

Fórmulas viejas y nuevas. La cláusula codicilar

RAMON FAUS ESTEVE
Article del número 1944-1
(gener 1944) de "La Notaria", pg. 60-68

SECCIÓN PRÁCTICA

Fórmulas viejas y nuevas

La cláusula codicilar

Al iniciar LA NOTARÍA su nuevo período de vida, se ha pensado dedicar en cada número unas páginas al estudio de algunas fórmulas usadas en la redacción de instrumentos públicos, al objeto de determinar las que merecen ser conservadas, las que deberían suprimirse por obedecer su repetición a la rutina, sin responder a necesidad alguna, y las que si bien pueden subsistir, convendría que se redactaran en forma distinta a la usada hasta ahora.

No se trata de dar cabida en esta sección a formularios completos de escrituras, puesto que la obra de Sancho-Tello y otras publicadas en tal sentido llenan con más o menos fortuna, esta finalidad. El propósito que nos guía es el de hacer un estudio histórico y crítico de determinadas fórmulas, invitando, no sólo a los notarios de este Colegio, sino a los de toda España, a aportar los frutos de su estudio y experiencia, al objeto de conseguir en lo posible que los instrumentos públicos se ajusten, en cuanto a su redacción, a los términos de la R. O. de 14 de junio de 1863 y del art. 148 del Reglamento Notarial, que aconsejan claridad y concisión, supresión de renunciaciones útiles y de cláusulas superfluas, ambiguas e impertinentes.

Podríamos poner numerosos ejemplos de las fórmulas que nos proponemos estudiar y que ofrecemos a nuestros colaboradores, derivadas unas de la aplicación del Derecho especial catalán, y otras de carácter general. Nos limitaremos, como orientación, a consignar algunas:

El uso de «lego» o «prelego»; «nombre usufructuaria»; o «lego el pleno e íntegro usufructo»; «nombre heredera vita-



licia» o «heredera usufructuaria»; las relativas a los hijos puestos en condición; al ordenamiento de substituciones fideicomisarias condicionales; a la manera de redactar las de substitución pupilar; la fórmula «usufructuario con facultad de vender en caso de necesidad» o «heredero con facultad de disponer por actos intervivos» seguida de fideicomiso de residuo; y tantas otras, que en muchos casos, por defecto o impropiedad de redacción, son causa de litigios en el campo del derecho sucesorio.

Asimismo y en el derecho de obligaciones, la fórmula «vende perpetuamente»; o «vende con sus derechos, usos y servidumbres»; la cláusula de constituto posesorio y la manera de redactarla; el «confiere poder especial, pero dentro de su especialidad tan amplio y bastante como en Derecho se requiera y sea menester»; o el «promete estar a Derecho y pagar lo juzgado»; el uso con impropiedad técnica y sin tener en cuenta sus distinciones, de poder, mandato y representación; la manera de hacer constar la delegación de pago, la asunción de la deuda o la retención del precio; la frase en las redenciones de censos «redime y absuelve y en lo menester vende y transfiere»; la entrega de posesión o de cuasiposesión, y tantas otras, que darán base y materia para mantener, con la ayuda de todos, esta modesta sección en *LA NOTARÍA*. Con ello se podría lograr que, conservando cada notario su peculiar estilo de redacción, desaparecieran de los instrumentos públicos frases arcaicas o totalmente inútiles para su validez y eficacia, y que remozaran otras, adaptándolas a las exigencias del actual estado de la técnica jurídica.

* * *

Para iniciar esta sección vamos a escribir cuatro líneas sobre la cláusula codicilar, tan usada aún en los testamentos que se autorizan en Cataluña. Su redacción es, con pequeñas variaciones, la siguiente: «Quiero que esta disposición de última voluntad valga por testamento, por codicilo o por aquella otra especie de acto de postrera disposición que mejor en Derecho valer pueda».

¿Debe subsistir esta cláusula o, por el contrario, ha de

suprimirse en los testamentos? En el primer caso, ¿conveniría modificar su actual redacción?

La cláusula codicilar, como es sabido, es la que se consigna en un testamento para poner a cubierto al testador de posibles defectos formales o causas de invalidez del mismo.

Dicha cláusula se hallaba ya muy extendida en Roma, desde el tiempo de los Severos, y en un fragmento de Ulpiano, en el Digesto, se dice que los que hacen testamento por escrito añaden casi siempre «*velle hoc etiam vice codicillorum valere*».

En los siglos v y vi era frecuente el uso de esta fórmula, para los casos en que «*Quod si iure civili vel praetorio aut cuiuslibet novellae legis interventu hoc testamentum meum valere non potuerit*».

