

MARCOS A.
LOPEZ
SUÁREZ

EL TESTAMENTO MANCOMUNADO EN LA
LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA

2002

MARCOS A. LÓPEZ SUÁREZ

**EL TESTAMENTO MANCOMUNADO
EN LA LEY DE DERECHO CIVIL
DE GALICIA**

Tesis doctoral

Director: Prof. Dr. D. Miguel Ángel Pérez Álvarez

Universidade da Coruña
Facultad de Derecho
A Coruña, 2002

ÍNDICE

PRELIMINAR.....	15
-----------------	----

CAPÍTULO PRIMERO CUESTIONES GENERALES

I. PRECISIONES HISTÓRICAS SOBRE EL TESTAMENTO MANCOMUNADO.....	25
II. LA PROHIBICIÓN DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO: MOTIVOS Y CRÍTICA.....	39
1. PRELIMINARES.....	39
2. EN TORNO A LA SUGESTIÓN Y CAPTACIÓN DE VOLUNTADES.....	40
3. EN TORNO A LA CUESTIÓN DE LA REVOCABILIDAD.....	43
4. EN TORNO A LA AUSENCIA DE VIRTUALIDAD PRÁCTICA.....	45

III. VENTAJAS DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO.....	46
1. IDEAS PREVIAS.....	46
2. EL LEGADO DE BIENES GANANCIALES.....	48
3. LA PARTICIÓN DE BIENES GANANCIALES.....	49
4. RECAPITULACIÓN.....	53
IV. CONFIGURACIÓN DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO EN LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA.....	54
1. CONCEPTO Y MODALIDADES.....	54
2. CORRESPECTIVIDAD: CONCEPTO Y CLASES.....	60
3. FORMA.....	64

CAPÍTULO SEGUNDO LOS ELEMENTOS PERSONALES

I. INTRODUCCIÓN.....	77
II. LOS TESTADORES.....	78
1. PRELIMINARES.....	78
2. LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA GENÉRICA.....	80
2.1. Ideas previas.....	80
2.2. La incapacidad por razón de la edad.....	82
2.3. La incapacidad por enajenación mental.....	85

3. EL MATRIMONIO.....	93
3.1. Ideas generales.....	93
3.2. La nulidad del matrimonio y su repercusión sobre el testamento mancomunado.....	101
3.2.1. Planteamiento.....	101
3.2.2. La convalidación del matrimonio nulo.....	102
3.2.3. El matrimonio putativo.....	106
3.3. Incidencia de los supuestos de separación y divorcio.....	113
3.3.1. Consideraciones generales.....	113
3.3.2. Consecuencias de la separación y divorcio en el ámbito de los derechos legitimarios de los cónyuges y su repercusión en el testamento mancomunado.....	119
A) Planteamiento.....	119
B) La separación.....	121
C) El divorcio.....	125
3.3.3. Consecuencias de la separación y divorcio en las liberalidades que los cónyuges se hubiesen concedido en el testamento mancomunado.....	128
4. LA VECINDAD CIVIL.....	134
4.1. Delimitación de su ámbito de operatividad.....	134
III. EL NOTARIO.....	141
1. GENERALIDADES.....	141
2. LA COMPETENCIA TERRITORIAL DEL NOTARIO.....	143
2.1. Preliminares.....	143
2.2. Restricciones a la actuación notarial dentro del distrito.....	145
2.2.1. Planteamiento.....	145
2.2.2. El término municipal.....	145
2.2.3. El denominado «régimen de zonas».....	147

2.3. Ampliación de la competencia territorial más allá del distrito.....	148
2.3.1. Planteamiento.....	148
2.3.2. Prolongación de la competencia territorial por razones de urgencia.....	148
2.3.3. Habilitaciones.....	149
2.4. Consecuencias de la infracción del régimen de competencia.....	151
2.4.1. Planteamiento.....	151
2.4.2. Actuación notarial fuera del distrito.....	151
2.4.3. Actuación «invasora» dentro del propio distrito.....	152
3. FUNCIONES DEL NOTARIO.....	155
3.1. Ideas previas.....	155
3.2. La identificación de los testadores.....	156
3.3. El juicio sobre la capacidad de los testadores y la constatación de los requisitos legales para testar mancomunadamente.....	163
3.4. La redacción del testamento.....	166
3.5. La lectura del testamento.....	174
3.6. La autorización del testamento.....	177
3.7. La unidad de acto.....	179
3.8. Consecuencias del incumplimiento de las formalidades testamentarias.....	181
3.9. La apertura de la sucesión y la copia del testamento.....	182
4. CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO.....	186
4.1. Planteamiento.....	186
4.2. Presupuestos.....	187
4.3. Naturaleza jurídica.....	189
IV. LOS TESTIGOS.....	192
1. IDEAS PREVIAS.....	192

2. EXAMEN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 136 DE LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA.....	195
3. SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDE LA INTERVENCIÓN DE TESTIGOS	204
3.1. Preliminares.....	204
3.2. Cuando lo solicite el testador o el Notario.....	205
3.3. Cuando concorra en el testador alguna circunstancia especial.....	209
3.3.1. Planteamiento.....	209
3.3.2. Cuando el testador sea ciego.....	210
3.3.3. Cuando el testador sea demente en intervalo lúcido.....	213
3.3.4. Cuando el testador no sepa o no pueda leer.....	216
3.3.5. Cuando el testador no sepa o no pueda escribir.....	218
4. REQUISITOS PARA SER TESTIGO.....	222
4.1. Cuestiones previas.....	222
4.2. Causas de inidoneidad.....	227
4.2.1. La minoría de edad.....	227
4.2.2. La ceguera, la sordera y la mudez.....	231
4.2.3. El desconocimiento del idioma del testador.....	234
4.2.4. La falta de sano juicio.....	239
4.2.5. Otras causas de inidoneidad no explicitadas como tales.....	242
4.3. Prohibiciones.....	243
4.3.1. Planteamiento.....	243
4.3.2. El cónyuge y los parientes próximos del Notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo.....	243
4.3.3. Los herederos y los legatarios, sus cónyuges y los parientes próximos de aquéllos.....	247
4.4. Extensión a los testigos de conocimiento.....	249

5. CONSECUENCIAS DE LA INIDONEIDAD DE LOS TESTIGOS.....	252
6. NÚMERO Y ELECCIÓN DE LOS TESTIGOS INTERVINIENTES.....	254
6.1. Número de testigos.....	254
6.2. Elección de testigos.....	256

CAPÍTULO TERCERO LA REVOCACIÓN

I. INTRODUCCIÓN.....	261
II. LA REVOCACIÓN TESTAMENTARIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y SU INCIDENCIA EN LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA.....	264
1. LA REVOCACIÓN TESTAMENTARIA EN EL CÓDIGO CIVIL: PERSPECTIVA GENERAL.....	264
2. INCIDENCIA DEL RÉGIMEN DE LA REVOCACIÓN TESTAMENTARIA DEL CÓDIGO CIVIL EN LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA.....	268
2.1. Planteamiento.....	268
2.2. La revocación del testamento a través de los pactos sucesorios: examen de su admisibilidad.....	270
2.2.1. La interpretación literal del artículo 138 de la Ley de Derecho civil de Galicia.....	272
2.2.2. La interpretación lógico-sistemática de la Ley de Derecho civil de Galicia.....	275
2.3. Recapitulación.....	278

III. LA REVOCACIÓN CONJUNTA.....	279
1. PRELIMINARES.....	279
2. LOS POSIBLES MEDIOS DE REVOCACIÓN.....	280
2.1. El testamento mancomunado.....	280
2.2. Los pactos sucesorios.....	281
2.2.1. El usufructo voluntario de viudedad.....	283
2.2.2. La mejora y el denominado «derecho de labrar y poseer».....	286
A) La mejora.....	287
B) El derecho de labrar y poseer.....	291
2.2.3. La apartación.....	293
IV. LA REVOCACIÓN UNILATERAL.....	297
1. INTRODUCCIÓN.....	297
2. LA REVOCACIÓN UNILATERAL EN VIDA DE AMBOS TESTADORES.....	298
2.1. Preliminares.....	298
2.2. Formalidades.....	299
2.2.1. El testamento abierto notarial.....	299
2.2.2. La notificación.....	305
A) Preliminares.....	305
B) Naturaleza.....	306
C) Forma.....	312
1) La notificación notarial.....	315
2) La notificación por edictos.....	320
D) Contenido.....	323
E) Plazo.....	324
F) Efectos de la falta de notificación.....	329
2.3. Efectos de la revocación.....	331

3. LA REVOCACIÓN UNILATERAL FALLECIDO UNO DE LOS TESTADORES.....	338
3.1. Introducción.....	338
3.2. El artículo 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia: juicio crítico y reformulación.....	341
3.3. Principio general de irrevocabilidad y sus excepciones.....	347
3.3.1. Principio general.....	347
3.3.2. Excepciones.....	349
A) Disposiciones que no tuvieran carácter recíprocamente condicionado.....	350
B) Disposiciones otorgadas a favor de personas incapaces de heredar.....	350
C) Disposiciones otorgadas a favor de una persona que ha premuerto.....	352
V. LA MODIFICACIÓN DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO.....	357
1. MODIFICACIÓN VERSUS REVOCACIÓN.....	357
1.1. Caracterización de la modificación.....	357
1.2. La modificación en el ámbito de la Ley de Derecho civil de Galicia.....	362
2. LA MODIFICACIÓN CONJUNTA.....	365
2.1. Preliminares.....	365
2.2. La partición conjunta.....	369
2.2.1. Planteamiento.....	369
2.2.2. El supuesto regulado en el artículo 157.3 de la Ley de Derecho civil de Galicia.....	371
2.2.3. El supuesto regulado en el artículo 158.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia.....	375
3. LA MODIFICACIÓN UNILATERAL.....	378

**CAPÍTULO CUARTO
CUESTIONES DE DERECHO INTERREGIONAL**

I. INTRODUCCIÓN.....	387
II. EL TESTAMENTO MANCOMUNADO OTORGADO POR CÓNYUGES DE DISTINTA VECINDAD CIVIL.....	387
1. PLANTEAMIENTO.....	387
2. LEY APLICABLE A LA CAPACIDAD.....	390
3. LEY APLICABLE A LA FORMA.....	392
4. LEY APLICABLE AL FONDO.....	401
4.1. Consideración previa.....	401
4.2. Ley rectora de la revocación.....	401
4.3. Ley rectora de las legítimas.....	404
III. EL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 137 DE LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA: «AUN FUERA DE GALICIA»....	406
CONCLUSIONES.....	413
BIBLIOGRAFÍA.....	429

PRELIMINAR

La presente memoria tiene por objeto el testamento mancomunado en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia. Esta modalidad testamentaria constituye, sin lugar a dudas, una de las figuras jurídicas más sobresalientes introducidas en el articulado de la citada Ley. Ello no sólo porque la posibilidad de testar de manera conjunta supone una verdadera singularidad con respecto al régimen del Código civil (cfr. arts. 669 y 733 Cc), sino también –y sobre todo– porque a través de la regulación del testamento mancomunado se consigue colmar una vieja aspiración de los testadores gallegos y superar, de este modo, la tensión existente con la legislación hasta ese momento aplicable.

El estudio –estructurado en cuatro capítulos– comienza con unas nociones de carácter introductorio con las que se pretende ofrecer una panorámica general del testamento conjunto. A tal fin, el capítulo primero se inicia con una breve reseña histórica a partir de la cual resulta posible constatar que la historia del testamento mancomunado gallego –cuando menos, desde finales del siglo XIX y hasta su actual regulación en Ley de Derecho civil de Galicia– no ha sido sino la historia de su prohibición. Por esta razón se ha considerado oportuno proceder al examen de los motivos tradicionalmente esgrimidos en detrimento de esta modalidad testamentaria y con el que, cabe ya anticipar, se va a poner de manifiesto su escasa consistencia. Asimismo, y al hilo de la cuestión anterior, se ha estimado pertinente destacar las principales virtudes que abogarían por la admisión del testamento conjunto. Así las cosas, el capítulo inicial se cierra con la configuración del testamento mancomunado en la referida Ley 4/1995; configuración especialmente relevante en lo que a la forma se refiere, toda vez que ésta condiciona, mediatamente, aquello que constituye el núcleo del capítulo segundo de nuestra exposición: esto es, los elementos personales del testamento mancomunado.

El examen de los denominados elementos personales comienza con los testadores. En este sentido, el cometido principal vendrá constituido por el análisis de los diversos presupuestos exigidos para testar de manera conjunta, haciendo hincapié en aquéllos establecidos específicamente por la Ley gallega; a saber: la existencia de matrimonio entre los otorgantes, por un lado; la vecindad civil gallega, por otro. En cuanto al matrimonio, se examinarán no sólo aquellos requisitos genéricos que puedan incidir en la testamentifacción activa sino que, en la medida en que la unión matrimonial se erige en un *prius* de validez –y en ocasiones también de eficacia– con respecto al citado testamento, se estudiarán los efectos que para éste pudieran derivarse de las situaciones de quiebra matrimonial; esto es, las consecuencias de la nulidad, de la separación y del divorcio. En relación con el requisito de la vecindad civil gallega, se tratará de delimitar su ámbito de operatividad a los efectos de determinar si resulta factible un testamento mancomunado en el que uno de los cónyuges tenga vecindad civil distinta a la gallega.

Junto con los otorgantes, en el trabajo se aborda la figura de otro sujeto que necesariamente ha de concurrir al otorgamiento del testamento conjunto: el Notario. Tres son las cuestiones en las que se hará especial énfasis: por un lado, las normas atributivas de competencia y las consecuencias que para el testamento conjunto se derivarían de su infracción; en segundo lugar, las funciones que el Notario debe desarrollar durante el otorgamiento mancomunado; finalmente, los presupuestos y la naturaleza de la responsabilidad en la que el fedatario público pudiera incurrir por una instrumentación defectuosa.

El análisis de los elementos personales finaliza con los testigos testamentarios. La Ley de Derecho civil de Galicia no impone, con carácter general, la presencia de personas llamadas a desempeñar la función testifical en el otorgamiento del testamento mancomunado. Sin embargo, en determinados supuestos la regla

expuesta es objeto de excepción. El examen de dichas hipótesis, así como el de las condiciones que han de reunir los testigos y el número en que han de concurrir conformarán el objeto de nuestra atención.

El estudio sobre el testamento mancomunado en la Ley de Derecho civil de Galicia continúa con el tema de la revocación. En la medida en que la Ley gallega no contiene una regulación de conjunto acerca de la mencionada figura, se ha considerado oportuno efectuar –dado su carácter supletorio (cfr. art. 3.º LDCG)– unas observaciones generales sobre la revocación testamentaria en la normativa del Código civil y sus posibles adaptaciones en el ámbito jurídico gallego.

Examinada la incidencia del régimen de la revocación del Código civil en el marco del Derecho civil de Galicia, se procederá a continuación al estudio de la concreta regulación que se establece en sede del testamento mancomunado. En este orden de ideas, el legislador gallego, en función del modo en que se intenta llevar a cabo la revocación, distingue dos modalidades: la revocación conjunta o de «*forma mancomunada*», por un lado, y la revocación unilateral, por otro (cfr. art. 138 LDCG). Asimismo, en el caso de esta última, la Ley gallega efectúa una subdivisión ulterior atendiendo al momento en que el testador pretende revocar unilateralmente sus disposiciones testamentarias. De este modo cabría hablar de revocación unilateral en vida de ambos testadores (cfr. art. 139 LDCG) y de revocación unilateral tras la muerte de uno de ellos (cfr. art. 140 LDCG).

Por lo que respecta a la revocación conjunta del testamento mancomunado, la Ley de Derecho civil de Galicia se caracteriza por su parquedad, limitándose a enunciar, sin más, dicha posibilidad. Nuestro cometido, por tanto, consistirá en concretar los requisitos de capacidad y las formalidades que deben observarse al respecto, analizando, por separado, cada uno

de los medios a través de los cuales resulta factible la revocación testamentaria conjunta.

En cuanto a la revocación unilateral del testamento mancomunado, se acometerá el estudio de su régimen jurídico en su doble variante: en vida de ambos testadores y fallecido uno de ellos. En síntesis, la normativa gallega de la revocación unilateral en vida de ambos otorgantes se restringe a dos aspectos singulares: por un lado, los efectos que se siguen de la revocación (cfr. art. 139.1 *in fine* LDCG); por otro, las formalidades que se requieren a tal fin (cfr. art. 139.2 LDCG). En este sentido, cabe ya adelantar que los efectos se van a concretar en «*la ineficacia total de las disposiciones recíprocamente condicionadas*» (art. 139.1 LDCG). Por lo que respecta a las formalidades, la revocación unilateral – en el ámbito que comentamos – se encuentra condicionada al cumplimiento de dos requisitos específicos: la observancia de la forma abierta notarial en el testamento por medio del cual se revoca el testamento; y la notificación de la revocación al otorgante no revocante (cfr. art. 139.2 LDCG).

En relación con la revocación unilateral del testamento mancomunado fallecido uno de los otorgantes, el legislador gallego parte, *prima facie*, de la irrevocabilidad del testamento (cfr. arts. 139–140 LDCG), si bien acaba circunscribiendo el ámbito de dicha irrevocabilidad a una serie de hipótesis específicas. Con estos antecedentes, se estimaría pertinente, en puridad, desarrollar los distintos supuestos en los que, a tenor de la Ley, no tendría cabida la revocación *post mortem* del testamento mancomunado. Sin embargo, debe advertirse que la interpretación de la regulación contenida en el artículo 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia plantea serias dificultades. Por esta razón, se ha considerado necesario enjuiciar, previamente y de manera global, la normativa sobre la revocación *post mortem* del testamento mancomunado gallego y, al hilo de lo anterior, proponer una nueva formulación de la misma.

El tema de la revocación del testamento mancomunado gallego se completa con un análisis de aquellos otros supuestos en que los testadores pueden alterar el contenido del testamento a través de actos que no son estrictamente revocatorios. A este respecto, merecerá especial consideración la repercusión que en el testamento conjunto tienen los actos de disposición realizados por los testadores de modo unilateral.

Finalmente, la memoria concluye con el examen de dos interrogantes que el testamento mancomunado plantea desde la perspectiva del denominado «Derecho interregional». Por un lado, como quiera que los otorgantes del testamento conjunto pueden tener distinta vecindad civil, se vislumbra ya el interés que reviste la determinación de la ley aplicable en tales hipótesis a cada uno de los aspectos que integran el negocio testamentario: capacidad, forma y fondo. Por otro lado, se estima conveniente enjuiciar la posible inconstitucionalidad del inciso final del artículo 137 de la Ley de Derecho civil de Galicia —que refiere la posibilidad de testar conjuntamente *«aun fuera de Galicia»*— a la luz de la competencia para establecer «normas de conflicto».

CAPÍTULO PRIMERO
CUESTIONES GENERALES

I. PRECISIONES HISTÓRICAS SOBRE EL TESTAMENTO MANCOMUNADO

De forma mayoritaria, la doctrina ha venido vinculando los orígenes del testamento mancomunado en los diferentes Derechos peninsulares a la costumbre medieval de acudir los cónyuges conjuntamente al otorgamiento de las donaciones *mortis causa*¹. Con independencia de los antecedentes expuestos, la realidad

¹ Vid., por todos, CUADRADO IGLESIAS, M., «El testamento mancomunado en el Ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981», en *RDP*, Tomo LVII, 1983, pág. 1.092. Desde una perspectiva general, algunos autores han señalado como primera manifestación histórica del testamento conjunto —en cuanto suma de dos voluntades testamentarias en un sólo documento— la Novela XXI,1 (446, Oct. 21) de los Emperadores Teodosio II y Valentiniano III [«(...) *Leonius vero et Iucunda uxor eius tanta vicissim caritate certarunt, ut fuis simul precibus ius poscerent liberorum et propter incertum sortis humanae superstitem coniugem precarentur heredem: licet superfluo illud addentes, ut intestatae successionis ius ac licentiam sortirentur, cum hoc ipsum, quod serenitati nostrae preces pariter obtulerunt, sit testamenti ordo praecipuus. Praeterea, sicut supplicationi conexa monstrarunt, quamvis in unius chartae volumine supremum votis paribus condidere iudicium septem testium subscriptionibus roboratum. Cui nos aeternam tribui firmitatem legis huius definitione censemus, quoniam nec captatorium dici potest, cum duorum fuerit similis adfectus et simplex religio testamenta condentum cunctisque iam liceat quoquomodo et quibuscumque verbis ultimum dictare iudicium, sicut eorum principum statuta declarant, qui removerunt sanctionibus suis meliore prudentia vetusti iuris ambages (...)»] (cfr. BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*, 2.^a ed., traducido del italiano por M. FAIRÉN, Bosch, Barcelona, 1959, págs. 30–31). Esta Novela sería, posteriormente, recogida en el Breviario de Alarico, si bien —como se deduce de la *interpretatio* de la *Lex Romana Visigothorum* («*Haec lex de aliis titulis testamentorum id amplius habet, ut, in coniugio positi si filios non habeant, seu maritus uxorem seu uxor maritum voluerit, relinquat heredem, quod ius dicitur liberorum. Qui etiamsi in una charta suam condere maluerint voluntatem, ut invicem se heredes scribant, qui alteri superstes extiterit dimissam rem iuxta legis huius ordinem vindicabit, ita tamen, ut his personis, quibus lex concedit, si fuerit de inofficiosi querella, actio reservatur*») — en términos más amplios, pues se consideraba válido el testamento mancomunado*

es que ciertos ordenamientos dieron tratamiento legal a la referida modalidad testamentaria. Tal fue el caso de Vizcaya, Navarra y Aragón.

En efecto, por lo que respecta a Vizcaya el testamento de mano común fue regulado, tanto en el Fuero Viejo de 1452², como en el Fuero Nuevo de 1527³. En relación con Navarra,

entre esposos con independencia de la forma que revistiese (cfr. DE FRANCISCI, P., «Quelques observations sur l'histoire du testament conjonctif réciproque» en *Revue historique de Droit français et étranger*, 1924, págs. 76–77 y GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Del testamento de hermandad», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXVII, Vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 1998, pág. 517).

² El Capítulo CXXXV del referido Fuero de 1452 preveía el testamento mancomunado en los siguientes términos: «De los testamentos é mandas é cuales deben valer é cuales no. Dijeron que habian de fuero é de costumbre antiguamente que si el marido en su enfermedad ó sanidad ó la mujer ficieren testamento é mandas de un acuerdo é consuno, que el tal testamento é mandas en él contenidas valiesen, é la mujer despues del marido, nin el marido despues de la mujer, non puedan revocar: si el marido ó la mujer muriesen dentro de un año é dia, que despues de pasado año é dia, cada uno de ellos pueda revocar é facer testamento é mandas como quisiere é por bien tuviere, é por ende dijeron que afirmaban é establecian por ley el dicho uso é costumbre, é que valiese así de aquí en adelante».

³ El Fuero Nuevo de 1527, a su vez, establecía la posibilidad de testar conjuntamente en la Ley 1.ª del Título XXI: «Del testamento que marido y mujer hacen juntos y en qué casos el que queda vivo lo puede revocar. Otrosí dijeron: Que habían de Fuero y establecian por Ley, que si el marido en su fin, ó enfermedad, ó sanidad, y su mujer, hicieren testamento, y mandas de un acuerdo, y consejo: ó el testamento que hiciere el uno, el otro lo loare y aprobare por bueno, ó ratificare en vida del testador que muere: que el tal testamento, ó manda, ó institución, é instituciones, en el tal testamento contenidas, valgan, y sean valederas; y que si el uno de ellos falleciere desde el tiempo del tal testamento, dentro de año y dia: el que de ellos quedare vivo, no lo pueda revocar ni vender, ni enajenar bienes algunos de los contenidos en el tal testamento ó manda, ni disponer de ellos otra cosa alguna de lo contenido en el tal testamento; ni por deudas que después haga el tal que vivo queda, se vendan ni ejecuten, con que pueda disponer del usufructo de su

prescindiendo de los fueros particulares –como el de Viguera y Val de Funes o el de Tudela⁴– en los que las referencias a las disposiciones *mortis causa* de manera conjunta son frecuentes, el testamento de hermandad se contempla ya, de manera inequívoca, en el Fuero General y en la Ley 41 de Cortes de Pamplona de 1765–1766⁵. Y en cuanto a Aragón, si bien es cierto que el testamento mancomunado sólo es mencionado de soslayo en los fueros⁶, no ocurre lo mismo en las *Observantiae*, donde se regula pormenorizadamente⁷.

Mayores dificultades suscita, en cambio, determinar la

mitad, sin daño de la propiedad, todo el tiempo que viviere, a su voluntad; pero si ambos llegaren a vivir dende año y día, cada uno de ellos lo puede revocar, y disponer otra cualquier última, y postrimera voluntad».

⁴ Cfr. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Del testamento de hermandad», cit., págs. 667–668.

⁵ En concreto, el Capítulo 4.º del Título IV del Libro II del Fuero General disponía lo siguiente: «De partition que fazen padre e madre a sus hijos. (...) *Et si marido et muger fazen destin en uno et enquara cerran aqueyll destin, si el uno deylos mories, el otro non puede desfazer el destin; maguera biviendo ambos, si les semejare que bien non sea fecho el destin, bien pueden emendar ó ameiorar otra vez; que á todo fidalgo vale el postremero destin».* A su vez, la Ley 41 de las Cortes de Pamplona de 1775–1776 resolvía las dudas que en orden a la revocación del testamento de hermandad suscitaba la regulación contenida en el Fuero General en los siguientes términos: «*Hágase como el Reyno lo pide, con que pueda cualquiera de los cónyuges en vida de ambos, revocar el testamento de hermandad en sus propios bienes, con noticia, y sabiduría del otro cónyuge, por considerarse en lo contrario algunos inconvenientes, y parecer esto más conforme a la libertad de las últimas voluntades».*

⁶ Cfr. LACRUZ, J.L., en las anotaciones a BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, Labor, Barcelona, 1953, pág. 123 y GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Del testamento de hermandad», cit., págs. 554–556, y en especial nota 128.

⁷ Para una visión de conjunto, *vid.* GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Del testamento de hermandad», cit., págs. 556–561.

existencia de un precedente legal del testamento conjunto en el Derecho de Castilla. En este sentido, algunos autores, aún admitiendo que fue el uso el que extendió el testamento de mancomún, han considerado que esta forma de testar ya contaba con antecedentes en el Fuero Real y en las Partidas⁸. En concreto, se invoca, por un lado, la Ley 9.^a del Título VI del Libro III del Fuero Real⁹ y, por otro, la Ley 33 del Título XI de la Partida 5¹⁰.

⁸ Cfr., entre otros, GARCÍA GOYENA, F., «Comentario al artículo 557 del Proyecto de Código civil», en *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo II, Base, Barcelona, 1973, pág. 14; MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 669, 670 y 671 del Código civil», en QUINTUS MUCIUS SCÆVOLA, *Código civil*, Tomo XII, 2.^a ed., Reus, Madrid, 1950, págs. 144 y 148; MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a, «Comentario al artículo 669 del Código civil», en *Comentarios al Código civil español*, Tomo V, 6.^a ed. —puesta al día por MARÍN PÉREZ, P.—, Reus, Madrid, 1951, pág. 411; y MERINO HERNÁNDEZ, J.L., «Revocación *post-mortem* del testamento mancomunado aragonés y de hermandad navarro», *RCDI*, Tomo XLVII, 1974, pág. 48, si bien en una obra posterior —«Del testamento mancomunado», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXIV, Vol. 1.^o, EDESA, Madrid, 1987, págs. 97–98— este mismo autor cambia de parecer.

⁹ «*Si el marido e la muger ficieren hermandat de sus bienes, desde que fuer el año pasado que casaren en uno, no aviendo fijos de consouno nin de otra parte que ayan derecho de heredar, vala tal hermandat. Et si despues que ficieren la hermandat ovieren fijos de consouno, non vala la hermandat: ca non es derecho que los fijos porque son fechos los casamientos sean deseredados por esta razon.*».

¹⁰ «*Pleyto, o promission faziendo dos omes entre si que qualquier dellos que muriesse primero, que el otro que fincasse que heredasse todo lo suyo; tal pleyto, nin tal promission, dezimos que non deve valer, porque ninguno dellos non aya ocasion de se trabajar de muerte del otro, por razon de heredarle lo suyo. Pero si tal pleyto, o tal promission fiziessen dos caualleros entre si, queriendo entrar en batalla alguna, o en fazienda; si alguno de ellos muriesse en quel logar, el otro que fincasse, heredaria lo suyo, si non dexasse el muerto fijos legitimos. E si por auentura non muriesse y ninguno, e despues que ende saliessen, se cambiasse la voluntad a alguno dellos, e quisiessse reuocar el pleyto, o la promission, bien lo puede fazer. Mas si non lo reuocase, e lo ouiesse por firme fasta la muerte de alguno dellos; el otro que fincasse,*

Sin embargo, la doctrina mayoritaria considera que ninguno de los textos reseñados se refiere propiamente al testamento mancomunado: en el caso del Fuero Real, porque lo que se autoriza es simplemente un pacto de hermandad¹¹; y en cuanto a las Partidas, porque lo que se prohíbe *stricto sensu* no es el testamento conjunto sino el pacto de sucederse mutuamente¹².

En relación con Galicia, la falta de autonomía legislativa determinó que el testamento mancomunado –y en general las instituciones jurídicas gallegas– no hubiera sido objeto de regulación en ninguna fuente legal escrita¹³. Sin embargo, esta

heredaría los bienes del muerto, así como sobredicho es».

¹¹ En contra de la opinión dominante, y con fundamento en el origen y en la ubicación sistemática del pasaje del Fuero Real 3,6,9, *vid.* GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Del testamento de hermandad», *cit.*, págs. 539–547 (en particular las notas 110 y 101).

¹² *Cfr.*, entre otros, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Tomo III, Madrid, 1863, pág. 164; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, 2.ª ed., Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910, pág. 311; CASTÁN, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo VI, Vol. 2.º, 8.ª ed. –revisada y puesta al día por MONTERO-RÍOS, J.B. y CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.ª con la colaboración de VALLET DE GOYTISOLO, J.–, Reus, Madrid, 1979, pág. 138; CUADRADO IGLESIAS, M., «El testamento mancomunado en el Ordenamiento jurídico español...», *cit.*, págs. 1.092–1.093; ALBALADEJO, M., «Comentario al artículo 669 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 1.º–A, EDESA, Madrid, 1990, pág. 107; LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 137 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1997, págs. 1.020–1.021.

¹³ Como es sabido, la circunstancia reseñada –esto es, la ausencia de potestad legislativa– no fue sino una consecuencia de la histórica dependencia de Galicia en el plano político: primero, del Reino de Asturias; después de los Reinos de León y Castilla. Esta subordinación determinó que Galicia no contase con un órgano productor de leyes propio y, en consecuencia, que su Derecho estuviese integrado, exclusivamente, por normas consuetudinarias.

circunstancia no impidió que, en la práctica, dicho testamento alcanzase un importante desarrollo por vía consuetudinaria¹⁴.

Así las cosas, y desde una perspectiva formal, la difusión del testamento conjunto en el ámbito jurídico gallego se ve truncada a finales del siglo XIX con la promulgación del Código civil, al establecer éste expresamente –en sus artículos 669 y 733– la prohibición de testar mancomunadamente¹⁵. De acuerdo

Sobre esta cuestión *vid.*, entre otros, VALCARCE, F., «El denominado Derecho foral gallego y su Compilación», en AA.VV., *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección tercera, Vol. II, Reus, Madrid, 1962, pág. 47 y LORENZO MERINO, F., *El Derecho civil de Galicia y la propuesta de Compilación del 22 de marzo de 1991*, Asociación Galega de Estudios Xurídicos, Santiago de Compostela, 1992, pág. 11.

¹⁴ La tradición del testamento de mancomún en Galicia, cuando menos en el siglo XIX, puede inferirse, con meridiana claridad, del examen de los diversos protocolos notariales. A este respecto, en relación con la proliferación del testamento mancomunado gallego en el período aludido, se consideran suficientemente ilustrativas las referencias al mismo que, con fundamento en las fuentes notariales indicadas, se contienen en sendos trabajos de SAAVEDRA FERNÁNDEZ, P. («Casa y comunidad en la Galicia interior») y FERNÁNDEZ CORTIZO, C. («En casa y compañía: grupo doméstico y estrategias familiares en la Galicia occidental a mediados del siglo XVIII») – publicados ambos en la obra colectiva *Parentesco, familia y matrimonio en la Historia de Galicia*, Tórculo, Santiago de Compostela, 1998– en los que, entre otros aspectos, se abordan las prácticas hereditarias decimonónicas más usuales en las comarcas gallegas objeto de estudio.

¹⁵ La doctrina es unánime a la hora de destacar la autoridad ejercida por el *Code civil* francés de 1804 en el proceso que concluye con la prohibición del testamento mancomunado por parte del legislador español de 1889. A este respecto, cfr. CUADRADO IGLESIAS, M., «El testamento mancomunado en el Ordenamiento jurídico español...», cit., pág. 1.095; AFONSO RODRÍGUEZ, E., «El testamento mancomunado», en *RCDI*, núm. 633 (marzo-abril), 1996, pág. 366; LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 137 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.022; GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Del testamento de hermandad», cit., pág. 626. En Francia, la interdicción del testamento mancomunado se remonta a *l'Ordonnance concernant les testaments* de 1735 (art. 77), de donde pasó al artículo 968 del

con el primero de los preceptos indicados: «*No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de tercero*»¹⁶. A su vez, conforme al artículo 733 del Código civil: «*No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado*».

Code de Napoleón, que recogió la citada prohibición en los términos siguientes: «*Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle*». Una sucinta exposición de la evolución del testamento conjunto en el Derecho francés puede verse en GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Del testamento de hermandad», cit., págs. 592-616.

¹⁶ En relación con el alcance de la prohibición contemplada en el artículo 669 del Código civil ha habido algún autor que, con apoyo en el tenor literal del precepto citado («*en beneficio de tercero*»), ha estimado que el testamento conjunto en el que cada uno de los testadores otorga su disposiciones a favor de distintos terceros debería quedar al margen del supuesto de hecho del artículo 669 (cfr. PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español*, Tomo V, Vol. 1.º, RDP, Madrid, 1954, págs. 217-218). Ahora bien, como ponen de manifiesto CUADRADO IGLESIAS, M., («El testamento mancomunado en el Ordenamiento jurídico español...», cit., pág. 1.097) y ALBALADEJO, M., («Comentario al artículo 669 del Código civil», cit., págs. 109-110), la pretensión formulada debe ser rechazada por las dos siguientes razones: 1) porque la propia literalidad del artículo 669 del Código civil parece acreditar la utilización por el legislador español de la locución «*en beneficio de tercero*» – en simple contraposición a la de «*provecho recíproco*»– en sentido genérico con independencia del número de terceros; 2) porque la finalidad del precepto –que constituye la pauta primordial de toda labor interpretativa (cfr. art. 3.º1 Cc)– evidencia que la esencia de la prohibición viene constituida por el otorgamiento de las disposiciones de última voluntad de dos o más personas en un mismo instrumento y no por quienes sean los posibles beneficiarios de las mismas.

En relación con la normativa expuesta, cabe señalar, de entrada, que la misma podría no haber repercutido negativamente sobre el testamento mancomunado gallego. Ello por cuanto que el originario artículo 12 del Código civil –después de establecer como obligatorias en todo el Estado las disposiciones sobre la aplicación y eficacia de las leyes, así como las normas relativas a las formas de matrimonio– contemplaba, en aquellos territorios en los que existía Derecho foral, la subsistencia de su «*régimen jurídico escrito o consuetudinario*». Y, en este sentido, si bien la consideración de Galicia como territorio foral había suscitado interrogantes en la doctrina¹⁷, diversas normas vinieron a disipar cualquier incertidumbre al respecto¹⁸. Siendo ello así, en

¹⁷ Siguiendo a DE CASTRO, las diversas opiniones sobre el particular podrían concretarse en las siguientes: a) la de aquellos autores que, como DE BUEN, no dudaban de que Galicia fuese un territorio foral; b) la de aquellos otros que, como los anotadores de ENNECCERUS, mantenían la posición contraria, esto es, consideraban que Galicia no era territorio de Derecho foral; c) la de quienes, como CASTÁN, estimaron que si bien históricamente Galicia no fue una región foral, legalmente no cabría negarle ese carácter (cfr. DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 249).

¹⁸ En este sentido, el proceso codificador ofrece no pocos datos para incluir a Galicia entre los territorios de Derecho «foral». En síntesis, el carácter foral de la región gallega aparece corroborado, cuando menos, por tres disposiciones legales: 1) El Real Decreto de 2 de febrero de 1880, por el que se incrementa la Comisión General de Codificación con vocales representantes de cada uno de los territorios forales –a los fines de elaborar una Memoria comprensiva de las instituciones forales que debían incorporarse al Código civil– contemplaba la designación de un delegado para Galicia; 2) La Ley de Bases del Código civil, de 11 de mayo de 1888, hacía referencia de manera expresa, en su base 13, a la legislación de Galicia en materia de servidumbres; 3) La Real Orden de 24 de abril de 1889 –que a su vez trae causa del Real Decreto de 17 de abril del mismo año– creó, entre otras, la Comisión encargada de redactar el anteproyecto de un Apéndice en el que tuviese cabida el Derecho foral de Galicia. En cualquier caso, aun sentado lo anterior, las dudas sobre la configuración de Galicia como territorio foral subsistieron hasta bien mediado el presente siglo, como así lo atestigua la inicial actitud hacia la delegación gallega en el Congreso Nacional de Zaragoza del año 1946, el cual tenía por objeto arbitrar una solución definitiva a la vieja cuestión de los

principio, la pervivencia del testamento mancomunado –en cuanto costumbre gallega– se hallaría, cuando menos en cierta medida, justificada.

Sentado lo anterior, la supresión del testamento mancomunado gallego podría encontrar fundamento en la falta de singularidad de las costumbres gallegas. Y es que como señala FUENMAYOR, tras la Codificación del Derecho civil se suscitó la duda acerca de la naturaleza de las costumbres vigentes en Galicia. Es decir, si se trataban de costumbres autóctonas en sentido estricto o si, por el contrario, eran simples manifestaciones del denominado Derecho castellano¹⁹. Las consecuencias de una u otra calificación diferían radicalmente: en el primer caso, de reputarse como costumbres forales, habría que sostener la vigencia de las mismas (arg. ex art. 12 Cc, en su redacción primitiva); en el supuesto contrario, la mayor parte de esas instituciones estarían condenadas a desaparecer por ser contrarias a la Ley y caer dentro del radio de acción del originario artículo 5.º del Código civil, que proscribía expresamente la costumbre y

Derechos civiles forales. A este respecto resulta sumamente gráfica la afirmación de FUENMAYOR al señalar que los representantes de Galicia –entre los cuales figuraba el citado autor junto con Reino Caamaño– «si bien es cierto que entramos en el Congreso por la puerta angosta y un poco vergonzante del último de los artículos del Código civil [a cuyo tenor quedaban derogadas en las materias objeto del Código todos los cuerpos legales, usos y costumbres del Derecho civil común], no lo es menos que salimos de él bajo las arcadas del artículo 12 [...]» («El Derecho sucesorio en la Compilación de Galicia», en *Estudios de Derecho Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1992, pág. 1.304).

¹⁹ Cfr. FUENMAYOR CHAMPÍN, A., «Derecho Civil de Galicia», en *Estudios de Derecho Civil*, cit., pág. 327. En la misma línea se pronuncia CASTÁN, J., «La Compilación del Derecho civil especial de Galicia», en *RGLJ*, Tomo XLVII, 1963, pág. 719) para quien el «carácter consuetudinario del Derecho galaico [...] ha tenido siempre el inconveniente de la incertidumbre que han ofrecido las instituciones de esta región y las dificultades de su prueba».

la práctica *contra legem*.

Planteada la cuestión en los términos que anteceden, la realidad jurídica acabó por constatar una tendencia a despojar a las costumbres gallegas de su naturaleza foral y, por tanto, a rechazarlas por ser disconformes con la normativa del Código civil²⁰. Así pues, aunque Galicia fuese considerada como región foral, la mayor parte de sus instituciones típicas –al entremezclarse su génesis con la de las costumbres castellanas y, por tanto, al serle negada su idiosincrasia– devendrían nulas a la luz del citado artículo 5.º del Código civil.

En este orden de ideas, y desde una perspectiva legal, la prohibición del testamento mancomunado se certificó de manera inequívoca con la aprobación y entrada en vigor de la denominada *Compilación del Derecho civil especial de Galicia*²¹.

²⁰ En este sentido, se considera altamente significativa la argumentación contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1932. En esta resolución, el Tribunal, después de declarar la ineficacia de una cláusula testamentaria en la que se contenía una delegación de la facultad de mejorar –por ser contraria al artículo 830 del Código civil–, señala sobre el particular que no se pueden admitir «las costumbres gallegas que existan en tal sentido, amparando la que en el recurso se llama casa petrucial, porque serían nulas en derecho por virtud de lo dispuesto por el artículo quinto del Código civil» (STS de 16 de marzo de 1932, *RJA* 965, Cdo. 4.º).

²¹ Con anterioridad se ha aludido a las dificultades que la denominada «cuestión foral» –esto es, la pervivencia de las instituciones jurídicas específicas de aquellas regiones con Derecho civil propio– planteaba en relación con la codificación del Derecho civil. En este orden de ideas, no resulta ocioso retener que la controversia apuntada comienza a ser superada a raíz del Congreso de Derecho civil de Zaragoza de 1946, en el que se promovió la elaboración de unos Cuerpos legales –o *Compilaciones*– que recogiesen las instituciones más arraigadas en los distintos «ordenamientos» forales. Las autoridades políticas se hicieron eco de las demandas del citado Congreso y mediante Decreto de 23 de mayo de 1947 se procedió a la creación de las Comisiones encargadas de efectuar las referidas compilaciones. La Comisión correspondiente a Galicia fue designada a través de la Orden

Este Cuerpo legal, en teoría comprensivo de las instituciones características de la región gallega, no incluía en su articulado la figura del testamento mancomunado. De este modo, la omisión del compilador, unido al carácter supletorio de la legislación civil del Estado (cfr. Disposición Final 2.^a de la Compilación de 1963), determinó que el régimen aplicable fuese el contenido en los ya transcritos artículos 669 y 733 del Código civil.

Así las cosas, la postergación del testamento mancomunado por el compilador de 1963 no impidió, sin embargo, que esta institución continuase estando presente en el ánimo de los testadores gallegos. Este extremo se infiere no sólo de numerosos testimonios doctrinales que demandaban el restablecimiento del testamento conjunto²², sino también –y sobre todo– de ciertos

ministerial de 10 de febrero de 1948 y sus trabajos se dieron por concluidos el 31 de diciembre del mismo año. Tras un proceso posterior de revisión a cargo de la Comisión General de Codificación y la pertinente tramitación en Cortes, el texto definitivo de la *Compilación del Derecho civil especial de Galicia* fue sancionado por Ley de 2 de diciembre de 1963.

²² La oportunidad de regular el testamento mancomunado ha sido comentada, entre otros autores, por PAZ ARES, J.-C., *Instituciones al servicio de la Casa en el Derecho Civil de Galicia*, Talleres Tipográficos Imprenta Núñez, Salamanca, 1964, pág. 174; ABRAIRA LÓPEZ, C., *El Derecho foral gallego. Estudio crítico de la Compilación del Derecho civil especial de Galicia*, Porto y Cia. editores, Santiago de Compostela, 1970, pág. 111 y «Para un axeitado Dereito foral galego», en AA.VV., *Estudos do Dereito Civil de Galicia*, Sept, Santiago de Compostela, 1973, pág. 85; MENÉNDEZ VALDÉS-GOLPE, E., *A reforma da Compilación do Dereito civil de Galicia*, Sept, Santiago de Compostela, 1972, págs. 75–76 y, también del mismo autor, «Presente e futuro do Dereito foral galego», en AA.VV., *Estudos do Dereito Civil de Galicia*, cit., pág. 47; LORENZO FILGUEIRA, V., *Realidad e hipótesis de futuro del Derecho foral de Galicia*, Ayuntamiento de Pontevedra, Vigo, 1986, pág. 75. En el mismo orden de ideas, la conveniencia de restablecer el testamento mancomunado en Galicia figuraba ya de manera expresa entre las conclusiones de la Sección IV («Castro Bolaño») del *I Congreso de Dereito Galego* –celebrado en A Coruña, en el mes de octubre del año 1972– que se hacía eco, de esta manera, de los resultados arrojados por

indicios aportados por la práctica notarial²³. En este sentido, cabe resaltar, de una parte, el fenómeno —relativamente frecuente— en virtud del cual los cónyuges acudían a la Notaría el mismo día y a la misma hora para ordenar conjuntamente su sucesión llegando al convencimiento de estar otorgando un único testamento²⁴. De otra parte, al hilo de lo anterior, el arraigo en la sociedad gallega del testamento mancomunado se hace también patente por el hecho de que, ante la imposibilidad de otorgarlo, los testadores dispusiesen de sus últimas voluntades en instrumentos separados, protocolizados con números correlativos, pero con idéntico contenido²⁵. En otros términos, el ejercicio de la profesión

la encuesta que la revista *Foro Gallego* había dirigido a destacados juristas con motivo de la «inminente» revisión y actualización de la *Compilación de 1963* (cfr. *Foro Gallego*, núms. 153–154, 1972).

²³ No en vano, como ha señalado OTERO VARELA, A. («Sobre la *Compilación del Derecho foral gallego*», en *AHDE*, Tomo XXXV, 1965, pág. 555) «por la vía notarial, principalmente, se fueron elaborando "peculiaridades" que consistieron en salvar los escollos del duro dogmatismo del Código civil, haciéndolo adaptable a la realidad económico-social de la región. Había necesidad de conseguir la indivisión del patrimonio, la viudedad, el testamento mancomunado [...]».

²⁴ Cfr. FUENMAYOR CHAMPÍN, A., «La mejora de labrar y poseer», en *ADC*, Tomo I, Fascículo III, 1948, pág. 887, nota 42 y PAZ ARES, J.-C., *Instituciones al servicio de la Casa...*, cit., pág. 174. Con carácter genérico, sin vincularlo específicamente a Galicia, *vid.*, asimismo, ROURA ROSICH, J., «Los patrimonios de marido y mujer como un todo a efectos sucesorios», en *AAMN*, Tomo XIII, 1962, pág. 70.

²⁵ Cfr., entre otros autores, CASAL RIVAS, A. y NAGORE YARNOZ, J., «El aspecto sucesorio hereditario en Galicia y, en especial, el testamento mancomunado y el usufructo universal del cónyuge viudo» en AA.VV., *Libro del I Congreso de Derecho Gallego*, La Coruña, 1974, pág. 498 y LORENZO FILGUEIRA, V., *Realidad e hipótesis de futuro del Derecho foral de Galicia*, cit., pág. 76. Igualmente resulta ilustrativa la consulta efectuada por CASTIELLA RODRÍGUEZ, entre otros, a dos Notarios de la provincia de Pontevedra. En este trabajo de campo se constata que, durante el año 1989, el 77% de los testamentos autorizados por los fedatarios públicos requeridos se correspondían con testamentos otorgados por cónyuges el mismo día, con el

notarial evidencia, cuando menos, la aspiración de los cónyuges gallegos a testar mancomunadamente.

La discordancia apuntada entre el Derecho constituido y el Derecho vivido empieza a ser superada a raíz de las reformas introducidas por la Constitución española de 1978, tanto en la forma política del Estado como en materia de competencias legislativas en el orden civil. Estos cambios determinaron que la Comunidad Autónoma gallega, en virtud de los artículos 149.1.8.^a de la Constitución y 27.4 del Estatuto de Autonomía de Galicia, asumiese la competencia exclusiva para conservar, modificar y desarrollar el Derecho civil propio, entendiéndose por tal no sólo las instituciones compiladas hasta ese momento, sino también «las costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio autonómico»²⁶.

En el marco legal descrito, la Comunidad Autónoma de

número de protocolo correlativo y con el contenido típico, en todos ellos, del testamento mancomunado: legado de usufructo universal para el cónyuge e institución de heredero con cautela Soccini en favor de los hijos (cfr. CASTIELLA RODRÍGUEZ, J.J., «El testamento mancomunado, institución exportable al Código civil», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 15, 1993, págs. 48-52).

²⁶ STC 182/1992, de 16 de noviembre, FJ 3.º, a través de la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad número 347/1987, interpuesto por el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, contra la Ley 2/1986, de 10 de diciembre, del Parlamento de Galicia, de prórroga en el régimen de arrendamientos rústicos para Galicia. En cualquier caso la primera manifestación de esta potestad legislativa vino representada por la Ley 7/1987, de 10 de noviembre, sobre la Compilación del Derecho civil de Galicia, con la que se procedió a la simple adopción e integración en el Ordenamiento jurídico gallego de la Compilación de 1963. En efecto, como señala LETE DEL RÍO, J.M. («El Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Manual de Derecho civil gallego*, Colex, Madrid, 1999, pág. 27) el legislador autonómico se limitó, en esta ocasión, a modificar aquellos preceptos que presentaban una falta de armonía constitucional y estatutaria.

Galicia decide acometer la adaptación de su Derecho a las nuevas exigencias de la realidad social. Fruto de esta tarea es la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, en la que no sólo se recogen las instituciones ya compiladas, sino que en la misma se da cabida a numerosas figuras consuetudinarias que habían sido condenadas al ostracismo por el silencio del compilador de 1963²⁷. Entre estas últimas instituciones se encuentra, precisamente, el testamento mancomunado, que es objeto de regulación específica en la Sección 2.^a (*Del testamento mancomunado*) del Capítulo III (*De la sucesión testada*) del Título VIII (*Sucesiones*) de la citada Ley.

En este sentido, y en orden a fijar los criterios con arreglo a las cuales se procederá al estudio de la figura del testamento mancomunado, deben efectuarse dos consideraciones ulteriores. En primer lugar, no es posible obviar que la Ley de Derecho civil de Galicia no contiene una regulación completa del testamento conjunto. Esta circunstancia va a explicar que, a los fines de integrar las lagunas que presenta la regulación gallega, se acuda con frecuencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.º1 de la propia Ley, a la normativa del Código civil²⁸. En segundo lugar, cabe ya adelantar que la regulación en cuestión presenta ciertas deficiencias, que son en gran parte consecuencia del forzado

²⁷ La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia fue publicada en el *DOGA* núm. 107, de 6 de junio de 1995, págs. 4.171 y ss., y en el *BOE* núm 152, de 27 de junio de 1995, págs. 19.241 y ss.

²⁸ A tenor de lo establecido en el referido artículo 3.º1 de la Ley de Derecho civil de Galicia: «*Se aplicarán el Código Civil y las demás leyes civiles comunes cuando, al faltar costumbres y leyes civiles gallegas, esas normas no se opongan a los principios del ordenamiento jurídico gallego*». Con carácter general, sobre la incidencia de las normas estatales en los ordenamientos territoriales por razón de supletoriedad, *vid.*, BALZA AGUILERA, J. y DE PABLO CONTRERAS, P., «El Derecho estatal como supletorio del Derecho propio de las Comunidades Autónomas», en *REDA*, núm. 55 (julio-septiembre), 1987, págs. 381-436.

ensamblaje de los trabajos prelegislativos que se hallan en la base de la Ley: la *Propuesta legislativa de Compilación de Derecho Civil de Galicia de 22 de marzo de 1991*, elaborada por una Comisión no permanente de Derecho civil gallego, por un lado; el *Trabajo sobre el Derecho civil gallego* realizado por el *Consello da Cultura Galega*, por otro²⁹. Por otra parte, se ha estimado pertinente analizar en el presente trabajo las soluciones que *ad futurum* se formulan en el *Documento inicial para la posible actualización de la Ley de Derecho civil de Galicia*³⁰.

II. LA PROHIBICIÓN DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO: MOTIVOS Y CRÍTICA

1. PRELIMINARES

Una vez reseñados los principales hitos del proceso codificador en relación con la prohibición del testamento mancomunado gallego, se considera oportuno examinar ahora los argumentos sustanciales en los que pretendidamente se habría

²⁹ Ambos textos pueden consultarse en la revista *Foro gallego*, núm. 184, 1992, págs. 13-37 y 39-59, respectivamente.

³⁰ El Documento referido –que a lo largo de la exposición será citado como «Propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia»– tiene su origen remoto en la creación –por Decreto de la *Xunta*– de la *Comisión Superior para o Estudo e Desenvolvemento do Dereito Civil galego*. Dicha Comisión, después de constituirse formalmente el 13 de septiembre de 1999, en sesión de 15 de diciembre del mismo año recibe el encargo por parte del *Conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laborais* de elaborar un texto sobre la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia. Tras un período aproximado de doce meses, en los que se realizaron diversos borradores y se procedió a su coordinación, la Comisión concluye una primera versión del trabajo. Para un examen del texto de la «Ley de Derecho civil de Galicia» propuesta por la Comisión, *vid. Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Vol. 2.º, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2002.

sustentado la proscripción de esta modalidad testamentaria. En síntesis, prescindiendo de aquellas objeciones particulares susceptibles de incardinarse en otras de índole más genérica, tres han sido las razones aducidas para fundamentar la prohibición en cuestión. En concreto, estos motivos son los siguientes: en primer lugar, los riesgos de sugestión y captación de voluntades que presentaría el testamento conjunto; en segundo lugar, las dificultades inherentes al tema de la revocación; y en tercer lugar, la carencia de virtualidad práctica de la figura en cuestión. De lo que se trata a continuación es de exponer cada uno de los argumentos referidos, examinando al tiempo la consistencia de los mismos.

2. EN TORNO A LA SUGESTIÓN Y CAPTACIÓN DE VOLUNTADES

Entre los motivos tradicionalmente esgrimidos por quienes manifiestan una opinión contraria a la admisión del testamento mancomunado ocupa un lugar destacado el relativo al hipotético riesgo de captación de voluntades de uno de los otorgantes por el otro³¹. Dicho en otros términos, la doctrina ha llamado la atención sobre el peligro que el testamento conjunto encierra en orden a garantizar la libertad y espontaneidad que deben presidir la formación de las disposiciones de última

³¹ Cfr., entre otros, GARCÍA GOYENA, F., «Comentario al artículo 557 del Proyecto de Código civil», cit., pág. 14; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, cit., pág. 311; MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 669, 670 y 671 del Código civil», cit., págs. 149-150; MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a, «Comentario al artículo 669 del Código civil», cit., pág. 411. En idéntico sentido, aunque con referencia al testamento de hermandad navarro, cfr. MORALES Y GÓMEZ, A., *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra que deben quedar subsistentes como excepción del Código general; y los que pueden desaparecer viniendo a la unificación*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1884, pág. 69.

voluntad como consecuencia del carácter pluripersonal del mencionado testamento³².

Sin embargo, a nuestro juicio, la crítica formulada no resulta concluyente por las razones que a continuación se señalan. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la posibilidad de ejercer influencias sobre la voluntad del testador no constituye una anomalía específica del testamento mancomunado. Antes bien, en la medida en que la captación efectiva de la voluntad testamentaria se va a producir, de ordinario, en un momento externo y previo al del propio otorgamiento, cabe entender que el defecto apuntado es igualmente imputable al testamento individual³³. Por esta razón, a los fines de evitar cualquier tipo de

³² En relación con esta cuestión, no han faltado autores para quienes la prohibición del testamento mancomunado vendría justificada por el hecho de no satisfacer éste las notas de unilateralidad y acto personalísimo que el Código civil atribuye con carácter general, *ex* artículo 670, a todo testamento (cfr., respectivamente, VALVERDE y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, Tomo V, 3.ª ed., Talleres tipográficos «Cuesta», Valladolid, 1926, pág. 78 y MANRESA Y NAVARRO, J.M.ª, «Comentario al artículo 669 del Código civil», cit., pág. 415). Sin embargo, lo cierto es que, como ponen de manifiesto otros civilistas (cfr. JORDANO BAREA, J.B., «El testamento», en *RDN*, 1962, núms. 37-38, pág. 96 y ALBALADEJO, M., «Comentario al artículo 669 del Código civil», cit., pág. 105) la unipersonalidad no ha de confundirse ni con la unilateralidad ni con el carácter personalísimo del testamento. En efecto, que el negocio jurídico testamentario sea unilateral significa, simplemente, que la declaración de última voluntad no precisa para su eficacia de otra voluntad ulterior complementaria; siendo ello así, cabe entender que la unilateralidad no resulta incompatible con la existencia de una pluralidad de testadores siempre que éstos se hallen *ex uno latere*. Por otra parte, el carácter personalísimo del testamento implica que su formación corresponde única y exclusivamente al testador, sin que sea posible delegar dicho cometido en un representante o en un tercero; en consecuencia, toda vez que en el testamento mancomunado los testadores, personalmente, otorgan sus propias disposiciones cabe concluir que la mancomunación, de por sí, no se opone al carácter personalísimo del testamento.

³³ A este respecto, cfr. ALBALADEJO, M., «Comentario al artículo 669 del Código civil», cit., pág. 108 y AFONSO RODRÍGUEZ, E., «El testamento

sugestiones, la circunstancia de que las disposiciones testamentarias se hagan constar en uno o en varios testamentos separados, carece de una especial relevancia³⁴.

Es más, en nuestra opinión, ahondando en el argumento precedente, el riesgo apuntado quedaría, incluso, minimizado tratándose del testamento mancomunado gallego. En efecto, dado que el referido testamento ha de revestir la forma abierta notarial (arg. *ex art.* 136 LDCG), parece poco probable que la contingencia comentada, esto es, la captación de voluntad, se pueda producir en presencia de quien por ley está obligado a asegurarse de que los testadores reúnen la capacidad legal necesaria para testar (cfr. arts. 663 y 685 Cc)³⁵.

Y, en segundó lugar, frente al argumento de las sugerencias y captaciones de voluntad a que puede dar lugar el testamento mancomunado como fundamento de la prohibición, también cabría objetar que el riesgo en sí mismo considerado no posee entidad suficiente para justificar dicha exclusión. Ello no sólo porque, en última instancia, quien padece la presión podría rechazarla³⁶, sino también porque no resulta lógico combatir el

mancomunado», cit., pág. 376.

³⁴ Cfr. SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL, J.L., «El testamento navarro de hermandad», en *ADA*, 1945, pág. 191 y COELLO GALLARDO, A., *Sucesiones*, Tomo I, Madrid, 1952, pág. 85. De la misma opinión parece ser MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a («Comentario al artículo 669 del Código civil», cit., págs. 413-414), quien, pese a mostrarse favorable a la supresión del testamento conjunto por las sugerencias y captaciones a que daba lugar, considera que la libertad de testar conforme a los designios de su voluntad no se logra «con sólo exigir que cada uno manifieste en papel distinto su disposición en las mismas condiciones y en idénticas circunstancias en que hubiera de llevarse a efecto el testamento de común».

³⁵ La forma del testamento mancomunado gallego será objeto de análisis específico en el apartado IV.3 de este Capítulo introductorio.

³⁶ Cfr. ALBALADEJO, M., «Comentario al artículo 669 del Código

uso por un eventual abuso; máxime cuando el Ordenamiento jurídico arbitra medios suficientes para combatir dichos excesos. En este sentido, baste señalar los mecanismos que con carácter general se contemplan para la impugnación del testamento por vicios del consentimiento³⁷.

3. EN TORNO A LA CUESTIÓN DE LA REVOCABILIDAD

Posiblemente la crítica más generalizada de la que ha sido objeto el testamento mancomunado es aquélla que hace referencia a los problemas que plantea la determinación de su régimen de revocación. En este sentido, para los detractores del testamento conjunto la irrevocabilidad del mismo atentaría contra la naturaleza, esencialmente revocable, de los actos de disposición *mortis causa* (cfr. art. 737 Cc); por el contrario, declarar revocable el testamento mancomunado implicaría dejar abierta una puerta a la defraudación de las perspectivas sucesorias de los otorgantes, máxime si la revocación puede tener lugar con posterioridad al fallecimiento del otro testador³⁸.

Así las cosas, a nuestro juicio, ninguna de las objeciones expuestas debe estimarse definitiva para justificar la prohibición del testamento conjunto. Y ello por cuanto que, en el ámbito de la realidad jurídica, se puede constatar que la práctica totalidad de legislaciones civiles españolas que admiten el testamento

civil», cit., pág. 108.

³⁷ En la misma línea, cfr. ALBALADEJO, M., «Comentario al artículo 669 del Código civil», cit., pág. 108 y AFONSO RODRÍGUEZ, E., «El testamento mancomunado», cit., pág. 379.

³⁸ Cfr., entre otros autores, GARCÍA GOYENA, F., «Comentario al artículo 557 del Proyecto de Código civil», cit., pág. 14; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos ó estudios fundamentales...*, cit., págs. 164-165; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, cit., pág. 311.

mancomunado han arbitrado fórmulas –con variantes más o menos acusadas– a través de las cuales resulta factible conjugar la naturaleza esencialmente revocable del testamento *in genere* con el riesgo que, en orden a garantizar la voluntad *mortis causa* de los testadores, conlleva la revocabilidad del testamento mancomunado en particular.

En concreto, centrando la cuestión en la Ley de Derecho civil de Galicia cabría señalar que el testamento conjunto se configura como esencialmente revocable; y ello con independencia, en principio, de que se haya producido el fallecimiento de uno de los otorgantes (cfr. arts. 138 a 140 LDCG). Ahora bien, a los fines de paliar el inconveniente antes reseñado, que se derivaría de la absoluta revocabilidad del testamento conjunto –esto es, la defraudación de las previsiones sucesorias– el legislador ha establecido una restricción a la facultad de revocar. Esta limitación consiste básicamente en declarar irrevocables tras la muerte de uno de los otorgantes las denominadas cláusulas recíprocamente condicionadas, es decir, aquéllas que uno de los testadores ha adoptado teniendo en cuenta las del otro (cfr. art. 140 LDCG).

En suma, cabría concluir que las objeciones formuladas al testamento mancomunado en relación con la disyuntiva revocabilidad–irrevocabilidad no resultan determinantes en el marco del Derecho civil de Galicia. En efecto, la Ley 4/1995, de 24 de mayo concibe el testamento conjunto como esencialmente revocable tanto en vida de ambos otorgantes como después del fallecimiento de uno de ellos. Ahora bien, muerto uno de los testadores –y a los fines de garantizar la última voluntad del cónyuge fallecido– esa revocabilidad absoluta queda excepcionada en lo que atañe a las disposiciones recíprocamente condicionadas (cfr. art. 140 LDCG).

4. EN TORNO A LA AUSENCIA DE VIRTUALIDAD PRÁCTICA

Tampoco han faltado autores para quienes la prohibición del testamento mancomunado vendría justificada por el hecho de que dicho testamento carece de «motivo razonable en la ciencia»³⁹. En otros términos, a tenor de la doctrina aludida el testamento conjunto debería ser rechazado por tratarse de una modalidad testamentaria sin relevancia práctica alguna.

Sin embargo, en nuestra opinión, la objeción expuesta está desprovista de todo fundamento. Ello por cuanto que, de entrada, la larga pervivencia de la figura, junto con la proliferación de su uso en el transcurso de los tiempos⁴⁰, ya presuponen una cierta

³⁹ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos ó estudios fundamentales...*, cit., pág. 165. Asinismo, aunque referido al testamento de hermandad navarro, cabría señalar la opinión de MORALES Y GÓMEZ, A. (*Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra...*, cit., págs. 68 y 69), a cuyo juicio, la desaparición del testamento de hermandad apenas tendría relevancia ya que, en el fondo, se podría disponer de igual manera a través de dos testamentos individuales soslayando, al mismo tiempo, los inconvenientes que en orden a la revocación plantea el testamento conjunto.

⁴⁰ Al respecto resulta ciertamente ilustrativa la estadística elaborada por SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL –a partir de los datos obrantes en el Registro de Actos de Última Voluntad del Ilustre Colegio Notarial de Pamplona– en la que trata de analizar la relación porcentual que media entre los testamentos de hermandad y el total de testamentos otorgados en Navarra durante los años 1940–1944. Los datos arrojados en dicho estudio evidencian que en el período analizado los testamentos de hermandad representaban entre un 39'68% y un 44'08 % de la cifra total de testamentos (cfr. SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL, J.L., «El testamento navarro de hermandad», cit., pág. 191). Con todo, como señala GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., («Del testamento de hermandad», cit., págs. 694–695), los resultados de la estadística antes referida no dejan de ser meramente orientativos, y no se adecúan exactamente –aunque por defecto– a la realidad jurídica navarra, ya que a juicio del citado autor la proporción en cuestión sería mucho mayor si el

utilidad de la misma⁴¹. Pero, además, el testamento de mancomún lejos de adolecer de toda virtualidad presenta indudables aspectos positivos que harían abogar por su existencia. A la exposición de los mismos se dedica el epígrafe siguiente.

III. VENTAJAS DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO

1. IDEAS PREVIAS

Es tradicional en la doctrina destacar como una de las principales utilidades del testamento mancomunado la del reforzamiento de la idea de unidad familiar. En efecto, numerosos autores han considerado que el testamento conjunto, en cuanto posible manifestación de la armonía y unión entre los cónyuges, estaría posibilitando la *fictio iuris* en virtud de la cual esa comunidad de vida en que consiste el matrimonio se prolonga en

estudio se hubiese realizado con criterios más rigurosos, excluyendo del cómputo aquellos testamentos individuales otorgados por quienes no reúnen los requisitos establecidos por la ley para testar de manera conjunta. Por otra parte, interesa resaltar aquí que el fenómeno descrito no se circunscribe únicamente al Derecho navarro; de hecho, sobre la base de ciertos trabajos de campo (cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J.B., «Sucesión testada a favor del viudo en La Rioja», en *AAMN*, Tomo VII, 1953, págs. 465-484 y CASTIELLA RODRÍGUEZ, J.J., «El testamento mancomunado, institución exportable al Código civil», cit., págs. 48-52) sería posible colegir que incluso en aquellos territorios en que rige la prohibición de testar de manera conjunta, la mayor parte de los testamentos otorgados por quienes se hallan unidos en matrimonio responden al esquema tradicional del testamento mancomunado.

⁴¹ En la misma línea, cfr., asimismo, TEIXEIRA GRACIANETA, A. («El testamento mancomunado aragonés», en *ADA*, Tomo XII, 1963-1964, pág. 50), a quien el hecho de que una institución «sin posible justificación teórica, hubiera gozado de una larga vida en la práctica jurídica de muchos pueblos, y siguiera usándose y practicándose en algunos [...]» le resultaría ciertamente extraño.

el tiempo más allá de la muerte de uno de los contrayentes⁴². Asimismo, entre las ventajas del testamento mancomunado, también se han aducido razones de simplicidad. En concreto, se ha señalado que la referida modalidad testamentaria, en la medida en que evita una duplicidad de actos, supondría una notable reducción de las molestias inherentes a todo otorgamiento⁴³.

En cualquier caso, prescindiendo de argumentos de tipo extrajurídico, la verdadera relevancia del testamento mancomunado radica, a nuestro juicio, en que la figura objeto de estudio representa un cauce idóneo para la resolución y simplificación de determinados problemas que no cuentan con una adecuada regulación jurídica. En síntesis, dos son las dificultades que el testamento mancomunado contribuye a solventar de manera evidente: el legado de bienes gananciales, por un lado; la partición de estos mismos bienes, por otro.

⁴² Para esta opinión, cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, cit., pág. 311; LORENTE SANZ, J., «El testamento mancomunado en el Apéndice foral aragonés», en *Primera Semana de Derecho aragonés* (Jaca 1942), Zaragoza, 1942, pág. 127; SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL, J.L., «El testamento navarro de hermandad», cit., págs. 188-189; COELLO GALLARDO, A., *Sucesiones*, Tomo I, cit., pág. 84; TEIXEIRA GRACIANETA, A., «El testamento mancomunado aragonés», cit., págs. 51-52; NAGORE YARNOZ, J.J., «Testamento mancomunado y su especialidad en Navarra», en *ADA*, Tomo XIV, 1968-1969, pág. 258; MERINO HERNÁNDEZ, J.L., «Revocación *post mortem* del testamento mancomunado aragonés y de hermandad navarro», cit., pág. 57 y, posteriormente, «Del testamento mancomunado», cit., págs. 100-101; CASTIELLA RODRÍGUEZ, J.J., «El testamento mancomunado, institución exportable al Código civil», cit., págs. 44-45; AFONSO RODRÍGUEZ, E., «El testamento mancomunado», cit., págs. 433 y 445-447; GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Del testamento de hermandad», cit., pág. 693.

⁴³ Cfr., entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, cit., pág. 311 y TEIXEIRA GRACIANETA, A., «El testamento mancomunado aragonés», cit., págs. 52-53.

2. EL LEGADO DE BIENES GANANCIALES

De conformidad con lo establecido en el artículo 112 de la Ley de Derecho civil de Galicia el régimen económico del matrimonio vendrá constituido –salvo que se haya convenido un sistema distinto– por la denominada sociedad de gananciales. A los efectos que ahora interesan, ello significa que la mayor parte de los bienes de los cónyuges formarán parte de una masa común de titularidad conjunta (cfr. art. 1.344 Cc) en relación con la cual la disposición *mortis causa* plantea no pocas dificultades. En síntesis, el problema que presentan los bienes de naturaleza ganancial estriba en armonizar la titularidad conjunta de los mismos con el principio en virtud del cual el testador sólo puede disponer de su propio patrimonio (cfr. art. 659 Cc).

La Ley de Derecho civil de Galicia no contiene ninguna norma específica en la materia. Por esta razón se hace necesario acudir con carácter supletorio a la normativa del Código civil (arg. *ex art.* 3.º1 LDCG). En concreto, la disposición *mortis causa* de los bienes de naturaleza ganancial es objeto de regulación en el artículo 1.380 del Código civil, a cuyo tenor: «*La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario, se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento*»⁴⁴. Sin embargo, lo cierto es que la normativa expuesta no resulta enteramente satisfactoria. Ello porque si bien se garantiza la eficacia del legado, no se asegura, en cambio, que la voluntad del causante se vea realmente cumplida. Así sucederá cuando después de haber procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales el bien legado se adjudique al patrimonio del

⁴⁴ Para un examen de las diversas fundamentaciones doctrinales en torno al artículo 1.380 del Código civil *vid.*, por todos, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La disposición testamentaria de bienes gananciales (Régimen jurídico)», en *ADC*, Tomo XLIII (julio–septiembre), 1990, págs. 815–821.

causante; pero no, en cambio, en el caso contrario, en el que no sería posible el cumplimiento del legado *in natura* sino en valor equivalente.

Así las cosas, se infiere ya la relevancia que el testamento mancomunado puede revestir en tales supuestos. En efecto, el testamento conjunto permitiría la ordenación simultánea de la sucesión patrimonial de los cónyuges y, en consecuencia, a través del mismo quedaría garantizada –con independencia de los resultados de la liquidación de la sociedad de gananciales– la efectividad del legado⁴⁵.

3. LA PARTICIÓN DE BIENES GANANCIALES

Un problema similar al planteado por el legado de bienes gananciales se reproduce en relación con la partición de dichos bienes. Ello se debe a que conforme al artículo 1.056 del Código civil, la partición tiene que referirse exclusivamente a los bienes del testador: «*Cuando el testador hiciere (...) la partición de sus bienes*», dispone expresamente el precepto señalado⁴⁶. De este

⁴⁵ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», en AA.VV., *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pág. 140.

⁴⁶ A este respecto resulta significativa la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 13 de octubre de 1916, en la que se dispone que «si bien conforme a los términos del artículo 1.056 del Código civil, cuando el testador hiciese por acto entre vivos o por última voluntad la partición de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique a los herederos forzosos, es necesario para dar efectividad a tales disposiciones, que los bienes distribuidos sean propios del causante; es decir, estén en su disponibilidad, pues de otro modo las facultades concedidas al mismo para dividir, liquidar y adjudicar el caudal propio, se harían extensivas a derechos ajenos, con el pretexto de hallarse íntimamente ligados a los suyos» (*JR*, Tomo IV, pág. 1.319). En el mismo sentido, pueden consultarse, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1959 (*RJA* 4499), de

modo, puesto que los cónyuges no pueden de manera unilateral incluir en su partición bienes gananciales, el inconveniente se cifra en la eventual existencia, tras el fallecimiento de uno de los esposos, de una masa de bienes de titularidad conjunta –cónyuge superviviente y herederos del causante– susceptible de generar múltiples conflictos⁴⁷. Además, en orden a calibrar la relevancia del problema expuesto, debe tenerse presente que la partición de bienes gananciales –dado el carácter supletorio que reviste la sociedad de gananciales (cfr. art. 112 LDCG)⁴⁸– no constituye,

20 de mayo de 1965 (*RJA* 2602), de 3 de marzo de 1980 (*RJA* 1016) y, más recientemente, las de 5 de junio de 1988 (*RJA* 3095) y 7 de diciembre de 1988 (*RJA* 9301). En todo caso, tras la reforma del Código civil operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, algún autor –en concreto DOMÍNGUEZ LUELMO– ha considerado que no existe obstáculo alguno para que en la partición se puedan incluir bienes gananciales. A juicio del citado autor, ello sería posible con fundamento en los artículos 1.379 y 1.380 del Código civil – que autorizan la disposición testamentaria de los bienes gananciales tanto a título de legado como de herencia– puestos en relación con el artículo 1.056 del mismo Cuerpo legal. En todo caso, aún admitiendo la posibilidad de incluir en la partición bienes de naturaleza ganancial, no cabe duda que en tales supuestos la eficacia de dicha partición queda en última instancia supeditada al resultado de la liquidación de gananciales. Dicho en otros términos, la disposición de los bienes gananciales según la concibe DOMÍNGUEZ LUELMO plantearía serios inconvenientes cuando una vez liquidada la sociedad de gananciales los bienes adjudicados al causante no se corresponden con los dispuestos por él en el documento particional. Es cierto que el testador pudo haber previsto la circunstancia reseñada y, en consecuencia, haber ordenado la sustitución de los bienes objeto de la partición por aquellos otros que le hubiesen tocado en suerte tras la liquidación. Sin embargo, como reconoce el propio autor, la previsión referida resulta factible cuando la partición de los bienes se hace por cuotas, pero no así cuando se ha efectuado una asignación de bienes concretos (cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La disposición testamentaria de bienes gananciales (Régimen jurídico)», cit., págs. 837–840).

⁴⁷ Poniendo de manifiesto esta dificultad, cfr. AFONSO RODRÍGUEZ, E., «El testamento mancomunado», cit., págs. 434–435.

⁴⁸ No sucederá lo mismo, en cambio, en aquellos territorios como

en modo alguno, un fenómeno aislado.

Ante la situación descrita, la doctrina ha tratado de paliar los obstáculos que la partición de bienes gananciales plantea acudiendo al mecanismo de la partición conjunta⁴⁹. En síntesis, la solución propuesta consistiría en que los cónyuges efectuasen de común acuerdo por acto *inter vivos* la previa liquidación y adjudicación de los bienes gananciales para, a continuación, proceder cada uno de ellos a la partición de sus respectivos patrimonios. Con todo, no resulta ocioso recordar que la partición conjunta, pese a hallarse generalizada en la práctica, no deja de despertar dudas en orden a su legalidad al no contar con una regulación positiva⁵⁰.

Sea como fuere, en lo que a Galicia se refiere, la Ley de Derecho civil ha puesto fin a dicha incertidumbre legal al acoger de manera expresa la referida partición por medio del artículo 157.2, a cuyo tenor: «*Los cónyuges pueden partir conjuntamente en un solo documento (...)*». De esta manera, el legislador gallego

Cataluña (cfr. art. 10.2 del Código de Familia) e Islas Baleares (cfr. arts. 3.º1, 65 y 67.1 de la Compilación de Derecho civil) en los que es el régimen de separación de bienes el que rige, con carácter general, en defecto de pacto.

⁴⁹ Cfr., entre otros, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El legado de cosa ganancial», en *ADC*, 1952, págs. 529 y ss. (en particular, págs. 544 y ss); DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., «La partición de herencia por el propio testador», en *RDN*, núm. XXVII (enero-marzo), 1960, págs. 213 y ss.; RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «La partición hecha por el testador», en *RDN*, núm. LXVIII (abril-junio), pág. 227.

⁵⁰ En este sentido se manifestaba RODRÍGUEZ ADRADOS, A., («La partición hecha por el testador», cit., pág. 227), a cuyo juicio cabría admitir la partición de los dos cónyuges en un sólo acto, aunque ello no fuera doctrina segura. En contra de dicha posibilidad, cfr. REINO CAAMAÑO, R. («El artículo 1.056 del Código civil», en *Foro Gallego*, 1950, pág. 32) para quien la partición conjunta supondría una vulneración de los artículos 669 y 670 del Código civil.

ofrece una vía idónea para que los cónyuges puedan disponer de manera conjunta de sus bienes gananciales. Y ello, al menos en principio, a través de un doble cauce formal: el testamento –que necesariamente ha de ser mancomunado– o un documento independiente que puede ser público o privado (cfr. art. 157.1 LDCG).

Sin embargo, la regulación que de la partición conjunta hace el legislador gallego no deja de suscitar importantes interrogantes. Así sucede en aquellos casos en que los testadores proceden en un documento privado a la distribución de su patrimonio sin realizar la previa disolución y liquidación del régimen de gananciales. En concreto, en tales supuestos el problema estriba en que, una vez acordada la partición y fallecido uno de los cónyuges, el supérstite puede ampararse en la falta de liquidación de la sociedad de gananciales para, a través de la solicitud de la misma, alterar el contenido de la partición. En otros términos, dado que la Ley de Derecho civil de Galicia no contiene ninguna norma sobre el carácter vinculante de la partición conjunta, cabría sostener la posibilidad de que con posterioridad a la muerte de uno de los cónyuges, el supérstite a través de un acto unilateral –petición de la liquidación de gananciales– pudiera desvirtuar el contenido de la partición y, en consecuencia, defraudar la voluntad *mortis causa* del cónyuge muerto en primer lugar⁵¹.

Así las cosas, es precisamente en esta sede en donde la virtualidad del testamento mancomunado se pone, nuevamente,

⁵¹ De ahí que a juicio de ALBA PUENTE, F., («Comentario al artículo 157 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, cit., pág. 237) hubiera sido conveniente que la Ley de Derecho civil de Galicia previera la irrevocabilidad con carácter unilateral del proyecto de liquidación de la sociedad de gananciales implícito en la partición conjunta.

de manifiesto. Y ello, por cuanto que la referida modalidad testamentaria permite dotar de firmeza a la liquidación tácita que los cónyuges proyectan al realizar la partición conjunta de los bienes de gananciales y, por tanto, la propia partición⁵².

En efecto, por un lado, en vida de los otorgantes, el testamento mancomunado permite a los cónyuges tener la certeza de conocer cualquier alteración que se pretenda introducir en la adjudicación de bienes inicialmente acordada en la partición (cfr. art. 139.1 LDCG). Por otro lado, fallecido uno de los cónyuges, el testamento mancomunado, a través del complemento que suponen las cláusulas recíprocamente condicionadas, también constituye un instrumento idóneo para garantizar la irrevocabilidad unilateral del proyecto de liquidación de la sociedad de gananciales que se halla en la base de la partición (cfr. art. 140 LDCG)⁵³.

4. RECAPITULACIÓN

A la vista de lo expuesto en los epígrafes precedentes cabe concluir que el testamento mancomunado no sólo consolida la idea de unidad familiar, al posibilitar la ordenación conjunta de las disposiciones *mortis causa* de los cónyuges, sino que conlleva además importantes ventajas de índole práctica.

⁵² El papel complementario del testamento mancomunado en relación con la partición conjunta ha sido destacado, entre otros autores, por ALBA PUENTE, F. «Comentario al artículo 157 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 267; DÍAZ FUENTES, A., *Dereito civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/1995*, Seminario de Estudos Galegos, Santiago de Compostela, 1997, págs. 316–317; y GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia», en AA.VV., *Dereito civil de Galicia. (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de Maio)*, Revista Xurídica Galega, Santiago de Compostela, 1995, pág. 417.

⁵³ Para esta opinión, cfr., MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 140.

En este sentido, debe tenerse presente que a través del testamento conjunto es posible asegurar la efectividad del legado de bienes gananciales, que con carácter general se halla supeditada a la coyuntura de que el objeto del legado se atribuya –tras la liquidación de la sociedad de gananciales– al patrimonio del causante.

Asimismo, en conexión con lo anterior, ha de admitirse que el testamento mancomunado también facilitaría el proceso de partición de bienes de naturaleza ganancial, toda vez que los testadores, a través de cláusulas recíprocamente condicionadas, pueden dotar de firmeza la liquidación tácita proyectada en el propio testamento.

IV. CONFIGURACIÓN DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO EN LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA

1. CONCEPTO Y MODALIDADES

Con carácter genérico, el testamento mancomunado podría ser definido como aquel acto en virtud del cual dos o más personas, de manera simultánea, ordenan su sucesión en un sólo documento o instrumento⁵⁴. Dos son, por tanto, los aspectos esenciales que

⁵⁴ En este sentido, conviene llamar la atención sobre el hecho de que el testamento mancomunado, en sí mismo considerado, constituye un negocio jurídico unitario e indivisible. Por esta razón, cabe ya adelantar que la falta de los requisitos legales en uno de los otorgantes del testamento conjunto se va a traducir en la nulidad del negocio testamentario en su integridad, sin que quepa la posibilidad de conversión en uno o, en su caso, dos testamentos individuales. A este entendimiento coadyuva no sólo la falta de una disposición legal expresa que la permita –como sucede, *v.gr.*, en el artículo 115.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón– sino también la «jurisprudencia» del Tribunal Supremo. En concreto, la sentencia de 29 de enero de 1960 que, en relación con una disposición testamentaria contenida en un testamento ológrafo, dispone lo siguiente: «al producirse, dicha terminante

encierra el concepto expuesto: la pluralidad de testadores, por un lado; la unicidad de otorgamiento e instrumento, por otro⁵⁵.

La primera característica definitoria del testamento mancomunado –en contraposición a la unipersonalidad del testamento individual– vendría constituida por la presencia de varios otorgantes. Esta nota de la pluralidad de testadores, aún siendo común a todo testamento conjunto, comprende –en última instancia– dos posibilidades diversas según que el número de disponentes sea dos (testamento mancomunado doble) o más de dos (testamento mancomunado plural). Asimismo, ha de tenerse en cuenta que el testamento mancomunado otorgado por dos personas admite una ulterior subdivisión en función de que los testadores sean o no cónyuges⁵⁶.

Con estos antecedentes, y a los efectos de ubicar el testamento mancomunado gallego en alguna de las coordenadas reseñadas, debe afirmarse que el legislador autonómico ha optado por el criterio más restrictivo. Ello por cuanto que, según resulta del artículo 137 de la Ley de 24 de mayo de 1995, el otorgamiento mancomunado se refiere únicamente a quienes se hallan unidos

e insoslayable prohibición determina su nulidad radical, así como la imposibilidad de que una disposición de esta índole, pueda convertirse fragmentariamente y por sólo valorarse defectos formales, haciendo caso omiso de los esenciales, en negocio jurídico válido y eficaz, pues que ello no puede producirse en derecho, cuando ha de proceder necesariamente una declaración de nulidad por ilicitud integral de lo realizado» (STS de 29 de enero de 1960, Cdo. 2.º, *RJA* 894).

⁵⁵ Con respecto al testamento mancomunado en el Derecho gallego, cfr. GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico-familiar e sucesorio...», cit., pág. 400; LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 137 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.027; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «La sucesión testada», en AA.VV., *Manual de Derecho civil gallego*, cit., pág. 224.

⁵⁶ Cfr. MERINO HERNÁNDEZ, J.L., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 95.

en matrimonio. En suma, conforme a la regulación contenida en la Ley de Derecho civil de Galicia, la pluralidad de otorgantes que individualiza al testamento mancomunado queda reducida a dualidad y ésta, a su vez, se circunscribe únicamente a quienes se encuentran ligados por vínculo matrimonial.

El segundo elemento básico que integra la noción del testamento de mancomún está representado por la unidad de otorgamiento y de instrumento. En efecto, el testamento conjunto requiere que las manifestaciones de última voluntad de los otorgantes sean formuladas simultáneamente y que las mismas estén plasmadas en un sólo documento. Por esta razón, no cabría hablar de testamento mancomunado en aquellos casos en que los testadores, de manera complementaria, ordenasen sus disposiciones *mortis causa* en instrumentos separados⁵⁷. De igual forma, aunque se trate de un supuesto poco probable en la práctica, tampoco podrían reputarse como testamento mancomunado aquellas voluntades sucesorias que, pese a constar en un único documento, han sido manifestadas en momentos diferentes⁵⁸.

⁵⁷ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., págs. 123-124 y LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 137 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.027. Asimismo, aunque en relación con el alcance de la prohibición del testamento mancomunado contenida en el artículo 669 del Código civil, cfr. CUADRADO IGLESIAS, M., «El testamento mancomunado en el Ordenamiento jurídico español...», cit., pág. 1.097 y ALBALADEJO, M., «Comentario al artículo 669 del Código civil», cit., pág. 106.

⁵⁸ En principio, la hipótesis comentada, esto es, una hoja de papel conteniendo diversas voluntades *mortis causa* manifestadas en actos diferentes sólo parece viable tratándose de una forma especial de testamento (*v.gr.* testamento abierto en inminente peligro de muerte) o de testamentos ológrafos. Descartada su configuración como testamento mancomunado al faltar el requisito de la unidad de acto u otorgamiento, se ha enjuiciado la validez de tales declaraciones como testamentos autónomos e individuales. En este sentido, la doctrina considera, en principio, que no habría nada que objetar si el documento pudiera ser dividido de tal forma que las disposiciones de última

Así las cosas, tomando como pauta las anteriores notas caracterizadoras del testamento mancomunado, sería posible distinguir en él hasta tres modalidades diferentes; todas ellas susceptibles de ser incardinadas en la noción que del testamento conjunto se contiene, implícitamente, en la Ley de Derecho civil de Galicia⁵⁹. En síntesis, las referidas variantes del testamento mancomunado gallego son las siguientes:

a) El testamento meramente simultáneo (*testamentum merae simultaneum*), caracterizado por la ausencia total de vinculación entre las disposiciones de los otorgantes. Constituye, en suma, el modelo paradigmático de la mancomunidad estrictamente formal.

voluntad de cada uno de los otorgantes quedasen separadas. El problema se plantearía, en cambio, cuando concurriendo dos voluntades sucesorias diferentes, una se recoge en el anverso y la otra en el reverso del mismo documento, de manera que éste no es susceptible de ser fraccionado en los términos apuntados. En este caso, las soluciones ofrecidas ya no son coincidentes. Así, TRAVIESAS, M.M. («El testamento», en *RDP*, Tomo XXII, 1935, págs. 108–109), aunque se muestra dubitativo, se inclina por rechazar la validez de ambas declaraciones por las dificultades que presentaría su protocolización. CUADRADO IGLESIAS, M. («El testamento mancomunado en el Ordenamiento jurídico español...», cit., pág. 1.096), sin embargo, no ve inconveniente alguno en protocolizar una o ambas declaraciones a través de una copia auténtica, sin que por ello quepa entender vulnerada la Ley.

⁵⁹ Con carácter general, esta clasificación tripartita del testamento mancomunado ha sido asumida, entre otros autores, por CUADRADO IGLESIAS, M., «El testamento mancomunado en el Ordenamiento jurídico español...», cit., págs. 1.097–1.098 y VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho de Sucesiones*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1984, pág. 974. En relación con la Ley de Derecho civil de Galicia también adoptan idéntica enumeración MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 124; ALONSO VISO, R., «El testamento mancomunado gallego», en *Revista Xuridica Galega*, núm. 14, 1996, pág. 21 y LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 137 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.028.

b) El testamento correspectivo (*testamentum correspectivum*), en el que las disposiciones de cada uno de los otorgantes se hallan condicionadas a las adoptadas por el otro testador.

c) El testamento recíproco (*testamentum reciprocum o mutuum*), es decir, aquél que contiene una institución mutua entre los otorgantes⁶⁰. Normalmente, esta clase de testamento se suele identificar con el testamento correspectivo. Sin embargo, reciprocidad y correspectividad –aún presentando una estrecha relación– no son conceptos coincidentes; de ahí que el testamento mutuo pueda ser considerado como una categoría autónoma⁶¹.

En cualquier caso, sentado lo anterior, no han faltado autores para quienes la verdadera esencia de la mancomunidad radicaría en la conexión que, a su juicio, debe mediar entre las declaraciones de los otorgantes⁶². En otros términos, para estos

⁶⁰ Como señala VALLET DE GOYTISOLO, J. (*Panorama del Derecho de Sucesiones*, Tomo I, cit., pág., 974), no debe confundirse el testamento recíproco con el testamento captatorio en el que la institución se realiza bajo la condición de ser instituido por aquél a quien se instituye. En otro orden de ideas, tampoco resulta ocioso recordar que en el caso del testamento mutuo la unidad documental es básica; por esta razón no se comparte la opinión de ROGUIN, E. (*Traité de Droit Civil comparé. Les Successions*, Vol. III, Paris, 1912, pág. 393) para quien bastaría con que hubiese institución recíproca entre los otorgantes, aunque la misma se articulase en documentos independientes, para hablar de mancomunidad.

⁶¹ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 124.

⁶² Cfr., entre otros autores, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., (*Códigos ó estudios fundamentales...*, cit., pág. 164) y PUIG PEÑA, F. (*Tratado de Derecho civil español*, Tomo V, Vol. 1.º, cit., págs. 217–218), quien, al excluir de la prohibición contenida en el artículo 669 del Código civil el testamento conjunto en el que cada uno de los testadores otorga sus disposiciones a favor de distintos terceros, parece cifrar la esencia de la mancomunidad en la interdependencia de las instituciones de los otorgantes. Desde la perspectiva del Derecho navarro también consideran la relación entre las distintas

autores el rasgo distintivo del testamento mancomunado vendría constituido por la interdependencia de las diversas disposiciones testamentarias, de suerte tal que, de no existir esta vinculación, el testamento no podría considerarse mancomunado⁶³.

Sin embargo, en nuestra opinión, la conexión entre las declaraciones de voluntad que conforman el testamento conjunto no constituye, en sentido estricto, un elemento definitorio de éste. Este extremo se infiere, cuando menos, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. De modo indubitado, de la sentencia de 13 de febrero de 1984, en la que el citado Tribunal declara que el testamento mancomunado está caracterizado por su «unidad instrumental, no por su contenido»⁶⁴. De esta manera, no sería

cláusulas testamentarias como el elemento característico del testamento de hermandad: SANTAMARÍA DE CRISTOBAL, J.L., «El testamento navarro de hermandad: su arraigo en las costumbres y su régimen en el Fuero», cit., pág. 187 y GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a la Ley 199 del Fuero Nuevo de Navarra», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, Tomo XXXVII, Vol. 1.º, cit., págs. 699 y 710-711.

⁶³ Con referencia al testamento de hermandad navarro —aunque perfectamente extrapolable al testamento mancomunado gallego—, se manifiesta de forma tajante el citado GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., («Comentario a la Ley 199 del Fuero Nuevo de Navarra», cit., págs. 699 y 710-711, especialmente la nota 31) para quien los testamentos en los que falta la mancomunidad en la disposición «no pueden, en buena técnica, ser considerados como conjuntos o mancomunados».

⁶⁴ STS de 13 de febrero de 1984, *RJA* 648. Esta resolución ha sido objeto de un detallado comentario por parte de COCA PAYERAS, M. (en *CCJC*, núm. 4, enero-marzo, 1984, págs. 1.355-1.364), quien, por diversas razones, no comparte en su totalidad la opinión expresada por el Tribunal Supremo y considera que el testamento mancomunado también se caracteriza por su contenido. Ahora bien, ello no implica que, a juicio del citado autor, la conexión entre las disposiciones testamentarias de los otorgantes se erija en un rasgo definidor del testamento conjunto. Lo que sucede es que COCA PAYERAS identifica «contenido» con pluralidad de declaraciones de voluntad. Y es éste el sentido en el que disiente con respecto a la doctrina

posible singularizar al testamento de mancomún atendiendo a la interrelación de sus cláusulas testamentarias, pues con ello se estaría dando entrada en la definición a un elemento que, si bien hace referencia a su contenido prototípico, no sería consustancial al propio testamento. Además, a los fines de definir el testamento mancomunado, la correlación entre las disposiciones testamentarias de los otorgantes no dejaría de revestir un carácter meramente accesorio o secundario ya que, en el fondo, este criterio distintivo tampoco se colige de la Ley (arg. ex arts. 137 a 140 LDCG).

Sobre la base de las consideraciones precedentes, cabría, por tanto, configurar de manera concreta el testamento mancomunado gallego como aquel acto por el cual dos personas unidas en matrimonio ordenan, en un mismo documento, y con independencia de cómo se articulen las respectivas disposiciones testamentarias, su propia sucesión. En todo caso, debe admitirse que la vinculación material de las disposiciones de los otorgantes constituye uno de los aspectos más significativos del testamento mancomunado. De ahí que se considere necesario efectuar una aproximación previa a la noción misma de correspectividad.

2. CORRESPECTIVIDAD: CONCEPTO Y CLASES

El concepto de correspectividad no es objeto de formulación específica en la Ley de Derecho civil de Galicia⁶⁵. El

sentada por el Tribunal Supremo. Así lo confirma el hecho de que, de acuerdo con COCA PAYERAS, también serían mancomunados aquellos testamentos – que él denomina «de adición»– en los que existe una absoluta desconexión entre las declaraciones de voluntad de los otorgantes (cfr. COCA PAYERAS, «Comentario a la sentencia de 13 de febrero de 1984», cit., pág. 1.360).

⁶⁵ Por el contrario, la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón ofrece una definición expresa de correspectividad al establecer, en su artículo 105.1, lo siguiente: «*Son correspectivas entre sí las disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente*

legislador gallego se ha limitado a establecer una regulación diferenciada en orden a la revocación de las disposiciones testamentarias, en función de que éstas tuviesen o no el carácter de «recíprocamente condicionadas» (cfr. arts. 139–140 LDCG).

Sin embargo, a pesar de la indeterminación legal, cabe ya inferir que la noción misma de correspectividad está estrechamente ligada con los conceptos de reciprocidad y de condicionalidad⁶⁶. De este modo, puede afirmarse que la correspectividad hace referencia a la vinculación material de las disposiciones de uno de los otorgantes con las del otro, de suerte tal que la adopción de tales disposiciones por parte de cada testador no habría tenido lugar sin la adopción de aquello que constituye su correlato⁶⁷.

La correspectividad no es un concepto con un contenido

condicionada, sea en beneficio mutuo o de tercero. La correspectividad no se presume». En términos similares, el artículo 187.2 de la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia dispone: «(...) Son correspectivas as disposicións de contido patrimonial cunha eficacia que estivese recíprocamente condicionada por vontade expresa dos outorgantes».

⁶⁶ Cfr. TEIXEIRA GRACIANETA, A., «El testamento mancomunado», cit. pág. 111.

⁶⁷ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A. «Del testamento mancomunado», cit., pág. 124. En este orden de ideas, no resulta ocioso señalar que la correspectividad está al margen de las relaciones de valor de las herencias de ambos testadores. De ahí que, como señala REICHEL —en el marco del caso que se le somete a dictamen— no pueda admitirse que el causante con un patrimonio relativamente insignificante haya renunciado a la correspectividad porque no le es posible ofrecer a la otra parte un equivalente válido; ni tampoco que el cónyuge adinerado no atribuya importancia a la correspectividad, simplemente, porque el patrimonio del cotestador era de escasa importancia (cfr. *Zur Lehre vom gemeinschaftlichen Testament. Zwei Rechtsgutachten*, Gustav Fischer, Jena, 1915, págs. 19–20; en el mismo sentido, cfr. HOFFMAN, E., *Das gemeinschaftlichen Testament und das Schweiz. Zivilgesetzbuch*, Schwarzenbach, St. Gallen, 1944, pág. 44).

invariable, sino que dentro del mismo es posible apreciar diversos grados y modalidades. De hecho, siguiendo a REICHEL, podría diferenciarse, en primer término, entre correspectividad bilateral y unilateral. Existe correspectividad bilateral cuando las disposiciones de cada uno de los testadores están supeditadas a la subsistencia de la disposición del otro. Cabe hablar de correspectividad unilateral, en cambio, cuando la disposición de un cónyuge depende de la del otro, pero la de éste, empero, no se halla supeditada a la existencia de la disposición del primero⁶⁸.

Asimismo, de acuerdo con REICHEL, la correspectividad –tanto bilateral como unilateral– puede ser perfecta o imperfecta. En el primer caso, la existencia de una disposición se hace depender de la permanencia de la disposición del otro cotestador. En el segundo supuesto –correspectividad imperfecta– la dependencia en cuestión sólo tiene lugar en relación con determinadas circunstancias que determinan la inexistencia o ineficacia de la disposición de uno de los testadores y que, de producirse, conllevarían la ineficacia de las disposiciones del otro⁶⁹.

Por otra parte, a las categorías reseñadas cabría añadir, a su vez, la de correspectividad expresa y tácita. La correspectividad es expresa cuando los propios testadores la prevén de modo terminante en el testamento; y tácita, cuando a falta de una declaración de los cónyuges al respecto, la correspectividad se

⁶⁸ En cualquier caso, como señala MERKEL, H., (*Das gemeinschaftlichen Testament*, Schwäbische Verlagsdruckerer, Dillingen a. Donau, 1930, pág. 52) la expresión «correspectividad unilateral» no es muy afortunada, ya que correspectividad significa recíproca condicionalidad y no hay una recíproca condicionalidad unilateral: se trata de una contradicción en sí misma. Por ello, como señala el propio autor, en el mejor de los casos, en los supuestos de correspectividad unilateral puede establecerse una relación de dependencia unilateral, pero entonces no existe una correspectividad.

⁶⁹ *Vid.*, por todos, REICHEL, H., *Zur Lehre vom gemeinschaftlichen Testament...*, cit., págs. 36–37.

infiere del propio testamento⁷⁰.

Al hilo de esta última distinción entre corresponsividad expresa y tácita, cabe señalar que en el ámbito de la Ley de Derecho civil de Galicia los otorgantes no tienen la obligación de determinar qué disposiciones revisten carácter corresponsivo⁷¹. De este modo, a falta de toda indicación expresa al respecto, habrá de estarse a los términos del propio testamento⁷². De ahí

⁷⁰ Cfr. MERINO HERNÁNDEZ, J.L., «Comentario a los artículos 96 y 97 de la Compilación de Aragón», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXIV, Vol. 1.º, cit., pág. 125. A juicio de este autor, la corresponsividad podría ser, asimismo, total o parcial: la primera afectaría a todas las disposiciones del testamento; la segunda a una sólo parte del mismo. Sin embargo, en nuestra opinión, en tales hipótesis no cabría hablar de corresponsividad total o parcial, sino de un testamento total o parcialmente corresponsivo.

⁷¹ Distinta es la solución prevista en la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón, pues en esta normativa «*la corresponsividad no se presume*» (art. 105.1 *in fine*) y, por tanto, los otorgantes del testamento mancomunado deben manifestar –en el mismo testamento o contrato sucesorio– el grado de vinculación que media entre sus disposiciones. En la misma línea se orienta la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia, toda vez que, conforme a su artículo 187.2 *in fine*, «*a corresponsividade non se presume*».

⁷² En otras legislaciones civiles, en cambio, existe una presunción de corresponsividad que afecta a determinado tipo de disposiciones. Así, en la Ley de Derecho civil del País Vasco –en lo que a Guipúzcoa se refiere– «*se presume, salvo prueba en contrario, que tienen esta naturaleza corresponsiva todas las disposiciones de carácter patrimonial contenidas en el testamento mancomunado*» (art. 174.3 LDCFPV). También en el ámbito del BGB alemán, se presume que las disposiciones testamentarias guardan una relación de corresponsividad entre sí «*si los cónyuges se designan mutuamente o si es hecha a un cónyuge por el otro una atribución, y para el caso de sobrevivencia del designado es adoptada una disposición en favor de una persona que es pariente del otro cónyuge o que se relaciona con él de otra manera*» (§ 2270.2 BGB). En relación con el Derecho gallego –en donde, como se ha dicho, no existen tales presunciones– MARTÍNEZ GARCÍA, M.A. («Del testamento mancomunado», cit., pág. 125) se muestra partidario de

que, a juicio de la doctrina –a los fines de soslayar cualquier inconveniente futuro– resulte aconsejable que el Notario encargado de autorizar el testamento consulte a los otorgantes si desean condicionar recíprocamente sus disposiciones y, en caso afirmativo, deje constancia expresa en el propio instrumento público de las cláusulas que revisten tal naturaleza⁷³.

3. FORMA

La Ley de Derecho civil de Galicia no contiene ningún precepto que, de modo taxativo, establezca la forma que ha de revestir el testamento mancomunado, limitándose a señalar en su artículo 136 lo siguiente: «*El testamento abierto podrá ser individual, mancomunado o por comisario*»⁷⁴.

Así las cosas, tomando como referente el precepto transcrito, y dada la ausencia de una regulación expresa en la materia, la doctrina no se ha pronunciado de manera uniforme en

considerar correspectivas –a título orientativo– las cláusulas establecidas con carácter recíproco entre los otorgantes, en tanto que las establecidas en favor de terceros, habría de partirse de una interpretación contraria a la recíproca condicionalidad.

⁷³ Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, cit., pág. 1.057

⁷⁴ En relación con la norma expuesta baste señalar la falta de rigor técnico del legislador gallego al emplear un criterio enunciativo en el que se entremezclan cuestiones jurídicas diversas como son el carácter unipersonal y pluripersonal del testamento, por un lado, y el carácter personal o delegable del mismo, por otro. Para esta opinión, cfr., asimismo, MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «El testamento abierto notarial», en AA.VV., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, cit., págs. 115–116; DÍAZ FUENTES, A., *Derecho civil de Galicia*, cit., págs. 264 y 267–268; LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, cit., pág. 986.

relación con la forma del testamento mancomunado gallego. En este sentido, las opiniones doctrinales formuladas al respecto podrían reconducirse a dos posiciones antagónicas: por un lado, considerar que la forma abierta es la única que puede adoptar el testamento mancomunado⁷⁵; por otro lado, estimar que el testamento conjunto es susceptible de ser otorgado en cualquiera de las formas testamentarias admitidas en el Derecho español⁷⁶.

