisprudencia*, 1981, págs. 807-808; anotado por M.<sup>a</sup> L. ALONSO HORCADA: *R. E. D. I.*, vol. XXXIV, 1982, págs. 494-498. Vid. E. BOUWES BAVINCK-VINK, en SUMAMPOUW: op. cit., n. 43, vol. III, pág. 131.

(47) *Rep. Jurispr.*, Aranzadi, 1982, núm. 4.728, págs. 3.006 -3.007; anotada por P. P. MIRALLES SANGRÓ: *R. E. D. I.*, vol. XXXV, 1983, págs. 500-502.

(48) *Rep. Jurispr.*, Aranzadi, 1981, núm. 3.040, pág. 2.499; comentada por J. C. FERNÁNDEZ ROZAS: *R. E. D. I.*, vol. XXXIV, 1982, págs. 498-503.

(49) *Rep. Jurispr.*, Aranzadi, 1981, núm. 1.008, págs. 807-808; comentado por J. C. FERNÁNDEZ ROZAS: *R. E. D. I.*, vol. XXXIV, 1982, págs. 498-503. Vid. E. BOUWES BAVINCK-VINK, en SUMAMPOUW: op. cit., n. 43, vol. III, pág. 132.

1983 (50), puesto que el juez, en el caso al que alude dicho auto exigía que «...se recabe de las autoridades confirmación de certeza de la apostilla del poder presentado o, en su defecto, por mayor brevedad, la legalice según las normas comunes». La última sugerencia no parece acertada, pues «no es posible legalizar un documento público extranjero que se beneficia del Convenio de La Haya de 1961 sobre supresión de la exigencia de legalización» (51).

Los actos públicos extranjeros serán eficaces en España mediante la apostilla, siempre que provengan de un Estado obligado por el Convenio; pero hay que tener en cuenta que ésta no podrá exigirse si «las leyes, reglamentos o usos en vigor en el Estado en que el documento deba surtir efecto, o bien un acuerdo entre dos o más Estados, la rechacen, la simplifiquen o dispensen de legalización al propio documento» (52). En concreto, el *auto del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 2 de julio de 1981* tuvo presente esta disposición al firmar que «...sin que tenga la eficacia de la ejecutoria pueda resultar impedida por la circunstancia de que falta en los documentos la fijación de la apostilla, pues esta formalidad a que se refiere el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 (*sic*) sólo adquiere valor en los casos en que medie la exigencia de la legalización diplomática o consular para los documentos públicos extranjeros, según indica su preámbulo, presupuesto inoperante en el caso de que se trata, ya que con arreglo al artículo 15, *in fine*, del citado Convenio de 28 de mayo de 1969, los representados para solicitar el reconocimiento o la ejecución de las decisiones foráneas “están dispensados de su legalización”» (53).

El tercer punto de importancia del Convenio de 1961 venía referido al fallo objeto de este comentario, en que se afirma que «...las copias del testamento y acta subsiguiente autorizadas por el notario y que llevan la apostilla prevenida en el Convenio (*sic*) constituyen prueba bastante de dichos actos y de su contenido». No obstante, debido a que el acta fue expedida por una autoridad pública francesa, cabría preguntarse: ¿podría haber evitado el trámite de la apostilla aplicando el artículo 15, *in fine*, del Convenio hispano-francés sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas? La respuesta debe ser negativa, pues aunque la protocolización del testamento puede ubicarse dentro de los actos de la jurisdicción voluntaria, y, por ello, puede considerarse dentro del ámbito de aplicación del texto bilateral, sin embargo, tal situación sólo tendría cabida en caso de solicitar efectivamente el *exequatur*.

---

(50) Vid. A. L. CALVO CARAVACA y F. CASTILLO RIGABERT: *R. E. D. I.*, vol. XXXVIII, 1986, págs. 229-234.

(51) *Ibid.*, pág. 232.

(52) Cf. artículo 3-2.º

(53) Vid., *infra*, n. 48.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

13. En definitiva, la sentencia analizada es una de las pocas que hasta el momento se conocen que han abordado la sucesión testamentaria en forma ológrafa. En ella se declara la validez de un testamento ológrafo otorgado y protocolizado según la legislación francesa. Así, pues, se dio primacía a la *lex loci*, prevista tanto en la norma especial, artículo 732-1.º del Código Civil, como en la norma general, artículo 11-1.º del Código Civil. El juzgador únicamente pretendió poner de manifiesto la *lex locus regit testamentum*, por lo que se ha desaprovechado la oportunidad de indagar acerca de la posible eficacia de los testamentos ológrafos realizados fuera de España, que pudieran ser válidos atendiendo al ordenamiento al que remiten las otras conexiones recogidas en el párrafo 1.º del artículo 11 del Código Civil, eventualmente no coincidentes con las establecidas en los párrafos 1.º y 3.º del artículo 732 del mismo cuerpo legal. Hubiera sido una oportunidad para averiguar si en realidad este último precepto mencionado ha dejado de cumplir el objetivo para el que fue diseñado. Así, pues, si su función fue asumida por el artículo 11-1.º del Código Civil, parece que no habría ningún inconveniente en que fuese derogado en una próxima reforma. Ahora bien, si el artículo 732 del Código Civil se mantiene en un futuro habrá que pensar que el legislador pretendía proteger a los eventuales sucesores *ab intestato* en vez de la voluntad del causante manifestada mediante la ejecución de un testamento ológrafo. Y, por ello, se declarará nulo, por no cumplir las formalidades previstas en la legislación del país en el que se otorgó o en la legislación española, aunque pudiera ser válido de conformidad con la ley personal del testador en el momento del otorgamiento del testamento o con la ley que rige el contenido del mismo, o la ley del lugar donde se hallen los bienes inmuebles. No obstante, esta postura no parece que se pueda mantener, pues en los ordenamientos internos siempre ha existido una clara tendencia a proteger la voluntad del causante (54). Luego habría que pensar que el artículo 732-1.º ha dejado de tener virtualidad desde la entrada en vigor del Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, de reforma del título preliminar del Código Civil. Pero no debe olvidarse la íntima vinculación de esa disposición con el párrafo 3.º de ese mismo precepto y con el artículo 733. Por tanto, no debe examinarse en ningún momento aisladamente, sino que se debe, siempre, analizar junto con la específica regulación que requiere la prohibición del testamento mancomunado y la permisibilidad del testamento ológrafo otorgado por españoles en países que prohíban o desconozcan esta forma de testar. Desde nuestra perspectiva, ha sido una lástima que no se haya planteado en este caso la posible validez formal

---

(54) Cf. A. E. VON OVERBECK: loc. cit., n. 10, pág. 600.

del testamento mediante la utilización de las otras conexiones previstas en el artículo 11-1.º del Código Civil. Asimismo, es de lamentar que se haya aplicado la legislación española por parte del juzgador por desconocer la legislación francesa aplicable sobre la necesidad o no de presentar al pleito el protocolo notarial sin haber hecho uso de las diligencias para mejor proveer (55).

---

(55) Estas deficiencias han sido superadas en la *sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 9 de diciembre de 1986*, en la que se afirma que «ni mucho menos, que la aplicación del Derecho extranjero se llevase a cabo por la resolución recurrida, sin haberse acreditado su existencia, máxime cuando en el número 6 del artículo 12 se prevé expresamente la posibilidad, de la que la Sala de instancia hizo uso, de valerse de cuantos instrumentos de averiguación que estimo necesarios para acreditar la certeza de la existencia del Derecho italiano que aplicó» (*Rep. Jurispr.*, Aranzadi, 1986, núm. 7.224, pág. 7.080).