En Cataluña no se encuentra esta fórmula con carácter general hasta el siglo xiii. En las «Fórmulas Visigóticas», estudiadas por Marichalar y Manrique en su «Historia de la Legislación y recitaciones del Derecho Civil en España», correspondientes, según parece, al reinado de Sisebuto si bien las fórmulas XXI y XXII se refieren a testamentos ajustados al Derecho Romano, no se encuentra en los mismos la cláusula codicilar.

En la tercera de las siete fórmulas jurídicas, titulada «*Prologus testamenti*», del Código de Ripoll, publicado por el Padre García Villada, el formulario de testamento se adapta a la Ley visigoda y por tanto no contiene cláusula codicilar.

En el siglo xii, parece que aun no se usaba en Cataluña la referida cláusula. En un testamento de 1156, a que se refiere Brocá, existente en el Archivo del Gran Priorato de Cataluña de la Orden del Hospital, se termina su redacción en estos términos: «*Hec est autem supradicti testatoris ultima veraxque voluntas qua non mutata nec viciata nobis scientibus diccessit ab hoc seculo*».

Pero a partir del siglo xiii, y con motivo de la recepción del Derecho Romano, de la influencia de los formularios italianos en la redacción de los documentos públicos, de los estudios del alto clero catalán en las Universidades italianas, y de algunos de los notarios de la época en la Escuela de Placentino de Montpellier, es ya normal y corriente el uso de la cláusula codicilar en los testamentos, a pesar del esfuerzo



hecho por Jaime I para mantener la integridad del derecho indígena, de haber estimado Pedro IV, que no eran superiores las Leyes romanas a las hechas por él en Cortes, y a que hasta el siglo xv. no fué el Derecho Romano sancionado oficialmente como supletorio en Cataluña.

Con referencia al siglo xiii, Anguera de Sojo y Dodero, en su estudio sobre el Derecho especial de la comarca de Vich, transcribe, traduciéndolo, un testamento otorgado en 1291, en la Parroquia de Santa María del Corcó, el cual termina con la siguiente frase: «y esto quiero que sea mi última voluntad, la cual loo, apruebo y quiero que valga por derecho de testamento, o por derecho de codicilo o a lo menos por razón de última voluntad».

A partir del siglo xiv, y a base de los protocolos o manuales que se conservan en el Archivo del Colegio Notarial de Barcelona, he podido comprobar el uso normal y corriente de la cláusula codicilar con una redacción casi idéntica a la actual. En corroboración de ello, transcribo a continuación algunas de estas cláusulas:

SIGLO XIV. In super volo quod hec sit ultima voluntas mea quam volo valere iuris testamenti. Et si forsam non valet vel non valeret aut valere non posset iure testamenti saltem valeat et valere possit iure codicillorum vel cuiuslibet alius ultime voluntatis. (Manual de testamento de Raymundo Masana. 10 mayo de 1372.)

SIGLO XV. Hec est autem ultima voluntas mea quam volo valere iure testamenti que si non valet iure testamenti volo quod valeat et valere possit iure codicillorum seu nuncupativi aut alterius cuiuslibet ultime voluntatis pro ut melius de iure valere poterit et tenere. («Liber primus testamentorum» de Juan Molas. 16 abril de 1483.)

SIGLO XVI. E aquesta es la mia darrera e ultima voluntat la qual vull que valega e valer puga per dret de testament e si no valdra y valer no pora per dret de testament almenys vull que valega e valer puga per dret de codicil nuncupatiu o per aquella via que de dret millor podra valer e tenir. («Primi libri testamentorum codicillorum et aliarum ultimarum voluntatum» de Francisco Aquiles. 12 marzo de 1580.)

SIGLO XVII. E aquesta es la mia ultima y darrera voluntat la qual vull que valega y valer puga per dret de testament y

si no valdra y valer no pora per dret de testament almenys vull que valega y valer puga per dret de codicil, testament nuncupatiu o per aquella specia de ultima voluntat que millor de dret o altrament valer y tenir pora. (Manual de testamentos de Carlos Garau. 2 junio de 1686.)

SIGLO XVIII. E aquesta es la mia ultima y darrera voluntat la qual vull que valega y valer hage per via de testament e sino valdra o valer no pora per via de testament vull que valega y valer hage per via de codicil o de testament nuncupatiu o per aquella altre especia de última voluntat que millor de dret valer y tenir pora. (Manual de testamentos de Salvador Pi. 1 julio de 1720.)

SIGLO XIX. Aquesta es la ultima y darrera voluntat mia la qual vull que valega y valer haja per via o dret de testament, e sino val o valer no podrá per via o dret de testament alomenos vull que valega per via o dret de codicil, donasió per causa de mort o altra expresió de ultima voluntat, la cual millor en dret valer i tenir podrá. (Manual de testamentos de José Mogas Alegret. 8 junio de 1822.)