De acuerdo con la exposición realizada por MARTÍNEZ GARCÍA⁷⁷, los argumentos esgrimidos en apoyo de la posibilidad de testar mancomunadamente en forma distinta de la abierta notarial se circunscriben a los tres siguientes:

a) En primer lugar, se señala el tenor literal del párrafo primero del artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia. En concreto, sobre la base del mencionado texto legal, que dispone que el testamento abierto «*podrá ser*» mancomunado, se considera que la forma abierta constituye con respecto al testamento mancomunado una mera posibilidad y no un

⁷⁵ Cfr. GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico-familiar e sucesorio...», cit., pág. 401; LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., págs. 986-987 y también del mismo autor «Comentario al artículo 137 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.032; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «Comentario a los artículos 141 y 142 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, cit., págs. 1.115-1.118.

⁷⁶ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «El testamento abierto notarial», cit., pág. 117; CORA GUERREIRO, J.M. y GIL CABALLERO, M.ªJ., «Del testamento por comisario», en AA.VV., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, cit., pág. 146; ALONSO VISO, R., «El testamento mancomunado en el Derecho gallego», cit., págs. 25-26; DÍAZ FUENTES, A., *Derecho civil de Galicia*, cit., págs. 264 y 267-268.

⁷⁷ «El testamento abierto notarial», cit., pág. 117.

imperativo⁷⁸.

b) En segundo lugar, se subraya la circunstancia de que la enumeración contenida en el artículo 136 de la Ley de 24 de mayo de 1995 no tiene carácter exhaustivo ni cerrado. En otros términos, se afirma que la correspondencia establecida en el citado artículo 136 de la Ley entre testamento abierto notarial y testamento mancomunado no excluye que éste pueda revestir otras formas.

c) En tercer lugar, debido a que la Ley gallega, en orden a la revocación unilateral del testamento mancomunado, exige la forma abierta notarial de manera expresa (art. 139 LDCG), se apunta que la intención del legislador era aplicar al otorgamiento y la revocación reglas formales diferentes. Es decir, del establecimiento de la forma abierta notarial para la revocación del testamento conjunto se colige que el testamento modificado no tiene porque ser obligatoriamente de esta clase⁷⁹.

Sin embargo, a nuestro juicio, los argumentos aducidos no resultan concluyentes. Ello por cuanto que conforme a los mismos presupuestos podría llegar a defenderse la solución contraria. En efecto, por lo que se refiere a la literalidad del artículo 136 podría concluirse que, a tenor de los términos de la Ley, de lo que no cabe duda es que la única forma del testamento mancomunado regulada es la abierta notarial. De la misma manera, respecto de la enunciación realizada en el artículo 136, cabría argumentar que no existen datos suficientes en la Ley para sostener la posibilidad de otorgar testamento mancomunado en otra forma al margen de la consabida abierta notarial. Finalmente,

⁷⁸ En la misma línea, *vid.* CORA GUERREIRO, J.M. y GIL CABALLERO, M.ª J., «Del testamento por comisario», *cit.*, pág. 146.

⁷⁹ Cfr. DÍAZ FUENTES, A., *Dereito civil de Galicia*, *cit.*, pág. 267.

en cuanto a la consideración atinente a la forma de la revocación, dicha explicación en modo alguno parece definitiva ya que, dejando al margen que la forma abierta se exige respecto de la revocación o modificación unilateral, sería posible interpretar esta referencia en el sentido de que la revocación debe hacerse en la forma abierta notarial porque es la misma forma que debe revestir el testamento revocado o modificado⁸⁰.

Es más, en nuestra opinión, existirían no pocas razones de entidad para mantener la forma abierta notarial como la única posible del testamento mancomunado gallego. En síntesis, los motivos aludidos podrían concretarse en los términos que a continuación se exponen:

a) En primer lugar, cabría señalar los antecedentes prelegislativos –representados por los textos elaborados por el *Consello da Cultura Galega* y la *Comisión non permanente de Dereito Civil de Galicia*– en los que el testamento mancomunado se configuraba como un testamento abierto notarial. El trabajo elaborado por el *Consello* no se refería de manera directa a la forma del testamento mancomunado, aunque la forma abierta notarial de la referida modalidad testamentaria podía colegirse de la interpretación conjunta de los artículos 88 y 89⁸¹. En cuanto a la Propuesta de la *Comisión non permanente*, el artículo 92 establecía expresamente la forma abierta notarial del testamento mancomunado al disponer que «*Los cónyuges podrán testar*

⁸⁰ Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho Civil de Galicia», cit., págs. 986–987.

⁸¹ El artículo 89 del trabajo elaborado por el *Consello da Cultura Galega*, que coincide sustancialmente con el artículo 136 de la Ley gallega, dispone en su párrafo primero: «*O testamento aberto poderá ser individual, mancomunado e por comisario*». A su vez, el artículo 88 del citado trabajo establece lo siguiente: «*Os testamentos, no que non estivese regulamentado especialmente nesta Compilación, rexeranse polo disposto no Código Civil*».

mancomunadamente en un sólo instrumento, dentro o fuera de Galicia, con las formalidades propias del testamento abierto notarial del lugar del otorgamiento».

Sentado lo anterior, es cierto que en la Ley se omitió toda referencia –al margen de la contenida en el artículo 136 en sede del testamento abierto notarial– a la forma del testamento mancomunado y que, en consecuencia, pudiera objetarse que la intención del legislador gallego de 1995 era precisamente alterar las pautas establecidas en los proyectos precedentes⁸². Sin embargo, a nuestro juicio, el reproche formulado quedaría desvirtuado por el examen de la tramitación parlamentaria de la Ley, en la que, en ningún momento, se tomó en consideración la cuestión objeto de estudio⁸³.

b) En segundo lugar, también podría argumentarse que la configuración del testamento mancomunado al margen de la forma abierta notarial habría requerido una manifestación expresa del legislador en tal sentido⁸⁴. De hecho, así acontece en todas las demás legislaciones forales en las que cabe el otorgamiento del testamento mancomunado en una forma distinta de la abierta notarial⁸⁵. Al mismo tiempo, como pone de manifiesto PÉREZ

⁸² Cfr. DÍAZ FUENTES, A., *Dereito civil de Galicia*, cit., pág. 268.

⁸³ Así lo reconoce el propio MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «El testamento abierto notarial», cit., pág. 117.

⁸⁴ Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 987 y PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «Comentario a los artículos 141 y 142 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., págs. 1.116 y 1.117.

⁸⁵ En efecto, a tenor del artículo 94.1 de la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón –y que se corresponde en esencia con el derogado artículo 94 de la Compilación de Derecho civil– «*El testamento mancomunado, en tanto sea compatible con los requisitos establecidos para cada una de ellas, y el unipersonal pueden revestir cualquier forma, común, especial o excepcional, admitida por la Ley*»; a su vez, la Ley 199, párrafo

ÁLVAREZ, resulta significativo que la única diferencia sustancial entre la regulación del testamento mancomunado contenido en la Ley de Derecho civil de Galicia y aquella otra que, en el fondo, le sirvió de modelo –la establecida en los hoy derogados artículos 94, 96 y 97 de la Compilación de Derecho civil de Aragón– consista en la no asunción por parte del legislador gallego de la normativa atinente a la forma, en virtud de la cual el testamento mancomunado podría revestir «*cualquier forma común, especial o excepcional (...)*» (art. 94.2 de la Compilación aragonesa). En suma, de acuerdo con el citado autor, parece posible entender que el modo de proceder del legislador gallego no obedece sino a la previa configuración del testamento mancomunado, *ex* artículo 136 de la Ley gallega, como abierto notarial⁸⁶.

c) En tercer lugar, la forma abierta notarial del testamento mancomunado parece desprenderse, asimismo, de la regulación que el legislador gallego hace de otras instituciones en sede de sucesiones. En concreto, la observancia de la susodicha forma notarial se infiere de los artículos 118.1 y 157.3 de la Ley, relativos, respectivamente, a la constitución del usufructo de viudedad y a la denominada partija conjunta.

El artículo 118.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia, en su inciso segundo, contempla indistintamente como medios válidos para la constitución con carácter recíproco del usufructo

segundo, de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra dispone que «*Con excepción de la forma ológrafa, el testamento de hermandad podrá revestir cualquier otra forma admitida en esta Compilación, en tanto se cumplan los requisitos establecidos para cada una de ellas*»; por último, conforme al párrafo segundo del artículo 49 de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco, «*Este testamento sólo podrá ser otorgado ante Notario*».

⁸⁶ Cfr. «Comentarios a los artículos 141 y 142 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., págs. 1.116–1.117.

voluntario de viudedad el testamento mancomunado, las capitulaciones matrimoniales y «*cualquier otra escritura pública*», dando a entender pues que entre ellos existe una cierta identidad. En este sentido, pudiera cuestionarse si la expresión «*cualquier otra escritura pública*» tiene como único antecedente «*capitulaciones matrimoniales*» o si, por el contrario, se refiere también al «*testamento mancomunado*».

Sin embargo tales dudas se disipan por completo a la vista del apartado final del propio artículo 118.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia, a tenor del cual el usufructo voluntario viudal podrá constituirse «*con carácter unilateral en cualquier clase de testamento, en capitulaciones matrimoniales o en escritura pública*». Es decir, la desaparición del indefinido «*otra*» cuando se da entrada a la expresión «*cualquier clase de testamento*» acredita, a nuestro juicio, la identificación existente entre el testamento mancomunado y la escritura pública y en consecuencia entre aquél y la forma abierta notarial⁸⁷.

La exigencia de la forma abierta para el testamento mancomunado también parece deducirse del artículo 157.3 de la Ley de 24 de mayo de 1995. Este precepto, al abordar el tema de la partija conjunta establece que «*cuando la hiciesen [los cónyuges] en documento no testamentario y existiese alguna contradicción con el testamento abierto, prevalecerá la partija realizada en aquél, siempre que se otorgase en documento público de fecha posterior al testamento*». Entre las numerosas dificultades de índole hermenéutica que plantea el artículo transcrito –claro exponente del inadecuado ensamblaje de los dos textos preparlamentarios que están en la base de la Ley– figura la del significado que debe atribuirse a la alusión que en el mismo se hace al testamento abierto.

⁸⁷ Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «Comentario a los artículos 141 y 142 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.117, nota 67.

En relación con el interrogante apuntado, resulta evidente que una interpretación literal del artículo 157.3 conduciría a resultados absurdos. Así cabría calificar, cuando menos, el hecho de que la contradicción existente entre la partija conjunta realizada en un documento no testamentario y el testamento se solvente, en último término, atendiendo a la forma del testamento; en otras palabras, no parece lógico que en el caso de incompatibilidad descrito prevalezca la partija sobre el testamento si éste es abierto, pero no si es cerrado u ológrafo.

Formulada la cuestión en los términos que anteceden, a nuestro juicio, la incoherencia expuesta hallaría explicación a la luz de los textos que constituyen el origen del precepto. Ciertamente, si se tiene en cuenta: 1.º) Que el artículo 157.3 de la Ley gallega es fiel trasunto del artículo 114 del trabajo elaborado por el *Consello da Cultura Galega*; 2.º) Que en dicho proyecto se contempla la partición conjunta en testamento y en documento no testamentario; 3.º) Que la partija conjunta acordada en testamento sólo se puede formalizar a través del testamento mancomunado; y 4.º) Que la forma de dicho testamento a tenor de los artículos 88 y 89 del propio trabajo ha de ser la abierta notarial, sería posible concluir que la mención que al testamento abierto se hace en el susodicho artículo 157.3 de la Ley constituye una metonimia por medio de la cual se designa al testamento mancomunado. Es decir, en última instancia, los problemas que el artículo 157.3 de la Ley de Derecho civil de Galicia suscita son debidos a que el legislador, de manera implícita, concibe el testamento mancomunado como abierto notarial y en vez de referirse a aquél por su nombre lo hace por su forma⁸⁸.

⁸⁸ En relación con la mención que al testamento abierto se hace en el artículo 157.3 de la Ley de Derecho civil de Galicia, GUTIÉRREZ ALLER, V., («Réxime económico-familiar e sucesorio...»), cit., pág. 416) considera igualmente que la intención del legislador gallego era la de referirse al testamento mancomunado. En todo caso, el citado autor trata de solventar el absurdo al que conduce la interpretación literal del mencionado artículo 157.3

d) Finalmente, junto a las razones señaladas sería factible invocar la virtualidad de la forma abierta notarial en relación con determinadas dificultades propias del testamento mancomunado. En primer lugar, la forma abierta notarial permite eliminar cualquier asomo de duda sobre uno de los tradicionales defectos imputados al testamento conjunto: la captación de voluntades de uno de los otorgantes por parte del otro; al menos así sucederá salvo que se admita que la sugestión pueda tener lugar en presencia de quien, por Ley, debe cerciorarse de la espontaneidad y libertad de las manifestaciones que ante él se realizan.

Del mismo modo, la forma abierta notarial, al posibilitar el asesoramiento de una persona experta en Derecho, se erige en un instrumento óptimo para garantizar la plasmación de la verdadera voluntad de los testadores; aspecto este último no carente de relevancia habida cuenta de la complejidad que las disposiciones conjuntas pueden entrañar.

Por último, aunque sea con un carácter más específico, cabe ya destacar la función que la forma abierta puede desempeñar en orden a asegurar la efectiva capacidad de los otorgantes en aquellos casos en que uno de ellos, aún siendo incapaz de hecho, no hubiera sido incapacitado (cfr. art. 665 Cc)⁸⁹.

En conclusión, ninguno de los argumentos invocados para

acudiendo con carácter supletorio al artículo 1.075 del Código civil (arg. ex art. 3.º1 LDCG) de manera que de existir contradicción entre el testamento (cerrado u ológrafo) y la partija conjunta realizada en documento no testamentario prevalecerá esta última, salvo que se perjudique la legítima o se presuma otra la voluntad del testador. La incongruencia comentada ha sido también puesta de manifiesto por DÍAZ FUENTES, A., *Dereito civil de Galicia*, cit., pág. 315.

⁸⁹ Haciéndose eco de las dos primeras virtudes de la forma abierta notarial con respecto al testamento mancomunado señaladas en el texto, cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «El testamento abierto notarial», cit., pág. 118.

sostener que el testamento mancomunado gallego puede otorgarse en forma distinta a la abierta notarial resulta determinante. Antes bien, una interpretación lógico-sistemática de la Ley (cfr. arts. 118, 136 y 157 LDCG), unida a las garantías que desde un punto de vista práctico lleva consigo, abogarían por la forma abierta notarial como la única a través de la cual cabe testar de manera conjunta.

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS ELEMENTOS PERSONALES

I. INTRODUCCIÓN

Tras haber examinado la configuración genérica del testamento mancomunado en la Ley del Derecho civil de Galicia, el presente Capítulo se centrará en las personas que han de intervenir en el otorgamiento de la referida modalidad testamentaria.

El análisis debe comenzar necesariamente con los otorgantes del testamento mancomunado. En este sentido, se tomarán en consideración los requisitos a los que la Ley gallega supedita la posibilidad de testar de mancomún (cfr. art. 137 LDCG). Cabe adelantar que, junto a la capacidad testamentaria genérica, se prestará especial atención a los presupuestos específicos de otorgamiento del testamento conjunto: la existencia de vínculo matrimonial entre los otorgantes y la vecindad civil gallega.

Con todo, los elementos personales no se agotan en la figura de los testadores. En efecto, como quiera que el testamento mancomunado gallego ha de revestir la forma abierta notarial, se colige que al otorgamiento en cuestión debe concurrir el Notario autorizante. A este respecto, se estima oportuno analizar, en primera instancia, los criterios de atribución de competencia para autorizar el testamento y las consecuencias que para éste se derivan de la infracción de tales normas. Delimitada la cuestión precedente, se acometerá el estudio de las funciones que el fedatario debe desarrollar en el otorgamiento y, al hilo de lo anterior, se examinarán los presupuestos y la naturaleza de la responsabilidad en la que el Notario pudiera incurrir por no haber observado las formalidades establecidas en la Ley.

Finalmente, en relación con los elementos personales del testamento mancomunado, habrá que referirse a los testigos. Las hipótesis en que su actuación es necesaria, así como las condiciones que han de reunir y el número en que han de concurrir, cerrará la siguiente exposición.

II. LOS TESTADORES

1. PRELIMINARES

La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, dispone expresamente en su artículo 137 lo siguiente: «*Los cónyuges gallegos podrán otorgar testamento mancomunado, aun fuera de Galicia*»⁹⁰. Dicho en otros términos, en relación con el otorgamiento del testamento conjunto, la Ley gallega refiere la testamentifacción activa únicamente a aquellas personas que, teniendo la vecindad civil gallega, están unidas en virtud de vínculo matrimonial. Así las cosas, con el tenor literal del precepto transcrito como punto de partida, cabría concretar los requisitos que han de reunir los otorgantes del testamento mancomunado gallego en los tres siguientes:

a) En primer lugar, aunque el precepto no lo diga expresamente, constituye un presupuesto necesario que los otorgantes disfruten de la capacidad genérica para testar. En este sentido, debe tenerse presente que la Ley gallega de Derecho civil no cuenta con una regulación específica en materia de testamentifacción activa. Por esta razón, y dado el carácter supletorio de la normativa del Código civil (cfr. art. 3.º¹ LDCG),

⁹⁰ El tenor del artículo 137 de la Ley de Derecho civil de Galicia, que no fue objeto de modificación alguna durante el pertinente proceso de tramitación parlamentaria (cfr. el artículo 122 de la proposición de Ley de 22 de junio de 1994, *BOPG*, IV Legislatura, núm. 90, 23 de junio, pág. 2.194), coincide sustancialmente con el artículo 90 del trabajo sobre el Derecho civil gallego elaborado por el *Consello da Cultura Galega* («*Los cónyuges gallegos podrán testar mancomunadamente, aun fuera de Galicia, sólo en forma de testamento*») y también –salvo en lo atinente a la constancia expresa de la forma– con el artículo 92 de la propuesta legislativa de Compilación, de 22 de marzo de 1991, efectuada por la *Comisión non permanente* («*Los cónyuges podrán testar mancomunadamente en un solo instrumento, dentro o fuera de Galicia, con las formalidades propias del testamento abierto notarial del lugar del otorgamiento*»).

serán de aplicación –con las particularidades que se verán en su momento– las normas que al respecto se contienen en el referido Cuerpo legal (cfr. arts. 662 y 663 Cc). En suma, los testadores han de ser mayores de catorce años y han de hallarse en su «cabal juicio».

b) En segundo lugar, al margen de la capacidad testamentaria genérica, es preciso también que entre los otorgantes medie matrimonio. Ello por cuanto que, a la vista de lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley de Derecho civil de Galicia, sólo los cónyuges podrán testar mancomunadamente. Siendo ello así, se comprende, por un lado, que las denominadas parejas de hecho queden al margen de la regulación que del testamento mancomunado ha efectuado el legislador gallego; y, por otro, que sea necesario considerar la incidencia tanto de la nulidad matrimonial como del divorcio –y, mediatamente, también de la separación– en la validez y eficacia del testamento conjunto.

c) Y, en tercer lugar, es necesario además que los otorgantes tengan la vecindad civil gallega (cfr. art. 137 LDCG). Ahora bien, en relación con este requisito cabe ya adelantar que, a nuestro juicio, no procede una interpretación estrictamente literal del mismo. Con ello se quiere significar que –sin perjuicio de las dificultades que la determinación del régimen jurídico aplicable pueda plantear– cabe la posibilidad de un testamento mancomunado en el que sólo uno de los otorgantes tenga la vecindad civil gallega, siempre y cuando al otro cónyuge no le esté prohibido hacer uso de esta modalidad testamentaria.

Efectuadas estas consideraciones, de lo que se trata a continuación es de analizar de modo singular cada uno de los requisitos expuestos. A tal fin, se comenzará con el examen referente a la capacidad testamentaria, se continuará después con el análisis del requisito relativo a la condición de cónyuges de los otorgantes y se finalizará con el estudio de la vecindad civil gallega.

2. LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA GENÉRICA

2.1. Ideas previas

La Ley de Derecho civil de Galicia, como se acaba de indicar, no contiene una normativa propia en materia de capacidad testamentaria⁹¹. Por ello, y habida cuenta de que para

⁹¹ No sucede lo mismo, en cambio, en las legislaciones civiles de Navarra, Cataluña y Aragón. En Navarra, la Compilación de Derecho civil foral regula la capacidad para otorgar testamento a través de la ley 184, puesta en relación con la ley 50. En concreto, la ley 184 prescribe lo siguiente: «*Son incapaces para testar: 1. Los impúberes. 2. Los que en el momento de otorgar testamento no se hallaren en su cabal juicio. Respecto del testamento otorgado en intervalo lúcido se estará a lo dispuesto en el Código civil*»; a su vez, la ley 50 dispone: «*Se consideran púberes los mayores de catorce años de uno y otro sexo*». En Cataluña la *testamentifactio* activa es objeto de regulación en los artículos 103 y 104 del Código de sucesiones por causa de muerte. De acuerdo con el primero de estos preceptos: «*Podrán testar todas las personas que no sean incapaces de hacerlo según la ley*»; conforme al artículo 104 del citado Código de sucesiones: «*Son incapaces para testar los menores de catorce años y los que no tengan capacidad natural en el momento del otorgamiento*». Finalmente, en relación con el Derecho aragonés, los requisitos de capacidad exigibles para testar se contienen en el artículo 93.1 de la Ley de sucesiones por causa de muerte, a cuyo tenor: «*Pueden testar todas las personas físicas que, al tiempo de otorgar el testamento, sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural (...)*». En todo caso, si se contrastan las normativas expuestas con lo establecido en el Código civil (arts. 662 y 663 Cc), habrá que concluir que, a pesar de contar con normas propias, la capacidad para testar en los Derechos civiles comentados coincide sustancialmente con la exigida en el «Derecho común». Ahora bien, esta circunstancia no se traduce –en lo que a Aragón se refiere– en una inexistencia total de especialidades en materia de capacidad testamentaria activa. De hecho, en el Derecho aragonés, aunque sea como consecuencia de la regulación de la mayoría de edad, cabe la posibilidad de otorgar un testamento ológrafo, no a partir de los dieciocho años, como sucede en el régimen del Código civil (cfr. art. 688, párr. 1.º en relación con el art. 315, párr. 1.º), sino a partir de los catorce. En efecto, de acuerdo con el artículo 688 del Código civil: «*El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad*»; en la misma línea, el artículo 93.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte

estos casos de vacío normativo está prevista la aplicación supletoria del Código civil y de las demás leyes civiles comunes (cfr. art. 3.º LDCG), puede afirmarse que, en orden a la capacidad para testar mancomunadamente, rige el régimen contenido en los artículos 662 y 663 del Código civil.

De acuerdo con el primero de los preceptos indicados, podrán otorgar testamento «*todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente*». Es decir, en materia de testamentifacción activa, el Código civil parte de un principio genérico de libertad, de suerte tal que las únicas limitaciones al mismo estarían representadas por aquéllas que el propio Código establece de modo explícito. Y con ello, como pone de manifiesto la generalidad de la doctrina, se pretende eliminar la posibilidad de que el intérprete, a través de la analogía o de los principios generales del Derecho, pueda entresacar causas de incapacidad al margen de las expresamente previstas por la ley⁹².

dispone: «*Pueden otorgar testamento ológrafo quienes sean mayores de edad*». Sin embargo, conforme al artículo 4.º de la Compilación de Derecho civil de Aragón: «*Tendrán la consideración de mayores de edad los menores desde el momento en que contraen matrimonio*». Por tanto, toda vez que, previa dispensa del Juez de Primera instancia, es posible que los mayores de catorce años contraigan matrimonio (art. 48, párr. 2.º, Cc), ex artículo 4.º de la citada Compilación sería factible un testamento ológrafo otorgado por aragonés mayor de catorce años, siempre y cuando hubiese contraído matrimonio. En general, sobre la edad y el Derecho aragonés, *vid.* SANCHO REBULLIDA, F. DE A., «La capacidad de las personas, por razón de la edad, en la Compilación de Derecho Civil de Aragón», publicado inicialmente en la *RCDI*, núm. 465 (marzo-abril), 1968, págs. 7-32 y, posteriormente, en sus *Estudios de Derecho Civil*, Tomo II, Eunsa, Pamplona, 1978, págs. 105-132; asimismo, sobre la base del trabajo anteriormente citado, *vid.*, por todos, SANCHO REBULLIDA, F. DE A. y DE PABLO CONTRERAS, P., «Comentario al artículo 4.º de la Compilación del Derecho civil de Aragón», en AA.VV., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, Vol. I, Diputación General de Aragón, Zaragoza, s/f [1988], págs. 302-324.

⁹² Al respecto, entre otros autores, *vid.* SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, cit., pág. 208; MORENO MOCHOLÍ, M.,

En este sentido, en relación con las causas de incapacidad para testar legalmente establecidas, el Código civil sólo contempla dos restricciones al principio general de capacidad. En efecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 663 del referido Cuerpo legal: «*Están incapacitados para testar: 1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo. 2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*». Así pues, al examen de estas causas se dedicará la siguiente exposición.

2.2. La incapacidad por razón de la edad

De conformidad con la regla general formulada en el artículo 663.1 del Código civil, toda persona mayor de catorce años –aunque no haya llegado a la mayoría de edad ni esté emancipada– está facultada para otorgar testamento⁹³. Es cierto

«Comentario de los artículos 662 y 663 del Código civil», en QUINTUS MUCIUS SCÆVOLA, *Código civil*, Tomo XII, cit., págs. 84–85; MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a, «Comentario a los artículos 662 y 663 del Código civil», en *Comentarios al Código Civil español*, Tomo V, cit., pág. 351; OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 43; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo V, Vol. 2.º, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1977, pág. 18; LACRUZ, J.L., *Elementos de Derecho civil*, Tomo V, 5.ª ed., Bosch, Barcelona, 1993, pág. 173.

⁹³ En este sentido, atendiendo a la diferencia que existe entre la edad requerida para testar y la exigida para la realización de actos de disposición *inter vivos* (cfr. art. 322 Cc), algún autor (cfr. MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 662 y 663 del Código civil», cit., pág. 87) ha considerado excesivamente prematura la edad a partir de la cual es posible la testamentifacción activa. Sin embargo, la doctrina mayoritaria, en opinión que compartimos, estima que la divergencia en cuestión se halla plenamente justificada atendiendo a la distinta naturaleza de unos y otros actos: en efecto, el testamento, a diferencia de los actos de disposición *inter vivos*, es un acto revocable en todo momento y no surte efecto sino desde el fallecimiento del otorgante, de manera que éste no podría verse, en ningún caso, perjudicado. Para esta opinión, cfr., entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, cit., págs. 210–211; MANRESA Y

que, con arreglo al artículo 688.1 del referido Código, para el testamento ológrafo se exige una edad diferente: «(...) *sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad*»; es decir, se requiere que los testadores hayan cumplido dieciocho años (art. 315, párr. 1.º, Cc). Sin embargo, debe advertirse que esta particularidad que, con respecto a la edad de catorce años, representa la forma ológrafa, no es aplicable en el caso del testamento mancomunado gallego. Ello se debe a que, como se ha visto, el testamento mancomunado regulado en la Ley de Derecho civil de Galicia sólo puede revestir la forma abierta notarial⁹⁴.

Así las cosas, en relación con la causa de incapacidad objeto de examen, baste indicar que durante largo tiempo se suscitó la duda acerca del sistema a seguir para computar la edad. En concreto, se debatió si el cómputo en cuestión se debía hacer de momento a momento o bien por días completos. De seguir el primero de los criterios indicados, habría que entender que los años se cumplen en el instante preciso del nacimiento; de acuerdo con el criterio del cómputo por días completos, la referencia, en cambio, sería la del día del nacimiento, con independencia del momento exacto en el que éste hubiese tenido lugar⁹⁵. Una vez

NAVARRO, J.M.^a, «Comentario a los artículos 662 y 663 del Código civil», cit., págs. 354-355; OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., págs. 44-45; LACRUZ, J.L., *Elementos de Derecho civil*, Tomo V, cit., pág. 175.

⁹⁴ En relación con esta cuestión *vid. supra* el apartado IV.3 del Capítulo primero de este trabajo.

⁹⁵ Tras la promulgación del Código civil, la doctrina mayoritaria (cfr., entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, cit., pág. 212; MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 662 y 663 del Código civil», cit., pág. 88; MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a, «Comentario a los artículos 662 y 663 del Código civil», cit., págs. 355-356) había mantenido el criterio según el cual el cómputo debía efectuarse de momento a momento. En síntesis, la opinión de estos autores se basaba en los siguientes argumentos: a) por un lado, en los precedentes del

aprobada la Ley de 13 de diciembre de 1943 –por la que se fijaba la mayoría de edad en los veintiún años– tales dudas se desvanecieron. En efecto, a tenor del artículo 2.º del referido Texto legal, a los efectos de computar la mayoría de edad, habría que incluir «*completo el día del nacimiento, sea cual fuere la hora de éste*»; es decir, de acuerdo con el precepto transcrito, la mayoría de edad se obtendría al comenzar el día del aniversario.

En el momento presente el criterio expuesto aparece consolidado por medio del párrafo segundo del artículo 315 del Código civil, a cuyo tenor: «*Para el cómputo de los años de la*

Derecho español, muy especialmente en el comentario de GARCÍA GOYENA al artículo 600 del Proyecto de Código civil de 1851, quien al preguntarse si el último día del aniversario, una vez iniciado, se tendría por concluido respondía que «(...) el que nació á las once de la noche, no puede decirse que cumplió los 14 años á las once de la mañana del último día de los 14: los cumplirá á las once de la noche, y desde el instante del día en que los cumplió, es ya mayor de 14; (...) el sentido del artículo es, que los ha de haber cumplido de momento á momento y por consiguiente que sea mayor de 14 años» (GARCÍA GOYENA, F., «Comentario al artículo 600 del Proyecto de Código civil», en *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo II, cit., pág. 52); b) por otro lado, el cómputo de momento a momento se justificaba también por el hecho de que la circunstancia 3.ª del artículo 48 de la Ley del Registro civil exigiese, para la inscripción del nacimiento, la constatación de la hora en la que el mismo tuvo lugar; c) finalmente, en pro del cálculo *ad momenta* se argumentaba que si, conforme a lo dispuesto en el artículo 29 del Código civil, el nacimiento determina la personalidad, lo lógico sería computar la edad a partir de aquella hora. En contra de la posición en ese momento dominante, cfr., BATLLE VÁZQUEZ, M., («Estudio sobre la regla de determinación o cómputo de la edad en la legislación civil», en *RDP*, Tomo XX, 1933, págs. 80–87) para quien el cómputo por días completos estaría justificado por las siguientes razones: a) por la inexistencia de un auténtico precedente en sentido contrario; b) porque si bien el Código civil no contenía un precepto genérico sobre el cómputo de los años, el criterio de los días completos se infería de la regulación de ciertas figuras como la prescripción (art. 1.960, párr. 3.º, Cc) o las obligaciones a plazo (art. 1.130 Cc); c) por las dificultades prácticas que el cómputo *ad momenta* y su pretendida exactitud plantearía en relación con aquellas personas nacidas el 29 de febrero.

mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento». De esta manera, por razón de analogía, sería posible concluir que el cómputo de cualquier edad, incluida la de testar, debe llevarse a cabo por días completos. En definitiva, la capacidad para otorgar testamento se alcanzaría, a la luz de los datos precedentes, a las cero horas del día del decimocuarto cumpleaños⁹⁶.

Ahora bien, en relación con el testamento mancomunado gallego se considera preciso efectuar una ulterior precisión. En efecto, en la medida en que el testamento mancomunado sólo puede ser otorgado entre cónyuges (cfr. art. 137 LDCG) cabe ya adelantar que la edad genérica de referencia para testar –esto es, los catorce años– va a verse alterada por la incidencia de los requisitos de capacidad para contraer matrimonio⁹⁷.

2.3. La incapacidad por enajenación mental

Conforme a lo dispuesto en el artículo 663.2 del Código civil estará también incapacitado para testar «*el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*». La fórmula empleada en el precepto transcrito para referirse a la incapacidad por enajenación mental (no hallarse en su cabal juicio) no constituye, dada su amplitud, un modelo de precisión. Por ello, de lo que se trata a continuación es de precisar el significado de dicha expresión⁹⁸.

⁹⁶ Así lo han entendido, entre otros, OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., págs. 45–46; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español*, Tomo V, Vol. 1.º, cit., págs. 100–101; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo V, Vol. 2.º, cit., págs. 19–20; CASTÁN, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo VI, Vol. 1.º, 9.ª ed. –revisada y puesta al día por CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.ª y MONTERO RÍOS, J.–, cit., 1989, págs. 477–478.

⁹⁷ En relación con esta cuestión *vid. infra* el apartado II.3.1 de este Capítulo.

⁹⁸ En este sentido, DE ALFONSO, J.-M. («Apreciación de la capacidad

La doctrina, de modo unánime, viene subrayando la existencia, dentro del término «cabal juicio», de dos elementos que, aunque perfectamente diferenciados, son inseparables: el primero de ellos, de carácter intelectual, se circunscribe a la capacidad de conocer el significado y el alcance del acto de testar; el segundo, de naturaleza volitiva, se concreta en la capacidad de querer verdaderamente las disposiciones testamentarias que se otorgan⁹⁹. Por tanto, teniendo en cuenta este doble aspecto, puede afirmarse que los otorgantes se hallan en su cabal juicio cuando tienen aptitud para entender y querer lo que el acto de testar supone.

También en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien con terminología diversa, se hallan referencias a la doble vertiente, cognoscitiva y volitiva, que la expresión del artículo

mental del testador: la intervención notarial y facultativa en el testamento abierto», en *RJC*, 1973, pág. 624) señala que no «existe precepto alguno que aclare qué entiende la Ley por *cabal juicio*, ni qué es *juicio*, quedando todo ello sumido en la mayor de las dudas». En todo caso, ello no obsta para que la expresión en cuestión («cabal juicio»), a pesar de su indeterminación, haya sido valorada positivamente por CODÓN, J.M.^a («Estudio práctico de la incapacidad testamentaria por causa de enfermedad mental», en *RJC*, 1952, pág. 480), teniendo en cuenta que «el Código es norma jurídica y no enunciación científica, y está ausente del tecnicismo psiquiátrico».

⁹⁹ En esta línea se manifiestan, entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, cit., pág. 215; BELTRÁN DE HEREDIA, P., «Incapacidad de testar del que “habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”», en *RDP*, Tomo L, 1966, pág. 249; VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho de Sucesiones*, Tomo II, cit., pág. 30; CASTÁN, J., *Derecho civil español*,..., Tomo VI, Vol. 1.º, cit., pág. 478; ALBALADEJO, M., «Comentario a los artículos 662 a 666 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 1.º-A, cit., 1990, págs. 77-79; TORRES GARCÍA, T., «Comentario al artículo 663 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1.671.

663.2 del Código civil encierra. En efecto, en ocasiones «cabal juicio» se concibe como las «potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera elección dentro de un horizonte mental claro» de las que el testador debe disponer¹⁰⁰; otras veces, se identifica con el grado de inteligencia y voluntad de querer necesarios para considerar el acto de testar como un «acto humano»¹⁰¹. En todo caso, con independencia de los términos empleados en las diferentes sentencias, lo que el Tribunal Supremo quiere significar es la necesidad de que el testador tenga capacidad suficiente para manifestar su última voluntad de manera consciente y como algo verdaderamente querido¹⁰².

Por otra parte, a la vista de lo expuesto y dada la vaguedad con la que está redactado el número 2.º del artículo 663 del Código civil, cabe destacar que en la expresión «cabal juicio» no tienen cabida únicamente las enfermedades psíquicas en sentido estricto. Como indica ROCA SASTRE, la fórmula «no hallarse en su cabal juicio» es lo suficientemente amplia como para comprender «no sólo los casos de demencia e imbecilidad, sino también aquellos estados que, aun transitorios, priven del pleno juicio (embriaguez, delirio febril, etc.)»¹⁰³. Esta opinión tiene, a

¹⁰⁰ Cfr. SSTS de 25 de abril de 1959 (civil), Cdo. 2.º (RJA 1974) y de 26 de septiembre de 1988 (civil), FJ 6.º (RJA 6860).

¹⁰¹ Cfr. STS de 11 de diciembre de 1962 (RJA 5063).

¹⁰² En este sentido, cabe tener en cuenta las declaraciones contenidas en la citada sentencia de 11 de diciembre de 1962 (RJA 5063). En ella, el Tribunal Supremo afirma que «por "cabal" se entiende lo "normal", en cuya acepción, indudablemente, la ley, en este caso, la emplea, refiriéndose a que el acto de testar reúna los requisitos propios del acto verdaderamente humano, caracterizado porque se realice con inteligencia o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer lo que, con el mismo, se persigue».

¹⁰³ Anotaciones a KIPP, Th., *Derecho de Sucesiones*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1951, pág. 74. En el mismo sentido se manifiestan, también, entre otros, MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 662 y 663 del

su vez, como precedente y respaldo diversas resoluciones del Tribunal Supremo¹⁰⁴. De entre ellas resulta de especial relevancia la sentencia de 7 de octubre de 1982, en la que el Tribunal declara que la expresión «cabal juicio» comprende «no sólo las enfermedades mentales propiamente dichas sino también cualesquiera causas de alteración psíquica que impidan el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad»¹⁰⁵.

En suma, sobre la base de los datos jurisprudenciales y doctrinales expuestos, cabe colegir aquí que la locución «cabal juicio» no se circunscribe de manera específica a las enfermedades de tipo mental, sino que, en términos generales, comprende todos aquellos trastornos o perturbaciones que inciden en la voluntad o en la inteligencia del testador impidiendo que éste sea consciente del significado del acto de testar.

En este orden de ideas, en el marco de la causa de incapacidad considerada pudiera revestir singular importancia la normativa contenida en el artículo 665 del Código civil. Ello porque *a priori* no cabría descartar la hipótesis de un testamento

Código civil», cit., pág. 89; MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a, «Comentario a los artículos 662 y 663 del Código civil», cit., pág. 357; OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 46; BELTRÁN DE HEREDIA, P., «Incapacidad de testar...», cit., pág. 249. Asimismo, un estudio detallado de las enfermedades mentales que dan lugar a la incapacidad objeto de análisis puede verse en CODÓN, J.M.^a, «Estudio práctico de la incapacidad...», cit., págs. 481-485.

¹⁰⁴ Cfr., entre otras, las SSTS de 25 de octubre de 1928 (*JC*, Tomo 185, núm. 131), de 25 de abril de 1959 (*RJA* 1974), de 11 de diciembre de 1962 (*RJA* 5063), de 30 de noviembre de 1968 (*RJA* 5708), de 7 de octubre de 1982 (*RJA* 5545), de 26 de septiembre de 1988 (*RJA* 6860), de 1 de octubre de 1991 (*RJA* 1992\3908), de 27 de noviembre de 1995 (*RJA* 8717), de 12 de mayo de 1998 (*RJA* 3570) y de 19 de septiembre de 1998 (*RJA* 6399).

¹⁰⁵ STS de 7 de octubre de 1982 (civil), Cdo. 1.º (*RJA* 5545).

conjunto en el que uno de los otorgantes –o ambos– estuviese incapacitado. En concreto, el citado artículo 665 prescribe lo siguiente: «*Siempre que el incapacitado en virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad*». La norma transcrita constituye, pues, un cierto límite al principio de capacidad genéricamente establecido en el artículo 662 del Código civil; de hecho, dejando al margen la circunstancia de que la sentencia de incapacitación no establezca nada sobre la testamentifacción¹⁰⁶, el artículo 665 supedita el otorgamiento del

¹⁰⁶ El pronunciamiento en la sentencia de incapacitación sobre la aptitud para otorgar testamento podría presentar dos contenidos diferentes: a) la declaración de capacidad del sujeto incapacitado para el otorgamiento de testamento; b) la declaración de incapacidad total del sujeto en cuestión. En el primer caso, apenas se plantearían problemas dignos de mención, ya que el testador –incapacitado– podría otorgar testamento sin necesidad de acudir a los cauces del artículo 665 del Código civil (cfr., entre otros, ALBALADEJO, M., «Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley de modificación del Código civil en materia de testamentos», en *RDP*, 1992 –septiembre–, pág. 719; ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 665 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil* –BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R., coordinador–, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 950; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto otorgado ante Notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991*, Dykinson, Madrid, 1993, pág. 46). Mayores dificultades plantea, en cambio, la denegación de la testamentifacción activa en la sentencia de incapacitación. En este sentido, la doctrina se sitúa en torno a dos posiciones diferentes: a) algunos autores, con base en una interpretación literal de la ley, consideran que en los supuestos descritos el incapacitado judicialmente no puede otorgar testamento (cfr., entre otros autores, ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 665 del Código civil», cit., pág. 950 y RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 44); por el contrario, otros autores estiman que, a pesar del pronunciamiento negativo contenido en la sentencia de incapacitación, el incapacitado gozaría de la posibilidad de testar conforme al artículo 665 del Código civil (cfr., entre otros, LUNA SERRANO A., «Las disposiciones a causa de muerte», en LACRUZ, J.L., *Elementos de Derecho civil*, Tomo V,

testamento hecho por una persona incapacitada al cumplimiento de una serie de formalidades específicas. En síntesis, estas exigencias son las siguientes: a) en primer lugar, se requiere que el testamento sea otorgado en presencia de Notario¹⁰⁷; b) en segundo lugar, es preciso también que el fedatario público designe a sendos facultativos para que informen sobre la aptitud del testador¹⁰⁸; c) y, en tercer lugar, la autorización notarial del testamento tendrá lugar sólo si los dictámenes médicos son favorables (cfr. art. 665 Cc *in fine*).

El artículo 665 del Código civil no contiene, en cambio, ninguna referencia a aquellos otorgantes incapaces de hecho que no han sido judicialmente incapacitados. Esta exclusión de los perturbados *de facto* del supuesto de hecho del citado artículo no

cit., pág. 176 y ALBALADEJO, M., «Los cambios introducidos en el artículo 665...», cit., págs. 719-720).

¹⁰⁷ En principio, dados los términos del artículo 665 del Código civil, no habría ningún obstáculo para que el incapacitado testase ante Notario tanto en la forma abierta como en la cerrada. Sin embargo, a nuestro juicio, esta última posibilidad debe ser descartada ya que, en el caso del testamento cerrado, la redacción de las disposiciones testamentarias tiene lugar en un momento anterior a aquél en el que se procede a la constatación de la capacidad del testador (cfr. art. 666 Cc). En esta línea se han pronunciado, entre otros autores, OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 51; BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., «Incapacidad de testar...», cit., págs. 255-256; ALBALADEJO, M., «Comentarios a los artículos 662 a 666 del Código civil», cit., págs. 89-90. En sentido contrario, cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, cit., págs. 218-219. En cualquier caso, conviene tener presente que la hipótesis comentada no es susceptible de plantearse en relación con el testamento mancomunado gallego, toda vez que éste –según se ha expuesto– ha de revestir la forma abierta notarial.

¹⁰⁸ Aunque el artículo 665 del Código civil nada dice al respecto, sería aconsejable que los facultativos fuesen especialistas en psiquiatría o en otras materias afines. Para esta opinión *vid.*, entre otros, BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., «Incapacidad de testar...», cit., págs. 255-256

sólo resulta paradójica si se atiende a una de las finalidades del mismo –garantizar la capacidad de los otorgantes–, sino que además conduce a resultados absurdos¹⁰⁹. En efecto, así cabría calificar, cuando menos, la hipótesis de que al incapacitado judicialmente sólo se le permita testar acudiendo a la forma notarial, mientras que el incapaz de hecho podría hacer uso de cualquier forma testamentaria, incluida la ológrafa¹¹⁰. En un intento de paliar estas consecuencias ilógicas podría aducirse que, en todo caso, el testamento del incapaz de hecho es susceptible de ser impugnado; sin embargo, a nuestro juicio, esta solución no resulta satisfactoria. Ello por cuanto que sería preciso probar que el testador carecía de capacidad suficiente en el momento del otorgamiento (cfr. arts. 664 y 666 Cc)¹¹¹, lo que, dada la presunción de capacidad que rige en la materia (cfr. art. 662 Cc),

¹⁰⁹ Con anterioridad a la reforma del Código civil de 1991 en materia de testamentos, y en la medida en que el tenor del artículo 665 se refería expresamente al «demente», la doctrina se preguntaba por el alcance de este precepto; en concreto, la duda que se suscitaba era si el artículo 665 aludía sólo a los incapacitados o comprendía también a los dementes de hecho. En este sentido, la doctrina mayoritaria (cfr., entre otros, OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 50 y BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., «Incapacidad de testar...», cit., págs. 249–250) y la jurisprudencia (cfr. *inter alia*, las SSTs de 10 de junio de 1897, en *JC*, Tomo 81, núm. 116; de 25 de octubre de 1901, en *JC*, Tomo 92, núm. 91; de 22 de enero de 1913, en *JC*, Tomo 126, núm. 28; y de 18 de abril de 1916, en *JC*, Tomo 136, núm. 39) se mostraban partidarias de identificar «demente» e «incapacitado judicial». Sin embargo, lo cierto es que una interpretación teleológica y literal de la norma abonarían la tesis contraria. Una exposición detallada de los argumentos en favor de una concepción amplia del término «demente» puede verse en ALBALADEJO, M., «Comentarios a los artículos 662 a 666 del Código civil», cit., págs. 82–85.

¹¹⁰ Cfr. ALBALADEJO, M., «Comentarios a los artículos 662 a 666 del Código civil», cit., págs. 85–86.

¹¹¹ Cfr., entre otras, las SSTs de 13 de octubre de 1990 (*RJA* 7863), de 22 de junio de 1992 (*RJA* 5460), de 8 de junio de 1994 (*RJA* 4904), de 12 de mayo de 1998 (*RJA* 3570) y de 19 de septiembre de 1998 (*RJA* 6399).

no sería fácilmente demostrable¹¹².

De cualquier manera, los problemas que pudiera plantear el testamento mancomunado gallego que tuviera por testador a un incapaz de hecho quedan relativizados en la práctica. La razón principal estriba en que el referido testamento ha de revestir la forma abierta notarial y, en consecuencia, ha de ser otorgado en presencia de quien, conforme a la ley, está obligado a «asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar» (cfr. art. 685 Cc)¹¹³.

A este respecto, habría que tener en cuenta que la cuestión referente al estado mental del testador –según se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo– es de naturaleza fáctica y su apreciación corresponde, en todo caso, a la Sala de instancia¹¹⁴. Sin embargo, el juicio del Notario acerca de la capacidad del testador adquiere una notable relevancia; hasta tal punto ello es así, que dicho juicio constituye una presunción de certidumbre sólo susceptible de ser desvirtuada por una evidente prueba en contrario¹¹⁵. Por otra parte, como garantía adicional en

¹¹² Precisamente estas circunstancias, unidas a las críticas que suscita la delimitación del ámbito de aplicación del precepto en función de que la sentencia que declare la incapacitación no contenga pronunciamiento alguno sobre la capacidad para testar, han llevado a LUNA SERRANO A., («Las disposiciones a causa de muerte», cit., págs. 177–178) a entender que, pese al tenor literal, el artículo 665 del Código civil sigue contemplando el supuesto del demente de hecho. En parecidos términos se manifiesta ALBALADEJO, M., «Los cambios introducidos en el artículo 665...», cit., págs. 719–725.

¹¹³ Sobre este deber notarial *vid. infra* el apartado III.3.2 del presente Capítulo.

¹¹⁴ Cfr., entre otras, las SSTS de 12 de mayo de 1998 (RJA 3570), de 27 de noviembre de 1995 (RJA 5603) y las citadas en esta última resolución.

¹¹⁵ Cfr., entre otras, las SSTS de 10 de abril de 1987 (RJA 2549), de 21 de junio de 1990 (RJA 9031), de 24 de julio de 1995 (RJA 5603), de 27 de noviembre de 1995 (RJA 8717), de 12 de mayo de 1998 (RJA 3570) y de 19 de

estos casos en los que, cuando menos, uno de los otorgantes del testamento conjunto es incapaz de hecho, cabría señalar igualmente la intervención de testigos impuesta por el artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia¹¹⁶.

En definitiva, las formalidades previstas en el artículo 665 del Código civil para el testamento de los incapacitados no son exigibles a los incapaces de hecho. Sin embargo, esta circunstancia no se traduce, en el caso del testamento mancomunado gallego, en una ausencia total de garantías en orden a constatar su capacidad testamentaria. En concreto, los interrogantes que desde el punto de vista de la capacidad pudiera suscitar el testamento otorgado por incapaces de hecho quedarían en gran medida disipados tratándose del testamento mancomunado como consecuencia de los dos factores antes indicados: por un lado, la forma abierta notarial que debe revestir el testamento conjunto, y que supone la comprobación de la capacidad testamentaria por parte del Notario (cfr. art. 685 Cc); por otro lado, la concurrencia al acto de otorgamiento de «al menos» dos testigos (cfr. art. 136 LDCG).

3. EL MATRIMONIO

3.1. Ideas generales

La Ley de Derecho civil de Galicia confiere la facultad de otorgar testamento mancomunado únicamente a los cónyuges (cfr. art. 137 LDCG)¹¹⁷. Siendo ello así, se colige, de modo

septiembre de 1998 (RJA 6399)

¹¹⁶ En relación con esta intervención de testigos *vid. infra* el apartado III.3.2 del presente Capítulo.

¹¹⁷ Una concepción idéntica del testamento mancomunado, en tanto sólo pueden hacer uso de él quienes están unidos en matrimonio, es mantenida igualmente en la Ley del Derecho civil foral del País Vasco. De hecho, el

implícito, que los otorgantes del testamento conjunto, además de capacidad para testar, deben tener capacidad para contraer matrimonio. Por esta razón se estima procedente aludir, siquiera sea brevemente, a aquellos «requisitos del matrimonio» que puedan repercutir en los presupuestos genéricos de la testamentifacción activa (cfr. arts. 662 y 663 Cc).

En este sentido, como punto de partida no resulta ocioso recordar aquí que la regulación del matrimonio constituye una competencia exclusiva del legislador estatal. Así se infiere del artículo 149.1.8.^a de la Constitución española, que reserva al Estado, con el referido carácter exclusivo, la competencia en

artículo 49 de la citada Ley —en lo que a Vizcaya se refiere— establece expresamente: «Los cónyuges podrán disponer conjuntamente de sus bienes en un sólo instrumento, mediante el testamento mancomunado o de hermandad»; a su vez, —en relación con el Derecho de Guipúzcoa— el artículo 172.1 prescribe: «Mediante el testamento mancomunado podrán ordenar la sucesión en el caserío a través de un solo instrumento, en el que podrán disponer del resto de sus bienes». También en el ámbito del Derecho alemán, el § 2265 BGB limita la testamentifacción a las personas casadas entre sí, al disponer que «un testamento mancomunado sólo puede ser otorgado por cónyuges». Por el contrario, tanto en Aragón como en Navarra el testamento de hermandad se concibe en términos más amplios, de suerte tal que este testamento puede ser otorgado por dos o más personas sin necesidad de que entre ellas medie vínculo matrimonial; así resulta del artículo 102.1 de la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón, de acuerdo con el cual: «Los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aún fuera de Aragón» y de la ley 199, párr. 1.º, de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, a cuyo tenor: «Es testamento de hermandad el otorgado en un mismo instrumento por dos o más personas». En esta línea, se incardina la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia, que contempla el otorgamiento del testamento mancomunado por quienes no son cónyuges, si bien limita el establecimiento de las disposiciones correspondientes a quienes se hallan unidos por vínculo matrimonial. Así se dispone en el artículo 187.1 y 2, inciso primero, de la citada propuesta: «1. É mancomunado o testamento cando se outorga por dúas ou máis persoas nun único instrumento notarial.— 2. Os outorgantes que fosen esposos poderán, ademáis, establecer no testamento mancomunado disposicións correspondentes».

materia de «*relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio*». La dicción empleada en el texto constitucional es, ciertamente, compleja y ambigua¹¹⁸; sin embargo, ello no obsta para entender que, a través de la mencionada expresión, se está haciendo referencia no sólo a las «formas de matrimonio» en sentido estricto, sino al denominado «sistema matrimonial» español en su conjunto; esto es, tanto a las formas de celebración del matrimonio como a las normas sustantivas aplicables al mismo¹¹⁹. A este entendimiento también parece coadyuvar el hecho de que, ya con anterioridad a la promulgación y entrada en vigor de la Constitución, el artículo 13 del Código civil estableciese la aplicación general y directa en toda España de las «*disposiciones (...) del título IV del libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial*»¹²⁰.

¹¹⁸ De «tortuosa» ha sido calificada, entre otros, por DE PABLO CONTRERAS, P., *Constitución democrática y pluralismo matrimonial*, EUNSA, Pamplona, 1985, pág. 335.

¹¹⁹ Así lo ha venido considerando la generalidad de la doctrina. *Vid.*, entre otros, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Autonomías y Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 122; GARCÍA AMIGO, M., «La competencia legislativa civil según la Constitución», en *RDP*, 1983, págs. 440-441; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Derecho civil común de España y Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas», en *Revista Jurídica del Notariado*, nº 11, julio-septiembre, 1994, pág. 147; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *Pluralidad de Derechos civiles españoles. El artículo 149.1, Regla 8, de la C.E.*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 118.

¹²⁰ La no inclusión de las normas relativas al régimen económico-matrimonial dentro del ámbito de materias regidas con carácter exclusivo por el Código civil obedecía, básicamente, al intento de salvaguardar uno de los contenidos más importantes de los Derechos civiles forales coexistentes en España (cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Autonomías y Derecho privado*, cit., págs. 121-122). Con todo, tras la Ley 30/81, de 7 de julio, por la que se dio nueva redacción al Título IV del Libro I del Código civil, las normas reguladoras de la economía conyugal desaparecieron del referido Título IV; de este modo, el sentido de la excepción formulada en el artículo 13 quedó reducido, en la práctica, a poner de manifiesto la autonomía —con respecto al

En suma, el artículo 149.1.8.^a de la Constitución excluye a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de legislar en lo tocante al matrimonio y viene a garantizar, de este modo, la unidad del «sistema matrimonial» español¹²¹. De esta manera, puede afirmarse que en materia matrimonial –con la salvedad relativa al régimen económico– la única normativa aplicable es la contenida en el Código civil; en concreto, serán de cumplida observancia las disposiciones de los artículos que conforman el Título IV («*Del matrimonio*») del Libro I («*De las personas*») del referido Cuerpo legal.

En este orden de ideas, en lo atinente a la capacidad para contraer matrimonio, conviene recordar que, conforme al Código civil, esta aptitud se supedita al cumplimiento de los siguientes requisitos: en primer lugar, estar emancipado (art. 46.1.º Cc); en segundo lugar, no encontrarse ligado con vínculo matrimonial (art. 46.2.º Cc); y, en tercer lugar, hallarse en su sano juicio (arg. ex arts. 45 y 56, párr. 2.º, Cc). Además, al lado de la aptitud núbil

Código civil– de las normas de Derecho foral o especial reguladoras de las consecuencias de la nulidad, de la separación y del divorcio sobre el régimen económico–matrimonial (cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R., «Comentario al artículo 13 del Código civil» en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., pág. 152).

¹²¹ A este respecto resulta ciertamente ilustrativa la opinión de ARCE JANÁRIZ, A. (*Constitución y Derechos civiles forales*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 173) para quien en la previsión constitucional puede verse «el deseo por parte del constituyente de asegurar la unidad del sistema matrimonial, y de vedar, en las parcelas que sean necesarias a tal efecto, la diversidad que pudiesen introducir los legisladores autonómicos». En términos similares se manifiestan también, entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R., («Comentario al artículo 13 del Código civil», cit., págs. 151–152) y LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. («Derecho civil común de España...», cit., págs. 147–148), cuando señala que el fundamento de la reserva competencial establecida en el apartado segundo del artículo 149.1.8.^a de la Constitución española reside «en el designio de elevar a nivel constitucional la unidad del sistema matrimonial español».

genérica, el Código civil prevé una serie de circunstancias que de concurrir en las personas que pretenden contraer matrimonio entre sí imposibilitarían, en principio, éste. Dichas circunstancias se recogen en el artículo 47 del precitado Texto legal, a cuyo tenor: «*Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 1.º Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.— 2.º Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.— 3.º Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos*».

Con estos presupuestos, en lo que al otorgamiento del testamento mancomunado gallego se refiere, únicamente posee relevancia específica el requisito de la emancipación. Ello obedece a que a través del mismo se está incidiendo, de forma colateral, en la edad exigida para testar mancomunadamente. En efecto, en principio, el Código civil no fija de modo directo una edad específica a partir de la cual se puede contraer matrimonio, limitándose a señalar en el número 1.º del artículo 46 lo siguiente: «*No pueden contraer matrimonio: 1.º Los menores de edad no emancipados*»¹²². Sin embargo, como quiera que la emancipación no se produce, de modo ordinario, antes de los dieciséis años (cfr. arts. 317, 319, 320 y 321 Cc) cabe ya deducir que, sin haberse alcanzado esa edad, el matrimonio no puede celebrarse. Por tanto, si la existencia del matrimonio constituye un *prius* respecto del testamento mancomunado gallego (cfr. art. 137 LDCG) y si aquél

¹²² Sobre el requisito de la edad para contraer matrimonio y la relación que existe entre éste y la emancipación, *vid.*, GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 46 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo II, cit., 1982, págs. 71-74; GETE-ALONSO, M.ºC., «Emancipación y matrimonio», en *RDP*, 1985-3, págs. 3-31; SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al artículo 46 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., págs. 267-268; CARRIÓN OLMOS, S., «Artículo 46», en AA.VV., *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código civil* (LACRUZ, J.L., coordinador), Civitas, Madrid, 1994, págs. 155-169.

no se puede contraer, con carácter general, hasta los dieciséis años, resulta comprensible que antes de dicha edad no se otorgue, en principio, el referido testamento.

En consecuencia, como resultado de la regulación de los requisitos del matrimonio —en concreto, de la emancipación— la edad de referencia para poder testar de manera conjunta no cabría cifrarla, de entrada, en los catorce años (cfr. art. 3.º LDCG y 663.1.º Cc) sino en los dieciséis.

Así las cosas, la regla formulada —que fija en dieciséis años la edad mínima para otorgar testamento mancomunado— tampoco reviste carácter categórico, siendo susceptible de admitir excepciones. Este extremo puede constatararse sobre la base de las dos presentes consideraciones. En primer lugar, la emancipación no siempre constituye un presupuesto del matrimonio; de hecho, en ocasiones, es una consecuencia jurídica del mismo (cfr. arts. 314.2.º y 316 Cc). De acuerdo con el artículo 314 del Código civil: *«La emancipación tiene lugar: (...) 2.º Por el matrimonio del menor»*; a su vez, el artículo 316 del mismo Cuerpo normativo establece: *«El matrimonio produce de derecho la emancipación»*¹²³. Y, en segundo lugar, en conexión con lo anterior tampoco debe obviarse que, a tenor de lo dispuesto en el

¹²³ Existe otro supuesto en el que la emancipación no constituye un requisito previo del matrimonio, sino que es éste la causa productora de aquélla. Se trata de la situación del menor de «vida independiente» o «menor emancipado de hecho» a la que hace referencia el artículo 319 del Código civil. De acuerdo con este artículo: *«Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento»*. Por tanto, en estos casos, toda vez que el matrimonio produce de derecho la emancipación (cfr. art. 316 Cc) y que el menor reputado emancipado puede, mientras no le sea revocado el consentimiento paterno, contraer matrimonio, cabe que a través de dicho matrimonio la emancipación adquiera carácter definitivo (cfr. GETE-ALONSO, M.ªC., «Emancipación y matrimonio», cit., págs. 9-10).

párrafo segundo del artículo 48 del Código civil, el denominado «impedimento de edad» puede ser objeto de dispensa, con justa causa, a partir de los catorce años¹²⁴.

De este modo, una interpretación conjunta de las normas examinadas (arts. 48, párr. 2.º, 314.2.º y 316 Cc) abonaría la tesis en virtud de la cual, mediando dispensa, cabría contraer matrimonio –aún sin estar emancipado– a partir de los catorce años. En consecuencia, sería también a partir de esa edad cuando se pudiese otorgar, con arreglo a la Ley de Derecho civil de Galicia, testamento mancomunado. Además, en este punto no se

¹²⁴ En relación con el «impedimento de edad», la generalidad de la doctrina viene considerando que lo que se dispensa no es propiamente la edad para contraer matrimonio sino la falta de emancipación. Así, señala ALBALADEJO que «verdaderamente no se dispensa de que la edad sea inferior a la que permite casarse, por la sencilla razón de que lo que permite casarse no es la edad que sea sino la independencia que se adquiere al emanciparse (...). Y lo que permite el art. 48, 2.º, es dispensarles [a los menores] de su falta de emancipación» (ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil*, Tomo IV, 6.ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, págs. 50–51). En el mismo sentido se manifiestan, entre otros, GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «La menor edad después de la Constitución y de la reforma del Código civil (Notas acerca del matrimonio de los menores y el Registro del estado civil)», en *RDP*, 1984, pág. 462; PÉREZ DE CASTRO, N., *El menor emancipado*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 39; CARRIÓN OLMOS, S., «Artículo 48», en AA.VV., *Matrimonio y divorcio...*, cit., pág. 202. Esta opinión es también la mantenida, en parte, por GETE-ALONSO. Sin embargo, esta autora, partiendo de la inexistencia de la emancipación y del hecho de que la dispensa puede obtenerse a partir de los catorce años, considera posible distinguir dos supuestos susceptibles de recibir diversa calificación; a saber: el del mayor de catorce años y menor de dieciséis, por un lado, y el del mayor de dieciséis y menor de dieciocho, por otro. En el primer caso, como en el menor no puede concurrir el requisito de la edad para instar la emancipación, la dispensa removería el obstáculo implícito de los dieciséis años contenido en la expresión «menor no emancipado»; en el segundo caso, en cambio, como el menor ya podría haber estado emancipado por alguno de los cauces previstos en la ley, no se dispensaría la edad sino la falta de emancipación (cfr. GETE-ALONSO, M.ªC., «Emancipación y matrimonio», cit., págs. 6–8).

suscitaría ninguna dificultad adicional toda vez que la edad para contraer matrimonio en las hipótesis en las que media dispensa (cfr. art. 48, párr. 2.º, Cc) coincide con la exigida genéricamente para testar (cfr. art. 663.1.º Cc). En conclusión, desde esta perspectiva no habría obstáculo alguno para que el testamento mancomunado pudiese ser otorgado a partir de los catorce años.

Ahora bien, sentado lo anterior, no conviene olvidar que la dispensa que faculta a las personas no emancipadas mayores de catorce años para contraer matrimonio —y mediatamente para testar mancomunadamente— posee carácter excepcional y requiere, en todo caso, la alegación de una «justa causa»¹²⁵. De ahí que, a nuestro juicio, al menos en aquellas legislaciones en las

¹²⁵ Para esta opinión, cfr., entre otros, SALVADOR CODERCH, P., («Comentario al artículo 48 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios del Código civil*, Tomo I, cit., pág. 272) y GETE-ALONSO, M.ªC., («Emancipación y matrimonio», cit., nota 8, págs. 6-7) para quien la naturaleza excepcional de la dispensa vendría corroborada, de manera específica, por el hecho de que para su obtención sea necesario invocar una «justa causa». Ésta, en numerosas ocasiones, consistirá en el embarazo de la mujer; sin embargo, como pone de manifiesto la doctrina mayoritaria, la gestación por sí sola no constituye causa suficiente para justificar la concesión de la dispensa siendo necesario, además, que los contrayentes tengan conciencia de lo que la relación jurídica matrimonial supone (cfr., *inter alia*, GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 48 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo II, cit., 1982, pág. 90; PÉREZ DE CASTRO, N., *El menor emancipado*, cit., págs. 39-40; SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al artículo 48 del Código civil», cit., págs. 272-273; CARRIÓN OLMOS, S., «Artículo 48», cit., págs. 201-202 y 205). En este sentido, resultan ciertamente esclarecedoras, entre otras, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de marzo de 1985 (RJA 3495) y de 25 de abril de 1996 (RJA 4181); en la primera de ellas se considera que en el caso concreto no concurre justa causa «a pesar del embarazo de la promotora, de quince años de edad»; de conformidad con la segunda el embarazo «no obstante ser una causa de cierta entidad, no puede por sí sola ser suficiente para la obtención de dicha dispensa».

que, como la gallega, el referido testamento se supedita a la existencia de un matrimonio, la edad genérica mínima de referencia para testar mancomunadamente debiera ser dieciséis años.

Hasta aquí se han expuesto los efectos que en orden a la edad para testar mancomunadamente se derivan de la regulación de la emancipación. Acto seguido y en la medida en que la existencia de un matrimonio válido constituye uno de los presupuestos del testamento mancomunado, se considera oportuno detenerse en el análisis de dos cuestiones que atañen directamente al matrimonio y que pueden incidir, indirectamente, en la validez y eficacia de aquel testamento. Se trata de examinar, por una parte, el alcance que en relación con el testamento conjunto posee la nulidad del matrimonio que ha servido de base al otorgamiento; y, por otra, las consecuencias que para el testamento mancomunado se derivan de las hipótesis de separación y divorcio.

3.2. La nulidad del matrimonio y su repercusión sobre el testamento mancomunado

3.2.1. Planteamiento

Según se ha señalado en el epígrafe precedente, la Ley de Derecho civil de Galicia condiciona el otorgamiento del testamento mancomunado a la existencia entre los otorgantes de un matrimonio válido. Este extremo puede inferirse del propio artículo 137 de la citada Ley gallega en la medida en que el precepto en cuestión, a los fines de testar mancomunadamente, confiere la testamentifacción activa únicamente a quienes son «cónyuges» entre sí y tal *status* sólo se obtiene cuando el matrimonio ha sido celebrado observando los requisitos de validez legalmente establecidos (cfr. arts. 44 a 60 Cc).

Así pues, en la medida en que la existencia de un matrimonio válido constituye uno de los presupuestos para el otorgamiento del testamento mancomunado gallego, cabe deducir, en buena lógica, que la nulidad de ese matrimonio afecta a la validez y subsiguiente eficacia de aquel testamento. En efecto, si la nulidad del matrimonio supone la desaparición del aparente vínculo matrimonial, puede afirmarse que en el momento del otorgamiento del testamento conjunto no concurría uno de los requisitos exigidos al efecto por la ley; esto es, que los otorgantes fuesen cónyuges.

Sin embargo, pese a que con carácter general el matrimonio nulo suele determinar la invalidez e ineficacia del testamento conjunto que se otorga sobre su base, en determinadas ocasiones la correlación expuesta puede verse truncada. De hecho, así sucederá, de ordinario, en los supuestos en los que la convalidación del matrimonio nulo tiene cabida, por un lado; y en las hipótesis del matrimonio putativo, por otro.

3.2.2. La convalidación del matrimonio nulo

Conforme a lo anteriormente indicado, la validez –y ulterior eficacia– del testamento mancomunado está supeditada a la existencia previa de un matrimonio válido. Sin embargo, en ocasiones, el testamento conjunto otorgado sobre la base de una unión matrimonial afectada por una causa de nulidad puede ser válido. En concreto, la circunstancia comentada tendrá lugar en los tres casos en los que conforme al Código civil se admite la convalidación del matrimonio nulo (cfr. arts. 48, 75 y 76 Cc)¹²⁶.

¹²⁶ En relación con la convalidación del matrimonio nulo, la generalidad de la doctrina viene considerando que se trata de una excepción a la regla general en virtud de la cual sólo son convalidables los negocios anulables y no los nulos: «Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convallescere non potest» (D. 50, 17, 29). A este respecto, *vid.*, por todos, DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, reimpresión de 1991, Civitas, Madrid, pág. 485 y

Estas hipótesis son las siguientes:

a) Un primer supuesto convalidatorio de matrimonio nulo aparece regulado en el artículo 48 del Código civil¹²⁷. De acuerdo con lo establecido en este precepto los impedimentos de conyugicidio, del grado tercero entre colaterales y el de edad a partir de los catorce años –siempre que la nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes¹²⁸– pueden ser

ALBALADEJO, M., *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, págs. 406–407 y 418.

¹²⁷ La calificación de la hipótesis prevista en el párrafo tercero del artículo 48 del Código civil –esto es, la convalidación por dispensa ulterior de un matrimonio nulo cuya nulidad no fue instada judicialmente– ha suscitado una notable controversia en el seno de la doctrina. En sustancia, la cuestión debatida se concreta en la inclusión del supuesto contemplado en la categoría, bien de la convalidación simple, bien de la sanación en la raíz. A juicio de CARRIÓN OLMOS, S. («Artículo 48», cit., pág. 211), el ámbito material de la dispensa –del que quedan excluidas las causas de nulidad derivadas de la falta de forma– sería decisivo para rechazar la configuración de la figura sanatoria objeto de comentario como una *sanatio in radice*. CAMARERO SUÁREZ, M.^ºC., (*La convalidación del matrimonio civil en la perspectiva de la Ley de 7 de julio de 1981*, Montecorvo, Madrid, 1984, págs. 75–76 y 158), en cambio, se inclina por la solución contraria ya que la validez del negocio se opera por un acto de la autoridad y no de las partes; además, la circunstancia de que los defectos de forma queden al margen del supuesto de hecho del artículo 48 del Código civil no implica que se trate de una figura distinta a la sanación sino, simplemente, que el ámbito de ésta en el Derecho civil se concibe con menor amplitud. Una postura ecléctica es mantenida por SANCHO REBULLIDA, F. (en LACRUZ–SANCHO, *Elementos de Derecho civil*, Tomo IV, fascículo primero, Bosch, Barcelona, 1982, pág. 207) y LUNA SERRANO, A. (*El nuevo régimen de la familia I. Matrimonio y divorcio*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 156), para quienes la retroacción de los efectos de la dispensa al momento de la celebración del matrimonio supondría una *especie* de sanación en la raíz.

¹²⁸ En este sentido, como señala ALBALADEJO, M. (*Curso de Derecho civil*, Tomo IV, cit., págs. 45–46 y 52) es la concesión de la dispensa –y no su mera solicitud– la que confiere firmeza al matrimonio. Por ello, una vez instada judicialmente la nulidad, la petición y, en su caso, ulterior obtención de la dispensa es, de todo punto, irrelevante ya que –como señala el citado autor–

objeto de dispensa ulterior. En todos estos casos, de obtenerse la dispensa, el matrimonio quedaría convalidado desde su celebración (art. 48, párr. 3.º, Cc) y, en consecuencia, aunque sea por medio de una *fictio iuris*, el testamento otorgado sobre la base de ese matrimonio sería igualmente válido.

b) Una segunda hipótesis de confirmación de un matrimonio afectado de nulidad en sus orígenes es la contemplada en el párrafo segundo del artículo 75 del Código civil. Conforme al precepto citado, cuando el motivo de la nulidad matrimonial consista en la falta de edad de alguno de los contrayentes, «(...) sólo podrá ejercitar la acción [al cumplir la

«la invalidez del matrimonio se ha consolidado desde entonces». Idéntica opinión es sustentada, entre otros, por GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los artículos 74 a 76 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo II, cit., pág. 235; VALLADARES RASCÓN, E., *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 162; CAMARERO SUÁREZ, M.ªC., *La convalidación del matrimonio civil...*, cit., pág. 163; SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al artículo 48 del Código civil», cit., pág. 273; CARRIÓN OLMOS, S., «Artículo 48», cit., págs. 211-212 (nota 40). Por otro lado, en relación con los sujetos legitimados para instar la nulidad matrimonial una vez solicitada la dispensa, se ha suscitado la cuestión relativa al alcance del vocablo «*partes*» del párrafo tercero del artículo 48 del Código civil. En concreto, el interrogante estriba en determinar si la legitimación para ejercitar la acción de nulidad se circunscribe únicamente a los contrayentes o si, por el contrario, comprende también «*al Ministerio fiscal y a cualquier otra persona que tenga interés directo y legítimo en ella*» (art. 74 Cc). A favor de la interpretación restrictiva se han pronunciado, entre otros, VALLADARES RASCÓN, E., (*Nulidad, separación, divorcio...*, cit., pág. 162) y CAMARERO SUÁREZ, M.ªC., (*La convalidación del matrimonio civil...*, cit., pág. 162) apelando, en síntesis, al favor *matrimonii* y a la *ratio legis* del precepto, respectivamente. El significado amplio del término «*partes*» es defendido, en cambio, por SALVADOR CODERCH, P. («Comentario al artículo 48 del Código civil», cit., pág. 273) y CARRIÓN OLMOS, S. («Artículo 48», cit., pág. 212), quien, sin negar la existencia de argumentos en favor de la interpretación estricta, acaba decantándose por la solución contraria atendiendo al interés público que preside la materia en cuestión.

mayoría de edad] *el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla*». Así pues, la mayoría de edad y la convivencia durante un año¹²⁹ después de haberse alcanzado aquélla¹³⁰ implican la caducidad de la acción para instar la nulidad del matrimonio por falta de edad. Por consiguiente, una vez caducada la acción, el matrimonio queda revalidado desde su celebración y sus efectos – entre ellos el posible otorgamiento de un testamento mancomunado– definitivamente confirmados.

c) Finalmente, el artículo 76 del Código civil recoge un último supuesto en el que se admite la convalidación del matrimonio. A tenor del precepto indicado, en los casos de error, coacción o miedo grave, la acción para instar la nulidad caduca «*y se convalida el matrimonio si los cónyuges hubiesen vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o haber*

¹²⁹ La vida en común no se presume (cfr. LUNA SERRANO, A., *El nuevo régimen de la familia I. Matrimonio y divorcio*, cit., pág. 157 y DORAL GARCÍA, J.A., «Artículo 75», en AA.VV., *Matrimonio y divorcio...*, cit., pág. 732) y ha de ser efectiva; es decir, no basta una mera convivencia fáctica (cfr. DORAL GARCÍA, J.A., «Artículo 75», cit., pág. 732). Por otra parte, en cuanto al cómputo del plazo no es necesario que éste transcurra de manera ininterrumpida, siendo suficiente con que los diferentes periodos de convivencia sumen un año para que se opere la convalidación (cfr. GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los artículos 74 a 76 del Código civil», cit., pág. 235 y DORAL GARCÍA, J.A., «Artículo 75», cit., pág. 732).

¹³⁰ En este sentido, como señala LUNA SERRANO, A. (*El nuevo régimen de la familia I. Matrimonio y divorcio*, cit., pág. 157), el hecho de que la convalidación por convivencia tenga lugar una vez alcanzada la mayoría de edad y no la edad núbil (cfr. art. 46.1.º Cc) obedece a la configuración del requisito de edad como conexo a la madurez psicológica y no meramente biológica. En la misma línea se manifiestan, entre otros, GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los artículos 74 a 76 del Código civil», cit., pág. 235; VALLADARES RASCÓN, E., *Nulidad, separación, divorcio...*, cit., págs. 153–157; CAMARERO SUÁREZ, M.ªC., *La convalidación del matrimonio civil...*, cit., pág. 102.

cesado la fuerza o la causa del miedo». Se trata, en síntesis, de una hipótesis similar a la examinada anteriormente en la que la desaparición de la causa que pudiera determinar la nulidad del matrimonio y la convivencia de los cónyuges durante un año se traduce, con idénticos efectos, en el cese de la impugnabilidad del matrimonio¹³¹.

En suma, a la vista de lo expuesto cabría concluir que la relación entre el testamento mancomunado gallego y la existencia de un matrimonio válido al tiempo del otorgamiento admite una excepción en aquellos casos de uniones matrimoniales nulas en sus orígenes, pero susceptibles de ser convalidadas. En tales supuestos, como la subsanación de la causa invalidante del matrimonio posee efectos retroactivos al momento de la celebración cabría entender que, en el instante del otorgamiento del testamento conjunto, entre los testadores mediaba un vínculo matrimonial válido y que, por tanto, éstos tenían la condición de cónyuges requerida por la Ley de Derecho civil de Galicia a los fines de testar conjuntamente (cfr. art. 137 LDCG).

3.2.3. El matrimonio putativo

En términos generales, el matrimonio nulo no es susceptible de producir efecto jurídico alguno. Sin embargo, la regla formulada halla una excepción en los supuestos del denominado matrimonio putativo; es decir: aquél que, a pesar de ser nulo, surte efectos por ministerio de la ley¹³². En efecto, así se

¹³¹ A este respecto, cfr., entre otros, GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los artículos 74 a 76 del Código civil», cit., pág. 236; VALLADARES RASCÓN, E., *Nulidad, separación, divorcio...*, cit., págs. 149-151; LUNA SERRANO, A., *El nuevo régimen de la familia I. Matrimonio y divorcio*, cit., pág. 158; CAMARERO SUÁREZ, M.ªC., *La convalidación del matrimonio civil...*, cit., págs. 117 y ss.; DORAL GARCÍA, J.A., «Artículo 76», en AA.VV., *Matrimonio y divorcio...*, cit., págs. 735-736.

¹³² En un sentido más técnico, de acuerdo con JORDANO BAREA, J.,

deduce del párrafo primero del artículo 79 del Código civil, a cuyo tenor: «*La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe*».

Así las cosas, la cuestión que se plantea a continuación es la relativa a la incidencia que el artículo 79 del Código civil puede tener en relación con la eficacia del testamento mancomunado otorgado en esa situación de apariencia matrimonial que encarna el matrimonio putativo. Dicho en otros términos, la duda que se suscita se refiere a si en el supuesto de un matrimonio putativo la excepción al carácter retroactivo de la declaración de nulidad contemplada en el artículo 79 del Código civil alcanza al testamento mancomunado.

A nuestro juicio, la solución al interrogante planteado requiere determinar, de modo paralelo, si en las hipótesis del matrimonio putativo el cónyuge superviviente conserva los derechos sucesorios que le hubiesen correspondido en su condición de cónyuge en caso de ser el matrimonio válido. La relevancia de la cuestión estriba en que sólo si se admite el derecho sucesorio del cónyuge putativo tendría pleno sentido preguntarse por la eficacia

(«El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial», en *ADC*, Tomo XIV, 1961, págs. 343 y ss.) cabría conceptuar el matrimonio putativo como aquel «matrimonio aparente o de hecho, contraído o celebrado en forma, revelador de una apariencia jurídica matrimonial a la que la ley, utilitate publica et privata suadente, y mirando muy especialmente al favor prolis (protección de la prole inocente), hace producir efectos». Sobre esta figura, *vid.*, entre otros, COVIÁN, V., voz «matrimonio putativo», en *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, Francisco Seix, Barcelona, s/f, págs. 86-91; SANCHO REBULLIDA, F., «Comentario al artículo 69 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo II, cit., 1978, págs. 188-193; GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 79 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo II, cit., 1982, págs. 239-247; LETE DEL RÍO, J.M., «Artículo 79», en AA.VV., *Matrimonio y divorcio...*, cit., págs. 776-787.

del testamento mancomunado otorgado sobre la base de dicho matrimonio.

A este respecto, con el tenor literal del artículo 79 del Código civil como punto de partida, es posible efectuar las dos consideraciones que a continuación se exponen. En primer lugar, el cónyuge de un matrimonio putativo únicamente tendrá derechos sucesorios si contrae el matrimonio de buena fe¹³³; no en vano el citado artículo 79 establece expresamente que los efectos del matrimonio nulo no se invalidarán para «*el contrayente o contrayentes de buena fe*». Y, en segundo lugar, el alcance de la excepción prevista en el artículo 79, esto es, la irretroactividad de la declaración de nulidad del matrimonio, sólo se circunscribe a los «*efectos ya producidos*».

En consecuencia, dado que los derechos a la sucesión de una persona sólo se transmiten a partir del momento de su muerte (arts. 657 y 661 Cc) o, en su caso, declaración de fallecimiento (art. 196 Cc)¹³⁴, para que pueda hablarse de auténticos derechos

¹³³ En términos generales, y en el ámbito del matrimonio putativo, debe entenderse por «buena fe» el desconocimiento del vicio que determina la nulidad del matrimonio. No han faltado autores —como GARCÍA CANTERO, G., («Comentario al artículo 79 del Código civil», cit., pág. 243)— para quienes, además, habría que incluir en dicho concepto la falta de voluntad consciente de contraer matrimonio nulo; de lo contrario, a juicio del citado autor, quedarían al margen los supuestos del que se casa bajo coacción o miedo grave. En todo caso, como pone de manifiesto SANCHO REBULLIDA, F., («Comentario al artículo 69 del Código civil», cit., pág. 191), la apreciación precedente es más que discutible «pues no se trata sólo de matrimonio *in fieri*, sino *in facto esse* y en este segundo aspecto es difícil imaginar la perduración de la coacción».

¹³⁴ En efecto, conforme al párrafo primero del artículo 196 del Código civil: «*Firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaria o abintestato, según los casos, o extrajudicialmente*». Así pues, la declaración de fallecimiento también da lugar a la apertura de la

sucesorios del cónyuge putativo, y no de meras expectativas, es preciso que la declaración de nulidad se produzca, en todo caso, con posterioridad al fallecimiento del otro cónyuge. De lo contrario, esto es, si la muerte acontece después de declarada la nulidad del matrimonio, no se habría producido efecto sucesorio alguno susceptible de ser convalidado.

En suma, el reconocimiento del derecho sucesorio del cónyuge putativo en cuanto que cónyuge queda supeditado, por un lado, a la buena fe con la que debe contraer el matrimonio y, por otro, a que el fallecimiento del otro cónyuge sea anterior a la sentencia en la que se declara la nulidad del matrimonio¹³⁵. Sentado esto, restaría por examinar la incidencia de la nulidad del matrimonio putativo en la eficacia del testamento mancomunado.

Sobre esta cuestión, ya se pronunció, en su momento, TEIXEIRA GRACIANETA¹³⁶. Este autor trató el tema planteado desde la perspectiva del Derecho aragonés; sin embargo, a nuestro juicio, no habría obstáculo alguno para que su opinión pudiera ser extrapolada y mantenida, *prima facie*, en relación con la regulación actual del testamento mancomunado gallego.

La argumentación realizada por TEIXEIRA parte de la conexión existente entre el artículo 18 del Apéndice de Derecho civil foral de Aragón de 1925, por un lado, y el artículo 69 del Código civil, en su redacción anterior a la reforma de 1981 en materia de matrimonio, nulidad, separación y divorcio, por otro.

sucesión y, en consecuencia, a la transmisión de los derechos a la herencia del causante.

¹³⁵ Sobre los derechos sucesorios del cónyuge putativo, *vid.*, por todos, FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE, «El Derecho sucesorio del cónyuge putativo», en *RGLJ*, Tomo 170, 1941 (noviembre), págs. 431-474.

¹³⁶ TEIXEIRA GRACIANETA, A., «El testamento mancomunado aragonés», *cit.*, págs. 73-74.

Según el artículo 18 del Apéndice: *«El testamento mancomunado perderá su eficacia si antes de la muerte de uno de los cónyuges se declara la nulidad del matrimonio (...)»*. Por su parte, el artículo 69 del Código civil –sustancialmente idéntico al vigente artículo 79 del propio Código– establecía lo siguiente: *«El matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo.– Si ha intervenido buena fe por parte de uno sólo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos.– La buena fe se presume si no consta lo contrario.– Si hubiese intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges el matrimonio sólo surtirá efectos civiles respecto de los hijos»*.

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 18 del Apéndice, TEIXEIRA sostiene que el testamento mancomunado únicamente surtirá efectos si el fallecimiento de uno de los cónyuges se produce con anterioridad al momento en el que se declara la nulidad del matrimonio. Observación ésta que es plenamente coherente con el dato de que los derechos sucesorios no se adquieren hasta el momento en que se produce la muerte o tiene lugar la declaración de fallecimiento del causante.

Sin embargo, TEIXEIRA considera excesivo reconocer efectos al testamento mancomunado cuando uno de los contrayentes del matrimonio no obró de buena fe. Por ello, sobre la base del artículo 69 del Código civil, TEIXEIRA toma como referencia el elemento de la buena fe y, con arreglo a él, distingue dos supuestos susceptibles de recibir un tratamiento diferenciado. En efecto, para el mencionado autor la eficacia o ineficacia del testamento mancomunado dependería de la buena o mala fe de los cónyuges del matrimonio putativo:

a) Si uno de los cónyuges (o los dos) hubiese obrado de mala fe el testamento mancomunado carecería de eficacia. TEIXEIRA parte del hecho de que la excepción al carácter

retroactivo de la declaración de nulidad del matrimonio se refiere únicamente a los efectos que el mismo ya ha producido con respecto al cónyuge de buena fe (art. 69 Cc). A continuación, el citado autor considera la atribución de la condición de cónyuges (o estado civil de casado) como uno de los efectos del matrimonio. Finalmente, en función de estas premisas, TEIXEIRA concluye que, en la medida en que el contrayente de mala fe no habría adquirido la condición de cónyuge, faltaría uno de los requisitos esenciales para poder otorgar el testamento mancomunado de forma válida –esto es, el de ser ambos otorgantes cónyuges– y, en consecuencia, la declaración de nulidad del matrimonio conllevaría la ineficacia del testamento mancomunado.

b) Si los contrayentes obrasen de buena fe la solución a la que cabría llegar sería, según TEIXEIRA, la contraria; es decir, podría admitirse la eficacia del testamento mancomunado otorgado por los cónyuges del matrimonio putativo. En estos casos, señala el citado autor, como el matrimonio habría surtido efectos para los dos contrayentes, y como entre dichos efectos estaría incluida la adquisición del *status* de cónyuge, la exigencia de que el testamento mancomunado fuese otorgado por quienes reúnen dicha condición se vería totalmente colmada y su eficacia garantizada.

Formulado en los términos que anteceden, el razonamiento de TEIXEIRA, que hace depender la eficacia del testamento mancomunado otorgado sobre la base de un matrimonio putativo de la buena o de la mala fe de los dos contrayentes, no resulta satisfactorio. Y ello con fundamento en la finalidad y el espíritu de la norma interpretada, que constituye el canon principal de interpretación que debe presidir la labor hermenéutica (art. 3.º1 Cc)¹³⁷.

¹³⁷ *Vid.*, al respecto, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código civil*, Aranzadi, Pamplona,

En efecto, aunque la doctrina ha venido elaborando diversas teorías para explicar la *ratio* del artículo 69 del Código civil¹³⁸, cabría inferir que su finalidad última estriba en atenuar las graves injusticias que la aplicación estricta del brocardo *quod nullum est, nullum producit effectum* puede generar para los cónyuges, para la prole y para los terceros¹³⁹.

1994, especialmente págs. 227–228.

¹³⁸ En síntesis, de acuerdo con JORDANO BAREA los diversos fundamentos del matrimonio putativo esgrimidos por la doctrina podrían sistematizarse en los siguientes apartados: 1) El consentimiento de las partes; 2) el *favor matrimonii* y la regla *magis valet quam pereat*; 3) la fuerza creadora de la buena fe; 4) la equidad; 5) la protección de la prole inocente; 6) la *utilitas* (pública y privada). Para una exposición detallada de los mismos, *vid.*, JORDANO BAREA, J., «El matrimonio putativo...», *cit.*, págs. 354–364.

¹³⁹ Así lo ha entendido, entre otros, FUENMAYOR cuando, al comentar el artículo 69 del Código civil, afirma: «La aplicación rigurosa del brocardo – lo que es nulo no produce ningún efecto– acarrearía a los supuestos cónyuges, a la prole y a los terceros, ignorantes del vicio que provocó la anulación, una situación irreparable de desfavor jurídico y moral» (FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE, «El Derecho sucesorio del cónyuge putativo», *cit.*, pág. 432). Ahora bien, es preciso advertir que no son únicamente razones de equidad las que se erigen en fundamento del matrimonio putativo. En este sentido, JORDANO BAREA, después de revisar las diversas justificaciones mantenidas por la doctrina (el consentimiento de las partes, el *favor matrimonii* y la regla *magis valeat quam pereat*, la fuerza creadora de la buena fe, la equidad y la protección de la prole inocente) considera que la *ratio essendi* del entonces vigente artículo 69 del Código civil consistía en «la *utilitas*, pública y privada, en los intereses familiares de la prole y cónyuges inocentes, y en los intereses particulares o individuales de éstos y de los terceros de buena fe, subordinados a los primeros» (JORDANO BAREA, J., «El matrimonio putativo...», *cit.*, pág. 364). En términos parecidos, aunque ya en relación con el actual artículo 79 del Código civil, se manifiesta también GARCÍA CANTERO, para quien el trato privilegiado que la ley confiere al matrimonio putativo se explica, además de por graves razones de equidad, por el carácter institucional del matrimonio y de la familia, hoy declarado en el artículo 39.1 de la Constitución española de 1978 (cfr. GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 79 del Código civil», *cit.*, pág. 242).

Siendo ello así, se constata que la interpretación realizada por TEIXEIRA, en virtud de la cual sólo si los dos cónyuges del matrimonio putativo hubiesen obrado de buena fe el testamento mancomunado otorgado mediando dicho matrimonio desplegaría su eficacia, conduciría a resultados no consecuentes con el espíritu y la finalidad apuntados.

Por ello, a nuestro juicio, siempre que la declaración de nulidad se produzca con posterioridad al fallecimiento de uno de los cónyuges, la solución a la que cabría llegar sería la siguiente: por un lado, la doctrina del matrimonio putativo haría que el testamento mancomunado fuese totalmente eficaz en lo que se refiere a los hijos y a los terceros; por otro lado, tratándose de los cónyuges, las cláusulas testamentarias sólo serían eficaces para el que hubiese obrado de buena fe¹⁴⁰.

3.3. Incidencia de los supuestos de separación y divorcio

3.3.1. Consideraciones generales

Una vez contraído el matrimonio, la concurrencia de circunstancias de muy variada índole puede desembocar en una ruptura de la comunidad de vida establecida entre los cónyuges (cfr. arts. 67 y 68 Cc). En estos casos, en los que la relación conyugal se deteriora gravemente, se dice, en expresión acuñada por la doctrina, que el matrimonio está en «crisis»¹⁴¹.

¹⁴⁰ En idéntico sentido se manifiesta ALONSO VISO, R., «El testamento mancomunado en el Derecho gallego», cit., pág. 25.

¹⁴¹ Entre los autores es relativamente frecuente referirse conjuntamente a la nulidad matrimonial, a la separación y al divorcio bajo la expresión genérica de «crisis matrimonial» (cfr., entre otros, LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., págs 1.069–1.070; MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 139; DÍAZ FUENTES, A., *Derecho Civil de Galicia...*, cit., pág. 271). Sin embargo, a nuestro juicio, cabe ya anticipar que, en la medida en que la nulidad del

Así las cosas y dado que uno de los presupuestos del testamento mancomunado gallego viene constituido por la existencia al tiempo de su otorgamiento de un matrimonio válido (art. 137 LDCG), se comprende el interés que para la referida modalidad testamentaria reviste el estudio de las consecuencias que pudieran derivarse de las situaciones de quiebra matrimonial; en concreto, de la separación y del divorcio¹⁴².

La incidencia sobre el testamento mancomunado gallego de las hipótesis de cesación de la vida conyugal no es objeto de tratamiento por parte de la Ley de Derecho civil de Galicia. En efecto, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones territoriales, la citada Ley no contiene ninguna disposición que regule los efectos que para el testamento mancomunado se siguen de aquellos supuestos en que el matrimonio que constituye la base de dicho testamento se interrumpe¹⁴³. De esta manera, el

matrimonio es la única hipótesis que afecta a los presupuestos de la testamentifacción activa del testamento conjunto –y por tanto a la validez del mismo–, se considera plenamente justificado realizar un tratamiento individualizado del supuesto en cuestión en contraste con los de la separación y divorcio.

¹⁴² Con respecto a la nulidad del matrimonio y su repercusión sobre el testamento mancomunado gallego *vid. supra* el apartado II.3.3.2 de este Capítulo.

¹⁴³ En relación con el problema de la «crisis matrimonial» sobrevenida al otorgamiento del testamento mancomunado, es posible distinguir, con DÍAZ FUENTES, dos actitudes en las distintas legislaciones civiles que coexisten en España: de una parte, la de aquellos Derechos que contienen una disposición específica regulando los efectos que de la separación, nulidad y divorcio se siguen para el testamento mancomunado; de otra parte, la de aquellos otros Derechos que no contemplan el supuesto en cuestión. A la primera de las categorías indicadas pertenecerían la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón, la Compilación de Derecho civil foral de Navarra y la Ley de Derecho civil foral del País Vasco, en lo que a Guipúzcoa se refiere. En estos textos legales la solución es sustancialmente similar y consiste en considerar ineficaces tanto las liberalidades concedidas entre los cónyuges en el

silencio legal al que se ha hecho referencia ha llevado a afirmar a la doctrina, *lege data*, que en las hipótesis de «crisis matrimonial» posterior al otorgamiento del testamento mancomunado, éste va a mantener su vigencia, salvo ulterior manifestación de voluntad en

testamento como las disposiciones recíprocamente condicionadas. En concreto, a tenor del artículo 123 de la citada Ley aragonesa: «*Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspondientes entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin*». Por su parte, el párrafo primero de la ley 201 de la Compilación de Navarra establece: «*Si el testamento de hermandad se hubiera otorgado por marido y mujer, la sentencia posterior de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación produce la ineficacia de las liberalidades que en él se hubieran concedido los cónyuges y de las demás disposiciones que uno de los testadores hubiera establecido sobre su propia herencia y que tenga su causa en las disposiciones del otro*». A su vez, conforme al artículo 174.1 y 2 de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco: «*1. Las sentencias de nulidad del matrimonio, de divorcio y de separación harán ineficaces las liberalidades que los cónyuges se hubieren concedido en el testamento mancomunado.— 2. También provocarán la ineficacia de las disposiciones que cualquiera de los consortes hubiere realizado sobre su propia herencia, siempre que tuvieren su causa en las disposiciones del otro (...)*». Por el contrario, tanto la Ley de Derecho civil de Galicia como la propia Ley de Derecho civil foral del País Vasco —en lo atinente a Vizcaya— se inscribirían en el segundo grupo de legislaciones, esto es, aquéllas que no regulan directamente la incidencia en el testamento mancomunado de la nulidad, de la separación o del divorcio (cfr. DÍAZ FUENTES, A., *Dereito Civil de Galicia...*, cit., pág. 271, con la salvedad de que el citado autor —dada la fecha de su trabajo— se refiere a la Compilación del Derecho civil de Aragón en vez de a la Ley de sucesiones por causa de muerte y no toma en consideración la normativa del Derecho guipuzcoano). En cualquier caso, en relación con el Derecho vizcaíno se impone efectuar una aclaración ulterior: y es que si bien la Ley de Derecho civil foral del País Vasco no regula específicamente la repercusión de la nulidad, separación y divorcio en el testamento mancomunado, no debe obviarse que la propia Ley establece con carácter general la pérdida de los derechos sucesorios en la herencia del consorte por parte del «*divorciado o el cónyuge separado por causa a él imputable*» (art. 59 LDCFPV).

contrario –bien modificándolo, bien revocándolo–¹⁴⁴.

Sin embargo, como ponen de manifiesto diversos autores, el automatismo de dicha solución podría dar lugar a resultados manifiestamente injustos en aquellos casos en los que tras haberse declarado la separación o el divorcio se produce el fallecimiento de uno de los cónyuges sin haber revocado el testamento. Y ello por cuanto que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia, la revocación está sujeta a importantes restricciones (cfr. art. 140 LDCG)¹⁴⁵.

Al objeto de paliar los inconvenientes descritos, la doctrina habría considerado oportuno la presencia en la Ley gallega de una norma similar a la contenida en otros Derechos

¹⁴⁴ Así lo han entendido MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 139; ALONSO VISO, R., «El testamento mancomunado en el Derecho gallego», cit., pág. 24 y LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.070. Por lo que se refiere al Derecho vizcaíno, que tampoco contiene ninguna previsión específica acerca de las consecuencias que para el testamento mancomunado pudieran derivarse de una posible declaración de nulidad, de separación o de divorcio, AFONSO RODRÍGUEZ llega a una conclusión parcialmente similar. A juicio de esta autora, el silencio legal en la materia conduciría indefectiblemente a admitir la subsistencia del testamento mancomunado en los casos de separación efectiva de los cónyuges y de disolución del matrimonio declarada judicialmente (args. ex arts. 50 y 51 LDCFPV); por el contrario, en los supuestos de nulidad matrimonial, ante la falta de regla expresa en la Ley, habría que entender que la sentencia de nulidad lleva anudada como efecto, al menos para el cónyuge de mala fe, la invalidez del testamento mancomunado (cfr. AFONSO RODRÍGUEZ, E., «El testamento mancomunado», cit., págs. 429–430, nota 166). Sin embargo, en relación con el parecer expuesto, no resulta ocioso recordar que, en el ámbito normativo referido, el artículo 59 de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco establece la pérdida de los derechos sucesorios en caso de divorcio y de separación.

¹⁴⁵ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 139 y LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho Civil de Galicia», cit., págs. 1.070–1.071.

forales, como el aragonés (cfr. art. 123 LSCM) o el navarro (cfr. ley 201 CDCFN), que sancionase expresamente la ineficacia, tanto de las liberalidades que los cónyuges se hubiesen concedido en el testamento, como de las disposiciones recíprocamente condicionadas¹⁴⁶. Sin embargo, mientras esta propuesta *lege ferenda* no se materialice, diversos autores han estimado conveniente acudir a otras medidas alternativas¹⁴⁷.

En este sentido, cabría destacar dos propuestas doctrinales de índole bien diferenciada. Una de estas proposiciones, de marcado carácter práctico, ha sido formulada por LETE DEL RÍO. A juicio de este autor, la única manera de prevenir las consecuencias extremas a las que podría conducir la vigencia del testamento mancomunado en las hipótesis de nulidad, separación y divorcio pasaría por una adecuada labor de asesoramiento; labor a desempeñar por los profesionales encargados de defender los intereses de cada uno de los cónyuges en el correspondiente proceso de «crisis matrimonial», sobre la conveniencia o no de proceder, en su caso, a la modificación o revocación del testamento mancomunado¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho Civil de Galicia», cit., pág. 1.070. En la misma línea se manifiesta también ALONSO VISO, R. («El testamento mancomunado en el Derecho gallego», cit., pág. 24, nota 41) para quien, además, «parece ilógico que, por una parte, se exija que los otorgantes sean cónyuges para la existencia del testamento mancomunado y, por otra, se permita su subsistencia aunque dejen de serlo».

¹⁴⁷ En este sentido, se estima procedente recordar aquí que la Disposición Adicional Segunda de la Ley de Derecho civil de Galicia –a través de la instauración de un sistema de revisión quinquenal– habilita un cauce idóneo para introducir en el articulado de la Ley, en un futuro próximo, esa norma que regule las consecuencias de los supuestos de «crisis matrimonial» en el testamento mancomunado. Por ello, en el contexto descrito, resulta especialmente llamativo que la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia no se haya hecho eco de la demanda en cuestión.

¹⁴⁸ Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., págs. 1.070–1.071.

También merece consideración la propuesta elaborada por MARTÍNEZ GARCÍA. Este autor analiza, por un lado, la incidencia de la separación, nulidad y divorcio en las liberalidades que los cónyuges se otorgan en el testamento mancomunado, y, por otro, el alcance de dichas situaciones sobre las cláusulas recíprocamente condicionadas. En relación con las primeras, MARTÍNEZ GARCÍA examina la posibilidad de establecer, como punto de partida, una identidad entre las citadas liberalidades y las donaciones de bienes futuros realizadas por los cónyuges antes de contraer matrimonio (cfr. art. 1.341, párr. 2.º, Cc). Con ello, en virtud de dicha semejanza y por razón de analogía, se estaría posibilitando la aplicación a las liberalidades de la sanción prevista en el artículo 1.343 del Código civil para las donaciones por razón del matrimonio. En consecuencia, *mutatis mutandi*, las liberalidades que los cónyuges se hubiesen concedido en el testamento mancomunado serían ineficaces tanto en los casos de nulidad del matrimonio —siempre que el cónyuge superviviente hubiese obrado de mala fe— como en aquellos supuestos en los que al propio cónyuge le fuese imputable, según la sentencia, la causa de separación o de divorcio (cfr. art. 1.343, párr. 3.º, Cc)¹⁴⁹. En lo relativo a las cláusulas recíprocamente

¹⁴⁹ El artículo 1.343 del Código civil responde a una concepción según la cual las hipótesis de separación, nulidad y divorcio se configuran en términos culpabilísticos. En este sentido, cabe ya adelantar que, desde la reforma que en materia de Derecho de familia se operó en el año 1981, el elemento de la culpabilidad ha ido perdiendo relevancia de modo paulatino; sin embargo, ello no implica que el referido elemento no siga conservando su vigencia. Así lo han entendido, entre otros autores, GIMÉNEZ DUART, T., «Los desajustes de la Reforma: sobre legítimas y reservas», en *RDN*, núm. 128 (abril-junio), 1985, pág. 153; MASIDE MIRANDA, J.E., *Legítima del cónyuge superviviente*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1989, pág. 225; FERNÁNDEZ GÓNZALEZ-REGUERAL, M.ªA., «La separación de hecho conyugal y la legítima del cónyuge viudo», en *AC*, núm. 40, 1996, pág. 885; LLOPIS GINER, J.M., «La incidencia de las rupturas matrimoniales en el derecho de sucesiones», en *RGD*, núm. 645 (junio), 1998, págs. 7.051-7.052.

condicionadas, la propuesta de MARTÍNEZ GARCÍA se concreta en que la sentencia que declare la separación, la nulidad o el divorcio arrastre consigo la decadencia de dichas cláusulas.

Sin embargo, lo cierto es que el propio MARTÍNEZ GARCÍA acaba rechazando las soluciones por él apuntadas. La primera, por las dificultades que entrañaría trasladar al ámbito de las instituciones sucesorias una medida prevista para los actos *inter vivos*. La segunda, porque las cláusulas recíprocamente condicionadas pueden afectar no sólo a los cónyuges sino también a otras personas implicadas en el fenómeno sucesorio¹⁵⁰.

