

EL TESTAMENTO MANCOMUNADO

PONENTE:

Fernando García Vicente

Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Huesca

COLABORADORES:

David Arbués Aísa

Abogado

Pedro Albiol Marés

Notario

MODERADOR:

Carlos Carnicer Díez

Decano del R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza

EL TESTAMENTO MANCOMUNADO

por
Fernando GARCÍA VICENTE (Ponente)
David ARBUÉS AISA y Pedro ALBIOL MARES (Colaboradores)

INTRODUCCIÓN

Concepto

Hay tres tipos de testamento mancomunado. El primero, cuando dos personas acuden al notario y testan a la vez. Uno a continuación de otro. En ese caso el vínculo es meramente formal. Un segundo tipo se da cuando los dos testan al mismo tiempo, disponiendo en muchos casos sobre el mismo patrimonio, pero sin vincular lo que uno dispone a lo dispuesto por el otro. La tercera forma de testar mancomunadamente se da cuando hay correspectividad; de forma que cualquiera de los testadores no dispondría de lo suyo si el otro no hiciera a su vez otra disposición. Este es el testamento mancomunado más complejo y el que plantea más problemas.

Naturaleza

En nuestro ordenamiento jurídico, como en otros que lo regulan, no hay ninguna regulación genérica del mancomunado. Por otra parte, las normas establecidas en el Código civil no están pensadas para él, por lo que deben de aplicarse con un cierto recelo y no de forma automática.

Por ello es conveniente averiguar si su naturaleza si se aproxima o no a la de un contrato sucesorio. La verdad es que si fuera, vendría muy bien para resolver gran número de problemas que la Compilación resuelve en sede de contratos sucesorios.

La cuestión en su origen histórico no está nada clara. De los juristas que han tratado el tema dos de los dos más prestigiosos, PALÁ y LACRUZ han mantenido criterios distintos. Para PALÁ MEDIANO, el mancomunado es un simple testamento que nunca se podía convertir en contrato sucesorio. Para LACRUZ BERDEJO, con la aceptación se produce la vinculación y con ella los efectos pasan a ser similares a los de un contrato sucesorio. Esta idea está clara en el Derecho alemán y ha sido recogida en varias sentencias de la A.T. de Zaragoza (7 de febrero de 1989 y 14 de noviembre de 1990).

Para mí, aunque hay una aproximación evidente, en ningún momento podemos decir que un testamento mancomunado con vinculación produce los mismos efectos que un contrato sucesorio. Hay algunos efectos, en los que claramente no se puede aplicar las normas contractuales. Lo veremos, por ejemplo, al hablar de los actos dispositivos *inter vivos*.

LOS TESTADORES. LAS FORMAS

Los Testadores

El primer párrafo dice: *los cónyuges aragoneses pueden testar en mancomún, aun fuera de Aragón*. De esta norma se deducen dos consecuencias: primera, que los otorgantes han de estar casados; y segunda, que deben de tener la condición civil de aragoneses.

DEBEN DE SER CÓNYUGES

Antecedentes

Concuerda esta exigencia con el texto de la *Observancia 1ª de testamentis*, libro 5º, que se refiere a *vir et uxor*.

BAGES, BARDAXÍ, SESÉ, LA RIPA y LISSA se refieren siempre a los cónyuges. No es tan claro PORTOLÉS, que dice «*si omnes consortes simul testamentum de rei indivisa condiderint*». Para A. TEIXEIRA consortes había que referirla no a marido y mujer, sino a todos aquellos que integran el consorcio. JAIME DE HOSPITAL, se plantea claramente la cuestión, admitiendo que lo puedan hacer los padres con sus hijos.

Una Resolución de la Dirección General de Registros y el Notariado de 1 de octubre de 1856 y otra de 28 de octubre de 1894 admitieron que pudiera otorgarse entre hermanos. La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1912 reconoció validez a un testamento mancomunado otorgado entre madre e hija; pero eso no fue discutido en el pleito.

Es llamativa la sentencia del TS. de 1 de octubre de 1856 que admite el testamento con tres intervinientes: dos cónyuges con su hermano. A. IBÁÑEZ CERESO, dice conocer en el Bajo Aragón casos de testamentos hechos por tres hermanos que se instituyen mutuamente herederos a fin de que la familia o parientes próximos no tuvieran intervención alguna en la comunidad de intereses creada por ellos.

Régimen Actual

Como dice LACRUZ BERDEJO sólo se exige que el matrimonio sea aparentemente válido, no impugnado y contraído de buena fe.

Aunque la sentencia de nulidad y separación sobrevinida hace ineficaz este testamento, en la forma que establece el art. 98 de la Compilación, es al menos teóricamente posible que dos cónyuges separados otorguen este tipo de testamento, porque la separación no está incluida entre la causas de disolución del matrimonio. Si la separación es de hecho los cónyuges pueden otorgar el testamento.

Los divorciados, aunque dudo que lo quieran, obviamente, no pueden otorgar esta forma de testamento. No es aplicable lo establecido en el art. 2.268 del B.G.B. que considera eficaz este testamento en el caso de que haya de admitirse que también se hubiera otorgado conociendo la nulidad.

También pueden otorgar este testamento los cónyuges que en el momento del otorgamiento estén incurso o incurso solamente uno de ellos en alguna de las causas de indignidad o de desheredación.