De todo lo expuesto resulta claramente demostrada la persistencia de la cláusula codicilar en los testamentos otorgados en Cataluña del siglo XIII en adelante. Es curioso observar que la redacción de la cláusula, lo mismo en latín que en catalán, no ha sufrido modificación alguna.

* * *

¿Es conveniente seguir utilizándola en los testamentos?

Falguera, en sus notas a Gibert, sostiene la teoría de que es ociosa la cláusula codicilar en los testamentos otorgados por ciudadanos de Barcelona, porque dicha cláusula sólo suple los defectos de solemnidad externa de que adolezca el testamento; y siendo igual el número de los testigos en los testamentos y codicilos en Cataluña, únicamente suplirá el defecto de la rogación de aquéllos, que en Barcelona no es necesaria.

Pero, a pesar de la opinión de tan esclarecido Notario, no abundamos en su punto de vista y creemos conveniente la subsistencia de la cláusula codicilar, incluso en Barcelona, por las razones que vamos a exponer:



En primer lugar, y respecto a las solemnidades externas, la falta del requisito de la rogación de los testigos, sostendrá el testamento como codicilo en el resto de Cataluña. Pero aun en Barcelona, opinan algunos autores que tampoco es requisito indispensable para la validez del codicilo la unidad de acto, pues los testigos actúan más bien por vía de prueba que de solemnidad. Fundándose en ello y citando varios textos del Digesto y de las Constituciones de Cataluña, Serrahima, en sus Dictámenes (pág. 59), sostiene la validez como codicilo del testamento otorgado ante Notario con cláusula codicilar, en que el testador no quiere que los testigos se hallen presentes al acto, y requiere al Notario para que firmen fuera de su casa; éste le advierte que el testamento será nulo y de ningún valor, a pesar de lo cual insiste en su voluntad. Parece un poco atrevida esta conclusión.

La opinión de Falguera sería cierta, respecto a Barcelona, por lo menos, si la cláusula codicilar no produjera otros efectos que dar eficacia al testamento nulo por defectos de forma. Pero dicha cláusula da también eficacia de codicilo, en ciertos casos, al testamento *destitutum* o *desertum* y al testamento *rescissum* o sea a ciertas faltas de solemnidades internas. Tal es el testamento que no contiene institución de heredero o en que el heredero no llegue a serlo por cualquier motivo, y en ciertos casos el testamento que contenga preterición de legitimarios (cuasi-póstumos).

Respecto a este último extremo, sostienen Cáncer, Peguera y Fontanella que si la preterición es hecha con buena fe y el heredero es un hijo, la cláusula codicilar hace que el testamento se sostenga, lo que no sucede si el heredero es un extraño. Y Maspóns, en sus «Cuestiones Civiles estudiadas por Luis de Peguera», extracta una sentencia de la antigua Audiencia de Cataluña, de fecha 29 de octubre de 1597, en la que el Tribunal desestima la petición del actor, de que se declarara que el testamento de su padre, en que se había preterido de buena fe una hija, no podía ser válido en virtud de la cláusula codicilar, por no haber sido tan sólo concebida la hija en cuestión al hacer el testamento, a lo que el Tribunal se opuso, diciendo que precisamente en este caso, la cláusula codicilar lo sostenía.

Además, si el defecto procede de haber quedado el testa-

mento destituido o desierto, la cláusula codicilar sostiene incluso las sustituciones pupilar y cuasi-pupilar.

Por estas razones la validez de dicha cláusula se ha mantenido en los distintos proyectos de Apéndice al Código Civil, ya de un modo directo, ya indirectamente.

El Anteproyecto de Romaní y Trias no habla de la cláusula codicilar, lo cual resultaría inútil por el artículo 484, ya que los efectos de la misma se producirían por disposición de la Ley: «Art. 484. El acto de última voluntad por el que el testador disponga de todo o parte de sus bienes, sin instituir heredero, valdrá como codicilo aunque el otorgante califique su disposición de testamento. Serán herederos del otorgante los que lo fuesen ab-intestato con obligación de cumplir los legados y demás disposiciones ordenadas por el otorgante, pudiendo detraer la cuarta falcidia en los casos y en la forma establecidos en este Apéndice.»

Y en el proyecto de Apéndice de 1930, y en su artículo 259, se dice: «Cuando un testamento no pueda sostenerse como tal testamento, pero reúna las condiciones de validez del codicilo, se sostendrá como tal codicilo si contuviere cláusula que así lo ordene. En el caso de ruptura del testamento por preterición de un descendiente o nacimiento de un póstumo, la cláusula codicilar sólo surtirá efecto si el testador hubiese previsto expresamente tal caso y si, además, el heredero instituido fuere otro descendiente del testador. En los demás casos, la herencia se deferirá a los herederos legítimos, quienes deberán cumplir las demás disposiciones testamentarias.»