Así las cosas, a nuestro juicio, la eficacia absoluta del testamento mancomunado gallego en los supuestos de separación y divorcio podría quedar enervada, en cierta medida, como consecuencia de los dos siguientes factores. En primer lugar, por la repercusión de las hipótesis de «crisis matrimonial» señaladas en los derechos legitimarios de los cónyuges; y, en segundo lugar, porque a partir de la propuesta formulada por MARTÍNEZ GARCÍA, sería posible llegar a otras conclusiones. Al examen de estos extremos se dedicará la siguiente exposición.

3.3.2. Consecuencias de la separación y divorcio en el ámbito de los derechos legitimarios de los cónyuges y su repercusión en el testamento mancomunado

A) Planteamiento

Según se ha indicado, la Ley de Derecho civil de Galicia no contiene ninguna norma que de manera directa regule las consecuencias que para el testamento mancomunado se derivan de las situaciones de «crisis matrimonial»; en concreto, de la

¹⁵⁰ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., págs. 139-140.

separación y del divorcio. Sin embargo, cabe ya adelantar que ninguna de las hipótesis reseñadas –a diferencia de lo que sucede con la nulidad matrimonial– tiene incidencia sobre la validez del testamento mancomunado.

En efecto, la separación se caracteriza, en términos generales, por el cese de la vida en común de los cónyuges (cfr. art. 83 Cc), quedando subsistente el vínculo matrimonial (cfr. art. 85 Cc, *a contrario*). Dicho en otros términos, el rasgo definitorio de la separación estriba en la pervivencia del vínculo matrimonial a pesar de la interrupción de la convivencia. De esta manera, la validez del testamento mancomunado otorgado sobre la base de dicho matrimonio no admitiría discusión toda vez que, en el momento del otorgamiento (cfr. art. 666 Cc), los testadores cumplían –e incluso lo siguen haciendo tras la separación– el requisito de ser cónyuges¹⁵¹.

Por lo que respecta al divorcio, éste se singulariza por la extinción del vínculo matrimonial, sin que sus efectos, en contraposición a la nulidad matrimonial, se retrotraigan al momento de la celebración del matrimonio: *«La disolución del*

¹⁵¹ El momento temporal en el que la separación se produce, a diferencia de lo que sucede con los restantes supuestos de «crisis matrimonial», es intrascendente. En efecto, el testamento mancomunado otorgado con posterioridad a las sentencias de nulidad y divorcio no resulta posible pues, en ambos casos, desaparece la base misma del testamento, es decir, el matrimonio (cfr. MERINO HERNÁNDEZ, J.L., «Comentario al artículo 94 de la Compilación de Aragón», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXIV, Vol. 1.º, cit., pág. 109). Por el contrario, tratándose de la separación, en la medida en que los cónyuges separados siguen ostentando la condición de «cónyuges», no habría que desechar en teoría –aunque en la práctica sea poco probable– un testamento mancomunado otorgado con posterioridad a la ruptura conyugal (cfr. LORENTE SANZ, J., «El testamento mancomunado en el Apéndice foral aragonés», cit., pág. 130 y TEIXEIRA GRACIANETA, A., «El testamento mancomunado aragonés», cit., pág. 68).

matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza» establece el inciso primero del artículo 89 del Código civil. Por tanto, la sentencia de divorcio tampoco plantea ninguna dificultad en relación con la validez del testamento ya otorgado: en la medida en que la capacidad del testador ha de ser enjuiciada en el momento del otorgamiento (cfr. art. 666 Cc), el testamento hecho con anterioridad a la referida sentencia es válido.

Sin embargo, desde la perspectiva de la eficacia, separación y divorcio, aunque por una vía indirecta como son los derechos legitimarios de los cónyuges, van a repercutir en el testamento mancomunado gallego. A continuación se examinará en qué medida separación y divorcio afectan a los referidos derechos legitimarios y, mediatamente, a la eficacia del testamento conjunto.

B) La separación

El análisis de la incidencia de la separación matrimonial sobre la eficacia del testamento mancomunado gallego requiere efectuar, a nuestro juicio, una distinción previa entre las distintas clases de separación; esto es, entre la separación de hecho, por un lado, y la separación judicial, por otro. Ello porque las consecuencias que se van a derivar en uno y otro caso en orden a los derechos sucesorios del cónyuge supérstite son divergentes.

Es opinión común en la doctrina que el cónyuge supérstite tiene atribuida por ley la condición de legitimario y de heredero forzoso del otro cónyuge¹⁵². En efecto, el artículo 146.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia establece que la legítima *«es la cuota de activo líquido que necesariamente corresponde a determinados parientes del causante de una sucesión y al cónyuge viudo de éste*

¹⁵² Vid., entre otros, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, La Ley, Madrid, 1990, págs. 306–307.

salvo en los casos de apartación regulados en esta ley». Asimismo, a tenor de lo dispuesto en el número 2 del referido precepto: «*Son legitimarios los herederos forzosos determinados en el Código Civil (...)*»; y, en este sentido, de acuerdo con el artículo 807.3.º del Código civil: «*Son herederos forzosos: 3.º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código*»¹⁵³.

Ahora bien, conforme al artículo 834 del Código civil ese derecho legitimario corresponde únicamente a aquel cónyuge «*que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto*», estableciendo el artículo 835 del mismo Cuerpo normativo, en su párrafo primero, que cuando «*estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda se esperará al resultado del pleito*». Así pues, de la lectura conjunta de ambos preceptos se desprende que en el caso de que se produzca una separación judicial sólo el cónyuge al que no le sea imputable la misma conservará el derecho a la legítima de su consorte¹⁵⁴. En consecuencia, sería posible colegir que en los restantes supuestos de separación judicial las cláusulas del testamento mancomunado

¹⁵³ La remisión efectuada por el artículo 807.3.º («*en la forma y medida que establece este Código*») se refiere a los preceptos comprendidos en la sección séptima (*Derechos del cónyuge viudo*), del Capítulo II (*De la herencia*), del Título III (*De las sucesiones*), del Libro III (*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*), del Código civil, esto es, a los artículos 834–840.

¹⁵⁴ En un principio, la exclusión de la separación de hecho del supuesto contemplado en los artículos 834 y 835 del Código civil podría sustentarse, entre otros, en los siguientes argumentos: en primer lugar, la escasa, por no decir nula relevancia que el Código le otorgaba a la separación de hecho, a la que ni siquiera le anudaba efecto alguno; en segundo lugar, la redacción primitiva del artículo 834, que se refería al «*divorcio*» y éste no era sino la separación judicial; y, en tercer lugar, el propio artículo 835, que, al hacer depender de la sentencia de separación la conservación o pérdida del derecho legitimario del cónyuge superviviente, contribuía a reforzar la idea expuesta (cfr. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ–REGUERAL, M.^ªA., «La separación de hecho conyugal...», cit., págs. 879–880).

relativas a los derechos legitimarios devendrían ineficaces.

Sin embargo, tras la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981, un sector de la doctrina ha considerado que la separación de hecho –y no sólo la judicial– también lleva aparejada la pérdida de los derechos legitimarios de los cónyuges¹⁵⁵. El punto de partida de este planteamiento se halla en la nueva redacción que recibe el artículo 945 del Código civil, que excluye de la sucesión intestada al cónyuge «*separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente*». Así pues, sobre la base de este precepto, el referido sector doctrinal propugna una interpretación correctora del artículo 834 del Código civil, de suerte tal que, en relación con la extinción de los derechos legitimarios, se aplique analógicamente la solución prevista en el artículo 945. Las consecuencias que se derivarían en relación con la eficacia del testamento mancomunado se antojan evidentes: con independencia de la clase de separación, las disposiciones relativas a los derechos legitimarios de los cónyuges serían ineficaces.

¹⁵⁵ Cfr., entre otros, REY PORTOLÉS, J.M., «Comentario a "vuela pluma" de los artículos de Derecho Sucesorio (cuatro más) reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», en *RCDI*, núm. 553, 1982, págs. 1573–1576; VALLADARES RASCÓN, E., *Nulidad, separación, divorcio...*, págs. 317–318; GIMÉNEZ DUART, T., «Los desajustes de la Reforma...», cit., pág. 151. También en el mismo sentido, aunque de manera más matizada, se pronuncian MASIDE MIRANDA, J.E., (*Legítima del cónyuge supérstite*, cit., pág. 234), que considera que «la interpretación correctora [del artículo 834 del Código civil] posiblemente vendrá, en la práctica, por la vía jurisprudencial (...)» y CANO TELLO, C., («El artículo 834 del Código civil desde la perspectiva de los Derechos históricos y de los nuevos principios del Derecho de familia español» en *AA.VV., Centenario del Código civil*, Tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pág. 403) para quien la extinción del derecho a la legítima a causa de la separación de hecho «es una cuestión sometida al arbitrio judicial», que se produce cuando dicha separación va acompañada «de una conducta de los cónyuges que hace presumir que se trata de una situación definitiva (...), pero no en otros casos».

Así las cosas, en nuestra opinión, si se atiende al fundamento de uno y otro precepto, no habría base suficiente en estos casos para proceder por analogía. En efecto, la sucesión intestada se basa en la voluntad presunta del causante, mientras que los derechos legitimarios responden a la noción de *officium pietatis*, es decir, a la idea de no apartar de la sucesión a los familiares más próximos del causante. Siendo ello así, no debe extrañar que el legislador del Código civil haya querido mantener inalterado, incluso tras la reforma de 1981, el régimen de los derechos legitimarios¹⁵⁶. Además, ha de tenerse en cuenta que la normativa en materia de legítimas es de Derecho necesario por lo que sus modificaciones han de ser específicas y expresas¹⁵⁷; circunstancia ésta que no concurre en el caso presente.

En suma, a nuestro juicio, la incidencia de la separación sobre la eficacia del testamento mancomunado se concreta en que las cláusulas testamentarias relativas a los derechos legitimarios del cónyuge «culpable» no surtirán efectos únicamente en los casos de la separación judicial¹⁵⁸; en los demás supuestos, el testamento

¹⁵⁶ En favor de la distinción de trato para los derechos legitimarios del artículo 834 del Código civil y el llamamiento intestado del artículo 945 del mismo Cuerpo legal se han manifestado, entre otros, GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario a los artículos 943 a 955 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XIII, Vol. 1.º, cit., 1989, págs. 256 y 264; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., «Comentario al artículo 945 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., pág. 2.251; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, cit., págs. 307-308; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 128; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ REGUERAL, M.ªA., «La separación de hecho conyugal...», cit., págs. 884-885.

¹⁵⁷ Cfr. CADARSO PALAU, J., «Artículo 834 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (AMORÓS GUARDIOLA, M. y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., coordinadores), Tomo II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1.472.

¹⁵⁸ A este respecto resulta ciertamente significativa la resolución de la

mancomunado será eficaz en su totalidad. En contra de la conclusión expuesta se podría alegar la escasa relevancia que en el momento actual posee el elemento de la culpabilidad en los procesos de separación. De este modo, la distinción apuntada en función de la clase de separación quedaría en la práctica vacía de contenido y, en consecuencia, el testamento mancomunado conservaría íntegramente su eficacia. Sin embargo, dicho argumento carece de la entidad suficiente para desvirtuar nuestra conclusión. En primer lugar, porque en las causas de separación previstas en el artículo 82 del Código civil la idea de culpabilidad continúa estando presente¹⁵⁹. Y, en segundo lugar, porque en el propio Código civil la cesación de determinados derechos derivados de la existencia del vínculo conyugal se sigue condicionando a la conducta culpable de uno de los cónyuges (cfr. art. 152.4.º Cc)¹⁶⁰.

C) El divorcio

Analizada la repercusión de la separación sobre los derechos legitimarios de los cónyuges, restaría por delimitar la relación que en el ámbito expuesto media entre divorcio y testamento mancomunado. En concreto, el objeto de nuestro

Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 1997 (RJA 4571), en la que expresamente se afirma, en su "Fundamento de Derecho" tercero, que «el mantenimiento inalterado del artículo 835 del Código civil en conexión con la lectura actualizada del artículo 834 del Código civil, obliga a concluir que la pérdida de estos derechos legitimarios ha de ser consecuencia de una sentencia». En el mismo sentido, cfr., entre otros, LLOPIS GINER, J.M. («La incidencia de las rupturas matrimoniales...», cit., págs. 7.049-7.050) y PLAZA PENADÉS, J. (*Derechos sucesorios del cónyuge viudo separado de hecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 44-45), si bien a juicio de este último autor sería deseable, *lege ferenda*, que el cónyuge separado de hecho por mutuo acuerdo –que conste de manera fehaciente– perdiera también la condición de legitimario.

¹⁵⁹ Vid. nota 149 de este trabajo.

¹⁶⁰ Cfr. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La legítima en la sucesión intestada...*, cit., págs. 132-133.

estudio vendrá determinado por la incidencia del divorcio sobre la eficacia del testamento mancomunado ya otorgado¹⁶¹.

En este sentido, tomando como referencia el momento en el que se produce la muerte de uno de los testadores, habría que distinguir dos hipótesis: por un lado, la del fallecimiento con posterioridad a la sentencia de divorcio; por otro, la del fallecimiento estando en curso el correspondiente proceso de divorcio¹⁶².

¹⁶¹ En contraposición a la separación, el divorcio constituye una causa de disolución del matrimonio. Así lo establece expresamente el artículo 85 del Código civil, a cuyo tenor: «*El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración (...) por el divorcio*». Por esta razón, se comprende que nuestro análisis se circunscriba, únicamente, a los efectos del divorcio en relación con el testamento mancomunado ya otorgado, pues una vez recaída la sentencia de divorcio no cabe ya la posibilidad de testar conjuntamente; de hecho, los «cónyuges» han dejado de ser tales y falta, en consecuencia, uno de los requisitos esenciales para poder otorgar el referido testamento (cfr. art. 137 LDCG).

¹⁶² Esta distinción no procede, en cambio, en el ámbito de la nulidad y separación judicial. Y ello, porque en ambos supuestos, no habría ningún impedimento para que iniciado el proceso y fallecido uno de los cónyuges durante su tramitación aquél continuase hasta su conclusión. Esta sucesión procesal es pacíficamente admitida por la doctrina en los casos de nulidad (*vid.*, por todos, RAMOS MÉNDEZ, F., *La sucesión procesal. Estudio de los cambios de parte en el proceso*, Ed. Hispano-europea, Barcelona, 1974, pág. 145). Posiblemente, a este entendimiento contribuya, en gran medida, la amplia legitimación existente para instar la nulidad matrimonial, ya que conforme al artículo 74 del Código civil podrán pedirla no sólo los cónyuges sino también el Ministerio Fiscal y «*cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella*». Mayores dificultades suscita, en cambio, la admisión de la sucesión procesal tratándose de la separación. En cualquier caso, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 835 del Código civil, la doctrina mayoritaria se muestra partidaria de que los herederos del cónyuge fallecido estando en curso el proceso de separación pueden continuarlo a efectos puramente económicos o patrimoniales como son determinar los derechos legitimarios del supérstite (*vid.*, al respecto, VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 835 del Código civil», en *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., pág. 2.065 y LLOPIS GINER, J.M., «La incidencia de las rupturas

a) Muerte de uno de los cónyuges con posterioridad a la sentencia firme de divorcio

Según se ha indicado, la sentencia firme de divorcio conlleva la disolución del matrimonio y, en consecuencia, la pérdida de la condición de cónyuge (cfr. arts. 85 y 89 Cc). Siendo ello así, y dado que los derechos legitimarios de los cónyuges se supeditan a la subsistencia de tal *status* (art. 807.3 Cc, *a contrario sensu*), se colige que las cláusulas testamentarias relativas a dichos derechos van a devenir ineficaces una vez decretado el divorcio¹⁶³. Ahora bien, ello no obsta para que el llamamiento en cuestión, en lo que exceda de la cuota legitimaria, mantenga su eficacia¹⁶⁴.

b) Muerte de uno de los cónyuges estando en curso el proceso de divorcio

Por el contrario, en el supuesto de que la muerte de uno de los cónyuges se produzca antes de haber finalizado el proceso de divorcio, las cláusulas testamentarias relativas a los derechos

matrimoniales...», cit. págs. 7.056–7.058).

¹⁶³ En idéntico sentido, cfr., entre otros autores, MASIDE MIRANDA, J.E., *La legítima del cónyuge superviviente*, cit., págs. 223–224 y LLOPIS GINER, J.M., «La incidencia de las rupturas matrimoniales...», cit. pág. 7.045.

¹⁶⁴ La validez de la institución a título de heredero en favor de un ex-cónyuge –contenido en un testamento otorgado con anterioridad a la sentencia de divorcio– es objeto de consideración en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de noviembre de 1998 (*RJA* 8541), en la que expresamente se señala que «no está previsto como efecto de la separación o divorcio de los cónyuges la revocación por ministerio de la ley de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos a favor del otro. [...] Por ello, cuando sea el vínculo matrimonial existente lo que lleve al testador a disponer a favor de su consorte, como ocurrirá de ordinario, y después se extinga el matrimonio, únicamente por voluntad de aquél, expresada con las solemnidades necesarias para testar, podrá quedar revocada la disposición».

legitimarios del supérstite surten plenos efectos. En este sentido, es preciso tener presente que la acción de divorcio reviste carácter personalísimo y se «*extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges*» (art. 88, párrafo 1.º, Cc); es decir, dicha acción no puede ejercitarse a través de representante ni ser transmitida *mortis causa*¹⁶⁵. De este modo, en el momento en que tiene lugar el óbito, el cónyuge supérstite sigue reuniendo la condición de cónyuge y, por tanto, los derechos legitimarios vinculados a tal condición¹⁶⁶.

3.3.3. Consecuencias de la separación y divorcio en las liberalidades que los cónyuges se hubiesen concedido en el testamento mancomunado

Según se ha indicado, la omisión en la Ley de Derecho civil de Galicia de un precepto regulador de las consecuencias que de la separación y divorcio se derivan para el testamento mancomunado podría dar lugar a situaciones de manifiesta injusticia cuando el fallecimiento de uno de los otorgantes tuviese

¹⁶⁵ En la doctrina, el carácter personalísimo e intransmisible de la acción de divorcio ha sido resaltado, entre otros autores, por VALLADARES RASCÓN, E., *Nulidad, separación, divorcio...*, cit., pág. 389; GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los artículos 88 y 89 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo II, cit., pág. 347; LUNA SERRANO, A., *El nuevo régimen de la familia I. Matrimonio y divorcio*, cit., pág. 267; ALONSO PÉREZ, M., «Artículo 88», en AA.VV., *Matrimonio y divorcio...*, cit., pág. 927; MONTÉS PENADÉS, V.L., «Las vicisitudes del matrimonio (III). El divorcio», en AA.VV., *Derecho de Familia*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 126–127. Con todo, la nota de la intransmisibilidad de la acción de divorcio halla una excepción en el Derecho catalán, habida cuenta que el artículo 381.1.º, párrafo segundo, del Código de sucesiones por causa de muerte permite a los herederos del premuerto continuar el ejercicio de la acción de divorcio a los efectos de la denegación de la cuarta viudal.

¹⁶⁶ Cfr. LLOPIS GINER, J.M., «La incidencia de las rupturas matrimoniales...», cit. págs. 7.053–7.054.

lugar al poco de haberse declarado una u otro.

Es también sabido que a los fines de solventar la dificultad reseñada, han sido elaboradas diversas propuestas doctrinales, destacando, entre ellas la formulada por MARTÍNEZ GARCÍA. Recapitulando lo expuesto por este autor, la solución por él contemplada se concretaría en las dos siguientes proposiciones: por un lado, que la sentencia que declare la separación y el divorcio lleve consigo la decadencia de las cláusulas recíprocamente condicionadas; por otro lado, que la sanción prevista en el artículo 1.343 del Código civil en relación con las donaciones por razón del matrimonio se aplique por razón de analogía a las liberalidades que los cónyuges se conceden entre sí en el testamento.

El propio MARTÍNEZ GARCÍA acaba rechazando ambas propuestas: la primera, atendiendo a los sujetos implicados en el fenómeno sucesorio, que no se limitan únicamente a los cónyuges; la segunda, con fundamento en las dificultades que entrañaría trasladar al ámbito de las instituciones *mortis causa* medidas previstas para los actos *inter vivos*¹⁶⁷. Así las cosas, nada debe objetarse, en principio, al hecho por el cual el citado autor desecha la posibilidad de que la sentencia que declare la separación o el divorcio lleve aparejada la ineficacia de las disposiciones recíprocamente condicionadas. Sin embargo, con respecto a las liberalidades concedidas por los cónyuges en el testamento mancomunado no ocurre lo mismo.

En relación con esta cuestión, se comparte la opinión de MARTÍNEZ GARCÍA en el sentido de que no cabe la aplicación analógica de las normas del Código civil en materia de donaciones por razón del matrimonio a las liberalidades

¹⁶⁷ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., págs. 139-140.

mencionadas. Pero no por las dificultades que supone transponer una medida propia de los negocios *inter vivos* al ámbito de las instituciones *mortis causa*, sino porque el recurso al Código civil, en cuanto que Derecho supletorio, no sería procedente en este caso. En efecto, la aplicación del Código civil y de las demás leyes comunes sólo tiene lugar en defecto de costumbres y leyes civiles gallegas (cfr. arts. 13.2 Cc y 3.º LDCG). Y, en este sentido, cabe ya adelantar que las donaciones por razón del matrimonio son objeto de regulación específica por parte del legislador gallego de 1995¹⁶⁸.

Así pues, llegados a este punto, habría que plantearse los dos siguientes interrogantes. En primer lugar, si en el régimen de las donaciones por razón del matrimonio contenido en la Ley de Derecho civil de Galicia se contempla la incidencia que sobre ellas tienen los supuestos de separación y divorcio. En segundo lugar, únicamente en caso de ser afirmativa la respuesta a la incógnita anterior, cabría preguntarse si dichas medidas pueden ser aplicadas por analogía a las liberalidades que los cónyuges se conceden en el testamento mancomunado.

En cuanto a la primera cuestión, esto es, la regulación por la Ley de Derecho civil de Galicia de los efectos de la separación y divorcio sobre las donaciones por razón del matrimonio, no existe ninguna duda al respecto. En efecto, de acuerdo con el artículo 116.2 del referido Cuerpo legal: «*La separación, divorcio o nulidad sólo determinan la ineficacia de la donación respecto al donatario que obrase de mala fe o al que sean imputables los hechos que motivaron dicha separación, divorcio o nulidad*». Es decir, la Ley gallega de Derecho civil, de modo plenamente coherente con la causa de la donación, establece la ineficacia de

¹⁶⁸ Cfr. el Capítulo III (*Donaciones por razón del matrimonio*) del Título VII (*Del régimen económico matrimonial*) de la Ley de Derecho civil de Galicia, esto es, artículos 114 a 116.

la misma en los supuestos de separación y divorcio¹⁶⁹.

Por tanto, una vez despejado el interrogante precedente, resulta coherente analizar, a continuación, si la sanción de ineficacia de las donaciones por razón del matrimonio prevista por el legislador gallego en el artículo 116.2 de la Ley puede ser aplicada por analogía a las liberalidades que los cónyuges se conceden en el testamento mancomunado cuando el matrimonio en el que se sustenta el otorgamiento de aquél entra en «crisis».

En este sentido, la semejanza existente entre las donaciones de bienes futuros entre cónyuges y las liberalidades que éstos se otorgan en el testamento mancomunado es innegable: en ambos casos se trata de disposiciones a causa de muerte¹⁷⁰. Es cierto que

¹⁶⁹ En relación con la nulidad como causa de ineficacia de las donaciones por razón del matrimonio no resulta ocioso recordar en este momento la incoherencia existente entre lo dispuesto en los números 1 y 2 del artículo 116 de la Ley de Derecho civil de Galicia. En efecto, conforme con lo preceptuado en el artículo 116.1, la nulidad del matrimonio hace ineficaz la donación que trae causa del mismo; sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el número 2 del mismo artículo, la nulidad del matrimonio sólo conlleva la ineficacia de la donación para el donatario que obre de mala fe o al que le sea imputable el hecho que motivó dicha nulidad. En este sentido, IGLESIAS REDONDO, J.I. («Comentario al artículo 116 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, cit., págs. 776-777) entiende, con base en los precedentes prelegislativos, que en materia de nulidad la regla a tener en cuenta sería la sancionada en el número 1 del artículo 116. DÍAZ FUENTES, A. (*Derecho civil de Galicia...*, cit., pág. 211) considera, sin embargo, que la única manera de solucionar la antinomia comentada pasaría por considerar el apartado segundo del artículo 116 como una norma especial para las donaciones entre cónyuges. A nuestro juicio, en cambio, la evidente contradicción que existe en el articulado de la Ley podría solventarse, con arreglo al principio de especialidad, dando prioridad a la regla contenida en el número 2 del artículo 116.

¹⁷⁰ El carácter de liberalidad a causa de muerte de las donaciones de bienes futuros entre cónyuges, al menos tal y como se configuran en el

la naturaleza de las referidas donaciones ha sido objeto de discusión por parte de los autores; sin embargo, la doctrina mayoritaria tiende a considerar que las mismas encierran un auténtico pacto sucesorio a través del cual se satisface una típica voluntad *mortis causa*¹⁷¹.

régimen del Código civil (cfr. art. 1.341 del Cc), ha sido negado por LACRUZ. A juicio de este autor, si el legislador las hubiese querido conformar de esa manera lo hubiera dicho expresamente «y, sobre todo, no hubiera limitado la autorización para donar (no testar) bienes futuros al tiempo anterior al matrimonio» (LACRUZ, J.L., *Elementos de Derecho civil*, Tomo V, cit., pág. 333). Sin embargo, en nuestra opinión, a los argumentos esgrimidos por LACRUZ se le podrían formular las dos objeciones siguientes: 1) Del tenor literal del artículo 1.341 del Código civil (y, por extensión, del artículo 115 de la Ley de Derecho civil de Galicia) se deduce con meridiana claridad que —dejando al margen que el matrimonio sea la causa— la donación de bienes futuros entre cónyuges está pensada «sólo para el caso de muerte». 2) El motivo fundamental en el que LACRUZ sustenta su opinión no resulta decisivo en relación con el régimen de las donaciones por razón del matrimonio de la Ley de Derecho civil de Galicia, toda vez que, *ex* artículo 114, las susodichas donaciones pueden tener lugar antes o después de celebrado el matrimonio.

¹⁷¹ La naturaleza jurídica de las donaciones por razón del matrimonio de bienes futuros no es, en modo alguno, una cuestión pacífica en la doctrina. En este sentido, algunos autores (cfr. MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a, «Comentario al artículo 1.331 del Código civil», en *Comentarios al Código civil español*, Tomo IX, 5.^a ed. —revisada por CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.^a—, cit., 1950, pág. 228), con base en la ubicación sistemática del precepto en el que se regulan y en el precedente que del mismo se contiene en el Proyecto de Código civil de 1851, consideran las donaciones matrimoniales de bienes futuros como auténticas donaciones *inter vivos*. Para otros autores, en cambio (cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo V, Vol. 1.^o, cit., 1912, pág. 808; VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, Tomo IV, cit., pág. 359), las referidas liberalidades serían típicas donaciones *mortis causa* y, por tanto, esencialmente revocables. Un tercer sector de la doctrina, que pudiera considerarse dominante (cfr. DE BUEN, D., «Notas sobre donaciones», en COLIN, A. y CAPITAN, H., *Curso elemental de Derecho civil*, Tomo VIII, Reus, Madrid, 1928, pág. 466; ROCA SASTRE, R.M.^a, *Estudios de Derecho Privado*, Tomo II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, págs. 353–354; REYES MONTERREAL, J.M.^a, «Comentario

Sin embargo, la mera semejanza de los supuestos tomados en consideración no constituye argumento suficiente para justificar la aplicación de la analogía. En efecto, como pone de manifiesto la generalidad de la doctrina, la analogía se funda, no en la identidad de supuestos, sino en la *ratio* de la semejanza¹⁷². Por tanto, de lo que se trata ahora es de determinar el motivo por el cual el legislador gallego sanciona la ineficacia de las donaciones de bienes futuros entre cónyuges en los supuestos de separación y divorcio para posteriormente constatar si esa característica está presente en las liberalidades que los cónyuges

del artículo 1.331 del Código civil», en QUINTUS MUCIUS SCÆVOLA, *Código civil*, Tomo XXI, 2.ª ed., cit., 1967, págs. 326-327; CASTÁN, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol. 3.º, 8.ª ed., cit., 1978, págs. 293-295; LACRUZ, J.L., *Elementos de Derecho civil*, Tomo V, cit., pág. 333), estiman las donaciones en cuestión constituyen verdaderos pactos sucesorios. Esta posición doctrinal preponderante se sustenta básicamente en los siguientes argumentos: 1) la prohibición de donar bienes futuros contenida en el artículo 635 del Código civil; 2) el antagonismo de los términos «donación entre vivos» y «bienes futuros»; 3) el hecho de que las denominadas donaciones por razón del matrimonio se dispongan «para el caso de muerte». Asimismo, esta orientación mayoritaria cuenta a su favor con la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de noviembre de 1925 (JC, Tomo 168, núm. 163) en la que se señala que, a pesar de que para los fines del recurso que se tramitaba no es necesario «fijar con exactitud el valor cualificativo de los distintos coeficientes», la donación por razón del matrimonio «pertenece a uno de esos tradicionales tipos que funden los caracteres de la contratación y de la sucesión mortis causa». Con todo, tampoco han faltado autores (cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J., «La donación *mortis causa* en el Código civil español», en *Estudios sobre donaciones*, Montecorvo, Madrid, 1978, págs. 187-191), que, adoptando una posición ecléctica, consideran que las donaciones por razón del matrimonio de bienes futuros encierran al mismo tiempo una donación *mortis causa* y un pacto sucesorio que hace que aquélla sea irrevocable. Una exposición detallada de los argumentos que abonarían cada una de estas teorías así como de las críticas que se podrían formular a las mismas puede verse en VALLET DE GOYTISOLO, J., «La donación *mortis causa*...», cit., págs. 184 y ss.

¹⁷² *Vid.*, por todos, DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, cit., pág. 480.

se conceden en el testamento mancomunado.

A tal fin, debe tenerse presente que la ineficacia de las donaciones de bienes futuros en los casos de separación y divorcio (cfr. art. 116.2 LDCG) obedece a que el matrimonio constituye una condición para la eficacia de las mismas; de este modo, si el matrimonio no se contrae en el plazo de un año o entra en «crisis» las donaciones resultan ineficaces (cfr. art. 116 LDCG). Siendo ello así, y dado que en el testamento mancomunado el matrimonio también representa un *præ* de eficacia (cfr. art. 137 LDCG), parece evidente que las liberalidades que los cónyuges se conceden en el testamento mancomunado y las donaciones de bienes futuros entre ellos comparten esa característica que justificaría la aplicación a las primeras de las causas de ineficacia propias de las segundas. Por ello, en nuestra opinión, habría base suficiente para aplicar por analogía a las liberalidades que los cónyuges se conceden en el testamento mancomunado las causas de ineficacia previstas para esas otras liberalidades que los cónyuges se otorgan por razón del matrimonio para el caso de muerte.

En definitiva, en las hipótesis de separación y divorcio, las liberalidades que los cónyuges se hubiesen concedido en el testamento mancomunado devendrían ineficaces en relación con aquel de los otorgantes que hubiese obrado de mala fe o le fuesen imputables los hechos determinantes de la separación o del divorcio.

4. LA VECINDAD CIVIL

4.1. *Delimitación de su ámbito de operatividad*

Después de haber analizado los problemas que el testamento mancomunado plantea con respecto a la capacidad de los otorgantes, se trata ahora de examinar la función que, en relación con dicha

figura testamentaria, desempeña la vecindad civil gallega¹⁷³.

La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia establece expresamente en el inciso primero del artículo 137 lo siguiente: «*Los cónyuges gallegos podrán otorgar testamento mancomunado (...)*». De esta manera, sobre la base del aforismo *inclusio unius, exclusio alterius*, la lectura inicial del precepto transcrito permitiría inferir que la intención del legislador ha sido la de exigir que ambos otorgantes tengan la condición civil de «gallegos»¹⁷⁴.

¹⁷³ Con anterioridad a la Ley de Derecho civil de Galicia, habida cuenta de la escasez de relaciones jurídicas sujetas al estatuto personal, DURÁN RIVACOBÁ, R., (*Hacia un nuevo sistema del Derecho foral y su relación con el Ordenamiento civil común*, Dykinson, Madrid, 1993, págs. 112 y ss.) cuestionó la existencia de una auténtica vecindad civil gallega; ello por cuanto que esta vecindad, en principio, sólo sería relevante a los efectos de la mejora tácita prevista en la segunda parte del artículo 84 de la Compilación del Derecho civil de Galicia. Con carácter general, sobre la vecindad civil pueden consultarse, entre otras, las siguientes obras: DURÁN RIVACOBÁ, R., *El nuevo régimen de la vecindad civil y los conflictos interregionales*, Dykinson, Madrid, 1992; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario al artículo 14 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil*, cit., págs. 505-525; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 14 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo I, Vol. 2.º, cit., 1995, págs. 1.201-1.248; también del mismo autor, en colaboración con PÉREZ DE CASTRO, N., *La vecindad civil*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1996; PARRA LUCÁN, M.ªA., «La vecindad civil», en AA.VV., *Curso de Derecho civil*, Vol. I, *Derecho privado. Derecho de la persona*, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2001, págs. 479-494.

¹⁷⁴ Así parece haberlo entendido GUTIÉRREZ ALLER, V., («Réxime económico-familiar e sucesorio...», cit., pág. 401) cuando afirma: «A condición de galegos determínase pola veciñanza civil, conforme ó art. 5 da Lei, e aparece esixida respecto de ambos, de modo que non parece posible este testamento cando un dos cónxuxes non ten veciñanza civil en Galicia». En el mismo sentido, referido tanto a la regulación que del testamento mancomunado se contenía en la Compilación de Derecho civil de Aragón, como a la normativa del Fuero Nuevo de Navarra, cfr. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., «Comentario al artículo 733 del Código Civil», en AA.VV.,

De ser la anterior interpretación del artículo 137 de la Ley de Derecho civil de Galicia la correcta, el testamento mancomunado no sería factible cuando uno de los otorgantes no tuviese la vecindad civil gallega. Sin embargo, cabe ya adelantar que la exigencia que se deriva de la Ley de Derecho civil de Galicia en orden a la vecindad de los otorgantes del testamento conjunto no debe ser entendida en términos categóricos.

De hecho, a nuestro juicio, en aquellos casos en los que los testadores tienen distinta vecindad civil, habría que distinguir, previamente, si el cónyuge no gallego está sometido a un régimen civil que prohíbe —expresa o tácitamente¹⁷⁵— el testamento mancomunado o si, por el contrario, dicho cónyuge se encuentra sujeto a una normativa que regula esta figura en sentido permisivo.

La imposibilidad de otorgar testamento mancomunado no admite discusión cuando la legislación correspondiente al testador no sujeto al Derecho gallego prohíbe esta modalidad testamentaria. En tales supuestos, serían aplicables, bien directamente, bien con carácter supletorio, los artículos 669 y 733 del Código civil y, en consecuencia, el testamento mancomunado así otorgado, por ser un acto contrario a norma prohibitiva, tendría que ser considerado nulo (cfr. art. 6.º Cc).

Sin embargo, no sucede lo mismo cuando el cónyuge que concurre al otorgamiento junto con el testador gallego está facultado para testar conjuntamente por la ley a la que se halla

Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, Tomo IX, Vol. 2.º, cit., 1983, págs. 346-347.

¹⁷⁵ Excepción hecha del Código civil (cfr. arts. 669 y 733 Cc) todas las demás legislaciones civiles españolas que prohíben el testamento mancomunado —esto es, el Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña y la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares— lo hacen de forma implícita.

sometido. En estos casos, como se ha dicho, el axioma antes referido, *inclusio unius, exclusio alterius*, llevaría a rechazar la posibilidad comentada toda vez que el legislador gallego no la ha contemplado expresamente. Sin embargo, a nuestro juicio, la solución a la que cabe llegar es otra.

De entrada hay que reconocer que el legislador gallego no resolvió de forma expresa si el testamento mancomunado debía otorgarse necesariamente por cónyuges gallegos o si, por el contrario, podía ser otorgado por un testador gallego y otro con distinta vecindad civil cuya ley personal admitiese el referido testamento. Ahora bien, en nuestra opinión, ello no se debe a que el legislador autonómico pretendiera excluir el supuesto en cuestión, sino, simplemente, a que estaba imposibilitado para tomarlo en consideración.

A tal fin, para corroborar el extremo indicado, resultaría suficiente examinar la hipótesis objeto de controversia desde la perspectiva que proporciona la competencia para establecer normas de Derecho interregional. El punto de partida de nuestro razonamiento lo constituye el artículo 149.1.8.^a de la Constitución española, según el cual *«El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 8.^a Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial»*.

A los efectos que ahora interesan, en relación con el precepto transcrito habría que destacar los dos siguientes

aspectos. En primer lugar, el artículo 149.1.8.^a de la Constitución española atribuye al Estado, en todo caso, la competencia en materia de «*normas para resolver los conflictos de leyes*»; expresión ésta que, como señalan DÍEZ-PICAZO y RUBIO LLORENTE –en voto particular formulado a la sentencia del Tribunal Constitucional 72/1983, de 29 de julio– comprende no sólo las normas que integran el llamado Derecho internacional privado sino también las constitutivas del denominado Derecho interregional¹⁷⁶.

Y, en segundo lugar, como consecuencia inmediata de lo anterior, la referida reserva constitucional supone la obligación por parte de los legisladores autonómicos de respetar en todo caso el régimen que de las conexiones en general establece el legislador estatal; esto es, conlleva el deber de no transgredir los criterios de localización a través de los cuales se designa el Derecho aplicable cuando a la regulación de las relaciones jurídico–privadas concurren diversas legislaciones¹⁷⁷.

De esta manera, dado que la vecindad civil constituye el criterio con arreglo al cual se determina la sujeción «*al derecho civil común o al especial o foral*» (art. 14.1 Cc) y que, por tanto, se erige en el punto de conexión para la determinación de la ley aplicable en los conflictos de leyes internos, sería posible colegir, en buena lógica, que los legisladores autonómicos tienen sustraída de su ámbito de competencia legislativa la materia

¹⁷⁶ Cfr. STC 72/1983, de 29 de julio, Voto particular en el recurso de inconstitucionalidad 201/1982, BOE núm. 197, de 18 de agosto. En este sentido, se considera oportuno precisar que las consideraciones efectuadas por DÍEZ-PICAZO y RUBIO LLORENTE, formuladas en un voto particular, no atañen a la doctrina esencial contenida en el fallo de la sentencia.

¹⁷⁷ Sobre el concepto de «conexión», cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 194–195.

atinente a la vecindad civil¹⁷⁸.

En consecuencia, si el legislador gallego hubiese contemplado en el articulado de la Ley la hipótesis del testamento mancomunado otorgado por personas con vecindad civil distinta de la gallega dicha regulación podría haber sido declarada inconstitucional por estar incidiendo en una materia –la vecindad civil– que, por ser el criterio de conexión para la resolución de los conflictos de leyes, constituye una competencia exclusiva del legislador estatal¹⁷⁹. De ahí que, a nuestro juicio, la referencia a la

¹⁷⁸ Así parece haberlo entendido el Tribunal Constitucional cuando en la Sentencia 226/93 declara que «es a las Cortes Generales a quien corresponde el establecimiento de las normas de conflicto para la resolución de supuestos de tráfico interregional y, antes aún, la definición y regulación, en general, de los puntos de conexión conforme a los cuales han de articularse aquellas reglas. Debe, por consiguiente, el Estado regular el modo de adquisición y régimen jurídico de la vecindad civil (que es criterio para la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral y punto de conexión para la determinación de la ley personal: arts. 14.1 y 16.1.1.^a del Código) y disponer, también, cuál sea la ley aplicable a las relaciones y actos jurídicos en que se intervengan sujetos con vecindad civil diversa. Es del todo claro, por ello, que las normas estatales de Derecho civil interregional delimitarán el ámbito de aplicación personal de los varios ordenamientos civiles que coexisten en España» (cfr. STC 226/93, de 8 de julio, FJ 4, BOE núm. 183, de 2 de agosto).

¹⁷⁹ Así ha sucedido con el inciso segundo del párrafo primero del artículo 2.º de la Compilación de Derecho civil de Baleares, a cuyo tenor: «(...) y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil». El legislador autonómico al conferir a la «residencia» un valor presuntivo de la vecindad e introducir, con ello, un punto de conexión diferente, acabó por alterar tanto el régimen de la vecindad civil –establecido en los artículos 14 y 15 del Código civil– como lo dispuesto en el art. 16.1.1.^a del mismo Cuerpo legal, razones por las cuales el inciso de la disposición citada recibió tacha de inconstitucionalidad. (cfr. STC 156/93, de 6 de mayo, FJ 3, BOE núm. 127, de 28 de mayo). En este orden de ideas, se considera especialmente llamativa la normativa contenida en el artículo 102.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón. De acuerdo con este precepto, «si uno de los dos testadores es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su Ley personal, pueden testar mancomunadamente, incluso fuera de Aragón».

vecindad civil gallega contenida en el artículo 137 de la Ley resulte, en el fondo, superflua y que el empleo por parte del legislador del término «gallegos» tenga un valor meramente adjetivo¹⁸⁰.

En suma, a la vista de lo expuesto, no habría razón alguna para negar la posibilidad de un testamento conjunto otorgado por cónyuges de distinta vecindad civil cuando la ley de cada uno de los otorgantes les autorice a hacer uso de esta modalidad testamentaria¹⁸¹. En tales supuestos, el testamento mancomunado

Dejando al margen el último inciso de la norma transcrita, la manera de proceder del legislador aragonés resulta, a nuestro juicio, sorprendente; ello porque a través de la referencia al testador no aragonés que no tenga prohibido por su ley personal el testamento conjunto está incidiendo, mediatamente, en la competencia exclusiva del Estado para el establecimiento de las normas de conflicto. Idénticas observaciones podrían efectuarse en relación con el artículo 172.2 de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco, de acuerdo con el cual: «*Podrán testar mancomunadamente aquellos matrimonios en los que al menos uno de los consortes reuniere las condiciones que exige el presente Fuero para su aplicación*».

¹⁸⁰ La forma de proceder del legislador vasco es, en este sentido, ciertamente significativa. En efecto, después de haber fijado el marco de operatividad de las normas forales en el Capítulo primero (*Ámbito de aplicación*) del Título primero (*De la aplicación de las normas forales*) del Libro primero (*Del Fuero Civil de Bizkaia*), llegado el momento de regular el testamento mancomunado, se limita a establecer, en el art. 49 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, sin hacer uso de gentilicio alguno, que «*los cónyuges podrán disponer conjuntamente de sus bienes en un solo instrumento, mediante el testamento mancomunado o de hermandad*».

¹⁸¹ A favor de tal posibilidad se han manifestado, entre otros autores, ALONSO VISO, R., «El testamento mancomunado en el Derecho gallego», cit., pág. 22; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Las sucesiones en las legislaciones forales (especialidades en materia testamentaria)*, 2.^a ed., Fundación matritense del notariado, Madrid, 1998, pág. 85; BELLO JANEIRO, D., *El ejercicio de la competencia en materia civil por la Comunidad Autónoma gallega*, Montecorvo, Madrid, 1999, pág. 204; y, desde la perspectiva del Derecho aragonés, GARCÍA VICENTE, F., «El testamento mancomunado», en *Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1993,

va a presentar vínculos con diversas legislaciones, pudiendo plantearse por tanto problemas en relación con los distintos aspectos que lo conforman. Así las cosas, se ha considerado oportuno postergar el examen de dichos interrogantes al capítulo final del trabajo. Entre otras razones porque el referido análisis está condicionado por el tratamiento dado por la Ley de Derecho civil de Galicia a la revocación del testamento mancomunado.

III. EL NOTARIO

1. GENERALIDADES

La Ley de Derecho civil de Galicia no contiene ningún precepto que, de forma taxativa, imponga la presencia del Notario en el otorgamiento del testamento conjunto. Sin embargo, la inclusión del fedatario público entre las personas que deben intervenir en dicho otorgamiento se colige directamente de la forma que ha de revestir esta modalidad testamentaria. En otros términos, si el testamento mancomunado se configura como abierto notarial al acto de otorgamiento debe concurrir, junto con los testadores, el Notario que tenga encomendada la autorización del instrumento¹⁸².

pág. 11. En este orden de ideas, la hipótesis del otorgamiento de un testamento mancomunado por personas sujetas a legislaciones civiles diferentes se contempla en el artículo 10.1 de la *Convención sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte* —efectuada en La Haya en el curso de la XVI sesión y aún no ratificada por España—, a cuyo tenor: «*Lorsque le pacte concerne la succession de plus d'une personne, cet accorde n'est valide au fond que si cette validité est admise par chacune des lois qui, en vertu des articles 3 ou 5, paragraphe 1, aurait été applicable à la succession de chacune de ces personnes en cas de décès au jour où le pacte a été conclu*». El texto de la Convención puede verse en *Revue Critique de Droit International Privé*, Tomo 77, 1988, págs. 807–814.

¹⁸² En relación con la forma abierta notarial del testamento mancomunado gallego, *vid. supra* el apartado IV.3 del Capítulo primero de este trabajo.

Así se infiere de la propia noción de testamento abierto contenida en el artículo 679 del Código civil puesta en relación con lo establecido en el artículo 694 del mismo Cuerpo legal. De acuerdo con el primero de los preceptos precitados el testamento es abierto «(...) siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone»¹⁸³. A su vez, el referido artículo 694 – precisando el ámbito subjetivo del precepto anteriormente transcrito– prescribe lo siguiente: «El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario (...)».

Así las cosas, son diversos los interrogantes que la figura del Notario plantea en relación con el testamento mancomunado gallego. En síntesis, las cuestiones que van a centrar nuestra exposición se concretan en las tres siguientes: en primer lugar, el examen de las normas atributivas de competencia y de las consecuencias que de su infracción se derivan para el instrumento público (cfr. arts. 3.º y 8.º LN y 116 y ss. RN); en segundo lugar,

¹⁸³ En este sentido, como señala BLOCH RODRÍGUEZ, J.M., («Los testigos en los testamentos notariales», en *RDN*, núm. XVII, 1957, pág. 317) el hecho de que el artículo 679 del Código civil contemple la autorización del testamento abierto por una pluralidad de personas («en presencia de las personas que deben autorizar el acto») no implica que el número de éstas en cada otorgamiento tenga que ser «forzosamente» múltiple. En efecto, a juicio del referido autor, el precepto comentado prevé simplemente la posibilidad de que el testamento abierto sea autorizado por distintas personas (piénsese, *v. gr.*, en el Notario o en los funcionarios diplomáticos o consulares que tengan atribuido el ejercicio de la fe pública). En todo caso, a propósito de esta cuestión, se considera oportuno señalar aquí que en los testamentos abiertos no notariales o excepcionales –testamento en inminente peligro de muerte o en caso de epidemia– que pueden otorgarse sólo «en presencia de» testigos (cfr. arts. 700 y 701 Cc), éstos no llevan a cabo, en modo alguno, una función autorizante; ello por cuanto que, como pone de relieve TORRES GARCÍA, T., («Comentario al artículo 679 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., pág. 1.707) en los supuestos indicados, para que el testamento en cuestión no quede ineficaz se requiere que sea elevado a pública escritura y protocolizado según las normas de la Ley de enjuiciamiento civil.

el análisis de las funciones a desempeñar por el Notario tanto en las distintas fases del otorgamiento mancomunado como en el posterior momento de la apertura de la sucesión; y, en tercer lugar, al hilo de la cuestión anterior, el estudio de la responsabilidad en la que pudiera incurrir el fedatario público por la inobservancia de alguna formalidad testamentaria esencial (cfr. art. 687 Cc en relación con el art. 705 Cc).

2. LA COMPETENCIA TERRITORIAL DEL NOTARIO

2.1. *Preliminares*

Con fundamento en la normativa contenida en el Reglamento notarial, cabe afirmar que los otorgantes del testamento mancomunado gallego gozan de libertad para elegir al Notario ante quien manifestar su voluntad testamentaria (cfr. art. 3.º RN). Mas, esta libertad de elección no se traduce en la posibilidad de que el referido testamento sea autorizado por cualquier fedatario público. Antes bien, se requiere que el Notario en cuestión sea hábil (cfr. art. 694 Cc), esto es, competente por razón del territorio para llevar a cabo la susodicha autorización. Esta exigencia se infiere del artículo 694 del Código civil, conforme al cual «*el testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar de otorgamiento*». Así pues, los testadores tienen derecho a escoger libremente al Notario que haya de autorizar su testamento; pero el contenido de esta facultad de elección ha de conjugarse con la exigencia de que el fedatario elegido sea competente desde un punto de vista territorial. Por ello, a continuación y siquiera sea de modo somero, se impone efectuar un examen de las normas rectoras de la competencia notarial por razón del territorio y su incidencia en el testamento mancomunado.

La competencia del Notario aparece delimitada con arreglo a criterios territoriales en los artículos 3.º y 8.º de la Ley del

Notariado y artículos 116 y siguientes del Reglamento que la desarrolla¹⁸⁴. En este sentido, de la lectura conjunta de los artículos 3.º y 8.º de la citada Ley cabría colegir como regla general que el denominado distrito notarial se erige en el límite espacial de validez de la actuación de los Notarios. En efecto, después de señalar que el «*partido judicial constituye distrito de Notariado*» (art. 3.º LN), la Ley dispone que dentro del mismo los «*Notarios podrán ejercer [su ministerio] indistintamente*» (art. 8.º LN). A esta misma limitación geográfica de la competencia territorial del Notario alude, en otros términos, el artículo 116 del Reglamento cuando establece que «*Los Notarios carecen de fe pública fuera de su respectivo distrito notarial (...)*».

Con todo, la regla apuntada no debe ser entendida en términos absolutos: en ocasiones, se excluye del ámbito de actuación del Notario determinadas zonas del distrito en el que, en teoría, es competente; otras veces, en cambio, se faculta al Notario para intervenir válidamente fuera de su distrito. De lo primero son buena muestra lo que GÓNZALEZ PALOMINO denomina «zonas legales fijas» (cfr. arts. 117 y 118 RN) y «zonas polémicas facultativas» (cfr. arts. 121 a 123 RN). De la actuación fuera del distrito notarial son claros exponentes, tanto la «prorrogación» de competencia por casos urgentes imposibles de tramitación previa (cfr. art. 119 RN), como los supuestos en los que tienen lugar

¹⁸⁴ De acuerdo con ÁVILA ÁLVAREZ, P. (*Estudios de Derecho notarial*, 7.ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, pág. 25) en orden a la delimitación de la competencia del Notario, la Ley del Notariado pudo haber seguido uno de los tres siguientes sistemas: a) el personalista, que atribuiría competencia a los Notarios en todo el territorio nacional; b) el territorialista, que conferiría competencia exclusiva al Notario en una parte del territorio; y c) el mixto, que combinaría los dos criterios anteriores. Así las cosas, es sabido que la Ley notarial de 1862 se decantó por el segundo de los sistemas señalados, para lo cual se procedió a la división del territorio nacional en distritos notariales, asignándose a cada uno de ellos, en función de criterios de oportunidad y conveniencia, uno o varios Notarios.

sustituciones o habilitaciones especiales (cfr. art. 120 RN en relación con el art. 49 del mismo Cuerpo reglamentario y arts. 6.º y 10 del Anexo IV del referido Reglamento)¹⁸⁵.

2.2. Restricciones a la actuación notarial dentro del distrito

2.2.1. Planteamiento

Con el objeto de fijar la competencia territorial del Notario, la Ley del Notariado, así como el Reglamento dictado en su desarrollo, configuran el distrito notarial como la demarcación o circunscripción de referencia (cfr. arts. 3.º y 8.º LN y 116 y ss. RN). Dicho de otro modo, de acuerdo con la normativa vigente los Notarios adscritos a un determinado distrito notarial son, con carácter general, competentes para actuar en todo el territorio que integra dicho distrito (cfr. arts. 8.º LN y 116 RN). Ahora bien, la regla expuesta no está exenta de excepciones. A este respecto, el propio Reglamento notarial prevé la posibilidad de que en los distritos integrados por varias Notarías existan áreas reservadas a la actuación de un único fedatario público. De hecho, así sucede con el término municipal de residencia del Notario, por un lado (cfr. arts. 117 y 118 RN) y con las zonas que resultan de la división del propio distrito a instancia de uno de los Notarios que lo sirven, por otro (cfr. arts. 121 a 123 RN).

2.2.2. El término municipal

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 117 del Reglamento notarial, el término municipal correspondiente al domicilio del Notario representa una barrera cuasi infranqueable en orden a la actuación de los restantes fedatarios públicos adscritos al mismo distrito. En efecto, a tenor

¹⁸⁵ Cfr. GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Instituciones de Derecho notarial*, Tomo I, Reus, Madrid, 1948, págs. 175-176.

del referido precepto, los Notarios «*sólo podrán autorizar instrumentos públicos en el término municipal correspondiente al lugar del domicilio de otro Notario, cuando éste sea único (...)*» en una serie de supuestos tasados y con las condiciones establecidas en el artículo 118 del Reglamento notarial. En relación con estas hipótesis y desde la perspectiva del testamento mancomunado, puede afirmarse que la intervención notarial en el término municipal de residencia de un Notario por parte de los demás fedatarios del mismo distrito sólo resulta procedente, bien en los casos de imposibilidad física permanente o accidental de los otorgantes, bien en los supuestos de imposibilidad física o incompatibilidad del Notario para autorizar el acto (cfr. art. 117, párr. 2.º y 3.º RN)¹⁸⁶. Además, para que ello sea así es preciso que concurren los siguientes requisitos: en primer lugar, que exista previo y especial requerimiento¹⁸⁷; en segundo lugar, que se deje constancia del referido requerimiento en el propio instrumento; y, en tercer lugar, que el Notario remita a la Junta directiva del Colegio «*los documentos justificativos del previo requerimiento y del motivo de éste*» (cfr. art. 118 RN)¹⁸⁸.

¹⁸⁶ El artículo 117 del Reglamento notarial contempla, asimismo, entre las excepciones reseñadas, los supuestos «*de verdadera importancia por vencimiento de plazo legal o contractual*»; sin embargo, a nuestro juicio, en materia testamentaria esta causa no sería susceptible de ser invocada. Un breve estudio del artículo 117 del Reglamento notarial puede verse en PRU BURÓN, C.M.º, «El nuevo artículo 117 del Reglamento notarial», en *Bol. Gr.*, julio, 1982, págs. 1.054-1.058.

¹⁸⁷ El requerimiento en cuestión no es necesario en aquellos supuestos de Notarías demarcadas servidas por Notarios sustitutos (cfr. art. 118, párr. 3.º, RN). En cualquier caso, como señala GONZÁLEZ PALOMINO, no se trata de una auténtica excepción ya que el lugar de residencia del Notario sustituto se corresponde con el de la Notaría de la que es titular y, en consecuencia, no concurre el presupuesto de actuar en el lugar de residencia de otro Notario (cfr. GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Instituciones de Derecho notarial*, Tomo I, cit., pág. 177).

¹⁸⁸ En este sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su resolución de 30 de septiembre de 1891 (en *JC*, Tomo 70, núm. 48, págs.

2.2.3. El denominado «régimen de zonas»

Una segunda salvedad de índole restrictiva en orden a la correlación existente entre distrito notarial y competencia territorial se produce en aquellos supuestos en los que al menos uno de los Notarios pertenecientes a un mismo distrito notarial solicita la división de éste en zonas de competencia (cfr. arts. 121 a 123 RN)¹⁸⁹. En estos casos, al Notario que efectúa la referida solicitud se le asigna un área, conformada por términos municipales contiguos, de la que queda excluida toda actuación –por tanto, también la autorización del testamento mancomunado– por parte de los restantes fedatarios públicos del distrito (cfr. art. 123 RN).

No obstante, de la regla expuesta se exceptúan –con idénticos requisitos– los supuestos en los que procede la intervención notarial en el término municipal correspondiente al domicilio de otro Notario (cfr. arts. 117 y 118 RN). Es decir, dentro de su distrito –y pese a la división de éste en las denominadas zonas facultativas– cualquier Notario podrá llevar a cabo la autorización del testamento mancomunado, bien en caso de imposibilidad física de los otorgantes o del Notario al que le ha sido conferida la zona, bien en aquellos supuestos en los que este fedatario no pueda intervenir por razones de incompatibilidad (cfr. art. 117, párr. 2.º y 3.º RN).

218–221), ha considerado irrelevante, a los efectos de la validez del instrumento, que en el mismo no se explicita la causa por la que el Notario ha sido requerido siendo suficiente con que se deje constancia de tal requerimiento.

¹⁸⁹ La división en cuestión, que podrá ser solicitada por cualquiera de los Notarios adscritos al distrito (cfr. art. 121 RN), se llevará a cabo por las Juntas directivas previo informe de todos los Notarios interesados (cfr. art. 122 RN). Y en ningún caso va a implicar, con respecto a los demás Notarios, la parcelación del resto del distrito (cfr. art. 121 RN).

2.3. Ampliación de la competencia territorial más allá del distrito

2.3.1. Planteamiento

Es cierto que con carácter general la competencia territorial del Notario se circunscribe al distrito notarial que tiene asignado (cfr. arts. 8.º LN y 116 RN). Sin embargo, como señala GONZÁLEZ PALOMINO, razones de oportunidad, subordinadas a la conveniencia del mejor servicio público, pueden incidir en una relajación de las normas fundamentales en esta materia¹⁹⁰. De este modo, sucede que, mediando determinadas circunstancias, el Notario está facultado para actuar válidamente fuera de su distrito notarial (cfr. arts. 119–120 RN y arts. 6.º y 10 del Anexo IV del mismo Cuerpo reglamentario). En concreto, así acontece en los dos casos siguientes: 1.º) en aquellas hipótesis en las que la competencia del Notario fuera de su distrito se justifica por razones de urgencia; 2.º) en aquellos otros casos en los que la ampliación competencial consiste en una habilitación encaminada a garantizar la continuidad en la prestación de los servicios notariales.

2.3.2. Prolongación de la competencia territorial por razones de urgencia

De acuerdo con el artículo 119 del Reglamento notarial, el Notario está facultado, entre otras funciones, para autorizar el testamento del que se halle «gravemente enfermo» en términos municipales contiguos al suyo y pertenecientes a otro distrito notarial. Ahora bien, para que esta ampliación competencial tenga lugar constituye un requisito *sine qua non* que en el término municipal en el que se produzca la intervención no resida Notario o éste se halle oficialmente ausente¹⁹¹. Así las cosas, no habría

¹⁹⁰ Cfr. GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Instituciones de Derecho notarial*, Tomo I, cit., págs. 180–181.

¹⁹¹ Sobre el régimen de ausencias, cfr. los artículos 43 y 44 del Reglamento

que descartar *a priori* la hipótesis de un testamento mancomunado autorizado válidamente por un Notario ajeno desde un punto de vista competencial al distrito en el que interviene cuando los testadores estuviesen afectados por una dolencia grave¹⁹².

2.3.3. Habilitaciones

Al margen del supuesto comentado de prolongación de competencia territorial por razones de urgencia, en el Reglamento notarial se contemplan otras dos hipótesis en las que la actuación del Notario puede exceder del marco estricto del distrito. Prescindiendo de los casos de habilitación especial para asuntos electorales (cfr. arts. 6.º, párr. 1.º y 10, párr. 1.º, del Anexo IV del Reglamento notarial)¹⁹³, cabría referirse a aquellos otros supuestos

notarial.

¹⁹² En estos casos, tratándose del testamento mancomunado, cabría preguntarse si la circunstancia que justifica la intervención del Notario fuera de su distrito –esto es, la grave enfermedad del otorgante– ha de concurrir forzosamente en ambos testadores o si, por el contrario, es suficiente con que lo haga en uno sólo de ellos. En relación con este interrogante, las legislaciones que regulan el otorgamiento del testamento mancomunado en inminente peligro de muerte se limitan a exigir que la circunstancia reseñada concorra en uno sólo de los otorgantes (cfr. art. 94.2 LSCM de Aragón y ley 199, párr. 3.º, CDCFN). La Ley de Derecho civil de Galicia no contiene ninguna previsión al respecto. Sin embargo, con fundamento en el principio del *favor testamenti* cabría admitir la misma solución.

¹⁹³ Conforme al párrafo primero del artículo 6.º del Anexo IV del Reglamento notarial: «*Los Decanos, atendidas las circunstancias de hecho y conforme a las informaciones recibidas, procederán a habilitar de oficio, en cualquier momento del periodo electoral, al Notario o Notarios que se estime conveniente para asegurar la prestación de la función en materia electoral en distrito o distritos notariales distintos del suyo dentro del territorio del Colegio. Estas habilitaciones tienen carácter obligatorio para los Notarios, salvo excusa admitida*». A su vez, a tenor de lo establecido en el párrafo primero del artículo 10 del referido Anexo IV: «*Todos los Notarios con residencia demarcada dentro de una circunscripción electoral quedan habilitados, sin necesidad de investidura especial, para actuar en materia*

en los que la prestación de la función notarial se ve interrumpida por muerte, jubilación, traslado, ausencia o cualquier otra causa similar –de carácter permanente o temporal– que no hubiese sido prevista en el «Cuadro de sustituciones» (cfr. art. 120 RN)¹⁹⁴.

En las situaciones precitadas será el Decano del Colegio Notarial el encargado de designar a los fedatarios habilitados para intervenir –y por tanto, para autorizar el testamento conjunto– y para ello atenderá básicamente a dos factores: la inmediatidad o proximidad territorial, por un lado; el mejor desempeño del servicio público, por otro. Con todo, no resulta ocioso recordar aquí que, a tenor de la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, el criterio preferente para la habilitación de Notario de distrito colindante será el de la atención del servicio público, constituyendo la regla de la proximidad o inmediatez una simple recomendación¹⁹⁵.

Vistas las excepciones que en la identidad competencia territorial–distrito notarial se contienen en el Reglamento notarial, ya se está en disposición de acometer el análisis de la controversia que, en orden a la validez del instrumento público –y por derivación del testamento mancomunado– plantea la falta de

electoral en todo el territorio de aquélla durante el día de la votación».

¹⁹⁴ En concreto, el artículo 120 del Reglamento notarial dispone expresamente lo siguiente: «Además de los casos de habilitación especial para asuntos electorales, cuando un distrito quede sin Notario en activo servicio por muerte, jubilación, traslado del titular, ausencia o cualquier otra causa que imposibilite permanente o temporalmente para el ejercicio del cargo y no estuviese previsto el caso en el Cuadro de sustituciones, el Decano del Colegio Notarial habilitará a otro de distrito colindante, procurando elegir el más inmediato, dando cuenta a la Dirección General, que podrá ratificar o modificar la habilitación a favor de otro, atendiendo siempre al servicio público».

¹⁹⁵ Cfr. la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de noviembre de 1989, en *Código Notarial*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 189.

competencia del Notario autorizante.

2.4. Consecuencias de la infracción del régimen de competencia

2.4.1. Planteamiento

En relación con los efectos que se siguen de la vulneración del régimen de competencia territorial expuesto se considera necesario efectuar un tratamiento diferenciado en función del ámbito espacial en el que se produce el ejercicio de la función notarial; es decir: habría que distinguir, previamente, si la actuación del Notario tiene lugar fuera de su distrito o, por el contrario, dentro de él. Ello por cuanto que, a nuestro juicio, las consecuencias que para el instrumento público en cuestión –el testamento mancomunado– se van a derivar en uno y otro supuesto son radicalmente opuestas.

2.4.2. Actuación notarial fuera del distrito

Excepción hecha de las hipótesis de prolongación y de habilitación (cfr. arts. 119 y 120 RN y arts. 6.º y 10 del Anexo IV del RN), el Notario carece de competencia para autorizar un instrumento público fuera de los límites territoriales del distrito al que está adscrito (arg. *ex art. 8.º LN a contrario*). En otros términos, más allá de su distrito, el Notario no es «hábil» para autorizar ningún instrumento público, incluido el testamento mancomunado.

Por tanto, dado que para la validez del referido testamento se exige que el fedatario público que lo autorice sea competente –«hábil», en los términos del artículo 694 del Código civil–, a nuestro juicio la intervención del Notario fuera del distrito que tiene asignado conllevaría la nulidad del instrumento –esto es, del testamento conjunto– por no haberse observado en el otorgamiento una formalidad esencial (cfr. art. 687 Cc)¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Con carácter general, sin referirse de modo específico al testamento

2.4.3. Actuación «invasora» dentro del propio distrito

Mayor dificultad presenta el análisis de los efectos que para el testamento mancomunado se siguen de la intervención del Notario en el término de residencia o en una zona reservada a otro fedatario del mismo distrito. Ello se debe a que el supuesto objeto de estudio, contemplado únicamente en el Reglamento notarial, parece suponer una modificación de carácter restrictivo a la regla general de atribución de competencia establecida en la Ley del Notariado.

En efecto, de acuerdo con el artículo 8.º de la referida Ley los fedatarios públicos podrán ejercer su ministerio en todo el territorio que integra el distrito notarial sin que, al respecto, se establezca límite alguno de índole territorial. Sin embargo, el Reglamento notarial parece matizar la regla de competencia expuesta al restringir esas posibilidades de actuación, tanto en los términos municipales de residencia de otros Notarios, como en las denominadas «zonas notariales» (cfr. arts. 117-118 y 121 a 123 RN).

Así las cosas, cabría preguntarse si la actuación del Notario en esas zonas de actuación restringida conforme a la normativa reglamentaria supone una auténtica extralimitación

mancomunado, también se han inclinado por la nulidad del instrumento público en estos casos: GIMÉNEZ-ARNAU, E., *Derecho notarial español*, Vol. III, Universidad de Navarra, Pamplona, 1965, pág. 199 y GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 694 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 1.º-B, cit., 1987, pág. 15. En contra, GONZÁLEZ PALOMINO, J. (*Instituciones de Derecho notarial*, Tomo I, cit., pág. 182) quien, a pesar de reconocer que el criterio expuesto no sólo es conforme con una interpretación literal del Reglamento sino que, además, es el que prevalece en la práctica, se muestra partidario de aplicar las sanciones disciplinarias previstas para los supuestos de «invasión» dentro del distrito notarial.

competencial. Dicho de otra manera, habría que dilucidar si en las zonas referenciadas, a pesar de lo dispuesto en el artículo 8.º de la Ley del Notariado, el Notario carece de competencia. La respuesta al interrogante planteado ha de ser, a nuestro juicio, negativa. Ello por las siguientes razones:

En primer lugar, porque considerar que el Notario no es competente en la totalidad del territorio que integra el distrito notarial que tiene asignado supondría negar la primacía material que la Ley reviste frente al Reglamento. En otros términos, implicaría otorgar prevalencia a la regulación contenida en una norma de rango inferior y, en última instancia, equivaldría a asumir implícitamente la vulneración del principio de jerarquía normativa, sancionado con rango constitucional en el artículo 9.º³ de la Constitución.

En segundo lugar, porque así resulta también de la propia naturaleza de las normas objeto de debate. En nuestra opinión, las normas reglamentarias que restringen el ámbito espacial de la intervención del Notario en su propio distrito (cfr. arts. 117-118 y 121 a 123 RN) no serían normas de competencia en sentido estricto sino «normas de reparto de negocios»¹⁹⁷. A través de estas disposiciones no se trataría de determinar qué concreto Notario resulta competente para intervenir en un espacio geográfico determinado de suerte tal que, en ese marco, quedase

¹⁹⁷ Sobre la distinción entre «normas de competencia» y «normas de reparto», que ha sido trazada con meridiana claridad por la doctrina procesalista, pueden confrontarse, entre otros, GÓMEZ COLOMER, J.L., «La competencia», en MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1993, págs. 388-390 y DE LA OLIVA SANTOS, A., «Competencia, reparto, cambio de tribunal y derecho al juez predeterminado por la Ley (En torno a un caso de controvertida aplicación del art. 15 L.J.C.A.)», en AA.VV., *Estudios de Derecho procesal en honor de Víctor Fairén Guillén*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 124.

excluida la actuación de los demás fedatarios públicos. Antes bien, las normas en cuestión responderían simplemente a un intento de repartir el trabajo de manera racional entre órganos con idéntico ámbito competencial.

Y, en última instancia, porque el principio del *favor testamenti*, en cuanto principio que debe presidir la labor exegetica, llevaría a descartar la aplicación de la más rígida de las disposiciones en concurso; esto es, la norma reglamentaria que limita, en el término municipal de residencia y en las zonas notariales, la competencia territorial del Notario.

De este modo, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones sería posible concluir que el Notario, aun actuando en una zona reservada a otro fedatario concreto, es competente dentro de su distrito (arg. *ex art. 8.º LN*); y, por tanto, el resultado de su actuación debe reputarse válido¹⁹⁸. Ahora bien, cuestión distinta es que su intervención no haya sido correcta desde el punto de vista de las normas internas que rigen el ejercicio de la función notarial. De ahí que, en los supuestos comentados, al Notario que intervenga en áreas reservadas a otros fedatarios de su mismo distrito se le pueda imponer –además de una corrección disciplinaria (cfr. arts. 348 y 349 en relación con el art. 352 RN)– una sanción pecuniaria consistente en la pérdida total de los honorarios percibidos o del doble de los mismos en caso de reincidencia (cfr. art. 125 RN)¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Ésta parece ser también la opinión, entre otros, de GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Instituciones de Derecho notarial*, Tomo I, cit., pág. 176 y BLANQUER UBEROS, R., «Comentario al artículo 694 del Código civil» en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., pág. 1.753.

¹⁹⁹ En este sentido, nos parece plenamente oportuna la observación formulada por GONZÁLEZ PALOMINO en relación con el tenor del artículo 125 del Reglamento notarial al considerar que hubiese sido más eficaz que el precepto dijese «honorarios percibidos o dejados de percibir» en vez de referirse sólo a los primeros (cfr. GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Instituciones*

3. FUNCIONES DEL NOTARIO

3.1. *Ideas previas*

Desde una perspectiva estrictamente notarial, el otorgamiento del testamento mancomunado gallego no difiere, en esencia, del de cualquier otro testamento abierto. Sin embargo, esta circunstancia no significa que las funciones a desarrollar por el fedatario público, en uno y otro caso, sean idénticas. A nuestro juicio, en el ámbito objeto de estudio, el otorgamiento del testamento mancomunado vendría singularizado, básicamente, por las dos notas siguientes:

En primer lugar, como consecuencia directa de la pluralidad de sujetos otorgantes, cabría destacar la duplicidad de determinadas actividades. En efecto, en el otorgamiento del testamento conjunto el Notario tiene que proceder a la identificación de dos testadores, debiendo pronunciarse además sobre la capacidad legal de cada uno de ellos para realizar el acto jurídico pretendido (cfr. art. 685 Cc).

Y en segundo lugar, habría que significar que, al hilo del referido «juicio de capacidad», el Notario debe constatar la existencia de otras circunstancias que actúan como presupuesto de la testamentifacción activa. Ciertamente, en el caso del testamento mancomunado gallego cabe ya adelantar que el fedatario público no sólo debe verificar la edad y el «cabal juicio» de los testadores (cfr. art. 685 Cc en relación con los arts. 662 y 663 Cc), sino que además ha de comprobar su vecindad civil, así como la existencia entre ellos de un vínculo matrimonial (arg. *ex* art. 137 LDCG).

Efectuadas estas consideraciones de carácter general, se está en disposición de analizar las diversas funciones a desempeñar

por el Notario en el proceso de otorgamiento del testamento mancomunado gallego y posterior apertura de la sucesión.

3.2. La identificación de los testadores

Entre los cometidos específicos del Notario en el otorgamiento del testamento abierto, y por tanto, también del testamento mancomunado gallego (cfr. art. 3.º LDCG), el Código civil contempla el atinente al conocimiento de la identidad de los otorgantes. En efecto, de acuerdo con el párrafo primero del artículo 685 del referido Cuerpo normativo: «*El Notario deberá conocer al testador y si no lo conociese se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas*»²⁰⁰. La finalidad que se persigue con esta medida parece evidente: se trata de evitar suplantaciones en la personalidad de los testadores y, con ello, de modo mediato, asegurar la autenticidad del instrumento público en el que la voluntad testamentaria queda plasmada²⁰¹.

²⁰⁰ A pesar de lo categórico de los términos empleados en la redacción del artículo 685 del Código civil («*El Notario deberá conocer*»), lo cierto es que sobre el Notario no pesa un auténtico deber de conocer al testador, sino simplemente de identificarlo. Tal es la opinión de ALBALADEJO, M., («Algunos extremos de la regulación de los testamentos modificados por la reciente Ley de 20 de diciembre de 1991», en *AC*, núm. 24, 1992, pág. 348, nota 2) para quien, en su sentido literal, el referido artículo 685 es inexacto «porque no es que el «*Notario deberá conocer al testador*», sino que si lo conoce, ya basta para identificarlo, pero deber de conocerlo no tiene, sino que no conociéndolo, lo que es perfectamente posible y legal, habrá de recurrir a los otros procedimientos de identificación que recoge la ley».

²⁰¹ Así lo ha venido entendiendo la generalidad de doctrina, pudiendo confrontarse, entre otros autores, MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 685 y 686 del Código civil», en QUINTUS MUCIUS SCÆVOLA, *Código civil*, Tomo XII, cit., págs. 341-342; MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a, «Comentario al artículo 685 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*

Así las cosas, a la vista del precepto transcrito, el Notario dispone de hasta tres medios diferentes para poder identificar a los testadores del testamento conjunto: el conocimiento directo y personal del propio fedatario, la intervención de testigos de conocimiento y la utilización de documentos oficiales²⁰². Ahora bien, el recurso a estos sistemas de identificación no reviste un carácter totalmente alternativo. De la propia literalidad del artículo 685 del Código civil («*si no lo conociese*») cabe ya deducir que la identificación a través del conocimiento directo y personal del Notario, comúnmente denominado «fe de conocimiento», se constituye en el medio de identificación prioritario²⁰³. En este sentido, para comprender el alcance exacto

español, Tomo V, cit., pág. 489; VENTOSO ESCRIBANO, A., «La fe de conocimiento, antecedentes y estado actual de la cuestión en Derecho español», en *RDN*, núm. 96, abril-junio, 1977, pág. 372; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo V, Vol. 2.º, cit., pág. 65; LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Comentario a los artículos 685 y 686 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 1.º-A, cit., 1990, pág. 350; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 26; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., «Comentario al artículo 685 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil*, cit., pág. 1.025; MARTOS CALABRÚS, M.ªA., *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, Comares, Granada, 2000, pág. 136.

²⁰² A estas formas de establecer la identidad de los otorgantes también alude la legislación notarial. En concreto, el artículo 23 de la Ley del Notariado señala: «*Los Notarios darán fe (...) de que conocen a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las Leyes y Reglamentos*», contemplando entre dichos medios (junto con la identificación de una de las partes por la otra —siempre que de esta última hubiese dado fe de conocimiento el Notario— y el cotejo de firmas con la de un instrumento público anterior en el que se hubiese dado por el Notario fe de conocimiento del firmante) tanto los testigos de conocimiento como los documentos expedidos por autoridades públicas con el objeto de identificar a las personas. A su vez, el artículo 187 del Reglamento notarial dispone: «*La identidad de las personas podrá constar al Notario directamente o acreditarse por cualquiera de los medios supletorios previstos en el artículo 23 de la Ley*».

²⁰³ La expresión «fe de conocimiento», de honda tradición notarial,

de este sistema identificativo, conviene tener presente los dos extremos siguientes:

En primer lugar, la denominada «fe de conocimiento» abarca sólo la identidad del otorgante. De este modo quedan excluidas de aquélla circunstancias tales como la edad, el estado, la profesión o la vecindad civil (cfr. art. 187, párr. 3.º, RN).

En segundo lugar, el conocimiento objetivo de la identidad de los testadores por parte del Notario no puede ser entendido en términos absolutos; de hecho, la certeza última acerca de la identidad de una persona implicaría un seguimiento constante de la misma por parte del Notario, lo cual, en la práctica, resulta materialmente imposible²⁰⁴. Por ello, a los efectos de la referida identificación, la doctrina considera

carece de un significado unívoco. En un sentido amplio, por tal locución se entiende la identificación de los otorgantes con independencia del medio empleado en ello; en un sentido estricto, en cambio, la «fe de conocimiento» hace referencia a la identificación de los otorgantes únicamente a través del conocimiento directo y personal de Notario. Por ello, a fin de evitar equívocos, se ha estimado pertinente, de acuerdo con ÁVILA ÁLVAREZ, P. («Posibles reformas en la reglamentación del instrumento público», en *RDN*, núm. 75, enero-marzo, 1972, págs. 25-26), reservar la expresión en cuestión para la identificación inmediata por el Notario y emplear el término «identificación» para aludir al significado amplio.

²⁰⁴ En este sentido resultan ciertamente expresivas las palabras —no exentas de ironía— de NUÑEZ LAGOS, R. («Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial», en *AAMN*, Tomo I, 1944, pág. 470) cuando afirma que «para que el Notario tuviera la evidencia, de *visu*, et *auditu suis sensibus*, de que el compareciente era la personalidad física y jurídica que se afirmaba, haría falta que como tal notario presenciara el hecho del parto y la identidad permanente del nacido desde el alumbramiento hasta la comparecencia». En la misma línea se manifiesta, entre otros, DÍEZ PASTOR, J.L., «Fe de conocimiento», en AA.VV., *Ponencias presentadas a los Congresos internacionales del Notariado Latino*, Tomo I, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1975, pág. 326.

suficiente que el fedatario público llegue al convencimiento –con independencia del momento exacto en que lo haga²⁰⁵– de que los sujetos que ante él comparecen son tenidos en el tráfico jurídico por quienes dicen ser²⁰⁶.

²⁰⁵ Cfr. LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Comentario a los artículos 685 y 686 del Código civil», cit., págs. 351–352 y RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., «Comentario al artículo 685 del Código civil», cit., pág. 1.028. Este criterio es asimismo mantenido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de mayo de 1914 (en *JC*; Tomo 130, abril–junio, núm. 80, Cdo. 4.º) en la que señala: «nuestro Código civil nada dice ni distingue sobre si el conocimiento por el fedatario ha de ser adquirido anticipadamente, ó en el momento mismo de otorgarse el testamento». En todo caso, el conocimiento de los testadores por el Notario debe haberse adquirido con anterioridad a la firma o autorización del instrumento pues, como señala VENTOSO ESCRIBANO («La fe de conocimiento...», cit., pág. 369), «en éste se ha manifestado por el Notario que conocía a los comparecientes y además se ha dado juicio de capacidad que sin basarse en la identificación de los interesados parece un tanto desprovisto de base». En el mismo sentido se manifiesta DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Notario latino y su función», en *RDN*, núm. 76, abril–junio, 1972, pág. 233, nota 159.

²⁰⁶ Cfr., entre otros, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Notario latino y su función», cit., págs. 232–233; DÍEZ PASTOR, J.L., «Fe de conocimiento», cit., págs. 325 y ss.; VENTOSO ESCRIBANO, A., «La fe de conocimiento...», cit., págs. 362–369; LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Comentario a los artículos 685 y 686 del Código civil», cit., pág. 351; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 28; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., «Comentario al artículo 685 del Código civil», cit., pág. 1.028. En todo caso, como ha señalado el Tribunal Supremo, la «fe de conocimiento» no cabe concebirse en términos tan lasos como para entender que una mera identificación previa –a través del carnet de identidad– puede constituir un medio suficiente para que el Notario adquiera el conocimiento directo en que dicha «fe de conocimiento» consiste. En efecto, como ha tenido ocasión de puntualizar el Alto Tribunal, «conocer no significa [...] que el notario haya visto una vez a una persona y le haya solicitado su carné de identidad, sino que por su habitualidad en el trato (v.g. cliente de la notaría) u otras razones, notoriedad de la persona, no puede ofrecer a éste dudas, según el común de la experiencia, de la identidad de ésta» (STS de 2 de diciembre de 1998, *RJA* 9156, FJ 2.º).

Sin embargo, puede suceder que el Notario, por sí mismo, no adquiera la convicción necesaria acerca de la identidad de los otorgantes del testamento mancomunado. En estos casos, conforme a lo dispuesto en el mismo artículo 685 del Código civil, el fedatario público ha de proceder a la identificación de los testadores recurriendo, bien a los testigos de conocimiento, bien a documentos oficiales. La utilización de uno u otro sistema depende única y exclusivamente de la voluntad del Notario, de suerte tal que, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad a la reforma de 1991 en materia de testamentos, la identificación testifical no va a prevalecer, en modo alguno, sobre la documental²⁰⁷.

La identificación a través de los denominados testigos de conocimiento consiste en la acreditación de la identidad de los testadores por medio de dos personas que los conozcan²⁰⁸ y que

²⁰⁷ En efecto, con anterioridad a la Ley 11/1990, de 20 de diciembre, entre los medios de identificación que en la actualidad revisten el carácter de supletorios con respecto a la denominada «fe de conocimiento» existía una cierta jerarquía, ya que la identificación por medio de los documentos oficiales sólo tenía lugar en defecto de los demás sistemas identificativos. Además, la naturaleza residual de la identificación documental también se ponía de manifiesto en el supuesto de que se suscitase un pleito al respecto, pues en tales casos se producía la inversión de la carga de la prueba y, por tanto, la demostración de la autenticidad de la identidad correspondía a quien mantenía la validez del testamento.

²⁰⁸ En relación con esta materia, el Tribunal Supremo, en un primer momento, consideró que los testigos de conocimiento debían ser conocidos «del testador, de los instrumentales y del Notario» (STS de 27 de mayo de 1914, en *JC*, Tomo 130, núm. 80, Cdo. 1.º). Sin embargo, en resoluciones posteriores, el propio Tribunal modifica su posición inicial y declara en reiteradas ocasiones que el conocimiento en cuestión no tiene por qué ser recíproco; dicho en otros términos, que no es preciso que los testigos sean conocidos, a su vez, por los propios testadores. Cfr., entre otras, las SSTS de 20 de junio de 1923 (en *JC*, Tomo 159, núm. 103, Cdo. 2.º) y de 15 de abril de 1980 (en *RJA* 1418).

sean, a su vez, conocidos del Notario²⁰⁹. En este sentido, al objeto de evitar reiteraciones innecesarias, se consideran reproducibles aquí las observaciones realizadas a propósito del alcance de la «fe de conocimiento». En consecuencia, sería posible colegir: en primer lugar, que el conocimiento de los testigos por el Notario, así como el conocimiento de los testadores por los primeros, tiene que versar exclusivamente sobre la identidad de unos y de otros; en segundo lugar, que dicho conocimiento no debe ser entendido en términos categóricos²¹⁰.

Por lo que se refiere a la identificación documental, el Código civil no contiene una enumeración de los documentos a los que el Notario puede recurrir a fin de identificar a los testadores. El reseñado artículo 685 se limita a señalar, por un lado, que los documentos en cuestión han de ser expedidos por una autoridad pública; y, por otro, que han de tener como finalidad la de identificar a las personas. Sin embargo, a nuestro juicio, no son éstas las únicas notas características que han de reunir los referidos documentos. En efecto, en nuestra opinión, es preciso, además, que los documentos identificativos contengan el retrato y la firma –o, en defecto de ésta, la huella digital– del otorgante (cfr. art. 23, párr. 2.º, letra c, LN y art. 187, párr. 2.º, RN). Estos últimos requisitos no son exigidos directamente por el Código civil, pero sí están previstos, en cambio, en la legislación notarial, que sería aplicable al caso concreto por su carácter

²⁰⁹ Precisamente al hilo de esta circunstancia, RIVAS MARTÍNEZ, J.J., (*El testamento abierto...*, cit., pág. 33) considera ilógico exigir que los testigos sean conocidos del Notario. Su razonamiento, basado en el aforismo de que «quien puede lo más, puede lo menos», se concreta en los siguientes términos: «si hoy el Notario puede identificar al testador (que es lo más) mediante documentos oficiales, no se entiende bien porqué no puede identificar del mismo modo a los testigos de conocimiento (que es lo menos)».

²¹⁰ De la misma opinión son DÍEZ PASTOR, J.L., «Fe de conocimiento», cit., pág. 329 y VENTOSO ESCRIBANO, A., «La fe de conocimiento...», cit., págs. 382–383.

supletorio (cfr. art. 143, párr. 2.º *in fine*, RN)²¹¹. Así pues, con los antecedentes expuestos no habría dificultad alguna, en nuestra opinión, para admitir como documentos identificativos a los efectos del artículo 685 del Código civil el documento nacional de identidad, el pasaporte y el permiso de residencia²¹².

Finalmente, en lo concerniente a la identificación de los otorgantes del testamento notarial y, por tanto, también del mancomunado, el Código civil contempla un sistema subsidiario o de cierre. Ciertamente, en caso de que el Notario no haya podido identificar a los testadores con arreglo a alguno de los sistemas examinados deberá hacer constar esta circunstancia, «*reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo*» (cfr. art. 686 Cc). En cualquier caso, no debe obviarse que en estos supuestos no se ha producido una identificación auténtica y que, por tanto, no existe una presunción de veracidad acerca de la identidad de los otorgantes. En consecuencia, si el testamento se impugna por el motivo referido, se origina una inversión de la carga de la prueba correspondiendo la misma a quien defienda la validez del testamento (cfr. art. 686 Cc, párr. 2.º).

Hasta aquí se han expuesto, de modo sucinto, los distintos

²¹¹ En idénticos términos se pronuncian, entre otros, DÍEZ GÓMEZ, A., «La supresión de los testigos en los testamentos», en *RJN*, núm. 2, abril-junio, 1992, pág. 53, nota 7; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 31; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., «Comentario al artículo 685 del Código civil», cit., pág. 1.025.

²¹² Mayores dudas suscita, en cambio, la admisión del carnet de conducir, pues si bien se trata de un documento expedido por una autoridad pública con una finalidad esencialmente identificativa, no reúne las garantías suficientes para asegurar la verdadera identidad de su titular. Una exposición de los argumentos que se pueden esgrimir a favor y en contra de la consideración del referido documento como un medio idóneo de identificación puede verse en RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 32.

sistemas de los que el Notario dispone para identificar a los testadores del testamento conjunto. Este «deber» de identificación que incumbe al Notario ha de completarse con la obligación de plasmar este extremo en el documento testamentario (cfr. art. 696 Cc). Sin embargo, atendiendo a razones sistemáticas, este aspecto concreto será objeto de estudio en el marco de la cuestión relativa a la redacción del instrumento público.

3.3. *El juicio sobre la capacidad de los testadores y la constatación de los requisitos legales para testar mancomunadamente*

La dinámica propia del otorgamiento del testamento notarial conduce a que, con carácter previo al mismo, el Notario, además de identificar a los testadores, tenga que pronunciarse sobre su capacidad para testar mancomunadamente. Dicha obligación, impuesta tanto en la legislación civil (cfr. art. 685 Cc) como en la notarial (arg. *ex art.* 145, párrafo 2.º, *ab initio*, RN) encierra, al igual que el deber de identificación, un doble aspecto²¹³: uno de carácter sustantivo, consistente en el juicio en sí mismo considerado y al que nos referiremos a continuación; otro de índole instrumental (cfr. art. 696 Cc y arts. 156.8º y 167 RN) sobre el que se hará hincapié al tratar el tema de la redacción del testamento.

Con estos antecedentes, desde la vertiente estrictamente sustantiva, la cuestión estriba básicamente en concretar el contenido del «juicio de capacidad». Dicho en otros términos, se trata de delimitar los aspectos que integran la «*capacidad legal necesaria para testar*» a la que se refiere el artículo 685 del

²¹³ Así lo han entendido también RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., «Comentario al artículo 685 del Código civil», cit., pág. 1.038 y ROVIRA PEREA, J.M., «Forma, capacidad y unidad de acto en los testamentos», en *La Ley*, 1992-2, págs. 998-1.000. Asimismo, la doble dimensión del juicio de capacidad aparece claramente establecida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: cfr., entre otras, la sentencia de 21 de junio de 1986 (RJA 3788).

Código civil. En este sentido, de manera pacífica, la doctrina ha venido considerando que la locución empleada en el precitado artículo 685 —«*capacidad legal necesaria para testar*»— no equivale sino a la testamentifacción activa²¹⁴. Siendo ello así, en buena lógica habría que concluir que el juicio de capacidad a efectuar por el Notario, con antelación al otorgamiento del testamento mancomunado, deberá versar sobre la edad y la aptitud mental de los testadores (cfr. art. 663 Cc).

Pero además del «juicio de capacidad», el Notario deberá comprobar los requisitos que la Ley de Derecho civil de Galicia exige a los fines de testar de manera conjunta: la vecindad civil de los otorgantes, por un lado; la existencia entre ellos de un vínculo matrimonial, por otro (cfr. art. 137 LDCG).

La verificación de estas circunstancias —tanto las que conforman el «juicio de capacidad» como los requisitos legales— no conlleva para el fedatario público el mismo grado o nivel de exigencia. Quiere indicarse con ello que el Notario no puede acreditar del mismo modo la totalidad de los extremos mencionados. De hecho, bien pudiera decirse que la labor de enjuiciamiento del Notario posee, por razón de su objeto, una naturaleza mixta: en lo atinente a la edad y a la existencia del matrimonio se trataría de un juicio de mera constatación; en lo concerniente a la vecindad civil y al «cabal juicio» sería, en cambio, un juicio de valoración²¹⁵.

²¹⁴ Cfr. entre otros, MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 685 y 686 del Código civil», cit., pág. 351; LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Comentario a los artículos 685 y 686 del Código civil», cit., pág. 361; TORRES GARCÍA, T., «Comentario al artículo 685 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., 1991, pág. 1.727; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., «Comentario al artículo 685 del Código civil», cit., págs. 1.040-1.041.

²¹⁵ En el mismo sentido, aunque refiriéndose al testamento unipersonal, se manifiesta BADOSA COLL, F., «Comentario al artículo 696 del Código

En efecto, la confirmación de la edad y de la existencia del matrimonio entre los otorgantes apenas le plantean al Notario incertidumbre alguna. A los fines de acreditar la edad, el fedatario público podrá solicitar a los testadores la exhibición, bien de los documentos de identificación oficiales, bien del pertinente certificado de la partida de nacimiento. En lo que se refiere a la existencia del matrimonio, será suficiente con la presentación por parte de los otorgantes del Libro de Familia, pues en éste consta, con valor de certificación, la realidad de la mencionada unión matrimonial (cfr. art. 75 LRC).

Mayores problemas plantea en cambio la apreciación de la vecindad civil. Ello se debe a que, como ha puesto de relieve tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros y del Notariado en reiteradas ocasiones, la vecindad civil «puede operar al margen de toda constancia documental, e incluso sin la actividad voluntaria del adquirente»²¹⁶. De hecho basta con la residencia continuada durante diez años sin declaración expresa en contrario para que de forma automática se adquiera la vecindad civil correspondiente al lugar de residencia (art. 14.5.2.º Cc). Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 160 del Reglamento notarial, para acreditar la vecindad civil el fedatario público deberá tomar como referencia, tanto las declaraciones de los otorgantes, como aquello que se desprenda de sus documentos de identidad. En concreto, el referido precepto establece lo siguiente: *«Las circunstancias de profesión y vecindad se*

civil», en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil*, cit., pág. 1.096. Un breve estudio sobre las distintas clases de juicios notariales puede verse en BALLARÍN MARCIAL, A. «Naturaleza y clases de “juicios” del Notario», en *AAMN*, Tomo XXXV, págs. 527-543.

²¹⁶ STS de 20 de febrero de 1995 (*RJA* 2771). En esta misma idea insisten, entre otras, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de junio de 1964 (*RJA* 3844), de 3 de julio de 1967 (*RJA* 4361) y de 17 de febrero de 1969 (*RJA* 4153).

expresarán por lo que conste al Notario o resulte de las declaraciones de los otorgantes y de sus documentos de identidad».

Finalmente, el Notario debe también asegurarse de que los testadores se hallan en su «cabal juicio», es decir que reúnen la aptitud necesaria para entender y querer lo que el acto de testar mancomunadamente supone²¹⁷. En este sentido, debe recordarse que el juicio notarial objeto de estudio reviste una notable relevancia. En efecto, el referido juicio sobre la capacidad de los testadores se traduce en una presunción *iuris tantum*, sólo susceptible de ser desvirtuada por una evidente prueba en contrario²¹⁸.

3.4. La redacción del testamento

La redacción del testamento mancomunado gallego, en cuanto testamento abierto notarial, constituye otro de los cometidos a desarrollar por el Notario encargado de su autorización. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 695 del Código civil, el fedatario público, una vez que ha conocido —bien oralmente, bien por escrito a través de la correspondiente minuta— la última voluntad de los testadores, ha de proceder, con arreglo a la misma, a la redacción del testamento²¹⁹.

En este sentido, a los fines de delimitar el contenido de la

²¹⁷ Sobre el concepto de «cabal juicio», *vid. supra* el apartado II.2.3 del presente Capítulo.

²¹⁸ Cfr., entre otras, las SSTS de 10 de abril de 1987 (RJA 2549); de 21 de junio de 1990 (RJA 9031); de 24 de julio de 1995 (RJA 5603); de 27 de noviembre de 1995 (RJA 8717); de 12 de mayo de 1998 (RJA 3570); y de 19 de septiembre de 1998 (RJA 6399).

²¹⁹ «Redactado por éste [el Notario] el testamento con arreglo a ella [la última voluntad del testador]» dispone expresamente el artículo 695 del Código civil.

función objeto de estudio, conviene señalar, de entrada, que la redacción en cuestión no consiste en modo alguno en la mera transcripción por parte del Notario de las distintas disposiciones testamentarias²²⁰. Antes bien, la redacción notarial del testamento conjunto requiere una tarea previa de indagación e interpretación de la verdadera voluntad de los otorgantes para, a continuación, adecuar dichas pretensiones a las formalidades previstas en el Ordenamiento jurídico (cfr. art. 147 RN)²²¹.

Así las cosas, en lo que a los requisitos formales se refiere, al Notario, con carácter general, se le impone el deber de redactar el instrumento público haciendo uso de un estilo claro y preciso, de tal manera que «(...) *la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma*» se erijan en reglas de obligada observancia (cfr. art. 148 RN)²²². Por otra parte, ya como formalidades específicas –sin las cuales el mismo documento y, por derivación el negocio testamentario, serían nulos (cfr. art. 687 Cc)– el fedatario público ha de hacer constar en el propio instrumento las cuatro menciones siguientes:

²²⁰ De la misma opinión son, entre otros, MORENO MOCHOLÍ, «Comentario de los artículos 694, 695 y 696 del Código civil», en QUINTUS MUCIUS SCÆVOLA, *Código civil*, Tomo XII, cit., págs. 452–453; OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., págs. 82–83; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 89. A juicio de estos autores la formalidad relativa a la redacción del testamento por parte del Notario se vería plenamente satisfecha con tal que el documento testamentario fuese escrito a partir de un simple texto elaborado por el fedatario en cuestión.

²²¹ Incluso en el supuesto de que la voluntad testamentaria le hubiese sido manifestada por escrito, el Notario tratará de indagar las intenciones de los testadores sin limitarse a plasmar de manera literal la minuta presentada (cfr. art. 147, párr. 2.º, RN). Para esta opinión, cfr., asimismo, MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 694, 695 y 696 del Código civil», cit., págs. 460–461.

²²² Una exposición en clave irónica de los distintos estilos notariales (barroco, romántico–sentimental, clásico–moderno y neo–clásico) puede verse en GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Instituciones de Derecho notarial*, Tomo I, cit., págs. 466–477.

En primer lugar, el Notario debe indicar en la comparecencia del instrumento el lugar del otorgamiento (cfr. art. 695 Cc y arts. 24 LN y 156.1.º RN), entendiendo por tal la población o ciudad donde el negocio testamentario se autoriza²²³. Se trata con ello, por un lado, de comprobar la competencia del propio Notario y, por otro, de determinar la legislación que debe regir las formas del acto²²⁴.

²²³ En este sentido, de acuerdo con el artículo 156.1.º del Reglamento notarial, si la escritura se otorga fuera de una población, el Notario deberá indicar «*la aldea, caserío o paraje, con expresión del término municipal*». Sin embargo, lo cierto es que, a nuestro juicio, con fundamento en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1901, cabe entender que en los supuestos de referencia será suficiente con indicar en la escritura el municipio donde tiene lugar el otorgamiento prescindiendo de cualquier otra indicación geográfica. En concreto, el considerando segundo de la precitada resolución establece expresamente que «para cumplir el art 695 del mencionado Código, en cuanto exige que se exprese el lugar donde se otorgue el testamento, basta expresar el nombre de la población sin necesidad de consignar el sitio ó paraje de la misma en que el acto se verifique; porque sobre no exigir la ley tales detalles, de suyo accidentales, entiéndese por regla general en derecho como cosas sinónimas, población y lugar, para todos los efectos legales (...)» (STS de 30 de septiembre de 1901, en *JC*, Tomo 92, núm. 59). En la doctrina científica son de la misma opinión, entre otros, GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 695 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 1.º-B, cit., 1987, pág. 69 y RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 90; en contra de la posición dominante parece manifestarse, en cambio, BLANQUER UBEROS, R. («Comentario al artículo 695 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., pág. 1.758) para quien sería recomendable «que la precisión individualizada del lugar de otorgamiento se realice con referencia concreta al domicilio (calle, número, planta, puerta, etc.) o al establecimiento (hospital, prisión, hotel, etc.)».

²²⁴ Así lo ha puesto de relieve la generalidad de la doctrina. Cfr., entre otros, MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 694, 695 y 696 del Código civil», cit., pág. 450; MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a, «Comentario a los artículos 695 y 696 del Código civil», en *Comentarios al Código civil español*, Tomo V, cit., págs. 539-540; OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 85; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 90; MARTOS CALABRÚS, M.^aA., *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, cit., pág. 226.

En segundo lugar, en el documento testamentario también habrá de consignarse la fecha y la hora del otorgamiento (cfr. art. 695 Cc y arts. 25 LN y 756.2.º RN). De este modo, no sólo resulta posible enjuiciar la capacidad de los testadores (cfr. art. 666 Cc) y, en su caso, la idoneidad de los testigos (cfr. art. 683 Cc) sino que, además, en los supuestos de pluralidad de testamentos²²⁵ la mención referida constituye un criterio decisivo para determinar la prevalencia de los mismos (cfr. art. 739 Cc)²²⁶. Normalmente, la fecha (día, mes y año) se suele indicar en el inicio del documento, a continuación del lugar, en tanto que la hora, por la propia mecánica del otorgamiento, suele plasmarse al final del instrumento²²⁷.

En tercer lugar, el Notario también debe dejar constancia en el instrumento público de la fe de conocimiento o, en su defecto, de la pertinente identificación de los otorgantes (cfr. art. 696 Cc y art. 156.7.º RN). Con anterioridad a la reforma de 1991 en materia de testamentos la fe de conocimiento o su equivalente

²²⁵ Sobre este tema resulta de consulta inexcusable el trabajo del profesor DÍEZ-PICAZO, L., «La pluralidad de testamentos» publicado inicialmente en la *RDN*, Tomo 27, 1960, págs. 7-97 y reeditado, posteriormente, en sus *Estudios de Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980, págs. 329-378.

²²⁶ Esta opinión sobre la finalidad perseguida con la indicación de la fecha y de la hora es sustentada por la doctrina de manera pacífica. Cfr., entre otros, MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 694, 695 y 696 del Código civil», cit., pág. 450; MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a, «Comentario a los artículos 695 y 696 del Código civil», cit., pág. 540; OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., págs. 84-85; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 695 del Código civil», cit., págs. 69-70; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 90; MARTOS CALABRÚS, M.^aA., *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, cit., págs. 227 y 230.

²²⁷ En todo caso, como señala GONZÁLEZ PORRAS, J.M. («Comentario al artículo 695 del Código civil», cit., pág. 68, nota 37) nada impide que la hora se haga constar junto con la fecha y el lugar de otorgamiento en la cabecera del documento. Para ello, a juicio del citado autor, el Notario dejará un espacio en blanco que deberá cubrir posteriormente, una vez firmado el instrumento, cuando se perfecciona la voluntad testamentaria.

debía plasmarse necesariamente al final del documento testamentario. En efecto, el derogado artículo 699 del Código civil, en su párrafo 2.º, establecía lo siguiente: «*El Notario dará fe, al final del testamento, de haberse cumplido todas las dichas formalidades y de conocer al testador (...)*». Sin embargo, en la actualidad esa exigencia ha desaparecido del articulado del Código, razón por la cual cabría suscitarse la cuestión atinente a la ubicación de la citada mención. En este sentido, la respuesta al interrogante planteado la ofrece el propio Reglamento notarial (arg. ex art. 143.2 RN) que confiere al Notario dos posibilidades: consignar la fe de conocimiento bien en el momento de la comparecencia, lo que, a nuestro juicio, es lo más probable (cfr. art. 156.7.º RN), o bien al final de la escritura (cfr. art. 188 RN). En todo caso, resulta imprescindible que en el instrumento conste efectivamente y de manera singular esta mención²²⁸.

Y, en cuarto lugar, el Notario debe indicar en el instrumento público que, a su juicio, los otorgantes tienen la capacidad suficiente para testar. A tal fin y desde una perspectiva estrictamente formal, no es necesario que el extremo indicado se haga constar en párrafo separado y especial, ni tampoco que se empleen los mismos términos del artículo 696 del Código civil. Lo decisivo en este caso será que el Notario se pronuncie expresamente en el documento testamentario sobre la capacidad

²²⁸ Antes de la reforma del Código civil de 1990, en materia de testamentos, se discutía si la fe de conocimiento o equivalente debía expresarse de manera específica o si, por el contrario, la misma podía entenderse subsumida en la fórmula general de dar fe el Notario de haberse cumplido todas las formalidades testamentarias. En este sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en diversas resoluciones (cfr., entre otras, la resolución de 17 de enero de 1876, en *JR*, Tomo I, años 1862-1882) consideraba imprescindible la dación específica de la fe de conocimiento; el Tribunal Supremo, en cambio, en más de una ocasión mantuvo el criterio opuesto (cfr., entre otras, las SSTs de 25 de febrero de 1881 –en *JC*, Tomo 45, núm. 80– y de 27 de junio de 1917 –en *JC*, Tomo 140, núm. 140–).

de los otorgantes²²⁹.

En suma, a la vista de las observaciones expuestas sería posible afirmar, a modo de conclusión, que la redacción del testamento mancomunado por parte del Notario consiste, básicamente, en la plasmación de la auténtica voluntad testamentaria de los otorgantes con arreglo a las exigencias formales previstas en los artículos 695 y 696 del Código civil.

Por último, tras haber perfilado el contenido de la función atinente a la redacción del testamento mancomunado por parte del fedatario público, se juzga procedente realizar unas breves consideraciones finales sobre el idioma en el que han de quedar plasmadas las disposiciones de los otorgantes. En este sentido, no resulta ocioso recordar aquí que en la Comunidad Autónoma de Galicia tanto el castellano como el gallego comparten el rango de lenguas cooficiales y que, por tanto, corresponde a los poderes públicos promover y garantizar el uso normal y oficial de ambas lenguas (cfr. arts. 3.º CE y 5.º EAG).

²²⁹ Así lo ha entendido también la generalidad de la doctrina a partir de las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril y de 24 de diciembre de 1896 (*JC*, Tomo 79, núm. 6 y *JC*, Tomo 80, núm. 90, respectivamente). En la primera de estas resoluciones se establece expresamente que «la ley no exige que la mencionada importante manifestación se haga en párrafo especial y con las palabras precisas é insustituibles, á su juicio, porque esta locución ó frase equivale á la de su opinión, á su parecer, en su sentir», criterio éste que aparece confirmado en la segunda de las sentencias citadas al establecer que no es necesario que «esta importante manifestación del Notario se consigne en párrafo separado y con las palabras precisas é insustituibles de á su juicio, bastando que de cualquier otro modo, ó con locución distinta, exprese clara y evidentemente su parecer ú opinión respecto á la capacidad legal del testador para otorgar testamento». Cfr., entre otros, MANRESA Y NAVARRO, J.M.^º, «Comentario a los artículos 695 y 696 del Código civil», cit., pág. 546; OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 88; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 695 del Código civil», cit., págs. 110-111.

Así las cosas, cabría destacar de entrada la inadecuación existente entre la normativa inicialmente aplicable a la redacción de los documentos notariales (cfr. art. 25 LN y arts. 148–149 RN) y los mandatos constitucionales y estatutarios tendentes a asegurar la igualdad de trato entre idiomas cooficiales (cfr. arts. 3.º CE y 5.º EAG).

Ciertamente, tanto la Ley del Notariado, como el Reglamento dictado en su desarrollo, configuran la redacción de los instrumentos públicos en una lengua distinta de la castellana con un carácter meramente marginal. El párrafo primero del artículo 25 de la Ley del Notariado –e igualmente el inciso inicial del artículo 148 del precitado Cuerpo reglamentario– se limita a imponer la redacción de dichos instrumentos en castellano. A su vez, el artículo 149 del Reglamento notarial prevé la doble redacción del instrumento, pero lo hace sólo en aquellos supuestos en los que concurran las siguientes circunstancias: a) que el otorgamiento tenga lugar en un territorio donde se hable una lengua propia; b) que al menos uno de los otorgantes sea natural de dicho territorio; c) que la redacción en la lengua vernácula sea solicitada por los interesados; y d) que el Notario entienda suficientemente el idioma y así lo declare.

Sin embargo, lo cierto es que, en lo tocante a la Comunidad Autónoma gallega, la Ley 3/1983, de 15 de junio, de normalización lingüística ha venido a sustituir de manera genérica la regulación notarial mencionada²³⁰. Ello toda vez que, conforme al artículo 8.º de la citada disposición legal, los documentos públicos otorgados en Galicia podrán ser redactados, indistintamente, en gallego o en castellano, empleándose ambas lenguas únicamente a falta de acuerdo entre las partes.

²³⁰ La citada Ley de normalización lingüística ha sido publicada en el *DOGA* núm. 84, de 14 de julio de 1983 y en el *BOE* núm. 213, de 6 de septiembre de 1983, págs. 24.579 y ss.

En este orden de ideas, es importante destacar que la normativa autonómica debe completarse con lo establecido de manera específica para el testamento notarial abierto en el párrafo primero del artículo 684 del Código civil (arg. ex art. 3.º LDCG)²³¹. De acuerdo con este precepto, en los supuestos en que el testador *«exprese su voluntad en lengua que el Notario no conozca, se requerirá la presencia de un intérprete, elegido por aquél que traduzca la disposición testamentaria a la oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el Notario. El documento se escribirá en las dos lenguas con indicación de cuál ha sido la empleada por el testador»*²³².

En definitiva, a tenor de los datos precedentes cabría colegir lo siguiente: en primer lugar, la redacción del testamento mancomunado gallego puede realizarse en cualquiera de las dos lenguas oficiales en Galicia; en segundo lugar, sólo para el supuesto de que exista discrepancia entre otorgantes y Notario se procederá, conforme a lo dispuesto en el artículo 684 del Código civil, a la redacción del instrumento en cuestión en ambos

²³¹ El recurso al Código civil se justifica en la medida en que la Ley de Derecho civil de Galicia, en contraste con la mayor parte de las legislaciones de Derecho civil que coexisten en España (cfr. la ley 192 CDCFN, el art. 109 CSCM, el art. 15 LDCFPV y el art. 97 LSCM) no contiene precepto alguno sobre el idioma en que debe ser redactado el testamento.

²³² En relación con el inciso final del párrafo primero del artículo 684 del Código civil, LOIS PUENTE, J.M. («La modificación del Código civil en materia de testamentos», en *Revista Xurídica Galega*, núm. 1.º, 1992, pág. 28) ha subrayado la trivialidad de hacer constar cuál ha sido el idioma empleado por el testador cuando las lenguas del documento testamentario son ambas españolas; y ello porque siendo el castellano la única lengua oficial en todo el territorio español sólo la no oficial en el lugar del otorgamiento podrá corresponder al otorgante. La observación formulada por el citado autor se refiere exclusivamente a aquellos supuestos en que el testamento se redacta en una lengua española no oficial en el lugar del otorgamiento; sin embargo, en nuestra opinión, podría llegarse a la misma conclusión en aquellos casos en los que otorgándose el testamento en una de las lenguas cooficiales el Notario no tiene conocimiento de la misma.

idiomas²³³.

3.5. *La lectura del testamento*

Una vez redactado el testamento, el Notario ha de proceder indefectiblemente a su lectura: «*lo leerá el Notario*», dispone literalmente el artículo 695 del Código civil²³⁴. Es cierto que

²³³ A nuestro juicio, dado el carácter supletorio que reviste la normativa notarial (cfr. art. 143, párr. 2.º RN), en caso de ser necesaria la doble redacción –en castellano y gallego– el Notario deberá redactar el testamento «*a doble columna, para que simultáneamente puedan leerse y apreciarse ambas redacciones, procurando que gráficamente se correspondan en cuanto sea posible, a cuyo efecto deberá tachar las líneas que por ello queden en blanco a la terminación de la columna que resulte menor*» (art. 149 RN). Por este motivo, *mutatis mutandi*, no se comparte la opinión de LOIS PUENTE, J.M., («El llamado testamento en lengua extranjera», en *RDP*, Tomo LXII, 1988, pág. 985) quien, en relación con el testamento en lengua extranjera regulado en el anterior artículo 684 del Código civil, rechazaba la necesidad de la doble columna por no exigirla el artículo en cuestión de manera expresa.

²³⁴ Con anterioridad a la Ley 30/1991 de 20 de noviembre, por la que se modifica el Código civil en materia de testamentos, el tenor literal del artículo en cuestión no indicaba de manera explícita a quién le correspondía efectuar la lectura del testamento; en concreto, el artículo 665 derogado se limitaba a señalar, en impersonal, que el testamento «*se leerá en alta voz*». Esta circunstancia, unida a la doctrina que parece contenerse en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1879, sirvió de base a MORENO MOCHOLÍ, M., («Comentario de los artículos 694, 695 y 696 del Código civil», cit., págs. 454–455) para considerar indiferente el hecho de que el testamento fuese leído por el otorgante o por cualquier otra persona; a su juicio, lo único decisivo era que, tras la lectura, el Notario y el competente número de testigos oyesen del testador decir que ése era su testamento. Sin embargo, ésta no era la opinión de la doctrina mayoritaria, para quien, a pesar del silencio legal, la lectura del testamento debía ser llevada a cabo por el fedatario público: cfr., entre otros, MANRESA Y NAVARRO, J.M.ª, «Comentario a los artículos 695 y 696 del Código civil», cit., pág. 541; OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 83; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo V, Vol. 2.º, cit., pág. 75; BLANQUER UBEROS, R., «Comentario al artículo 696 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., págs. 1.761–1.762. Para una exposición detallada de las razones que cabría aducir en favor de la lectura notarial *vid.*, por

conforme al referido precepto a los testadores les asiste un derecho a leer por sí mismos el documento testamentario: «*advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí*» (art. 695 Cc). Sin embargo, el ejercicio de esa facultad no obsta para que, a nuestro juicio, y a tenor de los términos imperativos en los que está redactada la norma del Código civil, la lectura notarial deba tener lugar aún en esos casos.

En este sentido, pudiera objetarse que en la legislación notarial la lectura del testamento por el Notario y por los otorgantes se concibe con carácter alternativo, de manera que la lectura por parte de estos últimos haría innecesaria la del fedatario público. En efecto, así resulta de los artículos 25, párrafo 3.º de la Ley del Notariado y 193.1 del Reglamento notarial, a tenor de los cuales el Notario debe dar fe, bien de haber leído la escritura íntegra, bien de haber permitido a los testadores o a los testigos instrumentales que la lean.

Ahora bien, en nuestra opinión, la circunstancia reseñada no puede estimarse concluyente para excluir la lectura del testamento por parte del Notario. La razón estriba en que, de acuerdo con la propia legislación notarial, los testamentos y las demás disposiciones *mortis causa* se regirán, con carácter general, por los preceptos del Código civil (cfr. arts. 29 LN y 143, párr. 2.º RN), pudiendo aplicarse como norma supletoria la legislación notarial en tanto en cuanto no suponga una modificación de lo sancionado en el Código civil (cfr. art. 143, párr. 2.º, *in fine* RN). Por ello, la interpretación literal del artículo 695 del Código civil, que contempla la lectura notarial con carácter obligatorio no debe quedar desvirtuada por la regulación que a este respecto se contiene en la Ley y en el Reglamento notariales²³⁵.

todos, GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 695 del Código civil», cit., págs. 74-76.

²³⁵ En el mismo sentido parece pronunciarse BADOSA COLL. F.,

Así las cosas, en relación con la función notarial objeto de examen, habría que referirse a dos aspectos básicos. En primer lugar, la lectura del testamento por el Notario persigue como finalidad inmediata la constatación por los testadores de la correlación existente entre la voluntad testamentaria manifestada al fedatario público y la versión notarial de la misma²³⁶. Siendo así, se comprende que los destinatarios principales de la lectura sean los testadores. A este entendimiento también parece coadyuvar el hecho de que la manifestación de voluntad pueda hacerse privadamente sin la presencia de otras personas. Ahora bien, lo anterior no obsta para que en los supuestos en que deban concurrir testigos a fin de suplir alguna de las carencias de los otorgantes (cfr. art. 697 Cc) aquéllos se conviertan también en receptores de dicha lectura.

(«Comentario al artículo 695 del Código civil» en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del código civil*, cit., pág. 1.082). No obstante, a juicio de este autor, la obligatoria lectura notarial quedaría excepcionada en aquellos casos en los que el testamento es otorgado por una persona «enteramente sorda» que sabe leer. El razonamiento de BADOSA se puede concretar en los siguientes términos: por un lado, el citado autor parte de la base de que, en los supuestos objeto de análisis, los únicos destinatarios de la lectura serían los testigos. Por otro lado, BADOSA destaca el hecho de que conforme al artículo 697.2.2.º del Código el supuesto en cuestión no se contempla entre aquéllos en los que es necesaria la presencia de testigos. En consecuencia, dado que los destinatarios de la lectura son los testigos y que, conforme al Código civil, no existe obligación de que concurren, BADOSA concluye que la lectura notarial deviene inútil en estos casos. Sin embargo, en nuestra opinión, la regla por la cual la lectura notarial resulta imprescindible no se vería alterada, ni siquiera en la hipótesis señalada por BADOSA. Ello con fundamento en los dos siguientes argumentos: en primer lugar, porque, como ya se ha indicado, la normativa notarial no puede contravenir las disposiciones del Código; y, en segundo lugar, porque el criterio de la utilidad que preside la argumentación de BADOSA también llevaría a prescindir de la lectura en aquellos casos en los que el testador, haciendo uso de la facultad contemplada en el propio artículo 695 del Código civil, pudiera leer el testamento por sí mismo.

²³⁶ Al respecto, cfr. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 91 y MARTOS CALABRÚS, M.ªA., *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, cit., pág. 186.

En segundo lugar, tampoco debe obviarse que el testamento mancomunado ha de ser leído en su integridad y «*en alta voz*», es decir, de forma tal que sus destinatarios puedan quedar enterados de su contenido²³⁷. La lectura completa del documento testamentario no se impone expresamente en el Código civil, pero sí en la legislación notarial. En concreto, tanto el artículo 25 de la Ley del Notariado, como el artículo 193 del Reglamento notarial, en su párrafo primero, disponen: «*Los Notarios darán fe de haber leído (...) la escritura íntegra (...)*»²³⁸. Además, la lectura íntegra del testamento puede asimismo colegirse, como señala GONZÁLEZ PORRAS, de la configuración de este requisito como presupuesto para la manifestación de conformidad de los testadores con la redacción del testamento realizada por el fedatario público²³⁹.

3.6. La autorización del testamento

Tras la lectura del testamento mancomunado, los otorgantes deben manifestar si su última voluntad ha sido fielmente reflejada por el Notario en el documento testamentario y, en caso afirmativo, firmar en el mismo acto el testamento (cfr. art. 695 Cc)²⁴⁰.

²³⁷ Así parece inferirse, también, de la STS de 6 de abril de 1896 (en *JC*, Tomo 79, núm. 6), cuando en su Considerando 3.º afirma que «si bien no se expresa que fuese en alta voz [la lectura del testamento], como debe inferirse que lo realizaría para que se enterasen aquellos que han autorizado con su firma el testamento, semejante omisión no es bastante para invalidarle».

²³⁸ De la misma opinión son, entre otros, GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 695 del Código civil», cit., págs. 73 y 77 y RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 92.

²³⁹ Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 695 del Código civil», cit., pág. 77.

²⁴⁰ En el caso de que alguno de los testadores no sepa o no pueda firmar –y así lo declare– será necesaria la presencia en el acto de otorgamiento de al menos dos testigos (cfr. art. 136 LDCG), uno de los cuales deberá firmar por el testador en cuestión, y a su ruego, el testamento. Sobre esta tema, *vid. infra* el apartado IV.3.3.5 del presente Capítulo.

Materializadas las firmas, el Notario procederá a la autorización del instrumento. Este requisito, con el que concluye el acto de otorgamiento, no aparece contemplado de manera expresa en la regulación que del testamento abierto se contiene en el Código civil²⁴¹. Sin embargo, como afirma OSSORIO MORALES, es evidente que «el testamento abierto habrá de ser firmado y signado por el Notario, puesto que es esa formalidad la que le confiere autenticidad y carácter de instrumento público»²⁴².

La anterior observación formulada por OSSORIO parece encontrar confirmación en la legislación notarial. En efecto, la Ley del Notariado, después de señalar con carácter general que la escritura deberá ser «firmada y signada por el mismo Notario» (art. 17, párr. 2.º, LN), establece, de manera específica, que «los Notarios autorizarán todos los instrumentos públicos con su firma y con la rúbrica y signo que propongan y se les dé al expedirles los títulos de ejercicio» (art. 19 LN). En la misma línea, el párrafo 2.º del artículo 196 del Reglamento notarial dispone lo siguiente: «El Notario, a continuación de las firmas de los otorgantes y testigos, autorizará la escritura y en general los instrumentos públicos, signando, firmando y rubricando. Deberá estampar al lado del signo el sello oficial de su Notaría». En este orden de ideas, debe tenerse presente que la omisión de la firma, de la rúbrica o del signo determinaría la nulidad del instrumento público y, por tanto, la del testamento mancomunado (cfr. art. 27, núm. 3.º LN)²⁴³.

²⁴¹ No sucede lo mismo, en cambio, en relación con el testamento notarial cerrado, pues el artículo 707.5.º, párr. 1.º *in fine*, del Código civil, al referirse al acta de otorgamiento, dispone de forma expresa que «la autorizará el Notario con su signo y firma».

²⁴² OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 85.

²⁴³ A tenor de lo expuesto, se ha podido constatar cómo la Ley del Notariado no contiene mención alguna al sello en cuanto elemento integrante de la autorización notarial ni, en buena lógica, a las consecuencias que se derivarían de su omisión. Pese a ello, algunos autores han considerado que, en rigor, el sello de la Notaría también forma parte de la suscripción del Notario. En este sentido, cfr.,

La forma que ha de revestir la firma del fedatario público no es objeto de regulación específica. Por ello, a nuestro juicio, sería posible que el Notario firmase haciendo constar bien el nombre y los apellidos (firma entera), bien sólo los apellidos (media firma)²⁴⁴; en todo caso, la firma ha de ser manuscrita pues, conforme al artículo 196, párrafo 3.º, del Reglamento notarial, a «ningún Notario se concederá autorización para signar ni firmar con estampilla»²⁴⁵.

Por lo demás, en relación con los restantes elementos que conforman la autorización, la única singularidad digna de mención estriba en que la rúbrica y el signo, una vez elegidos por el Notario, sólo podrán ser cambiados con la autorización del Gobierno (cfr. art. 19, párr. 2.º, LN).

3.7. La unidad de acto

El análisis de las diversas funciones a desempeñar por el Notario en el otorgamiento del testamento abierto y, por tanto, del testamento mancomunado gallego (cfr. art. 136 LDCG) requiere

NUÑEZ LAGOS, R., «Los esquemas conceptuales del instrumento público» en *RDN*, núms. I y II, julio-diciembre, 1953, pág. 137 y, más recientemente, MARTOS CALABRÚS, M.^ªA., *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, cit., pág. 207. Por el contrario, otros autores, entre los que se halla DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. («El Notario latino y su función», en *RDN*, núm. LXXVI, abril-junio, 1972, pág. 239, nota 163) estiman que la exteriorización de la autorización precisa, simplemente, de firma, rúbrica y signo; y ello aun cuando la exigencia de éste último se siga manteniendo por razones de tradición.

²⁴⁴ Estas dos modalidades de firma («firma entera» y «media firma») aparecen contempladas en el artículo 283 del Reglamento notarial, de acuerdo con el cual, las notas de apertura y de cierre del libro indicador foliado al que se alude deben ser autorizadas con firma entera, mientras que para la autorización de los asientos será suficiente «media firma».

²⁴⁵ En idéntico sentido, cfr. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 695 del Código civil», cit., págs. 101-102.

efectuar unas breves indicaciones finales sobre el requisito de la unidad de acto. En este sentido, el artículo 699 del Código civil dispone que las formalidades previstas para el otorgamiento del testamento abierto notarial «*se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero*».

El precepto transcrito establece, pues, la obligación de que las distintas fases o momentos que conforman el otorgamiento testamentario se sucedan, desde la lectura, sin solución de continuidad²⁴⁶. Y ello, a los efectos de garantizar, en último término, la libertad del testador en la ordenación de sus disposiciones de última voluntad²⁴⁷.

²⁴⁶ La redacción dada al artículo 699 del Código civil tras la Ley 30/91, de 20 de diciembre, de modificación del referido Cuerpo legal en materia de testamentos, ha venido a resolver, con carácter definitivo, la polémica suscitada en torno al alcance con que debía concebirse el requisito de la unidad de acto. En síntesis, con anterioridad a la referida reforma, la doctrina discrepaba sobre el momento a partir del cual era preciso que las formalidades testamentarias se sucediesen ininterrumpidamente. Así, mientras que para unos autores (cfr. ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil*, Tomo V, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1989, págs. 218–222 y GÓNZALEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 699 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 1.º–B, cit., 1987, págs. 172 y 173), todas las solemnidades establecidas en la Sección 5.ª del Capítulo I, del Título III del Libro III debían practicarse en un sólo acto –unidad de acto rígida–, para otros, en cambio (cfr. SÁNCHEZ ROMAN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, cit., pág. 396; OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 90; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo V, Vol. 2.º, cit., pág. 86), el acto en sí mismo considerado comenzaba con la lectura del testamento y finalizaba con la firma –unidad de acto atenuada–. Este último era también el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias; de entre ellas cabe destacar las de 22 de enero de 1913 (en *JC*, Tomo 126, núm. 28), 29 de diciembre de 1927 (en *JC*, Tomo 179, núm. 119), 31 de mayo de 1961 (*RJA* 3001) y, más recientemente, la de 30 de noviembre de 1991 (*RJA* 8582).

²⁴⁷ Para esta opinión, *vid.*, por todos, OSSORIO MORALES, J., *Manual*

Sentadas las consideraciones precedentes, se impone realizar dos precisiones postreras acerca de la unidad de acto. En primer lugar, ésta no debe ser concebida en términos tan estrictos como para descartar la ausencia de toda interrupción durante el proceso de otorgamiento del testamento; de hecho, el propio artículo 699 del Código civil atenúa el rigor del requisito en cuestión al tolerar ciertos recesos cuando éstos sean debidos a «algún accidente pasajero». Y, en segundo lugar, al hilo de la observación anterior conviene recordar que la expresión «accidente pasajero» constituye un concepto jurídico indeterminado; por esta razón, la calificación de una determinada circunstancia como tal contratiempo deberá hacerse, en su caso, por los Tribunales atendiendo al supuesto concreto²⁴⁸.

3.8. Consecuencias del incumplimiento de las formalidades testamentarias

De acuerdo con el artículo 687 del Código civil, «será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo». El capítulo en cuestión a que se refiere el precepto transcrito es el

de sucesión testada, cit., págs. 89–90.

²⁴⁸ En este sentido, a título meramente ejemplificativo, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo cabe entresacar que la unidad de acto no vería afectada por las siguientes circunstancias: por la intervención de facultativos –a requerimiento del Notario– para examinar la capacidad del testador (STS de 16 de noviembre de 1918, en *JC*, Tomo 144, núm. 157); por la salida momentánea por parte del testador de una habitación a otra en la casa del Notario (STS de 28 de diciembre de 1918, en *JC*, Tomo 144, núm. 229); por las pequeñas interrupciones para la ingestión de medicamentos o auxilios urgentes (STS de 27 de septiembre de 1968, *RJA* 5163). Por el contrario, sí quedaría quebrantada dicha unidad cuando el testador, una vez leído el testamento, se limita a expresar su deseo de que la firma se posponga para el día siguiente, sin que en esa fecha manifieste ante los testigos su conformidad con el contenido del testamento (STS de 31 de diciembre de 1904, en *JC*, Tomo 99, núm. 129).

Capítulo I del Título III del Libro III del Código civil (arts. 662 a 743 Cc). Por tanto, cabe colegir que el incumplimiento de los requisitos establecidos para el otorgamiento del testamento abierto notarial —en cuanto que conforman las secciones tercera y quinta del mencionado capítulo— lleva aparejado la nulidad del testamento.

La conclusión anterior viene corroborada, en lo que al testamento abierto se refiere, por el inciso primero del artículo 705 del propio Código civil, a cuyo tenor: «*Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso (...)*». De este modo, la falta de capacidad de los testadores, la identificación incorrecta de los mismos, el incumplimiento de las formalidades atinentes a la redacción, lectura y autorización del instrumento, así como la inobservancia de la unidad de acto determinarían la nulidad del testamento mancomunado.

3.9. *La apertura de la sucesión y la copia del testamento*

Una vez acaecida la muerte del testador tiene lugar la apertura de la sucesión, con la que, en principio, se hacen públicas a los interesados las últimas voluntades del causante²⁴⁹. Con carácter general, la apertura de la sucesión contenida en un testamento

²⁴⁹ Conforme al párrafo 2.º del artículo 226 del Reglamento notarial podrán obtener copia del testamento, fallecido el otorgante, «*además de los herederos instituidos o sus representantes, los legatarios, albaceas, contadores y demás personas a quienes se reconozca algún derecho o facultad; los parientes que, de no existir el testamento o de ser nulo o en que no haya instituidos herederos forzosos, serían los llamados en todo o en parte a la herencia del causante, y los instituidos en testamento revocado*». Para ello es preciso, además, «*haberse acreditado al Notario o constarle de ciencia propia el fallecimiento del testador y, en su caso, el parentesco de los peticionarios o su derecho a obtenerlas, caso de que no resulte justificado en el testamento*» (art. 241 RN *in fine*).

abierto no entraña especiales dificultades para el Notario. Sin embargo, tratándose del testamento mancomunado —dado que existe una pluralidad de testadores y, con frecuencia, sus cláusulas testamentarias suelen estar vinculadas entre sí— dicha apertura podría suscitar un conflicto de intereses entre la necesidad de información de los herederos, por un lado, y el deseo del cónyuge supérstite en mantener en secreto sus propias disposiciones testamentarias, por otro²⁵⁰.

La Ley de Derecho civil de Galicia no contiene ninguna disposición específica sobre la apertura del testamento conjunto²⁵¹. Por esta razón, será plenamente aplicable la normativa contenida en el párrafo segundo del artículo 237 del Reglamento notarial (arg. ex art. 143, párr. 2.º, RN). De acuerdo con el citado precepto, en las copias de los testamentos mancomunados se omitirá *«cuanto sea disposición especial del otorgante que*

²⁵⁰ Cfr. ALONSO VISO, R., «El testamento mancomunado gallego», cit., pág. 28. En el ámbito del ZGB suizo, HOFFMAN, E. (*Das gemeinschaftlichen Testament...*, cit., págs. 83–85), señala, precisamente, la contradicción existente entre la apertura del testamento mancomunado y el derecho personalísimo del cónyuge supérstite a que su disposición de última voluntad no sea revelada en vida, como uno de los factores que abogaría —dado el silencio de la legislación helvética sobre el instituto— por la inadmisibilidad del testamento conjunto en el Código civil suizo. Niega, en todo caso, que se trate de un derecho personalísimo del supérstite —en la medida en que dicho derecho no puede ejercitarse— MERKEL, H., *Das gemeinschaftlichen Testament*, cit. pág. 105.

²⁵¹ En la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia, en cambio, el artículo 195 ya establece, expresamente, que la copia del testamento mancomunado *«so poderá conte-las disposicións que afecten á sucesión aberta»*. En cualquier caso, en la medida en que el problema de la apertura del testamento mancomunado no es una cuestión de Derecho sustantivo cabría cuestionarse la inclusión de semejante norma en el articulado de la Ley gallega. Sobre este particular, —aunque desde la óptica del Derecho alemán— cfr., MERKEL, H. (*Das gemeinschaftlichen Testament*, cit., pág. 104), para quien la prescripción del § 2273 del BGB debiera haberse recogido, originariamente, en la Ley de jurisdicción voluntaria.

sobreviva» (art. 237, párr. 2.º, RN)²⁵². Es decir, siempre que sea posible escindir formalmente las disposiciones del testador premuerto, las disposiciones del testador supérstite no se pondrán en conocimiento de aquellas personas que tienen derecho a la copia del testamento²⁵³.

La cuestión, por tanto, estribaría en dilucidar cuándo las disposiciones testamentarias son separables o, por el contrario, inseparables. En relación con este particular, cabría ya señalar que las disposiciones serían susceptibles de ser disociadas cuando estuviesen consignadas lingüísticamente como órdenes individuales y fuesen comprensibles por sí mismas. Por el contrario, serían inseparables las disposiciones redactadas en forma plural o de «nosotros», así como aquellas que remitiesen o tomasen como referencia las disposiciones del otro testador o cuyo contenido estuviera coordinado por ambos otorgantes de manera idéntica²⁵⁴.

²⁵² Cfr., asimismo, en relación con el testamento de hermandad navarro, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de septiembre de 1987, en *Código Notarial*, cit., págs. 372–373.

²⁵³ En términos similares se pronuncia la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón, cuyo artículo 103 establece lo siguiente: «*Los interesados en su sucesión [la del primero de los testadores fallecidos] tendrán derecho a copia del testamento que, sin embargo, no podrá incluir las disposiciones que sólo afecten a la sucesión del otro testador*» (art. 103, inciso 2.º, LSCM). Así pues, como señala GARCÍA VICENTE, F. («Testamento mancomunado», en AA.VV., *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de derecho Civil*, Librería General, Zaragoza, 1999, pág. 86) la solución transcrita –esto es, mantener en secreto las disposiciones individuales del testador supérstite– coincide sustancialmente con la sostenida en el artículo 237 del Reglamento notarial y los §§ 2.274 (*sic*) y 2.300 del BGB relativos a la apertura del testamento mancomunado y del contrato sucesorio respectivamente.

²⁵⁴ Cfr. MERKEL, H. (*Das gemeinschaftlichen Testament*, cit., pág. 104), quien señala como ejemplos de cláusulas inseparables –por estar redactadas de manera uniforme– las siguientes: «Nosotros nos instituímos recíprocamente herederos», «Nosotros disponemos del siguiente legado», «Nuestra herencia

En definitiva, cabría concluir que en el testamento conjunto, el interés del supérstite de mantener en secreto sus últimas voluntades está protegido en cuanto se permite separar sus disposiciones de las del causante. Ahora bien, cuando la separación –conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes– no resulta posible, el conocimiento de las disposiciones que no sean exclusivas del supérstite –por parte de aquellas personas interesadas en la sucesión del primero de los cónyuges fallecidos– devendría inevitable²⁵⁵.

La apertura del testamento mancomunado en aquellos casos en que todas las disposiciones de los testadores estuviesen imbricadas entre sí podría suscitar, en potencia, un interrogante ulterior: la necesidad o no de proceder a una nueva apertura del testamento tras el fallecimiento del testador supérstite²⁵⁶. Así las cosas, a nuestro juicio, la circunstancia de que las disposiciones del testador supérstite fuesen ya conocidas en su integridad con

común debe percibirla el señor X después de la muerte del supérstite». En el mismo sentido, cfr. EGON, H., *Das gemeinschaftlichen Testament...*, cit., pág. 84 y, con carácter más reciente, EDENHOFER, W., «§ 2.273», en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 54.ª ed., C.H. Beck, München, 1995, pág. 2.077.

²⁵⁵ Cfr. MERKEL, H., *Das gemeinschaftlichen Testament*, cit., pág. 105 y EDENHOFER, W., «§ 2.273», cit., pág. 2.077.

²⁵⁶ En el ordenamiento jurídico alemán, en relación con el denominado testamento berlinés, en el que la institución de heredero de un tercero realizada de manera conjunta por los cónyuges se considera, en última instancia, como institución sólo del supérstite (cfr. § 2270.1 BGB), los términos de la cuestión podrían, incluso, invertirse; esto es, cabría plantearse si, en el supuesto analizado, la apertura de la sucesión debería tener lugar sólo después del fallecimiento del testador supérstite, haciendo innecesaria, por tanto, la apertura de la sucesión del primer fallecido. Como señala MERKEL, H., (*Das gemeinschaftlichen Testament*, cit., págs. 104–105), este planteamiento no puede, sin embargo, ser asumido: el testamento mancomunado en el que se instituye conjuntamente a un tercero no se convierte, tras la muerte de un testador, en un testamento unilateral del supérstite; el tercero es también heredero del premuerto y, por ello, su disposición debe ser abierta.

ocasión de la apertura de la sucesión de su cónyuge no exime de la segunda apertura. De lo contrario se estaría subestimando el fundamento jurídico de la apertura de la sucesión que, *ex artículo 657 del Código civil*, sólo tiene lugar con la muerte de la persona²⁵⁷.

4. CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO²⁵⁸

4.1. *Planteamiento*

En los epígrafes precedentes se ha podido constatar cómo la infracción de las normas de competencia territorial por parte del Notario, así como la inobservancia de las formalidades establecidas para el otorgamiento del testamento conjunto acarrearán la nulidad del instrumento. Pues bien, el cumplimiento irregular de las obligaciones que le son propias también puede generar en el Notario un deber de reparar los perjuicios ocasionados con su conducta (cfr. art. 705 Cc). Ahora bien, el desempeño anómalo de las funciones notariales no constituye,

²⁵⁷ Cfr. MERKEL, H., *Das gemeinschaftlichen Testament*, cit., pág. 106. En el Derecho alemán, la apertura de la sucesión del testador supérstite podría inferirse del propio § 2.273 del BGB, que, después de establecer como principio general que las disposiciones del cónyuge supérstite –en cuanto puedan distinguirse– no deben notificarse ni ponerse en conocimiento de los interesados, dispone que, tras la copia autenticada de las disposiciones del cónyuge premuerto, el testamento habrá de cerrarse de nuevo y volver a ponerse bajo custodia oficial (cfr. KIPP, Th., «El testamento mancomunado», en ENNECCERUS, KIPP y WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo V, Vol. 1.º, 8.ª ed. –traducida y adaptada por ROCA SASTRE– Bosch, Barcelona, 1951, págs. 203–204).

²⁵⁸ Un tratamiento específico sobre la responsabilidad civil del fedatario público puede verse en GÓMEZ–ACEBO, F., «La responsabilidad civil del Notario», en *RDN*, núm. 6, julio–diciembre, 1954, págs. 311–332 y GUTIÉRREZ JEREZ, J.L., «Función notarial y responsabilidad civil», en *AC*, núm. 39, 1995, págs. 799–811.

ciertamente, la única fuente de responsabilidad del fedatario público. De hecho, conforme a la normativa notarial, el referido fedatario –siempre que sea requerido para ello y no exista una justa causa o una imposibilidad física– está obligado a prestar su ministerio, so pena de incurrir en la responsabilidad a que haya lugar con arreglo a las leyes (cfr. art. 2.º LN y arts. 3.º y 145 RN).

En todo caso, sentado lo anterior, conviene subrayar que la circunstancia de que el Notario rehuse injustificadamente el ejercicio de sus funciones es, cuando menos, inusual²⁵⁹. Por esta razón se ha considerado oportuno limitar nuestra exposición a la responsabilidad que para dicho Notario pudiera derivarse de su deficiente actuación, en general, y de la inobservancia de las formalidades esenciales en el otorgamiento del testamento mancomunado, en particular (cfr. arts. 694 a 699 Cc). Delimitado así el objeto de nuestro estudio, serán dos los aspectos sustanciales en los que se hará hincapié: por un lado, se tratará de determinar los presupuestos legales que han de concurrir para que surja la responsabilidad del Notario; por otro lado, se intentará concretar la naturaleza de dicha responsabilidad para especificar, de esta manera, el régimen general aplicable a la misma.

4.2. *Presupuestos*

La responsabilidad civil del fedatario público precisa del concurso de una serie de requisitos sin los cuales aquélla no tendría lugar. Los presupuestos aludidos se hallan recogidos en el artículo 705 del Código civil, precepto éste que no deja de ser una especificación de las reglas generales para el caso de inobservancia de las formalidades testamentarias de carácter esencial. En efecto, el referido artículo 705 dispone expresamente

²⁵⁹ Para esta opinión, cfr. SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Tomo II, 7.ª ed., Montecorvo, Madrid, 1993, pág. 873.

lo siguiente: «*Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, o de su negligencia o ignorancia inexcusables*».

Así pues, con el precepto transcrito como punto de referencia, cabría señalar como premisas para exigir la responsabilidad civil del Notario por una defectuosa autorización del testamento mancomunado gallego las cuatro que a continuación se exponen²⁶⁰: a) Que el testamento en cuestión haya sido declarado nulo y que el motivo de la nulidad consista en la inobservancia de una formalidad esencial²⁶¹; b) que la inobservancia sea fruto de una conducta notarial dolosa o en la que intervenga, cuando menos, culpa o negligencia inexcusables; c) que de la conducta notarial se derive un daño o perjuicio; y d) que entre el daño causado y la conducta notarial determinante del mismo haya un nexo o una relación de causalidad.

²⁶⁰ En este sentido, aunque refiriéndose con carácter genérico al testamento notarial abierto, cfr., entre otros, GÓZALEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 705 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 1.º-B, cit., pág. 293 y BLANQUER UBEROS, R., «Comentario al artículo 705 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., pág. 1.784.

²⁶¹ En relación con este tema, es comúnmente aceptado en la doctrina que, a los efectos de reclamar la responsabilidad del Notario, no se precisa que éste haya sido parte en el proceso previo por el que se declara la nulidad del testamento (cfr. GÓZALEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 705 del Código civil», cit., pág. 303; BLANQUER UBEROS, R., «Comentario al artículo 705 del Código civil», cit., pág. 1.783; y RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «La responsabilidad civil del notario conforme a los artículos 705 y 715 del Código civil», en *RJN*, núm. 24, octubre-diciembre, 1997, págs. 136 y ss). Tal es también la opinión de la jurisprudencia, pudiéndose señalar al respecto, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1979 (*RJA* 4655) y de 9 de mayo de 1990 (*RJA* 3695).

4.3. Naturaleza jurídica

Enunciados ya los presupuestos de la responsabilidad en que a tenor del artículo 705 del Código civil pudiera incurrir el Notario cuando no observa una de las formalidades esenciales del otorgamiento del testamento mancomunado restaría por determinar la naturaleza de dicha responsabilidad. En otros términos, el interrogante que cabría plantearse a continuación consistiría en dilucidar el carácter, contractual o extracontractual, de la responsabilidad civil del Notario. La cuestión no es, en modo alguno, baladí. Ello porque, a pesar de la tendencia actual a la equiparación entre ambas especies de responsabilidad, lo cierto es que entre una y otra existen importantes divergencias²⁶². En este sentido, a título meramente ejemplificativo, baste indicar que mientras que en el régimen de responsabilidad contractual el plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios es de quince años (*ex art. 1.964 Cc*), en el sistema de responsabilidad extracontractual, en cambio, dicho plazo es de un año (*art. 1.968. 2.º, Cc*)²⁶³.

²⁶² Sobre la unificación de regímenes de responsabilidad, *cfr.*, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, M., «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación», en *RCDI*, núm. 603 (marzo-abril), 1991, págs. 443-489 (especialmente págs. 451-453). En síntesis, siguiendo la exposición efectuada por el citado autor en el trabajo referenciado, la confluencia de las dos modalidades de responsabilidad civil podría justificarse atendiendo a un triple orden de razones: a) de carácter sustantivo y de justicia material como sería, por un lado, la necesidad de ofrecer a las personas una protección enérgica frente al cada vez más complejo estado de las relaciones sociales y, por otro, el hecho de que la realidad del daño desde la perspectiva civil sea la misma; b) de orden sistemático: no en vano, los presupuestos de la obligación de resarcir son comunes en ambas modalidades de responsabilidad y, como tales, deberían ser tratadas en sede de la teoría general de la obligación; y c) de orden práctico, toda vez que, a través de la unificación en cuestión, desaparecerían los problemas de calificación que pueden plantearse en determinados supuestos límite.

²⁶³ Para una exposición detallada de los rasgos distintivos de cada una de las modalidades de responsabilidad civil, *cfr.* MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.^a, «La responsabilidad contractual y extracontractual; distinción y consecuencias», en

La tesis en favor del carácter extracontractual de la responsabilidad civil del Notario se ha venido sustentando, principalmente, sobre la base de negar la existencia, entre el referido Notario y las personas que solicitan sus servicios profesionales, de una auténtica relación contractual. En síntesis, dos son los argumentos que se aducen en apoyo de esta afirmación: por un lado, la condición de funcionario público que determinados textos legales atribuyen al Notario (cfr. art. 1.º LN), lo que impediría a éste desarrollar una actividad contractual propiamente dicha; por otro lado, la falta de libertad contractual, que se derivaría de la imposibilidad del Notario de denegar –salvo causa legal o imposibilidad física– el ministerio público cuando así le sea solicitado (cfr. art. 2.º LN y arts. 3.º y 145 RN)²⁶⁴.

No obstante, las objeciones formuladas no se han juzgado concluyentes por parte de quienes defienden la naturaleza contractual de la responsabilidad notarial. Estos autores, aun admitiendo la observación relativa a la falta de libertad de contratar del Notario²⁶⁵,

AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial. Responsabilidad civil*, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 59–78.

²⁶⁴ La calificación de la responsabilidad civil del Notario como extracontractual ha sido asumida, entre otros autores, por ÁLVAREZ ROBLES, A., «Guión de un ensayo sobre deontología notarial», en *AAMN*, Tomo VII, 1953, pág. 69 y MOXÓ RUANO, A., «Nulidad y falsedad civil del instrumento público», *AAMN*, Tomo III, 1946, pág. 263.

²⁶⁵ No sucede lo mismo, en cambio, con el argumento relativo a la configuración del Notario como funcionario público. En este sentido, debe tenerse presente que el texto legal que atribuye al Notario la condición de funcionario público fue promulgado en una época en la que la propia noción de «funcionario público» no estaba suficientemente elaborada. Además, si a la coyuntura apuntada se suman otras circunstancias –tales como la independencia jerárquica, la forma de remuneración o el hecho de que el Notario responda personalmente por los daños y perjuicios irrogados en el ejercicio de su actividad profesional– la idea de que los Notarios no son auténticos funcionarios públicos se vería, si cabe, más reforzada. Al respecto, *vid.*, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R y SÁINZ MORENO, F., *El notario, la función notarial y las garantías constitucionales*, Cuadernos Civitas,

consideran que entre el fedatario público y sus clientes habría una verdadera relación contractual susceptible de ser incardinada en el esquema típico del arrendamiento de servicios²⁶⁶.

Así las cosas, a nuestro juicio, ninguno de los planteamientos expuestos resulta plenamente convincente. Y ello se debe a que la premisa sobre la que se traza la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, esto es, la existencia previa de un contrato, debe ser objeto de matización. En efecto, en el momento actual es opinión comúnmente aceptada, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que la aparición de la responsabilidad denominada «contractual» no se circunscribe únicamente a aquellos supuestos en los que entre el sujeto autor del daño y la persona que lo soporta media un contrato previo *stricto sensu*. Por el contrario, el criterio básico para la calificación de la responsabilidad como «contractual» radica en la preexistencia entre las partes de una relación obligatoria, con independencia de cuál sea la fuente de la misma²⁶⁷; en otros términos, sólo en el

Madrid, 1989, págs. 28–33 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989, págs. 110–121.

²⁶⁶ *Vid.*, por todos, SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, Tomo II, cit., pág. 880. Asimismo, cfr., la STS de 6 de mayo de 1994 (RJA 3718, Cdo. 2.º) –de la que ha sido ponente Albácar López– de acuerdo con la cual «la relación que liga al notario con aquél que requiere su actuación, adopta la forma de arrendamiento de servicios...».

²⁶⁷ Para esta opinión, en el ámbito doctrinal, cfr., entre otros, GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 705 del Código civil», cit., págs. 295–296; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 28; YZQUIERDO TOLSADA, M., «La zona fronteriza...», cit., págs. 457–458; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Incumplimiento de la obligación», en LACRUZ, J.L. y otros, *Elementos de Derecho civil*, Tomo II, Vol. 1.º, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, pág. 172; ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil*, Tomo II, Vol. 1.º, 9.ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, pág. 162, para quien, a tenor de lo expuesto sería más correcto hablar de responsabilidad «obligacional». Desde la perspectiva jurisprudencial, pueden confrontarse, asimismo, las SSTS de 2 de julio de 1951 (RJA 1894), de 3 de mayo de 1968 (RJA 2738), de 26 de

caso de que no medie relación alguna entre el causante del daño y el perjudicado la hipotética responsabilidad sería de índole extracontractual²⁶⁸.

En este orden de ideas, trasladando las afirmaciones efectuadas al ámbito del testamento mancomunado gallego, sería posible formular las dos conclusiones que a continuación se exponen. Por un lado, en lo tocante a los testadores, dado que entre éstos y el Notario existe una relación obligacional establecida por ley, cabría señalar que la responsabilidad del Notario derivada de la declaración de nulidad del testamento se correspondería con la llamada genéricamente «contractual» (*vid.* arts. 1.101 y ss. Cc). Por otro lado, con respecto a las restantes personas que pudieran resultar perjudicadas por la deficiente intervención notarial, la responsabilidad del fedatario emanada de la susodicha declaración de nulidad sería de naturaleza extracontractual (*vid.* arts. 1.902 y ss. Cc).

IV. LOS TESTIGOS

1. IDEAS PREVIAS

Los sujetos que intervienen en el otorgamiento del testamento mancomunado gallego, en cuanto que testamento abierto notarial, no se circunscriben necesariamente a los cónyuges

enero de 1984 (*RJA* 386), de 9 de julio de 1984 (*RJA* 3802) y de 10 de junio de 1991 (*RJA* 4434).

²⁶⁸ A este respecto, *vid.* SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, Tomo II, cit., pág. 880. Cfr., asimismo, RODRÍGUEZ ADRADOS, A. («La responsabilidad civil del notario...», cit., pág. 122) quien, partiendo de los mismos planteamientos, niega toda relación entre el Notario y el perjudicado con su actuación y califica, por tanto, la responsabilidad notarial como extracontractual.

testadores y al Notario autorizante²⁷⁰. Antes bien, en ocasiones, la asistencia de determinadas personas que consciente y voluntariamente presencian el acto del otorgamiento enterándose de él»²⁷¹ –esto es, la comparecencia de testigos– constituye un requisito de observancia inexcusable (cfr. art. 136 LDCG en conexión con el art. 687 Cc).

En el marco del testamento abierto notarial –y de las escrituras públicas, en general– se pueden distinguir dos clases de testigos atendiendo al concepto en que son llamados y al cometido que deben desempeñar: los testigos de conocimiento, por un lado, y los instrumentales, por otro. Los testigos de conocimiento, como se ha tenido oportunidad de constatar, representan un simple medio de identificación de los otorgantes por parte del Notario (cfr. art. 685 Cc y art. 184 RN); los testigos instrumentales, en cambio, se singularizan por ser aquéllos encargados de presenciar «*el acto de la lectura, consentimiento, firma y autorización (...)*» (art. 180, párr. 2.º, RN)²⁷².

Así las cosas, como quiera que a los testigos de conocimiento ya se ha hecho alusión al hilo de la intervención notarial en el otorgamiento del testamento mancomunado, cabe ya adelantar que el objeto principal de la siguiente exposición vendrá constituido por los denominados testigos instrumentales.

Delimitado así el tema de estudio, la actuación de los

²⁷⁰ En relación con la forma del testamento mancomunado *vid. supra* el apartado IV.3 del Capítulo introductorio de este trabajo.

²⁷¹ LUNA SERRANO, A., «El testamento», en LACRUZ, J.L., *Elementos de Derecho civil*, Tomo V, cit., pág. 187.

²⁷² En este orden de ideas no resulta ocioso señalar que, conforme a lo establecido en el artículo 698 del Código civil, en el otorgamiento del testamento abierto, los testigos de conocimiento «*podrán intervenir, además, como testigos instrumentales*».

testigos en el testamento abierto notarial y por tanto en el testamento mancomunado gallego, se halla regulada en el artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia. De acuerdo con este precepto: *«El testamento abierto se otorgará ante Notario, sin que sea necesaria la presencia de testigos, salvo en los siguientes supuestos: a) Cuando lo solicite el Notario o el propio testador. b) Cuando el testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir.— En los supuestos indicados se requiere para ser testigo únicamente tener plena capacidad jurídica, y habrán de ser dos al menos»*²⁷³.

Así pues, con el tenor literal del artículo 136 de la Ley gallega de Derecho civil como punto de partida, cabría ya colegir lo siguiente. En primer lugar, la citada Ley no impone con carácter general la intervención de testigos en el acto de otorgamiento del testamento abierto notarial²⁷⁴. Y, en segundo

²⁷³ El tenor de este precepto no ha sufrido ninguna alteración en el transcurso de la tramitación parlamentaria de la Ley (cfr. el artículo 121 de la proposición de Ley de 22 de junio de 1994, *BOPG*, IV Legislatura, núm. 90, de 23 de junio de 1994, pág. 2.194) y coincide sustancialmente con el del artículo 89 del trabajo sobre el Derecho civil de Galicia elaborado por el *Consello da Cultura Galega* y el de los artículos 90 y 91 de la propuesta legislativa de Compilación de 22 de marzo de 1991 formulada por la *Comisión non permanente*. La principal diferencia entre el texto legal y el de los proyectos prelegislativos reseñados radica en la exclusión de la intervención testifical —del supuesto de hecho del artículo 136 de la Ley— en aquellos casos en que los testadores son sordos o mudos. Asimismo, interesa resaltar que la normativa en cuestión se mantiene, en esencia, inalterada —si bien ya desprovista de cierta imprecisión técnica de la que adolecía— en los artículos 183 a 185 de la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia.

²⁷⁴ La supresión de la intervención testifical en el otorgamiento de los testamentos notariales constituye una nota común a la mayoría de las legislaciones civiles españolas. En relación con esta orientación, cfr. el artículo 697 del Código civil, *a contrario*; el artículo 107 del Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña (*«No será necesaria la intervención de testigos en el otorgamiento del testamento notarial...»*); el artículo 52 de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares (*«En los testamentos*

lugar, la normativa gallega en materia de testigos se circunscribe a tres aspectos puntuales; a saber: a) los supuestos en los que se excepciona la regla general; b) los requisitos de capacidad exigibles; y c) el número de quienes deben concurrir al otorgamiento como testigos.

Los extremos enunciados constituyen, en síntesis, la estructura básica de la exposición que sobre los testigos del testamento mancomunado gallego se procederá a desarrollar. Ahora bien, toda vez que la citada regulación por parte del legislador autonómico gallego ha suscitado ciertas dudas en orden a su constitucionalidad, se estima oportuno comenzar con el análisis de esta cuestión.

2. EXAMEN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 136 DE LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA

Las dudas sobre la constitucionalidad de la normativa contenida en el artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia se han venido articulando en torno a dos argumentaciones

otorgados ante Notario no será necesaria la presencia de testigos...»); el artículo 30 de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco («En ningún testamento notarial otorgado en todo el territorio de Bizkaia será precisa la intervención de testigos...»); el artículo 98.1 de la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón («En el testamento notarial otorgado en Aragón no será precisa la intervención de testigos...»). La única excepción en este punto vendría dada por el Fuero Nuevo de Navarra, que en su ley 188 requiere la presencia de dos testigos para los testamentos notariales abiertos y de siete para los cerrados. En este contexto, cabe señalar que la conveniencia de eliminar la asistencia de testigos al otorgamiento de los testamentos notariales constituía, de antiguo, una de las principales aspiraciones no sólo de la doctrina civilista, sino también de los profesionales de la Notaría. Un exhaustivo estudio crítico de las funciones propias de los testigos testamentarios y de las razones que fundamentarían su supresión puede verse en BLOCH RODRÍGUEZ, J.M., «Los testigos en los testamentos notariales», en *RDN*, núms. XVI-XVII, 1957, págs. 353-390 y 315-331, respectivamente.

diferentes: por una parte, la vulneración de la competencia exclusiva del Estado en materia de «ordenación de los registros e instrumentos públicos» (cfr. art. 149.1.8.^a CE); por otra, la extralimitación competencial en la que habría incurrido el legislador autonómico al regular una materia totalmente ajena al articulado de la antigua Compilación de Derecho civil de Galicia de 1963²⁷⁵.

En cuanto a la primera de las argumentaciones indicadas, esto es, la inclusión de la regulación de los testigos en la noción de «ordenación de los instrumentos públicos», el tema parece haber quedado definitivamente resuelto en la práctica tras la sentencia del Tribunal Constitucional 156/93, de 6 de mayo²⁷⁶. En dicha ocasión, el Alto Tribunal enjuicia el interrogante planteado en relación con el Derecho civil balear²⁷⁷; sin embargo, ello no es

²⁷⁵ En efecto, la Compilación de Derecho civil de Galicia de 1963, que constaba inicialmente de 93 artículos distribuidos en un Título Preliminar («De la aplicación del Derecho Civil de Galicia») y cinco Títulos adicionales (*De los foros, subforos y otros gravámenes análogos, De la Compañía familiar gallega, De la aparcería, Del derecho de labrar y poseer y De las formas especiales de comunidad*), no hacía referencia, en ningún momento, a la intervención de testigos en el otorgamiento de testamentos.

²⁷⁶ Para un examen pormenorizado de esta resolución, *vid.*, entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 1, 1993, págs. 74-81; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Derecho civil común de España...», *cit.*, págs. 154-158; COCA PAYERAS, M., «El despliegue del artículo 149.1.8.^a de la Constitución en el ámbito jurídico balear», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994, págs. 45-51, especialmente págs. 50-51; MARÍN LÓPEZ, J.J., «La ordenación de los Registros e instrumentos públicos como título competencial del Estado», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994, págs. 184-186; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *Pluralidad de Derechos civiles españoles...*, *cit.*, págs. 107-118.

²⁷⁷ La STC 156/93, de 6 de mayo, fue pronunciada en relación con el recurso de inconstitucionalidad número 2.041/1990, presentado por la Abogacía del Estado en representación del Presidente del Gobierno, contra el párrafo primero del artículo 2.º y el artículo 52 de la Compilación del Derecho civil de

óbice para que, *mutatis mutandi*, las consideraciones allí efectuadas sean también extrapolables al ámbito jurídico gallego.

El razonamiento efectuado por el Tribunal Constitucional se estructura en los siguientes términos²⁷⁸. El Alto Tribunal parte,

las Islas Baleares, en su redacción dada por la Ley 8/1990, de 28 de junio.

²⁷⁸ La argumentación literal del Tribunal Constitucional, que se halla recogida en el fundamento jurídico 5 de la ya referida sentencia 156/93, es la siguiente:

«a) La regulación sobre la intervención de testigos en los testamentos ante Notario forma parte en nuestro ordenamiento de la legislación civil testamentaria, no de la legislación notarial, localización sistemática ésta que no puede dejar de tenerse en cuenta a la hora de identificar el ámbito de las categorías jurídicas (ordenación de los «instrumentos públicos» en este caso) empleadas por el art. 149.1 de la Constitución con fines de articulación competencial. Es de relevante consideración, a este respecto, lo dispuesto en los arts. 143 y 180 del ya citado Reglamento Notarial. El párrafo segundo del primero de estos preceptos remite a la «legislación civil» para todo lo relativo a la «forma», «requisitos» o «solemnidades» de los «testamentos y actos de última voluntad» y declara el carácter meramente supletorio, en estos ámbitos de la legislación notarial. El art. 180, de otra parte, dispone, en lo que ahora importa, que «en la autorización de las escrituras públicas no será necesaria la intervención de testigos instrumentales», salvo las excepciones que la propia norma establece; se exceptúan de esta regla —concluye el párrafo primero del art. 180— los testamentos, «que se regirán por lo establecido en la legislación civil».

Ni la intervención de testigos se integra, por lo tanto, en el régimen tradicional de autorización de escrituras públicas y otros instrumentos notariales ni su exigencia con relación a los testamentos proviene de la legislación notarial, sino, con toda claridad, de la normativa civil a la que aquélla expresamente remite.

b) La integración en la legislación civil sobre testamentos —no en la ordenación de los instrumentos públicos— de todo lo relativo a los testigos testamentarios resulta corroborada, por lo demás, a la vista de la consideración doctrinal, prácticamente unánime, sobre el carácter de la intervención de testigos en este acto jurídico. Tal intervención, cuando la ley la exige, constituye una formalidad o solemnidad propia del testamento, sin que los testigos instrumentales realicen, en modo alguno, funciones que puedan ser calificadas de «notariales», pues el testamento es autorizado sólo por el funcionario interviniente, único depositario de la fe pública. Han sido y son imperativos

como premisa mayor, de la distinción existente entre la «legislación notarial», que sería competencia exclusiva del Estado, y la «legislación civil», que, en los términos del artículo 149.1.8.^a de la Constitución española («*conservación, modificación y desarrollo*»), no estaría completamente sustraída del ámbito competencial de los legisladores autonómicos. Asimismo, el Tribunal Constitucional concibe la intervención de los testigos como una formalidad o solemnidad de los testamentos no susceptible de ser incluida en la legislación notarial, sino en la civil. Dos factores contribuirían a este entendimiento: por un lado, la afinidad sustancial existente entre la normativa autonómica y la contenida en el Código civil (cfr. art. 136 LDCG y art. 687 Cc), y, por otro, la dicción de los artículos 143 y 180 del Reglamento notarial, que, de modo expreso, remiten a la legislación civil todo lo relativo a la forma, requisitos o solemnidades de los testamentos, inclusive la intervención de los testigos instrumentales. En consecuencia, si la concurrencia de los testigos forma parte de la legislación civil testamentaria –y no de la notarial–, y si las Comunidades Autónomas, al amparo de su competencia para conservar,

propios de la legislación sobre testamentos y no de la notarial –esto es lo que ahora importa destacar– los que han llevado al legislador a requerir la presencia de testigos en los testamentos ante Notario.

c) Es preciso reparar, por último, en que ni siquiera el Código Civil impone hoy ya la exigencia de intervención de testigos instrumentales en los testamentos ante Notario con carácter general. Acogiendo, sin duda, las críticas doctrinales antes aludidas, la Ley 30/1991 –posterior a la adopción del precepto impugnado– vino a modificar, entre otras disposiciones del Código Civil, su art. 697, con arreglo a cuya vigeñte redacción la concurrencia al acto de otorgamiento de dos testigos idóneos sólo es preceptiva en tres supuestos concretos: cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento; cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento y, en fin, cuando el testador o el Notario lo soliciten. Se confirma así la orientación de nuestra legislación, que considera la presencia testifical en el acto de testar ante Notario como un requisito de ciertos testamentos, no como una condición o formalidad inherente a la incorporación del testamento mismo a un instrumento público».

modificar y desarrollar su Derecho civil propio (cfr. art. 149.1.8.^a CE), no tienen vedada la regulación de esa materia, habría que descartar, en buena lógica, que en tales supuestos exista una vulneración de la competencia estatal en relación con la «ordenación de los instrumentos públicos»²⁷⁹.

²⁷⁹ En todo caso, no es posible obviar que la argumentación expuesta ha sido objeto de diversas críticas doctrinales. Las objeciones giran en torno a la premisa mayor de la que parte el Tribunal Constitucional, esto es, la distinción entre «legislación civil» y «legislación notarial», ya que –a juicio de algunos autores– dicha separación resulta, cuando menos, artificiosa. Las razones en las que cabría apoyar esta afirmación se pueden concretar, siguiendo a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. («La conservación, modificación y desarrollo...», cit., págs. 79–82) en las tres siguientes: 1) En primer lugar, convendría tener presente que la competencia en materia de «ordenación de los instrumentos públicos» se regula en un artículo –el 149.1.8.^a de la Constitución española– que se refiere, en su totalidad, a la legislación civil. 2) En segundo lugar, a juicio de BERCOVITZ, también sería discutible considerar la intervención de los testigos en el acto de otorgamiento como una formalidad propia del testamento y no de la forma de su otorgamiento; así parece confirmarlo, por un lado, la existencia de una clase de testamento, como el ológrafo, en el que la presencia de testigos no es necesaria, y, por otro lado, la propia noción de «instrumento público» contenida en el artículo 1.216 del Código civil, según el cual, son documentos públicos, sin excepción alguna, «los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley». 3) Finalmente, tampoco debe obviarse que la Disposición derogatoria de la Ley 30/1991, de modificación del Código civil en materia de testamentos, deroga el artículo 2.º de la Ley de 1 de abril de 1939 sobre intervención de testigos en la autorización de escrituras públicas; es decir, una Ley típicamente notarial, que se ocupaba, expresamente, de la intervención de los testigos en los testamentos. Estas apreciaciones críticas son también compartidas por MARÍN LÓPEZ, J.J., («La ordenación de los Registros...», cit., págs. 185–187) quien, además, trae a colación las reservas expresadas por el Consejo de la Generalitat de Cataluña a la regulación –en el Proyecto de Código de sucesiones por causa de muerte– de la protocolización del testamento ante párroco; en concreto, en el Dictamen emitido por el Consejo –y del que fue ponente Fernández de Villavicencio Arévalo– se cuestionaba el aspecto indicado por considerar que, en relación con el mismo, el Proyecto de Código debería haberse remitido a la legislación notarial, al objeto de no interferir en la competencia exclusiva del Estado para la «ordenación de los instrumentos públicos» (cfr. «Dictamen núm. 172», en

Dilucidado el extremo precedente, adquiere pleno sentido preguntarse si la regulación de los testigos por parte del legislador gallego supone una extralimitación de la competencia que, con arreglo a los artículos 149.1.8.^a del Texto constitucional y 27.4 del Estatuto de Autonomía de Galicia, le corresponde en orden a la «*conservación, modificación y desarrollo*» del Derecho civil propio²⁸⁰. En concreto, dado que la intervención de los testigos testamentarios era una materia totalmente ajena al articulado de la Compilación gallega de 1963, se trataría de determinar si, sobre la base de la noción constitucional de «*desarrollo*», el legislador gallego podría proceder a la regulación de dicha materia.

La respuesta al interrogante planteado encuentra un indefectible punto de referencia en la sentencia del Tribunal Constitucional 88/93, de 12 de marzo²⁸¹. Ello por cuanto que en esta resolución el Alto Tribunal va a delimitar la competencia de los legisladores autonómicos para «desarrollar» su Derecho civil propio. En síntesis, la doctrina del Tribunal Constitucional – reiterada posteriormente en la precitada sentencia 156/93, de 6 de

Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, *Dictámenes 1991/1992*, Tomo X, 1993, págs. 108–110).

²⁸⁰ Sobre la interpretación de los términos «*conservación, modificación y desarrollo*», *vid.*, entre otros, ROCA I TRÍAS, E., «El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978», en *RJC*, núm. 1, 1979, págs. 23 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Los derechos civiles forales en la Constitución», en *RJC*, núm. 1, 1979, págs. 657–658; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Autonomías y Derecho Privado...*, cit., págs. 106–107; GARCÍA AMIGO, M., «La competencia legislativa civil según la Constitución», cit., págs. 438–439; ELIZALDE Y AYMERICH, P., «El Derecho civil en los Estatutos de Autonomía», en *ADC*, Tomo XXXVII, 1984, págs. 415 y ss.; ARCE JANÁRIZ, A., *Constitución y Derechos civiles forales*, cit., págs. 97–106.

²⁸¹ Esta resolución fue pronunciada en relación con el recurso de inconstitucionalidad número 1.392/1988, promovido por la Abogacía del Estado en representación del Presidente del Gobierno contra la Ley 3/1988, de 25 de abril, de las Cortes de Aragón, sobre equiparación de los hijos adoptivos.

mayo— se concreta en que el contenido de los Derechos civiles forales no tiene por qué circunscribirse, necesariamente, al ámbito material de las antiguas Compilaciones; antes bien, al amparo de la competencia para desarrollar su Derecho propio, las Comunidades Autónomas están facultadas para regular instituciones conexas con las ya existentes en las costumbres y principios informadores del sistema, actualizando o innovando así el contenido de aquel Derecho. Ahora bien, es cierto que las Comunidades Autónomas pueden legislar sobre materias no compiladas; mas, ello no implica que esa competencia legislativa esté exenta de límites: de hecho, los legisladores autonómicos únicamente podrán desarrollar su Derecho a través de instituciones conexas con las ya reguladas²⁸².

²⁸² En concreto, el fundamento jurídico 3 de la STC 88/93, de 12 de marzo, dispone expresamente: «Sin duda que la noción constitucional de «desarrollo» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a una inadmisibles identificación de tal concepto con el más restringido de «modificación». El «desarrollo» de los Derechos civiles forales o especiales enuncia una competencia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.— Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 C.E., por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar». De este modo, como pone de relieve BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., («La conservación, modificación y desarrollo...»), cit., pág. 54.), el Tribunal Constitucional está adoptando una posición ecléctica entre la tesis consistente en restringir la competencia legislativa autonómica en materia civil a las instituciones recogidas en las antiguas Compilaciones (cfr., entre otros, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Autonomías y Derecho Privado...*, cit., págs. 99 y ss.; en particular las págs. 106 y 107) y aquella otra de acuerdo con la cual las Comunidades Autónomas podrían legislar sobre todo aquello que no fuera competencia exclusiva del Estado (cfr., entre otros, PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRÍAS, E., *Instituciones del Dret*

Así pues, el examen propuesto requeriría enjuiciar la constitucionalidad de la normativa gallega en materia de testigos a la luz de la doctrina de las «instituciones conexas». En este sentido, para descartar todo tipo de extralimitación competencial por parte del legislador gallego debería constatarse que entre el contenido del artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia –la regulación de los testigos en el testamento abierto notarial– y la institución de la que aquél trae causa existe una «conexión suficiente», es decir, una relación inmediata de complementariedad²⁸³.

A tal fin, el primer paso lógico vendría constituido, a nuestro juicio, por la determinación de la institución que sirve de base al legislador gallego para regular la intervención testifical en los testamentos. En relación con esta cuestión, en la medida en que la Compilación de Derecho civil de Galicia de 1963 regulaba como única institución de carácter sucesorio –ámbito al que sin duda pertenece la intervención de los testigos– el denominado «derecho de labrar y poseer», pudiera pensarse que la normativa gallega en materia de testigos halla su justificación en esta

Civil de Catalunya, Bosch, Barcelona, 1988, págs. 6 y ss.).

²⁸³ Señala GONZÁLEZ CAMPOS, en el voto particular por él formulado a la STC 88/93, de 12 de marzo, que el «criterio de proximidad en los contenidos entre el nuevo Derecho Civil y el ya existente (...) deja abiertas no pocas interrogantes. Entre ellas, si la proximidad (...) debe ser inmediata o puede ser mucho más remota». Sin embargo, como pone de manifiesto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., («La conservación, modificación y desarrollo...»), cit., págs. 59–60) el único sentido que cabría atribuirle a esa exigencia, so pena de vaciarla de contenido, sería que la conexión fuese inmediata; de lo contrario, apenas habría obstáculos para un desarrollo ilimitado de los distintos Derechos forales. En contra de la postura señalada se manifiesta DELGADO ECHEVERRÍA, J., («Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil», en *Revista aragonesa de Administración Pública*, núm. 4, 1994, págs. 361–404) para quien «no es necesario que exista una institución determinada en conexión con la cual se legisle, sino que basta con que exista Derecho foral y alguna conexión entre la nueva norma y el conjunto de instituciones preexistentes».

figura²⁸⁴. Sin embargo, si se atiende a la conexión que media entre ambas instituciones, esta hipótesis no resultaría satisfactoria. Es verdad que el derecho de labrar y poseer constituye en sentido técnico una mejora y que la mejora –al igual que los testigos– puede circunscribirse al ámbito de la sucesión testada; sin embargo, no es menos cierto que, configurada de este modo, la relación establecida adolece de la inmediatez que debe existir entre la institución ya regulada y aquella otra que se pretende regular.

Así las cosas, el hecho de que se haya descartado la figura del derecho de labrar y poseer como soporte de la conexión no implica, a nuestro juicio, que el legislador gallego no sea competente para regular los testigos testamentarios. No en vano, el desarrollo de los Derechos civiles forales también se puede producir a partir de costumbres vigentes al tiempo de promulgarse la Constitución (cfr. la STC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 3 y la STC 182/1992, de 16 de noviembre, FJ 2), y, en consecuencia, la institución legitimadora de la normativa gallega en materia de testigos podría hallarse en el marco del Derecho consuetudinario gallego. De hecho, en nuestra opinión, sería factible cifrar el referido «precedente» en la costumbre de testar de manera mancomunada. En este caso, la aplicación de la doctrina constitucional de las instituciones conexas se vería plenamente satisfecha. Por un lado, porque, a pesar de la prohibición que en este sentido se contenía y se contiene en el Código civil (cfr. arts. 669 y 733 Cc), hasta la entrada en vigor de la Ley de Derecho civil de Galicia, la costumbre de los cónyuges de acudir al

²⁸⁴ Sobre el derecho de labrar y poseer, en particular, y también por sus consideraciones generales sobre el Derecho civil de Galicia, poseen extraordinario interés los trabajos del profesor FUENMAYOR CHAMPÍN, A., «Derecho Civil de Galicia» y «El Derecho sucesorio en la Compilación de Galicia», publicados ambos en los *Estudios de Derecho Civil*, cit., págs. 227–329 y 1.301–1.328, respectivamente.

Notario para otorgar, aunque fuese subrepticamente, testamento mancomunado seguía estando firmemente arraigada²⁸⁵. Por otro lado, en cuanto al requisito de la proximidad, porque la conexión orgánica entre testamento y testigos parece irrefutable; máxime si se tiene en cuenta que el testamento en cuestión se otorgaba ante Notario y no en una forma, como la ológrafa, que no requeriría la presencia de testigos.

En suma, a la vista de lo expuesto, cabría concluir que la regulación de los testigos por parte del legislador gallego, ni supone una vulneración de la competencia estatal en materia de «ordenación de los instrumentos públicos», ni tampoco conlleva una extralimitación de la competencia que el citado legislador tiene en orden a la «conservación, modificación y desarrollo» del Derecho civil propio. Examinada ya la controversia atinente a la constitucionalidad de la regulación por el legislador gallego de la intervención de los testigos en el otorgamiento del testamento abierto, y resueltas las dudas en sentido afirmativo, se procederá, a continuación, al estudio específico de esta normativa.

3. SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDE LA INTERVENCIÓN DE TESTIGOS

3.1. Preliminares

Como regla general, la Ley de Derecho civil de Galicia excluye del otorgamiento de los testamentos notariales abiertos, y en consecuencia del testamento mancomunado, el requisito relativo a la intervención de testigos (cfr. art. 136 LDCG). Sin embargo, se exceptúan una serie de casos en los que dicha participación es necesaria, bien porque concurre alguna circunstancia especial en la persona del testador, bien porque así

²⁸⁵ Sobre esta cuestión *vid. supra* el apartado I del Capítulo primero de este trabajo.

lo solicita este último o el Notario. Acto seguido, se acometerá el examen de cada uno de esos supuestos.

3.2. Cuando lo solicite el testador o el Notario

Desde un punto de vista legal la intervención de testigos en el acto de otorgamiento del testamento abierto notarial puede ser debida a un deseo expreso del Notario o del propio testador (cfr. art. 136, letra a, LDCG)²⁸⁶. En el caso del testamento mancomunado, dado que existe una pluralidad de otorgantes, habría que plantearse como interrogante previo si esa presencia testifical debe ser requerida por ambos testadores o si, por el contrario, basta con que la petición sea formulada por uno de ellos. La Ley de Derecho civil de Galicia no prevé expresamente esta cuestión; sin embargo, del propio tenor del artículo 136, que confiere la facultad de solicitar la concurrencia de testigos al «testador» –en singular– cabe inferir que será suficiente con que la participación de los testigos sea instada por uno sólo de los otorgantes²⁸⁷. Por supuesto, aunque no

²⁸⁶ Este supuesto está regulado, igualmente, en todas las legislaciones civiles que coexisten en España excepción hecha de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra. Sin embargo, como quiera que en Navarra –con las particularidades establecidas en las leyes 186, párrafos 2.º y 3.º, y 190 de la citada Compilación– en materia de testigos rige el Código civil, la excepción apuntada es meramente foral. En este sentido, cfr. el artículo 697.3.º del Código civil; el artículo 107, párrafo 1.º *in fine* del Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña; el artículo 52 d) de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares; el artículo 30 de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco; el artículo 98.1 *in fine* de la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón.

²⁸⁷ Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 995. En idéntico sentido se pronunciaban los autores en relación con el testamento mancomunado aragonés, cuya regulación suscitaba el mismo interrogante que el artículo 136 de la Ley gallega (cfr. MERINO HERNÁNDEZ, J.L., «Comentario al artículo 90 de la Compilación de Derecho civil de Aragón», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXIV, Vol. 1.º, cit., pág. 29 y GARCÍA VICENTE, F., «El testamento mancomunado, cit., pág. 12); en todo caso, en lo que a Aragón se refiere, la Ley de sucesiones por causa de muerte ha despejado

será lo frecuente, existe la posibilidad de que el otro testador se oponga a la referida petición; ahora bien, si esto sucede, cabe ya adelantar que no habrá más alternativa lógica que la de desistir del otorgamiento mancomunado²⁸⁸.

En este orden de ideas, es cierto que la Ley de Derecho civil de Galicia no contiene ningún dato concreto acerca de los rasgos definitorios del requerimiento de testigos bien por el Notario, bien por los testadores. Sin embargo, es opinión común en la doctrina que la solicitud objeto de análisis está singularizada básicamente por dos notas²⁸⁹: en primer lugar, por el hecho de revestir carácter discrecional y, por tanto, no ser necesario que esté justificada²⁹⁰; en segundo lugar, porque una vez instada, el

cualquier género de incertidumbre al respecto toda vez que contempla la intervención de los testigos testamentarios cuando expresamente lo requiera «uno de los testadores» (art. 98.1 LSCM).

²⁸⁸ Cfr., asimismo, *mutatis mutandi*, MERINO HERNÁNDEZ, J.L., «Comentario al artículo 90 de la Compilación de Derecho civil de Aragón», cit., pág. 29.

²⁸⁹ Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 995. Desde la perspectiva del Derecho aragonés —referido en principio a la normativa contenida en la Compilación pero igualmente aplicable a la regulación efectuada por la Ley de sucesiones por causa de muerte— cfr. MERINO HERNÁNDEZ, J.L., «Comentario al artículo 90 de la Compilación de Derecho civil de Aragón», cit., pág. 29 y GARCÍA VICENTE, F., «Comentario al artículo 90 de la Compilación de Derecho civil de Aragón», en AA.VV., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, Vol. III, cit., 1997, págs. 75–76. En relación con el régimen del Código civil es de la misma opinión BADOSA COLL, F., «Comentario al artículo 697 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil*, cit., pág. 1.099.

²⁹⁰ No obstante, existen voces discrepantes como la de GARCÍA VICENTE, para quien sería conveniente indicar quién ha sido la persona que ha solicitado la presencia de testigos y el motivo que le ha inducido a ello (cfr. GARCÍA VICENTE, F., «Comentario al artículo 90 de la Compilación del Derecho civil de Aragón», cit., pág. 75). En contra, Díez Gómez, quien no considera oportuno, cuando la presencia de testigos en el otorgamiento del

cumplimiento de esta formalidad es preceptivo tanto para el fedatario público como para los otorgantes del testamento²⁹¹.

El carácter vinculante de la solicitud de testigos por parte de los testadores resulta evidente en relación con el Notario: como quiera que éste sólo puede excusar su ministerio en los casos en que exista imposibilidad física o concurra una causa legal (cfr. art. 2.º LN y arts. 3.º y 145 RN), se infiere que, al margen de las causas citadas, el fedatario público deberá autorizar el testamento admitiendo la presencia de testigos cuando así le sea requerida.

La intervención de testigos resulta igualmente preceptiva cuando es el Notario quien la solicita²⁹². El artículo 136 de la Ley

testamento abierto obedezca a una petición del testador o del Notario, que se indique a petición de quien interviene ni el motivo por el que lo hace, «porque es indiscutible que el otorgamiento de un testamento puede ser presenciado por cualquier persona que desee el testador y el hecho de que así se diga e incluso que lo firme tal persona no puede afectar a su validez» (DÍEZ GÓMEZ, A., «La supresión de los testigos...», cit., pág. 59).

²⁹¹ Así lo ha entendido también, en relación con el artículo 697.3.º del Código civil, ALBALADEJO, M., («Algunos extremos de la regulación de los testamentos...», cit., pág. 355), para quien la concurrencia de testigos cuando ha sido solicitada «constituye un requisito tan de solemnidad como cuando los exige la ley obviamente». En el mismo sentido se manifiestan FERNÁNDEZ COSTALES, J., «Nulidad de testamento abierto, alcance del principio de unidad de acto en la Ley de 20 de diciembre de 1991 y en la anterior redacción del Código civil», en *La Ley*, 1992-2, pág. 336 y BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Comentario al artículo 681 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil*, cit., pág. 957.

²⁹² En la práctica, la hipótesis en la que el Notario demande la presencia de testigos para el otorgamiento del testamento notarial abierto no será demasiado frecuente. De todos modos, a título de ejemplo, GARCÍA VICENTE, F. («Comentario al artículo 90 de la Compilación de Derecho civil de Aragón», cit., pág. 75) enuncia una serie de supuestos en los que, a su juicio, el Notario va a solicitar aquella intervención; a saber: a) en aquellos casos en los que no está seguro de la identidad del testador, ya sea porque no lo

de Derecho civil de Galicia establece como regla general la posibilidad de otorgar testamento notarial abierto «*sin que sea necesaria*» la intervención de testigos; sin embargo, el citado precepto, anteponiendo la conjunción «*salvo*», excepciona una serie de supuestos entre los que figura la intervención a solicitud del Notario (cfr. art. 136, letra a, LDCG). De este modo, del tenor literal del referido artículo 136 ya cabría colegir, *a contrario sensu*, que en los supuestos que figuran al margen de la regla general la presencia de testigos es necesaria²⁹³.

En este sentido, en relación con la solicitud de testigos a instancia del Notario cabría preguntarse por el modo en que ha de proceder éste ante la hipotética negativa de los testadores a la intervención de los testigos por él requerida. En otros términos, el problema consiste en dilucidar si el Notario debe autorizar el otorgamiento haciendo constar expresamente esa circunstancia – la negativa de los testadores– o si, por el contrario, debe denegar el ministerio²⁹⁴.

En nuestra opinión, con fundamento en el artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia y en los artículos 687 y 705 del Código civil sería esta última solución por la que habría que decantarse. En efecto, como hemos visto, conforme al primero de los artículos señalados, la presencia de testigos al acto de

conoce, ya sea porque carece de documentos que acrediten su personalidad; b) cuando se desconozca la edad del testador; c) en caso de duda sobre el cabal juicio del testador, si no resulta posible que intervengan peritos médicos; y d) en caso de grave alteración social, que haga presumir riesgo de que el protocolo notarial sea destruido.

²⁹³ En el ámbito del Código civil, RIVAS MARTÍNEZ, basándose en el carácter imperativo de los términos iniciales del artículo 697 del Código civil («*deberán concurrir*») llega a la misma conclusión (cfr. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto*, cit., pág. 82).

²⁹⁴ Cfr. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 82.

otorgamiento –aun cuando obedezca a la petición del Notario– constituye una formalidad de obligado cumplimiento. Asimismo, de acuerdo con el artículo 687 del Código civil cabría reputar nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hubiesen respetado las formalidades exigidas por la Ley²⁹⁵. Por otra parte, conforme a lo establecido en el artículo 705 del Código civil, el Notario será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan a la declaración de nulidad del testamento abierto notarial por no haberse observado las solemnidades establecidas cuando la causa de nulidad le fuese imputable. En consecuencia, sobre la base de las premisas apuntadas, se comprende que, so pena de incurrir en la citada responsabilidad, el Notario deniegue la autorización del testamento en cuestión y no se limite a hacer constar la negativa de los testadores a que intervengan los testigos²⁹⁶.

3.3. Cuando concurra en el testador alguna circunstancia especial

3.3.1. Planteamiento

Al margen del supuesto examinado, en determinadas ocasiones la presencia de testigos en el otorgamiento del testamento abierto notarial viene impuesta expresamente por la ley. Así sucede cuando el testador presenta ciertas anomalías –de naturaleza física, psíquica o intelectual– que le imposibilitan materialmente para otorgar su testamento con normalidad. En

²⁹⁵ En concreto, el artículo 687 se refiere a las formalidades establecidas en el Capítulo I, del Título III del Libro IV del Código civil. Sin embargo, con fundamento en el artículo 3.º1 de la Ley de Derecho civil de Galicia, habría que estimar aplicable la normativa en cuestión al incumplimiento de las formalidades testamentarias previstas en la Ley de Derecho civil de Galicia.

²⁹⁶ En relación con la regulación del Código civil, se decantan por la negativa del Notario a prestar su ministerio en aquellos casos en que un testador no acepte el requerimiento de testigos RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 82 y MARTOS CALABRÚS, M.ªA., *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, cit., pág. 132.

estos casos, la intervención testifical deviene necesaria ya que, a través de ella, el legislador intenta suplir las carencias del testador. A continuación se procederá al análisis de los distintos supuestos en los que conforme a la Ley de Derecho civil de Galicia la intervención de testigos es imprescindible.

3.3.2. Cuando el testador sea ciego²⁹⁷

La regla general de ausencia de intervención de testigos en el otorgamiento del testamento abierto y, por tanto, del testamento mancomunado (cfr. art. 136 LDCG) encuentra una de sus excepciones en aquellos casos en los que el testador es ciego. No en vano, la ceguera –que entre otros aspectos impide la lectura personal del testamento (cfr. art. 695 Cc)– supone una merma en las garantías de las que todo testador dispone para constatar la veracidad de la declaración testamentaria.

Dos son, a nuestro juicio, los principales problemas que este supuesto suscita: de un lado, el alcance que debe conferirse al término «ciego»; de otro, la necesidad o no de que el testamento sea firmado por el testador. En su momento, estas mismas cuestiones se suscitaron a propósito del anterior artículo 698 del Código civil, precepto éste en el que se regulaba el denominado «testamento del ciego»²⁹⁸. De ahí que las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales efectuadas en

²⁹⁷ Este supuesto se prevé igualmente en el Código civil (art. 697.2.º), en el Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña (art. 107, párr. 2.º *ab initio*), en la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares (art. 52 letra b) y en la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón (art. 98.2).

²⁹⁸ El artículo 698 del Código civil, en su redacción anterior a la recibida por la Ley 30/91, de 20 de diciembre, disponía lo siguiente: «*Cuando sea ciego el testador, se dará lectura del testamento dos veces: una por el Notario, conforme a lo prevenido en el artículo 695, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe*».

relación con el referido artículo 698 constituyan un inexcusable punto de referencia para la resolución de las dificultades que la normativa gallega presenta en este punto.

En relación con la significación del término «ciego» en el anterior artículo 698 del Código civil era opinión común en la doctrina²⁹⁹, y también en la jurisprudencia³⁰⁰, que por tal había de entenderse, no sólo al que estaba totalmente privado de visión, sino también a quien padecía un defecto óptico de tal entidad que le imposibilitaba la lectura y, en general, tener una percepción exacta de cuanto acontecía en el acto de otorgamiento. De esta manera, toda vez que esta interpretación responde a la *ratio* del artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia, cabría sostener que la intervención de testigos prevista por la Ley gallega sería necesaria también en estos casos, y no sólo en los de ceguera absoluta³⁰¹.

La segunda cuestión planteada es la relativa a la firma del testamento por el testador ciego. La doctrina mayoritaria ha venido considerando indispensable que el testamento esté firmado por el testador invidente³⁰². Apoyan su afirmación en que, atendiendo a la

²⁹⁹ Cfr., entre otros, GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 698 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 1.º-B, cit., 1987, págs. 154-155 y BLANQUER UBEROS, R., «Comentario al artículo 698 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., págs. 1.765-1.766.

³⁰⁰ En este sentido, resulta paradigmática la STS de 12 de abril de 1973 (RJA 2284), que, en su considerando segundo, dispone lo siguiente: «(...) en el otorgamiento del testamento abierto por un ciego, no es necesario que la ceguera sea total o absoluta, sino que basta con que la lesión o defecto visual alcance el grado suficiente, para impedirle la lectura y estampar su firma con la claridad de rasgos que habitualmente caractericen aquélla, a fin de que lo defectuoso de la misma no pueda originar la duda sobre su autenticidad».

³⁰¹ Para esta opinión, cfr. LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 996.

³⁰² LACRUZ, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho*

regulación que del testamento abierto se efectúa en el Código civil, el único supuesto en el que el testador no debe firmar el testamento es aquél en el que declara que no sabe o no puede firmar (cfr. art. 695, párr. 2.º, Cc). Por tanto, constituyendo la firma del testador un requisito esencial (cfr. art. 695, párr. 1.º, inciso final, Cc) y no estando excepcionada esa regla general en el caso del testador invidente, los autores aludidos consideran que el cumplimiento de esta solemnidad devendría imprescindible para la validez del testamento (cfr. art. 687 Cc).

Sin embargo, no faltan en la doctrina voces discrepantes. Es el caso de LETE DEL RÍO quien, con apoyo en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1969, estima que la firma del testador invidente resulta superflua³⁰³. Aparentemente, la resolución del Tribunal Supremo parece ratificar la posición de la doctrina mayoritaria, que considera indispensable la firma del testador salvo que éste hubiese declarado que no sabía o no podía firmar; de hecho, en la referida sentencia el Tribunal Supremo declara válido el testamento de un invidente que no había sido firmado amparándose en la declaración del otorgante de no poder hacerlo. Sin embargo, una lectura detenida de los «considerandos» podría conducir a la conclusión contraria; esto es, cabría inferir la validez del testamento aunque el testador no lo hubiese firmado sin alegar no poder hacerlo. En efecto, a juicio del Tribunal Supremo, la firma del testador invidente no añade ninguna garantía al otorgamiento del testamento, «sólo acreditaría que la estampó en un documento pero no que éste sea en el que expresó su última voluntad», siendo suficiente para autenticar la voluntad del testador el requisito de la doble lectura —una por el Notario y

civil, Tomo IV, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 223 y nota 5; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 698 del Código civil», cit., págs. 160–161; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 79.

³⁰³ Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., págs. 996–997.

otra por uno de los testigos u otra persona designada por el testador— previsto en el entonces vigente artículo 698 del Código civil. Además, a juicio del Tribunal, aun cuando los ciegos sepan firmar, las firmas, al menos en los casos de ceguera sobrevenida, no son «sino dibujos imperfectos de una imagen recordada»³⁰⁴.

En cualquier caso, en nuestra opinión, aun reconociendo que la firma del testador invidente no cumple la función para la que aquélla fue prevista, sería aconsejable, por razones de prudencia —y debido a la rigidez jurisprudencial en materia de observancia de las formalidades testamentarias— que el testador, aún siendo ciego, firmase el testamento.

3.3.3. Cuando el testador sea demente en intervalo lúcido

La Ley de Derecho civil de Galicia presenta en este punto una nueva dificultad de índole exegética. En concreto, se suscita la duda atinente al sentido que ha de conferirse a la expresión «*demente en intervalo lúcido*». En otros términos, cabría preguntarse si por «demente» debe entenderse únicamente el incapacitado en virtud de resolución judicial o si, por el contrario, en dicha noción tendrían también cabida aquellas personas que siendo *de facto* incapaces no han sido declaradas judicialmente como tales. Esta cuestión no es, en modo alguno, irrelevante; de hecho, los supuestos en los que la intervención de testigos en el otorgamiento del testamento conjunto tiene carácter preceptivo dependen de la respuesta que se confiera a dicho interrogante.

En este sentido, un destacado sector de la doctrina considera que el término «demente» ha de ser interpretado de manera restrictiva³⁰⁵. El eje de su argumentación gira en torno al cambio

³⁰⁴ Cfr. STS de 8 de abril de 1969 (RJA 1841, Considerandos 2.º y 5.º).

³⁰⁵ Cfr. GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico-familiar e sucesorio...», cit., pág. 400 y LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo

introducido en el tenor literal del artículo 665 del Código civil y en el paralelismo existente entre este precepto y el artículo 136 de la Ley gallega. El referido artículo 665, que regulaba inicialmente el testamento del «*demente en intervalo lúcido*», planteaba problemas interpretativos similares a los del artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia. En síntesis, la doctrina se preguntaba a qué tipo de testadores se refería el precepto en cuestión; es decir, si comprendía a los dementes en general o sólo a aquéllos declarados judicialmente incapaces. Tales dudas parecen haber sido disipadas por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código civil en materia de testamentos, a través de la cual el legislador, haciéndose eco del criterio doctrinal³⁰⁶ y jurisprudencial³⁰⁷ dominante, da nueva redacción al artículo en cuestión sustituyendo la expresión originaria —«*demente en intervalo lúcido*»— por la de «*incapacitado por virtud de sentencia*». Así las cosas, con apoyo en este precedente, cabría entender que la terminología empleada por el legislador gallego en el artículo 136 de la Ley se halla superada y que el término «*demente*» debe ser referido únicamente al incapacitado judicialmente³⁰⁸.

136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 999.

³⁰⁶ Cfr., entre otros, TRAVIESAS, M., «El testamento», cit., pág. 111; ROCA SASTRE, R.M.^a, en las anotaciones a KIPP, Th., *Tratado de Derecho Civil*, Tomo V, Vol. 1.º, cit., 1951, pág. 75; BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., «Incapacidad de testar...», cit., pág. 249. En contra de la doctrina mayoritaria, cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, cit., pág. 217; MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario del artículo 665 del Código civil», en QUINTUS MUCIUS SCÆVOLA, *Código civil*, Tomo XII, cit., pág. 112; OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 48.

³⁰⁷ Cfr., entre otras, las SSTS de 10 de junio de 1897 (en *JC* Tomo 81-II, núm. 116, Cdo. 2.º); de 25 de octubre de 1901 (en *JC* Tomo 92, núm. 91, Cdo. 1.º); de 12 de mayo de 1962 (*RJA* 2245, Cdo. 1.º); de 7 de octubre de 1982 (*RJA* 5545, Cdo. 5.º).

³⁰⁸ Cfr. GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico-familiar e sucesorio...», cit., pág. 400 y LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario del artículo

Sin embargo, a nuestro juicio, la solución expuesta no resulta convincente. Ello con fundamento en los dos siguientes argumentos. En primer lugar, porque si se atiende a los propios términos literales del precepto, no cabe duda que el artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia se está refiriendo a los «dementes» y no a los incapacitados judicialmente. Y, a mayores, si la intención del legislador gallego hubiese sido la de circunscribir la presencia de testigos a aquellos supuestos en los que uno de los testadores estuviera declarado incapaz en virtud de una resolución judicial, no se comprende por qué no lo ha dicho expresamente: la Ley gallega de Derecho civil no se caracteriza por su precisión terminológica; sin embargo, *a priori*, debería desecharse que se trata de un simple «descuido»³⁰⁹, máxime teniendo en cuenta que la reforma del Código civil en materia de testamentos –que sirve de base para la interpretación en virtud de la cual se restringe la intervención testifical sólo para el caso de testadores incapacitados– es de carácter reciente y cronológicamente anterior al articulado de la Ley gallega.

En este contexto, la identificación demente–incapacitado tampoco se juzga satisfactoria porque si las normas han de interpretarse atendiendo fundamentalmente a su finalidad (cfr. art. 3.º1 Cc) una significación omnicomprensiva del término «demente» se revelaría más acorde con ese fin de protección del incapaz que persigue el artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia. En nuestra opinión, el legislador gallego no pretende tanto asegurarse de la capacidad del testador –como sucede en el caso del artículo 665 del Código civil– cuanto reducir al mínimo las dificultades que a éste se le pudieran presentar en el acto de otorgamiento. Siendo ello así, toda vez que conforme al citado artículo 136 la

136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 999.

³⁰⁹ Así lo ha calificado GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico-familiar e sucesorio...», cit., pág. 400.

intervención de los testigos testamentarios debe configurarse en términos de garantía y no de restricción de capacidad, no habría razón alguna para limitar la presencia de testigos sólo a aquellos supuestos en los que el testador está incapacitado³¹⁰.

En suma, a la vista de las consideraciones efectuadas, cabría concluir que el término «demente» del artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia comprende tanto al incapacitado en virtud de resolución judicial como al incapaz de hecho. Y, por tanto, si esto es así, la intervención de los testigos testamentarios resultaría imprescindible en uno y otro caso.

3.3.4. Cuando el testador no sepa o no pueda leer

La correcta delimitación de este supuesto en que, conforme a la Ley de Derecho civil de Galicia, resulta preceptivo la intervención de testigos, exige poner de relieve la función que la lectura del testamento cumple en el proceso de su otorgamiento. En este sentido, dado que la Ley gallega no contiene ninguna previsión al respecto y habida cuenta del carácter supletorio que reviste la normativa del Código civil (cfr. art. 3.º1 LDCG), se ha estimado procedente recurrir a la regulación que de la lectura se efectúa en el citado Código y a las consideraciones que la doctrina ha realizado en torno a la misma.

Así las cosas, la lectura del testamento por el propio testador constituye otra medida legal tendente a asegurar la veracidad de la declaración testamentaria (cfr. art. 695 Cc). Por medio de esta lectura se trata de evitar que el testador manifieste su conformidad con una voluntad que no es la que consta efectivamente en el documento testamentario³¹¹. Sin embargo, en

³¹⁰ Cfr., igualmente, MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «El testamento abierto notarial», cit., pág. 120.

³¹¹ Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 695 del

aquellos casos en los que el otorgante no sabe o no puede leer, la garantía prevista en el artículo 695 del Código civil resulta inoperante³¹². Al objeto de evitar esta situación es por lo que, a nuestro juicio, en tales supuestos el legislador contempla la intervención de testigos. De este modo, el testador que no supiera o no pudiera leer vería suplidas sus carencias pudiendo verificar —a través de la lectura realizada por los testigos— la correspondencia entre sus manifestaciones y las recogidas por el Notario en el testamento.

Ahora bien, la lectura del testamento por los testigos no es una función que esté explícitamente contemplada, al menos con carácter general, en el Código civil. El artículo 697.2.º, párrafo segundo, del referido Cuerpo normativo se limita a establecer que *«los testigos leerán el testamento en presencia del Notario (...)»* cuando el testador además de no saber o no poder leer sea enteramente sordo. En consecuencia, pudiera pensarse que sólo en esos casos podría tener lugar la lectura del testamento por los testigos.

Sin embargo, no es ésa la conclusión a la que cabe llegar. Ello por cuanto que lo que se deduce del artículo 697.2.º, párrafo segundo, del Código civil no es que la lectura del testamento por los testigos pueda tener lugar únicamente cuando, además de no saber o no poder leer, el testador sea enteramente sordo, sino que en tales supuestos dicha lectura resulta obligatoria. Siendo ello así, no habría base suficiente en el precitado artículo del Código civil

Código civil», cit., pág. 73 y BADOSA COLL, F., «Comentario al artículo 697 del Código civil», cit., pág. 1.102.

³¹² En este sentido, DÍEZ GÓMEZ («La supresión de los testigos...», cit., pág. 58), en opinión que compartimos, no se explica qué diferencia de tratamiento puede existir entre el supuesto del testador que no puede escribir y el del ciego; máxime teniendo en cuenta la laxitud con la que la jurisprudencia ha interpretado este último término (cfr. STS de 12 de abril de 1973, RJA 2284).

para excluir la lectura por parte de los testigos en aquellos casos en los que el testador, que no sabe o no puede leer pero que no es «enteramente sordo», desea que su testamento sea leído por otra persona distinta del Notario. Además, junto a la ausencia de una norma prohibitiva al respecto, como argumento adicional en favor de esta opinión se podría señalar lo dispuesto en el artículo 193 del Reglamento notarial (arg. ex art. 143, párr. 2.º, RN), a cuyo tenor: «Los notarios darán fe de haber leído a las partes y a los testigos instrumentales la escritura integra o de haberles permitido que la lean, a su elección, antes de que la firmen (...)»³¹³.

Finalmente, el examen de la hipótesis del testador que, además de no saber o no poder leer, es enteramente sordo requiere efectuar una puntualización ulterior en relación con el momento en que se produce la intervención testifical. Y es que en los supuestos descritos –en la medida en que los testigos deben «declarar que [el testamento] coincide con la voluntad manifestada» (art. 697.2.º, *in fine*, Cc)– es preciso que el testador les haga partícipes de su voluntad, circunstancia ésta que no ocurre, al menos necesariamente, en los demás casos en los que tiene lugar la intervención testifical³¹⁴.

3.3.5. Cuando el testador no sepa o no pueda escribir

El artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia también exige la presencia de testigos en el otorgamiento del

³¹³ En la misma línea, cfr. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., (*El testamento abierto...*, cit., pág. 92), si bien para este autor serían razones de prudencia y de lógica instrumental las que deberían llevar al Notario a advertir a los testigos instrumentales del derecho a leer por sí mismos el testamento.

³¹⁴ Cfr. LOIS PUENTE, J.M., «La modificación del Código civil en materia de testamentos», cit., pág. 26; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 81; y ya en el ámbito de la Ley de Derecho civil de Galicia LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.002.

testamento abierto y, por tanto, del testamento mancomunado gallego, en aquellos supuestos en los que el testador no sabe o no puede escribir. En este punto, la Ley de 24 de mayo de 1995 presenta dos importantes notas diferenciadoras con respecto a las restantes legislaciones civiles españolas³¹⁵.

La primera de las especialidades aludidas radica en el propio supuesto de hecho de la norma gallega, ya que el artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia no sólo requiere que el testador sepa y pueda firmar, sino que exige saber y poder escribir³¹⁶. Así las cosas, no se comprende por qué el legislador gallego, a la hora de regular la intervención de los testigos, establece como pauta la de saber y poder «escribir» y no la tradicional de saber y poder «firmar». A nuestro juicio, este *modus operandi* del legislador autonómico carece de sentido por las dos razones siguientes:

a) En primer lugar, porque la exigencia de que el testador sepa y pueda escribir en lugar de firmar no resulta coherente con la dinámica del otorgamiento del testamento abierto notarial. En principio, en dicho otorgamiento, el único momento en el se exige escribir al testador es aquél en el que, a través de su firma, manifiesta su consentimiento con la voluntad plasmada en el

³¹⁵ Cfr. el artículo 697.1.º del Código civil («cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento»); el artículo 107 del Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña («cuando por cualquier causa no sepa o no pueda firmar»); el artículo 52 c) de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares («cuando el testador no sepa o no pueda firmar»); art. 98.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte Aragón («cuando éste [el testador] declara que no sabe o no puede firmar el testamento»).

³¹⁶ En este sentido, LETE DEL RÍO, J.M., («Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 997) afirma que el artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia «establece el hecho cierto de que hay personas que saben firmar, pero no escribir, y no permite a estas últimas prescindir de la presencia de los testigos».

documento testamentario. Asimismo, esta falta de lógica instrumental también se evidencia al contrastar el supuesto de la Ley gallega con la función llamada a desempeñar por los testigos en esos casos; función instrumental del testigo que se circunscribe a firmar el testamento en lugar del testador y a su ruego (cfr. art. 695 *in fine* Cc).

b) En segundo lugar, el criterio del legislador gallego tampoco parece convincente porque como señala LETE DEL RÍO no sólo reduce la posibilidad de otorgar testamentos abiertos sin testigos en el mundo rural sino que, además, no aporta ninguna garantía adicional en comparación con la exigencia de la firma³¹⁷. En ambos casos, la finalidad perseguida consiste en disipar cualquier género de duda acerca de la conformidad del testador con el contenido del documento testamentario. A mayor abundamiento, a nuestro juicio, con fundamento en un criterio estrictamente semántico, habría sido incluso preferible que el legislador gallego se hubiese referido a «firmar» y no a «escribir»³¹⁸.

En otro orden de ideas, la segunda particularidad que presenta el inciso final de la letra b) del artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia estriba en que la intervención testifical se supedita al hecho objetivo de no saber o no poder escribir y no a una declaración del testador en tal sentido³¹⁹. Sin embargo, esta

³¹⁷ Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 998.

³¹⁸ No en vano, de acuerdo con la definición del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española «escribi» es «representar las palabras o las ideas u otros signos trazados en papel u otra superficie» mientras que «firmar» es «poner uno su firma» y «firma» es el «nombre y apellido, o título, de una persona, que ésta pone con rúbrica al pie de un documento escrito, de mano propia o ajena, para darle autenticidad, para expresar que se aprueba su contenido, o para obligarse a lo que en él se dice» (Diccionario de la Lengua española, 21.ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1995).

³¹⁹ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «El testamento abierto notarial»,

circunstancia es más aparente que real. En efecto, según se infiere del artículo 136 de la Ley gallega, el Notario debe asegurarse de que el testador no sabe o no puede escribir. Y para ello, bien cabe interrogar al testador sobre este extremo, bien cabe instarle para que demuestre sus conocimientos de modo práctico. En cualquier caso, la negativa del testador va a revestir la forma de una declaración con lo que, en el fondo, la intervención de testigos quedaría condicionada, al igual que sucede en el régimen del Código civil, al testimonio del aquél. Siendo ello así, la clásica cuestión relativa a las consecuencias que para validez y eficacia del testamento se derivan de la declaración falsa del testador en cuanto a no saber escribir (firmar), cabría ser reproducida a propósito de la normativa gallega³²⁰. Y, por tanto, cabe concluir que si el testador manifiesta que no sabe o no puede escribir (firmar) y, posteriormente, se acredita la falsedad de dicha manifestación, el testamento será nulo (arg. ex art. 695 Cc en conexión con el art. 687 Cc)³²¹.

cit., pág. 120.

³²⁰ En contra de esta opinión, cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., («El testamento abierto notarial», cit., págs. 120-121) para quien, en la medida en que la intervención testifical se supedita al hecho objetivo de no saber o no poder escribir y no a una declaración del testador sobre tal extremo, el problema relativo a la falsedad de la declaración del testador en el sentido de no saber o no poder firmar ha quedado desvirtuado.

³²¹ Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones. En este sentido, son paradigmáticas las sentencias de 4 de enero de 1952 (*JC*, Primera Serie, Tomo XXIII, núm. 7) y de 10 de noviembre de 1973 (*RJA* 4163). En todo caso, debe señalarse que autorizadas voces doctrinales se han mostrado partidarias de moderar la postura del Tribunal Supremo por considerarla excesivamente rigurosa (cfr. ROCA SASTRE, R.M.^a, «Firma del testador», en *RDN*, núms. 1 y 2, 1953, págs. 351-356 y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., «Nulidad de testamento abierto, por falta de firma del testador. Comentario a la sentencia de 4 de enero de 1952», en *ADC*, 1952, págs. 388-391).