* * *

Efectos que produce la cláusula codicilar. — Los principales efectos que produce la cláusula codicilar son los siguientes:

a) Que el testamento que no sea válido como tal, subsista como codicilo.

b) Que se sostengan los legados, fideicomisos, nombramientos de albaceas, tutores y demás que no afecten a la institución de herederos.

c) Que la misma institución de herederos quede convalidada como disposición fideicomisaria impuesta al heredero legítimo, es decir, que el heredero ab-intestato ha de cumplir el testamento defectuoso como si fuera un codicilo, incluso trans-



mitiendo la herencia como fiduciario a los herederos instituidos en el testamento con cláusula codicilar, como fideicomisarios.

d) En opinión de Serrahima (dictámenes, pág. 61), que si existe otro testamento anterior válido, la herencia pertenece al heredero instituido en este testamento, pero debe restituirla al instituido en el segundo testamento, como heredero fideicomisario.

e) Que se sostenga la sustitución pupilar y ejemplar ordenada en el testamento defectuoso, si es destituido o desierto.

Sin embargo, hay ciertos casos en que el testamento defectuoso vale como codicilo, aún cuando no contenga cláusula codicilar. Winscheid cita entre otros: a) Cuando un ascendiente regula la sucesión de un descendiente; y b) Cuando en el testamento ineficaz se instituye a los herederos ab-intestato contra un testamento anterior instituyendo a un extraño. En este último caso subsiste como codicilo ab-intestato.

* * *

Modalidades. — Aun cuando en las fórmulas anteriormente transcritas, y en otras varias examinadas, no he hallado de ello ningún precedente, el testador, al ordenar la cláusula codicilar, puede limitar su eficacia a determinadas causas de invalidez o sustraerla a determinados casos.

Hemos visto que con frecuencia se usa la fórmula «y cualquier otra especie de última voluntad que mejor en derecho valer pueda». En una de las cláusulas copiadas, se añade: «o como donación mortis causa», y en varias «o como testamento nuncupativo».

Respecto a estos aditamentos, opinamos que el de la donación mortis-causa no debe consignarse en la cláusula, porque —como dice Borrell— tales donaciones no han de otorgarse en testamento ni en codicilo, sino en acto entre vivos. El de «o como testamento nuncupativo» que tenía razón de ser cuando se estimaba que tal testamento podía otorgarse de palabra, y que sólo se escribía para memoria y no para solemnidad, carece actualmente de utilidad, por ser propiamente el testamento abierto. Y lo de «otra especie de última voluntad» que aparece en las fórmulas catalanas desde el siglo XIV, creemos que no puede referirse más que a la memoria testamentaria, a la que hace alusión Cáncer (P. I, cap. 4 § 107) al decir que la

memoria testamentaria suscrita —no extendida toda ella— por mano del testador, vale como codicilo cuando en ella hay cláusula codicilar.

Otra de las modalidades de dicha cláusula es la de usar palabras de futuro (si no valdrá o valer no podrá per vía de testament vull que valega o valer haja...), a lo cual se da mucha importancia por los autores, especialmente en los casos de preterición de cuasi-póstumos, pues se estima que concebida en estos términos, o no tiene sentido, o ha de referirse necesariamente a la posibilidad de que por variar las circunstancias, el testamento peligrara de nulidad, siendo el nacimiento de un cuasi-póstumo una de las más frecuentes.

Nonos hemos propuesto hacer un estudio más profundo de esta cláusula ni de los numerosos problemas que su aplicación puede ofrecer, especialmente los de las interferencias, en ciertos casos, de las cuartas falcidia y trebeliánica; naturaleza pura, a plazo o condicional del fideicomiso; imputación o no de los legados en la trebeliánica; posibilidad de que un testamento posterior defectuoso revoque otro anterior perfecto, o por lo menos, constituya al heredero instituido en el mismo en simple fiduciario, etc., porque la finalidad de estas líneas es más bien de orientación práctica notarial que de profundo estudio doctrinal.

* * *

Como resumen de cuanto hemos expuesto creemos que en Cataluña, e incluso en Barcelona, a pesar de su régimen jurídico local, es conveniente la subsistencia de la cláusula codicilar, aun en el caso de que en el testamento no se ordenen legados ni sustituciones; que es de utilidad usar en su redacción palabras de futuro; y que la antigua y prolija fórmula podría sufrir la poda de su última parte, no hablándose ya más de «otras disposiciones de última voluntad que mejor en derecho valer puedan».

Como idea o ejemplo de la fórmula breve y concisa, que pudiera emplearse, se propone el siguiente:

«Quiero que esta disposición de última voluntad valga como testamento; y, si como tal no vale o en cualquier tiempo no valiere, se sostenga como codicilo.»

RAMÓN FAUS ESTEVE