4. REQUISITOS PARA SER TESTIGO

4.1. Cuestiones previas

En orden a los requisitos para intervenir como testigo en el otorgamiento del testamento notarial abierto –y, por tanto, también en el testamento mancomunado– el artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia se limita a exigir «*tener plena capacidad jurídica*»³²². En este sentido, se considera oportuno comenzar destacando el poco rigor técnico del legislador gallego, toda vez que la dicción del artículo 136 de la mencionada Ley resulta criticable por un doble motivo³²³: en primer lugar, porque la capacidad jurídica, en cuanto cualidad inherente a la persona misma (cfr. arts. 29 y 30 Cc), no es susceptible de admitir ningún tipo de división o graduación; en segundo lugar, porque las personas jurídicas, aún teniendo capacidad jurídica «plena» (cfr. art. 35 Cc), no pueden intervenir en calidad de testigos testamentarios³²⁴.

Así las cosas, al hilo de la precisión terminológica comentada resulta obligado concretar el significado de la condición que el legislador gallego establece para intervenir como testigo. Dicho en otros términos, habrá que determinar el modo en que la

³²² Sobre la capacidad jurídica en general, *vid.*, por todos, DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Tomo II, cit., especialmente las págs. 40–57. Asimismo, pueden confrontarse, entre otros autores, a BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R., *Derecho de la persona*, Montecorvo, Madrid, 1976; LETE DEL RÍO, J.M., *Derecho de la persona*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, págs. 19–32.

³²³ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «El testamento abierto notarial», cit., págs. 120–121; LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.003, para quien hubiese sido más correcto hablar de «*idoneidad*».

³²⁴ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «El testamento abierto notarial», cit., pág. 121.

exigencia relativa a la «*plena capacidad jurídica*» de los testigos debe ser entendida. La cuestión se suscita porque siendo coherentes con una interpretación literal del artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia el requisito apuntado estaría desprovisto de un contenido singular y carecería de sentido; toda persona, por el hecho de serlo, ya tendría «*plena capacidad jurídica*» (cfr. arts. 29 y 30 Cc) y, por tanto, a tenor de la Ley gallega, podría intervenir como testigo. A nuestro juicio, este absurdo al que conduciría la literalidad del precepto podría ser solventado a través de una interpretación teleológica de la norma. En efecto, el legislador gallego, al exigir «*plena capacidad jurídica*», pretende asegurarse básicamente de que aquéllos que vayan a desempeñar la función testifical reúnan las cualidades de madurez física y mental y de independencia ínsitas a dicha función. De esta manera, si el fin perseguido por la norma es el descrito, cabría colegir que el artículo 136, en el fondo, se está remitiendo a los requisitos que para ser testigo se establecen en el Código civil³²⁵.

Dilucidado el contenido de la expresión «*plena capacidad jurídica*», adquiere sentido preguntarse ahora por esos requisitos de idoneidad exigibles a los testigos. En este punto, cabe ya señalar que será de aplicación la regulación prevista en los artículos 681 y 682 del Código civil. De acuerdo con el primero de los preceptos señalados no podrán intervenir como testigos: «1.º Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701.— 2.º Los ciegos y totalmente sordos o mudos.— 3.º Los que no entiendan el idioma del testador.— 4.º Los que no estén en su sano juicio.— 5.º El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de

³²⁵ Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «La sucesión testada», cit., pág. 224. Sustancialmente similar es la conclusión formulada por LETE DEL RÍO, J.M., («Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.003), a cuyo juicio «lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia incide sobre las prohibiciones, incompatibilidades o falta de capacidad de obrar [...]».

consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo»; asimismo, conforme al artículo 682 del Código civil, tampoco podrán ser testigos en el testamento abierto –y, por tanto, en el testamento mancomunado gallego– «los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.– No están comprendidos en esta prohibición los legatarios ni sus cónyuges o parientes cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario».

La aplicación de la normativa contenida en los preceptos transcritos es admitida, sin discusión alguna, por parte de la doctrina³²⁶. Sin embargo, los autores discrepan cuando se trata de precisar el alcance de la relación que media entre el párrafo tercero del artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia y los artículos 681 y 682 de Código civil; en síntesis, la controversia gira en torno a la exclusión de la expresión «*plena capacidad jurídica*» del artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia de alguna de las circunstancias que, a tenor de la normativa del Código civil, impedirían la actuación como testigo.

En este sentido, MARTÍNEZ GARCÍA, intentando dotar de especificidad la exigencia del artículo 136 de la Ley gallega, considera que el legislador autonómico ha sustraído de las causas de inidoneidad previstas en el Código civil la relativa a los parientes y empleados del Notario autorizante (cfr. art. 681.5.º Cc)³²⁷. El mismo autor se ha planteado también la posibilidad de

³²⁶ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «El testamento abierto notarial», cit., pág. 121 y LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.003 y nota 52.

³²⁷ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «El testamento abierto notarial», cit., pág. 121.

que el artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia estuviese excepcionando de las causas de inidoneidad para ser testigo testamentario la atinente a los herederos o legatarios instituidos y sus familiares (cfr. art. 682 Cc). Sin embargo, MARTÍNEZ GARCÍA acaba desechando esta hipótesis con fundamento en los tres siguientes argumentos³²⁸: a) en primer lugar, por la carencia en los sujetos a los que se refiere esta causa de inidoneidad de las condiciones de imparcialidad necesarias para testificar acerca de lo acaecido en el acto de otorgamiento; b) en segundo lugar, tanto por la rigidez de la jurisprudencia a la hora de exigir el cumplimiento de las formalidades testamentarias, como por el hecho de que el motivo de inidoneidad contemplado se prevé en las restantes legislaciones forales³²⁹; c) finalmente, porque si se mantuviese la habilidad de los beneficiados para ser testigos –habida cuenta de la relación de complementariedad que media entre el artículo 682 del Código civil y la norma prohibitiva del artículo 754.2 del mismo Cuerpo normativo, que considera a los testigos incapaces para suceder– se llegaría al absurdo de que el testamento en cuestión sería formalmente válido pero los instituidos en él serían incapaces para suceder³³⁰.

Otros autores, en cambio, parecen cuestionar la pretendida

³²⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «El testamento abierto notarial», cit., pág. 121.

³²⁹ La inidoneidad para ser testigos de los beneficiados en el testamento y de sus familiares próximos únicamente se contempla de modo explícito en el artículo 108.5.º del Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña y en el artículo 100.1 letra d) de la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón; sin embargo, en los restantes Derechos forales, la causa antedicha se mantiene implícitamente por aplicación supletoria de la normativa del Código civil.

³³⁰ Para el estudio de la relación que existe entre los artículos 682 y 754, párrafos 2.º y 3.º, del Código civil, *vid.*, por todos, ALBALADEJO, M., «Nulidad de la disposición y nulidad del testamento abierto, cuando un instituido es testigo o lo son determinados familiares suyos», en *RDP*, Tomo LI, 1967 (enero-marzo), págs. 3–12 y 195–202.

exclusión de las causas de inidoneidad para intervenir como testigo testamentario –en virtud de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia– de aquella que pesa sobre los parientes y empleados del Notario³³¹. A nuestro juicio, sería posible obtener esta conclusión a través de los mismos razonamientos –aunque con ciertos matices– en los que MARTÍNEZ GARCÍA sustenta la inhabilidad de los herederos o legatarios y de sus parientes³³². En nuestra opinión, sostener la idoneidad de los parientes y empleados del Notario resultaría criticable: 1.º) por el rigor jurisprudencial en materia de observancia de formalidades testamentarias, que haría aconsejable mantener esa causa de inidoneidad ante la ausencia de una norma expresa en sentido contrario; 2.º) porque tampoco cabe obviar que con dicha intervención podría quedar comprometida la independencia e imparcialidad que debe presidir la función testifical³³³. En suma, a la vista de estas consideraciones cabría colegir que en materia de idoneidad rigen plenamente los

³³¹ Es el caso de LETE DEL RÍO, J.M., («Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.003) quien, después de sostener que el único alcance que podría conferirse al párrafo tercero del artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia sería el de excluir de las causas de inidoneidad de los artículos 681 y 682 del Código civil la relativa a los parientes y empleados del Notario, tiene muy serias dudas de que ello sea así.

³³² En relación con la argumentación de MARTÍNEZ GARCÍA han de hacerse dos salvedades que, sin embargo, no desvirtúan la conclusión final. En primer lugar, a diferencia de lo establecido en el inciso final del artículo 681.5.º del Código civil, la mayoría de las legislaciones civiles forales con normativa propia en materia de testigos testamentarios contempla la idoneidad de los empleados o dependientes del Notario (cfr. ley 186, párr. 2.º CDCFN; art. 108 CSCM de Cataluña; art. 52, párr. 2.º CDIB; art. 100 LSCM de Aragón). Y, en segundo lugar, el argumento atinente a la relación que media entre los artículos 682 y 754.2.º del Código civil tampoco sería aplicable en este caso por razón de su especificidad.

³³³ Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.003.

artículos 681 y 682 del Código civil³³⁴.

Establecidos pues, de manera genérica, los distintos requisitos de idoneidad requeridos para ser testigo testamentario se estima conveniente efectuar a continuación, aunque sea en términos negativos, un análisis de los mismos. A tal fin, a efectos meramente expositivos, se ha considerado oportuno diferenciar las «causas de inidoneidad» en sentido estricto de las denominadas «prohibiciones»³³⁵. Las primeras afectarían a la aptitud personal del sujeto impidiéndole objetivamente el normal desarrollo de la función testifical (cfr. los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del artículo 681 del Código civil); las segundas, en cambio, serían aquellas causas que imposibilitarían para actuar como testigos sólo en determinados testamentos por imperativo de la ley (cfr. los artículos 681.5.º y 682 del Código civil).

4.2. Causas de inidoneidad

4.2.1. La minoría de edad

A tenor del artículo 681.1.º del Código civil no podrán ser testigos en los testamentos: «*Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701*»³³⁶. Por tanto, de lo prescrito en este

³³⁴ De la misma opinión es PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «La sucesión testada», cit., pág. 224.

³³⁵ El método expositivo utilizado se corresponde parcialmente con el seguido por OSSORIO MORALES, J. en su *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 63. Con todo, debe advertirse que éste no es el único criterio de clasificación de las causas de inidoneidad acuñado por la doctrina; un resumen de los mismos puede verse en GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 681 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 1.º-A, cit., 1990, págs. 298-299.

³³⁶ La excepción contemplada se refiere al testamento en caso de epidemia, que podrá otorgarse «*ante tres testigos mayores de 16 años*».

precepto cabe inferir, *a contrario*, que los testigos en cuestión deben ser mayores de edad, esto es, deben tener dieciocho años cumplidos (cfr. arts. 12 CE y 315 Cc)³³⁷. Sin embargo, un sector de la doctrina no comparte la opinión expuesta y considera que los menores de edad emancipados, así como los habilitados de edad (cfr. art. 321 Cc), también serían idóneos para intervenir como testigos testamentarios³³⁸. Dos son, sustancialmente, los argumentos en los que esta corriente doctrinal sustenta su posición:

a) El primero de los razonamientos esgrimidos en favor de la idoneidad de los menores emancipados o habilitados de edad para intervenir como testigos en el otorgamiento de testamentos se formula con apoyo en el artículo 323 del Código civil, que faculta a dichos menores y habilitados para regir su persona y sus bienes como si fuesen mayores. Es cierto que el precepto señalado contempla una serie de limitaciones a la capacidad de obrar del menor; sin embargo, entre estas restricciones –tomar dinero a préstamo y gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor– no se encuentra la de actuar como testigo testamentario. Por consiguiente, como quiera que las normas limitativas de derechos deben interpretarse restrictivamente, cabría concluir que, *a priori*, no existiría obstáculo alguno para que el menor emancipado o el habilitado de edad pudiera ser testigo en el testamento notarial y, por extensión, en el testamento mancomunado gallego³³⁹.

³³⁷ Sobre el cómputo de la edad, *vid.*, por todos, BATLLE VÁZQUEZ, M., «Estudio sobre la regla de determinación...», *cit.*, págs. 80–87.

³³⁸ Cfr. VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, Tomo V, *cit.*, pág. 70; MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 681, 682 y 683 del Código civil», en QUINTUS MUCIUS SCÆVOLA, *Código civil*, Tomo XII, *cit.*, págs. 288 a 291; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo V, Vol. 1.º, *cit.*, págs. 53–54; DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, Tomo IV, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 368.

³³⁹ Para esta opinión, cfr. ARMERO DELGADO, M., *Testamentos y*

b) En segundo lugar, en orden a la exclusión de los menores emancipados y habilitados de edad del supuesto de hecho de la causa de incapacidad establecida en el artículo 681.1.º del Código civil, el sector doctrinal mencionado también ha invocado el párrafo primero del artículo 181 del Reglamento notarial, a cuyo tenor: «*Para ser testigo instrumental en los documentos inter vivos se requiere ser español, hombre o mujer, mayor de edad o emancipado o habilitado legalmente (...)*»³⁴⁰.

Sin embargo, a nuestro juicio, ninguno de esos argumentos resulta definitivo para sustraer de la incapacidad objeto de estudio a los menores de edad emancipados y a los habilitados de edad. Ello por las razones que a continuación se exponen:

a) En primer lugar, porque la propia dicción del artículo 323 del Código civil evidencia que el emancipado, o el habilitado en su caso, sigue siendo menor³⁴¹. En otros términos, cabría colegir que «mayoría de edad» y «emancipación» son dos estados civiles diferentes y la capacidad para intervenir como testigo

particiones, Tomo I, Reus, Madrid, 1951, pág. 129. En todo caso, debe advertirse que, en la práctica, el citado autor se inclina por respetar el tenor literal del artículo 681.1.º del Código civil de modo que, a su juicio, sería conveniente que los menores emancipados no interviniesen como testigos testamentarios. En concreto, señala ARMERO DELGADO que «a pesar del fundamento de esta opinión, dado el carácter exageradamente formalista que la Ley y la jurisprudencia exigen en el cumplimiento de los requisitos del testamento, ante el temor de incurrir en un defecto que pueda acarrear su nulidad, resulta en la práctica preferible y aconsejable prescindir de los emancipados como testigos, exigiendo siempre en éstos la plena mayoría de edad».

³⁴⁰ *Vid.*, por todos, BONET RAMÓN, F., *Compendio de Derecho civil*, Tomo V, RDP, Madrid, 1965, pág. 131.

³⁴¹ *Cfr.*, entre otros, OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 64 y ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil*, Tomo V, 7.ª ed., cit., 1997, pág. 212.

testamentario queda supeditada a la primera y no a la segunda³⁴². En relación con esta cuestión, es cierto que conforme al artículo 2.º de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, «*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*»³⁴³. Sin embargo, a nuestro juicio, ello no permitiría justificar, por sí sólo, una aplicación extensiva de la teoría de la emancipación o de la habilitación de edad en materia de testificación³⁴⁴. Ello por cuanto que el artículo 681.1.º del Código civil es un precepto de marcado carácter formal y, en este sentido, no resulta posible obviar la rigidez jurisprudencial en materia de observancia de formalidades testamentarias³⁴⁵.

³⁴² Así se infiere no sólo del artículo 323 del Código civil sino también de otros preceptos del mismo Cuerpo normativo como puede ser el artículo 20.2.c) relativo a la declaración de opción en materia de nacionalidad («*La declaración de opción se formulará: [...] c) Por el interesado, por sí solo, si está emancipado o es mayor de dieciocho años [...]*»). Igualmente, el extremo comentado puede entresacarse de diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo; entre ellos cabría señalar, a título de ejemplo, la sentencia de 16 de mayo de 1984 (RJA 2415) en la que expresamente se dispone —en su considerando 6.º— que «la emancipación representa, siempre dentro de la minoría de edad que se prolonga (no obstando aquélla) hasta el momento de la mayoría propia sobrevenida por haberse alcanzado con el decurso del tiempo la edad fijada para ese efecto (ahora, según el art. 12 de la Constitución, la de los 18 años), un periodo diferenciado en la vida del menor de edad [...]».

³⁴³ Publicada en el BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996, págs. 1.225 y ss.

³⁴⁴ En el mismo sentido —si bien con anterioridad a la citada Ley de protección jurídica del menor— se expresa la doctrina mayoritaria. Cfr., entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, cit., págs. 408–409; CASTÁN, J., *Derecho civil español*,..., Tomo VI, Vol. 2.º, cit., pág. 56; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 307; TORRES GARCÍA, T., «Comentario al artículo 681 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., págs. 1.713–1.714.

³⁴⁵ SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, cit., págs. 408–409.

b) En segundo lugar, el artículo 181 del Reglamento notarial, que confiere tanto a menores emancipados como a habilitados de edad la posibilidad de intervenir como testigos, no resulta aplicable en este caso. Por un lado, porque el testamento no es un acto *inter vivos*; por otro, porque el Reglamento notarial en ningún caso puede derogar o modificar la regulación contenida en una norma de rango superior como es el Código civil³⁴⁶.

c) Finalmente, junto a las consideraciones anteriores – basadas en su mayor parte en criterios interpretativos de índole literal– cabría señalar un último argumento de carácter sistemático. Dicho argumento estriba en que de admitirse la equiparación «mayor de edad»–«menor emancipado» (o «habilitado de edad») la excepción prevista en el propio artículo 681.1.º para el testamento en caso de epidemia no tendría sentido ya que, como pone de manifiesto TORRES GARCÍA, una misma edad sería la exigida para la regla y para la excepción³⁴⁷.

En suma, a la vista de lo expuesto cabría concluir que conforme al artículo 681.1.º del Código civil sólo podrán intervenir como testigos en el otorgamiento de los testamentos personas mayores de edad en sentido estricto, sin que, por otra parte, sea posible establecer una equiparación entre éstas y los menores de edad emancipados o habilitados de edad.

4.2.2. La ceguera, la sordera y la mudez

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 681.2.º del Código civil «*los ciegos y los totalmente sordos o mudos*» no son hábiles para intervenir como testigos testamentarios. Se contemplan

³⁴⁶ Cfr. ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil*, Tomo V, cit., pág. 213.

³⁴⁷ TORRES GARCÍA, T., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 1.714.

en este precepto tres causas de inidoneidad que tienen como fundamento la imposibilidad material de desarrollar la función testifical. Si la propia estructura del otorgamiento del testamento abierto en general –y del testamento mancomunado en particular– requiere que los testigos vean y entiendan al testador (cfr. art. 679 Cc) resulta evidente que, al menos en los supuestos de la ceguera, dicha exigencia no se verá colmada.

Así las cosas, cabría preguntarse ahora tanto por el alcance de las deficiencias físicas reseñadas como por la valoración que de las mismas hace la doctrina. La cuestión relativa a la trascendencia de las anomalías enunciadas en el artículo 681.2.º del Código civil se plantea porque de acuerdo con una interpretación literal de este artículo la ceguera es el único defecto que no aparece modalizado por el adverbio «*totalmente*»; en consecuencia sería posible inferir que sólo en los supuestos de sordera y de afasia el defecto físico tendría que ser absoluto para impedir ser testigo testamentario³⁴⁸. Sin embargo, lo cierto es que la doctrina mayoritaria estima que, a los efectos del artículo 681.2.º del Código civil, la falta de visión, de oído y de habla ha de ser total en el sentido de no poder captar los términos del otorgamiento³⁴⁹.

En este orden de ideas, la valoración que de las deficiencias consignadas en el artículo 681.2.º del Código civil ha efectuado la

³⁴⁸ Parcialmente en contra se manifiesta SÁNCHEZ ROMÁN, F., (*Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, cit., pág. 411), a cuyo juicio el adverbio «*totalmente*» tampoco puede aplicarse a los mudos en la medida en que el propio término «mudo» indica «un estado de carencia completa de las facultades de la palabra».

³⁴⁹ Cfr., entre otros autores, ARMERO DELGADO, M., *Testamentos y particiones*, Tomo I, cit., pág. 130; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 312; BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 973, para quien «el significado del adverbio «*totalmente*» es acrítico. Su presencia en el texto legal se explica (...) por mera inercia en su redacción».

doctrina habría que calificarla de dispar. La exclusión de la idoneidad de los ciegos no ha planteado problema alguno³⁵⁰; en efecto, como señala BALLARÍN HERNÁNDEZ, la persona invidente no puede estar segura de los elementos personales, reales, formales y circunstanciales del otorgamiento y, en consecuencia, su inidoneidad para ser testigo parece manifiesta³⁵¹.

Sin embargo no sucede lo mismo con respecto a los sordos y, sobre todo, los mudos. En cuanto a los primeros, se ha señalado la conveniencia de permitirles intervenir como testigos cuando a través de los movimientos de los labios entiendan lo que se dice³⁵². En apoyo de esta opinión se trae a colación no sólo el tratamiento que los propios sordos reciben en materia de testamentifacción activa (cfr. art. 697.2.º Cc a *contrario sensu*) sino también sendas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en las que se les autoriza a otorgar escrituras públicas a través de personas peritas en el lenguaje de signos³⁵³. En relación con los mudos, la doctrina no acierta a

³⁵⁰ En este sentido, como exponente del parecer doctrinal mayoritario, resultan sumamente expresivas las palabras de MORENO MOCHOLÍ, M., («Comentario de los artículos 681, 682 y 683 del Código civil», cit., pág. 298) cuando sostiene que «*el sentido de la vista abarca, en la comprensión, mayor número de ideas; de aquí que se diga que los ojos oyen y hablan a su manera*». En todo caso, no han faltado autores como GONZÁLEZ PORRAS, J.M., («Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., págs. 312-313) para quienes, teniendo en cuenta los adelantos técnicos, no cabría descartar en un futuro no lejano la intervención como testigos testamentarios de personas invidentes.

³⁵¹ BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 974.

³⁵² Cfr. TORRES GARCÍA, T., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 1.716; MARTÍN FERREIRA, M.^ºP., «La idoneidad de los testigos en los testamentos», en *RCDI*, núm. 617 (julio-agosto), 1993, pág. 882.

³⁵³ Cfr. las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de octubre de 1974 (*BOJM*, núm. 104, año XXVIII) y de 31 de agosto de 1987 (*BOJM*, núm. 1470, año XLI).

comprender el motivo de su inidoneidad, máxime cuando saben y pueden escribir³⁵⁴; es evidente que en estos casos, los mudos no sólo adquieren conciencia de todo cuanto acontece en el acto de otorgamiento sino que, llegado el caso, también pueden transmitir fidedignamente la información por ellos obtenida.

En definitiva, sea como fuere, lo cierto es que el artículo 681.2.º del Código civil parece adoptar un criterio objetivo a la hora de valorar las causas de inidoneidad comentadas. De este modo, será suficiente con que una persona no vea, no oiga o no hable para que, automáticamente, no pueda ser un testigo testamentario hábil³⁵⁵.

4.2.3. El desconocimiento del idioma del testador³⁵⁶

La causa de inidoneidad prevista en el artículo 681.3.º del Código civil, esto es, el desconocimiento del idioma del testador, se halla plenamente justificada, a juicio de la doctrina, por razón

³⁵⁴ Cfr., entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, cit., pág. 411; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 313; TORRES GARCÍA, T., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 1.716; BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 977; Díez GÓMEZ, A., «La supresión de los testigos...», cit., pág. 47; MARTÍN FERREIRA, M.ªP., «La idoneidad de los testigos...», cit., págs. 882-883.

³⁵⁵ Como señala ALBALADEJO, M., («Algunos extremos de la regulación de los testamentos...», cit., pág. 357) «lo que ocurre es que siendo posible elegir testigos normales, la ley ha querido excluir de serlo a quienes por un defecto, parten ya de dar lugar a alguna irregularidad o riesgo en la testificación, al que se ha considerado preferible no admitir, por los problemas que, por lo menos eventualmente pueda plantear al otorgamiento o posteriormente».

³⁵⁶ Esta causa de inidoneidad ya se contempla expresamente en el artículo 185 de la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia, toda vez que para ser testigo en el testamento abierto se requiere «*entende-lo testador*».

de las funciones asignadas a los testigos testamentarios³⁵⁷. Si las personas llamadas como testigos al otorgamiento del testamento mancomunado deben pronunciarse, entre otros extremos, sobre la identidad existente entre la voluntad manifestada por el testador y la recogida por el Notario³⁵⁸, es evidente que dichas personas han de quedar enteradas de todo cuanto declara el testador. Por tanto, el conocimiento del idioma del testador por parte de los testigos constituye un *prius* lógico para poder realizar ese cometido³⁵⁹. En todo caso, como señala la doctrina de manera pacífica, no se exige un conocimiento perfecto de dicho idioma, sino que será suficiente con que los testigos comprendan el concepto y el alcance de las disposiciones testamentarias³⁶⁰.

³⁵⁷ Cfr., entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, cit., pág. 411; MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 681, 682 y 683 del Código civil», cit., págs. 300 y ss.; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 314; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 72.

³⁵⁸ Esta función de los testigos ha sido expresamente declarada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de mayo de 1974 (RJA 3220). En efecto, el citado Tribunal, en el considerando 2.º de la resolución antedicha, señala entre los requisitos de los que el Notario debe dar fe: «que, los referidos testigos *entiendan* al testador (art. 694, párr. 1.º) y queden enterados de sus manifestaciones (art. 679), para lo cual, habrán de oírle y comprender su idioma, quedando excluidos de semejante cometido, quienes no se encuentren en esas condiciones (arts. 681, núms. 3.º y 4.º), puesto que su misión consiste en atestiguar la coincidencia entre lo expresado por el fedatario y las declaraciones de aquél, que, para su confrontación deberán serles leídas en alta voz (art. 695, párr. 2.º)».

³⁵⁹ De ahí, la tradicional equiparación entre este supuesto y el del testigo sordo (cfr. GARCÍA GOYENA, F., «Comentario al artículo 590 del Proyecto de Código civil», en *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo II, cit., págs. 43-44; OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 67). En contra de esta identificación se manifiesta MARTÍN FERREIRA, M.ªP. («La idoneidad de los testigos...», cit., págs. 882-883), para quien los sordos pueden llegar a comprender perfectamente todo cuanto acontece en su presencia.

³⁶⁰ Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI,

Así pues, configurado en los términos que anteceden, el artículo 681.3.º del Código civil no encierra, en ningún caso, un requisito de nacionalidad, sino de idioma³⁶¹. Quiere ello decir que los extranjeros, siempre que conozcan la lengua en la que se manifiesta el testador –y reúnan los demás requisitos de idoneidad– podrán ser testigos testamentarios³⁶². Esta opinión vendría avalada tanto por el artículo 27 del Código civil, que equipara a nacionales y extranjeros en el goce de derechos civiles, como por el artículo 181, párrafo 3.º del Reglamento notarial que, expresamente, permite intervenir como testigos instrumentales a «*los extranjeros domiciliados en España que comprendan y hablen suficientemente el idioma español*» (arg. ex art. 143, párr. 2.º RN).

Por último, la delimitación de la causa de inidoneidad objeto de estudio plantea una cuestión ulterior debido a la posible incidencia que sobre la misma pudiera tener la normativa del testamento otorgado en una lengua desconocida por el Notario (cfr. art. 684 Cc). De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 684 del Código civil «*cuando el testador exprese su voluntad en*

Vol. 1.º, cit., pág. 410; MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 681, 682 y 683 del Código civil», cit., pág. 301; LACRUZ, J.L., *Elementos de Derecho civil*, Tomo V, cit., pág. 189; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 314; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 72.

³⁶¹ Cfr. GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., «Las clases de testamentos», en AA.VV., *Compendio de Derecho de sucesiones* (LLEDÓ YAGÜE, F., director), Dykinson, Madrid, 1998, pág. 100.

³⁶² En el mismo sentido, cfr. OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 67; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 314; TORRES GARCÍA, T., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 1.717; MARTÍN FERREIRA, M.ªP., «La idoneidad de los testigos...», cit., pág. 884; MARTOS CALABRÚS, M.ªA., *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, cit., pág. 111.

lengua que el Notario no conozca, se requerirá la presencia de un intérprete, elegido por aquél, que traduzca la disposición testamentaria a la oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el Notario». Es decir, el artículo 684 del citado Cuerpo legal tiene como supuesto de hecho el otorgamiento de un testamento en un idioma desconocido por el Notario autorizante y suple esa deficiencia idiomática del fedatario público por medio de la intervención de un intérprete³⁶³. Así las cosas, de la puesta en relación de este precepto con el artículo 681.3.º del Código civil, la duda que se suscita es si en las hipótesis del artículo 684 los testigos deben conocer también el idioma del testador³⁶⁴ o si, por el contrario, basta con que tengan un conocimiento de su voluntad a través de la traducción del intérprete, en cuyo caso la regla del artículo 681.3.º se vería desvirtuada³⁶⁵.

En esta disyuntiva, la primera de las alternativas apuntadas, es decir, el conocimiento directo por los testigos del idioma del testador vendría sustentada en una interpretación literal de la Ley. En la medida en que el Código civil dispensa únicamente al Notario de la obligación de conocer el idioma del testador, sin hacer mención alguna a los testigos (cfr. art. 684 Cc), podría inferirse que la intervención en condición de testigo testamentario

³⁶³ El otorgamiento del testamento en una lengua ignorada por el Notario ya ha sido objeto de análisis, desde la perspectiva de la redacción del instrumento público, en el apartado II.3.5 del presente Capítulo.

³⁶⁴ Así lo han entendido OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 67 y, más recientemente, BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 983.

³⁶⁵ En favor de esta opción se manifiestan, entre otros, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo V, Vol. 2.º, cit., págs. 58–59 (nota 96); LOIS PUENTE, J.M., «El llamado testamento en lengua extranjera», cit., págs. 982–984; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 314; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., págs. 62–63; MARTÍN FERREIRA, M.ªP., «La idoneidad de los testigos...», cit., pág. 885.

exigiría dicho conocimiento lingüístico. Por el contrario, entre las razones que abonarían la segunda opción, esto es, el conocimiento de la voluntad testamentaria a través del intérprete, se hallarían las dos siguientes: a) en primer lugar, cabría señalar un argumento proporcionado por la propia realidad sociológica: si se atiende al escaso número de personas bilingües en nuestro país, exigir que los testigos conozcan la lengua extranjera, o en su caso autonómica, del testador supondría negar la aplicabilidad del artículo 684 del Código civil³⁶⁶; b) en segundo lugar, podría aducirse, igualmente, una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de noviembre de 1916, que parece presuponer la innecesariedad de que los testigos conozcan la lengua extranjera del testador al señalar que el intérprete es un «medio de comunicación entre el testador, testigos y Notario»³⁶⁷.

En todo caso, debe advertirse que, a pesar de los argumentos esgrimidos en favor y en contra de cada una de las alternativas esbozadas, la cuestión debatida continúa aún abierta. De ahí que, en nuestra opinión, con fundamento en el referido rigor jurisprudencial en materia de observancia de las formalidades testamentarias³⁶⁸, mientras el legislador no se pronuncie de modo expreso sobre este tema parece conveniente que los testigos no sólo conozcan la lengua objeto de la traducción sino también el idioma del testador.

³⁶⁶ Así se ha manifestado LOIS PUENTE, J.M., («El llamado testamento en lengua extranjera», cit., págs. 983-984) en relación con la antigua versión del artículo 684 del Código civil; en todo caso, a nuestro juicio, dicho argumento sigue siendo perfectamente aplicable en la legalidad vigente. En el mismo sentido, cfr. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 63.

³⁶⁷ Cfr. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 63.

³⁶⁸ Cfr., entre otras, las SSTs de 16 de febrero de 1956 (*RJA* 1496); de 28 de octubre de 1965 (*RJA* 4747); de 27 de septiembre de 1968 (*RJA* 5163); de 8 de marzo de 1975 (*RJA* 986); de 21 de junio de 1986 (*RJA* 3788).

4.2.4. La falta de sano juicio

El artículo 681.4.º del Código civil considera inhábiles para ser testigos a las personas que «no estén en su sano juicio». Esta causa de inidoneidad tiene su *ratio* en la falta de capacidad necesaria para ser consciente del acto en cuestión³⁶⁹. Así concebido, el artículo 681.4.º del Código civil plantea básicamente los interrogantes que seguidamente se exponen:

a) La primera cuestión que suscita la falta de sano juicio como causa que imposibilita la intervención en calidad de testigo testamentario hace referencia a los sujetos destinatarios de la norma; en concreto, se trata de dilucidar si esta causa de inidoneidad atañe sólo a los incapacitados o comprende también a los incapaces de hecho. En relación con este particular, es opinión común en la doctrina que la expresión empleada por el legislador («sano juicio») es lo suficientemente amplia como para incluir en ella toda causa de carácter psíquico, transitoria o permanente, que imposibilita al sujeto para desempeñar las funciones propias de los testigos testamentarios³⁷⁰. De esta manera, podría inferirse que la causa de inidoneidad prevista en el artículo 681.4.º del

³⁶⁹ En el mismo sentido, cfr., entre otros, OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 67, para quien esta incapacidad es lógica «ya que la intervención eficaz en un acto jurídico cualquiera exige una aptitud de discernimiento y una conciencia de los propios actos, de que el enfermo mental carece»; y GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 315.

³⁷⁰ Cfr., entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, cit., pág. 411; MANRESA Y NAVARRO, J.M.ª, «Comentario al artículo 681 del Código civil», en *Comentarios al Código civil español*, Tomo V, cit., págs. 470-471; OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 67; CASTÁN, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol. 2.º, cit., pág. 58; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 315; BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 985.

Código civil afecta, en principio, tanto a los incapaces declarados judicialmente como a los incapaces de hecho.

En todo caso, entre ambos supuestos existe una importante diferencia a efectos probatorios: si la incapacidad está declarada judicialmente –sin que en la sentencia se contenga pronunciamiento alguno– la persona que adolece de sano juicio se reputa, *iuris et de iure*, inhábil para ser testigo; por el contrario, si la persona no ha sido incapacitada existe una presunción *iuris tantum* de su idoneidad como testigo, de suerte tal que para desvirtuar esa presunción habrá que probar que en el momento del otorgamiento el testigo no se hallaba en su sano juicio (cfr. art. 683 Cc)³⁷¹.

b) La segunda dificultad que presenta la falta de sano juicio como causa de inidoneidad para ser testigo es la atinente a la hipotética aplicación a este supuesto de la teoría de los intervalos lúcidos prevista, con carácter general, en materia de *testamentifactio* activa para aquellas personas que han sido declaradas judicialmente incapaces (cfr. art. 665 Cc). En este sentido, un sector de la doctrina se muestra partidario de aplicar la referida teoría³⁷². Los argumentos en los que estos autores basan su parecer se cifran –dejando al margen los textos de Derecho histórico³⁷³– en los dos siguientes. Por un lado, se

³⁷¹ Esta opinión es también sostenida por OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., págs. 67–68; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 316; TORRES GARCÍA, T., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 1.717; BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit. pág. 985; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., págs. 72–73; MARTÍN FERREIRA, M.^ºP., «La idoneidad de los testigos...», cit., pág. 886.

³⁷² Cfr. GARCÍA GOYENA, F., «Comentario al artículo 590 del Proyecto de Código civil», cit., pág. 45; MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 681, 682 y 683 del Código civil», cit., pág. 303; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., págs. 316–317.

³⁷³ En este sentido se cita la Ley 9.^a, Tit. X de la Partida 6.^a (cfr.

invoca el tenor literal del artículo 683 del Código civil, de acuerdo con el cual las causas de inidoneidad para ser testigo deben existir «*al tiempo de otorgarse el testamento*»; por tanto, si se niega la posibilidad de ser testigo en un intervalo lúcido, es decir, en un momento en el que se tiene suficiente capacidad psíquica, la previsión carecería de sentido. Por otro lado, se recurre también a una interpretación literal del propio artículo 681.4.º del Código civil: en concreto, se aduce que en la medida en que el precepto en cuestión se refiere a «*los que no estén (...)*» en vez de a «*los que no están (...)*» cabe colegir que los que no están habitualmente en su sano juicio pueden ser testigos testamentarios si en el momento del otorgamiento cesa la causa de su incapacidad.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria, en opinión que compartimos, desecha la posibilidad de aplicar en materia de testigos la teoría de los intervalos lúcidos³⁷⁴. La razón aducida en apoyo de esta opinión radica en la falta de semejanza en cuanto al fundamento entre el supuesto del artículo 665 del Código civil y el del artículo 681.4.º del mismo Cuerpo normativo. La norma que permite testar al incapacitado judicialmente es de naturaleza excepcional y se justifica por razón del carácter personalísimo del testamento (cfr. art. 670 Cc), que impide que éste pueda ser otorgado a través de otra persona; por el contrario, en la función

MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a, «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 470) y la Ley 10, Tít. V, Lib. II del Fuero Juzgo (cfr. MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 681, 682 y 683 del Código civil», cit., pág. 272).

³⁷⁴ Cfr., entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, cit., págs. 411-412; MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a, «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 470; OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 68; CASTÁN, J., *Derecho civil español...*, Tomo VI, Vol. 1.º, cit., págs. 58-59; BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 987.

testifical es irrelevante que el testigo sea una u otra persona con lo que el fundamento del artículo 665 del Código civil no concurre en este caso.

En suma, a la vista de las consideraciones expuestas, sería posible extraer las dos conclusiones siguientes; a saber: por un lado, la inidoneidad para ser testigo por falta de sano juicio afecta a todo tipo de incapaz, de hecho o de derecho; por otro lado, la teoría de los intervalos lúcidos, en virtud de la cual se permite al incapacitado judicialmente otorgar testamento (cfr. art. 665 Cc), no es susceptible de ser extrapolada a la hipótesis del artículo 681.4.º del Código civil por su carácter excepcional.

4.2.5. Otras causas de inidoneidad no explicitadas como tales

Junto con las causas de inidoneidad establecidas en el artículo 681 del Código civil, sería posible señalar la existencia de otras dos causas que impedirían la intervención en concepto de testigo testamentario: por un lado, el hecho de no poder o no saber firmar; por otro, la circunstancia de no saber leer.

La exigencia de que el testigo pueda y sepa firmar se infiere del artículo 695 del Código civil, que contempla la firma del testamento, no sólo por el testador que pueda hacerlo, sino también por los testigos y demás personas que, en su caso, deban concurrir al otorgamiento³⁷⁵.

Asimismo, de la regulación del testamento abierto ya se

³⁷⁵ En la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia ya se establece, de modo expreso, que el testigo debe «saber asinar» (art. 185 *in fine*). En esta línea se manifiestan también el Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña (cfr. art. 108, párr. 1.º) y la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón (cfr. art. 99.1).

colige que los testigos han de saber leer; cuando menos, en aquellos casos en que el testador no sabe o no puede hacerlo por sí mismo (cfr. arts. 695 y 697.2.º, párr. 2.º, Cc). Como es sabido, la lectura del testamento por parte de los testigos deviene obligatoria cuando el testador, además de no saber o poder leer, es enteramente sordo; pero, al mismo tiempo, esta exigencia también resultaría procedente en aquellos casos en que el testador que –manteniendo intactas sus facultades auditivas y no sabe o no puede leer–, desea que la lectura del testamento se haga también por una persona distinta al Notario³⁷⁶.

4.3. Prohibiciones

4.3.1. Planteamiento

Al margen de las causas de inidoneidad comentadas, existen otros supuestos en los que determinadas personas, en principio idóneas para intervenir como testigos en el otorgamiento del testamento notarial, están imposibilitados para ejercer esa función en un testamento concreto en virtud de un veto legal. Así sucede en los casos previstos en los artículos 681.5.º y 682 del Código civil y que a continuación se examinan.

4.3.2. El cónyuge y los parientes próximos del Notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo

La prohibición objeto de comentario está integrada por sendas hipótesis en las que el legislador, dada la relación que media entre el hipotético testigo y el Notario, se cuestiona la imparcialidad e independencia de aquél. A tenor del precepto, la relación en cuestión puede ser de dos tipos: familiar, por un lado; laboral, por otro.

³⁷⁶ Sobre esta cuestión, *vid. supra* el apartado IV.3.3.4 de este Capítulo.

En lo que se refiere a la relación familiar, el legislador estima que no son idóneos para intervenir como testigos tanto el cónyuge del Notario autorizante como los parientes de éste dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Así las cosas, en orden a una correcta delimitación del ámbito de operatividad de este supuesto, la doctrina ha realizado las tres observaciones siguientes³⁷⁷: a) en primer lugar, la inidoneidad para ser testigo cabe referirla exclusivamente al cónyuge; de este modo, la prohibición no resultaría aplicable ni en los supuestos de nulidad matrimonial ni de divorcio³⁷⁸, ni tampoco en los casos de convivencia *more uxorio*³⁷⁹; b) en segundo lugar, habida cuenta del silencio que en este punto guarda el Código, habrá que entender que en el parentesco por consanguinidad se incluiría el matrimonial, el no matrimonial y el que deriva de la adopción (arg. *ex art.* 108 Cc); c) en tercer lugar, tampoco cabe obviar que el cómputo de los grados deberá efectuarse de acuerdo con las reglas contenidas en el artículo 918 del Código civil, ya que las mismas, aunque sistemáticamente ubicadas en sede de sucesión intestada, rigen en todas las materias (cfr. art. 919 Cc).

³⁷⁷ Cfr. BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., págs. 992-994; MARTÍN FERREIRA, M.^ªP., «La idoneidad de los testigos...», cit., págs. 887-888; MARTOS CALABRÚS, M.^ªA., *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, cit., págs. 114-116.

³⁷⁸ No ocurre, sin embargo, lo mismo en los supuestos de separación, ya sea de hecho ya sea de derecho, en los que al subsistir el vínculo matrimonial los separados siguen ostentando el *status* de «cónyuge» (arg. *ex art.* 85 Cc, a *contrario*).

³⁷⁹ En este sentido, FELIÚ REY, M.I., («Breve apunte crítico al Proyecto de Ley sobre supresión de testigos en los testamentos», en *RCDI*, núm. 607, 1991, pág. 2.268) habría considerado deseable, en coherencia con el espíritu de la norma, extender la prohibición que afecta al cónyuge a quien conviva de hecho con el Notario. Sin embargo, el propio autor estima que la causa de inidoneidad comentada no es aplicable a la «pareja de hecho» del Notario mientras la extensión en cuestión no se haga de modo expreso; ello se debe a que el artículo 681 del Código civil es una norma de carácter prohibitivo y está sujeta, por tanto, a una interpretación restrictiva.

La segunda de las relaciones contempladas en el artículo 681.5.º del Código civil como causa de exclusión de la idoneidad para ser testigo es la de índole laboral. En concreto, el referido artículo 681.5.º establece que no podrán intervenir como testigos quienes tengan con el Notario autorizante una «relación de trabajo». Con carácter general, al margen de la cuestión atinente al fundamento de la prohibición³⁸⁰, el principal problema que

³⁸⁰ En relación con esta cuestión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de manera reiterada, ha venido señalando como *ratio essendi* de la prohibición la necesidad de asegurar la dignidad e independencia de la función notarial, las cuales podrían verse comprometidas por la relación de dependencia que media entre el Notario y sus empleados (cfr., entre otras, las SSTs de 20 de junio de 1928 en *JC*, Tomo 184, núm. 51; de 1 de diciembre de 1927 en *JC*, Tomo 179, núm. 7; de 26 de diciembre de 1932, *RJA* 1381). Sin embargo, un sector de la doctrina (cfr., entre otros, OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 70; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 320; MARTÍN FERREIRA, M.ªP., «La inidoneidad de los testigos...», cit., pág. 889) estima que dicho fundamento carece de solidez y se muestra partidaria de suprimir esa causa de exclusión de la idoneidad. Los argumentos que sirven de apoyo a este planteamiento se concretan en los dos siguientes. En primer lugar, la «*escasísima importancia*» que, a tenor de algún pronunciamiento jurisprudencial, reviste esta prohibición; a este respecto resulta significativa la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1928, que en su considerando 18 establece que la interdicción en cuestión «si bien tiende a aumentar el prestigio notarial para guardar los sagrados deberes de imparcialidad e intachable moralidad del Notario, en cambio algunas veces este defecto de forma de escasísima importancia puede ser motivo de no hacer posible la efectividad de disposiciones de última voluntad (...)» (cfr., más recientemente, la STS de 16 de diciembre de 1975, *RJA* 4580). En segundo lugar, el hecho de que en determinados Derechos forales se permita intervenir como testigos a los empleados de la Notaría sin que ello afecte a la integridad del testimonio; así sucede en Navarra (cfr. ley 186 CDCFN), Cataluña (cfr. art. 108 CSCM), Baleares (cfr. art. 52 CDIB) y Aragón (cfr. art. 100 LSCM). En todo caso, a nuestro juicio, mientras se mantenga el tenor del artículo 681.5.º en los términos actuales cabe concluir que el legislador del Código civil presumió la idoneidad de los testigos sólo si entre éstos y el Notario no existía relación laboral. Así pues, de mediar esa relación el testigo carecerá de idoneidad y el testamento será nulo (cfr. art. 687 Cc); y ello con independencia de que en la práctica el testigo vinculado al

plantea la exclusión de quienes tienen una relación de dependencia con el Notario es el relativo al alcance de la expresión «relación de trabajo». La cuestión no es, en modo alguno, baladí. De la respuesta que se dé a la misma depende la extensión que quepa atribuir a esta prohibición y, de forma mediata, la validez del testamento mancomunado en el que tenga lugar la intervención de testigos (arg. *ex art.* 687 Cc).

La tarea hermenéutica propuesta requiere dar respuesta, simultáneamente, a los dos siguientes interrogantes: en primer lugar, cuál es la naturaleza de la relación que debe mediar entre el Notario autorizante y una persona para que, en virtud del artículo 681.5.º del Código civil, ésta no sea un testigo idóneo; en segundo lugar, con qué amplitud debe configurarse esa relación. En este sentido, la doctrina es pacífica a la hora de entender que la «relación de trabajo» no se circunscribe únicamente al ámbito estrictamente profesional, sino que comprende también el ámbito doméstico³⁸¹. Sin embargo, las discrepancias surgen a la hora de enjuiciar la naturaleza de esa relación. En efecto, algunos autores consideran que la «relación de trabajo» debe ser interpretada en sentido estricto; de esta manera, la prohibición de intervenir como testigo sólo afectaría a aquellas personas que prestan al Notario un servicio que reviste las características típicas de un contrato de trabajo, esto es, voluntariedad, retribución, ajenidad y dependencia³⁸². Otros autores, en cambio, son partidarios de

Notario en virtud de una relación laboral fuese, efectivamente, imparcial (cfr. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 321; BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., págs. 993-994).

³⁸¹ Cfr. DÍEZ GÓMEZ, A., «La supresión de los testigos...», cit., pág. 48; BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 994; MARTÍN FERREIRA, M.ªP., «La idoneidad de los testigos...», cit., pág. 890.

³⁸² Cfr. MARTÍN FERREIRA, M.ªP., «La idoneidad de los testigos...», cit., pág. 889.

atribuir a la expresión mencionada un significado más amplio en el sentido de incluir también en el supuesto de hecho de la prohibición a aquellas personas que, a pesar de no estar vinculadas contractualmente con el Notario, trabajasen para él³⁸³.

Fijados los términos de la controversia, a nuestro juicio, sería esta última interpretación omnicomprendiva la que debiera prevalecer. Ello, no sólo porque la misma parece traslucirse de los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre este tema³⁸⁴, sino también porque parece responder mejor a la finalidad de la prohibición, que no es otra que la de asegurarse de la imparcialidad de los testigos.

4.3.3. Los herederos y legatarios, sus cónyuges, y los parientes próximos de aquéllos

La eventual parcialidad que pudiera presidir la actuación de quienes, directa o indirectamente, han sido beneficiadas en el testamento constituye la razón por la cual el artículo 682 del Código civil prohíbe a dichas personas intervenir como testigos³⁸⁵. En estos casos, el legislador presume que el hipotético testimonio acerca de lo acaecido en el acto de otorgamiento del testamento, para el caso de que se cuestione la validez de éste, estaría condicionado por el interés directo que el testigo-beneficiario posee en que se mantenga dicha validez.

³⁸³ Cfr. DÍEZ GÓMEZ, A., «La supresión de los testigos...», cit., pág. 48.

³⁸⁴ Cfr., entre otras, las SSTs de 4 de enero de 1906, en *JC*, Tomo 103, núm. 5; de 1 de diciembre de 1927, en *JC*, Tomo 179, núm. 4; de 20 de junio de 1928, en *JC*, Tomo 184, núm. 51; y de 26 de diciembre de 1932, *RJA* 1381; de 16 de diciembre de 1975, *RJA* 4580.

³⁸⁵ Así lo ha venido entendiendo también la generalidad de la doctrina. Cfr., entre otros, OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 78; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo V, Vol. 2.º, cit., pág. 63; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 75.

Así las cosas, el principal problema que plantea esta causa de inidoneidad estriba, una vez más, en la determinación de su ámbito de aplicación. En relación con este interrogante, la doctrina ha considerado, con carácter general, que la prohibición del artículo 682 del Código civil alcanza tanto a la totalidad de sucesores (ya lo sean a título de heredero, ya lo sean a título de legatario), como a sus cónyuges y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad³⁸⁶. No obstante, esta regla está sujeta a una excepción ya que, de acuerdo con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 682, no están comprendidos en la prohibición estudiada *«los legatarios ni sus cónyuges o parientes cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario»*. Dicho en otros términos, la causa de inidoneidad establecida en el artículo 682 del Código civil no resulta aplicable con relación al legatario —en cualquiera de sus modalidades—, cónyuge y parientes próximos, pero sólo para el caso de que el legado en cuestión sea de algún objeto mueble o de cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario³⁸⁷. Al margen

³⁸⁶ Cfr. ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 682 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 1.º-A, cit., pág. 325; TORRES GARCÍA, T., «Comentario al artículo 682 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., pág. 1.720; MARTÍN FERREIRA, M.ªP., «La idoneidad de los testigos...», cit., pág. 894; MARTOS CALABRÚS, M.ªA., *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, cit., págs. 119–120. En otro orden de ideas, al igual que sucedía en el supuesto de los parientes del Notario, el cómputo de los grados se realizará con arreglo a las reglas contenidas en el artículo 918 del Código civil (arg. ex art. 919 Cc).

³⁸⁷ La doctrina no halla una explicación satisfactoria al hecho de que en la excepción del párrafo segundo del artículo 682 del Código civil no se incluyan los bienes inmuebles de poca importancia en relación con el caudal hereditario. Como señalan algunos autores (cfr., entre otros, MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 681, 682 y 683 del Código civil», cit., págs. 316–317 y ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 682 del Código civil», cit., págs. 326–327) la exclusión de los bienes inmuebles tal

de este supuesto, los legatarios así como sus cónyuges y parientes no podrán intervenir como testigos en aquellos testamentos en los que resulten favorecidos.

4.4. *Extensión a los testigos de conocimiento*

Como es sabido, en ocasiones, además de los testigos instrumentales, al otorgamiento del testamento conjunto deben concurrir otro tipo de testigos, denominados de conocimiento. Este extremo se infiere del artículo 698 del Código civil, a cuyo tenor: «*Al otorgamiento también deberán concurrir: 1.º Los testigos de conocimiento, si los hubiera (...)*». De este modo, cabría preguntarse por la posible incidencia de las causas de inidoneidad previstas en los artículos 681 y 682 del Código civil sobre estos testigos que tienen por cometido la identificación de los testadores (cfr. art. 685 Cc y art. 184 RN).

La aplicación de los requisitos mencionados no admite discusión cuando los testigos de conocimiento intervienen también

vez estuviera justificada en el momento de la Codificación en la medida en que se correspondían con bienes de elevado valor económico. Sin embargo, en la actualidad, si se atendiese a la *ratio* de la regla, es decir que el bien legado sea de escasa importancia en relación con el caudal relicto, la exclusión de los bienes inmuebles carece de toda lógica. Así parece haberlo entendido también el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de junio de 1958, en la que, pese a sostener que en la excepción del artículo 682 del Código no tiene cabida el legado de bienes inmuebles, acaba reconociendo lo infundado de la exclusión. En concreto, el considerando tercero de la referida resolución establece que la excepción objeto de comentario responde «al concepto económico, en la época de la elaboración del Código, de los bienes muebles estimándolos viles y sin importancia, *"res mobilis res vilis"*, concediéndola, en cambio, a los inmuebles, tal vez por prejuicios históricos de génesis feudal, que los Tribunales, por carecer de poderes abrogadores de las normas no pueden corregir por vía interpretativa, aunque poderosos argumentos de *"iure condendo"* aconsejen otros criterios en la hora presente o, por lo menos, más flexibles en la materia de testificación» (STS de 19 de junio de 1958, *RJA* 2163).

en concepto de instrumentales (cfr. art. 698 Cc). Sin embargo, la duda se suscita cuando se trata de testigos de conocimiento *stricto sensu*.

A este respecto, algunos autores han considerado que las causas de inidoneidad en cuestión no son aplicables en su integridad a los testigos de conocimiento³⁸⁸. Su opinión se fundamenta en la distinta función que unos y otros testigos están llamados a desempeñar en el otorgamiento³⁸⁹. Asimismo, se trae a colación lo dispuesto en el artículo 184 del Reglamento notarial, de acuerdo con el cual al testigo de conocimiento sólo le

³⁸⁸ Cfr., entre otros, MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 685 y 686 del Código civil», cit., págs. 344-345 y, más recientemente, BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., págs. 964-965.

³⁸⁹ En síntesis, siguiendo a BALLARÍN HERNÁNDEZ («Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 965), pudiera afirmarse que mientras que la intervención de los testigos instrumentales incide sobre la integración y contenido del negocio jurídico testamentario, la actuación de los testigos de conocimiento se refiere sólo a la identidad del autor de dicho negocio. En este orden de ideas, resulta altamente significativa la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1918 (en *JC*, Tomo 143, núm. 76) en la que el Alto Tribunal, atendiendo a la distinta función que los testigos instrumentales y de conocimiento desempeñan en el otorgamiento, determina que la causa de inidoneidad relativa a los herederos y legatarios, sus cónyuges y los parientes próximos de aquéllos (cfr. art. 682 Cc) afecta sólo a los testigos instrumentales. En concreto, el Tribunal Supremo, en el considerando 3.º de la citada sentencia, afirma lo siguiente: «el veto que el artículo 682 del Código Civil pone a los parientes de los herederos o legatarios no alcanza a los testigos de conocimiento, los cuales por su condición de circunstanciales, por sus funciones, por su finalidad y aun por su responsabilidad no pueden equipararse a los instrumentales y exigidos (...) para dar autenticidad a las cláusulas del testamento». En este sentido, cfr., entre otros, ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 682 del Código civil», cit., pág. 324 y MARTÍN FERREIRA, M.ªP., «La idoneidad de los testigos...», cit., pág. 893, si bien los citados autores no se pronuncian abiertamente sobre la no aplicación a los testigos de conocimiento de las restantes causas de inidoneidad previstas en el artículo 681 del Código civil.

afectarán determinadas incapacidades propias de los testigos instrumentales; en concreto: ser loco o demente, ciego, sordo o mudo (cfr. art. 182.1.º RN)³⁹⁰.

Otro sector de la doctrina, en cambio, considera –si bien con ciertos matices y en opinión que compartimos– que las causas de inidoneidad previstas en los artículos 681 y 682 afectan por igual a testigos instrumentales y testigos de conocimiento³⁹¹. En este sentido, se subraya la importancia que tiene la actuación de los testigos de conocimiento cuando son requeridos al otorgamiento; al tiempo se señala que la legislación notarial no puede ser aplicada de manera sesgada³⁹².

Así las cosas, el debate continúa todavía abierto. De ahí que, a nuestro juicio y como señala BALLARÍN HERNÁNDEZ,

³⁹⁰ Tomando el artículo 184 del Reglamento notarial como punto de partida, tampoco pueden ser testigos de conocimiento «los que hayan sido condenados por delitos de falsificación de documentos públicos o privados o por falso testimonio y los que estén sufriendo pena de interdicción civil» (art. 182.5.º RN). Sin embargo, estas causas de inhabilitación no son susceptibles de ser aplicadas, en la actualidad, a los testigos testamentarios. En primer lugar, porque la inidoneidad de aquellas personas que hubieran sido condenadas por delitos de falsificación de documentos o por falso testimonio ya figuraba en el originario artículo 681 del Código y fue suprimida por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código civil en materia de testamentos. Y, en segundo lugar, porque la pena de interdicción civil fue igualmente abolida a raíz de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código civil en materia de tutela.

³⁹¹ Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 300; TORRES GARCÍA, T. «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 1.711; DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, Tomo IV, cit., pág. 369 y nota 5; MARTOS CALABRÚS, M.ªA., *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, cit., pág. 126.

³⁹² Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 300 y DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, Tomo IV, cit., pág. 369 y nota 5.

si en el testigo de conocimiento concurre alguna de las causas de inidoneidad previstas en el artículo 681 del Código civil, sea aconsejable –por razones de prudencia– que el Notario emplee otro medio de identificación alternativo³⁹³.

5. CONSECUENCIAS DE LA INIDONEIDAD DE LOS TESTIGOS

La falta de idoneidad de alguno de los testigos intervinientes en el otorgamiento del testamento en general –y del mancomunado en particular– lleva anudada la nulidad de dicho testamento. Y ello, por no haberse observado una de las formalidades testamentarias consideradas esenciales (art. 687 Cc).

Sentado lo anterior, lo cierto es que, a juicio de algunos autores, las normas que sobre inidoneidad se establecen en el Código civil (cfr. arts. 681 y 682 Cc) no regirían en aquellos casos en que la intervención de testigos responde a la solicitud del testador. En consecuencia, en tales supuestos la inidoneidad de los testigos no conllevaría la nulidad del testamento³⁹⁴.

Dos son los argumentos en los que se sustenta esta afirmación. Por un lado, se señala la falta de lógica que supondría declarar nulo un testamento por el hecho de que los testigos no cumplan las condiciones que a fin de desempeñar su cometido se exigen en la Ley, cuando ese mismo testamento hubiera sido válido

³⁹³ Cfr. BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Comentario al artículo 681 del Código civil», cit., pág. 965.

³⁹⁴ Cfr., desde la perspectiva del Derecho civil aragonés, MERINO HERNÁNDEZ, J.L., «Comentario al artículo 90 de la Compilación de Derecho civil de Aragón», cit., pág. 31. Con relación al régimen del Código civil, mantienen idéntico criterio Díez Gómez, A., «La supresión de los testigos...», cit., págs. 58–59 y Martín Ferreira, M.^ºP., «La idoneidad de los testigos...», cit., págs. 901–902.

sin la intervención de dichos testigos³⁹⁵. Por otro lado, sobre la base de la menor relevancia de las funciones que el testigo instrumental desempeña en estos casos, se subraya que su participación no integra ninguna formalidad testamentaria y, en consecuencia, no sería aplicable la sanción de nulidad que el artículo 687 del Código civil prevé en caso de incumplimiento de dichas formalidades³⁹⁶.

Así las cosas, a nuestro juicio, la inaplicación de las normas atinentes a la idoneidad de los testigos testamentarios cuando éstos intervienen por deseo de los otorgantes no es la conclusión a la que debe llegarse. En el fondo, el núcleo de la cuestión reside en la distinción entre el carácter voluntario que reviste la presencia de los testigos y el carácter obligatorio que tiene el cumplimiento de esa formalidad una vez solicitada. En efecto, el artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia permite al testador o al Notario decidir únicamente sobre la participación o no de los testigos en el otorgamiento del testamento abierto; pero, al margen de ese aspecto concreto, los sujetos intervinientes en el otorgamiento carecen de toda facultad de elección. Es decir, el testador o el Notario pueden acordar la intervención de testigos pero esa posibilidad no se traduce, en modo alguno, en una relajación de los requisitos que conforman dicha solemnidad. Ésta, si se solicita, debe ser observada plenamente; de lo contrario, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 687 del Código civil, y, en consecuencia, el testamento sería nulo³⁹⁷.

³⁹⁵ Cfr., en el marco de sus respectivos Derechos, MERINO HERNÁNDEZ, J.L., «Comentario al artículo 90 de la Compilación de Derecho civil de Aragón», cit., pág. 31 y MARTÍN FERREIRA, M.^ºP., «La idoneidad de los testigos...», cit., pág. 901. En esta misma línea, cfr. Díez Gómez, A., («La supresión de los testigos...», cit., pág. 59) quien considera injusto que el testador soporte las consecuencias de la inidoneidad de los testigos presentados, máxime cuando la participación de los testigos responde a una solicitud del Notario.

³⁹⁶ Cfr. MARTÍN FERREIRA, M.^ºP., «La idoneidad de los testigos...», cit., pág. 902.

³⁹⁷ Para esta opinión, *vid.* LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo

6. NÚMERO Y ELECCIÓN DE LOS TESTIGOS INTERVINIENTES

6.1. Número de testigos

La normativa gallega en materia de testigos se completa con el aspecto relativo al número de éstos que debe concurrir al otorgamiento del testamento abierto –y, por consiguiente, del testamento mancomunado– cuando la intervención testifical es solicitada por el testador o por el Notario o bien cuando la misma resulta procedente por imperativo de la Ley (cfr. art. 136 LDCG).

En este punto, la Ley de Derecho civil de Galicia presenta una regulación que cabe de calificar, cuando menos, de «curiosa»³⁹⁸. En efecto, frente a los restantes sistemas civiles españoles, la Ley gallega de Derecho civil se singulariza porque, en lugar de establecer un número determinado e invariable de testigos³⁹⁹, se limita a fijar una cantidad mínima (*«habrán de ser*

136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., págs. 995–996. En el ámbito del Código civil, cfr. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., págs. 76 y 82–83 y MARTOS CALABRÚS, M.^ªA., *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, cit., pág. 99. En cuanto al Derecho aragonés, sustenta este parecer GARCÍA VICENTE, F., «Comentario al artículo 90 de la Compilación de Derecho civil de Aragón», cit., pág. 84. Asimismo, cfr., entre otras, las SSTS de 10 de junio de 1935 (*RJA* 1553); de 28 de octubre de 1965 (*RJA* 4747); de 27 de septiembre de 1968 (*RJA* 5163); de 8 de marzo de 1975 (*RJA* 986); de 21 de junio de 1986 (*RJA* 3788); de 25 de junio de 1990 (*RJA* 4892).

³⁹⁸ Así lo ha hecho MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «El testamento abierto notarial», cit., pág. 121.

³⁹⁹ Cfr. la ley 188, párrafo 1.º de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra (*«Los testamentos abiertos otorgados ante Notario requieren la intervención de dos testigos»*); el artículo 697 del Código civil (*«deberán concurrir dos testigos»*); el artículo 108 del Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña (*«los testigos serán dos»*); el artículo 52 de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares (*«los testigos, en número de dos»*); el artículo 99.1 de la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón (*«En todos los casos en que sea necesaria la intervención de testigos, serán dos,...»*). Así pues, en todos los

*dos al menos»*⁴⁰⁰) a partir de la cual el requisito legal se entiende satisfecho. El fundamento de la norma parece claro. A nuestro juicio, se trata de evitar en la medida de lo posible la nulidad del testamento originada por la inidoneidad de alguno de los testigos⁴⁰¹. Para ello la Ley de Derecho civil de Galicia permite que asistan al otorgamiento más de dos testigos siendo suficiente, para cumplir la formalidad que encarna la función testifical, con que al menos dos de ellos reúnan las condiciones de capacidad establecidas en la Ley (cfr. arts. 681 y 682 Cc).

En todo caso, no han faltado autores que, implícitamente, parecen poner en entredicho la *ratio* del precepto comentado. En efecto, a juicio de LETE DEL RÍO, cuando el Notario o el testador solicitan la presencia de testigos en número superior a dos, la otra parte está obligada a aceptar esa exigencia y todos los testigos requeridos para intervenir en el acto han de ser idóneos⁴⁰². Así entendido, es evidente que el artículo 136 de la Ley de Derecho civil

preceptos señalados la función testifical debe ser realizada por dos personas. Ahora bien, como señala ALBALADEJO, M. («Algunos extremos de la regulación de los testamentos...»), cit., pág. 355), en relación con el artículo 697 del Código civil, pero en opinión aplicable al resto de los cuerpos legales precitados, cuando la presencia de testigos sea solicitada por el Notario o por el testador nada impedirá que puedan intervenir un número superior al de dos, máxime si se tiene en cuenta que la voluntad de querer los testigos es libre.

⁴⁰⁰ En este sentido, cabe destacar la similitud existente entre la dicción del artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia y la del artículo 20 de la Ley del Notariado con respecto a los instrumentos *inter vivos*, a cuyo tenor: «No podrán autorizar los Notarios ningún instrumento público *inter vivos* sin la presencia al menos de dos testigos».

⁴⁰¹ De la misma opinión es MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., («El testamento abierto notarial»), cit., pág. 122), para quien la presencia en el otorgamiento de más de dos testigos obedece a un intento de «preservar el testamento de una posible nulidad formal».

⁴⁰² Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.014.

de Galicia no tendría por finalidad facilitar la validez del testamento ante la eventual inidoneidad de uno de los testigos concurrentes.

Sin embargo, la anterior no es la lectura que cabe efectuar del referido precepto de la Ley gallega. En primer lugar, porque del tenor literal del mismo no se colige la obligación del Notario o, en su caso, del otro testador de aceptar la presencia de más de dos testigos en el acto de otorgamiento. Y, en segundo lugar, porque requerir la idoneidad de todos y cada uno de los testigos intervinientes, si son más de dos, no se aviene con el carácter residual con el que, en el momento actual, se concibe la testificación testamentaria⁴⁰³.

En suma, sobre la base de los datos expuestos cabría concluir que en aquellos casos en los que la presencia de testigos deviene inexcusable, el número de éstos que debe concurrir al otorgamiento ha de ser, como mínimo, dos, aunque nada obsta a que intervengan en una cifra superior a la indicada. En todo caso, en orden a la validez del testamento será suficiente con que sólo dos de las personas llamadas a desempeñar la función testifical satisfagan los requisitos de idoneidad establecidos en la Ley.

6.2. Elección de testigos

La designación de los testigos –cuando éstos deban intervenir en el otorgamiento del testamento mancomunado– no

⁴⁰³ En este sentido se estima esclarecedora la opinión de ALBALADEJO, M., («Algunos extremos de la regulación de los testamentos...», cit., pág. 354) para quien la supresión de los testigos en el régimen del Código civil estaría justificada, no como dice el Preámbulo de la Ley de 20 de diciembre de 1991 por el «deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo como la disposición de última voluntad», sino «porque en la vida real la concurrencia de testigos venía cada vez más, y desde hace tiempo, convirtiéndose en cosa inútil, que lo único que propiciaba era aumentar los posibles motivos de invalidez del testamento».

es objeto de regulación por la Ley de Derecho civil de Galicia, sin que, por otra parte, a los fines de colmar esta laguna, sea posible acudir al Código civil, en cuanto que régimen supletorio (cfr. art. 3.º LDCG), pues este Cuerpo legal carece igualmente de una normativa al respecto.

Sin embargo, el vacío legal mencionado podría cubrirse a través de la aplicación supletoria de lo dispuesto en el Reglamento notarial sobre la intervención de los testigos instrumentales en los documentos *inter vivos* (cfr. arts. 143, párr. 2.º y 183 RN)⁴⁰⁴. De este modo, a tenor del artículo 183 del citado Cuerpo normativo la elección de testigos corresponde, en todo caso, al testador y, sólo en su defecto, al Notario⁴⁰⁵. Ahora bien, en relación con lo expuesto, cabría realizar dos salvedades. En primer lugar, nada obsta a que, tanto en uno como en otro supuesto, el testador o el Notario puedan oponerse a que determinadas personas sean testigos y se proceda, en consecuencia, a la elección de unos nuevos. En segundo lugar, en aquellos supuestos en que el otorgante fuera ciego o sordo, le corresponderá la designación, por lo menos, de uno de los testigos (cfr. art. 183, párr. 2.º RN).

⁴⁰⁴ Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 995. Con respecto al régimen del Código civil, cfr. LUNA SERRANO, A., «El testamento», cit., págs. 188-189.

⁴⁰⁵ Sin embargo, como señala LUNA SERRANO, A., («El testamento», cit., pág. 189), el Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de abril de 1980 (RJA 1418, Cdo. 3.º) parece cuestionar la facultad exclusiva de elección de testigos por parte del testador al afirmar que «con tal exigencia se trata de garantizar la identidad de quien otorga un testamento, ante lo que es indiferente que éste no conozca a los testigos si los testigos le conocen e identifican, pues esa falta de conocimiento resultaría inoperante a los pretendidos fines».

CAPÍTULO TERCERO

LA REVOCACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, una de las tradicionales dificultades que puede presentar el testamento mancomunado está constituida por la posibilidad de que las previsiones sucesorias de uno de los testadores se vean defraudadas a través de una revocación unilateral realizada por el otro otorgante, bien clandestinamente en vida de ambos, bien con posterioridad a su fallecimiento. En este contexto, los detractores del testamento conjunto argüían que declarar la revocabilidad del testamento mancomunado implicaba dejar una puerta abierta para que la voluntad sucesoria del cónyuge premuerto fuera, ciertamente, ilusoria; declararlo irrevocable, en cambio, atentaría contra la naturaleza misma del testamento que, por definición –y en contraposición al contrato sucesorio–, es revocable (cfr. art. 737 Cc, *ex art.* 3.º LDCG)⁴⁰⁶.

Sin embargo, entre los polos de la alternativa en cuestión resulta factible establecer estadios intermedios. De hecho, la realidad legislativa ha puesto de manifiesto cómo ha sido posible arbitrar fórmulas –con variantes más o menos acusadas– en las que se conjugan la naturaleza del testamento, de por sí esencialmente revocable, y el riesgo derivado de una hipotética revocabilidad incondicional del testamento mancomunado.

En este orden de ideas, tomando como referencia el ordenamiento jurídico español, resulta altamente significativo constatar cómo ningún sistema que admite el testamento mancomunado propugna, sin más, tanto su libre revocabilidad como su irrevocabilidad absoluta⁴⁰⁷. Y es que en la práctica

⁴⁰⁶ Sobre estas críticas, *vid.*, por todos, GARCÍA GOYENA, F., «Comentario al artículo 557 del Proyecto de Código civil», *cit.*, pág., 14.

⁴⁰⁷ En relación con la revocabilidad–irrevocabilidad del testamento mancomunado, como ejemplos de las posiciones más extremas –ninguna de ellas en vigor– podrían señalarse, respectivamente, las siguientes: por un lado,

totalidad de legislaciones que regulan el testamento mancomunado se permite la revocación del mismo –no sólo en vida de ambos testadores, sino también fallecido uno de los otorgantes– pero sometida, eso sí, a ciertas limitaciones⁴⁰⁸.

Así las cosas, la Ley de Derecho civil de Galicia no constituye ninguna excepción a lo que se acaba de indicar. En este sentido, el legislador gallego establece una regulación diferenciada en función del modo en que se intenta llevar a cabo la revocación. En otros términos, en el articulado de la Ley se procede a la distinción entre revocación conjunta o de «*forma mancomunada*», por un lado, y revocación unilateral, por otro (cfr. art. 138 LDCG). Asimismo, en el caso de la revocación unilateral la Ley gallega efectúa una subdivisión ulterior atendiendo al momento en que el testador pretende revocar sus disposiciones testamentarias. De este modo cabría hablar de revocación unilateral en vida de ambos testadores (cfr. art. 139 LDCG) y de revocación unilateral tras la muerte de uno de ellos (cfr. art. 140 LDCG).

la legislación del Derecho castellano anterior al Código civil, donde la revocación del testamento mancomunado no estaba sujeta a ningún condicionante; por otro, la regulación contenida en la derogada Ley del Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes, en la que –cuando menos– la revocación *post mortem* estaba expresamente excluida conforme al artículo 22.2, a cuyo tenor el testamento mancomunado sólo podía ser «*revocado o modificado en vida de ambos cónyuges y conjuntamente*».

⁴⁰⁸ En el Derecho civil de Navarra la revocabilidad del testamento de hermandad está acreditada por el tenor de las leyes 201 y 202 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra. En el Derecho aragonés, también se admite la revocación unilateral del testamento mancomunado en su doble variante –en vida de ambos otorgantes y fallecido uno de ellos– en el artículo 106 de la Ley de sucesiones por causa de muerte. En cuanto al Derecho civil del País Vasco, la revocabilidad del testamento mancomunado o de hermandad se colige de los artículos 51 y 52 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco, en lo que a Vizcaya se refiere, y de los artículos 175 a 177 del mismo Cuerpo normativo, en lo atinente a Guipúzcoa.

Precisado lo anterior, cabe ya adelantar que en vida de ambos otorgantes el testamento es esencialmente revocable; lo que no obsta para que cuando la revocación se lleve a cabo unilateralmente se contemplen ciertos requisitos que limitan ese principio de libre revocabilidad (cfr. art. 139 LDCG). En cambio, fallecido uno de los otorgantes, el legislador gallego parte de la irrevocabilidad del testamento mancomunado, si bien —debe ya advertirse— el ámbito de aplicación de dicho principio queda excepcionado en una serie de supuestos específicos (cfr. art. 140 LDCG). El estudio de las diferentes modalidades de revocación, según ésta se realice de forma conjunta o unilateral, en vida de ambos testadores o fallecido uno de ellos, integra el contenido principal de la siguiente exposición.

Ello expuesto, se estima oportuno efectuar aquí unas consideraciones generales sobre la revocación testamentaria. La Ley de Derecho civil de Galicia no contiene una regulación íntegra de la mencionada figura. Por este motivo, cabe afirmar que en lo atinente a la revocación del testamento conjunto son aplicables —dado su carácter supletorio (cfr. art. 3.º LDCG)— las normas contenidas en la Sección X (*«De la revocación e ineficacia de los testamentos»*), del Capítulo I (*«De los testamentos»*), del Título III (*«De las sucesiones»*) del Libro III (*«De los diferentes modos de adquirir la propiedad»*) del Código civil. Ahora bien, la normativa indicada del Código civil sólo rige en la medida en que no se oponga a los principios del Ordenamiento jurídico gallego (cfr. art. 3.º LDCG). Por ello, de lo que se trata en este punto es de examinar ese régimen concreto y sus posibles adaptaciones en la Ley de Derecho civil de Galicia.

El tema de la revocación del testamento mancomunado gallego ha de cerrarse con un análisis de aquellos otros supuestos en que los testadores pueden alterar el contenido del testamento a través de actos que, sin embargo, no son estrictamente revocatorios.

II. LA REVOCACIÓN TESTAMENTARIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y SU INCIDENCIA EN LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA

1. LA REVOCACIÓN TESTAMENTARIA EN EL CÓDIGO CIVIL: PERSPECTIVA GENERAL

El estudio del régimen de la revocación en el Código civil impone realizar, con carácter previo, una puntualización de índole metodológica. Y es que lo que se pretende es simplemente destacar aquellos aspectos que pudieran incidir en la configuración que de la revocación se contiene, explícita o implícitamente, en la Ley de Derecho civil de Galicia⁴⁰⁹.

De entrada, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el término «revocación» posee un carácter polisémico. De este modo, habría que distinguir entre el acto de revocar, por un lado, y el efecto de revocar, por otro⁴¹⁰. El Código civil no ofrece ninguna definición de lo que deba entenderse ni por el acto de revocar ni tampoco por sus efectos⁴¹¹. Pese a ello, y de acuerdo con la doctrina, por revocación en cuanto acto podría entenderse la declaración –expresa o tácita– del testador de no querer lo

⁴⁰⁹ Para un análisis exhaustivo de los principales problemas que suscita la revocación en el Código civil, *vid.*, por todos, PASTOR RIDRUEJO, F., *La revocación del testamento*, Nauta, Barcelona, 1964.

⁴¹⁰ Sobre esta distinción, *vid.*, ALBALADEJO GARCÍA, M., «Cuestiones en materia de revocación de testamentos», en *AAMN*, Tomo XII, 1961, págs. 39 y 40 y «De la revocación e ineficacia de los testamentos», en *AA.VV.*, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 2.º, cit., pág. 379.

⁴¹¹ Al respecto resulta ciertamente ilustrativa la opinión de ALLARA, M. (*La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Giappichelli, Torino, 1951, pág. 19) en relación con el Derecho italiano –pero igualmente referible a la normativa del Código civil español– quien califica de «desesperada» la empresa de determinar, con base en la terminología legislativa, «un concepto general de revocación».

dispuesto por él; en cuanto efecto, la consecuencia de la revocación se concretaría en la pérdida de vigor del testamento en cuestión⁴¹².

Esta aproximación inicial al concepto de revocación requiere ser completada. Así, en lo que al acto de revocar se refiere, interesa resaltar aquí que, según resulta de la propia regulación del Código, la revocación es un acto formal, que ha de revestir «*las solemnidades necesarias para testar*» (art. 738 Cc). En otros términos, la revocación se caracteriza por estar sujeta, con carácter general, a las prescripciones de forma y de fondo de los testamentos⁴¹³.

En cuanto a los efectos del acto de revocar, el Código civil tampoco los define de modo explícito. De todos modos, de la normativa misma del Código cabría inferir dos ideas básicas. En primer lugar, una vez que se produce la revocación, el testamento sobre el que aquélla se proyecta queda ineficaz, en todo o en parte; y ello con independencia de la ulterior eficacia o, en su caso, ineficacia de las nuevas disposiciones testamentarias que, eventualmente, lo reemplacen. Ciertamente, de acuerdo con el artículo 740 del Código civil: «*La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento "caduque" por incapacidad del heredero o de los legatarios en él nombrados, o por renuncia de aquél o de éstos*». En segundo lugar, el efecto de la revocación, esto es, la ineficacia de una precedente disposición testamentaria, sólo va a cesar mediante una nueva declaración de voluntad en sentido contrario. Así se desprende del artículo 739 *in fine* del

⁴¹² En relación con estos conceptos, cfr., entre otros, OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., págs. 478-479 y, más recientemente, Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV, cit., págs. 455 y 458.

⁴¹³ Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. de A., «Comentario al artículo 738 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., pág. 1.837.

Código civil, a cuyo tenor: «*El testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero*»; es decir, no cabe presumir la reviviscencia de una anterior voluntad testamentaria.

Para completar esta panorámica general del régimen de la revocación testamentaria en el Código civil es preciso efectuar una última consideración. Y es que, al margen de los actos propiamente revocatorios, existen otros supuestos que, si bien no reúnen las solemnidades exigidas para testar, llevan aparejado el efecto característico de la revocación. De hecho, en el propio haz de normas atinentes a la revocación e ineficacia de los testamentos, cabría ya advertir una excepción al principio de formalidad enunciado. Se trata de las hipótesis de la denominada revocación real, esto es, aquella que, conforme al artículo 742 del Código civil, tiene lugar por la rotura de las cubiertas del testamento cerrado, o por el quebrantamiento de los sellos o por haber sido borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen⁴¹⁴. Asimismo, formarían parte de los supuestos de revocación informal aquéllos constitutivos de una transformación o enajenación de la cosa legada (art. 869 Cc)⁴¹⁵.

⁴¹⁴ Sobre la revocación real y la enajenación de la cosa legada como supuestos de revocación informal, cfr. PASTOR RIDRUEJO, F., *La revocación del testamento*, cit., págs. 82 y 83.

⁴¹⁵ En concreto, el artículo 869 del Código civil dispone lo siguiente: «*El legado quedará sin efecto: 1.º Si el testador transforma la cosa legada, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía.— 2.º Si el testador enajena, por cualquier título o causa, la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto a la parte enajenada. Si después de la enajenación volviere la cosa al dominio del testador, aunque sea por nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza el legado, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa (...)*». Como señala ALBALADEJO, M. («Comentario al artículo 869 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XII, Vol. 1.º (2.ª ed.), cit., 1998, pág. 175, nota

En todo caso, es importante retener que los actos a los que la Ley atribuye efectos revocatorios revisten carácter excepcional. A esta conclusión parece coadyuvar de manera decisiva el principio de taxatividad formulado en el artículo 743 del Código civil. A tenor de lo dispuesto en este precepto, los testamentos serán ineficaces «sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código»⁴¹⁶. De este modo, sería posible concluir, con PASTOR RIDRUEJO, que no existe más revocación que la testamentaria o la que, no siéndolo, se halle taxativamente determinada⁴¹⁷.

En definitiva, de los artículos 737 y siguientes del Código civil cabe colegir los siguientes extremos: por un lado, la revocación –total o parcial– conlleva la ineficacia terminante de la disposición sobre la que se proyecta (cfr. arts. 739 y 740 Cc);

2) la circunstancia de que en el texto legal no se haya empleado el término revocación no implica que a los supuestos en cuestión deba negársele tal carácter, sino que tal hecho obedece –al margen de otros factores– a que el artículo comprende asimismo en su número 3.º un supuesto no revocatorio –el perecimiento de la cosa legada–; de ahí que hubiese que utilizar un concepto más amplio –ineficacia– que abarcase todas las hipótesis –transformación, enajenación y perecimiento– previstas en el precepto.

⁴¹⁶ Es cierto que el precepto comentado no se refiere explícitamente a la revocación. Sin embargo, como señala PASTOR RIDRUEJO, F. (*La revocación del testamento*, cit., pág. 326), ello no debe constituir ningún obstáculo para estimar que la revocación está incluida en el tenor del artículo 743 del Código civil en la medida en que aquélla es un supuesto más de ineficacia. Por otra parte, en relación con la taxatividad que informa el tema de la revocación testamentaria resulta igualmente paradigmática la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1986, en la que se declara que «expresada la voluntad *mortis causa* en testamento válido, no puede quedar la misma sin efecto como no hayan sobrevenido, o la revocación de éste en forma expresa y legal o el otorgamiento de otro testamento de contenido incompatible o contrario al del antecedente o si se da el caso de la llamada revocación real (...)» (RJA 4794, Cdo. 5.º de la primera sentencia).

⁴¹⁷ Cfr. PASTOR RIDRUEJO, F., *La revocación del testamento*, cit., pág. 312.

por otro lado, la revocación ha de materializarse, con carácter general, a través de actos que reúnan las solemnidades necesarias para testar (cfr. art. 738 Cc). Mas, a este respecto ha de reconocerse la existencia de determinados actos que no satisfacen los requisitos de fondo y de forma de los testamentos, pero que se identifican con la revocación en cuanto a los efectos. Así acontece con los supuestos de la denominada revocación real (art. 742 Cc) y con la transformación y enajenación del legado (art. 869 Cc). En cualquier caso, lo cierto es que el elenco de tales actos reviste carácter taxativo (cfr. art. 743 Cc).

2. INCIDENCIA DEL RÉGIMEN DE LA REVOCACIÓN TESTAMENTARIA DEL CÓDIGO CIVIL EN LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA

2.1. *Planteamiento*

Caracterizada la revocación testamentaria en el régimen del Código civil en los términos que anteceden, de lo que se trata a continuación es de examinar la virtualidad de lo expuesto en relación con la Ley de Derecho civil de Galicia, en general, y el testamento mancomunado gallego, en particular. Y ello por cuanto que, como se ha tenido ocasión de señalar, la normativa del Código únicamente resulta aplicable en defecto de «*costumbres y leyes civiles gallegas*» y si no se opone «*a los principios del ordenamiento jurídico gallego*» (art. 3.º1. LDCG).

Así las cosas, cabe ya adelantar que la aplicación del régimen del Código civil en materia de revocación en el ámbito de la Ley de Derecho civil de Galicia ha de ser complementada en lo atinente a los actos y negocios que, sin reunir las solemnidades necesarias para testar, llevan anudados los efectos de la revocación. Y es que, a nuestro juicio, en el marco referido, los pactos sucesorios posteriores al otorgamiento de un testamento constituyen un supuesto de revocación informal. Al

examen de esta cuestión se dedica el siguiente epígrafe.

Con todo, antes de proceder al análisis sugerido, se considera oportuno efectuar una breve consideración en relación con otro de los supuestos de revocación informal: la denominada revocación real. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el concepto y los supuestos de revocación real formulados en el artículo 742 del Código civil resultan plenamente aplicables en el ámbito del Derecho civil de Galicia⁴¹⁸. Sin embargo, tratándose

⁴¹⁸ En la práctica totalidad de las legislaciones civiles que coexisten en España se mantiene un concepto idéntico de revocación real. La única excepción en este punto vendría representada por la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón: no sólo porque en ella se admite la revocación real de los testamentos ológrafos, sino también porque, en el caso del testamento mancomunado cerrado, no tendría cabida la revocación real en los términos en los que ésta se configura, con carácter general, en la propia Ley aragonesa (cfr. art. 118 LSCM de Aragón). La revocación real del testamento ológrafo –inclusive la del otorgado en forma mancomunada– se regula en el artículo 121 de la Ley de sucesiones por causa de muerte, de acuerdo con el cual el testamento ológrafo se presume revocado «*si aparece rasgado o inutilizado, o aparecen raspadas o enmendadas sin salvar las firmas que lo autoricen*»; es decir, el testamento queda inutilizado –con las adaptaciones inexcusables por razón de la forma del testamento– en los mismos supuestos que determinan la revocación del testamento cerrado ex artículo 742 del Código civil. Por lo que se refiere a la revocación del testamento mancomunado cerrado, no sería de aplicación la normativa contenida con carácter general en el artículo 118 de la citada Ley aragonesa –y que sustancialmente coincide con la del artículo 742 del Código civil– puesto que, de acuerdo con el artículo 95.3 de la propia Ley, el testamento mancomunado cerrado, una vez autorizado, debe depositarse en poder del Notario que lo autorice a los efectos de que lo guarde en su archivo, «*de donde sólo podrá ser retirado por ambos testadores*». De esta manera, no parece probable la revocación real del testamento en los términos antes reseñados. En cualquier caso, a la vista de la normativa comentada, cabría preguntarse si la retirada del testamento cerrado representa un nuevo supuesto de revocación real. Para que ello fuera así, la retirada debería implicar la inutilización del testamento. El Derecho aragonés no se pronuncia expresamente sobre la cuestión. Sin embargo, a estos efectos pudiera resultar sumamente orientativa la solución prevista en el § 2256 del BGB para la retirada del testamento sujeto a custodia oficial, que no consiste sino en entender revocado dicho testamento; en efecto, conforme al citado párrafo, «*un testamento otorgado ante un Notario o*

del testamento mancomunado gallego, ha de dejarse constancia de la inviabilidad de la revocación real. En efecto, si ésta sólo tiene cabida cuando la forma del testamento es la notarial cerrada y el testamento mancomunado gallego ha de revestir la forma abierta notarial⁴¹⁹, habrá que descartar, en buena lógica, una revocación real del mismo⁴²⁰.

Efectuada la precedente aclaración, procede ya enjuiciar la posibilidad de encuadrar los pactos sucesorios dentro de las hipótesis de revocación informal del testamento.

2.2. La revocación del testamento a través de los pactos sucesorios: examen de su admisibilidad

En la normativa del Código civil, como se ha tenido ocasión de señalar, el testamento sólo puede ser revocado, con carácter general, observando las formalidades necesarias para testar (cfr. art. 738 Cc). Sin embargo, en casos puntuales resulta factible una revocación verificada en un instrumento distinto del testamentario, tal y como acontece en las hipótesis de la denominada revocación real y en los supuestos de transformación y enajenación de legados (cfr. arts. 742 y 869 Cc).

según el § 2249 vale como revocado si el documento tomado bajo custodia oficial es restituido al causante».

⁴¹⁹ En relación con la forma abierta notarial del testamento mancomunado gallego, cfr. *supra* el epígrafe IV.3 del Capítulo primero de este trabajo.

⁴²⁰ Esta conclusión es igualmente referible al Derecho guipuzcoano, en el que el testamento mancomunado ha de otorgarse ante Notario en forma abierta (art. 173 LDCFPV). Por lo que se refiere a Navarra y al Derecho vizcaíno, en cambio, el concepto y los supuestos de revocación real contemplados en el artículo 742 del Código civil resultan aplicables –con carácter supletorio– a los testamentos de hermandad otorgados en la forma notarial cerrada (arg. *ex ley* 6 CDCFN y art. 3.º LDCFPV, respectivamente).

En este orden de ideas y ya en el ámbito concreto del Derecho gallego, cabría plantearse si los pactos sucesorios forman parte de esos negocios que, sin cumplir los requisitos de forma de los testamentos, pueden entrañar una revocación de los mismos. La cuestión se suscita toda vez que la Ley de Derecho civil de Galicia no contempla expresamente –al menos en apariencia– el supuesto comentado, como hubiera sido conveniente a tenor de lo dispuesto en el artículo 743 del Código civil⁴²¹.

Así las cosas, el silencio del legislador gallego pudiera

⁴²¹ En las restantes legislaciones civiles que coexisten en España, en las que la sucesión contractual y testamentaria tienen cabida, la revocación del testamento por un pacto sucesorio posterior no admite discusión alguna. En la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, la revocación del testamento en general –sin que, por otra parte, el de hermandad constituya, en este punto, ninguna excepción– por medio de un pacto sucesorio posterior se contempla en la ley 210 («[e]l testamento se entenderá revocado de pleno derecho por el otorgamiento posterior de otro testamento o de un pacto sucesorio válidos, (...)»). En el marco de la Ley de Derecho civil del País Vasco, la revocación conjunta del testamento mancomunado a través de un pacto sucesorio se halla prevista en el artículo 50 en lo que a Vizcaya se refiere («El testamento mancomunado podrá ser revocado (...) mediante otro testamento o pacto sucesorio posterior otorgado ante Notario») y en el artículo 175 en lo que concierne a Guipúzcoa («(...) el testamento mancomunado podrá ser revocado (...) mediante pacto sucesorio»). En cuanto a la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón, al margen de lo establecido en el artículo 106.1, la revocación del testamento por el pacto sucesorio se halla previsto en términos generales en el artículo 117 («El testamento anterior queda revocado por el pacto sucesorio o testamento posteriores perfectos»). Por otra parte, también en aquellas otras legislaciones como el Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña o la Compilación del Derecho civil de Baleares, donde no se admite el testamento mancomunado pero sí la sucesión contractual, se reconoce la revocación del testamento –en este caso unipersonal– por medio de los pactos sucesorios; en este sentido, podrían confrontarse tanto el artículo 70 del Código de sucesiones («El heredamiento válido revocará el testamento (...)») como los artículos 10 («La donación universal revoca los testamentos y codicilos anteriores del donante(...)») y 70, párr. 2.º, («El testamento se entenderá revocado por el otorgamiento posterior de otro o de un pacto sucesorio válido (...)») de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares.

considerarse concluyente a los fines de rechazar la eventualidad objeto de análisis. De este modo, habría que concluir que los pactos sucesorios no conllevan, en ningún caso, la revocación de los testamentos anteriores. Sin embargo, a nuestro juicio, la posibilidad de revocar un testamento mancomunado por medio de un pacto sucesorio posterior vendría avalada por diversas razones. En primera instancia, por una interpretación literal del artículo 138 de la Ley de Derecho civil de Galicia y, en segundo grado, y sobre todo, por una interpretación lógico-sistemática de la Ley.

2.2.1. La interpretación literal del artículo 138 de la Ley de Derecho civil de Galicia

El artículo 138 de la Ley de Derecho civil de Galicia contempla la posibilidad de que los otorgantes del testamento mancomunado, de común acuerdo, procedan a su modificación o revocación *«de forma mancomunada»*. La dicción del precepto comentado, pese a su patente laconismo, ha generado serias dudas en cuanto a los medios a que puede circunscribirse la revocación conjunta. En concreto, el hecho de que la expresión en cuestión *–«de forma mancomunada»–* no haya sido objeto de una interpretación unívoca en el seno de la doctrina así parece atestiguarlo⁴²².

⁴²² Idéntica incertidumbre suscitaba la redacción del artículo 19 del Apéndice de Derecho civil de Aragón de 1925, que contemplaba la revocación conjunta del testamento mancomunado *«en esta misma forma»*. En relación con esta indeterminación, TEIXEIRA GRACIANETA (*«El testamento mancomunado aragonés»*, cit., pág. 129) consideraba, con fundamento en el artículo 34 del referido Cuerpo legal *–que preveía la ordenación de la sucesión a través de contrato o capitulación matrimonial–* y en la *ratio legis* del precepto *–evitar fraudes y captación de voluntades–*, que la revocación del testamento mancomunado por ambos cónyuges no debía circunscribirse necesariamente a un nuevo testamento mancomunado. Sin embargo, no faltaron autores para quienes la revocación conjunta del testamento mancomunado sólo podía tener lugar a través de otro testamento de igual naturaleza (cfr. LORENTE SANZ, J., *«El testamento mancomunado en el Apéndice foral aragonés»*, cit., pág. 141 y GARCÍA

En este sentido, algunos autores, partiendo del tenor literal del precepto comentado, han considerado que la revocación conjunta del testamento mancomunado sólo puede tener lugar a través de un nuevo testamento, que, por definición, ha de ser mancomunado⁴²³. De esta manera, la revocación del testamento a través de pactos sucesorios quedaría descartada. Otros autores, en cambio, se han mostrado partidarios de conferir a la expresión «forma mancomunada» un significado más amplio, de suerte tal que, en su opinión, aquélla no se identificaría estrictamente con forma testamentaria⁴²⁴.

Planteada la cuestión en los términos que anteceden, el principal argumento aducido para reconducir el significado de la expresión «forma mancomunada» a «testamento mancomunado» radica en la dicción del artículo 738 del Código civil. Este precepto, como es sabido, supedita la revocación a la observancia de «*las solemnidades necesarias para testar*». En consecuencia, con fundamento en la norma apuntada, la revocación del testamento mancomunado sólo podría llevarse a cabo cumpliendo los requisitos de forma –y capacidad– observados para su otorgamiento⁴²⁵.

Ahora bien, a nuestro juicio, la invocación del artículo

ATANCE, M., «Revocación del testamento mancomunado», en *Segunda Semana de Derecho aragonés*, Librería General, Zaragoza, 1943, pág. 260).

⁴²³ Así lo han entendido GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico-familiar e sucesorio...», cit., pág. 402, ALONSO VISO, R., «El testamento mancomunado en el Derecho gallego», cit., pág. 29 y DÍAZ FUENTES, A., *Dereito Civil de Galicia...*, cit., pág. 268.

⁴²⁴ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 129 y LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 138 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, cit., pág. 1.053.

⁴²⁵ Cfr. ALONSO VISO, R., «El testamento mancomunado en el Derecho gallego», cit., pág. 30.

738 del Código civil no debe estimarse concluyente a los fines de identificar «forma mancomunada»-«testamento mancomunado». Ello no sólo porque al traerlo a colación se incurriría en una petición de principio –ya que se trata, precisamente, de enjuiciar si los pactos sucesorios constituyen una excepción al referido artículo–, sino también –y sobre todo– porque si se atiende tanto al sentido de los términos en presencia –aisladamente considerados– como si se analiza el significado de la expresión en su conjunto cabría colegir que no existe una coincidencia entre forma y testamento mancomunados.

En efecto, «forma» significa «modo o manera de hacer una cosa»⁴²⁶ –en este caso, de llevar a cabo la revocación del testamento– en tanto que por «mancomunada» –que deriva de mancomún– cabría entender «de común acuerdo»⁴²⁷. En consecuencia, por «forma mancomunada» –aplicada a la revocación– habría que concluir el modo o la manera de hacer aquélla de común acuerdo. A idénticos resultados cabría llegar si se atendiese al significado literal de la locución «forma mancomunada», pues ésta equivaldría a «mancomunadamente» y ésta, a su vez, a «de común acuerdo». En suma, tanto en uno como en otro caso la expresión «forma mancomunada» vendría a enunciar, simplemente, la posibilidad de efectuar la revocación de manera conjunta sin prejuzgar, en ningún caso, los medios de los que los testadores disponen para materializar aquélla.

⁴²⁶ Voz «Forma»: acepción séptima del *Diccionario de la Lengua española*, cit., pág. 985.

⁴²⁷ En relación con esta cuestión terminológica conviene llamar la atención sobre el hecho de que el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua española* no ofrece una definición de «mancomunado/-a» limitándose a efectuar una remisión a la voz «obligación mancomunada». En todo caso, teniendo en cuenta la palabra de la que deriva –mancomún– se ha considerado oportuno atribuir al vocablo en cuestión el significado consignado en el texto, es decir, «de común acuerdo».

Así pues, si bien es cierto que la Ley de Derecho civil de Galicia no establece de manera expresa que la revocación del testamento mancomunado puede tener lugar por medio de un pacto sucesorio posterior, no lo es menos que en la dicción del artículo 138 del referido texto legal parece tener acomodo una formulación implícita de dicha circunstancia.

2.2.2. La interpretación lógico-sistemática de la Ley de Derecho civil de Galicia

Junto a la interpretación literal del artículo 138 de la Ley de Derecho civil de Galicia, a los fines de rechazar la identidad «forma mancomunada»-«testamento mancomunado», y por lo tanto, admitir el alcance revocatorio de los pactos sucesorios resulta decisiva una interpretación lógico-sistemática de la propia Ley.

El punto de partida de nuestro razonamiento viene constituido por el artículo 117 de la Ley de Derecho civil de Galicia, de acuerdo con el cual: «*La delación sucesoria puede tener lugar por testamento, por ley y por los pactos sucesorios (...)*». El citado precepto contempla, pues, tres modalidades a través de las cuales puede verificarse la delación de la herencia: la sucesión legal, el testamento y los pactos sucesorios. Y si bien es cierto que la Ley de Derecho civil de Galicia no establece de manera expresa una graduación entre los distintos modos de deferir la herencia, ello no obsta, sin embargo, para que dicha prelación pueda ser inferida de diversos datos⁴²⁸.

⁴²⁸ En este sentido algunos autores han llamado la atención sobre la falta de rigor técnico del artículo 117 de la Ley de Derecho civil de Galicia –en comparación con la redacción del artículo 658 del Código civil– por no establecer el carácter subsidiario de la sucesión intestada respecto de la testamentaria y de los pactos sucesorios; en todo caso, a juicio de los mismos autores, la subordinación comentada no admitiría discusión alguna. A este respecto, cfr. MUIÑO FIDALGO, L. y SÁNCHEZ CARBALLO, J.L., «Comentario al artículo 117 de la Ley de Derecho

De hecho, con fundamento en la sistemática adoptada por la propia Ley, cabe ya vislumbrar que la sucesión contractual prevalece sobre la sucesión testamentaria y ésta, a su vez, sobre la denominada sucesión legal⁴²⁹. En efecto, la Ley de Derecho civil de Galicia –en su Título VIII– regula por este orden y de manera sucesiva, en primer lugar, los pactos sucesorios –Capítulo II–; a continuación, la sucesión testada –Capítulo III–; y, finalmente, la sucesión intestada –Capítulo V–.

De igual modo, el carácter subsidiario de la sucesión legal con respecto a aquélla que tiene lugar por voluntad expresa del causante –ya sea en testamento, ya en pacto sucesorio– se colige del artículo 152.1 de la propia Ley de Derecho civil de Galicia que, en lo no regulado expresamente por ella, remite a la normativa del Código civil. De esta manera resultan plenamente aplicables en el ámbito del Derecho sucesorio gallego –entre otros– los artículos 912 y 913 del Código civil⁴³⁰, de acuerdo con los cuales la apertura de la

civil de Galicia», en AA.VV., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, cit., págs. 27 y 28; en el mismo sentido GARCÍA RUBIO, M.^ªP., «Comentario al artículo 117 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, cit., pág. 785.

⁴²⁹ Cfr. GARCÍA RUBIO, M.^ªP., «Comentario al artículo 137 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 785.

⁴³⁰ El artículo 912 del Código civil dispone expresamente lo siguiente: «La sucesión legítima tiene lugar: 1.º Cuando uno muere sin testamento, o con testamento nulo, o que haya perdido después su validez.– 2.º Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no se hubiese dispuesto.– 3.º Cuando falta la condición puesta a la institución de heredero, o éste muere antes que el testador, o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer.– 4.º Cuando el heredero instituido es incapaz de suceder». A su vez, el artículo 913 del mismo Cuerpo normativo establece: «A falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado».

sucesión legal se supedita a la inexistencia, ineficacia o insuficiencia del testamento⁴³¹.

En cuanto a la subsidiariedad de la sucesión testamentaria en relación con la sucesión contractual, la misma se deduce del carácter irrevocable del contrato sucesorio frente a la esencial revocabilidad del testamento (cfr. art. 737 Cc). Este hecho determina que, con carácter general, lo ordenado en un pacto sucesorio no pueda ser contrariado por lo establecido en un testamento posterior⁴³². En este sentido, es cierto que el testamento mancomunado pudiera representar, *a priori*, una excepción a la regla comentada. Sin embargo, esta circunstancia resulta en gran medida ficticia. En primer lugar, porque la hipótesis en cuestión tiene un ámbito, ciertamente, restringido: sólo cabría hablar de revocación de un pacto sucesorio por un ulterior testamento mancomunado en aquellos casos en que los testadores hubieran sido, a su vez, los únicos otorgantes del pacto. Pero es que, además, tampoco debe obviarse que, en tales supuestos, el testamento conjunto –en el fondo– estaría encerrando un acuerdo de voluntades equiparable al del contrato sucesorio. De ahí que, en puridad, el testamento mancomunado no suponga, en nuestra opinión, una alteración del orden existente entre los distintos medios a través de los cuales cabe deferir la sucesión.

Formuladas las observaciones precedentes, y en relación con los efectos que de los pactos sucesorios se siguen para el

⁴³¹ Para esta opinión cfr. GARCÍA RUBIO, M.^ºP., «Comentario al artículo 137 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 785. Asimismo, el carácter subsidiario de la sucesión legal con respecto a la sucesión testamentaria puede inferirse de otros preceptos del Código civil, como el artículo 1.009 de acuerdo con el cual una persona que haya sido llamada a una herencia por testamento y abintestato, puede repudiar la herencia como heredero abintestato y aceptarla por título testamentario, pero no a la inversa.

⁴³² Cfr. GARCÍA RUBIO, M.^ºP., «Comentario al artículo 137 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 785.

testamento mancomunado, debe tenerse en cuenta que si rechazase el efecto revocatorio de tales pactos se estaría instituyendo, al menos de modo implícito, un principio de preeminencia de la sucesión testamentaria que no cuenta con un refrendo legal. En otros términos, no parece lógico que los pactos sucesorios, pudiendo revestir el mismo contenido que un testamento y no estando subordinados a éste, no sigan en cuanto a los efectos la regla de la ineficacia terminante de las disposiciones de última voluntad.

2.3. *Recapitulación*

En el articulado de la Ley de Derecho civil de Galicia no se incluye una normativa genérica sobre la revocación testamentaria, limitándose el legislador gallego a regular dos modalidades concretas de revocación del testamento mancomunado (cfr. arts. 138 a 140 LDCG). Por esta razón, cabe afirmar que rigen en la materia los preceptos que se contienen en el Código civil (arg. *ex art.* 3.º1 LDCG).

Esta extrapolación de normas resulta plena cuando se trata de una revocación estrictamente testamentaria, es decir, cuando la revocación se verifica a través de actos que reúnen las «*solemnidades necesarias para testar*» (art. 738 Cc). Sin embargo, al margen de la revocación a través de un nuevo testamento, existen otros supuestos de revocación informal en los que la Ley anuda efectos revocatorios a determinados actos y negocios que no satisfacen los requisitos de forma de los testamentos. Así acontece en las hipótesis de la revocación real y de la transformación y enajenación de legados (cfr. arts. 742 y 869 Cc).

Mas a este respecto, en el concreto ámbito del Derecho gallego la aplicación de la normativa del Código civil ha de ser atemperada y complementada. Por un lado, -y como consecuencia

de su forma abierta notarial— ha de destacarse la inviabilidad de la denominada revocación real del testamento mancomunado; por otro lado, con fundamento en una interpretación literal y lógico—sistemática de la Ley de Derecho civil de Galicia, habría que concluir que los pactos sucesorios otorgados con posterioridad al testamento constituyen un medio adicional de revocación informal de éste.

Ello expuesto, a continuación procede examinar las dos modalidades de revocación del testamento mancomunado previstos en la Ley gallega: la revocación conjunta (cfr. art. 138 LDCG) y la revocación unilateral, en vida de ambos testadores y fallecido uno de ellos (cfr. arts. 139–140 LDCG).

III. LA REVOCACIÓN CONJUNTA

1. PRELIMINARES

La revocación conjunta del testamento mancomunado es objeto de una sucinta regulación por parte de la Ley de Derecho civil de Galicia. De hecho, el artículo 138 del citado Cuerpo legal se refiere escuetamente a dicha realidad en los siguientes términos: *«La revocación o modificación del testamento mancomunado podrán hacerla ambos cónyuges de forma mancomunada (...)»*⁴³³.

Como se ha tenido oportunidad de señalar, los otorgantes del testamento mancomunado pueden proceder a su revocación conjunta en un mismo acto u otorgamiento. Éste, como es sabido,

⁴³³ La regulación de la Ley gallega en este punto coincide sustancialmente con la establecida en los artículos 50 y 175.1 de la Ley de Derecho civil del País Vasco y en el artículo 106 de la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón. En el mismo sentido —aunque sin hacer mención alguna a la modificación— se orienta la Compilación de Derecho civil foral de Navarra en la ley 201.

no ha de circunscribirse necesariamente a un nuevo testamento, pudiendo consistir en un pacto sucesorio posterior.

La Ley de Derecho civil de Galicia, en consonancia con su parquedad a la hora de regular la revocación conjunta, no contiene ninguna previsión sobre los requisitos de capacidad y las formalidades que deben observarse al respecto. En cualquier caso, acto seguido, se tratará de concretar dichas exigencias analizando, por separado, cada uno de los medios a través de los cuales resulta factible la revocación testamentaria: el testamento, por un lado, y los pactos sucesorios, por otro.

2. LOS POSIBLES MEDIOS DE REVOCACIÓN

2.1. *El testamento mancomunado*

La revocación conjunta del testamento mancomunado por medio de un nuevo testamento no presenta especiales particularidades. Como quiera que el testamento revocatorio es, por definición, mancomunado, han de cumplirse los requisitos de capacidad y de forma que ya han sido examinados en relación con el otorgamiento.

De esta manera, en lo que a los requisitos subjetivos para revocar se refiere, puede afirmarse que existe una identificación absoluta con los exigidos para testar. Los testadores no sólo deben tener la capacidad genérica para otorgar testamento (cfr. arts. 662 y 663 Cc) sino, también, la vecindad civil gallega y, asimismo, estar unidos por matrimonio (cfr. art. 137 LDCG)⁴³⁴.

En relación con la última exigencia indicada, no resulta ocioso señalar que los cónyuges separados —de hecho o de derecho— no tienen vedado el recurso al testamento mancomunado para

⁴³⁴ Sobre estos requisitos, *vid. supra* el epígrafe II del Capítulo segundo de este trabajo.

revocar su testamento conjunto previo⁴³⁵. No obstante lo anterior, se ha subrayado que los cónyuges separados carecen, en teoría, del propósito de otorgar testamento conjuntamente⁴³⁶. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada: en efecto, el otorgamiento de un testamento mancomunado por parte de cónyuges separados a los fines de ordenar de manera coordinada sus respectivas sucesiones, no parece probable; en cambio, no cabría llegar a la misma conclusión en aquellos casos en que, precisamente, se pretende –sin más– dejar sin efecto una previa voluntad *mortis causa*. En otros términos, cuando se trata de un testamento meramente revocatorio no habría que descartar *a priori* la utilidad del otorgamiento de un testamento mancomunado por parte de cónyuges separados.

En cuanto a los aspectos formales, como es sabido, el testamento mancomunado ha de revestir forzosamente la forma abierta notarial. Por lo tanto, también en esta sede han de verificarse las formalidades previstas para esta forma testamentaria y que han sido previamente examinadas (cfr. arts. 694 y ss. Cc)⁴³⁷.

2.2. *Los pactos sucesorios*

A tenor de los argumentos expuestos en el epígrafe precedente, la revocación del testamento mancomunado podría tener

⁴³⁵ No acontece así, en cambio, cuando los otorgantes del testamento conjunto que se pretende revocar se hallan ya divorciados, pues –como es sabido– el divorcio comporta la extinción del vínculo matrimonial (cfr. art. 85 Cc).

⁴³⁶ Cfr., en el contexto del Apéndice de Derecho civil de Aragón, LORENTE SANZ, J. «El testamento mancomunado en el Apéndice foral aragonés», cit., pág. 130.

⁴³⁷ Para un examen de las formalidades del testamento mancomunado en cuanto testamento abierto notarial *vid. supra* el epígrafe III.3 del Capítulo segundo de este trabajo.

lugar asimismo a través de un pacto sucesorio posterior. En este sentido, debe advertirse de entrada que la Ley de Derecho civil de Galicia carece de una teoría general sobre los pactos sucesorios y los regula con escasa amplitud⁴³⁸. De hecho, el fenómeno de la sucesión contractual en la esfera jurídica gallega se circunscribe, tan solo, a tres figuras con un contenido nítidamente delimitado; a saber: el usufructo voluntario de viudedad, la mejora –en sus diversas modalidades– y la apartación. De esta manera, cabe ya inferir que el ámbito de la revocación del testamento por un pacto sucesorio posterior se halla restringido únicamente a aquellos aspectos que pueden ser objeto de dichos pactos.

En efecto, en determinadas ocasiones es factible que el contenido del pacto sucesorio se halle en contradicción con lo establecido en un testamento mancomunado anterior. En tales supuestos habría, ciertamente, dos llamamientos sucesorios inconciliables y sería preciso optar por una de las dos regulaciones en presencia. En este sentido, a los fines indicados debe tenerse presente que los llamamientos en cuestión son de carácter sucesivo y que el primero de ellos, el contenido en el testamento mancomunado, es esencialmente revocable. Por esta razón, en las hipótesis comentadas sería viable solventar la incompatibilidad atendiendo al momento en que el causante ha manifestado su última voluntad. Por consiguiente, con las adaptaciones en su caso necesarias, el principio «*lex posterior derogat anterior*» llevaría a colegir que el mero otorgamiento del pacto sucesorio supone, sin más, la revocación del testamento en aquello en que éste disienta de aquél.

⁴³⁸ Como señala PILLADO MONTERO, A., («Los pactos sucesorios en la Ley de Derecho civil de Galicia», en *Revista Xurídica Galega*, núm. 13, 1996, págs. 20–21) resulta significativo que, a diferencia de los restantes Derechos forales, el legislador gallego –excepción hecha de la hipótesis ciertamente restringida del derecho de labrar y poseer– no haya regulado la finalidad por autonomía de los pactos sucesorios: la institución contractual de heredero.

Al examen de las incompatibilidades específicas que se pueden plantear entre los pactos sucesorios admitidos en la Ley de Derecho civil de Galicia y el testamento mancomunado se dedica la siguiente exposición.

2.2.1. El usufructo voluntario de viudedad

Por medio del usufructo voluntario de viudedad –regulado en los artículos 118 y siguientes de la Ley de Derecho civil de Galicia– los cónyuges se conceden, con carácter recíproco o unilateral, el usufructo de todo o parte de la herencia. A los fines de establecer dicho usufructo, se podrá hacer uso de dos títulos originales: uno de ellos de naturaleza contractual (capitulaciones matrimoniales u otra escritura pública); otro de índole testamentaria (el testamento mancomunado, si el usufructo es recíproco, y cualquier clase de testamento en caso de que el usufructo sea unilateral)⁴³⁹.

De la caracterización expuesta interesa resaltar, en este momento, dos aspectos elementales: por un lado, el usufructo voluntario de viudedad puede ser total o parcial⁴⁴⁰; por otro lado,

⁴³⁹ En relación con los caracteres que presenta el usufructo voluntario de viudedad en la Ley gallega, *vid.* por todos, GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico–familiar e sucesorio...», *cit.*, págs. 366 y 367.

⁴⁴⁰ El hecho de determinar si el usufructo voluntario de viudedad referido, no a la totalidad del haber hereditario, sino sólo a una cuota del mismo tiene cabida en la normativa de la Ley de Derecho civil de Galicia ha venido siendo objeto de reflexión por parte de la doctrina. En la medida en que la Ley gallega –en contraposición a lo que acaecía en uno de sus precedentes: en concreto el Trabajo sobre la Compilación de Derecho civil de Galicia elaborado por la Comisión no permanente (cfr. art. 77)– sólo alude al «usufructo universal» podría estimarse que el denominado usufructo parcial quedaría al margen de la Ley gallega y sometido, por tanto, al régimen del Código civil. Sin embargo, frente a esta interpretación literal podrían aducirse, de acuerdo con GUTIÉRREZ ALLER, V., («Réxime económico–familiar e sucesorio...», *cit.*, pág. 368), los argumentos siguientes: 1) La falta de precisión terminológica de la Ley, que, en esta sede, se pone de manifiesto tanto en el artículo 122, que –al hacer referencia a las facultades y

atendiendo al título de su constitución cabría distinguir entre el pacto de usufructo en sentido propio –materializado en capitulaciones u otra escritura pública– y el legado de usufructo de viudedad –formalizado en testamento–.

De esta manera, se percibe ya la posibilidad de que existan incompatibilidades entre el usufructo voluntario establecido a modo de legado en un testamento mancomunado y el usufructo pactado en capitulaciones matrimoniales u otra escritura pública en un momento posterior. En concreto, sería perfectamente admisible que los cónyuges que por vía testamentaria hubieran dispuesto un usufructo de carácter total, en una escritura pública posterior pactasen, en cambio, un usufructo limitado sólo a una parte de la herencia. De igual modo, la diferencia comentada podría incidir en el carácter recíproco o unilateral con que se configura dicho usufructo: unilateral en el testamento y recíproco en el pacto, o viceversa⁴⁴¹.

obligaciones del titular del usufructo universal– parece admitir implícitamente un usufructo que no recaiga sobre la totalidad de la herencia, y en el artículo 119, que –al disponer que el usufructo es renunciable «en todo o en parte»– da pie para entender que un usufructo inicialmente universal puede terminar siendo parcial, sin que ello impida su sujeción a las disposiciones de la Ley gallega; 2) Las consecuencias absurdas a las que conduciría una interpretación apegada a la literalidad, pues sería suficiente con que se legara un objeto de la herencia para que el usufructo dejara de ser total y quedase sometido al régimen del Código civil, incluido el artículo 820– 3º, que permite a los legitimarios no respetar el usufructo; 3) El principio jurídico según el cual «quien puede lo más (concederse el usufructo universal), puede lo menos (atribuirse el usufructo parcial)».

⁴⁴¹ A este respecto no se comparte la opinión vertida por BELLO JANEIRO, D. (*El ejercicio de la competencia...*, cit., pág. 182), para quien el usufructo de viudedad plasmado en un testamento mancomunado ha revestir siempre un carácter recíproco. A nuestro juicio, el artículo 118.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia no permite descartar que el usufructo voluntario de viudedad pueda, asimismo, constituirse con carácter unilateral en un testamento mancomunado; de hecho, el citado precepto refiere esa posibilidad a «cualquier clase de testamento», expresión esta en la que el testamento conjunto tendría perfectamente cabida.

En este sentido, la práctica totalidad de la doctrina considera que el usufructo voluntario de viudedad sólo puede ser revocado empleando la misma forma que el ordenamiento jurídico establece para la revocación de su título constitutivo (cfr. art. 120 LDCG). De este modo, amparándose en el ya consabido artículo 738 del Código civil, la citada doctrina concluye que si el usufructo voluntario de viudedad se ha constituido en testamento, sólo cabe su revocación a través de un nuevo testamento⁴⁴². A nuestro juicio, en cambio, la opinión expuesta no resulta convincente. Y ello, porque como se ha tenido ocasión de mostrar, la interpretación literal del artículo 138 de la Ley de Derecho civil de Galicia, unida a una interpretación lógico-sistemática de la propia Ley, ponen de manifiesto que la revocación del testamento puede tener lugar no sólo a través de un nuevo testamento sino también por medio de un ulterior pacto sucesorio⁴⁴³.

Así pues, en nuestra opinión, en las hipótesis enjuiciadas –con fundamento en la secuencia cronológica que media entre ambos negocios– no habría impedimento para considerar revocado el testamento mancomunado –en lo atinente al legado de usufructo de viudedad– por el pacto sucesorio posterior.

⁴⁴² Cfr. GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico-familiar e sucesorio...», cit., págs. 373 y 375; GUTIÉRREZ ALLER, D-E., LATAS ESPÍÑO, M.ªJ. y MONTERO PARDO, J.A., «Del usufructo voluntario de viudedad», en AA.VV., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, cit., págs. 38-39; PILLADO MONTERO, A., «Los pactos sucesorios en la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., págs. 28 y 30 –en donde admite abiertamente lo extraño del resultado a que conduce la posición por él mantenida–; BELLO JANEIRO, D., *El ejercicio de la competencia...*, cit., pág. 184. En sentido contrario, cfr. GARCÍA RUBIO, M.ªP., «Comentario al artículo 118 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, cit., pág. 811.

⁴⁴³ Sobre esta cuestión *vid. supra* el apartado II.2.2. de este mismo Capítulo.

2.2.2. La mejora y el denominado «derecho de labrar y poseer»

Los pactos sucesorios de mejora (arts. 128 y 129 LDCG) y del derecho de labrar y poseer (arts. 130 a 133 LDCG) son objeto de regulación en las secciones segunda y tercera del Capítulo II del Título VII de la Ley de Derecho civil de Galicia. En ambos casos se trata de conferir un beneficio sucesorio a determinados hijos o descendientes; de ahí que, dada su análoga naturaleza, resulte procedente analizar ambas figuras de manera conjunta⁴⁴⁴.

En orden a especificar la repercusión de los pactos sucesorios comentados sobre las disposiciones establecidas en un testamento mancomunado anterior se hace imprescindible fijar de antemano, y si bien sea de modo somero, las características más elementales de dichos pactos. En síntesis, dos serán los aspectos a examinar: por un lado, las personas que intervienen en el pacto, ya que para que éste pueda suponer una revocación conjunta es preciso que los sujetos del mismo coincidan con los otorgantes del testamento mancomunado; por otro lado, el contenido del propio pacto, toda vez que será en ese concreto ámbito material donde se pueda suscitar un conflicto entre aquél y el testamento

⁴⁴⁴ La sistemática adoptada en esta sede por la Ley 4/1995, de 24 de mayo, ha recibido serias críticas por parte de un amplio sector de la doctrina. Y ello por las siguientes razones: 1) porque bajo la rúbrica del derecho de labrar y poseer se regula también la mejora de una institución fabril, industrial o comercial (art. 130.2 LDCG); 2) porque en una sección teóricamente dedicada a los pactos sucesorios se contienen disposiciones relativas a la mejora testamentaria (art. 130.1 y 2 LDCG); 3) finalmente, porque determinados preceptos ubicados en sede del derecho de labrar y poseer –como son los relativos a las causas de extinción del pacto y los criterios interpretativos de las estipulaciones relativas a instituciones de carácter consuetudinario (arts. 132 y 133 LDCG, respectivamente)–, serían igualmente aplicables al pacto de mejora. De todas estas deficiencias de técnica legislativa se ha hecho eco GUTIÉRREZ ALLER, V., «Régime económico-familiar e sucesorio...», cit., pág. 382.

conjunto. En todo caso, cabe ya adelantar que, tratándose de la mejora, el análisis propuesto habrá de completarse con una serie de consideraciones en cuanto a la forma en que aquélla puede materializarse. Ello por cuanto que, como se tendrá ocasión de comprobar, es posible que exista cierta inadecuación entre la forma prevista para el pacto y la exigida para el testamento mancomunado.

A) La mejora

De acuerdo con los parámetros reseñados, el estudio del pacto de mejora ha de comenzar con los sujetos que intervienen en el mismo. En este sentido, el artículo 128 de la Ley de Derecho civil de Galicia ofrece una primera aproximación al disponer lo siguiente: «Será válido el pacto o contrato sucesorio en el que se convenga la mejora a favor de cualquiera de los hijos o descendientes, sin más limitaciones que el respeto a los derechos legitimarios»⁴⁴⁵. A la vista del artículo transcrito, cabe colegir dos modalidades de mejora: la convenida por uno o ambos ascendientes con algún hijo o descendiente, por un lado; y el pacto realizado entre los padres o ascendientes por el que se acuerda la mejora a favor de algún hijo o descendiente, por otro⁴⁴⁶. Con todo, a los efectos que ahora interesan, lo relevante

⁴⁴⁵ Esta observación inicial en cuanto a los sujetos del pacto de mejora ha de completarse con lo establecido en el artículo 129 de la Ley de Derecho civil de Galicia, a cuyo tenor el pacto en cuestión «tiene carácter personalísimo y sólo podrá celebrarse entre mayores de edad».

⁴⁴⁶ A las modalidades señaladas en el texto cabría añadir *ex* artículo 129 de la propia Ley gallega una tercera variante de mejora: aquélla que resulta del ejercicio de la delegación de la facultad de mejorar. Al respecto, cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «Comentarios a los artículos 128 y 129 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, cit., págs. 893–894. En cualquier caso, a nuestro juicio, la mejora resultante del ejercicio de la facultad de mejorar no es susceptible de ser configurada como un supuesto de revocación conjunta del testamento mancomunado, toda vez que sólo concurre, propiamente dicha, la voluntad de uno

es que tanto en uno como en otro supuesto, los otorgantes del testamento mancomunado –esto es, los cónyuges– pueden actuar como mejorantes. Por lo que respecta al mejorado, éste será bien un hijo, bien otro descendiente de los mejorantes.

En lo atinente al objeto, la mejora puede consistir en una cuota, en bienes concretos o en una cantidad⁴⁴⁷. Y ello, sin perjuicio de que el pacto vaya acompañado de otras estipulaciones complementarias⁴⁴⁸. En este sentido, se ha suscitado la duda de si la mejora ha de circunscribirse necesariamente a un tercio del haber hereditario o si, por el contrario, es posible que comprenda una porción mayor. La cuestión no resulta, en modo alguno, baladí, toda vez que con ella se está delimitando el ámbito material en que pueden colisionar el pacto sucesorio y el testamento mancomunado. Así las cosas, la doctrina, de forma mayoritaria y en opinión que compartimos, se decanta por considerar que la mejora puede tener también por objeto, junto con la legítima estricta del mejorado, el tercio de libre

de los testadores –la del cónyuge delegante– que será actuada por el cónyuge en quien recae la delegación.

⁴⁴⁷ Cfr. GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico–familiar e sucesorio...», cit., pág. 384.

⁴⁴⁸ En este sentido, conforme a la exposición del profesor PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. («Comentarios a los artículos 128 y 129 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., págs. 902 y 904–905) sería posible distinguir estipulaciones que conciernen al objeto del pacto –tales como la reserva de la facultad de disponer o la retención del usufructo sobre todo o parte de los bienes– y estipulaciones que suponen cargas o gravámenes para el destinatario de la mejora –tales como las que conllevan un deber de asistencia en favor de determinadas personas–. Para un examen pormenorizado de las cláusulas que, con frecuencia, se incorporan al nombramiento de heredero –aunque igualmente aplicables al mejorado– en los pactos sucesorios, *vid.* CRISTÓBAL MONTES, A., «Aspectos básicos de la sucesión contractual aragonesa», en *Estudios de Derecho de sucesiones*, Mira editores, Zaragoza, 1987, págs. 215–219.

disposición⁴⁴⁹. A este entendimiento parece coadyuvar el tenor literal del artículo 128 de la Ley, que pone como único límite del pacto de mejora «*el respeto a los derechos de los legitimarios*».

Caracterizado el pacto de mejora en los términos que anteceden, se vislumbra ya la posibilidad de que los cónyuges otorgantes de un testamento mancomunado puedan alterar el contenido de sus disposiciones testamentarias a través del pacto en cuestión. En tal caso, toda vez que —como se ha señalado— el pacto sucesorio constituye un título válido para la delación sucesoria (cfr. art. 117 LDCG) las hipotéticas contradicciones entre aquél y el testamento habrán de solventarse con arreglo al criterio temporal, que permite determinar cuál es la voluntad sucesoria más actual y, por tanto, eficaz.

Por último, el pacto de mejora exige efectuar unas consideraciones finales sobre la forma en que puede constituirse y el contraste que supone en relación con la forma prevista para el testamento mancomunado. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la Ley de Derecho civil de Galicia, a diferencia de lo que acontece con otros pactos sucesorios, no contiene una previsión específica acerca de la forma del pacto de mejora⁴⁵⁰. La

⁴⁴⁹ Cfr. GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico-familiar e sucesorio...», cit., pág. 384, para quien la Ley gallega parte de un concepto vulgar de mejora, en el sentido de ventaja que se concede a determinados hijos o descendientes en contraposición a los demás, exceda o no el tercio de la herencia; DÍAZ FUENTES, A., *Dereito civil de Galicia...*, cit., págs. 228-230; MUIÑO FIDALGO, L. y SÁNCHEZ CARBALLO, J.L., «Del pacto de mejora», en AA.VV., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, cit., pág. 54; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «Comentarios a los artículos 128 y 129 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 902. En contra de la opinión mayoritaria, cfr. PILLADO MONTERO, A., «Los pactos sucesorios en la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., págs. 50-51.

⁴⁵⁰ Por lo que respecta al usufructo de viudedad, la Ley de Derecho civil de Galicia contempla expresamente su constitución a través de testamento, capitulaciones matrimoniales u otra escritura pública (cfr. art. 118 LDCG). En

única alusión se formula en la disposición adicional primera y reviste un carácter meramente parcial: en síntesis, se refiere a la donación de inmuebles por pacto sucesorio y se limita a establecer que la misma debe constituirse, necesariamente, en capitulaciones matrimoniales o en otra escritura pública⁴⁵¹. De este modo, conforme a lo establecido en la normativa gallega, cabría concluir que el pacto de mejora que no tenga por objeto la donación bienes inmuebles no está sujeto a ninguna exigencia de tipo formal⁴⁵².

Por tanto, la disparidad que la regulación de la forma del pacto de mejora entraña en comparación con la forma requerida para el testamento mancomunado es manifiesta. En este sentido, el hecho de establecer la forma abierta notarial en el otorgamiento del testamento mancomunado y permitir que, en un momento

cuanto a las apartaciones, éstas –a tenor de lo establecido en la propia Ley– habrán de constar en escritura pública (cfr. art. 135 LDCG). Por último, en lo atinente al derecho de labrar y poseer, es cierto que la Ley gallega tampoco fija de manera expresa la forma en que haya de constituirse, pero cabe ya señalar que el mismo, dado su posible contenido, ha de formalizarse en todo caso en capitulaciones matrimoniales u otra escritura pública (arg. *ex DA 1.ª* LDCG).

⁴⁵¹ Sobre los antecedentes de esta disposición, así como las consecuencias que se derivan de la modificación de sus términos durante la tramitación parlamentaria, *vid.*, por todos, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «Comentarios a los artículos 128 y 129 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., págs. 899–902 y «Comentario a la disposición adicional primera de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, cit., págs. 1.376–1.379.

⁴⁵² Como pone de manifiesto PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. («Comentarios a los artículos 128 y 129 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 901) a la excepción comentada cabría añadir el supuesto previsto en el artículo 132.2 de la Ley de Derecho civil de Galicia, de acuerdo con el cual la atribución de la mejora, en caso de que el favorecido por un ascendiente haya premuerto a éste sin haber designado –entre varios posibles– un sucesor en la mejora, correrá a cargo del propio mejorante, a cuyo fin podrá hacer la elección en cuestión bien en testamento, bien en escritura pública.

posterior, los propios otorgantes puedan proceder a su revocación sin la garantía que entrañaría la intervención del Notario no resulta coherente. Por esta razón, *lege ferenda*, sería deseable que el pacto de mejora tuviera que formalizarse, en todo caso, a través de escritura pública⁴⁵³.

B) El derecho de labrar y poseer

De acuerdo con las directrices previamente expuestas, las cuestiones que procede examinar en relación con el denominado derecho de labrar y poseer se concretan en las dos siguientes: los sujetos del pacto, por un lado, y el objeto del mismo, por otro.

En cuanto a los sujetos, según resulta del artículo 130.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia, el mejorante ha de ser necesariamente un ascendiente, en tanto que mejorado pueden ser los hijos o descendientes. A este respecto, interesa señalar que la Ley gallega únicamente menciona como mejorante al «*ascendiente*» —en singular— de manera que, ateniéndose a la literalidad del precepto, no concurriría el presupuesto para que el pacto en cuestión pudiera suponer una revocación «conjunta» del testamento mancomunado. Sin embargo, lo cierto es que, con fundamento en una interpretación sistemática, habría que admitir la posibilidad de que fuesen ambos ascendientes los que adjudicasen la mejora en que consiste el derecho de labrar y poseer. Máxime si se tiene en cuenta que dicha mejora puede también ser objeto de disposición conjunta a través de una cláusula del testamento mancomunado⁴⁵⁴.

⁴⁵³ Al hilo de este tema, no resulta ocioso señalar que la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia ya prevé que la mejora —al igual que el resto de los pactos sucesorios— sólo pueda otorgarse en escritura pública. En concreto el artículo 211 de la citada propuesta dispone lo siguiente: «*Os pactos sucesorios haberán de ser outorgados en escritura pública. Noutro caso o pacto non producirá efecto ningún*».

⁴⁵⁴ Cfr. CALVO ALONSO, M.A. y CARREIRA SIMÓN, M.ªC., «Del

En lo atinente al objeto del pacto en cuestión, éste puede consistir bien en un lugar o explotación agrícola, bien en una explotación o establecimiento fabril, industrial o comercial (cfr. art. 130.1 y 2 LDCG)⁴⁵⁵. En cualquier caso, es preciso resaltar que, a falta de una disposición expresa, la Ley presume que el derecho de labrar y poseer implica una mejora tácita de tercio y quinto de la herencia (cfr. art. 130.3 LDCG)⁴⁵⁶. La cuantía de esta mejora se

derecho de labrar y poseer», en AA.VV., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, cit., pág. 68; y MUIÑO FIDALGO, L., «Comentario al artículo 130 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, cit., págs. 923-924.

⁴⁵⁵ Por lugar, ha de entenderse conforme al artículo 50 de la Ley de Derecho civil de Galicia «*el conjunto que, formando una unidad, comprende la casa de labor, edificaciones, dependencias y terrenos, aunque no sean colindantes. Incluye, asimismo, toda clase de ganado, maquinaria, aperos de labranza e instalaciones que constituyan una unidad orgánica de explotación agraria, forestal o mixta*». En este orden de ideas, interesa subrayar que, siendo la casa consustancial al concepto de lugar pero no así al de explotación agrícola, el lugar acasariado no se identifica plenamente con la noción de explotación agrícola (cfr. GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico-familiar...», cit., pág. 389; DÍAZ FUENTES, A., *Dereito civil de Galicia...*, cit., pág. 241; y MUIÑO FIDALGO, L., «Comentario al artículo 130 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., págs. 924-925).

⁴⁵⁶ En este sentido, la doctrina se cuestiona el carácter tácito de la mejora, toda vez que lo tácito implica una voluntad real que, en el caso presente, no parece concurrir (cfr. GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico-familiar...», cit., pág. 390 y MUIÑO FIDALGO, L., «Comentario al artículo 130 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 930). Asimismo, en relación con la presunción objeto de comentario, el tenor literal de la Ley conduce a entender que se trata de una mejora de cuota con asignación de bienes; sin embargo, como pone de manifiesto GUTIÉRREZ ALLER, V. («Réxime económico-familiar...», cit., pág. 390), esta circunstancia resultaría, cuando menos, insólita. Así cabría calificar el hecho de que el mejorado tuviese derecho a completar su mejora con otros bienes de la herencia cuando el valor de la explotación fuese inferior a las siete quinceavas partes del haber hereditario y, en el caso inverso, estuviese obligado a abonar el exceso a los restantes herederos. Por ello, parece más razonable considerar que se trata de una mejora de cosa cierta con designación de cuota (cfr. CALVO ALONSO,

halla explicitada en el artículo 144.2 de la Ley de Derecho civil de Galicia, de acuerdo con el cual la mejora en cuestión comprendería el tercio de mejora en sentido estricto y dos quintas partes del tercio de libre disposición.

Por tanto, el hipotético conflicto entre un testamento mancomunado y un pacto posterior por el que se concede el derecho de labrar y poseer ha de circunscribirse necesariamente al ámbito material descrito. Y en tales supuestos, por aplicación del principio en virtud del cual la voluntad posterior debe prevalecer sobre la anterior, ha de otorgarse primacía al pacto por encerrar la efectiva voluntad sucesoria de los causantes.

2.2.3. La apartación

El artículo 134 de la Ley de Derecho civil de Galicia dispone en su párrafo primero lo siguiente: «*Podrá adjudicarse en vida la plena titularidad de determinados bienes de cualquier clase, sin ninguna excepción, a quien tenga la condición de legitimario del adjudicante en el momento de la adjudicación, quedando éste totalmente excluido de tal condición de legitimario con carácter definitivo, cualquiera que sea el valor de la herencia en el momento de deferirse*»⁴⁵⁷. Así pues, partiendo del

M.A. y CARREIRA SIMÓN, M.^ªC., «Del derecho de labrar y poseer», cit., págs. 70–71 y MUÑO FIDALGO, L., «Comentario al artículo 130 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 930)

⁴⁵⁷ Para un estudio detallado de la figura comentada cfr. GUTIÉRREZ ALLER, V., «Régime económico-familiar e sucesorio...», cit., págs. 394–399; DÍAZ FUENTES, A., *Dereito civil de Galicia...*, cit., págs. 248–262; LOIS PUENTE, J.M., «De las apartaciones», en AA.VV., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, cit., págs. 81–110 y más recientemente «Comentarios a los artículos 134 y 135 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, cit., págs. 945–983; GARCÍA RUBIO, M.^ªP., «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», en *ADC*, Tomo LIII (octubre–diciembre), 2000, págs. 1.397–1.481.

precepto transcrito, la apartación podría ser definida –en términos generales– como aquel pacto sucesorio en virtud del cual se renuncia a la condición de legitimario a cambio de la adjudicación en vida de determinados bienes⁴⁵⁸.

De entrada, ha de tenerse presente que la Ley de Derecho civil de Galicia no contempla una apartación en la que intervengan, de manera conjunta, dos apartantes; aspecto éste que constituye un presupuesto básico para reputar el supuesto comentado como revocación conjunta. En cualquier caso, la falta de una prohibición expresa en tal sentido, unido al principio de libertad de pactos que preside la normativa gallega permiten disipar todo atisbo de duda al respecto.

Así las cosas, dejando al margen otras cuestiones que suscita este pacto sucesorio, en este momento interesa dilucidar las consecuencias que para las disposiciones contenidas en un testamento mancomunado se pudieran derivar del otorgamiento posterior de una apartación. En términos más exactos, en la medida en que la apartación gira en torno a la idea de «renuncia» a unos hipotéticos derechos legitimarios, cabría preguntarse por la incidencia de la apartación sobre aquellas disposiciones testamentarias previas relativas a la legítima del apartado.

La respuesta al interrogante planteado exige concretar el ámbito objetivo de la apartación; es decir, se hace necesario determinar si la legítima a la que se «renuncia» por medio de la apartación debe entenderse en sentido amplio, esto es, referida a los dos tercios del haber hereditario, o si, por el contrario, se trata

⁴⁵⁸ Al utilizar el término «renuncia» no se está tomando partida por ninguna de las diversas opciones existentes en torno a la discutida naturaleza jurídica de este pacto sucesorio; el empleo del referido vocablo está justificado, simplemente, «por comodidad de expresión» (cfr. LOIS PUENTE, J.M., «Comentarios a los artículos 134 y 135 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 967).

de una legítima corta, limitada a un tercio de dicho haber. La cuestión no carece de importancia. Ello en la medida en que las cláusulas testamentarias susceptibles de verse afectadas por una ulterior apartación serían diferentes en uno u otro caso. En efecto, si la condición de legitimario se circunscribe a la legítima estricta, las disposiciones testamentarias que tengan por objeto una mejora a favor del apartado estarían al margen de la interacción de la apartación⁴⁵⁹. En el caso contrario, la solución a la que cabría llegar sería, precisamente, la inversa⁴⁶⁰.

Planteada la cuestión en los términos que anteceden, a nuestro juicio, los derechos legitimarios implicados en la apartación deben reconducirse al concepto de legítima en sentido estricto. A esta conclusión cabría llegar con fundamento en el artículo 128 de la Ley de Derecho civil de Galicia⁴⁶¹. De acuerdo con este precepto, el causante puede ordenar la mejora *«a favor de cualquiera de los hijos o descendientes»*. En otras palabras, la mejora puede ser convenida a favor de «cualquiera» de los hijos; por tanto, con independencia de que éste haya sido o no apartado. En consecuencia, dado que el apartado puede ser mejorado, se considera que la apartación de quien ha sido mejorado en un testamento mancomunado previo no debe suponer, con carácter automático, la ineficacia de la mejora.

⁴⁵⁹ En este sentido se han manifestado, entre otros, GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico-familiar e sucesorio...», cit., págs. 395 y 398; LOIS PUENTE, J.M., «Comentarios a los artículos 134 y 135 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 977; y BELLO JANEIRO, D., *El ejercicio de la competencia...*, cit., pág. 198.

⁴⁶⁰ Cfr. PILLADO MONTERO, A., «Los pactos sucesorios en la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., págs. 65 y 67 y GARCÍA RUBIO, M.ªP., «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», cit., pág. 1.437.

⁴⁶¹ Cfr. GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico-familiar e sucesorio», cit., pág. 398.

Dilucidada la cuestión precedente, lo cierto es que, como es sabido, la Ley de Derecho civil de Galicia no contiene ninguna previsión expresa sobre las consecuencias que para el testamento se pueden derivar de una apartación posterior⁴⁶². En este sentido, para evitar los posibles inconvenientes que se pudieran derivar del silencio legal reseñado, algún autor ha sugerido, a modo de cautela, yuxtaponer a la escritura de la apartación un testamento que revoque los anteriores⁴⁶³.

En cualquier caso, aún reconociendo la conveniencia de una regulación legal al respecto, la referida yuxtaposición no sería, a nuestro juicio, necesaria para alcanzar el efecto revocatorio. En efecto, en aquellos supuestos en los que, como el que se analiza, el contenido del pacto sucesorio se hallase en contradicción con lo establecido en un testamento previo, el mero otorgamiento del pacto

⁴⁶² En contraste con lo que acontece en el Derecho gallego, en otras legislaciones en las que se admiten los denominados pactos sucesorios de renuncia —en términos más amplios, incluso, ya que los mismos no se circunscriben sólo a la legítima— se contempla expresamente la incidencia de dichos pactos sobre las disposiciones testamentarias. Así sucede en la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares en relación con la «definición» mallorquina y, mediatamente, con el «finiquito» de Ibiza y Formentera. En efecto, por lo que respecta a la definición, y en lo que a la legítima se refiere, el artículo 51 de la citada Compilación establece, en su párrafo primero, lo siguiente: «La definición deja sin efecto cualquier disposición testamentaria relativa a la legítima del descendiente, sea cual fuere la fecha del testamento»; asimismo, de acuerdo con el párrafo segundo del mencionado precepto: «Respecto a otras disposiciones testamentarias a favor del descendiente, serán válidas, en la definición limitada a la legítima, la institución de heredero y el legado con cargo a la porción libre, sea cual fuere la fecha del testamento (...)». En cuanto al finiquito, la normativa transcrita es igualmente aplicable en virtud de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 77, a cuyo tenor: «En lo no convenido por las partes será de aplicación la regulación de la definición mallorquina en cuanto fuere compatible con la función y significado usuales en Eivissa y Formentera».

⁴⁶³ Cfr. LOIS PUENTE, J.M., «Comentarios a los artículos 134 y 135 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 977.

sucesorio supondría, sin más, la revocación del testamento en aquello en que éste disintiese de aquél.

En definitiva, sobre la base de las anteriores observaciones podrían sentarse las dos conclusiones siguientes: en primer lugar, una apartación ulterior sólo incidirá sobre aquellas disposiciones del testamento mancomunado relativas a la legítima estricta del apartado; en segundo lugar, en tales supuestos, las disposiciones testamentarias se entenderán revocadas y reemplazadas por el contenido del pacto sucesorio.

IV. LA REVOCACIÓN UNILATERAL

1. INTRODUCCIÓN

La revocación unilateral del testamento mancomunado se halla regulada en los artículos 139 y 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia. Una lectura inicial de los citados preceptos permite constatar cómo el legislador gallego ha procedido a la sistematización de la materia en cuestión tomando como criterio rector el momento en que se produce la revocación. En otros términos, el legislador gallego ha establecido dos variantes de revocación unilateral en función de que los otorgantes del testamento mancomunado continúen estando vivos en el instante de la revocación (cfr. art. 139 LDCG) o que, por el contrario, uno de ellos haya ya fallecido (cfr. art. 140 LDCG).

En este sentido, el carácter terminante con que la Ley gallega fija en el artículo 139.1 el ámbito de operatividad de la revocación unilateral pudiera dar pie para entender que ésta, en puridad, sólo tendría lugar en vida de ambos otorgantes; fallecido uno de los testadores, más que de revocabilidad cabría hablar, en cambio, de irrevocabilidad. En efecto, de acuerdo con el referido artículo 139.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia, la

revocación unilateral del testamento mancomunado, en principio, «sólo podrá hacerla un cónyuge en vida del otro».

Sin embargo, la declaración contenida en el precepto transcrito no ha de ser interpretada de manera aislada. Antes bien, el extremo comentado debe ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 140 de la propia Ley gallega, que —como se tendrá ocasión de comprobar— circunscribe la irrevocabilidad *post mortem* a las disposiciones que tengan el carácter de recíprocamente condicionadas. De este modo, cabría sostener que el testamento mancomunado, *in genere*, puede ser revocado unilateralmente en cualquier momento; cuestión distinta es que en lo tocante a las disposiciones recíprocamente condicionadas el testamento conjunto devenga irrevocable tras el fallecimiento de uno de los otorgantes⁴⁶⁴.

Efectuada la precedente aclaración, a continuación se procederá al estudio del régimen jurídico de la revocación unilateral del testamento mancomunado en su doble variante: en vida de ambos testadores, por un lado; y fallecido uno de ellos, por otro.

2. LA REVOCACIÓN UNILATERAL EN VIDA DE AMBOS TESTADORES

2.1. Preliminares

El artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia contiene, en esencia, la regulación de la revocación del testamento mancomunado que uno de los otorgantes efectúa en

⁴⁶⁴ Haciéndose eco del exceso que representa la declaración del legislador en este punto, cfr., entre otros, MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 130; DÍAZ FUENTES, A., *Derecho civil de Galicia...*, cit., pág. 269; y LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.055.

vida del otro. En síntesis, la normativa gallega en este ámbito se restringe a dos aspectos concretos: por un lado, los efectos que se siguen de la revocación (cfr. art. 139.1 *in fine* LDCG); por otro, las formalidades que se requieren a tal fin (cfr. art. 139.2 LDCG).

En cuanto a los efectos de la revocación, cabe ya adelantar que los mismos se van a concretar en «*la ineficacia total de las disposiciones recíprocamente condicionadas*» (art. 139.1 LDCG). Por lo que respecta a las formalidades, la revocación unilateral del testamento mancomunado gallego en vida de ambos cónyuges se encuentra condicionada al cumplimiento de dos requisitos específicos: la observancia de la forma abierta notarial en el testamento por medio del cual se revoca el testamento conjunto; y la notificación de la revocación al otorgante no revocante (cfr. art. 139.2 LDCG).

El análisis de cada una de estas cuestiones va a constituir el núcleo de la siguiente exposición; ahora bien, debe ya advertirse que razones lógico-sistemáticas han aconsejado permutar el orden descriptivo establecido en la Ley. De esta manera, se acometerá inicialmente el tema de las formalidades que requiere la revocación unilateral y se concluirá con el estudio de los efectos que se derivan de la misma.

2.2. Formalidades

2.2.1. El testamento abierto notarial

La Ley de Derecho civil de Galicia supedita la revocación unilateral del testamento mancomunado en vida de ambos testadores al otorgamiento de un nuevo testamento. Éste habrá de revestir además la forma abierta notarial. En efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 139.2 de la citada Ley gallega, la

revocación «*tendrá que hacerse en testamento abierto notarial*»⁴⁶⁵.

El criterio seguido por el legislador gallego en este punto es ciertamente rígido. Y ello desde un doble punto de vista. En primer lugar, porque circunscribe la revocación unilateral del testamento mancomunado al otorgamiento de un nuevo testamento; es decir, en contraposición con la amplitud de medios de que disponen los propios otorgantes para proceder a su revocación de manera conjunta, cuando se trata de revocar unilateralmente, los pactos sucesorios quedan excluidos como instrumentos *ad hoc*⁴⁶⁶. En segundo lugar, el carácter restrictivo de la normativa gallega en esta sede se pone igualmente de manifiesto en el hecho de que la única forma testamentaria a través de la cual se puede operar la revocación unilateral es la abierta notarial⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ En cuanto a las demás legislaciones civiles que coexisten en España y que admiten el testamento mancomunado, la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón mantiene un criterio idéntico al del Derecho gallego. En efecto, de acuerdo con el artículo 106.4 del referido Cuerpo legal: «*Toda revocación o modificación unilateral en vida del otro testador deberá hacerse en testamento abierto ante Notario*». Por lo que respecta a las legislaciones de Navarra y del País Vasco, tanto la Compilación de Derecho civil foral (cfr. leyes 201 y 210) como la Ley de Derecho civil foral del País Vasco (cfr. arts. 51 y 175.2) adoptan un criterio más amplio: en ambas normativas no sólo no se limita la revocación unilateral al testamento sino que, además, al menos en lo que a Navarra se refiere, tampoco se condiciona la forma que ha de revestir el testamento revocatorio.

⁴⁶⁶ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., págs. 131–132 y LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.060.

⁴⁶⁷ Al respecto DÍAZ FUENTES (*Dereito civil de Galicia...*, cit., pág. 269) considera plenamente fundada la elección del legislador gallego: la forma abierta estaría justificada por cuanto que es la única que se conjuga con la notificación de la revocación prevista en la propia Ley; la forma notarial, a su vez, se explicaría porque las restantes formas del testamento abierto –esto es, en inminente peligro de muerte (cfr. art. 700 Cc) y en caso de epidemia (cfr. art. 701 Cc)–, revisten un carácter coyuntural.

En el fondo, el *modus operandi* del legislador gallego obedece a un intento de evitar que las expectativas sucesorias implícitas en las disposiciones recíprocamente condicionadas se vean quebrantadas por medio de una revocación clandestina. Esta manera de proceder encuentra además una lógica explicación en el hecho de que la propia Ley de Derecho civil de Galicia no fija ninguna regla para determinar cuándo una disposición reviste un carácter recíprocamente condicionado. Por tanto, ante el riesgo de revocar disposiciones correspectivas como si no lo fueran y, en consecuencia, de que el cónyuge no revocante pueda ver truncadas sus pretensiones sin tener conocimiento de ello, el legislador ha optado por someter la revocación de todas las disposiciones testamentarias –sin ningún género de distinción– a la observancia de la forma abierta notarial.

Con todo, aún reconociendo la coherencia que en este aspecto concreto reviste la regulación establecida en la Ley de Derecho civil de Galicia, no cabría descartar una posible flexibilización de la misma. Y es que, a nuestro juicio, en lo que al acto revocatorio se refiere podría establecerse, *lege ferenda*, un régimen diferenciado en función de la naturaleza de las cláusulas que se pretendiesen modificar. En efecto, si la finalidad del legislador al sujetar la revocación unilateral al otorgamiento de un testamento abierto notarial estriba en que el cónyuge no revocante tenga conocimiento de la revocación de las disposiciones correspectivas, siempre que se adopten mecanismos simultáneos tendentes a garantizar ese conocimiento, no habría razón alguna para que la revocación unilateral de las restantes disposiciones estuviera sometida a límites de índole formal tan estrictos. Es decir, en nuestra opinión, en tales casos cabría llevar a cabo la revocación de las disposiciones no correspectivas tanto por testamento, en sus diversas formas, como por pacto sucesorio⁴⁶⁸.

⁴⁶⁸ Para esta opinión, cfr., igualmente, MARTÍNEZ GARCÍA, M.A.,

Esta concepción amplia en cuanto a los actos a través de los cuales sería factible la revocación unilateral del testamento mancomunado se hallaría justificada por diversas razones. En este sentido, conviene tener presente, una vez más, que el objetivo perseguido con la exigencia del testamento abierto notarial –y la subsiguiente notificación de la revocación, como se tendrá ocasión de indicar– radica en evitar que las expectativas de uno de los otorgantes del testamento mancomunado resulten defraudadas por una revocación encubierta del otro cootorgante.

Admitido este extremo, lo cierto es que la adopción en el testamento conjunto de disposiciones no correspectivas por parte de quien revoca puede ser totalmente independiente de la voluntad *mortis causa* del testador no revocante. De este modo, podría colegirse que el riesgo de fraude reseñado no existiría en los supuestos de revocación de disposiciones que no estuviesen recíprocamente condicionadas. En otros términos, cabría cuestionarse, en buena lógica, la sujeción de la revocación de las disposiciones no correspectivas a unos rígidos requisitos de forma cuando las contingencias que se tratan de prevenir con esta medida no se suscitan en tales supuestos.

En relación con el planteamiento expuesto pudiera objetarse que la tarea de determinación de las cláusulas que revisten carácter correspectivo genera, en ocasiones, cierta incertidumbre. Especialmente cuando –como se ha señalado– la

«Del testamento mancomunado», cit., pág. 132. En sentido contrario –si bien sea de manera implícita– se pronuncian los autores de la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia, para quienes –pese a haber previsto en el inciso final del artículo 187.2 *in fine* que la correspectividad debe ser declarada («*A correspectividade non se presume*»)- el testamento abierto notarial continúa siendo el único medio para materializar la revocación del testamento mancomunado: «*A revogación do testamento mancomunado deberá facerse en testamento aberto notarial*» (art. 192.1 de la citada propuesta).

Ley de Derecho civil de Galicia no establece ninguna pauta al respecto⁴⁶⁹. Sin embargo, el alcance de esta observación ha de ser ponderada en sus justos términos. Y ello por cuanto que, a modo de medida complementaria, la propia Ley gallega *ad futurum* podría establecer una suerte de presunción sobre cuándo debe considerarse una disposición como correspectiva⁴⁷⁰. De esta manera, cualquier atisbo de duda sobre la forma en que se ha de proceder cuando se trate de revocar disposiciones testamentarias concretas quedaría desvanecida por completo.

Por otra parte, el hecho de excluir la revocación de las disposiciones no correspectivas del régimen general establecido en la Ley de Derecho civil de Galicia estaría también avalado por razones de índole económica. Como es sabido, la revocación debe ser objeto de una notificación posterior. Y dicha notificación, que —como se podrá constatar— sólo tendría sentido en caso de que se modificasen disposiciones correspectivas, entraña un coste económico cuyo montante, en ocasiones, no deja de ser considerable⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ En parecer expresado a propósito del Derecho aragonés anterior a la Ley de sucesiones por causa de muerte —pero perfectamente extrapolable al panorama jurídico gallego vigente— GARCÍA VICENTE, F., («Comentario al artículo 97 de la Compilación de Derecho civil de Aragón», en AA.VV., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, Vol. III, cit., pág. 238), sostiene que a los fines de determinar qué cláusulas del testamento mancomunado revisten carácter recíprocamente condicionado —como quiera que la revocación ha de hacerse en testamento abierto notarial— sería conveniente presentar al fedatario público la copia del testamento objeto de revocación. En cualquier caso, el citado autor no deja de reconocer que la labor del Notario en tales supuestos supone un juicio de valor, difícil de hacer en la práctica, máxime sin haber escuchado al otro otorgante.

⁴⁷⁰ De hecho, así acontece, como ya se ha tenido oportunidad de señalar, en el artículo 187.2 *in fine* de la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia, a cuyo tenor: «A correspectividade non se presume».

⁴⁷¹ Máxime en aquellos supuestos en los que el destinatario de la notificación no tiene su domicilio en el distrito de competencia del Notario

En cualquier caso, dejando al margen las consideraciones precedentes, la realidad es que, *lege data*, el único medio a través del cual cabe revocar unilateralmente el testamento mancomunado consiste en el otorgamiento de un testamento abierto notarial. Los requisitos que la forma abierta notarial comporta ya han sido objeto de exposición al abordar la intervención del Notario en el otorgamiento del testamento mancomunado. Por esta razón y a efectos de evitar reiteraciones innecesarias, pueden darse por reproducidas las consideraciones allí efectuadas⁴⁷².

Por último, en relación con el testamento abierto notarial en cuanto negocio jurídico apto para llevar a cabo la revocación unilateral de un testamento mancomunado previo, cabría aludir a la hipótesis, apuntada por ciertos autores, de que el testamento revocatorio pudiese ser, asimismo, mancomunado. En tales supuestos, en los que la notificación estaría implícita, bastaría —se dice— con que un cónyuge revocase y el otro no⁴⁷³.

Sin embargo, interesa resaltar que la circunstancia reseñada, independientemente de su limitado ámbito de aplicación, no sería suficiente para reputar la revocación como unilateral. Antes bien, se requeriría además que el cónyuge revocante no alterase el contenido de las disposiciones

encargado de notificar y se hace necesario requerir la actuación de otro fedatario público. En este sentido, resulta significativa la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de abril de 1965, en la que el alto centro directivo reconoce explícitamente entre los inconvenientes que ofrece este tipo de notificación «el encarecimiento del instrumento por la intervención de varios fedatarios» (cfr. GARCÍA GIL, M. y GARCÍA GIL, F.I., *Jurisprudencia registral, civil, mercantil e hipotecaria*, Librería Bosch, Barcelona, 1989, núm. 2121, Cdo. 4.º).

⁴⁷² Vid. *supra* el apartado III.3 del Capítulo segundo de este trabajo.

⁴⁷³ Cfr. GUTIÉRREZ ALLER, V., «Régime económico familiar e sucesorio», cit., pág. 403 y LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.060.

recíprocamente condicionadas. En efecto, cuando uno de los testadores pretende revocar disposiciones correspectivas, la intervención del otro testador –en principio, no revocante– en el acto de otorgamiento y la posterior manifestación de conformidad con el nuevo testamento supone también una revocación para este último; en el fondo, no estaría sino aceptando que sus cláusulas testamentarias surtieran efectos pese a haberse alterado aquello que, inicialmente, constituía su correlato. Por consiguiente, se trataría de un supuesto de revocación conjunta.

2.2.2. La notificación

A) Preliminares

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia, el Notario autorizante del testamento por el cual se opera la revocación de un testamento mancomunado previo habrá de notificar dicha revocación al otro otorgante⁴⁷⁴. Con esta medida se pretende advertir de la revocación al cónyuge no revocante para que éste pueda actuar en consecuencia y, en su caso, proceda a reordenar su voluntad sucesoria⁴⁷⁵. Y es que, conforme a la Ley de Derecho civil de Galicia, debe repararse en que la revocación unilateral del testamento mancomunado conlleva la ineficacia de las disposiciones recíprocamente condicionadas (cfr. art. 139.1 LDCG). Por lo tanto, si el cónyuge no revocante no desea que tenga lugar la apertura de la sucesión intestada respecto de aquello que constituye el

⁴⁷⁴ En principio, el legislador gallego concibe la notificación como notarial. Sin embargo, como se tendrá ocasión de examinar, en caso de que se desconociese el domicilio del notificado, la propia Ley de Derecho civil de Galicia admite la notificación por edictos.

⁴⁷⁵ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 135 y LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.060.

contenido de las disposiciones correspectivas revocadas, debe realizar un nuevo acto dispositivo.

Así las cosas, la Ley de Derecho civil de Galicia no contiene una regulación pormenorizada de la notificación de la revocación del testamento mancomunado. Antes bien, el legislador gallego se ha limitado a precisar únicamente tres cuestiones relacionadas con dicha notificación: el plazo, el lugar y los efectos (cfr. art. 139.2 LDCG). Acto seguido se acometerá el examen de esa normativa específica, intentando concretar, de antemano, la naturaleza del requisito en cuestión, por un lado, y la forma en que ha de practicarse, por otro.

B) Naturaleza

A tenor de lo establecido en el artículo 139.2 de la Ley de Derecho civil de Galicia el testamento abierto notarial a través del que se materializa la revocación unilateral del testamento mancomunado ha de ir secundado por la pertinente notificación. Con esta formalidad, como ya se ha indicado, se pretende que el cónyuge no revocante tenga conocimiento del acto revocatorio y adopte, cuando menos, las medidas que estime pertinentes en relación con sus disposiciones recíprocamente condicionadas. En suma, se trata de evitar que el equilibrio ínsito en las disposiciones correspectivas se vea alterado de una manera subrepticia por parte de uno solo de los otorgantes del testamento mancomunado.

Concretada la finalidad de la notificación en los términos que anteceden, cabría cuestionarse si ésta es siempre necesaria. En síntesis, dos son las hipótesis en las que, a nuestro juicio, habría que dilucidar el carácter preceptivo de la notificación. De una parte, aquellos casos en que la revocación unilateral del testamento mancomunado no afecta en absoluto a las disposiciones recíprocamente condicionadas. De otra parte, aquellos supuestos

en los que el otorgante no revocante ha tenido conocimiento de la revocación a través de medios distintos al de la notificación *stricto sensu*.

Por lo que respecta a la primera hipótesis, ha de recordarse que las disposiciones del testamento conjunto pueden guardar entre sí diversos grados de relación. Es posible que entre las disposiciones de los otorgantes no medie ningún tipo de unión, de suerte tal que las expectativas de cada uno de ellos sean independientes entre sí. Pero también puede ocurrir que entre las disposiciones en cuestión exista una vinculación directa, de modo que la voluntad de cada testador dependa de los beneficios que para él —u otra persona por él designada— se derivan de las disposiciones del otro⁴⁷⁶. Pues bien, en nuestra opinión, sólo de existir cierta vinculación entre las disposiciones de los cónyuges concurriría el supuesto fáctico que justificaría la exigencia de la notificación⁴⁷⁷. En los demás casos, la revocación unilateral del testamento mancomunado no alteraría las expectativas sucesorias de los otorgantes y, en consecuencia, haría innecesaria la notificación.

Sea como fuere, lo cierto es que de la literalidad de la Ley de Derecho civil de Galicia se desprende la práctica de la notificación de la revocación unilateral, con independencia de que las cláusulas afectadas tengan o no carácter corresponsivo⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ *Vid.*, al respecto, los apartados 1 y 2 del epígrafe IV del Capítulo primero de este trabajo.

⁴⁷⁷ En relación con el Apéndice de Derecho civil de Aragón, mantienen el mismo criterio LACRUZ BERDEJO, J.L., en las anotaciones a BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, cit., pág. 126 y TEIXEIRA GRACIANETA, A., «El testamento mancomunado aragonés», cit., pág. 132.

⁴⁷⁸ En la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia tampoco se exceptiona, al menos *expresis verbis*, la práctica de la notificación en el caso de que las disposiciones revocadas no revistiesen naturaleza recíprocamente condicionada. Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que

En este sentido, pudiera pensarse que, en el fondo, el legislador gallego pretende impedir que se vea quebrantada la confianza de los cónyuges al haberse comunicado entre sí sus disposiciones. A nuestro juicio, en cambio, esa confianza de los cónyuges no es objeto de tutela específica por parte de la Ley de Derecho civil de Galicia. Y ello por las razones siguientes:

En primer lugar, debe tenerse presente que la publicidad de las disposiciones de los otorgantes del testamento mancomunado es consustancial al propio testamento. Y, en este sentido, bien pudiera suceder que el hecho de hacerse partícipes de las disposiciones en cuestión fuese un factor ajeno a la voluntad de los testadores y que éstos lo hubieran asumido como algo inevitable.

Pero es que, además, si se entiende que la medida adoptada por el legislador tiende a proteger la confianza que se deriva de la publicidad recíproca de las disposiciones de los testadores, en última instancia, se estaría configurando todo testamento mancomunado como testamento correspectivo. En último término, cada uno de los testadores no habría hecho notorias sus disposiciones si el otro testador no hubiera procedido de la misma manera. Sin embargo, este extremo aparece contradicho por la regulación que de los efectos de la revocación unilateral efectúa la propia Ley. Y es que, como se tendrá ocasión de señalar, el artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia anuda al acto de la revocación unilateral *«la ineficacia total de las disposiciones recíprocamente condicionadas»*. En otras palabras, si la confianza reseñada fuera objeto de protección, la ineficacia tendría que venir referida, en buena lógica, a la totalidad de las

la notificación de la revocación de disposiciones no correspectivas se concibe con mayor laxitud que la de las disposiciones correspectivas, toda vez que, tratándose de las primeras –y conforme al art. 192.2 *in fine* de la propuesta– la falta de notificación *«no afectará a la validez de la revocación»*.

disposiciones del testamento mancomunado y no sólo a las disposiciones correspectivas⁴⁷⁹.

En definitiva, la literalidad del artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia parece excluir la posibilidad de omitir el trámite de la notificación cuando se trate de revocar unilateralmente disposiciones que no revisten carácter recíprocamente condicionado. Sin embargo, a nuestro juicio, con fundamento en una interpretación teleológica del requisito mismo cabría replantearse la conveniencia de la notificación en tales supuestos.

Examinada la cuestión precedente, debe enjuiciarse ahora el carácter necesario de la notificación en aquellos supuestos en que el testador no revocante tiene conocimiento de la revocación por otro medio distinto.

El tema reviste una especial significación a la vista de diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo. En este sentido, debe advertirse de entrada que la doctrina contenida en esas resoluciones fue formulada en relación con el artículo 19 del Apéndice de Derecho civil de Aragón; ahora bien, ello no obsta para que, *mutatis mutandi*, las consideraciones en cuestión sean perfectamente extrapolables al ámbito jurídico gallego.

En lo que ahora importa, el referido artículo 19 del Apéndice requería en orden a la revocación unilateral del testamento mancomunado la notificación de la misma al cootorgante no revocante⁴⁸⁰. Sin embargo, la exigencia de este

⁴⁷⁹ De hecho, así acontece tanto en el Derecho civil del País Vasco –en lo que a Vizcaya se refiere–, donde la «revocación unilateral del testamento mancomunado, o de cualquiera de sus cláusulas, hará ineficaces todas sus disposiciones» (art. 51, párr. 2.º, LDCFPV), como en el Derecho civil de Navarra, en el que, a falta de previsión en sentido contrario, «la revocación dejará sin efecto la totalidad de las disposiciones contenidas en el testamento» (ley 201 CDCFN).

⁴⁸⁰ Conforme al párrafo primero del artículo 19 del Apéndice de Derecho

requisito fue matizada en sendas resoluciones del Tribunal Supremo: de 26 de septiembre de 1929, la primera de ellas⁴⁸¹; y de 18 de mayo de 1959, la segunda⁴⁸².

En la primera de las sentencias señaladas, el Tribunal Supremo tuvo que examinar si el conocimiento de la revocación a través del Notario, aunque sin mediar notificación solemne, hacía innecesaria la práctica de ésta⁴⁸³. Al respecto, atendiendo a razones de justicia, el Alto Tribunal consideró que la literalidad del artículo 19 del Apéndice de Derecho civil de Aragón no resultaba concluyente en orden a aplicar el requisito de la notificación previa de la revocación de manera restrictiva; antes bien, de acuerdo con la finalidad de la norma y dado que los

civil de Aragón: *«El testamento otorgado de mancomún puede ser revocado, no sólo por ambos cónyuges en esta misma forma, sino también por voluntad de uno de ellos, con tal que antes de verificarlo haya notificado su intención, por medio de Notario, al otro cónyuge».*

⁴⁸¹ JC, Tomo 191 (noviembre y diciembre), núm. 84, págs. 416-422.

⁴⁸² JC, Primera Serie, Tomo LXXIX (mayo), núm. 324, págs. 494-511.

⁴⁸³ Los hechos que dan lugar al fallo del Tribunal Supremo pueden concretarse en los siguientes: 1) En fecha de 21 de junio de 1885 los cónyuges D. C.P. y Dña. E.A. otorgan testamento mancomunado en el que se instituyen recíprocamente herederos; 2) En fecha de 28 de marzo de 1926 Dña. E.A. otorga un nuevo testamento unipersonal por medio del cual revoca su testamento anterior e instituye herederos a sus hermanos y a un sobrino y nombra legatario a D. F.L.M.; 3) D. C.P. tuvo conocimiento de la voluntad revocatoria de su mujer, percatándose, asimismo, de la presencia en su casa del Notario por el tiempo necesario para autorizar el testamento; 4) Fallecida Dña. E.A., D. C.P. impugna el testamento otorgado por su esposa el 28 de marzo de 1926 alegando, entre otros extremos, que Dña. E.A. no le notificó su intención de revocarlo, con carácter previo y por medio de Notario, tal y como preveía el Apéndice de Derecho civil de Aragón; 5) Tanto el Juzgado de Primera Instancia de Tarazona, inicialmente, como la Audiencia Territorial de Zaragoza, en un momento posterior, estiman las pretensiones de D. C.P.; 6) D. F.L.M., legatario de Dña. E.A. en el testamento de 28 de marzo de 1926, interpone el recurso de casación que da lugar al fallo comentado.

términos en los que estaba redactada así lo consentía, su aplicación había de hacerse teniendo en cuenta las circunstancias del caso⁴⁸⁴. Por esta razón, el Tribunal Supremo consideró que el requisito previo de notificar no implicaba la necesidad de que el otorgante requiriera al Notario para manifestar su propósito, sino que era suficiente con que se hiciese «en forma lo bastante eficaz» para que el cotestador, si así lo quisiera, pudiese disponer con igual libertad que el revocante⁴⁸⁵.

La posición que adopta el Tribunal Supremo en esta sentencia fue objeto de cierta crítica por parte de algunos autores. En síntesis, se advertía del indudable riesgo que en la práctica entrañaba distinguir entre requisitos esenciales más y menos solemnes, al tiempo que se demandaba una interpretación rígida de las solemnidades testamentarias⁴⁸⁶.

Sin embargo, las objeciones apuntadas por la doctrina fueron rebatidas de manera implícita por el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de mayo de 1959⁴⁸⁷. En esta

⁴⁸⁴ Cfr. Cdo. 1.º

⁴⁸⁵ Cfr. Cdo. 3.º

⁴⁸⁶ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J. y BONET RAMÓN, F., «Jurisprudencia del T.S.: Civil», en *RD*, Tomo XIX, 1932, pág. 117. Al hilo de esta sentencia, LACRUZ (en las anotaciones a BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, cit., pág. 126) considera «equitativa» la decisión del Tribunal Supremo, aun cuando la misma no respondiese al auténtico sentido del artículo 19 del Apéndice.

⁴⁸⁷ Los hechos que desembocan en casación pueden sintetizarse de la siguiente manera: 1) Los cónyuges D. J.D.C.G. y Dña. F.P.M. otorgan testamento mancomunado el 10 de octubre de 1918; 2) El 25 de octubre de 1939 ambos esposos otorgan ante el mismo Notario, sin separarse del despacho, y en un intervalo de 20 minutos, sendos testamentos individuales por medio de los cuales revocan el precedente testamento mancomunado; 3) Posteriormente, D. J.D.C.G. otorga testamentos sucesivos que culminan con el de fecha 19 de mayo de 1951; 4) D. J.I.C.P. impugna el testamento últimamente referido alegando que la ordenación de la sucesión de D. J.D.C.G. se halla en el testamento mancomunado de 1918,

resolución, el Alto Tribunal hubo de pronunciarse nuevamente sobre la necesidad de la notificación en caso de mediar el conocimiento cierto del propósito revocatorio. En este sentido, el Tribunal Supremo no pudo ser más explícito al señalar que el requisito de la notificación carecía de valor *ad solemnitatem* y que tan sólo cabría admitirlo con el valor de un medio *ad probationem*. De esta manera, el Tribunal concluye que la práctica de la notificación, lejos de entenderse en términos rigurosos, ha de atemperarse en la práctica cuando por las circunstancias del caso quede acreditado el conocimiento de la revocación por parte del cónyuge no revocante⁴⁸⁸.

En suma, con fundamento en la jurisprudencia comentada cabría colegir los dos extremos siguientes: En primer lugar, la notificación no constituye sino un medio para atestiguar el conocimiento de la revocación del testamento mancomunado por parte del otorgante no revocante. En segundo lugar, lo verdaderamente relevante es ese conocimiento; de ahí que, atendiendo al espíritu y finalidad del requisito previsto en la Ley, la notificación no resulte imprescindible cuando a través de otros medios —que si bien no revisten su solemnidad— quede acreditado el acto de la revocación.

C) Forma

La Ley de Derecho civil de Galicia atribuye el cometido de notificar la revocación unilateral del testamento mancomunado

toda vez que éste no puede considerarse revocado en forma por no haberse observado el requisito de la notificación previsto en la legislación aragonesa; 5) Tanto el Juzgado de Primera Instancia de Calatayud, por sentencia de 16 de febrero de 1955, como la Audiencia Territorial de Zaragoza, en grado de apelación, por sentencia de 1 de diciembre de 1955, desestiman las pretensiones de D. J.I.C.P.; 6) D. J.I.C.P. recurre en casación dando lugar al fallo del Tribunal Supremo.

⁴⁸⁸ Cfr. Cdo. 3.º

al Notario autorizante del testamento revocatorio (cfr. art. 139.2 LDCG). Con ello, el legislador gallego parece concebir la notificación en cuestión como una auténtica notificación notarial.

Sin embargo, debe advertirse que la notificación por medio del Notario no constituye el único cauce legal para dar a conocer el extremo de la revocación del testamento conjunto; de hecho, el artículo 139.2 de la Ley gallega, después de establecer que «(...) *el Notario autorizante habrá de notificar (...) la revocación (...) en el domicilio determinado por los cónyuges al otorgar el testamento mancomunado o en el que especialmente señale el revocante*», contempla la posibilidad de notificar por edictos «*si no fuese conocido el domicilio*» de la persona a quien se dirige la notificación⁴⁸⁹.

En síntesis, la Ley de Derecho civil de Galicia arbitra dos mecanismos genéricos a los fines de notificar la revocación unilateral del testamento mancomunado: la notificación notarial *stricto sensu*, por un lado; y la notificación edictal, por otro.

Así las cosas, interesa resaltar, aquí, que la comunicación edictal reviste un carácter supletorio, en el sentido de que resultará pertinente no sólo cuando se ignore el domicilio del destinatario, sino también en aquellos otros supuestos en los que

⁴⁸⁹ La notificación de la revocación del testamento mancomunado por medio de edictos no figuraba en ninguno de los dos textos que sirvieron de referencia para la elaboración de la Ley de Derecho civil de Galicia (cfr. arts. 92 y 94 del Trabajo elaborado por el *Consello da Cultura Galega* sobre el Derecho civil gallego y de la Propuesta de Compilación de Derecho civil de Galicia de 22 de marzo de 1991, respectivamente); sin embargo, fue introducida por el artículo 124 de la Proposición de Ley de 22 de junio de 1994 (*BOPG* núm. 90, de 23 de junio). En relación con este tema, no resulta ocioso señalar que la notificación de la revocación unilateral del testamento mancomunado a través de edictos ya no se contempla en la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia (cfr. art. 192.2 y 3).

la práctica de la notificación notarial haya sido infructuosa⁴⁹⁰. En todo caso, ello no implica que el Notario esté facultado para realizar la notificación de la revocación del testamento mancomunado por medio de edictos sin haber constatado, con carácter previo, la imposibilidad de practicarla personalmente.

Esta jerarquía entre los distintos medios existentes a los fines de notificar la revocación unilateral del testamento mancomunado no ha sido establecida de manera expresa por la Ley de Derecho civil de Galicia⁴⁹¹. Sin embargo, la trascendencia que el legislador gallego atribuye al domicilio real —unida a razones de prudencia— coadyuvaría a entender que el Notario, en primer término, tratará de llevar a cabo una notificación notarial en sentido técnico y sólo en su defecto recurrirá a los edictos⁴⁹². Asimismo, en este orden de ideas no deja de ser significativo que en sede procesal constituya un imperativo el hecho de agotar todos los medios de notificación con carácter previo a la comunicación por edictos⁴⁹³.

⁴⁹⁰ La equiparación entre los supuestos de notificación notarial inoperante —v.gr., por no coincidir el lugar designado al efecto con el real— y notificación en caso de desconocerse el domicilio del notificado es también sostenida por MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 136 y LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.063.

⁴⁹¹ En el Derecho civil de Navarra, en cambio, el carácter subsidiario de la notificación de la revocación unilateral del testamento de hermandad por medio de edictos puede ser inferido de la necesidad de acreditar, de antemano, el desconocimiento del paradero de la persona a quien se haya de notificar «mediante acta de notoriedad o información ad perpetuam memoriam» (ley 201.2), a cuyo fin, el Notario podrá practicar «cuantas pruebas estime necesarias» fuesen o no propuestas por el requirente (cfr. art. 209 RN).

⁴⁹² Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 134.

⁴⁹³ A título meramente ejemplificativo, baste señalar que el artículo 164 de la Ley de enjuiciamiento civil supetida la notificación en cuestión a la circunstancia de no poder conocer el domicilio del destinatario de la

Delimitado de este modo el ámbito funcional de las dos modalidades de notificación previstas en la Ley de Derecho civil de Galicia, a continuación se procederá al examen de cada una de ellas.

1) La notificación notarial

Otorgado el testamento revocatorio, el Notario autorizante *«habrá de notificar al cónyuge la revocación»* (art. 139.2 LDCG). Se trata, como señala LETE DEL RÍO, de una obligación legal que el fedatario público ha de cumplir en tiempo y en forma⁴⁹⁴. En otros términos, se está en presencia de una de las excepciones legales al principio de actuación rogada que preside la intervención notarial (cfr. art. 3.º, párr. primero, RN)⁴⁹⁵. Y la consecuencia que se deriva de ello estriba en que la notificación de la revocación unilateral del testamento mancomunado no precisa del requerimiento previo por parte del testador revocante⁴⁹⁶.

comunicación, de no poder hallársele ni efectuarse la comunicación con todos sus efectos, o bien de que el tribunal lo haya acordado tras haberse dirigido al Registro central de rebeldes civiles.

⁴⁹⁴ Cfr. «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.061.

⁴⁹⁵ De acuerdo con el párrafo primero del artículo 3.º del Reglamento notarial: *«El Notariado, como órgano de jurisdicción voluntaria, no podrá actuar nunca sin previa rogación del sujeto interesado, excepto en casos especiales legalmente fijados»*.

⁴⁹⁶ En sentido contrario –aunque en términos no concluyentes– se pronuncia GUTIÉRREZ ALLER, V. («Régime económico-familiar e sucesorio..»), cit., pág. 402). A juicio de este autor, resulta más lógico entender que el artículo 139.2 de la Ley de Derecho civil de Galicia impone al Notario la obligación de notificar la revocación, siempre y cuando medie el requerimiento previo por parte del testador revocante; y ello porque puede ocurrir que el Notario desconozca la existencia del testamento revocado y, en consecuencia, el domicilio fijado para la revocación. Ahora bien, al hilo de esta observación cabría argumentar que, a los fines de practicar la citada notificación, nada

En cuanto a la forma en que ha de practicarse la notificación notarial, la Ley de Derecho civil de Galicia únicamente hace referencia expresa al lugar. Cabe ya adelantar, por tanto, que el silencio del legislador gallego en este punto debe ser suplido por la normativa contenida en el Reglamento notarial. Así se infiere del artículo 206 del referido Cuerpo reglamentario, de acuerdo con el cual, en defecto de una regulación específica «*en cuanto a domicilio, lugar, personas con quienes deban entenderse las diligencias, o cualesquiera otros*», serán aplicables las formalidades establecidas con carácter general en los artículos 202 y concordantes del citado Reglamento (cfr. art. 206 RN)⁴⁹⁷.

En resumen, con las salvedades establecidas en la propia Ley de Derecho civil de Galicia en relación con el domicilio, la notificación de la revocación del testamento mancomunado se ajustará a las reglas previstas para las actas de notificación (cfr. arts. 202 y ss. RN).

El trámite de la notificación debe comenzar, pues, con la

impide al Notario recabar la colaboración del testador revocante; sin perjuicio de que, *lege ferenda* –tal y como se contempla en el artículo 106.4 del Código de sucesiones por causa de muerte de Aragón– se establezca legalmente ese deber de cooperación. Idéntico parecer al de GUTIÉRREZ ALLER es mantenido, si bien de manera implícita, por MARTÍNEZ GARCÍA, M.A. («Del testamento mancomunado», cit., pág. 132) al señalar que en el propio cuerpo del testamento revocatorio ha de dejarse constancia «de la intimación al notario para que practique la notificación».

⁴⁹⁷ Conforme al artículo 206 del Reglamento notarial: «*Las notificaciones o requerimientos previstos por las leyes o Reglamentos sin especificar sus requisitos o trámites se practicarán en la forma que determinen los artículos precedentes. Pero cuando aquellas normas establezcan una regulación específica en cuanto a domicilio, lugar, personas con quienes deban entenderse las diligencias, o cualesquiera otros, se estará a lo especialmente dispuesto en tales normas, sin que sean aplicables las reglas del artículo 202 y concordantes de este Reglamento*».

personación del Notario en el lugar preceptivo, dando a conocer su condición de fedatario público y el propósito de su presencia⁴⁹⁸. En cuanto al lugar en cuestión, la Ley de Derecho civil de Galicia contempla dos alternativas: «*el domicilio determinado por los cónyuges al otorgar el testamento mancomunado*», por un lado; y el domicilio «*que especialmente señale el revocante*», por otro (cfr. art. 139.2 LDCG)⁴⁹⁹.

En el ámbito doctrinal, se ha señalado que ninguno de los domicilios referidos posee carácter exclusivo ni preferente⁵⁰⁰. Sin embargo, el hecho de que la Ley no lo haya establecido expresamente no obsta para que sea factible una cierta gradación entre los domicilios en los que cabe notificar la revocación unilateral del testamento mancomunado. En efecto, a nuestro juicio, la notificación ha de intentarse en primer término en el domicilio designado por el revocante; y, solo en defecto de

⁴⁹⁸ En cualquier caso, interesa señalar aquí que la omisión formal del Notario de identificarse como tal ante el destinatario de una notificación y no indicarle el carácter notarial de su actuación no implica que la notificación sea clandestina, sino simplemente que dichos extremos no quedarían amparados por la fe pública notarial (cfr. la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de agosto de 1993, en *Código Notarial*, cit., pág. 310).

⁴⁹⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, M.A. («Del testamento mancomunado», cit., pág. 133) ha considerado que la expresión legal «*domicilio determinado por los cónyuges al otorgar el testamento mancomunado*» encierra un doble supuesto: el domicilio que, a efectos de la notificación de la revocación, hayan acordado los cónyuges en el testamento conjunto; y, a falta de cualquier designación, el domicilio que como de los revocantes figure en el testamento mancomunado objeto de revocación. En este sentido, debe reconocerse que los términos de la Ley consienten, perfectamente, la interpretación realizada por MARTÍNEZ GARCÍA, sin que a ello obste el hecho de que el legislador gallego, al fijar las consecuencias que se derivan de la imposibilidad de practicar la notificación por no coincidir la dirección señalada con la real, haga mención expresa a «*ambos supuestos (...)*».

⁵⁰⁰ Cfr. GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico-familiar e sucesorio...», cit., pág. 403.

designación –o bien cuando la notificación resultase infructuosa– procedería la práctica de la misma en el domicilio designado en el testamento mancomunado⁵⁰¹.

Esta primacía del domicilio señalado por el revocante vendría avalada, sobre todo, por el interés del propio testador en que se practique la notificación y que, dados los efectos que se siguen de la falta de la misma, harían inconcebible cualquier intento por su parte de ocultar o falsear el domicilio real. En íntima conexión con lo expuesto, no puede obviarse que en el lapso de tiempo intermedio entre el otorgamiento del testamento mancomunado y su revocación, el domicilio inicialmente previsto en el testamento conjunto pudo haber variado; de ahí que ante la designación de un domicilio diferente por parte del revocante, no resulte extraño suponer *a priori* que el destinatario de la notificación se halla en dicho domicilio y no en el determinado en el testamento.

Personado el fedatario en el lugar correspondiente, si el destinatario de la notificación no se hallase, el Notario está facultado para entender la diligencia con cualquier persona que allí se encuentre y, en última instancia, con el *«portero o conserje del inmueble o con un vecino del mismo o de los más próximos, si se prestare a ello»* (art. 202, párr. 2.º, RN).

⁵⁰¹ También admite una jeraquía entre los domicilios en los que se debe notificar la revocación unilateral del testamento mancomunado MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., («Del testamento mancomunado», cit., pág. 135) y LETE DEL RÍO, J.M., («Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.064), si bien este autor confiere preeminencia al domicilio consignado en el testamento mancomunado en detrimento del señalado por el revocante. En la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia, en cambio, ya no cabría plantearse la cuestión, toda vez que el artículo 192.3 prevé la notificación de la revocación de las disposiciones correspondientes de manera cumulativa en ambos domicilios: *«no domicilio señalado no propio testamento así como no indicado polo revogante»*.

La notificación se verificará mediante entrega de cédula, copia o carta que, suscrita por el Notario al menos con media firma, contendrá el texto literal de la comunicación y expresará el derecho de contestación del destinatario y su plazo (cfr. art. 202, párr. 3.º, RN)⁵⁰². Este derecho de contestación por parte del destinatario de la notificación carece de un contenido propio; y ello por cuanto que las actas de notificación no revisten carácter intimatorio. En cualquier caso, dados los términos en que se pronuncia el Reglamento notarial que contempla el derecho en cuestión respecto de toda notificación, no habría razones para eliminar la facultad de que dispone el notificado para alegar lo que estime oportuno⁵⁰³.

En el supuesto de que la diligencia se entendiera con persona distinta del destinatario, el Notario podrá entregar la cédula, copia o carta bajo sobre cerrado advirtiendo, en todo caso, al receptor de su obligación de hacer llegar al destinatario el documento que se le entrega. Este extremo, así como la advertencia y respuesta que recibiera, deberá ser consignado por el Notario en la propia diligencia (cfr. art. 202, párr. 3.º, RN).

Por último, a los fines de practicar la notificación el Notario, de manera discrecional –y en la medida en que la Ley de Derecho civil de Galicia no lo prohíbe– dispone de la posibilidad de enviar la cédula, copia o carta por correo certificado con acuse de recibo (cfr. art. 202, párr. 5.º, RN)⁵⁰⁴. En tales casos, el

⁵⁰² En cuanto a los restantes requisitos formales de la cédula, copia o carta, cabe señalar que las mismas pueden ir extendidas en papel común, no siendo necesario dejar en la matriz nota de su expedición; a este respecto, se estima suficiente indicar el carácter con que se expide y su fecha, así como la de su entrega (cfr. art. 202, párr. 4.º, RN).

⁵⁰³ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 132.

⁵⁰⁴ En relación con la notificación notarial cumplimentada a través del correo certificado con acuse de recibo, MARTÍNEZ GARCÍA, M.A. («Del testamento mancomunado», cit., pág. 132) considera insuficiente la remisión de carta

fedatario habrá de plasmar sucesivamente en el acta las diligencias correspondientes (cfr. art. 202, párr. 8.º, RN).

En definitiva, en cualquiera de las formas indicadas la notificación quedará cumplimentada y se tendrá por hecha (cfr. art. 202, párr. 9.º, RN). Ahora bien, es factible que el Notario no pueda llevar a cabo la notificación de la revocación unilateral del testamento mancomunado en los términos expuestos. En tales hipótesis la Ley de Derecho civil prevé la notificación edictal.

2) La notificación por edictos

Como se ha señalado, en aquellos casos en que el domicilio de la persona a quien se debe notificar la revocación del testamento mancomunado no resulta conocido —o bien cuando la práctica de la notificación notarial ha sido infructuosa— la Ley de Derecho civil de Galicia contempla la posibilidad de efectuar dicha notificación por medio de edictos⁵⁰⁵.

comunicando la revocación; ello, porque la Ley gallega exige una auténtica notificación notarial. Al hilo de esta observación, se considera oportuno precisar que, a nuestro juicio, MARTÍNEZ GARCÍA está aludiendo a la insuficiencia de la remisión de carta comunicando la revocación con intervención notarial a través de correo certificado con acuse de recibo (cfr. art. 201 RN) y no del acta de notificación mediante remisión de carta por correo certificado con acuse de recibo. Desde un plano teórico, las diferencias entre unas y otras actas son nítidas y podrían concretarse, en síntesis, en las tres siguientes: en las actas de remisión de documentos por correo no queda acreditado el acto de la entrega; el destinatario de las mismas no tiene derecho de contestación; y tales actas pueden ser dirigidas, inclusive, a domicilios en los que el Notario no tiene competencia territorial. Sin embargo, en la práctica, la distinción no resulta tan sencilla ya que la intervención del Notario en ambos supuestos es prácticamente la misma (cfr., GOMÁ SALCEDO, E., «Las actas y los testimonios en la reforma del Reglamento notarial. Operada por Real Decreto 1209/84, de 8 de Junio», en *RDN*, núm. CXXXIV (abril-junio), 1984, págs. 351-353 y 361).

⁵⁰⁵ La comunicación de la revocación por medio de edictos se halla igualmente prevista en el Derecho navarro para el testamento de hermandad (cfr. ley 202 CDCFN). Por el contrario, ni la Ley de Derecho civil foral del

El legislador gallego no ha establecido ninguna previsión ulterior acerca de esta modalidad de notificación. En otras palabras, el articulado de la Ley de Derecho civil de Galicia no hace mención alguna a los medios en que han de ser publicados los edictos por los cuales se notifica la revocación unilateral del testamento mancomunado⁵⁰⁶.

Este silencio legal acerca de la forma concreta de publicación de los edictos ha permitido afirmar a MARTÍNEZ GARCÍA que el Notario autorizante dispone de un cierto margen de actuación. Y ello en el sentido de que el fedatario público, además de las publicaciones que solicite el revocante, debe efectuar aquellas otras que estime necesarias dadas las circunstancias del caso y atendiendo a la finalidad de la notificación⁵⁰⁷. Ahora bien, esta discrecionalidad no puede traducirse, en ningún caso, en arbitrariedad. De ahí los esfuerzos de la doctrina por ofrecer una norma de mínimos en relación con los medios en que deben ser anunciados los edictos⁵⁰⁸.

País Vasco (cfr. arts. 51 y 175.2) ni la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón (cfr. art. 106.4) prevén la referida notificación edictal, lo que ha sido considerado por GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. («Comentario a la ley 202 del Fuero Nuevo de Navarra», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXVII, Vol. 1.º, cit., págs. 870-871) una «importante laguna legislativa frente a la realidad jurídica actual», en la que situaciones tales como la separación de hecho, el abandono del hogar familiar u otras similares encuentran cierto eco.

⁵⁰⁶ La Compilación de Derecho civil foral de Navarra, en cambio, regula expresamente esta cuestión en la ley 201.a).2, estableciendo al respecto que los edictos habrán de publicarse «en el «Boletín Oficial del Estado», en el de la provincia y en uno de los periódicos de mayor circulación del último domicilio conocido».

⁵⁰⁷ Cfr. «Del testamento mancomunado», cit., pág. 134.

⁵⁰⁸ Al respecto resulta altamente significativa la opinión de LETE DEL RÍO, J.M. («Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.064) para quien la determinación del medio o lugar en que han de

En este orden de ideas, habría que destacar dos propuestas doctrinales concretas. La primera de ellas –formulada por MARTÍNEZ GARCÍA– propugna la publicación de los edictos en un diario o Boletín Oficial y en uno de los periódicos de mayor circulación en el lugar del posible o del último domicilio conocido⁵⁰⁹. De acuerdo con la segunda propuesta –realizada por LETE DEL RÍO– los requisitos apuntados van a verse extremados, toda vez que el Notario debe disponer la publicación de los edictos en el tablón de anuncios del Ayuntamiento en el que el destinatario de la notificación tuviere el último domicilio conocido, en el periódico de mayor circulación en dicho lugar, en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente y en el *Boletín Oficial del Estado*⁵¹⁰.

La cuestión, como reconoce el propio MARTÍNEZ GARCÍA, es, en cualquier caso, opinable⁵¹¹. De hecho, en función de las combinaciones entre los distintos medios de difusión posibles, cabría proponer otras alternativas igualmente válidas. A nuestro juicio, sería suficiente que los edictos se publicasen en el *Boletín Oficial del Estado* y en uno de los periódicos de mayor difusión en el lugar en que el destinatario hubiese tenido su último domicilio conocido. En última instancia, se trata de que el destinatario de la notificación tenga, en potencia, la posibilidad de conocer el hecho relativo a la revocación del testamento mancomunado. Y con la publicación de los edictos en los medios apuntados la referida finalidad quedaría razonablemente asegurada.

publicarse los edictos, lejos de dejarse al arbitrio del Notario, debiera haberse especificado.

⁵⁰⁹ Cfr. «Del testamento mancomunado», cit., pág. 134.

⁵¹⁰ Cfr. «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.064.

⁵¹¹ Cfr. «Del testamento mancomunado», cit., pág. 134.

En efecto, la inserción de los edictos en el *Boletín Oficial del Estado*, dada su cobertura nacional, haría redundante en cierta medida su inclusión en el Diario Oficial de una Comunidad Autónoma. De igual manera, la publicación de los edictos en uno de los periódicos de mayor difusión en el lugar donde el destinatario hubiese tenido su último domicilio conocido haría innecesario su fijación en el tablón de anuncios del Ayuntamiento.

D) Contenido

Por lo que respecta al contenido de la notificación, la Ley de Derecho civil de Galicia se limita a señalar que «*el Notario autorizante habrá de notificar al otro cónyuge la revocación o modificación*» (art. 139.2 LDCG). Con fundamento en el precepto parcialmente transcrito, cabría colegir que la notificación tiene por objeto el sólo hecho de la revocación o modificación⁵¹². Este extremo vendría corroborado, asimismo, por las consecuencias que la propia Ley gallega anuda a la revocación unilateral. En efecto, si como dispone el artículo 139.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia la revocación unilateral produce la «*ineficacia total de las disposiciones recíprocamente condicionadas*», cualquier otro contenido de la notificación, al margen del hecho mismo de la revocación, resultaría superfluo. En otros términos, no sería necesario precisar las concretas disposiciones que se han revocado, porque, en todo caso, el cónyuge no revocante ha de volver a ordenar su voluntad sucesoria en relación con el contenido de las cláusulas recíprocamente condicionadas.

⁵¹² El contenido de la notificación aparecía concretado con mayor nitidez en el artículo 94 de la Propuesta legislativa de Compilación de la Comisión no permanente, al señalar como objeto de la misma «*el simple hecho de la revocación o de la modificación*». En similares términos, se pronuncia el artículo 106.4 del Código de sucesiones por causa de muerte de Aragón, que impone al Notario la obligación de notificar «*el mero hecho del nuevo otorgamiento*».

Ahora bien, como se tendrá ocasión de exponer, sería posible concebir la correspectividad y, por tanto, los efectos que se siguen de la revocación unilateral en términos menos categóricos. A este respecto, cabe ya adelantar que, en nuestra opinión, la revocación de una disposición correspectiva podría conllevar únicamente la ineficacia de aquellas otras condicionadas con la misma, quedando al margen la eficacia de las restantes. De admitirse esta consideración, el contenido de la notificación habría de variar forzosamente: ya no podría circunscribirse al hecho de la revocación en sí mismo considerado, sino que debería hacer referencia a las concretas disposiciones revocadas⁵¹³.

Por otra parte, la circunstancia de que la notificación deba contener una mención de las disposiciones revocadas no implica que el contenido de las nuevas disposiciones testamentarias del revocante tenga que hacerse público para el cónyuge no revocante. En otros términos, el secreto de las disposiciones del revocante va a quedar, en todo caso, garantizado⁵¹⁴.

E) Plazo

La práctica de la notificación habrá de verificarse en un plazo de diez días (cfr. art. 139.2 LDCG)⁵¹⁵. El cómputo de este

⁵¹³ Así lo entienden igualmente MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 132 y DÍAZ FUENTES, A., *Dereito civil de Galicia...*, cit., págs. 269–270.

⁵¹⁴ Cfr. DÍAZ FUENTES, A., *Dereito civil de Galicia...*, cit., pág. 270.

⁵¹⁵ La Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón, en consonancia con la precedente Compilación de Derecho civil, fija un plazo de ocho días hábiles siguientes al del otorgamiento del testamento revocatorio para llevar a cabo la notificación (cfr. art. 106.4 LSCM de Aragón). Ni la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, ni la Ley de Derecho civil del País Vasco, establecen, en cambio, un plazo determinado para la práctica de la notificación. En el ámbito del Derecho alemán, el BGB tampoco señala ningún plazo para la notificación de la revocación unilateral, que —a tenor de lo dispuesto en el §

período de tiempo, a falta de otra indicación al respecto, ha de efectuarse en términos civiles; por lo tanto, como es sabido, el plazo comenzará a transcurrir desde el día siguiente a aquél en que tuvo lugar el otorgamiento del testamento revocatorio, comprendiendo tanto los días hábiles como los inhábiles (cfr. art. 5.º Cc).

El plazo que la Ley gallega establece para la práctica de la notificación ha sido considerado demasiado breve por parte de algún autor. En concreto, así se ha manifestado DÍAZ FUENTES, para quien en un intervalo de diez días no sería posible practicar la notificación por edictos a la que alude la propia Ley de Derecho civil de Galicia; incluso, la notificación notarial, cuando el domicilio del notificado se hallase en un lugar remoto, resultaría problemática. En este orden de ideas, el citado autor estima asimismo que el plazo comentado tendría carácter preclusivo y único. En consecuencia, si no se cumpliera el trámite

2271.1 en relación con el § 2296— sólo puede tener lugar en vida de ambos otorgantes y a través de una declaración de voluntad autenticada notarialmente. En este sentido, fue especialmente debatida la hipótesis de que el cónyuge revocante diera instrucciones para que su revocación no fuese comunicada al cónyuge supérstite hasta después de su muerte, con lo que las posibilidades de revocar para este último quedarían cercenadas, por completo, a la luz del § 2271.2 del BGB, que contempla la extinción del derecho a la revocación con la muerte del otro cónyuge. Sin embargo, tras la decisión del Tribunal Supremo Federal (BGH) de 16 de abril de 1953 toda declaración de voluntad revocatoria, cuya comunicación al otro cónyuge se demora intencionadamente, debe considerarse ineficaz. En cualquier caso, desde un punto de vista doctrinal, la decisión del BGH ha sido acogida con diversidad de opiniones. Para un análisis de los argumentos a favor y en contra de citada resolución — centrados básicamente en el fundamento último del § 2271.2 del BGB— resultan de consulta inexcusable los términos de la controversia mantenida entre SCHMIDT, R. («Bürgerliches Recht. BGB § 2271», en *JZ*, 1953, págs. 602–605 y —en réplica a Natter— «Zum Widerruf korrespondierender Verfügungen von Todes wegen bei Lebzeiten der Ehegatten», en *JZ*, 1954, pág. 605) y NATTER, E. («Der Widerruf korrespondierender Verfügungen von Todes wegen bei Lebzeiten der Ehegatten», en *JZ*, 1954, págs. 381–383).

de la notificación en plazo habría que realizar un nuevo acto revocatorio⁵¹⁶.

Así las cosas, sin perjuicio de que *lege ferenda* el plazo de diez días sea susceptible de ser ampliado, el planteamiento de DÍAZ FUENTES adolece de cierto rigorismo⁵¹⁷. Y ello por las dos razones siguientes. En primer lugar, porque, en nuestra opinión, lo que exige la Ley de Derecho civil de Galicia en aquellos casos en que el Notario no puede practicar la notificación de la revocación del testamento directamente con el destinatario, no es que aquélla llegue a poder del testador no revocante en el plazo apuntado de diez días. Se pretende, simplemente, que el Notario, en ese período de tiempo, adopte las medidas prudencialmente necesarias para que la notificación se lleve a cabo. De este modo, si —como parece desprenderse de la regulación de las notificaciones en la vigente legislación notarial— el cometido del Notario consiste en hacer salir la cédula o copia de la notificación de su despacho, la hipotética contradicción entre la notificación por edictos y la exigencia de que la misma se verifique en el plazo de diez días se desvanecería por completo⁵¹⁸.

En segundo lugar, la exposición de DÍAZ FUENTES también resulta excesiva en lo que a la configuración del plazo se

⁵¹⁶ Cfr. DÍAZ FUENTES, A., *Dereito civil de Galicia...*, cit., pág. 270.

⁵¹⁷ Haciéndose eco de la necesidad de elevar el período fijado para la práctica de la notificación, la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia prevé que la notificación de la revocación de las disposiciones correspondientes se ejecute por el Notario que autorizó el testamento revocatorio «*nos treinta días hábiles siguientes*» (art. 192.3 de la propuesta). Esto es, se contempla una ampliación del plazo de notificación no sólo cuantitativa sino también cualitativa, al excluirse del cómputo los días inhábiles.

⁵¹⁸ De la misma opinión que la manifestada en el texto es MERINO HERNÁNDEZ, J.L., «Comentario a los artículos 96 y 97 de la Compilación de Aragón», cit., págs. 134–135.

refiere. Y es que, a nuestro juicio, dicho plazo no reviste carácter preclusivo. Antes bien, la exigencia de que la notificación se verifique en un período de diez días constituye un mero parámetro para constatar la diligencia en la actuación del Notario y, mediatamente, para delimitar su responsabilidad⁵¹⁹. Entender lo contrario supondría admitir que la efectividad de la revocación depende, en último término, de un hecho totalmente ajeno a la voluntad de los otorgantes del testamento conjunto⁵²⁰.

En relación con este tema, se considera oportuno señalar que, en todo caso, la posibilidad de notificar y, en consecuencia, revocar en los términos del artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia tiene otro límite temporal; a saber: la vida del destinatario de la notificación. En efecto, si la finalidad de la notificación es que el cónyuge no revocante pueda contrarrestar la actuación del conyuge revocante, es evidente que dicha justificación desaparece en caso de fallecimiento⁵²¹. De este modo, cabe ya adelantar que si la notificación no se practica en vida —con independencia de que sea en el intervalo de los diez días fijados en la Ley— la revocación es ineficaz.

En este sentido, no han faltado autores que en la hipótesis comentada —otorgamiento del testamento mancomunado sin haberse procedido a la notificación en vida del cónyuge no revocante— propugnan la eficacia de la revocación; a tal fin,

⁵¹⁹ En el mismo sentido cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 134 y GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a la ley 202 del Fuero Nuevo de Navarra», cit., págs. 858-859. En contra, implícitamente, cfr. LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.065.

⁵²⁰ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 134.

⁵²¹ Al fallecimiento pudieran equipararse otros supuestos análogos, como el de la incapacitación.

argumentan que la muerte es un hecho externo a la esfera jurídica del revocante y que, como tal, no debiera perjudicarlo⁵²². A nuestro juicio, en cambio, de acuerdo con las pautas señaladas anteriormente, la revocación sería ineficaz. Y ello por cuanto que el fundamento de la notificación —esto es, que el cónyuge no revocante tenga la posibilidad material de conocer la actuación del cónyuge revocante y pueda proceder en consecuencia— se vería quebrado⁵²³.

Cuestión distinta es que, practicada la notificación en vida del destinatario, éste hubiera fallecido sin tener conocimiento de la misma. En tales casos, sería posible concluir que la muerte de este último en nada obsta a la eficacia de la revocación⁵²⁴.

Por tanto, a la luz de las consideraciones precedentes,

⁵²² Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 135. De todas formas, el citado autor reconoce abiertamente lo dudoso de la medida por él mantenida.

⁵²³ Cfr., asimismo, LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.065.

⁵²⁴ En los mismos términos se manifiestan MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 135 y LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., págs. 1.065–1.066. En el Derecho alemán, en cambio, la revocación sería ineficaz, ya que, *ex* § 130 BGB, la notificación no se tiene por formalizada hasta que la misma llega a conocimiento del destinatario (cfr., al respecto el interesante comentario al auto del *Oberlandesgericht* de Hamm, de 16 de julio de 1991, realizado por SANTDIUMENGE, J., «El testamento mancomunat en el Dret alemany: notes sobre la revocació de les disposicions testamentàries», en AA.VV., *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa. El nou Dret successori de Catalunya*, PPU, Barcelona, 1994, págs. 454–455). En cualquier caso, interesa dejar sentado que, nuestra opinión, la solución prevista en el BGB no sería aplicable al ámbito jurídico gallego. Y ello por cuanto que —como se ha dicho— la regulación de la notificación en la Ley de Derecho civil de Galicia, en la medida en que consiente la notificación por edictos, permite concluir que la eficacia de la misma no está condicionada al momento de la recepción.

cabría colegir que el Notario dispone de un plazo de diez días para notificar la revocación del testamento mancomunado. Sin embargo, la notificación practicada fuera de plazo no equivale a la falta de notificación, sino que el período de diez días constituye una mera pauta para determinar la responsabilidad del Notario. De este modo, una notificación extemporánea realizada en vida del destinatario no conlleva ninguna consecuencia ulterior ni para la revocación ni para el Notario; en cambio, una notificación practicada fuera de plazo, de suerte tal que el destinatario de la misma ya ha fallecido, supone la ineficacia de la revocación y desencadena la subsiguiente responsabilidad del fedatario público.

F) Efectos de la falta de notificación

La Ley de Derecho civil de Galicia no establece de manera concluyente las consecuencias que para la revocación unilateral del testamento mancomunado se siguen de la falta de notificación. El artículo 139.2 de la citada Ley únicamente dispone que la revocación no tendrá efecto si la notificación no se pudo llevar a cabo por no coincidir el domicilio señalado –bien por ambos cónyuges en el propio testamento mancomunado bien por el cónyuge revocante– con el domicilio real. Aparentemente, pues, la Ley gallega sanciona la ineficacia de la revocación sólo en caso de que la notificación no se hubiera practicado por no corresponderse la dirección señalada con la real⁵²⁵.

⁵²⁵ En esencia, la normativa de la Ley de Derecho civil de Galicia en este punto trae causa del artículo 92, párrafo segundo, del Trabajo elaborado por el *Consello da Cultura Galega*, si bien en el citado precedente la ineficacia de la revocación se establecía sólo para el caso de que la notificación no se pudiese practicar por no coincidir el domicilio real con el domicilio especialmente señalado por el revocante. La regulación prevista en la Propuesta legislativa de Compilación de la Comisión no permanente era totalmente divergente, ya que, conforme al artículo 94 de la citada Propuesta, la falta de la notificación –aun cuando producía la ineficacia de las disposiciones que a favor del revocante se contenían en el testamento mancomunado– no afectaba a la eficacia de la revocación. En la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia

De entrada, la circunstancia de que el legislador gallego no siente una regla general y se ciña a fijar el efecto que de la falta de notificación se deriva en una hipótesis concreta, resulta de por sí criticable. Pero es que, además, el supuesto de hecho contemplado por el legislador gallego carece de toda relevancia. Máxime si se tiene en cuenta que los supuestos en que no existe correlación entre el domicilio real y aquél en que se intenta la notificación pueden ser equiparados a aquellos otros en que el domicilio no es conocido y respecto de los cuales, como es sabido, la propia Ley gallega admite la notificación por edictos. Por tanto, en el terreno de los hechos sería prácticamente inviable una revocación ineficaz por no haberse podido llevar a cabo la notificación en el lugar preceptivo.

En cualquier caso, el tenor literal del artículo 139.2 de la Ley de Derecho civil de Galicia, que prevé la ineficacia de la revocación en caso de que la notificación no se practique en el lugar indicado, permitiría inferir igualmente la ineficacia de la revocación en aquellos supuestos en que ésta no vaya acompañada de la pertinente notificación⁵²⁶.

habría que diferenciar dos hipótesis: la falta de notificación de la revocación de disposiciones no correspectivas, «*que non afectará á validez da revogación*» (art. 192.2 *in fine*); y la notificación infructuosa de la revocación de disposiciones correspectivas, que igualmente «*producirá efectos revogatorios*» (art. 192.3).

⁵²⁶ De las demás legislaciones civiles españolas que regulan el testamento mancomunado, la Ley del Derecho civil foral del País Vasco supedita la eficacia de la revocación unilateral, en el caso de Vizcaya, a la práctica de una notificación «*en forma auténtica*» (cfr. art. 51 LDCFPV) y, tratándose de Guipúzcoa, al hecho de que la revocación se «*notificare fehacientemente*» (cfr. art. 175.2 LDCFPV). La Compilación de Derecho civil foral de Navarra, por el contrario, se conforma con que el cónyuge no revocante tenga conocimiento de la revocación, siendo indiferente a este respecto el medio por el cual adquiere dicho conocimiento; en concreto, así se colige de la ley 201, a cuyo tenor: «*(...) la revocación no surtirá efecto hasta que constare el conocimiento de todos los demás en forma fehaciente*». En cuanto a la Ley de sucesiones por causa de

2.3. Efectos de la revocación

Conforme al artículo 139.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia, la revocación unilateral del testamento mancomunado conlleva «*la ineficacia total de las disposiciones recíprocamente condicionadas*»⁵²⁷. En síntesis, dos son los aspectos fundamentales que cabe destacar en el enunciado transcrito. Por un lado, toda revocación unilateral, con independencia de la naturaleza de las disposiciones implicadas en la misma, determina la ineficacia de las cláusulas correspectivas⁵²⁸. Por otro lado, la ineficacia de las disposiciones recíprocamente condicionadas –al ser «*total*»– no sólo se predica de las disposiciones del revocante, sino que afecta también a la sucesión de quien no es parte activa en la revocación. Como consecuencia de ello, el testador no revocante –salvo que el contenido del testamento permita alcanzar otra conclusión– debe proceder a la reordenación de su voluntad *mortis causa*, a los fines de evitar la apertura de la sucesión intestada respecto de los bienes y derechos que conforman el contenido de las disposiciones recíprocamente condicionadas⁵²⁹.

muerte de Aragón, ésta dispone de forma expresa, en su artículo 106.4, *in fine*, que la falta «*de la notificación no afectará a la eficacia de la revocación o modificación*».

⁵²⁷ La solución acogida por el legislador gallego coincide con la prevista en el artículo 92, párrafo primero, del Trabajo sobre el Derecho civil gallego elaborado por el *Consello da Cultura Galega* y en el artículo 94.1 de la Propuesta legislativa de Compilación de la Comisión no permanente.

⁵²⁸ En este orden de ideas, no resulta ocioso recordar que, pese a los términos del artículo 739 del Código civil –aplicable en el ámbito jurídico gallego *ex art. 3.º* I LDCG–, el mero otorgamiento de un testamento posterior no supondrá la revocación automática del testamento anterior cuando se trate de un testamento complementario, interpretativo o aclaratorio, modificativo o carezca de contenido patrimonial. Sobre este particular, *vid.*, por todos, DIEZ-PICAZO, L., «La pluralidad de testamentos», *cit.*, págs. 365–377.

⁵²⁹ Cfr., al respecto, GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico-familiar e sucesorio...», *cit.*, pág. 403 y LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al

Sin embargo, la regulación plasmada en el artículo 139.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia presenta, a nuestro juicio, ciertas insuficiencias. En concreto, tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica de la norma pudieran ser objeto de crítica.

Por lo que respecta al supuesto de hecho, la Ley de Derecho civil de Galicia adolece de excesiva generalidad. Tal y como se ha esbozado al analizar el carácter preceptivo de la notificación, resulta reprochable que la Ley gallega no especifique si toda revocación determina la ineficacia de las disposiciones recíprocamente condicionadas o si, en cambio, la ineficacia en cuestión se deriva sólo en el caso de que la revocación tenga por objeto disposiciones que revisten naturaleza correspectiva⁵³⁰.

En este punto, ante la falta de una determinación legal expresa, algún autor se ha mostrado partidario de acoger una solución omnímoda, argumentando que la voluntad de cada uno de los testadores, en última instancia, se conformó en consideración a la del otro en el momento del otorgamiento⁵³¹. Por el contrario, en nuestra opinión, cabría reconducir la virtualidad de la normativa contenida en el artículo 139.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia únicamente a aquellos supuestos en que estuvieren implicadas disposiciones recíprocamente condicionadas. En principio, porque no resulta lógico que la revocación por parte

artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.060.

⁵³⁰ Tanto la Ley de Derecho civil foral del País Vasco –en relación con el Derecho de Guipúzcoa– como la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón regulan, de manera específica, las consecuencias que se siguen de la revocación unilateral del testamento mancomunado cuando ésta afectare «a alguna disposición que tuviere causa en otra otorgada por el otro testador» (art. 176.1 LDCFPV) o a «disposiciones correspectivas» (art. 106.3 LSCM).

⁵³¹ Cfr. ALONSO VISO, R., «El testamento mancomunado en el Derecho gallego», cit., págs. 30–31.

de uno de los otorgantes del testamento mancomunado de aquellas disposiciones que en nada condicionaron la adopción de las del cootorgante lleve implícita la ineficacia de las cláusulas correspectivas⁵³². Pero, además, porque, como se ha señalado al abordar el tema de la notificación, la interpretación primeramente expuesta quedaría desmentida por el propio tenor literal de la Ley que, en vez de referir la ineficacia a todas las disposiciones del testamento mancomunado —como hubiera sido preceptivo, ya que todas fueron adoptadas en contemplación unas de otras—, la circunscribe sólo a las disposiciones recíprocamente condicionadas⁵³³.

En lo atinente a las consecuencias que la Ley de Derecho civil de Galicia anuda, *prima facie*, a la revocación unilateral del testamento mancomunado, también aquéllas se consideran excesivas⁵³⁴. En concreto, la Ley gallega prescribe «*la ineficacia total de las disposiciones recíprocamente condicionadas*». Sin embargo, a nuestro juicio, el legislador debiera haber concretado el ámbito sobre el que se proyectan los efectos de la revocación unilateral. Y ello porque sería posible entender que la ineficacia no se dirige a la totalidad de las disposiciones correspectivas en su conjunto, sino que se limita exclusivamente a las condicionadas con aquélla que se altera por medio de la revocación⁵³⁵.

⁵³² En esta misma línea, cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 131. Asimismo, en consonancia con lo expuesto, el artículo 191 de la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia establece la ineficacia de las disposiciones recíprocamente condicionadas sólo cuando se trate de la «*revogación ou modificación unilateral das disposicións correspectivas*».

⁵³³ Sobre esta cuestión, cfr. el epígrafe IV.2.2.2.B del presente Capítulo.

⁵³⁴ De la misma opinión son MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., («Del testamento mancomunado», cit., págs. 130–131) y DÍAZ FUENTES, A., (*Dereito civil de Galicia...*, cit., págs. 270–271), para quien la generalización de la Ley resulta discutible.

⁵³⁵ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 131.

En el fondo, hubiera sido deseable que el tenor literal de la Ley hubiese precisado con mayor nitidez si la correspectividad se predica del testamento como un todo o de las cláusulas testamentarias singularmente consideradas⁵³⁶. Las derivaciones implícitas en la disyuntiva en cuestión se antojan evidentes: en el primer caso, la revocación de una disposición correspectiva conllevaría la ineficacia de todas las disposiciones testamentarias recíprocamente condicionadas; en el segundo supuesto, en cambio, devendrían sólo ineficaces aquellas disposiciones que se hallasen en íntima conexión con la revocada.

En relación con la alternativa presentada, MARTÍNEZ GARCÍA considera que, dada la literalidad del artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia, el legislador ha tomado en consideración la primera de las posibilidades apuntadas; esto es, que la revocación de una disposición correspectiva lleva aparejada la ineficacia de las restantes disposiciones testamentarias de idéntica naturaleza⁵³⁷.

Sin embargo, a nuestro juicio, la dicción del artículo 139.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia consentiría una interpretación más flexible. En efecto, lo que sanciona la Ley gallega es la ineficacia «total» de las disposiciones correspectivas, pero no la ineficacia de la totalidad de esas disposiciones. Por ello, y sin perjuicio de que *lege ferenda* se proceda a regular la cuestión

⁵³⁶ En las restantes legislaciones civiles que coexisten en España, tanto la Compilación del Derecho civil foral de Navarra como la Ley de Derecho civil foral del País Vasco sancionan la ineficacia de todas las disposiciones correspectivas (cfr. ley 202 CDCFN y arts. 51 y 176.1 LDCFPV). En la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón, en cambio, se formula un principio similar al contenido en la Ley gallega (cfr. art. 106.3 LSCM).

⁵³⁷ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 131. En cualquier caso, interesa dejar sentado que, a juicio del citado autor, la correspectividad puede ser predicada, tanto del testamento en su conjunto, como de las cláusulas individualmente consideradas.

de forma más concluyente, el tenor literal no permite excluir, de entrada, la posibilidad de que la correspectividad venga referida a cláusulas testamentarias *in concreto*⁵³⁸. A este entendimiento también parece coadyuvar la heterogeneidad de las disposiciones que los testadores pueden recíprocamente condicionar en el testamento mancomunado, y que, en ocasiones, imposibilitaría apreciar un nexo de unión lógico entre las referidas cláusulas correspectivas⁵³⁹.

Al hilo de la ineficacia que se deriva de la revocación unilateral del testamento mancomunado, MARTÍNEZ GARCÍA considera factible que cuando la revocación incide sobre un aspecto restringido de una cláusula recíprocamente condicionada, la revocación no tiene por qué acarrear la ineficacia total de esta cláusula⁵⁴⁰.

Sin embargo, la posibilidad de atenuar de manera

⁵³⁸ Los términos de la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia, en cambio, no corroboran nuestro parecer al establecer que la revocación unilateral de las disposiciones correspectivas producirá «a ineficacia de *tódalas recíprocamente condicionadas*» (art. 191.1). En cualquier caso, como se tendrá ocasión de comentar, lo cierto es que tratándose de actos de disposición *inter vivos* de bienes comprendidos en una cláusula correspectiva, la propia propuesta contempla «a ineficacia *das recíprocamente condicionadas con ela*» (art. 194.1).

⁵³⁹ A título meramente ilustrativo, podría traerse a colación el ejemplo expuesto por MARTÍNEZ GARCÍA, M.A. («Del testamento mancomunado», cit., pág. 131) de acuerdo con el cual la revocación de un legado de usufructo recíprocamente condicionado –derivada aquélla de una situación de crisis matrimonial– no tendría por qué afectar a las previsiones que previamente habían sido estipuladas en el testamento mancomunado –también con carácter correspectivo– sobre la partición conjunta de sus bienes entre sus hijos.

⁵⁴⁰ «Del testamento mancomunado», cit., pág. 131. En concreto, el citado autor se cuestiona la ineficacia de un legado recíprocamente condicionado, respecto de una vivienda y de lo que hay en su interior, como consecuencia de un legado posterior –efectuado unilateralmente por uno de los testadores– sobre alguno de los bienes de su propiedad que se hallasen en la vivienda.

automática el alcance «total» de la ineficacia que conlleva la revocación de disposiciones correspectivas en las hipótesis comentadas topa, a nuestro juicio, con ciertas dificultades. Por un lado, cabría cuestionarse si, en puridad, tales supuestos no serían susceptibles de ser catalogados como simples testamentos modificativos; es decir, testamentos que han sido redactados con la única finalidad de introducir alguna alteración en el régimen testamentario ya existente y que, en esencia, no conllevan efectos revocatorios⁵⁴¹. Por otro lado, la falta de argumentos alternativos de entidad tampoco permitiría desvirtuar el tenor literal de la Ley, que configura la ineficacia como «total».

Cuestión distinta es que los propios otorgantes del testamento mancomunado hayan acordado que, aún en el caso de haberse procedido de manera unilateral a la revocación, las disposiciones correspectivas sigan surtiendo efectos para el testador no revocante. En este sentido, algunos autores consideran nula de pleno derecho toda cláusula testamentaria en la que se ha convenido la eficacia apuntada⁵⁴². Y ello porque los términos de la Ley de Derecho civil de Galicia, al no contener mención alguna a la autonomía de la voluntad como factor susceptible de atenuar los efectos que se siguen de la revocación unilateral del testamento mancomunado, parecen terminantes⁵⁴³.

⁵⁴¹ Sobre el concepto de testamento modificativo y su inclusión entre los supuestos que suponen una excepción al principio establecido en el artículo 739 del Código civil, según el cual el testamento posterior deroga de modo automático el testamento anterior, *vid.*, por todos, DÍEZ-PICAZO, L., «La pluralidad de testamentos», cit., págs. 373-374.

⁵⁴² Cfr. ALONSO VISO, R., «El testamento mancomunado en el Derecho gallego», cit., pág. 30 y LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., págs. 1.058-1.059.

⁵⁴³ En las restantes legislaciones civiles que coexisten en España, en cambio, el principio de la libertad de pactos no sólo aparece formulado con carácter general, sino que cuenta, además, con manifestaciones concretas en el ámbito del testamento mancomunado o de hermandad. Así en Aragón, a la formulación

A nuestro juicio, en cambio, si bien la anterior conclusión alcanzada por la doctrina es plenamente asumible, se considera preciso matizar que la circunstancia de que el legislador no haya formulado *expressis verbis* el principio de la autonomía de la voluntad no resulta, *per se*, concluyente⁵⁴⁴. Máxime si se tiene en cuenta que dicho principio está implícito en la propia regulación que de la institución del testamento mancomunado hace la Ley de Derecho civil de Galicia; en concreto, en la determinación de las disposiciones que revisten carácter recíprocamente condicionado. Como es sabido, la Ley de Derecho civil de Galicia no establece ninguna regla para especificar qué disposiciones tienen naturaleza correspondiente. Esta falta de previsión legal determina que sean los testadores quienes hayan de señalar –bien expresamente, bien de manera implícita en el propio testamento– qué cláusulas poseen ese carácter correspondiente⁵⁴⁵.

genérica del principio «*standum est chartae*» (art. 3.º CDCA) cabría añadir, como aplicación concreta del mismo, la posibilidad de que «*en el testamento (...) se prevea otra cosa*» en relación con los efectos de la revocación unilateral del testamento mancomunado (art. 116.3 *in fine* LDCA). En Navarra, los principios del «*paramiento fuero vienze o paramiento ley vienze*» y de la libertad civil (leyes 7 y 8 CDCFN) aparecen reencarnados en el contexto del testamento de hermandad en la facultad de los testadores de ordenar los efectos de la revocación unilateral (cfr. leyes 201 y 202 CDCFN). Por último, en el Derecho civil del País Vasco, el principio de la libertad civil (art. 4.º LDCLPV) también es objeto de manifestación específica en lo atinente a las limitaciones que acompañan a los actos de disposición a título gratuito de bienes comprendidos en cláusulas correspondientes, fallecido uno de los testadores.

⁵⁴⁴ Como expresiones explícitas de la autonomía de la voluntad en la Ley de Derecho civil de Galicia podrían señalarse, entre otras, y sin ánimo de exhaustividad, la facultad de dispensar al viudo de las obligaciones de hacer inventario y de prestar fianza en el usufructo voluntario de viudedad (art. 121.1 LDCLG), la posibilidad de excluir el derecho de representación en el pacto de mejora cuando el mejorado premuera al mejorante (art. 132.2 LDCLG), o, en fin, la prerrogativa para establecer un plazo a los fines de que el comisario distribuya los bienes del causante y, en su caso, mejore en ellos a los hijos comunes (art. 143 LDCLG).

⁵⁴⁵ Cfr., en el mismo sentido, LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.057.

Ahora bien, el hecho de que la autonomía de la voluntad tenga virtualidad en sede del testamento mancomunado no constituye un motivo suficiente para concluir *a priori* la posibilidad de que los otorgantes puedan regular los efectos que se siguen de la revocación unilateral. Y ello, por cuanto que el juego del citado principio queda excluido en el caso de que las normas sean de carácter imperativo (arg. *ex art.* 3.º1 LDCG y art. 6.º2 Cc). De este modo, la cuestión estribaría en dilucidar, en última instancia, la naturaleza de la normativa contenida en el artículo 139.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia.

Así las cosas, ateniéndose los términos en que se halla redactado el artículo 139.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia, parece que habría que decantarse por la índole imperativa de la regulación en cuestión. Y es que la posibilidad que se concede a los testadores para determinar qué disposiciones revisten carácter correspectivo y el grado de correspectividad que media entre ellas no se aviene bien con el hecho de que los propios testadores, una vez concretada la vinculación entre sus disposiciones, pretendan hacer derivar de la revocación de las mismas unas consecuencias que son inconciliables con su naturaleza. En otros términos, los otorgantes del testamento mancomunado son libres para condicionar recíprocamente sus disposiciones de última voluntad, pero no para alterar los efectos que la Ley anuda a su revocación.

3. LA REVOCACIÓN UNILATERAL FALLECIDO UNO DE LOS TESTADORES

3.1. *Introducción*

Como es sabido, la revocación unilateral del testamento mancomunado –entendida en términos absolutos– podría entrañar el riesgo de convertir en mera ficción las previsiones sucesorias del testador no revocante; máxime cuando éste, en el momento de la revocación, ya hubiese fallecido. Sin embargo, este inconveniente

aparece paliado en la práctica totalidad de legislaciones que regulan el testamento mancomunado y en las que –con mayor o menor amplitud– se admite la denominada revocación *post mortem* del mismo⁵⁴⁶.

En el contexto descrito, la Ley de Derecho civil de Galicia no constituye ninguna excepción. En efecto, el legislador gallego, partiendo *prima facie* de la irrevocabilidad del testamento mancomunado (cfr. arts. 139–140 LDCG), acaba circunscribiendo el ámbito de dicha irrevocabilidad, muerto uno de los otorgantes, a una serie de supuestos específicos. En concreto, el artículo 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia dispone expresamente lo siguiente: «*Fallecido un cónyuge, el testamento se convierte en*

⁵⁴⁶ Así, v.gr., en el Derecho civil de Navarra la inicial irrevocabilidad del testamento de hermandad fallecido uno de los otorgantes resulta atemperada por dos factores ulteriores: por una parte, se permite a los testadores establecer una regulación diferente al respecto (ley 202 CDCFN); y, por otra, en defecto de pacto, se exceptúan de la regla general tanto las disposiciones no correspondientes, como aquéllas que se hubieran otorgado «*a favor de persona que hubiera devenido incapaz o hubiese premuerto, sin perjuicio de los derechos de representación y de acrecer cuando deban tener lugar*» (ley 202 CDCFN). En el Derecho aragonés, también se contempla la revocación *post mortem* del testamento mancomunado siempre que concurra «*alguna de las causas que posibilitan la revocación unilateral de los pactos sucesorios*» (art. 106.3 LSCM), esto es, por las causas expresamente pactadas, por incumplimiento de las cargas y prestaciones impuestas al instituido –así como cuando la conducta de éste impide la normal convivencia familiar– y, en fin, por haber incurrido el instituido en causa de indignidad o desheredación (cfr. art. 86.1 LSCM). En cuanto al Derecho civil del País Vasco, habría que señalar dos soluciones diversas en función de su ámbito territorial de aplicación: así, en lo que a Guipúzcoa se refiere, fallecido uno de los testadores, el legislador vasco prevé la irrevocabilidad de las «*disposiciones que [el otro] hubiere otorgado sobre su propia herencia si tuvieran su causa en las disposiciones del premuerto*» (art. 177.1 LDCFPV); en lo atinente a Vizcaya, la revocabilidad del testamento mancomunado fallecido uno de los cónyuges otorgantes deviene absoluta, salvo que la muerte se hubiese producido dentro del año siguiente a la fecha del otorgamiento, en cuyo caso, «*el sobreviviente no podrá revocar las disposiciones que recayeran sobre los bienes comunes*» (art. 52 LDCFPV).

irrevocable en cuanto a aquellas disposiciones que tuviesen el carácter de recíprocamente condicionadas o que se hubiesen otorgado en favor de persona incapaz de heredar. La misma irrevocación se producirá con respecto a aquellos que muriesen antes y dejasen hijos sobrevivientes, todo ello sin perjuicio de los derechos de representación o acrecentamiento».

Así pues, de acuerdo con el precepto transcrito, fallecido uno de los testadores, cabría sostener la irrevocabilidad del testamento mancomunado sólo en lo tocante a las disposiciones expresamente determinadas en la Ley; esto es: a) las que tuviesen una naturaleza recíprocamente condicionada; b) aquéllas establecidas en beneficio de una persona incapaz de heredar; y c) finalmente, las otorgadas a favor de persona que hubiese muerto con anterioridad a uno de los cónyuges testadores y que, a su vez, hubiese dejado hijos sobrevivientes. Por tanto, al margen de las limitaciones indicadas, cabría colegir, *a contrario sensu*, que el resto del testamento conjunto es susceptible de ser revocado libremente por el cónyuge supérstite.

Con estos antecedentes, a continuación procedería desarrollar los distintos supuestos en los que, a tenor de la Ley, no tiene cabida la revocación *post mortem* del testamento mancomunado. Sin embargo, debe advertirse de entrada que la interpretación de la regulación contenida en el artículo 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia plantea serias dificultades. Cuando menos, así acontece, como se tendrá ocasión de exponer, en relación con los dos últimos supuestos de irrevocabilidad; esto es, la irrevocabilidad de las disposiciones otorgadas a favor de persona incapaz de heredar, por un lado, y de las disposiciones otorgadas a favor de una persona premuerta con descendientes, por otro⁵⁴⁷.

⁵⁴⁷ El juicio negativo que han merecido en la doctrina las dos últimas hipótesis contenidas en el artículo 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia ha sido unánime: «absolutamente injustificable» (GUTIÉRREZ ALLER, V.

Por esta razón, se considera necesario enjuiciar, previamente y de manera global, la normativa sobre la revocación *post mortem* del testamento mancomunado gallego y, al hilo de lo anterior, proponer una nueva formulación de la misma que la dote de significación.

3.2. *El artículo 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia: juicio crítico y reformulación*

Desde sus orígenes, la regulación de la revocación del testamento mancomunado gallego tras el fallecimiento de uno de los otorgantes ha sido especialmente confusa. En este sentido, ya el artículo 93 del Trabajo elaborado por el *Consello da Cultura Galega* sobre el Derecho civil gallego –precedente remoto del artículo 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia– contenía una ordenación ciertamente incoherente. Y ello por cuanto que, en el citado precedente, no sólo se declaraban irrevocables las disposiciones a favor de persona incapaz de heredar y de aquéllos que muriesen antes dejando hijos sobrevivientes, sino también las disposiciones que «no» tuviesen carácter recíprocamente condicionado⁵⁴⁸.

«Réxime económico-familiar e sucesorio...», cit., pág. 403), «de difícil comprensión» o de no fácil interpretación (MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., págs. 137-138), «artículo totalmente desafortunado y, por tanto, de difícil interpretación», «verdadero dislate» o «de difícil inteligencia» (LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Comentarios forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, cit., pág. 1.071, nota 1 y págs. 1.075 y 1.077) han sido algunos de los comentarios vertidos en torno a la regulación en cuestión.

⁵⁴⁸ El citado artículo 93 del Trabajo sobre el Derecho civil de Galicia elaborado por el *Consello da Cultura Galega* disponía lo siguiente: «*Falecido un cónxuxe, o testamento convértese en irrevocable verbo daquelas disposicións que non tivesen o carácter de recíprocamente condicionadas ou en favor de persoa incapaz de herdar ou morrese antes ou quedasen fillos sobrevivintes. Sen prexuízo dos dereitos de representación ou acrecentamento*».

Prescindiendo de otras objeciones, como la relativa a las deficiencias de redacción que presenta, el artículo 93 del Trabajo del *Consello* conducía al absurdo de considerar revocables las disposiciones recíprocamente condicionadas; precisamente aquellas que podrían generar el hipotético riesgo –tradicionalmente apuntado– de defraudar las previsiones sucesorias del testador fallecido en primer lugar.

El legislador gallego fue consciente –al menos en parte– del error que representaba la normativa contenida en el precepto que le sirvió de referencia. De ahí que, en el artículo 125 de la proposición de Ley de Derecho civil especial de Galicia, el propio legislador estableciese, con mayor rigor, la irrevocabilidad de las disposiciones correspectivas⁵⁴⁹.

Con todo, la irrevocabilidad de las restantes disposiciones se mantuvo inalterada. Y, además, según resulta del examen del *iter* legislativo de la Ley, cabría concluir que de manera intencionada. No en vano, el artículo 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia –artículo 125 de la proposición de Ley– es el único de los dedicados al testamento mancomunado que fue objeto de modificación en el transcurso de la tramitación parlamentaria⁵⁵⁰. Por ello, parece lógico presumir que el

⁵⁴⁹ Conforme al artículo 125 de la proposición de Ley, de 22 de junio de 1994, de Derecho civil especial de Galicia: «*Falecido un cónxuxe o testamento convértese en irrevogable verbo daquelas disposicións que tivesen o carácter de recíprocamente condicionadas ou en favor da persoa incapaz de herdar. Así mesmo, con respecto daqueles que morresen antes e deixasen fillos sobreviventes, todo isto sen prexuício dos dereitos de representación ou acrecentamento*» (BOPG, IV Legislatura, núm. 90, de 23 de junio de 1994, pág. 2.194).

⁵⁵⁰ En concreto, en el trámite de enmiendas, el grupo parlamentario del *Bloque Nacionalista Galego* presenta una enmienda de modificación –la número 70– del artículo 125 de la proposición de ley, de acuerdo con la cual el inciso final quedaría redactado como sigue: «*A mesma obriga rexerá con respecto daqueles que morresen antes e deixasen fillos sobreviventes, todo isto sen prexuício dos*

contenido del citado precepto ha sido el fruto de una labor de estudio y reflexión y, en consecuencia, que su instauración fue expresamente deseada.

Sin embargo, la regulación del artículo 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia no resulta enteramente asumible, toda vez que, en determinados aspectos, carece de la lógica más elemental. De hecho, así sucede en primer término en relación con la irrevocabilidad de las disposiciones otorgadas a favor de personas incapaces de heredar. Por tales habría que entender tanto las inmersas en una de las denominadas «incapacidades relativas» (cfr. arts. 752 a 754 Cc), como las incursas en una causa de indignidad (cfr. art. 756 Cc)⁵⁵¹. Pues bien, en ninguno de estos supuestos la irrevocabilidad estaría justificada; y ello, en la medida en que se trataría de llamamientos abocados, de antemano, a ser ineficaces⁵⁵².

dereitos de representación ou acrecentamento» (cfr. BOPG, IV Legislatura, núm. 159, de 15 de noviembre de 1994, pág. 3.682). En el posterior Informe de la Ponencia, con el fin de adecuarlo al sentido del texto original de la proposición, se transige sobre la enmienda en cuestión incorporando la frase «*A mesma irrevogación producirase con*», que permanecerá ya sin alteración alguna hasta la aprobación definitiva de la Ley (cfr. BOPG, IV Legislatura, núm. 212, de 22 de febrero de 1995, pág. 5.134).

⁵⁵¹ En la doctrina, algunos autores –caso de CARPIO GONZÁLEZ, I., «Ley de Derecho civil de Galicia. Estudio de la reforma», en *Bol. Inform. Colegio Notarial de Granada*, núm. 177, octubre, 1995, pág. 2.734 e, implícitamente, MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 137– han considerado que la expresión «*incapaz de heredar*» remite a las criaturas abortivas y a las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley (cfr. art. 745 Cc). Sin embargo, a nuestro juicio, las «incapacidades absolutas» quedan al margen del supuesto de hecho del artículo 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia, toda vez que éste se refiere a las personas incapaces de heredar y ninguno de los entes reseñados reúne, en puridad, la condición de persona (cfr. arts. 29 y ss Cc).

⁵⁵² Con relación al régimen del Código civil –aunque perfectamente aplicable al Derecho gallego (ex art. 3.º I LDCG)–, la doctrina se cuestiona si

En este orden de ideas, la irrevocabilidad *post mortem* del testamento mancomunado también se considera inadecuada en lo tocante a las disposiciones otorgadas a favor de «*aquellos que muriesen antes y dejasen hijos sobrevivientes*». De entrada, una lectura global de la hipótesis comentada ya permitiría vislumbrar la falta de criterio del legislador gallego al respecto. En efecto, como se acaba de apuntar, la Ley de Derecho civil de Galicia parte de la irrevocabilidad de las disposiciones otorgadas a favor de una persona que ha fallecido con anterioridad al testador dejando descendencia; sin embargo, la paradoja surge cuando, a renglón seguido, establece que ello será así «*sin perjuicio de los derechos de representación o acrecentamiento*». En otros términos, si el legislador considera dichas disposiciones irrevocables —como lo confirman los propios términos de la Ley— no resulta comprensible la referencia a los derechos de representación y de acrecer, que habrían de jugar cuando las disposiciones fuesen revocables⁵⁵³. Pero, además, la irrevocabilidad de las disposiciones objeto de análisis tampoco hallaría explicación razonable en aquellos supuestos en los que el instituido —incapaz o premuerto— no tiene hijos y la disposición a su favor no va a surtir ningún efecto.

Con estos antecedentes, aún reconociendo lo drástico de la medida que se va a adoptar, se juzga necesario proponer una interpretación correctora del tenor literal del artículo 140 de la

el indigno es, en rigor, incapaz de suceder o si, por el contrario, puede heredar, aunque sea con carácter claudicante (sobre este tema, *vid.*, por todos, LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de sucesiones*, Tomo I, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 1976, págs. 88–89). De todas maneras, en lo que aquí importa, la *ratio* del artículo 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia no consentiría discusión alguna sobre la inclusión de las hipótesis de indignidad en el concepto genérico de «incapacidad para heredar».

⁵⁵³ Esta incongruencia ha sido destacada, igualmente, por ALONSO VISO, R., «El testamento mancomunado en el Derecho gallego», *cit.*, pág. 35.

Ley de Derecho civil de Galicia. Y ello, a los fines de dotar de cierta coherencia a la regulación de la revocación *post mortem* del testamento mancomunado gallego. Así las cosas, cabe ya adelantar que la normativa contenida en la ley 202 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra constituye un instrumento de referencia idóneo para superar las deficiencias que presenta en este punto la Ley de Derecho civil de Galicia.

El recurso a la normativa del Fuero Nuevo de Navarra como elemento corrector pudiera parecer, *a priori*, sorprendente; máxime cuando en el citado Cuerpo legal se establece una regulación prácticamente opuesta a la plasmada en la Ley gallega. En concreto, la ley 202 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra considera revocables además de «*las disposiciones que en cualquier concepto hubiere establecido sobre su propia herencia y que no tengan causa en las disposiciones de otro de los testadores*», «*las disposiciones a favor de persona que hubiera devenido incapaz o hubiese premuerto, sin perjuicio de los derechos representación y de acrecer cuando deban tener lugar*».

Sin embargo, el antagonismo que existe entre ambas regulaciones –gallega y navarra– sobre la revocación del testamento mancomunado fallecido uno de los testadores, siendo innegable a primera vista, pudiera derivar, en último término, de un simple error gramatical. Para llegar a esta conclusión debe recordarse que el artículo 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia trae causa del artículo 93 del Trabajo elaborado por el *Consello da Cultura Galega* sobre el Derecho civil de Galicia.

En esta línea, si se compara el citado precedente de la Ley gallega con la ley 202 del Fuero Nuevo de Navarra, se puede constatar que la diferencia entre ambos –con ser notoria– viene determinada por la circunstancia de que en el artículo 93 del Trabajo del *Consello*, a los fines de delimitar la irrevocabilidad

del testamento mancomunado, las disposiciones que no tuviesen carácter recíprocamente condicionado así como las otorgadas a favor de personas incapaces de heredar o que hubieran premuerto dejando hijos van anteceditas de la locución «*en cuanto a*». Ello determina que en la Ley de Derecho civil de Galicia se declaren irrevocables aquellas disposiciones que en la Compilación de Navarra son, en cambio, revocables.

Sentado lo anterior, el empleo de la referida locución, causante de la disparidad reseñada, es, a nuestro juicio, incorrecto. Así se desprende de los resultados a que conduce la literalidad de la norma; y es que declarar irrevocables las disposiciones no correspondientes —en vez de las que tuviesen esa naturaleza— carece de toda lógica. Por esta razón, en el contexto descrito, parece admisible presumir que en lugar de la locución «*en cuanto a*» debió haberse empleado la preposición «*salvo*» o «*excepto*», con lo que la concordancia entre la regulación gallega y la navarra sería, entonces, cuasi plena⁵⁵⁴.

Así las cosas, teniendo en cuenta, por un lado, que la actual regulación de la revocación *post mortem* del testamento mancomunado conduce al absurdo y, por otro, el paralelismo inequívoco de sus precedentes con la regulación contenida en el Derecho navarro, se considera oportuno reformular la reseñada normativa en los términos siguientes: «Fallecido uno de los testadores, el testamento mancomunado se convierte en irrevocable, salvo aquellas disposiciones que no tuviesen carácter recíprocamente condicionado o que hubiesen sido otorgadas a favor de persona

⁵⁵⁴ Como se ha tenido ocasión de señalar, el legislador gallego sólo fue parcialmente consciente de los resultados anómalos a los que conducía la regulación contenida en el precedente que le sirvió de referencia, y, en vez de proceder a la sustitución de «*en cuanto a*» («*verbo de*») por «*salvo*» o «*excepto*», optó por enmendar la irrevocabilidad de las disposiciones que «*non tivesen o carácter de recíprocamente condicionadas*» mediante la supresión del adverbio «*non*».

que hubiera devenido incapaz o hubiese premuerto, sin perjuicio de los derechos de representación y de acrecer cuando deban tener lugar»⁵⁵⁵. Sobre esta base se abordará, a continuación, el régimen de la revocación del testamento mancomunado gallego fallecido uno de los otorgantes.

3.3. Principio general de irrevocabilidad y sus excepciones

3.3.1. Principio general

Muerto uno de los testadores, el testamento mancomunado deviene irrevocable. Ahora bien, la irrevocabilidad en cuestión se circunscribirá exclusivamente a aquellas disposiciones que cada uno de los testadores haya adoptado en consideración a las del otro. Pues sólo en tales casos la revocación podría quebrantar las expectativas sucesorias que los otorgantes habían concebido en el momento del otorgamiento y, mediatamente, la lealtad debida entre ellos⁵⁵⁶.

La irrevocabilidad del testamento mancomunado, por tanto,

⁵⁵⁵ En la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia se prevé una regulación sustancialmente similar a la formulada en el texto. En efecto, en el artículo 191.2 de la citada propuesta se contempla el supuesto de que el supérstite, excepcionalmente, pueda revocar las disposiciones «*outorgadas a favor de persoa que fose declarada incapaz de suceder ó outro cónxuxe ou que estivese incurso en causa de incapacidade para sucedelo, ou que premorrese*».

⁵⁵⁶ En las legislaciones civiles que coexisten en España, la irrevocabilidad de las disposiciones correspectivas fallecido uno de los testadores constituye – como se ha tenido ocasión de señalar – un denominador común. En el Derecho alemán, en cambio, la regulación de la revocación *post mortem* del testamento mancomunado se singulariza porque, si bien el derecho a la revocación se extingue con la muerte de uno de los testadores, el cónyuge supérstite tiene, en todo caso, la posibilidad de «*invalidar su disposición si repudia lo atribuido a él*» (§ 2.271.2 BGB, párr. 1.º).

se predica de las disposiciones correspectivas y se halla supeditada al fallecimiento de uno de los otorgantes. Sin embargo, en relación con este presupuesto cabría preguntarse si el testamento conjunto es igualmente irrevocable cuando uno de los testadores se halla en una situación de incapacidad, física o psíquica, que le impide obrar en consecuencia. En otros términos, cabría dilucidar si, a los efectos descritos, la incapacidad puede ser equiparada a la muerte.

La respuesta al interrogante planteado depende, en último término, de la finalidad de la norma. Si la irrevocabilidad responde a un intento de que el testador no revocante tenga, en todo momento la oportunidad de adoptar las medidas que estime convenientes en relación con la revocación del cootorgante, la equiparación entre muerte e incapacidad sería absoluta. Por el contrario, si se considera que la *ratio* última de la irrevocabilidad estriba en impedir que se vulnere la lealtad debida entre los cónyuges, la identidad muerte-incapacidad sólo existiría en aquellos supuestos en que el testador revocante pretendiese con su actuación perjudicar al otro, pero no en caso contrario⁵⁵⁷.

En el ámbito de la doctrina gallega, MARTÍNEZ GARCÍA –admitiendo lo discutible de su opinión– se muestra partidario de que, en las hipótesis de incapacidad sobrevenida de uno de los otorgantes del testamento mancomunado, se puedan revocar unilateralmente las disposiciones correspectivas siempre que de la actuación del revocante no se derive ningún perjuicio para el incapaz. Basa su opinión en la literalidad de la norma y en lo que considera finalidad primordial de la misma; esto es, mantener la situación de lealtad y de equilibrio que los testadores

⁵⁵⁷ Este planteamiento –perfectamente aplicable en el Derecho civil de Galicia– ha sido formulado, a la luz del artículo 97.3 de la Compilación de Derecho civil de Aragón, por GARCÍA VICENTE, F., «Comentario al artículo 97 de la Compilación de Derecho civil de Aragón», cit., pág. 243.

han tenido en cuenta al otorgar el testamento⁵⁵⁸.

Sin embargo, a nuestro juicio, los argumentos expuestos por MARTÍNEZ GARCÍA no resultan plenamente convincentes. En primer lugar, porque el hecho de que la Ley no contemple *expressis verbis* la hipótesis en cuestión, lejos de resolver el problema, constituye un punto de partida del mismo⁵⁵⁹. Y, en segundo lugar, porque, como se ha señalado, la lealtad es sólo uno de los aspectos implícitos en la *ratio essendi* de la irrevocabilidad del testamento mancomunado fallecido uno de los otorgantes, pero no el único. Además, no existe ningún dato objetivo que permita otorgar preferencia a ese deber de lealtad frente a lo que pudiera denominarse «*justicia conmutativa aplicable en las disposiciones correspondientes al principio de revocabilidad del testamento*»⁵⁶⁰. Es más, si se atiende a razones de seguridad jurídica, cabría llegar a la conclusión contraria. Y es que, en nuestra opinión, en la medida en que determinar lo que resulta beneficioso para una persona que no puede manifestar su voluntad al respecto puede encerrar un alto grado de indeterminación, sería preferible equiparar plenamente muerte e incapacidad.

3.3.2. Excepciones

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la regla de la

⁵⁵⁸ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 137.

⁵⁵⁹ En este sentido, la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia –en el supuesto de hecho de la norma relativa a la revocación *post mortem* del testamento mancomunado– ya contempla de manera específica la hipótesis de la incapacidad sobrevenida. En concreto, el artículo 191.2 de la citada propuesta se refiere a ello en los siguientes términos: «*Falecido un dos cónxuxes ou volto incapaz para testar (...)*».

⁵⁶⁰ Preámbulo de la Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho civil de Aragón.

irrevocabilidad *post mortem* del testamento mancomunado gallego no se concibe en términos ilimitados. Antes bien, cabe ya colegir que determinadas cláusulas del testamento conjunto –en concreto aquellas que no tienen carácter correspectivo– son susceptibles de revocación en todo momento. Pero además, en algunos supuestos, también las disposiciones recíprocamente condicionadas devendrían revocables tras el fallecimiento de uno de los otorgantes del testamento conjunto: de hecho, así acontece con aquellas disposiciones otorgadas a favor de persona incapaz de heredar o de persona que ha premuerto, siempre y cuando no entren en juego –como se verá– los derechos de representación o de acrecer. En suma, recapitulando lo hasta aquí indicado, cabría afirmar que tras la muerte de uno de los testadores, son potencialmente revocables las siguientes disposiciones del testamento mancomunado:

A) Disposiciones que no tuvieran carácter recíprocamente condicionado

Como es sabido, a través de la irrevocabilidad *post mortem* del testamento mancomunado se ha pretendido, en última instancia, preservar aquellas disposiciones del testador premuerto basadas en la idea de correspectividad. Por esta razón, si no concurren los presupuestos que la justifican, carece de todo sentido establecer de manera categórica la irrevocabilidad del testamento en su conjunto.

B) Disposiciones otorgadas a favor de personas incapaces de heredar

Al margen de las disposiciones que en nada vinculan al testador supérstite, también son revocables aquellas otras que, revistiendo carácter correspectivo, se otorgan a favor de una persona incapaz de heredar. El fundamento de la revocabilidad de tales disposiciones estriba en la desaparición de aquello que

constituía el correlato de la disposición adoptada por el testador fallecido en primer lugar.

La expresión «incapaz de heredar» alude, con carácter general, a las hipótesis de las denominadas «incapacidades relativas» (cfr. arts. 752 a 754 Cc) y a los supuestos de indignidad (cfr. arts. 756 y ss.) y, por extensión, de desheredación (arts. 852 y ss. Cc)⁵⁶¹. En el primer caso, la desaparición de la causa de la corespectividad es una consecuencia directa de la Ley, pues el Código civil considera ineficaces las disposiciones que el testador ha otorgado, en términos generales, a favor del sacerdote que le ha confesado durante su última enfermedad, de su tutor o curador, o del Notario autorizante⁵⁶². En la indignidad y desheredación, en cambio, es el beneficiario de la disposición quien, con su conducta, ocasiona la incapacidad que posibilita la revocación de aquélla.

En este orden de ideas, interesa resaltar que las causas de

⁵⁶¹ En un intento de dotar de sentido a la regulación contenida en el artículo 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia —que parte de la irrevocabilidad de las disposiciones otorgadas a favor de persona incapaz de heredar— algún autor —en concreto CARPIO GONZÁLEZ, I., «Ley de Derecho civil de Galicia. Estudio de la reforma», cit., pág. 2.734— ha considerado que a través de la expresión «incapaz de heredar» el legislador se estaría refiriendo a aquellas personas que se encontrasen incapacitadas o que fuesen objeto de sustitución ejemplar. Sin embargo, a nuestro juicio, la equiparación que propone el citado autor no resulta compatible con la propia dicción de la expresión analizada, en la medida en que las personas incapacitadas, así como las que son objeto de sustitución, pueden heredar en todo caso (cfr., en el mismo sentido, MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., págs. 137–138 y LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.076).

⁵⁶² Para un análisis detallado de los diferentes supuestos de «incapacidad relativa», *vid.*, por todos, DÍAZ ALABART, S., «Comentarios a los artículos 752 a 754 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo X, Vol. 1.º, cit., 1987, págs. 109–187.

indignidad y de desheredación siendo, en esencia, las mismas, pueden tener un alcance diferente. En concreto, así podría acontecer en los casos en que uno de los beneficiarios del testamento «*fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes*» (art. 756, 2.º Cc). En sede de indignidad, habiendo fallecido la víctima de la agresión y por efecto de la citada causa, podrían quedar afectadas las disposiciones de ambos otorgantes: la del testador fallecido, por haberse atentado contra él; la del cootorgante, en la medida en que la víctima del atentado era su cónyuge. Considerada, en cambio, como causa de desheredación, sólo se verían implicadas las disposiciones del testador supérstite, ya que —como es sabido— la desheredación ha de hacerse por el propio testador y, por razones obvias, esto no resultaría posible para el sujeto pasivo del delito⁵⁶³.

C) Disposiciones otorgadas a favor de una persona que ha premuerto

Una última excepción al principio de irrevocabilidad de las disposiciones correspectivas del testamento mancomunado se halla en aquellos casos en que las disposiciones han sido otorgadas a favor de una persona que ha premuerto. Esta facultad de revocar estaría amparada en la imposibilidad de llevar a término lo inicialmente concertado en el testamento con carácter correspectivo.

Reseñadas las distintas disposiciones en las que tiene cabida la revocación *post mortem* del testamento mancomunado, es preciso efectuar una aclaración ulterior en relación con la revocabilidad de las disposiciones correspectivas otorgadas a

⁵⁶³ Cfr. TEIXEIRA GRACIANETA, A., «El testamento mancomunado», cit., pág. 151. En cualquier caso, en la práctica nada obsta para que las causas de indignidad y desheredación actúen de manera cumulativa.

favor de una persona incapaz de heredar o de una persona que ha premuerto. Y es que, en la interpretación propuesta, dicha revocabilidad está condicionada a que no resulten aplicables los derechos de representación y de acrecer. En este punto, ha de advertirse que la Ley de Derecho civil de Galicia no cuenta con una regulación específica al respecto. Por esta razón, resulta preceptivo acudir con carácter supletorio a la normativa contenida en el Código civil (arg. ex art. 3.º LDCG).

En lo que al derecho de representación concierne, cabe ya adelantar que la regulación del Código civil se va a traducir en un desigual alcance de la revocabilidad del testamento mancomunado en función de la causa que origina la representación. En efecto, el artículo 814 del Código civil dispone, en su párrafo tercero, lo siguiente: «*Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representarán a éste en la herencia del ascendiente*»⁵⁶⁴. En otros términos, el citado precepto establece en el ámbito de la sucesión testada un derecho de representación —a favor de los descendientes de un descendiente— con un contenido que se extiende a la totalidad de la herencia.

En principio, en la hipótesis normativa del párrafo tercero del artículo 814 del Código civil tendrían cabida tanto los supuestos de premoriencia, como de indignidad y desheredación y, por tanto, en todos ellos el contenido de la representación sería idéntico⁵⁶⁵. Sin embargo, la regulación formulada en los artículos

⁵⁶⁴ En la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia, el artículo 261 se pronuncia en términos similares al disponer lo siguiente: «*Os descendentes doutro descendente que non fose preterido, representan a este na herdanza do ascendente e non se consideran preteridos*». Sin embargo, en la citada propuesta no se regula, con carácter específico, el derecho de representación, razón por la cual las consideraciones que se efectúen a la luz del artículo 814 del Código civil seguirían siendo virtualmente válidas.

⁵⁶⁵ La cuestión sobre el alcance del párrafo tercero del artículo 814 del Código civil no es pacífica en la doctrina. Sin embargo, a nuestro juicio,

761 y 857 del Código civil –en sede de indignidad y desheredación, respectivamente– va a introducir una significativa variación en el contenido descrito. De acuerdo con el primero de los preceptos indicados: «*Si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo o descendiente del testador, y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima*»; a su vez, conforme al artículo 857 del propio Código civil: «*Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos a la legítima*». En suma, a tenor de los preceptos transcritos, en los supuestos de indignidad y desheredación el contenido del derecho de representación se circunscribe a la porción legítima⁵⁶⁶.

Así pues, la aplicación de las consideraciones realizadas en torno al derecho de representación al ámbito del testamento mancomunado gallego permitirían obtener las dos conclusiones siguientes: en primer lugar, en los supuestos de premoriencia, el testador supérstite no podrá revocar la disposición correspondiente otorgada a favor del premuerto si éste tiene descendientes que puedan representarle; en segundo lugar, en las hipótesis de indignidad y desheredación ha de admitirse, en cambio, la facultad de revocación del testador supérstite, pues –aun entrando en juego el derecho de representación– podrá modificar la

tomando como referente la sólida argumentación efectuada por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (*Preterición y derecho de representación en el artículo 814.3 del Código civil*, Civitas–Servicio de publicaciones de la Universidad de Extremadura, Madrid, 1991, págs. 116 y ss. y, en particular, págs. 134–138) cabría sostener –con el citado autor– que el artículo 814, párrafo tercero, del Código civil constituye el marco legal de referencia del derecho de representación en la sucesión testada. Para un examen de las posiciones existentes al respecto y de sus correspondientes defensores cfr., igualmente, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Preterición y derecho de representación...*, cit, pág. 120, notas 128 y 129.

⁵⁶⁶ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Preterición y derecho de representación...*, cit., págs. 125–128.

disposición correspectiva a favor del «incapaz» en todo aquello que exceda de la porción legítimaria.

Por último, como se ha tenido ocasión de anticipar, la revocabilidad de las disposiciones otorgadas a favor de persona incapaz de heredar o de una persona que premuere al testador también se puede hallar limitada por la concurrencia del denominado derecho de acrecer⁵⁶⁷. Éste, en sede de testamento mancomunado, apenas plantea particularidades dignas de mención. Cabe ya señalar, por tanto, que serán de aplicación –sin más– las normas contenidas en los artículos 982 y siguientes del Código civil (arg. ex art. 3.º LDCG).

Así las cosas, la posibilidad de revocar –por parte del cónyuge supérstite del testamento conjunto– las disposiciones otorgadas a favor de persona incapaz de heredar o que haya premuerto se encuentra supeditada a que el llamamiento en cuestión no revista carácter conjunto a favor de otras personas y no contenga especial designación de partes (cfr. art. 982, núm. 2.º, Cc)⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ En este sentido, como pone de manifiesto LETE DEL RÍO, J.M. («Comentario al artículo 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.071, nota 1), resulta sorprendente que el artículo 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia se refiera al derecho de acrecer o «acrecimiento» como «acrecentamiento».

⁵⁶⁸ Conforme al número 1.º del artículo 982 del Código civil, el derecho de acrecer tiene lugar cuando se produce una vacante en un llamamiento conjunto por causa de premoriencia, renuncia o incapacidad para heredar de uno de los llamados. Sin embargo, como señala BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P. («Comentario al artículo 982 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., págs. 2.335–2.336) la enumeración efectuada por el mencionado precepto no es ni exhaustiva ni taxativa, pudiendo admitirse otras causas susceptibles de generar el acrecimiento. En este sentido, cfr., entre otras, las SSTs de 6 de marzo de 1944 (*RJA* 303) y de 8 de mayo de 1979 (*RJA* 1762), en las que, expresamente, se señala que el derecho de acrecer tiene lugar no sólo en los casos a que alude el artículo 982

En relación con este último requisito, cabría entender, *a priori*, que existe «designación por partes» cuando el testador determina expresamente una cuota para cada heredero; en este sentido, debe tenerse presente que las frases «por mitad o por partes iguales» u otras análogas que indiquen una parte alicuota – aunque sin fijarla numéricamente «o por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado»– no implican la exclusión del derecho de acrecer (cfr. art. 983 Cc).

Sin embargo, en lo que respecta a la idea de que la fijación numérica de cuotas imposibilita el derecho de acrecer, el tenor literal de la Ley ha sido superado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En concreto, pueden traerse a colación las sentencias de 5 de junio de 1917⁵⁶⁹ y de 6 de noviembre de 1962⁵⁷⁰, en las que el Alto Tribunal admite el derecho de acrecer

del Código civil, sino también en aquellos otros en los que fuese nula la disposición testamentaria a favor de uno de los herederos conjuntos.

⁵⁶⁹ JC, Tomo 140, núm. 92. En esta decisión, el Tribunal Supremo reconoce la procedencia del derecho de acrecer entre los herederos que no habían premuerto a la testadora, a pesar de que ésta había instituido a sus herederos –marido y ocho hermanos– «por novenas iguales partes». A este respecto, el Tribunal Supremo declara que la locución en cuestión «referida a nueve interesados representa esencialmente lo mismo que la de “por mitad” empleada por la ley si se trata de dos, pues en uno y otro caso se designa parte alicuota, y aunque en cierto modo tengan un aspecto numérico, puesto que ordenan la división del todo de la herencia en nueve o en dos partes, no es entero en el sentido concreto y especial a que alude el Código en el mencionado artículo 983 para excluir el derecho de acrecer, por ser ideal y no fijar expresamente una cuota en cantidad, en fincas o en otra clase determinada de bienes o por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separados» (Cdo. 4.º).

⁵⁷⁰ JC, Primera serie, Tomo 113, núm. 787. El Tribunal Supremo efectúa una delimitación del requisito establecido en el párrafo segundo del artículo 983 del Código civil en el sentido de considerar que el criterio decisivo –a los fines de que pueda haber lugar al derecho de acrecer– estriba en que los herederos no sean dueños de cuerpos de bienes separados. A juicio del Alto Tribunal, el legislador emplea como equivalentes «dos frases que tienen un

en supuestos en que el testador ha fijado numéricamente las cuotas que debían corresponder a cada uno de los herederos e incluso –caso de la sentencia de 1917– ha fraccionado una de esas cuotas de manera desigual⁵⁷¹.

En definitiva, si la disposición a favor de una persona incapaz de heredar o que premuere al testador supérstite forma parte de un llamamiento plural sin designación de partes –en los términos señalados– dicha disposición no podría ser revocada por el supérstite del testamento mancomunado.

V. LA MODIFICACIÓN DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO

1. MODIFICACIÓN *VERSUS* REVOCACIÓN

1.1. *Caracterización de la modificación*

La modificación de las disposiciones testamentarias, en

sentido completamente distinto, ya que una cosa es fijar numéricamente la parte o partes alicuotas de una herencia para atribuir las a determinados herederos y otra muy diferente hacer la designación “por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado”; con la primera frase no se elimina el derecho de acrecer, como claramente lo indica el precepto al comienzo de ese párrafo segundo, aunque otra cosa parezca querer indicar, mientras que con el empleo de la segunda frase sí queda excluido» (Cdo. 9.º). De ahí que, en el caso enjuiciado, el Tribunal reputase que el hecho de que la testadora ordenase la formación de tres partes iguales y dispusiese que cada una de ellas fuese adjudicada a un heredero o grupo de herederos no hacía a los referidos beneficiarios dueños de un cuerpo de bienes separado y, por tanto, no excluiría el derecho de acrecer.

⁵⁷¹ Sobre el controvertido juego del derecho de acrecer en aquellos casos de institución en partes desiguales, *vid.*, por todos, ALBALADEJO, M., «Comentarios a los artículos 982 y 983 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XIII, Vol. 2.º, cit., 1998, págs. 457–474.

cuanto fenómeno autónomo e independiente de la revocación, no ha sido objeto de un tratamiento legal y doctrinal específico⁵⁷². Sin embargo, la circunstancia reseñada no implica que modificación y revocación sean, en todo caso, fenómenos idénticos. De hecho, la configuración de la modificación como categoría independiente podría desprenderse ya de un examen de la realidad jurídica, donde se pone de manifiesto la existencia de supuestos que inciden en el contenido del testamento y que, en cambio, no podrían calificarse de revocatorios en sentido estricto.

La falta de toda referencia normativa al respecto conduce a que el concepto de modificación haya de formularse tomando como pauta –si bien sea *a contrario*– la noción de revocación. En este sentido, según se ha podido constatar, la revocación testamentaria viene singularizada básicamente por dos notas: en primer lugar, por conllevar la ineficacia terminante de la disposición sobre la que se proyecta (cfr. arts. 739 y 740 Cc); en segundo lugar, por materializarse, con carácter general, a través de actos que reúnen las solemnidades necesarias para testar (cfr. art. 738 Cc). Al hilo de esta segunda característica, cabe recordar, asimismo, que el principio de formalidad testamentaria de la revocación no está exento de excepciones; así sucede con los pactos sucesorios (arg. *ex art.* 117 LDCG), la denominada

⁵⁷² A título de ejemplo, baste señalar que en el concreto marco del Derecho gallego la doctrina, con carácter general, ha venido refiriéndose a los supuestos de pérdida de eficacia de las disposiciones testamentarias por una ulterior voluntad del testador, bien usando indistintamente los términos «revocación» o «modificación», bien empleando sólo el vocablo «revocación». Cfr., entre otros, GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico-familiar e sucesorio...», cit., págs. 400-403; MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., págs. 129-135; DÍAZ FUENTES, A., *Dereito civil de Galicia...*, cit., págs. 268-271; LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario a los artículos 138 a 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., págs. 1.050-1.079; BELLO JANEIRO, D., *El ejercicio de la competencia...*, cit., págs. 205-206.

revocación real (cfr. art. 742 Cc) y la transformación y enajenación del legado (cfr. art. 869 Cc). Ahora bien, como es también sabido, el conjunto de tales actos de revocación «extratestamentaria» reviste un carácter taxativo (cfr. art. 743 Cc).

Configurada la revocación en la forma que antecede, lo cierto es que los testadores, a través de actos que no reúnen las solemnidades exigidas para testar o que no implican una excepción al principio de formalidad de la revocación, pueden alterar el contenido de su última voluntad testamentaria. Pues bien, a esta eventualidad respondería, en nuestra opinión, la categoría de la modificación. En síntesis, en este fenómeno tendría cabida todo negocio jurídico que, no siendo susceptible de catalogarse como revocación, supusiera una alteración en el contenido del testamento.

En este orden de ideas, la distinción entre modificación y revocación se desprende palmariamente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo; en concreto, de la sentencia de 6 de diciembre 1919⁵⁷³. En dicho pronunciamiento el Alto Tribunal procede a enjuiciar el alcance revocatorio de la renuncia a un derecho del que previamente el titular había dispuesto por vía testamentaria⁵⁷⁴. A este respecto el Tribunal Supremo admite expresamente la

⁵⁷³ *JC*, Tomo 148, núm. 53, págs. 335-343.

⁵⁷⁴ El supuesto de hecho es el siguiente: D. C.G.H. a través de testamento otorgado en fecha de 27 de octubre de 1898 designa a su hijo D. J.G.C. como sucesor en el cargo que venía desempeñando en el patronato de una fundación. Posteriormente, en fecha de 4 de abril de 1900, el propio testador D. C.G.H., mediante escritura pública, renuncia al cargo en cuestión y lo delega, sin limitaciones, a D. E. del C. Así las cosas, fallecido D. C.G.H. el 19 de mayo de 1906 bajo el testamento antes reseñado, D. J.G.C. reclama el cargo de su padre en el patronato. A tal fin, y entre otros motivos de casación, se alega por el actor infracción del artículo 738 del Código civil al estimar que la escritura de renuncia ha revocado el testamento.

posibilidad de que, con posterioridad al testamento, determinados hechos o sucesos «influyan, modifiquen o alteren algunas de sus cláusulas, incluso con la extinción de la materia objeto de la misma», señalando a continuación que «no pierde ni en solemnidad ni en prestigio la institución testamentaria, siempre dimanante de la voluntad libre de disponer cuando se modifica y hasta se deroga por hechos externos realizados por el testador»⁵⁷⁵.

Asimismo, en relación con la sentencia objeto de comentario, el propio Tribunal Supremo considera que la disposición testamentaria en la que se contenía el derecho objeto de la litis ha quedado ineficaz por la escritura pública de renuncia, pero no identifica la ineficacia apuntada con aquélla que se sigue de la revocación. En otros términos, el Alto Tribunal reconoce abiertamente la singularidad del supuesto al señalar que «no se trata de revocación de testamento, sino simplemente de la transmisión de un derecho del que pudo disponerse con posterioridad a su otorgamiento»⁵⁷⁶.

Finalmente, interesa resaltar aquí la repercusión práctica que se deriva de la distinción entre modificación y revocación. Como se ha señalado, la revocación se caracteriza por acarrear una ineficacia definitiva de la disposición testamentaria, siendo ineludible para que cesen sus efectos una nueva manifestación expresa de voluntad (cfr. art. 739 Cc). El efecto de la modificación, en cambio, va a consistir en una ineficacia de la

⁵⁷⁵ Cfr. Cdo. 2.º

⁵⁷⁶ Cfr. Cdo. 3.º En el mismo sentido, cfr. ROCA SASTRE, R.M.^a («Anotaciones al Derecho de Sucesiones de Th. KIPP» en ENNECCERUS, L., KIPP, Th. y WOLF, M., *Tratado de Derecho civil*, Tomo V, Vol. 1.º, cit., pág. 156) para quien «no es propiamente revocación de testamento la situación de inoperancia de una disposición testamentaria resultante de una mutación de la entidad o titularidad de la cosa o derecho dispuesto, como ocurre (...) en el caso resuelto por la S. de 6 de diciembre de 1919».

disposición testamentaria menos concluyente, de suerte tal que, si la causa que la determina desaparece, no sería necesaria una nueva declaración de voluntad para que aquella disposición recobrara su vigencia (arg. ex arts. 739 y 743 Cc, *a sensu contrario*).

Esta diferencia en cuanto a los efectos puede constatarse de manera más nítida tomando como muestra el supuesto de la transmisión del derecho a que alude la ya mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1919. Así, si en el supuesto comentado la escritura de renuncia al derecho del que se dispuso anteriormente en testamento se considerase como revocación, la disposición testamentaria no surtiría efecto alguno; ni siquiera en el caso de que el testador, por cualquier circunstancia que no fuese la nulidad del propio acto de renuncia, volviese a ser titular del derecho transmitido (arg. ex art. 739 Cc). Por el contrario, si el supuesto se configurase como una modificación, el llamamiento testamentario desplegaría todos sus efectos si el testador, con posterioridad, recobrarse la titularidad del derecho⁵⁷⁷.

⁵⁷⁷ Esta disparidad de efectos ha sido también evidenciada por PASTOR RIDRUEJO, F. (*La revocación del testamento*, cit., págs. 101–102) en relación con el supuesto de la institución contractual del hijo adoptivo previsto en el artículo 174 del Código civil, en su redacción inmediatamente posterior a la reforma de 24 de abril de 1958. En concreto, el mencionado artículo 174 del Código civil —que traía causa, a su vez, del anterior artículo 177—, establecía en su párrafo 3.º lo siguiente: «*Los derechos del adoptado en la herencia del adoptante y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efecto, aunque éste muera intestado, salvo que el adoptado incurriere en indignidad para suceder o causa de desheredación, o se declare extinguida la adopción (...)*». Así las cosas, al examinar la posible incidencia de la institución del adoptado sobre los testamentos anteriores del adoptante, PASTOR RIDRUEJO propugna una solución que no se identifica con la tesis de la revocación ni tampoco con sus consecuencias prácticas. En efecto, el citado autor rechaza la posibilidad de que la institución contractual implique una revocación del testamento, dada la dicción de los ya comentados artículos 738, 739 y 743 del Código civil. Asimismo, en lo atinente a los efectos,

En suma, la modificación del testamento, en cuanto fenómeno autónomo, se caracteriza por suponer una alteración en el contenido del testamento, que no es susceptible de ser catalogada como revocación, bien porque no se han observado las solemnidades necesarias para testar, bien porque el negocio a través del que se actúa no forma parte de aquéllos que —no reuniendo tales solemnidades— tienen eficacia revocatoria.

Asimismo, las diferencias entre revocación y modificación no sólo se restringen al ámbito de la forma, sino que también se manifiestan en el plano de los efectos. Y es que la modificación, a diferencia de la revocación, no conlleva una ineficacia definitiva de la disposición afectada. Es decir, la ineficacia del acto modificativo —por causa distinta a la nulidad— no supone la ineficacia de la disposición testamentaria modificada; antes bien, ésta desplegaría sus efectos sin necesidad de ser reiterada mediante una nueva declaración de voluntad (arg. ex arts. 739 y 743 Cc).

1.2. La modificación en el ámbito de la Ley de Derecho civil de Galicia

Delimitada la categoría de la modificación, de lo que se

PASTOR RIDRUEJO considera que la institución contractual del hijo adoptado no se traduce en la ineficacia del testamento, sino simplemente en su «inoperancia» práctica; de esta manera, si la institución en cuestión no surtiera efectos (v.gr. por indignidad del instituido) el testamento desplegaría su virtualidad. En cualquier caso, es importante destacar que las conclusiones a las que llega el citado autor se circunscriben a la regulación del Código civil, donde los conflictos entre los supuestos excepcionales de la sucesión contractual y testamentos anteriores no estaban expresamente contemplados. En otros términos, PASTOR RIDRUEJO no cuestiona la indudable posibilidad de que en los denominados Derechos forales la institución contractual revoque el testamento anterior (cfr. PASTOR RIDRUEJO, F., *La revocación del testamento*, cit., págs. 100 y 108–109, nota 63).

trata a continuación es de explicitarla en el marco del Derecho civil gallego. De entrada, debe señalarse que el legislador gallego ha utilizado el vocablo «modificación» en un par de ocasiones (cfr. arts. 138 y 139 LDCG). Sin embargo, estas referencias puntuales no permiten concluir que el legislador autonómico haya contemplado expresamente el fenómeno modificativo descrito en el epígrafe precedente. Antes bien, ateniéndose a una interpretación gramatical y lógica de la Ley, habría ya que inferir que «revocación» y «modificación», en el contexto referido, aluden a una misma realidad.

La identificación apuntada entre revocación y modificación se colige, *prima facie*, de una interpretación gramatical de los artículos 138 y 139 de la propia Ley de Derecho civil de Galicia («*La revocación o modificación*»); en concreto, de un análisis de la función de la conjunción disyuntiva «o».

Como es sabido, la conjunción disyuntiva tiene como finalidad principal especificar diversas opciones disponibles a los fines de elegir entre una o varias de esas alternativas⁵⁷⁸. Sin embargo, dentro de la generalidad de este planteamiento, no puede obviarse que, en determinadas ocasiones, la conjunción «o» es susceptible de un uso no disyuntivo; es decir, puede revestir un significado de «equivalencia» o «cuasi equivalencia»⁵⁷⁹. En tales supuestos, las denominaciones relacionadas por la conjunción en cuestión se refieren a un mismo objeto y la

⁵⁷⁸ Cfr., entre otros, CAMACHO, J., «La coordinación», en AA.VV., *Gramática Descriptiva de la Lengua Española*, Tomo II, Espasa Calpe, Madrid, 1999, pág. 2.682.

⁵⁷⁹ Como muestra de este empleo no disyuntivo de la conjunción «o», se suelen señalar, entre otros, los siguientes ejemplos: «El español o castellano es una lengua romance», «Debían provenir de (...) de la neurobiología o ciencia que estudia el sistema nervioso», «Abunda en esa región el colibrí o pájaro mosca» (cfr. CAMACHO, J., «La coordinación», cit., pág. 2.685).

utilización de un sólo artículo antecediendo al primer elemento de la coordinación constituye un indicio elocuente para colegir dicho significado de equivalencia⁵⁸⁰.

De esta manera, si se examina el tenor de los artículos 138 y 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia de acuerdo con los parámetros reseñados cabría advertir que el segundo de los términos coordinados por la conjunción «o» —esto es, modificación— no va precedido de artículo alguno. Y, en consecuencia, sobre la base de las consideraciones precedentes, cabría concluir que la «modificación» no es sino otra forma de referirse a la «revocación». En suma, la diferencia entre «revocación» y «modificación» vendría a ser una cuestión de mera nomenclatura, ya que ambas expresiones se referirían al mismo objeto.

Pero además, la circunstancia de que el legislador gallego ha empleado los términos «revocación» y «modificación» como sinónimos viene ratificada por la regulación contenida en el artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia. Y ello, por cuanto que, si se entiende que en el citado precepto se ha procedido a la regulación de lo que pudiera denominarse modificación unilateral del testamento mancomunado, se habría producido una subsunción de la figura de la modificación en la más genérica y concluyente de la revocación.

En efecto, conforme al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia, los actos a través de los cuales los testadores podrían alterar el contenido de su testamento se verían limitados —al igual que la revocación— al testamento abierto (cfr. art. 139.2

⁵⁸⁰ Cfr., entre otros, BARRENECHEA PASTOR, A.M.^a, «Problemas semánticos de la coordinación», en AA.VV., *Estudios lingüísticos y dialectológicos. Temas hispánicos*, Hachette, 1979, pág. 14 (especialmente en la nota 12) y CAMACHO, J., «La coordinación», cit., pág. 2.686.

LDCG); asimismo, modificación y revocación acabarían equiparándose en cuanto a los efectos, ya que, en ambos casos, se produciría la ineficacia de las disposiciones recíprocamente condicionadas con la revocada o modificada (cfr. art. 139.1 LDCG). En otros términos, se estaría unificando los regímenes de la revocación y modificación y, por tanto, negando, implícitamente, la sustantividad de ésta.

Así las cosas, admitida la falta de toda regulación expresa al respecto, cabe preguntarse por la incidencia de la modificación —en cuanto fenómeno autónomo— sobre el testamento mancomunado gallego. A este respecto, tomando como referencia la sistemática adoptada por la Ley de Derecho civil de Galicia en sede de revocación —y en función de que se realice bien de común acuerdo por ambos testadores, bien unilateralmente por uno de ellos— se ha considerado oportuno diferenciar dos hipótesis de modificación: la modificación conjunta y la modificación unilateral. Al examen de las mismas se dedican los epígrafes siguientes.

2. LA MODIFICACIÓN CONJUNTA

2.1. *Preliminares*

En sede del testamento conjunto, los principios básicos de la modificación son plenamente asumibles cuando la alteración se lleva a cabo por ambos testadores de común acuerdo. En otros términos, la mutación del contenido del testamento mancomunado por parte de ambos otorgantes a través de actos y negocios que, si bien no están directamente encaminados a ordenar su sucesión *mortis causa* inciden sobre ella, no plantea especiales dificultades.

Los otorgantes del testamento mancomunado disponen de una gran diversidad de medios para proceder a la modificación de sus disposiciones testamentarias. De hecho, cabe afirmar que, a

los fines indicados, los testadores tienen tantas alternativas como negocios jurídicos pueden celebrar en relación con los bienes y derechos que integran su patrimonio. En este sentido, reviste especial interés detenerse en el análisis de aquella figura que, estando expresamente prevista en sede de sucesiones en la Ley de Derecho civil de Galicia, puede repercutir en el contenido del testamento mancomunado: la partición conjunta⁵⁸¹.

Con todo, en orden a circunscribir el fenómeno de la modificación realizada por ambos testadores a sus justos términos, se considera oportuno efectuar una consideración previa relativa a los actos de modificación cuantitativamente más frecuentes: los actos de disposición *inter vivos*. Y es que, en principio, sólo cabría hablar de una modificación conjunta cuando los bienes o derechos objeto de disposición fuesen de titularidad compartida.

De todas formas, esta correlación entre titularidad y modificación conjuntas no debe ser entendida en términos absolutos. De hecho, en nuestra opinión, la identidad apuntada hallaría una excepción en aquellos supuestos en que uno de los testadores dispone *inter vivos*, con el asentimiento del otro testador, de un bien o derecho que pertenece a su patrimonio privativo y del que previamente había dispuesto en una cláusula testamentaria de carácter correspectivo. En otras palabras, existiría también modificación conjunta en aquellas hipótesis en que sólo uno de los testadores fuese el titular del bien o derecho transmitido *inter vivos* siempre que concurriesen los siguientes requisitos: en primer lugar, que el bien o derecho en cuestión estuviese comprendido en una cláusula correspectiva; y, en segundo lugar, que al acto de disposición *inter vivos*, a los fines

⁵⁸¹ En concreto, la Ley de Derecho civil de Galicia regula la partición conjunta en el Capítulo VI («De las partijas») del Título VIII («Sucesiones»): artículos 157.2 y 158.

de expresar su asentimiento, concurriese el testador no titular del bien o derecho transmitido.

En cuanto a la primera de estas condiciones, debe tenerse en cuenta que, con carácter general, la corresponsividad supone que las disposiciones de cada uno de los testadores han sido adoptadas en contemplación de las disposiciones del otro. De este modo, es fácilmente comprensible que cualquier acto de disposición que tenga por objeto alguno de los bienes o derechos que integran el contenido de una cláusula corresponsiva incida mediatamente en la voluntad testamentaria del otro testador.

Ahora bien, el hecho de que la cláusula en que se contengan los bienes o derechos de que se dispone *inter vivos* sea de carácter corresponsivo constituye una condición necesaria pero no suficiente para poder caracterizar a la modificación conjunta. Es necesario, además, que el testador que no realiza el acto de disposición manifieste su consentimiento al respecto. Verificado este extremo, es decir, una vez que el testador que no realiza el acto de disposición ha mostrado su conformidad con el mismo, ya no habría obstáculo para considerar el supuesto como una modificación conjunta. En efecto, al conceder su beneplácito al acto de disposición, habría que suponer que el referido testador estaría admitiendo, implícitamente, un cambio en su voluntad testamentaria inicial; en consecuencia, cabría presumir que el testador acepta el hecho de que su disposición testamentaria surta efectos a pesar de la inexistencia de la disposición que constituía el correlato de la suya⁵⁸².

⁵⁸² Evidentemente la hipótesis comentada exige como presupuesto la existencia de una corresponsividad perfecta, es decir, aquélla que se caracteriza porque la existencia de la propia disposición se hace depender de la existencia permanente de la disposición del otro cotestador. Sobre la distinción entre corresponsividad perfecta e imperfecta, *vid.*, por todos, REICHEL, H., *Zur Lehre vom gemeinschaftlichen Testament...*, cit., pág. 36.

En relación con este asentimiento por parte del testador no titular del bien o derecho objeto de disposición *inter vivos*, la Ley de Derecho civil de Galicia no contiene ninguna previsión⁵⁸³. Sin embargo, a nuestro juicio, este silencio legal no representa ninguna traba para afirmar esa posibilidad. Máxime cuando a la ausencia de prohibición legal expresa se suma el principio de libertad de pactos que informa el Derecho de contratos en general (cfr. art. 1.255 Cc).

Asimismo, en este orden de ideas y como variante de las

⁵⁸³ No sucede lo mismo, en cambio, en la Compilación de Derecho civil foral de Navarra. En efecto, la ley 204 del citado Cuerpo legal, después de sentar como regla general que ninguno de los testadores podrá disponer de sus bienes propios a título gratuito, establece una serie de excepciones entre las que figura la de disponer el testador «*de conformidad con todos los demás testadores*». En cuanto al Derecho aragonés, visto los términos categóricos en que se pronuncia el artículo 107.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte («*En vida de ambos otorgantes, la disposición de bienes comprendida en una disposición que implique su revocación o modificación sustancial produce la ineficacia total de la correspondiente del otro*») pudiera pensarse que la intervención de un testador ratificando el acto de disposición del otro testador sobre sus propios bienes no tendría cabida. Sin embargo, a nuestro juicio, con fundamento en el carácter dispositivo que reviste la norma en cuestión y el principio «*Standum est chartae*» que informa la legislación aragonesa (art. 3.º CDCA) tampoco habría que descartar esa intervención ratificadora. Finalmente, en lo atinente al Derecho civil del País Vasco, en la normativa prevista para Vizcaya no se contiene mención alguna a la incidencia de los actos de disposición sobre el testamento mancomunado; en cuanto a la legislación correspondiente a la provincia de Guipúzcoa cabría llegar a una conclusión similar a la expuesta para las otras legislaciones civiles, pues si el artículo 175.2 de la Ley foral permite dispensar en el propio testamento toda limitación a las facultades de disposición a título gratuito por parte del supérstite («*La limitación que se establece en el apartado anterior [disposición a título gratuito de los bienes objeto de disposiciones correspondientes, salvo en favor de los designados como beneficiarios en las mismas] no tendrá efecto si en el propio testamento mancomunado se hubiere dispuesto otra cosa*») cuanto más cabría admitir que en vida de ambos testadores uno pueda ratificar los actos de disposición del otro.

hipótesis comentadas cabría señalar aquellas otras en que, si bien la titularidad de los bienes corresponde a uno sólo de los testadores, el consentimiento del otro cónyuge para los referidos actos de disposición viene exigido de manera explícita por el ordenamiento jurídico⁵⁸⁴.

En definitiva, los supuestos de modificación conjunta por medio de actos de disposición *inter vivos* pueden reconducirse a aquéllos en que los bienes o derechos de los que se dispone pertenecen a ambos testadores o bien cuya titularidad corresponde a uno sólo de ellos, pero el referido bien o derecho figura en una cláusula de carácter correspectivo y el acto de disposición cuenta con el beneplácito del testador no disponente.

Acotado en los términos que anteceden el ámbito de operatividad de la denominada modificación conjunta se está en condiciones de proceder al examen, siquiera sea a los efectos que interesan en el presente trabajo, de uno de los principales recursos de los que disponen los otorgantes del testamento mancomunado para llevarla a cabo: la partición conjunta.

2.2. La partición conjunta

2.2.1. Planteamiento

De los diversos medios a través de los cuales podría producirse la modificación del testamento mancomunado, la Ley de Derecho civil de Galicia sólo regula, en sede de sucesiones, la denominada partición conjunta. Esta figura jurídica —específica del Derecho civil gallego— se halla expresamente prevista en el artículo 157.2 de la mencionada Ley, a cuyo tenor: «*Los cónyuges pueden partir conjuntamente en un solo documento,*

⁵⁸⁴ Así acontece, *v.gr.*, con los actos de disposición sobre la vivienda habitual (cfr. art. 1.320 Cc en relación con el art. 3.º1 LDCG).

*aunque testasen por separado»*⁵⁸⁵.

Tomando como base la regulación contenida en la propia Ley de Derecho civil de Galicia cabría ya adelantar que la modificación del testamento mancomunado por medio de una partición conjunta, encierra dos presupuestos lógicos. El primero de ellos, de carácter temporal, se concreta en que el acto particional debe tener lugar con posterioridad al otorgamiento del

⁵⁸⁵ En contraste con lo que sucede en la Ley de Derecho civil de Galicia, ni en el Código civil ni en las restantes legislaciones civiles que coexisten en España la posibilidad de que los cónyuges practiquen en un solo acto la partición de sus herencias no se regula de manera expresa. En lo que se refiere al denominado «Derecho común» este silencio legal no ha sido interpretado de manera unívoca por la doctrina, pudiendo distinguirse *grosso modo* dos concepciones netamente antitéticas. Por un lado, la de aquellos autores que, con fundamento en el artículo 1.056 del Código civil y en el criterio jurisprudencial dominante, niegan el encaje de la partición conjunta en la normativa del Código civil (cfr., entre otros, DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., «La partición de herencia por el propio testador», cit., págs. 211-212 y REINO CAAMAÑO, R., «El artículo 1.056 del Código civil», cit., págs. 31-32). Por otro lado, la de aquellos autores que, dada la ausencia de una norma prohibitiva al respecto y la compatibilidad de la figura en cuestión con el régimen sucesorio del Código, se inclinan por su admisibilidad (cfr. entre otros, VALLET DE GOYTISOLO, J., «Comentario al artículo 1.056 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., Tomo XIV, Vol. 2.º, 1989, pág. 135; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Comentario al artículo 1.056 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., pág. 2.478 y DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Tomo IV, cit., págs. 593-594; en el mismo sentido, si bien con mayor tibieza, se pronuncia RODRÍGUEZ ADRADOS, A. —«La partición hecha por el testador», cit., págs. 226 y 227— para quien la partición conjunta en acto *inter vivos* «es posible, aunque no sea doctrina segura». En cualquier caso, lo cierto es que, en el terreno de los hechos, la práctica notarial ha seguido sus propios derroteros siendo frecuente que los cónyuges tras el otorgamiento de sus respectivos testamentos procediesen de manera conjunta a protocolizar la liquidación de su régimen económico matrimonial y la subsiguiente partición de ambas herencias (cfr. ALBA PUENTE, F., «Comentario al artículo 157 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 237).

testamento. La segunda premisa, de índole formal, consiste en que la partición en cuestión, a los efectos que interesan, debe plasmarse en un documento no testamentario.

Dos son las hipótesis en las que la partición conjunta – posterior al otorgamiento del testamento y materializada en documento no testamentario– puede entrañar una modificación del testamento de mancomún. Así se desprende de los artículos 157.3 y 158.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia. A la exposición y estudio de cada uno estos supuestos se procederá en las páginas siguientes.

2.2.2. El supuesto regulado en el artículo 157.3 de la Ley de Derecho civil de Galicia

A tenor de lo establecido en el artículo 157.3 de la Ley de Derecho civil de Galicia, cuando los cónyuges hiciesen la partición *«en documento no testamentario y existiese alguna contradicción con el testamento abierto, prevalecerá la partija realizada en aquél, siempre que se otorgase en documento público de fecha posterior al testamento»*⁵⁸⁶. Por tanto, de acuerdo con el precepto transcrito, la modificación del testamento mancomunado por medio de una partición conjunta se halla

⁵⁸⁶ En contraposición a los dos primeros números de este artículo, el apartado tercero procede del trabajo sobre el Derecho civil de Galicia elaborado por el *Consello da Cultura Galega*; en concreto, se trata de una reproducción casi literal del artículo 114 de dicho proyecto. Existen, no obstante, dos pequeñas diferencias no exentas de importancia: por un lado, la adición en la Proposición de Ley de 22 de junio de 1994 (*BOPG*, IV Legislatura, núm. 90, de 23 de junio) de un inciso final al entonces artículo 150.3 (*«de fecha posterior al testamento»*); por otro lado, la modificación del Informe de la Ponencia de 20 de febrero de 1995 (*BOPG*, IV Legislatura, núm. 212, de 22 de febrero) consistente en la introducción del adjetivo «abierto» calificando al testamento, y que será fuente de no pocos problemas como se tendrá ocasión de comprobar.

supeditada a los siguientes requisitos: a) que exista un testamento «abierto»⁵⁸⁷; b) que la partición se formalice en un documento público de fecha posterior al testamento⁵⁸⁸; y c) que se dé una contradicción entre la partición y el testamento⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Entre las numerosas dificultades de indole hermenéutica que plantea el artículo transcrito cabe reseñar la atinente a la mención que en el mismo se efectúa al testamento abierto. En relación con esta cuestión, una interpretación literal del artículo 157.3 conduciría a resultados absurdos. Así cabría calificar, cuando menos, el hecho de que la contradicción existente entre la partición conjunta realizada en un documento no testamentario y el testamento se solvente, en último término, atendiendo a la forma del testamento; en otras palabras, no parece lógico que en el caso de incompatibilidad descrito prevalezca la partición sobre el testamento si éste es abierto, pero no si es cerrado u ológrafo (cfr., en el mismo sentido, GUTIÉRREZ ALLER, V., «Régime económico-familiar e sucesorio...», cit., pág. 416 y DÍAZ FUENTES, A., *Dereito civil de Galicia...*, cit., pág. 315). Para algunos autores la referencia al testamento abierto obedecería a un simple *lapsus* del legislador derivado del hecho de que en la práctica la abierta es la forma más frecuente del testamento (cfr. ALBA PUENTE, F., «Comentario al artículo 157 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 240 y LETE ACHIRICA, J., «Comentario al artículo 157 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, cit., pág. 1.264). A nuestro juicio, en cambio, la mención que al testamento abierto se hace en el susodicho artículo 157.3 de la Ley hallaría explicación si se considera que constituye una metonimia por medio de la cual se designa al testamento mancomunado. Es decir, en última instancia, los problemas que el artículo 157.3 de la Ley de Derecho civil de Galicia suscita serían debidos a que el legislador, de manera implícita, concibe el testamento mancomunado como abierto notarial y en vez de referirse a aquél por su nombre lo hace por su forma.

⁵⁸⁸ En este punto GUTIÉRREZ ALLER, V. («Régime económico-familiar e sucesorio...», cit., pág. 417) considera defectuosa la redacción del artículo comentado, pues, en su opinión, la verdadera finalidad del precepto – igualmente discutible – no sería sino establecer que la partición realizada en un documento privado no prevaleciese sobre los testamentos de fecha anterior.

⁵⁸⁹ La doctrina ha puesto de manifiesto el escaso rigor técnico del legislador gallego al utilizar el determinante indefinido «alguna» en relación con la «contradicción». En efecto, como señala GUTIÉRREZ ALLER, V., («Régime económico-familiar e sucesorio...», cit., pág. 416), la redacción del precepto daría pie para entender que cuando las contradicciones fuesen muchas o todas el testamento tendría que prevalecer sobre la partición. También

A los fines de concretar el alcance de la normativa expuesta, reviste singular importancia determinar en qué consiste la contradicción que puede existir entre partición y testamento. En otros términos, se trata de especificar el contenido de la susodicha «contradicción». La respuesta al interrogante planteado no resulta sencilla. En este sentido, cabe dejar sentadas de entrada dos observaciones que, a modo de premisa, van a permitir encuadrar el tema objeto de estudio: en primer lugar, la partición se concibe, en términos generales, como una figura complementaria con respecto al testamento; no en vano, la partición supone una mera ejecución de las instituciones testamentarias⁵⁹⁰. En segundo lugar, ha de tenerse presente que la contradicción a la que se hace referencia en el artículo 157.3 de la Ley gallega no puede consistir en una diferencia de valor entre la cuota o participación asignada en el testamento y los bienes atribuidos en la partición para cubrir dicha cuota, ya que este supuesto —como se tendrá ocasión de ver— es objeto de regulación específica en el artículo 158.1 de la propia Ley.

Efectuadas las consideraciones precedentes, y a menos

ALBA PUENTE, F. («Comentario al artículo 157 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 239) muestra su disconformidad con la utilización de la expresión «alguna contradicción».

⁵⁹⁰ Cfr., entre otros, ALBALADEJO, M., «Dos aspectos de la partición hecha por el testador», *ADC*, Tomo I, Fascículo III (Julio-Septiembre), 1948, págs. 923 y ss. —en especial, págs. 923-928— y DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., «La partición hecha por el testador», cit., págs. 176 y ss. En el plano jurisprudencial el carácter complementario que la partición reviste con respecto al testamento se halla plasmado, entre otras, en las SSTS de 6 de marzo de 1945 (*RJA* 272, Cdos. 2.º y 4.º), de 6 de mayo de 1953 (*RJA* 1631, Cdo. 2.º) y de 29 de octubre de 1960 (*RJA* 3447, Cdo. 2.º). Con todo, no han faltado autores para quienes la partición tendría una virtualidad dispositiva y divisoria (cfr. MARÍN LÁZARO, R., «La partición de la herencia hecha por actos *inter vivos*», *RGLJ*, Tomo 176, 1944, págs. 231-235; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., «Efectos de la partición *inter vivos* que regula el artículo 1.056 del Código civil», *RGLJ*, Tomo 191, 1952, págs. 337-345).

que la hipótesis prevista en el artículo 157.3 de la Ley de Derecho civil de Galicia carezca de toda relevancia, la contradicción entre partición conjunta y testamento mancomunado podría referirse bien a los llamamientos de los sujetos implicados en la sucesión testamentaria, bien a la distribución –manteniéndose, en este caso, invariables las cuotas– del haber hereditario. Ahora bien, el primero de los posibles contenidos apuntados –el relativo a las personas implicadas en el fenómeno sucesorio– no resulta, a nuestro juicio, viable. Ello porque de admitirse que la partición puede suponer una alteración de los llamamientos testamentarios, se estaría configurando dicha partición como una nueva forma de testar, obviando, por completo, su naturaleza de acto de mera ejecución de las instituciones contenidas en un testamento; en suma se estaría desvirtuando la naturaleza o esencia de la figura para crear otra nueva⁵⁹¹.

Además, a esta misma conclusión cabría llegar a partir de una interpretación lógica del artículo 117.1 de la Ley de Derecho civil, conforme al cual la delación sucesoria sólo puede tener lugar a través de testamento, de la ley o de los pactos sucesorios regulados en la propia ley. Por tanto, dejando al margen el supuesto de la sucesión legal, si los llamamientos a suceder únicamente pueden articularse a través de testamento o de pactos sucesorios cabe colegir, *a contrario*, que la partición no constituye un cauce idóneo para tal fin.

Así pues, descartado que el contenido de la «contradicción» existente entre testamento y partición en la hipótesis del artículo

⁵⁹¹ Cfr. ALBA PUENTE, F., «Comentario al artículo 157 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 239. En sentido contrario se pronuncia DÍAZ FUENTES, A. (*Dereito civil de Galicia...*, cit., págs. 314–315) para quien la expresión «alguna contradicción» no consistiría en una simple diferencia aritmética, sino que comprendería igualmente «un antagonismo genérico (contradicción)», de suerte tal que la partición, en vez de configurarse como mera ejecución del testamento, aparecería con autonomía dispositiva.

157.3 de la Ley de Derecho civil de Galicia se refiera a los llamamientos en cuestión, dicho contenido debe circunscribirse necesariamente a la distribución de los bienes. Ahora bien, teniendo en cuenta, en todo caso, que la referida contradicción no puede implicar una modificación de las cuotas en las que los herederos son instituidos (arg. ex art. 158.1 LDCG).

En definitiva, a la vista de lo expuesto y con fundamento en la normativa contenida en el artículo 157.3 de la Ley de Derecho civil de Galicia, cabría concluir que a través de una partición conjunta realizada en un documento no testamentario los cónyuges pueden alterar la asignación de bienes previamente consignada en el testamento mancomunado y, por tanto, de modo mediato, proceder a la modificación de éste.

2.2.3. El supuesto regulado en el artículo 158.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia

Con arreglo a lo establecido en el artículo 158.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia: *«La partija hecha (...) por los cónyuges testadores será válida aunque el valor de lo adjudicado a cualesquiera de los partícipes en la comunidad hereditaria no se corresponda con la cuota o participación en el testamento, sin perjuicio del derecho de los legitimarios a reclamar, en su caso, el suplemento de legítima»*. De este modo, el legislador gallego toma en consideración un nuevo supuesto de hipotética contradicción entre el testamento y la partición; aunque, en este caso, la incompatibilidad se refiere únicamente a las diferencias de valor entre las cuotas ideales y las asignaciones concretas.

Así las cosas, la Ley de Derecho civil de Galicia resuelve la discrepancia atribuyendo prevalencia a la partición frente al testamento con la única limitación representada por la salvaguarda de los derechos de los legitimarios. Por lo tanto, al margen de la restricción indicada, la partición prevalece; y ello

con independencia de la forma y del momento en que la misma tenga lugar. Cuando las discrepancias entre testamento y partición se concretan en el valor de los bienes adjudicados y la respectiva cuota testamentaria, es irrelevante la forma en que se haya verificado la partición; es decir, lo establecido en ésta imperará con independencia de que se haya materializado en documento público o en documento privado⁵⁹².

Por otra parte, desde un punto de vista temporal, el tenor literal del artículo 158.1 de la Ley –dentro de su concreto ámbito de aplicación– no hace mención alguna a la secuencia cronológica que debe mediar entre testamento y partición; es decir, en contraste con la regulación contenida en el artículo 157.3, en esta ocasión la Ley de Derecho civil de Galicia no

⁵⁹² Cfr. ALBA PUENTE, F., «Comentario al artículo 158 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, cit., pág. 242. En las restantes legislaciones civiles que coexisten en España, sin embargo, se adopta un criterio menos amplio que el acogido en la Ley 4/1995, de 24 de mayo. En efecto, tanto en la Compilación de Derecho civil foral de Navarra (ley 338, párr. 3.º), como en el Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña (art. 55, párr. 2.º), como en la más reciente Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón (art. 53.2) cuando la partición se materializa en un documento no testamentario la prevalencia de ésta en caso de contradicción entre *nomen* y *assignatio* queda supeditada a que las cláusulas dispositivas sean revocables y puedan ser efectivamente revocadas mediante la forma adoptada para el acto de partición; en otros términos, como señala MEZQUITA DEL CACHO en relación con la regulación del Código de sucesiones («Comentarios al Código de Sucesiones. Art. 55» en AA.VV., *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 232), pero igualmente aplicable a los restantes Cuerpos normativos antes reseñados, se requiere que la partición se contenga en un acto dotado de efecto revocatorio. De este modo sería posible concluir que, en las legislaciones comentadas la prevalencia de la partición en acto separado se condiciona a que la misma conste en escritura pública (arg. ex leyes 338, párr. 1.º, 167 y 174 CDCFN, arts. 67 y 70 LSCM de Cataluña y arts. 53.1, 62 y 117 de la LSCM de Aragón).

supedita la preeminencia de la partición al hecho de que ésta sea posterior al testamento. Por esta razón, la doctrina ha considerado que la solución acogida en la Ley resulta aplicable tanto si la fecha del documento particional es anterior al testamento como si es posterior al mismo.

Ahora bien, no resulta ocioso señalar que, en los supuestos en que la partición se lleve a cabo con carácter previo al testamento, parece lógico exigir que exista cierta compatibilidad entre ambos documentos⁵⁹³. Lo anterior por cuanto la partición reviste la naturaleza de un acto meramente ejecutivo en relación con la voluntad de contenido dispositivo plasmada en el testamento.

De este modo, si se aceptase la prevalencia a ultranza de la partición realizada con anterioridad al testamento mancomunado, a pesar de las notables diferencias que ambas presentasen, no sólo se estaría confiriendo a la partición un carácter de acto dispositivo del que carece, sino que se estaría alterando los términos del aforismo «*lex posterior derogat anterior*» e implícitamente negando al testamento su cualidad de modo preferente –junto con los pactos sucesorios– para deferir la herencia⁵⁹⁴.

⁵⁹³ Cfr. ALBA PUENTE, F., «Comentario al artículo 158 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 242 y LETE ACHIRICA, J., «Comentario al artículo 158 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, cit., pág. 1.266. Desde la perspectiva del Derecho catalán se manifiesta en términos similares MEZQUITA DEL CACHO, J.L., «Comentarios al Código de Sucesiones. Art. 55», cit., pág. 231.

⁵⁹⁴ No parece compartir este planteamiento DÍAZ FUENTES A. (*Dereito civil de Galicia...*, cit., pág. 317) cuando afirma que la omisión de los herederos voluntarios o la disminución de su cuota en la partición del testador convierte a ésta, de manera automática, en un acto con valor de revocación testamentaria.

3. LA MODIFICACIÓN UNILATERAL

La modificación del testamento mancomunado en los casos en que ésta se materializa de modo unilateral es susceptible de generar graves inconvenientes. En concreto, la modificación a través de actos de disposición *inter vivos* o *mortis causa* puede traducirse en un medio de defraudación de las expectativas sucesorias de uno de los otorgantes.

A título meramente ejemplificativo, este efecto pernicioso se pone de relieve en aquellos supuestos en que cada uno de los otorgantes del testamento mancomunado condiciona recíprocamente, en la misma cláusula, sus respectivas instituciones de heredero en un bien concreto. En este contexto, la enajenación por parte de uno de los testadores del bien en cuestión incidirá no sólo en el contenido de las disposiciones testamentarias propias sino también en las de su cónyuge. Así pues, si el testador que ha mantenido inalterada su ordenación sucesoria fallece en primer lugar —sin tener conocimiento del acto dispositivo—, sus previsiones testamentarias surtirían plenos efectos, a pesar de que, en principio, ya no concurre la causa que ha motivado la adopción de las mismas.

Sentado lo anterior, la interdicción de todo acto dispositivo realizado de manera unilateral por cualquiera de los otorgantes del testamento mancomunado tampoco dejaría de suscitar dificultades. En este sentido, no se puede soslayar que tras la muerte de uno de los testadores pueden surgir necesidades perentorias que requieran la realización de actos de disposición sobre bienes o derechos comprendidos en una cláusula testamentaria correspondiente. De este modo, la prohibición de la facultad dispositiva vendría a introducir un importante factor de disuasión para testar mancomunadamente. Por otra parte, tampoco debe obviarse que los inconvenientes que se derivan de los actos de disposición realizados unilateralmente por uno de los testadores

quedarían minimizados si se adoptasen medidas complementarias tendentes a garantizar, entre otros aspectos, el conocimiento de la alteración.

Así las cosas, la Ley de Derecho civil no contiene previsión alguna sobre el alcance de los actos de disposición *inter vivos* o *mortis causa* en el testamento mancomunado (cfr. arts. 137 a 140 LDCG). La ausencia de una norma expresa en la materia va a determinar que no exista ningún tipo de restricción al respecto⁵⁹⁵. Siendo ello así y sobre la base de las consideraciones antes expuestas, debe colegirse que en el marco legal de referencia no cabe descartar los riesgos que conlleva una ilimitada facultad dispositiva por parte de los otorgantes del testamento conjunto. Por tanto, se advierte ya la conveniencia de proceder, *lege ferenda*, a una ordenación de la incidencia de los actos de disposición sobre el testamento conjunto.

En relación con este particular, el principio básico que habría de presidir la normativa en cuestión pudiera concretarse en la libertad dispositiva de los otorgantes. Es decir, con carácter general, cabría admitir la posibilidad de que los cónyuges dispusiesen de sus bienes. Y ello, tanto en vida del cointergante del testamento conjunto, como después de haber fallecido éste⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ En este sentido, cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 138.

⁵⁹⁶ En la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia se parte igualmente del principio de libertad dispositiva, al establecer —en su artículo 193— lo siguiente: «O testamento mancomunado non limita a liberdade dispositiva de ningún dos outorgantes. Calquera deles poderá dispor, inter vivos o mortis causa, de todo ou parte dos seus bens». En la misma línea está posicionada la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón (cfr. art. 97.1). En cuanto a Navarra, en la *Compilación del Derecho civil foral*, atendiendo a la naturaleza del acto dispositivo, se prevé, por un lado, la libertad de disposición a título oneroso (cfr. ley 203) y, por otro, la prohibición de disponer a título lucrativo (cfr. ley 204). En el País Vasco, en lo que a Guipúzcoa se refiere, la Ley de Derecho civil foral mantiene una orientación similar a la del *Fuero Nuevo de Navarra* (cfr. art. 178.1);

No obstante, a los fines de evitar una defraudación de las previsiones sucesorias del testador que no altera el contenido del testamento mancomunado, esa libertad de disposición debería ir acompañada de ciertas medidas tendentes a condicionarla en los casos en que las disposiciones correspectivas del testamento se vieran afectadas por el acto dispositivo. En esta línea, podría resultar oportuno establecer una regulación diferenciada en función del momento en se produce el acto de disposición; es decir, si éste tiene lugar en vida de los otorgantes del testamento conjunto o si, por el contrario, acaece tras la muerte de uno de los testadores.

En vida de ambos testadores, los actos de disposición en los que estuvieran implicados bienes y derechos objeto de una disposición correspectiva deberían llevar aparejada la ineficacia de todas aquellas cláusulas que se hallasen en conexión con la modificada⁵⁹⁷. Por esta razón, a los fines de que el testador que no altera el testamento pueda ordenar nuevamente su sucesión, resultaría preceptiva la pertinente notificación en la forma prescrita para la revocación unilateral⁵⁹⁸. En este sentido, la lógica del sistema

en cuanto a Vizcaya, no se contiene ninguna regla al respecto, pero, dada la amplitud con la que se concibe la revocación *post mortem* (cfr. art. 51), sería posible inferir también la consagración del principio de libertad dispositiva.

⁵⁹⁷ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 139. La propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia también contempla, en el artículo 194.1, la ineficacia de las disposiciones recíprocamente condicionadas con aquélla que resulta modificada como consecuencia del acto de disposición. Sin embargo, al hilo de esta cuestión, causa cierta perplejidad que en los términos de la propuesta (cfr. art. 191.1) la revocación unilateral conlleve, en cambio, la ineficacia –en bloque– de todas las disposiciones recíprocamente condicionadas. Dado el paralelismo que existe entre ambas regulaciones, este desconcierto sería igualmente predicable de la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón (cfr. arts. 106.3 y 107.2).

⁵⁹⁸ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 139. En la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia se prescinde abiertamente de esta garantía. Este hecho resulta, en nuestra opinión,

exigiría que la notificación se erigiese en condición de validez del acto dispositivo⁵⁹⁹. De lo contrario, se estaría abriendo una vía a la defraudación de las previsiones sucesorias del testador que mantiene inalteradas sus disposiciones testamentarias.

Fallecido uno de los otorgantes, en cambio, el régimen de los actos dispositivos tendría que ser, necesariamente, otro. En efecto, los actos de disposición por parte del supérstite de un bien comprendido en una cláusula de naturaleza correspectiva ya no pueden acarrear la ineficacia de la misma y de las vinculadas con ella. En tales supuestos, la medida comentada sería excesivamente gravosa. Por un lado, la voluntad *mortis causa* del testador premuerto quedaría doblemente vulnerada: no sólo porque no se cumple el correlato de su disposición testamentaria, sino que, además, su propia regulación sucesoria deviene ineficaz sin que exista la posibilidad de proceder a una reordenación conforme a sus designios. Por otro lado, la ineficacia sobrevinida de las disposiciones recíprocamente condicionadas desencadenada por el acto de disposición tampoco se estima pertinente desde la perspectiva de la seguridad jurídica: en efecto, muerto uno de los

sorprendente; máxime cuando a través de los actos de disposición *inter vivos* se pueden producir unos efectos similares a los de la revocación y para ésta se hace especial hincapié en el tema de la notificación. Desde la perspectiva del Derecho aragonés, y en relación con el régimen de la Compilación, GARCÍA VICENTE, F., («Del testamento mancomunado», en AA.VV., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, Vol. III, cit., pág. 188) ya se había hecho eco de los riesgos que conllevaba la no notificación de los actos dispositivos *inter vivos*; pese a ello, la Ley de sucesiones por causa de muerte no contiene ninguna indicación al respecto, por lo que cabe presumir que dicha notificación no es necesaria.

⁵⁹⁹ En contra, MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 139. Para este autor, la falta de notificación no alteraría la ineficacia de la cláusula testamentaria afectada –así como la de las relacionadas con ella– sino que generaría una responsabilidad del testador autor del acto de disposición *inter vivos*, que se concretaría en la ineficacia de las disposiciones otorgadas a su favor en el testamento mancomunado por aplicación de lo dispuesto en el artículo 756.6.º del Código civil.

testadores, sus disposiciones son abiertas y despliegan, por tanto, su eficacia; de este modo, si el ulterior acto dispositivo llevase anudado la ineficacia comentada, sería preciso retrotraer los efectos ya producidos como si la apertura de la sucesión no hubiera tenido lugar, con las todas las dificultades que ello comportaría.

Así las cosas, muerto uno de los testadores la libertad dispositiva podría quedar acaso circunscrita a aquellas hipótesis en que el testador supérstite se hallase en una situación de necesidad⁶⁰⁰. Por ello, en caso de haber fallecido uno de los otorgantes del testamento mancomunado parece razonable restringir la facultad del cónyuge supérstite para disponer a título lucrativo⁶⁰¹.

En cuanto a los actos de disposición a título oneroso, se estimaría conveniente establecer –atendiendo a las expectativas del

⁶⁰⁰ En el mismo sentido, aunque desde la perspectiva del Derecho aragonés, cfr. MERINO HERNÁNDEZ, J.L., «Comentario al artículo 107 de la Ley de sucesiones aragonesa», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXIV, Vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 2002, pág. 772.

⁶⁰¹ Así se prevé, de modo expreso y con carácter general, en la ley 204 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, a cuyo tenor: «*Ninguno de los testadores podrá disponer por título lucrativo de sus propios bienes (...)*». Por el contrario, la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón permite la realización de actos dispositivos a título gratuito, si bien impone a los donatarios o sus herederos la obligación de restituir a la persona a quien el testamento atribuía los bienes su valor actualizado (cfr. art. 107.3 LSCM). En este sentido, resulta indiscutible el paralelismo de la regulación aragonesa con la contenida en el § 2287 del BGB sobre donaciones perjudiciales que, pese a hallarse en sede de contrato sucesorio, se aplica analógicamente –dada la situación de intereses comparable– al testamento mancomunado correspondiente. Sobre esta analogía y sus presupuestos *vid.*, por todos, AUNERT–MICUS, S., *Der Begriff der Beeinträchtigungsabsicht in § 2287 BGB beim Erbvertrag und beim gemeinschaftlichen Testament*, Shaker, Aachen, 1995, págs. 92–138.

beneficiario de la disposición correspectiva afectada— un derecho a reclamar el valor actualizado de los bienes objeto de disposición con cargo a la herencia del disponente. En todo caso, el ejercicio de este derecho debería estar sujeto a un plazo prudencial de caducidad a los fines de evitar que la sucesión se pueda convertir en un fenómeno interminable⁶⁰².

⁶⁰² El artículo 194.2 de la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia contempla ese derecho de indemnización —aunque sin circunscribirlo únicamente a los actos dispositivos a título oneroso— en los siguientes términos: «*Falecido un dos cónxuxes, o outro poderá dispor dos bens comprendidos nunha cláusula correspectiva. Neste caso, o beneficiario da disposición testamentaria poderá reclama-lo valor actualizado dos bens obxecto da disposición con cargo á herdanza do dispoñente, sen prexuízo das lexítimas. Este dereito caducará no prazo de tres anos, contados desde o falecemento do dispoñente*». En la misma línea, la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón establece la posibilidad de que la persona a quien el testamento atribuía los bienes objeto del acto de disposición a título oneroso reclame su valor actualizado a los herederos del disponente (art. 107.3 LSCM).

CAPÍTULO CUARTO
CUESTIONES DE DERECHO
INTERREGIONAL

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Derecho civil de Galicia refiere la posibilidad de testar mancomunadamente a los cónyuges «gallegos» (cfr. art. 137 LDCG). Sin embargo, como se ha tenido oportunidad de contatar, esta circunstancia debe traducirse en el rechazo de un testamento mancomunado otorgado por cónyuges de distinta vecindad civil, siempre y cuando la ley personal de cada uno de ellos les permita hacer uso de esta modalidad testamentaria⁶⁰³.

En tales casos, el testamento conjunto va a presentar vínculos con diversas legislaciones. Siendo ello así, de lo que se trata a continuación es de examinar los problemas que esta pluralidad de normativas puede acarrear en relación con los distintos aspectos que conforman el testamento en cuestión: capacidad, forma y fondo.

En este orden de ideas, en el marco del denominado «Derecho interregional» el testamento mancomunado suscita un último interrogante: la posible inconstitucionalidad —desde la perspectiva de la competencia para establecer «normas para resolver los conflictos de leyes»— del inciso final del artículo 137 de la Ley de Derecho civil de Galicia, conforme al cual los cónyuges «podrán otorgar testamento mancomunado, aun fuera de Galicia». Al examen de estas cuestiones se dedica la siguiente exposición.

II. EL TESTAMENTO MANCOMUNADO OTORGADO POR CÓNYUGES DE DISTINTA VECINDAD CIVIL

1. PLANTEAMIENTO

Con carácter previo al examen de los problemas que en

⁶⁰³ Sobre esta cuestión, *vid. supra* el epígrafe II.4.1 del Capítulo segundo.

orden a la capacidad, forma y fondo del testamento mancomunado plantea la distinta vecindad civil de los otorgantes, se considera oportuno fijar el marco legal que servirá de referencia para la resolución de dichas cuestiones.

En este sentido, cabe señalar de entrada que el Ordenamiento jurídico español carece de una regulación específica en materia de conflictos de leyes interregionales⁶⁰⁴; el Código civil se limita a hacer extensibles las normas de Derecho internacional privado a los conflictos internos. Así se establece en el artículo 16.1 del referido Cuerpo legal, a cuyo tenor: «*Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV (...)*». Sin embargo, pese a la aparente claridad del precepto transcrito, la extrapolación de las normas de Derecho internacional privado al ámbito de los conflictos interregionales, debe ser objeto de una doble precisión:

a) En primer lugar, ha de tenerse presente que no se trata de una remisión plena, sino que la misma precisa de ciertas adaptaciones. En concreto, cabría destacar los dos siguientes aspectos: 1.º La imposibilidad de acudir en aquellas materias incluidas en la noción de «*estatuto personal*»⁶⁰⁵ al criterio de la

⁶⁰⁴ La conveniencia de elaborar una reglamentación específica para los conflictos de leyes internos, con independencia de lo establecido en el Código civil para los conflictos internacionales, ya había sido una de las principales reivindicaciones del Congreso de Derecho civil celebrado en Zaragoza en el año 1946 (cfr. la conclusión 1.ª, apartado d). Sin embargo, en relación con esta cuestión, debe advertirse que las opiniones doctrinales no son unánimes. Una exposición sintética de los argumentos esgrimidos a favor y en contra de la diferenciación en el tratamiento jurídico de los conflictos de leyes internacionales e interregionales puede verse en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 16.1 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo I, cit., 1978, págs. 518-519.

⁶⁰⁵ En principio, por «*estatuto personal*» cabe entender el conjunto de

«nacionalidad» para determinar la ley personal de los sujetos inmersos en el conflicto –pues todos ellos tienen la misma condición– y la sustitución de este criterio por el de la «vecindad civil»; 2.º La inadecuación de aquellas disposiciones que por su especificidad sólo pueden resultar operativas en el ámbito del Derecho internacional. De ahí que el referido artículo 16.1 del Código civil disponga: «1.ª Será ley personal la determinada por la vecindad civil» y «2.ª No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público».

b) La segunda advertencia que debe hacerse en cuanto a la extrapolación de las normas de Derecho internacional privado a la esfera de los conflictos interregionales, estriba en que la misma no se circunscribe únicamente –como se tendrá ocasión de comprobar– a las normas contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil (artículos 8.º a 12). Antes bien, la remisión en cuestión comprende también aquellas otras disposiciones que, aún estando al margen de la sede mencionada, contribuyen a la resolución de los conflictos de leyes en la esfera internacional.

Efectuadas las consideraciones precedentes, se estima oportuno determinar ahora la ley rectora de cada uno de los elementos que integran el testamento mancomunado en cuanto negocio jurídico complejo (capacidad, forma y fondo) cuando los

instituciones que se vinculan directamente con la persona, tanto física como jurídica, y que conforman su condición jurídica como sujeto. En este sentido, a pesar de que en el momento presente se tiende a circunscribir la noción únicamente a los problemas de capacidad y régimen de las incapacidades, por un lado, y al estado y condición de las personas, por otro, lo cierto es que el sistema español incluye también, dentro de la misma, la sucesión por causa de muerte (cfr. art. 9.º1 Cc). En relación con esta cuestión, *vid.*, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Derecho de la persona», en AA.VV., *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, 6.ª ed., Eurolex, Madrid, 1995, págs. 38–41.

otorgantes tienen distinta vecindad civil, haciendo hincapié en los principales problemas que ésta suscita en relación con cada uno de aquellos elementos.

2. LEY APLICABLE A LA CAPACIDAD

La norma básica del sistema español de Derecho internacional privado en materia de capacidad está constituida por el artículo 9.º1 del Código civil. De acuerdo con este precepto la *«ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte»*. De esta manera, teniendo en cuenta la salvedad establecida en el artículo 16.1.1.ª del mismo Cuerpo normativo —en el sentido de que la conexión nacionalidad debe sustituirse por la de vecindad civil— cabe afirmar que será la legislación correspondiente a la vecindad civil de cada uno de los otorgantes la que sirva de pauta a la hora de verificar si éstos reúnen la aptitud exigida para realizar el acto en cuestión.

Sentado lo anterior, dos son los principales problemas que podrían plantearse en esta sede. Un primer interrogante vendría constituido por el hipotético cambio en la vecindad civil de uno de los disponentes, de suerte tal que éste, de acuerdo con su nueva ley personal, no gozase de capacidad para testar conjuntamente. A nuestro juicio, esta alteración no debería afectar a la validez ni tampoco a la eficacia del testamento, pues, según resulta del artículo 666 del Código civil, para apreciar la capacidad para testar habrá de estarse únicamente al momento del otorgamiento. A este entendimiento parece coadyuvar, igualmente, el hecho de que las disposiciones testamentarias hechas conforme a la ley nacional del testador en el momento del otorgamiento, en virtud de la regla contenida en el artículo 9.º8 del susodicho Cuerpo legal, seguirán siendo válidas aunque sea otra la ley que

rija la sucesión⁶⁰⁶.

Una segunda cuestión controvertida en relación con la capacidad de los testadores sería la atinente a la validez de las disposiciones testamentarias en aquellos casos en que, con posterioridad al otorgamiento, se constata que uno de los otorgantes no reúne –en el momento de testar– los requisitos exigidos por su ley personal, o bien ésta no admite la figura del testamento mancomunado.

A este respecto, debe tenerse en cuenta, de entrada, que el testamento mancomunado constituye un negocio jurídico unitario e indivisible. Y, en consecuencia, la falta de capacidad de uno de los otorgantes conlleva la nulidad del negocio testamentario en su conjunto⁶⁰⁷. Sin embargo, lo anterior no obsta para que ese carácter indisoluble del testamento conjunto halle una excepción en aquellas legislaciones que expresamente contemplan la conversión del testamento mancomunado nulo cuando la causa de nulidad afecta a uno sólo de los testadores⁶⁰⁸.

Así pues, sobre la base de las ideas expuestas, el problema puede plantearse cuando la ley personal de uno de los otorgantes no contempla la conversión del testamento mancomunado nulo y la ley personal del otro testador, en cambio, sí la admite. En tales supuestos, cabe ya señalar que la solución consiste en aplicar a cada uno de los otorgantes la regulación correspondiente a su ley personal

⁶⁰⁶ En el mismo sentido, cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «Del testamento mancomunado», cit., pág. 128.

⁶⁰⁷ *Vid. supra* el apartado IV.1 del Capítulo primero de este trabajo (nota 54).

⁶⁰⁸ Así sucede –como es sabido– en el marco del Derecho aragonés, donde el artículo 115.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte dispone expresamente lo siguiente: «*El testamento mancomunado nulo por causa que afecte sólo a uno de los otorgantes vale como testamento unipersonal del otro si cumple los requisitos propios de su clase*».

(arg. ex art. 9.º1 Cc). Sin embargo, lo cierto es que, a nuestro juicio, el carácter antitético de las normativas en presencia haría entonces difícilmente conciliable la aplicación de las normas civiles propias a cada uno de los testadores.

3. LEY APLICABLE A LA FORMA

La determinación de la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias en el Ordenamiento jurídico español es objeto de una doble regulación: por un lado, la contenida en el artículo 11 del Código civil, que constituye la norma general del sistema autónomo español de Derecho internacional privado; por otro lado, la establecida en el Convenio de La Haya, de 5 de diciembre de 1961, sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias⁶⁰⁹.

Así las cosas, en la medida en que, de conformidad con el tenor literal del artículo 16 del Código civil, serán *«las normas contenidas en el capítulo IV»*, y en principio sólo éstas, las que permitan resolver los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de las distintas legislaciones civiles forales, la primera cuestión que se suscita es la atinente a la posibilidad de aplicar en el ámbito del denominado Derecho interregional el referido Convenio de La Haya⁶¹⁰.

⁶⁰⁹ Ratificado por España el 16 de marzo de 1988 y publicado en el *BOE* de 17 de agosto del mismo año.

⁶¹⁰ En este sentido, se considera oportuno señalar que los términos de la controversia que plantea la determinación de la ley rectora de la forma del testamento mancomunado cuando a su regulación concurren diversas leyes se reproducen fidedignamente en relación con los aspectos formales de la revocación. En concreto, en este caso se trataría de dilucidar la virtualidad del párrafo segundo del artículo 2.º del Convenio de La Haya de 1961, a cuyo tenor: *«La revocación también será válida en cuanto a la forma si responde a una de las leyes en virtud de la cual, de conformidad con el artículo primero, la disposición testamentaria revocada era válida»*. Así pues, cabe ya adelantar

Una interpretación *stricto sensu* del artículo 16 del Código civil conduciría a excluir, en orden a la resolución de los conflictos de leyes interregionales, las normas de conflicto internacionales de carácter convencional⁶¹¹. Sin embargo, a nuestro juicio, la remisión contenida en el referido artículo 16 no debe ser entendida en términos restrictivos. A tales efectos conviene tener en cuenta los tres siguientes argumentos⁶¹²:

a) En primer lugar, los orígenes del precepto. En efecto, la base 7.^a, apartado 3, de la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil establece expresamente: «Respetando el sistema vigente en materia de normas de conflicto, se aplicarán criterios análogos a los establecidos para el ámbito internacional, con las salvedades que su especial naturaleza impone y sin perjuicio de las especificaciones que algunas instituciones requieran». Así pues, de acuerdo con la base transcrita resulta posible colegir que la

que las consideraciones que se realicen, a continuación, deben entenderse igualmente referibles a la forma de la revocación del testamento conjunto.

⁶¹¹ Así parece haberlo entendido CASANOVAS Y LA ROSA, O. («El Derecho interregional desde una nueva perspectiva», en *REDI*, Vol. XXXIX, 1987-2, pág. 484) cuando entre las diversas alternativas que, a su juicio, cabría tomar en consideración para que los convenios internacionales se aplicasen también a los conflictos de leyes exclusivamente internos, contempla la modificación del tenor del artículo 16 del Código civil. En concreto, el referido autor analiza la posibilidad de sustituir la referencia a las «normas contenidas en el capítulo IV» por la de «normas aplicables a los conflictos de leyes internacionales» u otra fórmula análoga, si bien la acaba descartando, tanto por su automatismo indiscriminado como por la falta de una solución recíproca de los demás Estados.

⁶¹² En relación con esta cuestión, cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 16.1 del Código civil», cit., pág. 521; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario al artículo 16 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., pág. 168; SANCHEZ LORENZO, S., «La aplicación de los Convenios de La Haya a los conflictos internos», en *REDI*, Vol. XLV, 1993-1, págs. 139-140.

intención del legislador español consistía en proporcionar a los conflictos de leyes internos una solución análoga a la prevista para aquellos otros conflictos que se suscitaban en el orden internacional; pero sin que dicha respuesta tuviese que ser idéntica ni estar limitada, en principio, a las normas de lo que sería el futuro Capítulo IV del Código civil⁶¹³.

b) En segundo lugar, la dispersión de las normas de Derecho internacional privado, que no se circunscriben únicamente a las ubicadas en el Capítulo IV del Código civil. De hecho, estas normas no sólo están desperdigadas a lo largo del referido Código⁶¹⁴, sino que también se contienen, entre otros, en textos normativos tan dispares como la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico (arts. 5 y 29) o la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas (arts. 3, 5.º1.j y k, 14, 34.5 y 79 a 83).

c) Y, en tercer lugar, lo absurdo de los resultados a los que conduciría una interpretación restrictiva. En efecto, llevar a la práctica, siguiendo rigurosamente el tenor literal de la ley, la remisión contenida en el artículo 16 del Código civil, conduciría a contradicciones tales como la necesidad de probar en juicio, como si fuese extranjero, el contenido y vigencia de los Derechos civiles forales (art. 12.6, párr. 2.º, Cc).

Así pues, sobre la base de los datos expuestos, no cabría

⁶¹³ A este entendimiento contribuye, también, el cambio operado en el texto de la Base comentada, consistente en sustituir la expresión, inicialmente prevista, «se hará remisión a las establecidas para el ámbito internacional» por la de «se aplicarán criterios análogos (...)».

⁶¹⁴ A título de ejemplo, como normas de Derecho internacional privado que figuran en el Código civil, pero al margen del Capítulo IV del Título Preliminar, pueden mencionarse, entre otras, las contenidas en los artículos 49 a 51, relativos a la forma de celebración del matrimonio, o el artículo 107, regla general del sistema en lo concerniente a la determinación de la ley rectora de la separación y el divorcio.

que descartar *a priori* la aplicación de la normativa del Convenio de La Haya sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias con fundamento en una interpretación literal del artículo 16.1 del Código civil⁶¹⁵.

Ahora bien, aclarado el extremo precedente, debe tenerse en cuenta que las normas de conflicto internacionales de origen convencional sólo serán aplicables a los conflictos de leyes internos si, al margen de las condiciones generales para la aplicación directa de todo Tratado internacional⁶¹⁶, concurren una serie de requisitos específicos. Siguiendo en este punto a SÁNCHEZ LORENZO, el desplazamiento y consiguiente sustitución de la norma de conflicto prevista, inicialmente, en el sistema autónomo español de Derecho internacional privado se hace depender de una doble condición⁶¹⁷: 1.^a Que el ámbito material de aplicación del Convenio comprenda, cuando menos, los mismos supuestos que la norma de conflicto interna; 2.^a Que el Convenio tenga carácter universal y eficacia *erga omnes*. Así pues, el interrogante que cabe plantearse a continuación estriba en determinar si dichos presupuestos concurren o no en el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961.

⁶¹⁵ En todo caso, la aplicación de las normas convencionales de Derecho internacional privado a la solución de los conflictos de leyes internos ha sido cuestionada por parte de RODRÍGUEZ GAYÁN, E.M. («Heterogeneidad y sistema en las relaciones entre Derecho Internacional Privado y Derecho Interregional», en *RGD*, núms. 622–623, 1996, pág. 8.076), quien, pese a estar «de acuerdo en que se haga», considera que no es lo más adecuado dada la orientación internacional que subyace en la creación y aplicación de dichas normas.

⁶¹⁶ Sobre este tema, *vid.* REMIRO BROTONS, A., «La aplicación de los Tratados internacionales en el Derecho español», en *La Ley*, 1982–4, págs. 1.210–1.215.

⁶¹⁷ Cfr. SÁNCHEZ LORENZO, S., «La aplicación de los Convenios...», *cit.*, págs. 142–144.

Por lo que respecta al primero de los requisitos comentados, es decir, la identidad en el ámbito material entre las normas convencionales y las normas del sistema autónomo, es evidente la sintonía que existe entre el Convenio y el artículo 11 del Código civil: en ambos casos se trata de dar respuesta a los eventuales conflictos de leyes que en materia de forma de disposiciones testamentarias se pueden suscitar.

En relación con el segundo presupuesto, esto es, la eficacia *erga omnes* del Convenio, es indudable que el Convenio de La Haya la satisface plenamente. En efecto, de conformidad con el artículo 6.º «*la aplicación de las normas de conflicto establecidas por el presente Convenio será independientemente de toda condición de reciprocidad. El Convenio se aplicará aunque la nacionalidad de los interesados o la ley aplicable en virtud de los artículos precedentes no sean las de un Estado contratante*». Ciertamente es que la eficacia *erga omnes* pudiera quedar enervada por medio de la técnica de las reservas⁶¹⁸; sin embargo, no lo es menos que España ha ratificado el Convenio sin recurrir a estos mecanismos.

Admitida pues la aplicabilidad del Convenio a los conflictos de leyes interregionales para determinar la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias⁶¹⁹, restaría por examinar

⁶¹⁸ En concreto, en el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, en los artículos 9.º a 13, se recoge la posibilidad de formular, por parte de los Estados contratantes, las siguientes reservas: a) la calificación *lege fori* del domicilio del testador (art. 9.º en relación con el artículo 1.º, párrafo tercero); b) el reconocimiento de los testamentos orales otorgados por sus nacionales sin mediar circunstancias extraordinarias (art. 10); c) el reconocimiento, según su propia ley, de las normas que regulan la forma de los testamentos otorgados por sus nacionales en el extranjero (art. 11); d) la exclusión del ámbito de aplicación del Convenio de las cláusulas testamentarias no sucesorias (art. 12); e) la aplicación del Convenio únicamente a las disposiciones posteriores a su entrada en vigor (art. 13).

⁶¹⁹ En contra de la aplicación del Convenio de La Haya de 1961 a los

dos cuestiones ulteriores: por un lado, las soluciones previstas en dicho Convenio; por otro, si las mismas son o no extensibles al testamento mancomunado.

1) Por lo que respecta a la primera cuestión, a tenor del artículo 1.º del Texto convencional, *«una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma si ésta responde a la ley interna: a) Del lugar en que el testador hizo la disposición, o b) De la nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o c) Del lugar en el cual el testador tenía su domicilio, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o d) Del lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o e) Respecto a los inmuebles, del lugar en que estén situados»*. Es decir, en el Convenio de 1961 se arbitran una serie de conexiones de carácter alternativo (la ley del lugar de otorgamiento, la ley nacional del testador, las leyes del domicilio y de la residencia habitual del testador en el momento de testar o en el de su fallecimiento y la ley de situación de los inmuebles) a través de las cuales se pretende asegurar la validez formal de las disposiciones testamentarias. De este modo, bastará con que se cumplan plenamente los requisitos establecidos por cualquiera de las leyes que, conforme al precepto transcrito, son susceptibles de ser aplicadas para alcanzar el objetivo señalado⁶²⁰.

conflictos de leyes internos se manifiesta FORNER DELAYGUA, J.-J. («Forma de las disposiciones testamentarias: Reformas del Código civil español y de la legislación catalana», en *REDI*, Vol. XLIV, 1992-1, págs. 273-274). A juicio de este autor, «el criterio que permite deslindar entre la aplicabilidad del Convenio de La Haya y el artículo 11-1 y 2 del Código civil es la dispersión de los puntos de conexión». De este modo, «basta que uno de ellos se encuentre en el extranjero para que sea aplicable el Convenio de La Haya»; por el contrario «sólo cuando los elementos se hallan dispersos entre los distintos ordenamientos españoles y sólo éstos, es aplicable el artículo 11-1 y 2 Cc.».

⁶²⁰ Es cierto que uno de los principios informadores del Convenio de La

2) En lo atinente a la aplicabilidad del Convenio de La Haya a la forma del testamento mancomunado, el artículo 4.º del referido texto convencional dispone, de modo expreso, que «*el presente Convenio se aplicará igualmente a la forma de las disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo documento por dos o más personas*». Así pues, la propia dicción de la disposición en cuestión parece corroborar la inclusión del referido testamento en el ámbito material del Convenio; de lo contrario, la expresión «*(...) se aplica igualmente a las formas de (...)*» resultaría redundante en un texto que se ocupa de las formas de testar⁶²¹. En consecuencia, en lo que se refiere a sus aspectos formales, el testamento mancomunado sería válido siempre y cuando en su otorgamiento se observasen las formalidades establecidas en la ley correspondiente a cualquiera de las conexiones alternativas del artículo 1.º del Convenio⁶²².

En suma, a la vista de lo expuesto cabría concluir, *lege data*, que la validez del testamento mancomunado en cuanto a la forma —cuando a su regulación concurren diversas leyes— debe enjuiciarse con arreglo a las reglas formuladas en el Convenio de La Haya de 1961. Con todo, sentado lo anterior, lo cierto es que

Haya de 1961, junto al del tratamiento uniforme de la sucesión, es el del *favor testamenti*, con el que se pretende mantener, en cuanto sea posible, la voluntad del testador. No obstante, a nuestro juicio, dicho principio no puede desembocar en un menosprecio total de las exigencias formales ni traducirse en la creencia de que el *favor negotii* implique contentarse con cualquier formalidad de cualquier ley invocada. Sobre esta advertencia, cfr. QUADRI, R., «Sulla legge applicabile alla «forma» dei negozi giuridici», en *Scritti Perassi*, Tomo II, Milano, 1957, págs. 233 y ss.

⁶²¹ Cfr. SIMÓ SANTONJA, V-L., *Derecho sucesorio comparado. Conflictos de leyes en materia de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 1968, pág. 288.

⁶²² Así lo han entendido, entre otros, SIMÓ SANTONJA, V-L., *Derecho sucesorio comparado...*, cit., pág. 288 y ZABALO ESCUDERO, M.ºE., «El testamento conjunto en el Derecho internacional privado», en *Revista General de Derecho*, núms. 541-542 (oct-nov), 1989, pág. 6.369.

la solución normativa obtenida en virtud de la aplicación del referido Convenio no deja de suscitar interrogantes. Máxime si se tienen presentes las dos siguientes consideraciones. En primer lugar, es posible que la prohibición de una concreta forma testamentaria esté inspirada, en ocasiones, en una regla de fondo (libertad del testador, principio de revocabilidad,...) de suerte tal que contenido y forma se imbrican de tal manera que, en la práctica, resulta imposible escindir ambas dimensiones⁶²³.

Y, en segundo lugar, en íntima relación con lo señalado habría que destacar la heterogeneidad que existe entre las diversas legislaciones forales que pueden concurrir a la regulación de la forma del testamento conjunto. En efecto, mientras que en Aragón el testamento mancomunado podrá revestir «*cualquier forma común, especial o excepcional, admitida por la Ley*» (art. 94.1 LSCM), en Navarra podrá otorgarse en cualquier forma admitida en el Fuero Nuevo «*con excepción de la forma ológrafa*» (ley 199, párr. 2.º, CDCFN), en el País Vasco –tratándose de Vizcaya– «*(...) sólo podrá ser otorgado ante Notario*» (art. 49, párr. 2.º, LDCFPV) o –en el caso de Guipúzcoa– «*sólo podrá revestir forma abierta y deberá otorgarse, en todo caso, ante notario*» (art. 173 LDCFPV) y en Galicia parece que ha de ser otorgado necesariamente en forma abierta notarial (arg. ex art. 136 LDCG)⁶²⁴.

De este modo, a través de las conexiones previstas en el artículo 1.º del Convenio de La Haya (*lex loci actus*, ley nacional

⁶²³ En concreto, con respecto a la interrelación que media entre aspectos formales y sustanciales en el testamento mancomunado, SIMÓ SANTONJA, V-L., (*Derecho sucesorio comparado...*, cit., 1968, págs. 287–288) considera paradigmático el hecho de que en sede de revocación las disposiciones del otorgante supérstite queden irremediabilmente vinculadas a las del otro una vez producido el fallecimiento de éste.

⁶²⁴ Sobre la forma del testamento mancomunado gallego *vid. supra* el epígrafe IV.3 del Capítulo primero de este trabajo.

del testador, leyes del domicilio y residencia habitual del testador ya sea en el momento del otorgamiento, ya sea en el de la muerte y *lex rei sitae*) se concedería a los otorgantes del testamento mancomunado un cauce idóneo para eludir la obligación de testar en la forma exigida por la legislación civil a la que estuviesen sujetos. En este sentido, baste señalar que conforme a las conexiones del Convenio (v. gr. la ley del lugar del otorgamiento) habría que reconocer la validez formal de un testamento mancomunado ológrafo otorgado por un gallego y un aragonés en Aragón, a pesar de que los gallegos que pretendan testar de manera conjunta tengan prohibido el uso de la forma ológrafa.

Por ello, en materia de «*formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos*», se hubiese considerado preferible, *lege ferenda*, acudir a la normativa contenida en el artículo 11 del Código civil. Este precepto, en su apartado primero, no hace sino reiterar los puntos de conexión establecidos en el artículo 1.º del Convenio de La Haya; sin embargo la aplicación de la normativa interna adquiere pleno sentido a la luz de lo dispuesto en el apartado segundo, de acuerdo con el cual: «*Si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero*»⁶²⁵. Así las cosas, en el supuesto de que los otorgantes del testamento mancomunado estuviesen vinculados a legislaciones forales diversas, la validez formal del mismo tendría que enjuiciarse atendiendo, de modo cumulativo, a las distintas leyes en presencia. De este modo, el testamento mancomunado únicamente sería válido si la forma utilizada estuviera admitida en ambas legislaciones⁶²⁶.

⁶²⁵ En cuanto al alcance del artículo 11.2 del Código civil y sus relaciones con el párrafo 1 del mismo precepto cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, cit., págs. 306-311.

⁶²⁶ Así se manifiesta MERINO HERNÁNDEZ, J.L. («Comentario al

4. LEY APLICABLE AL FONDO

4.1. *Consideración previa*

Conforme a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 9.º8 del Código civil, la «sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento (...)». Siendo ello así, cabe inferir que el contenido del testamento se enmarca, con carácter general, en el ámbito de la ley que rige la sucesión; esto es: la ley personal del causante (cfr. art. 9.º1 Cc).

Así las cosas, en esta sede –y en relación con el contenido del testamento conjunto otorgado por cónyuges de distinta vecindad civil– dos son básicamente los problemas que cabría suscitar. En concreto, las referidas cuestiones se reconducen a las siguientes materias: por un lado, el régimen sustantivo que debe ser observado en caso de revocación; por otro, los derechos sucesorios de los legitimarios.

4.2. *Ley rectora de la revocación*

Las dificultades que plantea el establecimiento de la legislación aplicable a la revocación del testamento mancomunado

artículo 94 de la Compilación de Aragón», cit., pág. 106) cuando, al analizar la posibilidad de que dos cónyuges, uno navarro y otro aragonés, otorgasen testamento mancomunado, afirma que «ello es perfectamente posible, siempre que en su otorgamiento se cumplan de manera simultánea las disposiciones de ambos ordenamientos». De la misma opinión es VON OVERBECK, A., («L'unification des règles de conflits de lois en matière de forme de testaments» en *Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg, Schweiz, herausgegeben von Max Gutzwiller*, Nº 21, Fribourg, 1961, XVIII, pág. 101) para quien «los testamentos mancomunados sólo podrán revestir las formas de las legislaciones que los prevén expresamente, porque la intervención de dos testadores en lugar de uno solo en un acto nos parece un elemento esencial del desarrollo (contorno) exterior del acto».

cuando los otorgantes están sujetos a regímenes civiles diferentes se deben, en gran parte, a la disparidad existente al respecto en las distintas legislaciones territoriales que coexisten en España. A este respecto, baste señalar que, en el plano de los efectos, mientras que para la Ley de Derecho civil de Galicia la revocación unilateral sólo «(...) producirá la ineficacia total de las disposiciones recíprocamente condicionadas» (art. 139.1 LDCG), para la Ley de Derecho civil del País Vasco, en cambio, –y en lo que a Vizcaya se refiere– la misma revocación «(...) del testamento mancomunado, o de cualquiera de sus cláusulas, hará ineficaces todas sus disposiciones» (art. 51, párr. 2.º, LDCFPV).

A fin de solventar inconvenientes como el descrito cabe destacar la propuesta formulada por MARTÍNEZ GARCÍA, quien, en esencia, toma en consideración las soluciones contempladas en la *Convención* –de la La Haya– *sobre Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte* para los pactos sucesorios en los que está implicada la sucesión de más de una persona⁶²⁷. En concreto, el citado autor considera la posibilidad de que los testadores, de mutuo acuerdo, elijan la legislación encargada de regir los distintos aspectos relativos a la revocación, siempre que con ello no se perjudique a terceras personas a las que la Ley reconoce algún derecho⁶²⁸. Ahora bien, como quiera

⁶²⁷ Cfr. «Del testamento mancomunado», cit., pág. 128. Sobre la incidencia de la Convención de la Haya en España, cfr. BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «La Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort et l'Espagne» en AA.VV., *E pluribus unum. Liber amicorum Georges A. L. Droz*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1996, págs. 7–23. Con carácter general, sobre la citada Convención cfr. VON OVERBECK, A., «La Convention du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions pour cause de mort», en *Annuaire Suisse de Droit International*, Vol. 46, 1989, págs. 138–152 y LAGARDE, P. «La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», en *Revue Critique de Droit International Privé*, Tomo 78, 1989, págs. 249–275.

⁶²⁸ La elección por las partes de la ley aplicable a la sucesión se prevé en el artículo 11 de la Convención de La Haya en los siguientes términos: «Les

que los otorgantes pueden no haber dispuesto nada al respecto, MARTÍNEZ GARCÍA prevé, con carácter supletorio, la aplicación cumulativa de las dos legislaciones en concurso⁶²⁹; y, en última instancia, la aplicación aislada de la normativa correspondiente a la ley personal de cada uno de los testadores.

Así las cosas, el parecer del autor antes citado debe ser puntualizado. Y es que, en todo caso, el recurso a la *professio juris*, esto es, a la autonomía de la voluntad para determinar la ley aplicable, habría de emplearse con suma cautela. Máxime si se tiene en cuenta que, a través de la remisión a una determinada ley (v.gr. la normativa del Código civil, por ser ésta la ley de la residencia habitual de uno de los cónyuges) se podría desvirtuar la naturaleza de la propia institución. (v.gr. al no hacer derivar ninguna consecuencia de la revocación de disposiciones reciprocamente condicionadas o al permitirse la libre revocación de las mismas después de la muerte de uno de los cónyuges)⁶³⁰.

parties peuvent convenir, par une désignation expresse, de soumettre le pacte quant à sa validité au fond, ses effets et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets à la loi d'un Etat dans lequel la personne ou l'une des personnes dont la succession est concernée a sa résidence habituelle au moment de la conclusion du pacte ou dont elle possède alors la nationalité». Asimismo, la regulación expuesta ha de completarse con lo establecido en el artículo 12.2 de la citada Convención, de acuerdo con el cual, la aplicación de la ley prevista en el artículo anterior –la ley de la residencia habitual o la de la nacionalidad– «ne porte pas atteinte aux droits de toute personne non partie au pacte et qui, en vertu de la loi prévue aux articles 3 ou 5, paragraphe 1, a un droit à réserve ou un autre droit dont elle ne peut être privée par la personne dont la succession est concernée».

⁶²⁹ La propuesta del citado autor se corresponde con la establecida en el artículo 10.2 de la Convención de La Haya, de acuerdo con el cual: «*Les effets du pacte et les circonstances de l'extinction de ces effets sont ceux qui sont reconnus par l'ensemble de ces lois*». Así pues, con carácter general se contempla la aplicación cumulativa de las leyes en presencia.

⁶³⁰ En tales supuestos, cabría cuestionarse el verdadero carácter correspectivo de tales disposiciones y, en el fondo, la conveniencia de otorgar

Asimismo, tampoco puede omitirse que, como consecuencia de la interacción del *Convenio de La Haya sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias*, no cabría descartar el riesgo de una hipotética captación de voluntad de uno de los otorgantes a los fines de elegir la ley aplicable al fondo de la sucesión. Por ello, aunque la medida no resulte enteramente satisfactoria, a nuestro juicio sería preferible que la revocación del testamento mancomunado se rigiera por las leyes personales de cada uno de los otorgantes aplicadas de manera cumulativa.

4.3. *Ley rectora de las legítimas*

El testamento mancomunado también podría plantear dificultades en sede de legítimas como consecuencia del cambio en la vecindad civil de uno de los otorgantes con posterioridad al otorgamiento. En concreto, el problema surge toda vez que a través del referido cambio de vecindad la *lex testamentii* y la ley que debe regir la sucesión no van a ser coincidentes.

La cuestión aparece resuelta, de manera explícita, en el párrafo segundo del artículo 9.º8 del Código civil. De acuerdo con lo dispuesto en este precepto «*las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento del otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última*». Dicho en otros términos, la validez de las disposiciones testamentarias se determina con arreglo a la ley aplicable en el momento del otorgamiento en tanto que la protección de los derechos de los legitimarios corresponde a la ley sucesoria.

Sin embargo, a nuestro juicio, la solución prevista en el artículo 9.º8 del Código civil resulta excesivamente genérica. En efecto, si se atiende al tenor del precepto, será posible concluir que para determinados supuestos relativos a la incidencia de las disposiciones recíprocas en los derechos de los legitimarios la medida expuesta no resulta satisfactoria. Así sucede, por ejemplo, en aquellos casos en que se hubiese pactado el pago de la legítima de uno de los cónyuges con los bienes del otro a cambio de una determinada *prestación*, produciéndose, con posterioridad al otorgamiento –debido al cambio en la vecindad de uno de los testadores– una alteración sustancial en la correlación de las diversas «prestaciones»⁶³¹.

En relación con esta cuestión, no deben soslayarse las importantes diferencias, al menos cuantitativas, que en tema de legítimas existen entre las diversas legislaciones forales⁶³². Es por

⁶³¹ La posibilidad de pagar la legítima de uno de los disponentes con los bienes del otro aparece expresamente contemplada en el artículo 158.2 de la Ley de Derecho civil de Galicia, a cuyo tenor: «*En la partija conjunta por ambos cónyuges el haber correspondiente a cualquier heredero o participe en las dos herencias, aunque sea legitimario, podrá ser satisfecho con bienes de un sólo causante*».

⁶³² Centrándonos en aquellas normativas que admiten el testamento conjunto, la ley 267 del Fuero Nuevo de Navarra cifra la legítima en «*cinco sueldos febles o carlines por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles*», precisando a continuación que esta legítima «*no tiene contenido patrimonial exigible*». En el Derecho civil del País Vasco, en lo que a Vizcaya se refiere, la legítima de los descendientes comprende «*los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador*» (art. 55 LDCFPV), en tanto que la legítima de los ascendientes está constituida «*por la mitad de todos los bienes del testador*» (art. 56 LDCFPV); en cuanto a Guipúzcoa, rigen las disposiciones establecidas en los artículos 806 y ss. del Código civil (art. 153 LDCFPV). Finalmente, en Aragón, de acuerdo con el artículo 171 de la Ley de sucesiones por causa de muerte la legítima colectiva –que puede distribuirse igual o desigualmente entre los descendientes del causante o atribuirse a uno solo de ellos– se halla conformada por «*la mitad del caudal fijado conforme al artículo 174 (...)*».

esta razón por la que, en nuestra opinión, debería plantearse si en estos casos en los que se produce una modificación en aquello que constituye la esencia de la correspectividad es posible seguir manteniendo la validez de la disposición testamentaria. A nuestro juicio, la solución al interrogante planteado pasaría por averiguar, con carácter previo, si el otorgante habría adoptado o no su disposición sin el correlato de la del otro testador. Sólo en el supuesto de que la hubiese otorgado nos inclinaríamos por mantener la validez de la disposición. En cualquier caso, a nadie se le oculta que el verdadero escollo reside, precisamente, en determinar esa intención del testador, máxime cuando éste ya ha fallecido.

III. EL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 137 DE LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA: «AUN FUERA DE GALICIA»

El análisis de la operatividad de la vecindad civil gallega en relación con el testamento mancomunado ha puesto de manifiesto cómo el legislador autonómico carece de competencia para establecer las «*normas para resolver los conflictos de leyes*» (cfr. art. 149.1.8.^a CE)⁶³³. Al hilo de esta cuestión, cabría ya adelantar la relevancia que adquiere el enjuiciamiento de la posible inconstitucionalidad del inciso final del artículo 137 de la Ley de Derecho civil de Galicia, que contempla el otorgamiento del testamento mancomunado «*aun fuera de Galicia*».

Ello porque el citado artículo de la Ley gallega, si bien no constituye una «norma de conflicto»⁶³⁴, sino lo que en la terminología

⁶³³ Vid. *supra* el epígrafe II.4.1 del Capítulo segundo de este trabajo

⁶³⁴ Por «norma de conflicto» cabría entender aquélla que determina la ley aplicable a una determinada institución o categoría jurídica a través de un elemento específico denominado «punto de conexión» (*vid.*, al respecto,

del Derecho internacional privado se denomina «norma material espacialmente autolimitada»⁶³⁵, podría representar una vulneración del régimen de competencia para el establecimiento de normas en materia de conflictos de leyes.

En síntesis, el examen propuesto requiere dilucidar el alcance de la expresión «*normas para resolver los conflictos de leyes*» (ex art. 149.1.8.^a CE); en otros términos, se trataría de determinar si la expresión en cuestión comprende la totalidad de normas de Derecho internacional privado —incluidas las «normas materiales espacialmente autolimitadas»— o si, por el contrario, se circunscribe sólo a las denominadas normas de conflicto⁶³⁶. La cuestión no es, en absoluto, baladí ya que, en el fondo, si la expresión del artículo 149.1.8.^a de la Constitución española se entiende en términos estrictos, el *modus operandi* del legislador gallego sería indiscutible desde un punto de vista constitucional; en el caso contrario, habría que llegar a una conclusión diferente.

La interpretación restrictiva de la expresión «*normas para resolver los conflictos de leyes*» —que conduciría a su equiparación con las «normas de conflicto»— tendría a su favor los siguientes argumentos⁶³⁷: a) en primer lugar, la conexión que para la doctrina internacional privatista tradicional media entre normas

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, cit., págs. 399 y ss.).

⁶³⁵ Por tal habría que entender toda norma que proyecta su aplicación hacia determinados supuestos conectados territorialmente con el foro y que comprende, en sí misma, la consecuencia jurídica (*vid.*, en este sentido, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, cit., págs. 175–177).

⁶³⁶ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «El sistema español de derecho internacional privado», en AA.VV., *Derecho internacional privado* (PÉREZ VERA, E., directora), 4.^a ed., UNED, Madrid, 1993, pág. 63.

⁶³⁷ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «El sistema español...», cit., pág. 63.

de conflicto y conflictos de leyes; b) en segundo lugar, la existencia en los Estatutos de Autonomía de preceptos que, tras afirmar la eficacia territorial del Derecho civil autonómico, excepcionan dicha regla con cláusulas del estilo tales como «*sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia*» u otras similares⁶³⁸; c) y, en tercer lugar, la presencia en las Compilaciones de Derecho civil de normas que delimitan su esfera de actuación⁶³⁹.

Ahora bien, a nuestro juicio, estos datos no son, en modo alguno, concluyentes a fin de identificar la expresión constitucional «*normas para resolver los conflictos de leyes*» con la de «*normas de conflicto*». En efecto, en relación con el primero de los argumentos expuestos, si los conflictos de leyes se conciben tal y como se hacía desde una perspectiva histórica, esto es, como «*la elección de una ley entre varias teóricamente aplicables a los fines de solucionar un problema de tráfico jurídico externo ya planteado*», sólo las denominadas normas de conflicto bilaterales, por cuanto que permiten tomar en consideración más de una ley, pueden resolver dichos conflictos⁶⁴⁰.

Sin embargo, la moderna doctrina de Derecho internacional privado ha venido señalando la inadecuación existente entre el

⁶³⁸ A título de ejemplo puede mencionarse aquí el artículo 7.º1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, a cuyo tenor: «*Las normas y disposiciones de la Generalidad y el Derecho civil de Cataluña tendrán eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que pueden establecerse en cada materia y de las situaciones que hayan de regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad*».

⁶³⁹ Tal es el caso de la ley 200 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra («*Los navarros pueden otorgar testamento de hermandad tanto en Navarra como fuera de ella, así en España como en el extranjero*»).

⁶⁴⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho internacional privado*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pág. 100.

término «conflicto de leyes» y el significado que trataba de atribuírsele, en el sentido de que sólo hay un verdadero conflicto cuando las leyes que concurren a la regulación de un mismo supuesto contienen soluciones materialmente distintas y cuando, además, concurre un interés específico del sistema del foro en relación a los sistemas extranjeros⁶⁴¹. De ahí que se haya propuesto su sustitución por otra expresión que ofrezca una visión más exacta y acorde de la realidad que se pretende reflejar⁶⁴².

Sea como fuere, este planteamiento doctrinal parece haber encontrado confirmación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para quien la identificación, sin más, entre las expresiones «normas para resolver los conflictos de leyes» y «norma de conflicto» no es correcta. En este sentido resulta ciertamente significativa la sentencia 72/83, de 29 de julio, en la que se declara inconstitucional la Disposición final primera de la Ley del País Vasco núm. 1/1982, de 11 de febrero, sobre cooperativas, a cuyo tenor: «*La presente Ley se aplicará a todas las cooperativas con domicilio en la Comunidad Autónoma del País Vasco, con independencia de su ámbito territorial de actuación*»⁶⁴³. A los efectos que ahora interesan, lo verdaderamente

⁶⁴¹ Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho internacional privado*, cit., págs. 101-102.

⁶⁴² En este sentido cabría destacar las expresiones de «coexistencia y coordinación de ordenamientos» o la de «problema del Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales en relación con el ejercicio de los derechos particulares» propuestas, respectivamente, por AGUILAR NAVARRO y GONZÁLEZ CAMPOS (cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho internacional privado*, cit., pág. 103).

⁶⁴³ Dos fueron los motivos que llevaron al Tribunal Constitucional a apreciar la inconstitucionalidad de la norma: por un lado, el hecho de que la Ley tomase en consideración un ámbito territorial de aplicación superior al comunitario y, por otro, el que la disposición, al conferirse a sí misma prevalencia en función del criterio del domicilio, se configurase como una

relevante radica en el hecho de que se declara inconstitucional, no una norma de conflicto en sentido técnico, sino lo que la doctrina denomina «norma material autolimitada», es decir, una norma similar a la del artículo 137 *in fine* de la Ley de Derecho civil de Galicia. Por ello, con fundamento en el referido pronunciamiento, cabría inferir que la locución «*normas para resolver los conflictos de leyes*» comprende, no sólo las normas de conflicto, sino también todas las demás técnicas de reglamentación de los supuestos del tráfico internacional privado.

Por lo que respecta a las restantes razones que pretenden avalar una significación restringida de la expresión «normas de conflicto», esto es, la existencia en los Estatutos de Autonomía de preceptos que excepcionan la eficacia territorial del Derecho civil autonómico, así como la presencia en las Compilaciones de Derecho civil de normas que delimitan su esfera de actuación, tampoco resultan convincentes. En relación con los Estatutos, no resulta ocioso recordar que los mismos no dejan de ser normas estatales, razón por la cual sus previsiones acerca de la extraterritorialidad de los Derecho autonómicos no contradirían el régimen de competencia establecido en el artículo 149.1.8.^a de la Constitución. En cuanto a las Compilaciones, tampoco debe obviarse que éstas son anteriores a la Constitución y que, por tanto, al menos en sus orígenes, se configuraron también como normas estatales.

En suma, el hecho de que el artículo 149.1.8.^a de la Constitución no matice la competencia en materia de normas para resolver los conflictos de leyes⁶⁴⁴, unido a la jurisprudencia

norma para resolver los conflictos que, eventualmente, se pudieran suscitar con otras leyes (cfr. STC 72/83, de 29 de julio, FJ 6, BOE núm. 197, de 18 de agosto).

⁶⁴⁴ A diferencia de lo que sucede, *v. gr.*, con la determinación de las fuentes del Derecho civil.

constitucional y a la necesidad de adaptar las diversas Compilaciones a los principios y reglas constitucionales organizatorias, confirman el carácter exclusivo de aquella competencia y, por tanto, la interdicción de toda intromisión por parte de las Comunidades Autónomas en esta materia⁶⁴⁵. De esta manera se comprende que el artículo 137 *in fine* de la Ley de Derecho civil de Galicia presente serias dudas de constitucionalidad.

⁶⁴⁵ En todo caso, no han faltado autores, como GÓNZALEZ CAMPOS, J.D., («El sistema español...», cit., pág. 64) partidarios de flexibilizar la atribución estatal de la competencia objeto de estudio y conferir, en ciertos supuestos, potestad a las Comunidades Autónomas para delimitar el ámbito de aplicación de sus propias normas. En concreto, a juicio del citado autor, «no parece que vulnere el artículo 149.1.8.^a de la Constitución el admitir que, siempre que la misma naturaleza de una institución foral lo justifique y de acuerdo con la tradición histórica de ese ordenamiento, pueda el legislador de una Comunidad histórica determinar el ámbito de aplicación espacial del propio Derecho material, foral o especial, a la par que modifica o desarrolla éste; debiendo excluirse tal facultad, en cambio, respecto de otras normas directas, ya se trate de normas directas, ya se trate de normas materiales especiales o de normas materiales imperativas». En la misma línea de pensamiento se manifiestan ARCE JANÁRIZ, A., *Comunidades Autónomas...*, cit., págs. 110–111; Ídem, *Constitución y conflictos de leyes*, Civitas, Madrid, 1987, págs. 185 y ss.; y BORRÁS RODRÍGUEZ, A., *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, UAB, Bellaterra, 1984, pág. 13. En contra de la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan determinar los destinatarios de las normas por ellas elaboradas se muestra GARAU JUANEDA, L., («Comunidades Autónomas y Derecho interregional», en AA.VV., *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho internacional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1982, pág. 143), para quien, sobre la base de una interpretación histórica y objetiva del artículo 149.1.8.^a de la Constitución española, habría que concluir que «la comunidad autónoma posee potestad legislativa en relación con los elementos material y temporal de sus normas jurídicas, pero no le corresponde determinar su elemento espacial».

CONCLUSIONES

I. El concepto de testamento mancomunado está integrado por dos elementos esenciales: la pluralidad de otorgantes, por un lado; la unicidad de otorgamiento e instrumento, por otro. La conexión entre las declaraciones de voluntad que conforman el testamento conjunto no constituye, en sentido estricto, un elemento definitorio del mismo. Cuando menos este criterio distintivo no se colige de la Ley de Derecho civil de Galicia. Así las cosas, el primero de los elementos individualizadores – pluralidad de sujetos– debe ser objeto de una matización ulterior. Ello por cuanto que la referida pluralidad se limita a dualidad y ésta, a su vez, se circunscribe únicamente a aquellas personas ligadas por vínculo matrimonial. Por tanto, sobre la base de las consideraciones precedentes, cabría definir el testamento mancomunado gallego como aquel acto por el cual dos personas unidas en matrimonio ordenan en un mismo documento y con independencia de cómo se articulen las respectivas disposiciones testamentarias su propia sucesión.

II. El testamento mancomunado gallego ha de revestir la forma abierta notarial. Así se desprende, en primer lugar, del artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia, a cuyo tenor: *«El testamento abierto podrá ser (...) mancomunado (...)»*. Además, la forma abierta notarial como la única forma que puede adoptar el testamento mancomunado gallego se infiere de los antecedentes prelegislativos y demás textos legales que le sirvieron de modelo, así como de la regulación de otras instituciones sucesorias tales como el usufructo de viudedad (art. 118.1 LDCG) y la partición conjunta (art. 157.3 LDCG). Junto con lo anterior, tampoco se pueden soslayar las indudables ventajas que la forma abierta notarial ofrece para solventar las no pocas dificultades que en la práctica presenta el otorgamiento de un testamento conjunto.

III. Los otorgantes del testamento mancomunado no sólo han de reunir los requisitos genéricos de capacidad para testar, sino que, además, es preciso que entre ellos medie matrimonio y que tengan la vecindad civil gallega (cfr. art. 137 LDCG). La Ley de Derecho civil de Galicia no cuenta con una regulación específica en materia de testamentifacción activa. Por esta razón, son de aplicación las normas que al respecto se contienen en el Código civil (arg. *ex art. 3.º*1 LDCG); en otros términos, se requiere que los testadores sean mayores de catorce años y que se hallen en su cabal juicio (cfr. arts. 662 y 663 Cc). Sin embargo, la circunstancia apuntada no se traduce en una falta total de especialidades en la materia. De hecho, cabría subrayar el cambio operado en la edad mínima de referencia para testar que, como consecuencia de la incidencia de los denominados «requisitos del matrimonio» –en concreto de la emancipación–, no serían, con carácter general, los catorce años.

IV.1. El otorgamiento del testamento mancomunado se halla supeditado a la existencia previa entre los testadores de un matrimonio válido. Sin embargo, en ocasiones, es posible afirmar la validez de un testamento conjunto otorgado sobre la base de una unión matrimonial afectada de nulidad. Así sucede en las tres hipótesis en las que conforme al Código civil se admite la convalidación del matrimonio nulo (cfr. arts. 48, 75 y 76 del Código civil). De igual modo, como excepción al brocardo latino *Quod nullum est nullum producit effectum*, en las denominadas hipótesis del matrimonio putativo –declarada la nulidad con posterioridad al fallecimiento de uno de los testadores– cabría reconocer la eficacia de las disposiciones *mortis causa* a pesar de la nulidad del matrimonio sobre el que se ha sustentado el otorgamiento del testamento conjunto.

2. La incidencia de determinados supuestos de cesación de la vida conyugal –en concreto, de la separación y divorcio– sobre

el testamento mancomunado gallego no es objeto de tratamiento por parte de la Ley de Derecho civil de Galicia. Este silencio legal ha determinado que en las hipótesis comentadas el testamento mancomunado conserve con carácter general su vigencia, salvo ulterior manifestación de voluntad en contrario, bien modificándolo bien revocándolo. Sin embargo, esta conclusión requiere ser matizada. Ello por cuanto que la eficacia del testamento conjunto en los supuestos indicados podría quedar parcialmente enervada como consecuencia de los dos factores siguientes: la repercusión de las hipótesis de «crisis matrimonial» reseñadas en los derechos legitimarios de los cónyuges, por un lado; la aplicación analógica de las medidas previstas para las liberalidades que los cónyuges se conceden por razón del matrimonio, por otro (cfr. art. 116 LDCG). De esta manera, del análisis de los extremos indicados, cabría entresacar las siguientes conclusiones: a) Las cláusulas testamentarias relativas a los derechos legitimarios de los cónyuges no surten efectos en los casos de separación judicial con respecto al cónyuge culpable ni en los de divorcio; b) Las liberalidades que los testadores se hubieran concedido en el testamento devendrán ineficaces en relación con aquél de los otorgantes que hubiese obrado de mala fe o le fuesen imputables los hechos de la separación o del divorcio.

V. El artículo 137 de la Ley de Derecho civil de Galicia contempla el otorgamiento del testamento mancomunado sólo por quienes tienen la vecindad civil gallega. Sin embargo, ello no implica negar la posibilidad de un testamento conjunto otorgado por un gallego y otra persona de distinta vecindad civil, siempre y cuando a esta última su ley personal le permita testar de manera mancomunada. El legislador gallego no ha previsto el supuesto comentado de modo expreso; ahora bien, esta circunstancia obedece a que estaba imposibilitado para tomarlo en consideración toda vez que la vecindad civil constituye un

criterio de conexión para la resolución de los conflictos de leyes y la regulación de esta materia corresponde de manera exclusiva al Estado (art. 149.1.8.ª CE).

VI.1. La autorización del testamento mancomunado ha de ser efectuada por un Notario hábil, esto es, competente por razón del territorio (art. 694 Cc). En principio, la competencia territorial del Notario se circunscribe al denominado distrito notarial (arts. 3.º y 8.º LN y art. 116 RN). Sin embargo, la regla expuesta no está exenta de excepciones: en ocasiones, determinadas zonas del distrito, como sucede con el término municipal de residencia de otro fedatario o las llamadas «zonas polémicas facultativas» se sustraen del ámbito de actuación del Notario; otras veces, en cambio, el fedatario público, bien por razones de urgencia bien porque hubiera sido habilitado al efecto, está facultado para intervenir fuera de su distrito notarial. Así las cosas, las consecuencias que se siguen para el testamento mancomunado de la falta de competencia del Notario autorizante difieren en función del lugar en que se ha producido la autorización notarial: si la actuación del Notario acaece fuera de su distrito de competencia, el instrumento en cuestión sería nulo; por el contrario, si la intervención del Notario tiene lugar en su propio distrito –aunque en una zona reservada a otro fedatario– el instrumento ha de reputarse válido.

2. Desde el punto de vista de su autorización, el testamento mancomunado apenas presenta para el Notario singularidades dignas de mención. En síntesis, cabría señalar únicamente dos particularidades: por un lado, la duplicidad en la práctica de ciertas actividades –identificación y control de la capacidad de los testadores–; por otro, al hilo del «juicio de capacidad» el Notario debe constatar la existencia de otras circunstancias que actúan como presupuesto de la testamentifacción activa: en concreto, el fedatario público no sólo

debe verificar la edad y el «cabal juicio» de los testadores (cfr. art. 685 Cc en relación con los arts. 662 y 663 Cc), sino que además ha de comprobar su vecindad civil así como la existencia entre ellos de un vínculo matrimonial (arg. *ex art.* 137 LDCG).

3. El desarrollo anómalo de las funciones que le son propias puede generar en el Notario una obligación de reparar los perjuicios ocasionados con su conducta (cfr. art. 2.º LN, arts. 3.º y 145 RN y art. 705 Cc). Esta responsabilidad en la que puede incurrir el Notario ha suscitado dudas en orden a su calificación. A nuestro juicio, atendiendo a la relación obligacional *ex lege* que media entre fedatario y otorgantes, cabría calificar dicha responsabilidad como contractual. Ahora bien, ello no obsta para que del comportamiento del Notario se derive también una responsabilidad de naturaleza extracontractual con respecto a aquellas personas que, no habiendo sido parte de la relación, pudieran resultar perjudicadas por la deficiente intervención notarial.

VII.1. La regulación de los testigos en el testamento abierto notarial contenida en el artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia ha suscitado dudas en orden a su constitucionalidad. Ello no sólo porque podría vulnerar la competencia exclusiva del Estado en materia de «ordenación de los registros e instrumentos públicos», sino también porque –al ser la de los testigos una materia ajena al articulado de la Compilación de 1963– podría suponer una extralimitación en la competencia del legislador autonómico para la «conservación, modificación y desarrollo» del Derecho civil propio. Sin embargo, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en las sentencias 156/93, de 6 de mayo –en la que partiendo de la distinción entre legislación civil y legislación notarial concluye configurando los testigos como una materia civil– y 88/93, de 12 de marzo –en la que a través de la teoría de las instituciones

conexas faculta al legislador autonómico para regular materias hasta entonces no normadas— permitiría rechazar las tachas de inconstitucionalidad de las que la normativa gallega en materia de testigos pudiera haber sido objeto.

2. La Ley de Derecho civil de Galicia prevé la actuación de testigos en el otorgamiento del testamento abierto bien cuando la misma es requerida por el propio otorgante o por el Notario autorizante, bien cuando concurre alguna circunstancia especial en la persona del testador (cfr. art. 136 LDCG). En el primer supuesto, a pesar de que la intervención testifical reviste un carácter accesorio, deviene obligatoria una vez solicitada y ha de ser observada para impedir la invalidez del testamento. En cuanto a las circunstancias personales que determinan la necesaria actuación de los testigos, la normativa gallega se singulariza por establecer dicha intervención testifical cuando el testador es demente —y no simplemente un incapacitado— y cuando el propio testador no sabe o no puede escribir —en lugar del criterio tradicional de la firma—.

3. En relación con los requisitos para intervenir como testigo en el otorgamiento del testamento notarial abierto, el artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia se limita a exigir «*plena capacidad jurídica*». Sin embargo, esta expresión está desprovista de un contenido singular y conduce al absurdo: toda persona, por el hecho de serlo, ya tendría «*plena capacidad jurídica*» (cfr. arts. 29 y 30 Cc) y podría, por tanto, intervenir como testigo a tenor de la Ley gallega. Así las cosas, este contrasentido podría ser solventado a través de una interpretación teleológica de la norma y, de esta manera, considerar la «*plena capacidad jurídica*» como una remisión a los requisitos que para ser testigos se establecen en los artículos 681 y 682 del Código civil.

4. En aquellos supuestos en los que la intervención testifical devenga obligatoria (cfr. art. 136 LDCG), el número de testigos que debe concurrir al otorgamiento ha de ser, como mínimo, dos, si bien nada obsta a que lo hagan en una cifra superior a la indicada. En cualquier caso, a los efectos de la validez del testamento, será suficiente con que sólo dos de las personas llamadas a desempeñar la función testifical satisfagan los requisitos de idoneidad establecidos en la Ley (cfr. arts. 681 y 682 Cc).

VIII. La Ley de Derecho civil de Galicia no incluye en su articulado una regulación de carácter general sobre la revocación testamentaria. Por esta razón, rigen con carácter supletorio –en la medida en que no se opongan a los principios del Ordenamiento jurídico gallego (cfr. art. 3.º LDCG)– los preceptos que al respecto se contienen en la Sección X, del Capítulo I, del Título III, del Libro III del Código civil. Sin embargo, la normativa del Código civil no resulta fielmente extrapolable al ámbito jurídico gallego. En concreto, cabría señalar dos importantes diferencias: por un lado, los pactos sucesorios otorgados con posterioridad al testamento constituyen un medio adicional de revocación informal de éste; por otro lado, en relación con el testamento mancomunado –y como consecuencia de su forma abierta notarial– ha de destacarse la inviabilidad de la denominada revocación real.

IX. Atendiendo al modo en que los otorgantes pueden llevar a cabo la revocación del testamento mancomunado, sería posible señalar dos variantes: la revocación conjunta o «en forma mancomunada» y la revocación unilateral. La revocación conjunta puede materializarse no sólo por medio de un nuevo testamento –por definición, mancomunado– sino también a través de un pacto sucesorio posterior. Ahora bien, en este último caso

el ámbito de la revocación se halla circunscrito sólo a aquéllos aspectos que pueden ser objeto de tal pacto.

X.1. La revocación unilateral del testamento mancomunado admite, a su vez, dos modalidades en función del momento en que se produce: en vida de ambos otorgantes (cfr. art. 139 LDCG) o después de que uno de ellos haya ya fallecido (cfr. art. 140 LDCG). En el primer caso, la Ley de Derecho civil de Galicia supedita la revocación al otorgamiento de un nuevo testamento, que habrá de revestir la forma abierta notarial; y ello con independencia de la naturaleza de las disposiciones afectadas. Asimismo, la Ley gallega establece la obligación de notificar dicha revocación al cootorgante del testamento conjunto.

2. La notificación tiene por cometido esencial advertir de la revocación al testador no revocante para que éste pueda actuar en consecuencia y, en su caso, proceder a la reordenación de su voluntad sucesoria. De ahí que, atendiendo al espíritu y a la finalidad del requisito previsto en la Ley, la notificación pueda ser omitida cuando por medio de otros instrumentos —que revisten una menor solemnidad— quede acreditado el conocimiento del hecho de la revocación por el otro testador.

En este sentido, la Ley de Derecho civil de Galicia arbitra dos mecanismos genéricos para proceder a la notificación de la revocación unilateral: la notificación notarial *stricto sensu* en el domicilio señalado por el revocante o en el determinado al efecto por los cónyuges testadores en el propio testamento; y, en su defecto, la notificación por medio de edictos, considerándose suficiente a este respecto su inserción en el *Boletín Oficial del Estado* y en uno de los periódicos de mayor circulación en el lugar en que el notificado hubiese tenido su último domicilio conocido.

La notificación tiene por objeto el sólo hecho de la revocación y deberá practicarse en vida del cootorgante en un plazo de diez días. Su omisión determinará la ineficacia de la revocación.

3. La revocación unilateral conlleva la ineficacia total de las disposiciones recíprocamente condicionadas (cfr. art. 139.1 LDCG). Sin embargo, a nuestro juicio, la consecuencia jurídica enunciada resulta excesiva. En primer lugar, hubiera sido deseable que la sanción de ineficacia sólo se derivara en el caso de que la revocación tuviera por objeto disposiciones de naturaleza correspectiva. Asimismo, el legislador debiera haber concretado el ámbito sobre el que se proyectan los efectos de la revocación unilateral, circunscribiéndolo sólo a las disposiciones recíprocamente condicionadas con la revocada.

XI.1. Fallecido uno de los otorgantes, el testamento mancomunado deviene irrevocable en cuanto a aquellas disposiciones que cada uno de los testadores ha adoptado en consideración a las del otro. Sin embargo, la regla de la irrevocabilidad *post mortem* de las disposiciones correspectivas admite ciertas excepciones. Así sucede con las disposiciones otorgadas a favor de personas incapaces de heredar o a favor de una persona que ha premuerto al testador, cuando no resulten aplicables los derechos de representación o de acrecer.

El juego del derecho de representación –en función de la causa que origina la representación– se traduce en un desigual alcance de la revocabilidad del testamento mancomunado: en los supuestos de premoriencia, el testador supérstite no podrá revocar la disposición correspectiva otorgada a favor del premuerto si éste tiene descendientes que puedan representarle; en las hipótesis de indignidad y desheredación, en cambio, debe admitirse la facultad de revocación del testador supérstite, pues podrá

modificar la disposición correspondiente a favor del «incapaz» en todo aquello que exceda de la porción legitimaria (cfr. arts. 814, 761 y 857 Cc).

En cuanto al derecho de acrecer, la posibilidad por parte del cónyuge superviviente de revocar las disposiciones del testamento mancomunado otorgadas a favor de persona incapaz de heredar o que haya premuerto, se encuentra supeditada a que el llamamiento en cuestión no revista carácter plural y no contenga especial designación de partes (cfr. art. 982 Cc).

XII.1. La realidad jurídica pone de manifiesto cómo los testadores, a través de actos que no reúnen las solemnidades exigidas para testar, pueden alterar el contenido de su última voluntad testamentaria. A esta eventualidad respondería la categoría de la modificación, en la que tendría cabida todo negocio jurídico que, no siendo susceptible de catalogarse como revocación, supusiera una alteración en el contenido del testamento. Las diferencias entre revocación y modificación no se restringen sólo a la forma sino que se manifiestan también en el plano de los efectos. Y es que la ineficacia del acto modificativo —por causa distinta a la nulidad— se traduce en la eficacia de la disposición testamentaria modificada sin necesidad de ser reiterada mediante una nueva declaración de voluntad (arg. *ex* arts. 739 y 743 Cc).

2. De los diversos medios a través de los cuales podría producirse la modificación del testamento mancomunado, la Ley de Derecho civil de Galicia sólo regula, en sede de sucesiones, la denominada partición conjunta. La modificación en cuestión encierra dos presupuestos lógicos: el acto particional debe tener lugar con posterioridad al otorgamiento del testamento y debe plasmarse en un documento no testamentario. En concreto, el legislador gallego contempla dos hipótesis: la modificación a

través de una variación de la asignación de bienes previamente consignada en el testamento mancomunado (cfr. art. 157.3 LDCG) y la modificación motivada por las diferencias de valor entre las cuotas ideales consignadas en el testamento y las asignaciones concretas contenidas en el documento particional (cfr. art. 158.1 LDCG).

3. La modificación del testamento conjunto también se puede materializar de manera unilateral a través de actos de naturaleza dispositiva. La Ley de Derecho civil de Galicia no contiene ninguna previsión sobre el alcance de tales actos en el testamento mancomunado (cfr. arts. 137 a 140 LDCG). Por ello cabe entender que no existe ningún tipo de limitación al respecto. Sin embargo, no se puede obviar que por medio de los actos de disposición se está abriendo una vía para la defraudación de las expectativas sucesorias de los otorgantes. De ahí la conveniencia de proceder, *lege ferenda*, a una reordenación del marco legal actual.

Así las cosas, partiendo del principio de libertad dispositiva, la normativa atinente a la incidencia de los actos dispositivos sobre el testamento conjunto sería susceptible de concretarse en los siguientes términos:

1) En vida de ambos testadores, éstos podrían realizar actos de disposición *inter vivos* o *mortis causa*. Ahora bien, en caso de que estuvieran implicados bienes y derechos objeto de una disposición correspectiva, los actos dispositivos deberían llevar aparejada la ineficacia de todas aquellas cláusulas que se hallasen en conexión con la modificada. Por esta razón, a los fines de que el testador que no modifica el testamento pueda ordenar nuevamente su sucesión, resultaría preceptiva la notificación en la forma prescrita para la revocación unilateral.

2) Fallecido uno de los otorgantes se juzga conveniente restringir la facultad para disponer a título lucrativo por parte del cónyuge superviviente. En cuanto a los actos de disposición a título oneroso se considera procedente establecer, como garantía de las expectativas del beneficiario de la disposición correspondiente afectada, un derecho a reclamar con cargo a la herencia del disponente el valor actualizado del bien objeto de disposición; el ejercicio de dicho derecho debería estar sujeto, en todo caso, a un plazo prudencial de caducidad.

XIII.1. El testamento mancomunado otorgado por personas de distinta vecindad civil, en la medida en que presenta vínculos con diversas legislaciones, suscita el problema de determinar la ley aplicable a cada uno de los aspectos que conforman dicho testamento: capacidad, forma y fondo.

El Ordenamiento jurídico español no contiene una normativa específica en materia de conflictos de leyes interregionales. Por esta razón, son aplicables, *mutatis mutandi*, las normas previstas en sede de Derecho internacional privado. Así las cosas, la capacidad para testar conjuntamente viene determinada por la ley personal de cada uno de los otorgantes (art. 9.º1 Cc). Desde un punto de vista formal, el testamento mancomunado será válido si satisface los requisitos establecidos por cualquiera de las leyes que a modo de conexión se establecen en el artículo 1.º del Convenio de La Haya, de 5 de diciembre de 1961, sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias. Finalmente, en lo que al fondo se refiere, la sucesión se regirá por la ley personal del causante (art. 9.º8 Cc).

2. En otro orden de ideas, el artículo 137 de la Ley de Derecho civil de Galicia refiere la posibilidad de testar mancomunadamente «*aun fuera de Galicia*». Sin embargo, esta

previsión es, cuando menos, de dudosa constitucionalidad. Ello porque la expresión en cuestión constituye una técnica a través de la cual se reglamentan los conflictos de leyes y la competencia para establecerla corresponde al legislador estatal y no al autonómico (cfr. art. 149.1.8ª CE).

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Derecho internacional privado*, 4.^a ed., UNED, Madrid, 1993.

– *Derecho de Familia*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

– *Compendio de Derecho de sucesiones*, Dykinson, Madrid, 1998.

– *Manual de Derecho civil gallego*, Colex, Madrid, 1999.

– *Curso de Derecho civil*, Vol. I, *Derecho privado. Derecho de la persona*, 2.^a ed., Colex, Madrid, 2001.

ABRAIRA LÓPEZ, C., «Para un axeitado Dereito foral galego», en AA.VV., *Estudos do Dereito Civil de Galicia*, Sept, Santiago de Compostela, 1973, págs. 77–87.

– *El Derecho foral gallego. Estudio crítico de la Compilación del Derecho civil especial de Galicia*, Porto y Cía. editores, Santiago de Compostela, 1970.

AFONSO RODRÍGUEZ, E., «El testamento mancomunado», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 633 (marzo–abril), 1996, págs. 353–462.

ALBA PUENTE, F., «Comentario a los artículos 157 y 158 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.

ALBALADEJO, M., «Dos aspectos de la partición hecha por el testador», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo I, Fascículo III (Julio–Septiembre), 1948, págs. 922–980.

- *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958.

- «Cuestiones en materia de revocación de testamentos», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XII, 1961, págs. 33–60.

- «Nulidad de la disposición y nulidad del testamento abierto, cuando un instituido es testigo o lo son determinados familiares suyos», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LI, 1967 (enero–marzo), págs. 3–12 y 195–202.

- «De la revocación e ineficacia de los testamentos», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1983.

- *Curso de Derecho Civil*, Tomo V, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1989.

- «Comentario a los artículos 662 a 666 y 669 del Código civil», en AAVV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 1.º–A, EDERSA, Madrid, 1990.

- «Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley de modificación del Código civil en materia de testamentos», en *Revista de Derecho Privado*, 1992 –septiembre–, págs. 715–727.

- «Algunos extremos de la regulación de los testamentos modificados por la reciente Ley de 20 de diciembre de 1991», en *Actualidad Civil*, núm. 24, 1992, págs. 347–360.

- *Curso de Derecho civil*, Tomo II, Vol. 1.º, 9.ª ed., Bosch, Barcelona, 1994.

-
- *Curso de Derecho civil*, Tomo IV, 6.^a ed., Bosch, Barcelona, 1994.
- «Comentario al artículo 869 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XII, Vol. 1.^o (2.^a ed.), EDERSA, Madrid, 1998.
- «Comentario a los artículos 982 y 983 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XIII, Vol. 2.^o, EDERSA, Madrid, 1998.
- ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 682 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 1.^o-A, EDERSA, Madrid, 1990.
- ALLARA, M., *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Giappichelli, Torino, 1951
- ALONSO PÉREZ, M., «Artículo 88», en AA.VV., *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código civil*, Civitas, Madrid, 1994.
- ALONSO VISO, R., «El testamento mancomunado gallego», en *Revista Xurídica Galega*, núm. 14, 1996, págs. 15–35.
- ÁLVAREZ ROBLES, A., «Guión de un ensayo sobre deontología notarial», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo VII, 1953, págs. 5–109.
- ARCE JANÁRIZ, A., *Constitución y Derechos civiles forales*, Civitas, Madrid, 1987.
- *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Civitas, Madrid, 1987.

ARMERO DELGADO, M., *Testamentos y particiones*, Tomo I, Reus, Madrid, 1951.

AUNERT-MICUS, S., *Der Begriff der Beeinträchtigungsabsicht in § 2287 BGB beim Erbvertrag und beim gemeinschaftlichen Testament*, Shaker, Aachen, 1995.

ÁVILA ÁLVAREZ, P., «Posibles reformas en la reglamentación del instrumento público», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 75, enero-marzo, 1972, págs. 13-54.

– *Estudios de Derecho notarial*, 7.^a ed., Bosch, Barcelona, 1990.

BADOSA COLL, F., «Comentario a los artículos 695-697 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil*, Tecnos, Madrid, 1993.

BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Comentario al artículo 681 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil*, Tecnos, Madrid, 1993.

BALLARÍN MARCIAL, A., «Naturaleza y clases de “juicios” del Notario», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXXV, págs. 527-543.

BALZA AGUILERA, J. y DE PABLO CONTRERAS, P., «El Derecho estatal como supletorio del Derecho propio de las Comunidades Autónomas», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 55 (julio-septiembre), 1987, págs. 381-436

BATLLE VÁZQUEZ, M., «Estudio sobre la regla de determinación o cómputo de la edad en la legislación civil», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo XX, 1933, págs. 80-87.

BELLO JANEIRO, D., *El ejercicio de la competencia en materia civil por la Comunidad Autónoma gallega*, Montecorvo, Madrid, 1999.

BELTRÁN DE HEREDIA, P., «Incapacidad de testar del que "habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio"», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo L, 1966, págs. 247-261.

– «Comentario al artículo 982 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho de la persona*, Montecorvo, Madrid, 1976.

– «Comentario al artículo 16.1 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo I, EDERSA, Madrid, 1978.

– «Comentario al artículo 13 del Código civil» en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

– «La conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 1, 1993, págs. 15-82.

– «Comentario al artículo 14 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo I, Vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1995.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R y PÉREZ DE CASTRO, N., *La vecindad civil*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1996.

- BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, Labor, Barcelona, 1953.
- BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*, 2.^a ed. –traducido del italiano por M. Fairén–, Bosch, Barcelona, 1959.
- BLANQUER UBEROS, R., «Comentario a los artículos 694 a 696, 698 y 705 del Código civil» en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- BLOCH RODRÍGUEZ, J.M., «Los testigos en los testamentos notariales», en *Revista de Derecho Notarial*, núms. XVI–XVII, 1957, págs. 353–390 y 315–331, respectivamente.
- BONET RAMÓN, F., *Compendio de Derecho civil*, Tomo V, RDP, Madrid, 1965.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A., *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, UAB, Bellaterra, 1984.
- «La Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort et l'Espagne» en AA.VV., *E pluribus unum. Liber amicorum Georges A. L. Droz*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1996, págs. 7–23.
- CADARSO PALAU, J., «Artículo 834 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Tomo II, Tecnos, Madrid, 1984.
- CALVO ALONSO, M.A. y CARREIRA SIMÓN, M.^aC., «Del derecho de labrar y poseer», en AA.VV., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.

- CAMARERO SUÁREZ, M.^ªC., *La convalidación del matrimonio civil en la perspectiva de la Ley de 7 de julio de 1981*, Montecorvo, Madrid, 1984.
- CANO TELLO, C., «El artículo 834 del Código civil desde la perspectiva de los Derechos históricos y de los nuevos principios del Derecho de familia español» en AA.VV., *Centenario del Código civil*, Tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 393–404.
- CARPIO GONZÁLEZ, I., «Ley de Derecho civil de Galicia. Estudio de la reforma», en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 177, octubre, 1995.
- CARRIÓN OLMOS, S., «Artículo 46» y «Artículo 48», en AA.VV., *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código civil*, Civitas, Madrid, 1994.
- CASAL RIVAS, A. y NAGORE YARNOZ, J., «El aspecto sucesorio hereditario en Galicia y, en especial, el testamento mancomunado y el usufructo universal del cónyuge viudo» en AA.VV., *Libro del I Congreso de Derecho Gallego*, La Coruña, 1974, págs. 485–499.
- CASANOVAS Y LA ROSA, O., «El Derecho interregional desde una nueva perspectiva», en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XXXIX, 1987–2, págs. 477–486.
- CASTÁN, J., «La Compilación del Derecho civil especial de Galicia», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XLVII, 1963, págs. 707–734.

– *Derecho civil español, común y foral*, Tomo VI, Vol. 3.º, 8.ª ed., Reus, Madrid, 1978.

– *Derecho civil español, común y foral*, Tomo VI, Vol. 2.º, 8.ª ed., Reus, Madrid, 1979.

– *Derecho civil español, común y foral*, Tomo VI, Vol. 1.º, 9.ª ed., Reus, Madrid, 1989.

CASTÁN, J. y BONET RAMÓN, F., «Jurisprudencia del T.S.: Civil», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo XIX, 1932, págs. 116–117.

CASTIELLA RODRÍGUEZ, J.J., «El testamento mancomunado, institución exportable al Código civil», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 15, 1993, págs. 35–53.

COCA PAYERAS, M., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1984», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 4, enero–marzo, 1984, págs. 1.355–1.364.

– «El despliegue del artículo 149.1.8.ª de la Constitución en el ámbito jurídico balear», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994, págs. 35–54.

CODÓN, J.M.ª, «Estudio práctico de la incapacidad testamentaria por causa de enfermedad mental», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1952, págs. 477–485.

COELLO GALLARDO, A., *Sucesiones*, Tomo I, Madrid, 1952.

COLIN, A. y CAPITAN, H., *Curso elemental de Derecho civil*, Tomo VIII, Reus, Madrid, 1928.

- CONSEJO CONSULTIVO DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA, *Dictámenes 1991/1992*, Tomo X, 1993, págs. 99-122.
- CORA GUERREIRO, J.M. y GIL CABALLERO, M^a.J., «Del testamento por comisario», en AA.VV., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.
- COVIÁN, V., Voz «matrimonio putativo», en *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXII, Francisco Seix, Barcelona, s/f, págs. 86-91.
- CRISTÓBAL MONTES, A., «Aspectos básicos de la sucesión contractual aragonesa», en *Estudios de Derecho de sucesiones*, Mira editores, Zaragoza, 1987.
- CUADRADO IGLESIAS, M., «El testamento mancomunado en el Ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LVII, 1983, págs. 1.091-1.116.
- DE ALFONSO, J-M., «Apreciación de la capacidad mental del testador: la intervención notarial y facultativa en el testamento abierto», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1973, págs. 617-654.
- DE CASTRO, F., *Derecho civil de España* (edición facsímil de los volúmenes publicados por el IEP en 1949 y 1952), Civitas, Madrid, 1984.
- *El negocio jurídico* (edición facsímil del volumen publicado por el IEP en 1971), Civitas, Madrid, 1991.

DE FRANCISCI, P., «Quelques observations sur l'histoire du testament conjonctif réciproque» en *Revue historique de Droit français et étranger*, 1924, págs. 57–82.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El legado de cosa ganancial», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo V, Vol. I, 1952, págs. 467–551.

– «El Notario latino y su función», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 76, abril–junio, 1972, págs. 65–321.

– *Compendio de Derecho Sucesorio*, La Ley, Madrid, 1990.

– «Comentario al artículo 1.056 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, Centro de Publicaciones del Código civil, Madrid, 1991.

DE LA OLIVA SANTOS, A., «Competencia, reparto, cambio de tribunal y derecho al juez predeterminado por la Ley (En torno a un caso de controvertida aplicación del art. 15 L.J.C.A.)», en AA.VV., *Estudios de Derecho procesal en honor de Víctor Fairén Guillén*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, págs. 117–155.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., «La partición de herencia por el propio testador», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 27 (enero–marzo), 1960, págs. 99–234.

– «Comentario al artículo 945 del Código civil», en AAVV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

DE PABLO CONTRERAS, P., *Constitución democrática y pluralismo matrimonial*, EUNSA, Pamplona, 1985.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Los derechos civiles forales en la Constitución», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1979, págs. 643–667.

– «Comentario al artículo 16 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

– «Comentario al artículo 14 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil*, Tecnos, Madrid, 1993.

– «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil», en *Revista aragonesa de Administración Pública*, núm. 4, 1994, págs. 361–404.

DÍAZ ALABART, S., «Comentarios a los artículos 752 a 754 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo X, Vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 1987.

DÍAZ FUENTES, A., *Dereito civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/1995*, Seminario de Estudos Galegos, Santiago de Compostela, 1997.

DÍEZ GÓMEZ, A., «La supresión de los testigos en los testamentos», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 2, abril–junio, 1992, págs. 43–68.

DÍEZ PASTOR, J.L., «Fe de conocimiento», en AA.VV., *Ponencias presentadas a los Congresos internacionales del Notariado Latino*, Tomo I, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1975, págs. 317–340.

DÍEZ-PICAZO, L., «La pluralidad de testamentos», *RDN*, Tomo 27, 1960, págs. 7-97; reeditado, posteriormente, en sus *Estudios de Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980, págs. 329-378.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, Tomo IV, 7.^a ed., Tecnos, Madrid, 1997.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La disposición testamentaria de bienes gananciales (Régimen jurídico)», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIII (julio-septiembre) 1990, págs. 793-849.

DORAL GARCÍA, J.A., «Artículo 75» y «Artículo 76», en AA.VV., *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código civil*, Civitas, Madrid, 1994.

DURÁN RIVACOBIA, R., *El nuevo régimen de la vecindad civil y los conflictos interregionales*, Dykinson, Madrid, 1992.

– *Hacia un nuevo sistema del Derecho foral y su relación con el Ordenamiento civil común*, Dykinson, Madrid, 1993.

EDENHOFER, W., «§ 2.273», en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 54.^a ed., C.H. Beck, München, 1995.

ELIZALDE Y AYMERICH, P., «El Derecho civil en los Estatutos de Autonomía», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVII, Vol. I, 1984, págs. 389-436.

ENNECCERUS, L.; KIPP, Th., WOLF, M., *Tratado de Derecho Civil*, Tomo V, Vol. 1.^o, (8.^a ed.) –traducida y adaptada por Roca Sastre– Bosch, Barcelona, 1951.

- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- FELIÚ REY, M.I., «Breve apunte crítico al Proyecto de Ley sobre supresión de testigos en los testamentos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 607, 1991, págs. 2.261–2.284.
- FERNÁNDEZ CORTIZO, C., «En casa y compañía: grupo doméstico y estrategias familiares en la Galicia occidental a mediados del siglo XVIII», en AA.VV., *Parentesco, familia y matrimonio en la Historia de Galicia*, Tórculo, Santiago de Compostela, 1998, págs. 145–165.
- FERNÁNDEZ COSTALES, J., «Nulidad de testamento abierto, alcance del principio de unidad de acto en la Ley de 20 de diciembre de 1991 y en la anterior redacción del Código civil», en *La Ley*, 1992–2, págs. 329–337.
- FERNÁNDEZ GÓNZALEZ–REGUERAL, M.^aA., «La separación de hecho conyugal y la legítima del cónyuge viudo», en *Actualidad Civil*, núm. 40, 1996, pág. 879–894.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T–R. y SÁINZ MORENO, F., *El notario, la función notarial y las garantías constitucionales*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1989.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Derecho de la persona», en AA.VV., *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, 6.^a ed., Eurolex, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho internacional privado*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1993.

– *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1999.

FORNER DELAYGUA, J-J., «Forma de las disposiciones testamentarias: Reformas del Código civil español y de la legislación catalana», en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLIV, 1992-1, págs. 271-276.

FUENMAYOR CHAMPÍN, A, «El Derecho sucesorio del cónyuge putativo», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 170, 1941, págs. 431-474.

– «La mejora de labrar y poseer», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo I, Fascículo III, 1948, págs. 878-921.

– «Derecho Civil de Galicia», en *Estudios de Derecho Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1992, págs. 227-329.

– «El Derecho sucesorio en la Compilación de Galicia», en *Estudios de Derecho Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1992, págs. 1.301-1.328.

GARAU JUANEDA, L., «Comunidades Autónomas y Derecho interregional», en AA.VV., *Constitución, Comunidades Autónomas y derecho internacional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1982, págs. 111-167.

GARCÍA AMIGO, M., «La competencia legislativa civil según la Constitución», en *Revista de Derecho Privado*, 1983, págs. 435-452.

GARCÍA ATANCE, M., «Revocación del testamento mancomunado», en *Segunda Semana de Derecho aragonés*, Librería General, Zaragoza, 1943, págs. 259-261.

- GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los artículos 46, 48, 74 a 76, 79, 88 y 89 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo II, EDERSA, Madrid, 1982.
- GARCÍA GIL, M. y GARCÍA GIL, F.J., *Jurisprudencia registral, civil, mercantil e hipotecaria*, Librería Bosch, Barcelona, 1989.
- GARCÍA GOYENA, F., «Comentario a los artículos 557, 590 y 600 del Proyecto de Código civil», en *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo II, Base, Barcelona, 1973.
- GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Del testamento de hermandad», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXVII, Vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 1998.
- «Comentario a las leyes 199 y 202 a 204 del Fuero Nuevo de Navarra», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, Tomo XXXVII, Vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 1998.
- GARCÍA RUBIO, M.ªP., «Comentario a los artículos 117 y 118 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1997.
- «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LIII (octubre-diciembre), 2000, págs. 1.397–1.481.
- GARCÍA VICENTE, F., «El testamento mancomunado», en AA.VV., *Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1993, págs. 9–45.

– «Del testamento mancomunado» y «Comentario a los artículos 90 y 97 de la Compilación de Derecho civil de Aragón», en AA.VV., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, Vol. III, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1997.

– «Testamento mancomunado», en AA.VV., *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de derecho Civil*, Librería General, Zaragoza, 1999.

GETE-ALONSO, M.^aC., «Emancipación y matrimonio», en *Revista de Derecho Privado*, 1985-3, págs. 3-31.

GIMÉNEZ DUART, T., «Los desajustes de la Reforma: sobre legítimas y reservas», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 128 (abril-junio), 1985, págs. 133-166.

GIMÉNEZ-ARNAU, E., *Derecho notarial español*, Vol. III, Universidad de Navarra, Pamplona, 1965.

GOMÁ SALCEDO, E., «Las actas y los testimonios en la reforma del Reglamento notarial. Operada por Real Decreto 1209/84, de 8 de Junio», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. CXXIV (abril-junio), 1984, págs. 335-376.

GÓMEZ-ACEBO, F., «La responsabilidad civil del Notario», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 6, julio-diciembre, 1954, págs. 311-332.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., «Nulidad de testamento abierto, por falta de firma del testador. Comentario a la sentencia de 4 de enero de 1952», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo V, Vol. I, 1952, págs. 388-391.

GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Instituciones de Derecho notarial*, Tomo I, Reus, Madrid, 1948.

GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «La menor edad después de la Constitución y de la reforma del Código civil (Notas acerca del matrimonio de los menores y el Registro del estado civil)», en *Revista de Derecho Privado*, 1984, págs. 456-474.

– «Comentario a los artículos 694, 695, 698, 699 y 705 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 1.º-B, EDERSA, Madrid, 1987.

– «Comentario al artículo 681 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 1.º-A, EDERSA, Madrid, 1990.

GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario a los artículos 943 a 955 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XIII, Vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 1989.

GUTIÉRREZ ALLER, D-E., LATAS ESPÍÑO, M.ªJ. y MONTERO PARDO, J.A., «Del usufructo voluntario de viudedad», en AA.VV., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.

GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia», en AA.VV., *Dereito civil de Galicia. (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de Maio)*, Revista Xurídica Galega, Santiago de Compostela, 1995, págs. 352-422.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, Tomo III, Madrid, 1863.

GUTIÉRREZ JEREZ, J.L., «Función notarial y responsabilidad civil», en *Actualidad Civil*, núm. 39, 1995, págs. 799–811.

HOFFMAN, E., *Das gemeinschaftlichen Testament und das Schweiz. Zivilgesetzbuch*, Schwarzenbach, St. Gallen, 1944.

IGLESIAS REDONDO, J.I., «Comentario al artículo 116 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1997.

JORDANO BAREA, J., «El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XIV, 1961, págs. 343–382.

– «El testamento», en *Revista de Derecho Notarial*, 1962, núms. 37–38, págs. 57–101.

JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.

LACRUZ, J.L., *Elementos de Derecho civil*, Tomo V, 5.ª ed., Bosch, Barcelona, 1993.

– *Elementos de Derecho civil*, Tomo II, Vol. 1.º, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1994.

LACRUZ, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de sucesiones*, Tomo I, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1976.

– *Elementos de Derecho civil*, Tomo IV, fascículo primero, Bosch, Barcelona, 1982.

- LARGARDE, P., «La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», en *Revue Critique de Droit International Privé*, Tomo 78, 1989, págs. 249-275.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «Derecho civil común de España y Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 11, julio-septiembre, 1994, págs. 81-202.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Autonomías y Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1980.
- LETE ACHIRICA, J., «Comentario a los artículos 157 y 158 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1997.
- LETE DEL RÍO, J.M., «Artículo 79», en AA.VV., *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código civil*, Civitas, Madrid, 1994.
- *Derecho de la persona*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1996.
- «Comentario a los artículos 136 a 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1997.
- LLOPIS GINER, J.M., «La incidencia de las rupturas matrimoniales en el derecho de sucesiones», en *Revista General de Derecho*, núm. 645 (junio), 1998, págs. 7.041-7.074.
- LOIS PUENTE, J.M., «El llamado testamento en lengua extranjera», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LXII, 1988, págs. 971-988.

– «La modificación del Código civil en materia de testamentos», en *Revista Xurídica Galega*, núm. 1.º, 1992, págs. 22–29.

– «De las apartaciones», en AA.VV., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.

– «Comentarios a los artículos 134 y 135 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1997.

LORENTE SANZ, J., «El testamento mancomunado en el Apéndice foral aragonés», en *Primera Semana de Derecho aragonés* (Jaca 1942), Librería General, Zaragoza, 1942, págs. 127–155.

LORENZO FILGUEIRA, V., *Realidad e hipótesis de futuro del Derecho foral de Galicia*, Ayuntamiento de Pontevedra, Vigo, 1986.

LORENZO MERINO, F., *El Derecho civil de Galicia y la propuesta de Compilación del 22 de marzo de 1991*, Asociación Galega de Estudios Xurídicos, Santiago de Compostela, 1992.

LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Comentario a los artículos 685 y 686 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 1.º–A, EDERSA, Madrid, 1990.

LUNA SERRANO A., *El nuevo régimen de la familia I. Matrimonio y divorcio*. Civitas, Madrid, 1982.

- MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a, «Comentario al artículo 1.331 del Código civil», en *Comentarios al Código civil español*, Tomo IX, 5.^a ed., Reus, Madrid, 1950.
- «Comentario a los artículos 662 y 663, 669, 681, 685, 695 y 696 del Código civil», en *Comentarios al Código Civil español*, Tomo V, 6.^a ed., Reus, Madrid, 1950.
- MARÍN LÁZARO, R., «La partición de la herencia hecha por actos *inter vivos*», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 176, 1944, págs. 213–238.
- MARÍN LÓPEZ, J.J., «La ordenación de los Registros e instrumentos públicos como título competencial del Estado», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994, págs. 111–195.
- MARTÍN FERREIRA, M.^aP., «La idoneidad de los testigos en los testamentos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 617 (julio–agosto), 1993, págs. 863–902.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Preterición y derecho de representación en el artículo 814.3 del Código civil*, Civitas–Servicio de publicaciones de la Universidad de Extremadura, Madrid, 1991.
- MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «El testamento abierto notarial» y «Del testamento mancomunado» en AA.VV., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *Pluralidad de Derechos civiles españoles. El artículo 149.1, Regla 8, de la C.E.*, Civitas, Madrid, 1997.

MARTOS CALABRÚS, M.^aA., *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, Comares, Granada, 2000.

MASIDE MIRANDA, J.E., *Legítima del cónyuge supérstite*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1989.

MENÉNDEZ VALDÉS-GOLPE, E., *A reforma da Compilación do Dereito civil de Galicia*, Sept, Santiago de Compostela, 1972.

– «Presente e futuro do Dereito foral galego», en AA.VV., *Estudos do Dereito Civil de Galicia*, Sept, Santiago de Compostela, 1973, págs. 25–51.

MERINO HERNÁNDEZ, J.L., «Revocación post-mortem del testamento mancomunado aragonés y de hermandad navarro», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Tomo XLVII, 1974, págs. 47–73.

– «Del testamento mancomunado» y «Comentario a los artículos 90, 94, 96 y 97 de la Compilación de Aragón», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXIV, Vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 1987.

– Comentario al artículo 107 de la Ley de sucesiones aragonesa», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXIV, Vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 2002.

MERKEL, H., *Das gemeinschaftlichen Testament*, Schwäbische Verlagsdruckerer, Dillingen a. Donau, 1930.

- MEZQUITA DEL CACHO, J.L., «Comentarios al Código de Sucesiones. Art. 55» en AA.VV., *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1994.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.^a, «La responsabilidad contractual y extracontractual; distinción y consecuencias», en AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial. Responsabilidad civil*, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 59-78.
- MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*. Bosch, Barcelona, 1993.
- MORALES Y GÓMEZ, A., *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra que deben quedar subsistentes como excepción del Código general; y los que pueden desaparecer viniendo a la unificación*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1884.
- MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 662 y 663, 665, 669 a 671, 681 a 683, 685 y 686, 694 a 696 y 697 del Código civil», en QUINTUS MUCIUS SCÆVOLA, *Código civil*, Tomo XII, 2.^a ed., Reus, Madrid, 1950.
- MOXÓ RUANO, A., «Nulidad y falsedad civil del instrumento público», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo III, 1946, págs. 195-269.
- MUÑO FIDALGO, L., «Comentario al artículo 130 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1997.

MUÑO FIDALGO, L. y SÁNCHEZ CARBALLO, J.L., «Comentario al artículo 117 de la Ley de Derecho civil de Galicia» y «Del pacto de mejora», en AA.VV., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.

NAGORE YARNOZ, J.J., «Testamento mancomunado y su especialidad en Navarra», en *Anuario de Derecho Aragonés*, Tomo XIV, 1968–1969, págs. 233–260.

NATTER, E., «Der Widerruf korrespondierender Verfügungen von Todes wegen bei Lebzeiten der Ehegatten», en *Juristenzeitung*, 1954, págs. 381–383.

NUÑEZ LAGOS, R., «Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo I, 1944, págs. 379 y ss.

OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

OTERO VARELA, A., «Sobre la Compilación del Derecho foral gallego», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo XXXV, 1965, págs. 553–556.

PASTOR RIDRUEJO, F., *La revocación del testamento*, Nauta, Barcelona, 1964.

PAZ ARES, J-C., *Instituciones al servicio de la Casa en el Derecho Civil de Galicia*, Talleres Gráficos Imprenta Nuñez, Salamanca, 1964.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código civil*, Aranzadi, Pamplona, 1994.

- «Comentario a los artículos 128, 129, 141 y 142 y Disposición adicional primera de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1997.
- PÉREZ DE CASTRO, N., *El menor emancipado*, Civitas, Madrid, 1988.
- PILLADO MONTERO, A., «Los pactos sucesorios en la Ley de Derecho civil de Galicia», en *Revista Jurídica Galega*, núm. 13, 1996, págs. 17–68
- PLAZA PENADÉS, J., *Derechos sucesorios del cónyuge viudo separado de hecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- PRU BURÓN, C.M.^a, «El nuevo artículo 117 del Reglamento notarial», en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, julio, 1982, págs. 1.054–1.058.
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo V, Vol. 2.º, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1977.
- PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRÍAS, E., *Instituciones del Dret Civil de Catalunya*, Bosch, Barcelona, 1988.
- PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español*, Tomo V, Vol. 1.º, RDP, Madrid, 1954.
- QUADRI, R., «Sulla legge applicabile alla «forma» dei negozi giuridici», en *Scritti Perassi*, Tomo II, Milano, 1957, págs. 231–250.

RAMOS MÉNDEZ, F., *La sucesión procesal. Estudio de los cambios de parte en el proceso*, Ed. Hispano-europea, Barcelona, 1974.

REICHEL, H., *Zur Lehre vom gemeinschaftlichen Testament. Zwei Rechtsgutachten*, Gustav Fischer, Jena, 1915.

REINO CAAMAÑO, R., «El artículo 1.056 del Código civil», en *Foro Gallego*, núm. 67, 1950, págs. 29–32.

REMIRO BROTONS, A., «La aplicación de los Tratados internacionales en el Derecho español», en *La Ley*, 1982–4, págs. 1.210–1.215.

REY PORTOLÉS, J.M., «Comentario a "vuela pluma" de los artículos de Derecho Sucesorio (cuatro más) reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 553, 1982, págs. 1.535–1.584.

REYES MONTERREAL, J.M.^a, «Comentario del artículo 1.331 del Código civil», en QUINTUS MUCIUS SCÆVOLA, *Código civil*, Tomo XXI, 2.^a ed., Reus, Madrid, 1967.

RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto otorgado ante Notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991*, Dykinson, Madrid, 1993.

– *Las sucesiones en las legislaciones forales (especialidades en materia testamentaria)*, 2.^a ed., Fundación matritense del notariado, Madrid, 1998.

ROCA I TRÍAS, E., «El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1979, págs. 7-36.

– «Comentario al artículo 665 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil*, Tecnos, Madrid, 1993.

ROCA SASTRE, R.M.^a, *Estudios de Derecho Privado*, Tomo II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.

– «Firma del testador», en *Revista de Derecho Notarial*, núms. 1 y 2, 1953, págs. 351-356.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «La partición hecha por el testador», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 68 (abril-junio), págs. 209-231.

– «La responsabilidad civil del notario conforme a los artículos 705 y 715 del Código civil», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 24, octubre-diciembre, 1997, págs. 113-153.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., «Efectos de la partición *inter vivos* que regula el artículo 1.056 del Código civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 191, 1952, págs. 307-347.

RODRÍGUEZ GAYÁN, E.M., «Heterogeneidad y sistema en las relaciones entre Derecho Internacional Privado y Derecho Interregional», en *Revista General de Derecho*, núms. 622-623 (julio-agosto), 1996, págs. 8.069-8.091.

ROGUIN, E., *Traité de Droit Civil comparé. Les Sucessions*, Vol. III, Paris, 1912.

ROURA ROSICH, J., «Los patrimonios de marido y mujer como un todo a efectos sucesorios», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XIII, 1962, págs. 67–105.

ROVIRA PEREA, J.M., «Forma, capacidad y unidad de acto en los testamentos», en *La Ley*, 1992–2, págs. 993–1.002.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., «Comentario al artículo 685 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil*, Tecnos, Madrid, 1993.

SAAVEDRA FERNÁNDEZ, P., «Casa y comunidad en la Galicia interior», en AA.VV., *Parentesco, familia y matrimonio en la Historia de Galicia*, Tórculo, Santiago de Compostela, 1998, págs. 95–143.

SALVADOR CODERCH, P., «Comentario a los artículos 46 y 48 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

SÁNCHEZ LORENZO, S., «La aplicación de los Convenios de La Haya a los conflictos internos», en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLV, 1993–1, págs. 131–148.

SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, 2.ª ed., Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910.

SANCHO REBULLIDA, F., «La capacidad de las personas, por razón de la edad, en la Compilación de Derecho Civil de Aragón», publicado inicialmente en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 465 (marzo–abril), 1968, págs. 7–32 y, posteriormente, en sus *Estudios de Derecho Civil*, Tomo II, Eunsa, Pamplona, 1978, págs. 105–132.

– «Comentario al artículo 69 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo II, EDERSA, Madrid, 1978.

– «Comentario al artículo 738 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., «Comentario al artículo 4.º de la Compilación del Derecho civil de Aragón», en AA.VV., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, Vol. I, Diputación General de Aragón, Zaragoza, s/f [1988].

SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL, J.L., «El testamento navarro de hermandad», en *Anuario de Derecho Aragonés*, 1945, págs. 187–208.

SANTDIUMENGE, J., «El testament mancomunat en el Dret alemany: notes sobre la revocació de les disposicions testamentàries», en AA.VV., *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa. El nou Dret successori de Catalunya*, PPU, Barcelona, 1994, págs. 439–455.

SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Tomo II, 7.^a ed., Montecorvo, Madrid, 1993.

SCHMIDT, R., «Bürgerliches Recht. BGB § 2271», en *Juristenzeitung*, 1953, págs. 602–605.

– «Zum Widerruf korrespondierender Verfügungen von Todes wegen bei Lebzeiten der Ehegatten», en *Juristenzeitung*, 1954, pág. 605.

- SIMÓ SANTONJA, V-L., *Derecho sucesorio comparado. Conflictos de leyes en materia de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 1968.
- TEIXEIRA GRACIANETA, A., «El testamento mancomunado aragonés», en *Anuario de Derecho Aragonés*, Tomo XII, 1963-1964, págs. 9-180.
- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., «Comentario al artículo 733 del Código Civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1983.
- TORRES GARCÍA, T., «Comentario a los artículos 663, 679, 681, 682 y 685 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- TRAVIESAS, M.M., «El testamento», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXII, 1935, págs. 97-116, 129-144 y 169-185.
- VALCARCE, F., «El denominado Derecho foral gallego y su Compilación», en AA.VV., *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección tercera, Vol. II, Reus, Madrid, 1962, págs. 735-797.
- VALLADARES RASCÓN, E., *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, Civitas, Madrid, 1982.
- VALLET DE GOYTISOLO, J., «Sucesión testada a favor del viudo en La Rioja», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo VII, 1953, págs. 465-484.

– «La donación mortis causa en el Código civil español», en *Estudios sobre donaciones*, Montecorvo, Madrid, 1978, págs. 12–250.

– *Panorama del Derecho de Sucesiones*, Civitas, Madrid, 1984.

– «Comentario al artículo 1.056 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XIV, Vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1989.

– «Comentario al artículo 835 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, Tomos IV y V, 3.ª ed., Talleres tipográficos «Cuesta», Valladolid, 1926.

VENTOSO ESCRIBANO, A., «La fe de conocimiento, antecedentes y estado actual de la cuestión en Derecho español», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 96, abril-junio, 1977, págs. 337–420.

VON OVERBECK, A., «L'unification des règles de conflits de lois en matière de forme de testaments» en *Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg, Schweiz, herausgegeben von Max Gutzwiller*, N° 21, Fribourg, 1961, XVIII, págs. 139 y ss.

– «La Convention du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions pour cause de mort», en *Annuaire Suisse de Droit International*, Vol. 46, 1989, págs. 138–152

YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989.

– «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 603 (marzo-abril), 1991, págs. 443-489.

ZABALO ESCUDERO, M.^ªE., «El testamento conjunto en el Derecho internacional privado», en *Revista General de Derecho*, núms. 541-542 (oct-nov), 1989, págs. 6.351-6.370.