Hoy en día y de acuerdo con la dicción legal, no parece que puedan otorgar este testamento las personas que sin estar casadas se encuentren unidas de hecho por lazos análogos de afectividad.

En la Doctrina alemana, con una regulación semejante a la nuestra al no admitir su Código otro testamento mancomunado que el hecho entre cónyuges, se plantean qué valor tie-

ne el testamento hecho, por ejemplo, entre hermanos. Admitiéndose la conversión en dos testamentos individuales si se cumplen los requisitos exigidos para toda conversión de testamento y los específicos de la del testamento mancomunado. Esta solución parece aplicable al Derecho aragonés.

DEBEN DE SER ARAGONESES

Introducción

El art. 94.1. de la Compilación dice: *Los cónyuges aragoneses pueden testar en mancomún, aun fuera de Aragón.* El Estatuto de Autonomía de Aragón, Ley Orgánica 8/1982, de 9 de agosto en su art. 2 debe de interpretarse en este sentido.

Como dicen LORENTE SANZ y MARTÍN BALLESTERO pertenece al estatuto personal lo relativo al otorgamiento del testamento mancomunado. En este sentido la Audiencia de Zaragoza en sentencia de 28 de febrero de 1964 ha venido a establecer que la aptitud para ser testador en un testamento mancomunado «es una cuestión de capacidad no de forma».

Si más tarde cambian de vecindad civil esta alteración no afecta a la ley aplicable al testamento. Aunque nuestra Compilación no lo ha previsto, como la navarra, esto es así por aplicación del art. 9.8 del Cc..

Por eso si siendo aragoneses cambian de vecindad y uno de ellos, otorga nuevo testamento revocatorio de cláusulas correspondientes de un mancomunado anterior y el notario tiene conocimiento del primer otorgamiento, deberá poner en su conocimiento que solo puede hacerse en testamento abierto y que hay que notificar las cláusulas correspondientes revocadas conforme al art. 92.2 de la Compilación aragonesa. Si no se hace así, la revocación será ineficaz y el notario podrá incurrir en la responsabilidad que establece el art 92.2. Otra cosa distinta es que en lo demás el nuevo testamento se sujete tanto en cuanto a la forma como al fondo al Derecho catalán, si esta es la nueva vecindad, siendo necesaria la institución de heredero.

Cónyuges con distinta vecindad o nacionalidad

Tras la Ley 11/1990 de 15 de octubre, sobre la reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, la mujer no sigue la vecindad de su marido ya que conforme al art. 14 de Cc. el matrimonio no altera la vecindad civil. Ello introduce un nuevo problema en el mancomunado ya que es posible que solo uno de los cónyuges tenga la vecindad aragonesa. En este caso cabe plantearse varias posibilidades distintas: Primera que el cónyuge no aragonés esté sometido al régimen común o a otro cualquiera, como el francés o catalán, que expresa o tácitamente lo prohíben. Segunda hipótesis que este sometido a un régimen como el navarro o el alemán que lo permite.

Cónyuge no aragonés sujeto a un régimen que lo prohíbe

Hay que acudir al art. 9 apartado 8º del Código civil, que establece que la sucesión por causa de muerte se rige por la ley nacional del causante. En ese caso si uno de ellos está sometido al régimen común sería aplicable el art. 669 que prohíbe expresamente el testamento mancomunado y por el art. 733 que establece que no será válido en España el testamento mancomunado prohibido por el 669.

Otorgante no aragonés sujeto a un régimen que lo permite, pero que lo regula de una manera distinta.

Así sucede en Navarra, territorios sujetos al Derecho Foral del País vasco o con ciudadanos de países que lo admiten.

Con estos testadores se puede hacer testamento de esta forma tanto dentro como fuera de Aragón. Esta situación plantea dos problemas:

La Forma

Para Merino Hernández este testamento es perfectamente válido, siempre que en su otorgamiento se cumplan simultáneamente las condiciones de ambos ordenamientos.

Esta es la solución mas segura y por eso la más recomendable pero aun así cabe plantearse: ¿y si solo se cumplen las de uno porqué ha de ser siempre inválido? En Navarra está prohibido el testamento ológrafo de hermandad por disponerlo así expresamente la ley 199 de la Compilación. ¿No podría considerarse que si ese testamento se otorga entre un aragonés y una navarra en Aragón rige respecto de lo que es estrictamente forma el principio *locus regit actum* conforme al art. 11 del Código civil? Es posible distinguir el fondo de la forma en el testamento mancomunado? Creo que a estos efectos la aptitud para testar mancomunadamente es una cuestión de capacidad, por eso de fondo, mientras que el otorgamiento en documento público o privado es una cuestión de forma. Por eso debe de considerarse válido este testamento. Pero si el testamento se otorga en Navarra, la aplicación al mismo del principio de alternatidad en base al art. 11.1 del Cc. me parece más dudoso.

Eficacia y Revocación

Cabe plantearse que sucede cuando los Ordenamientos de los dos otorgantes tienen un régimen de eficacia o de revocación distinto. Por ejemplo la revocación de un testamento navarro tiene un régimen legal muy diferente al aragonés. Por otra parte la ley 205 tiene una regulación específica para la entrega de legados.

En primer lugar hay que estar a la voluntad de los testadores. Si las partes, y eso es lo conveniente, hacen constar en el testamento que ordenamiento jurídico consideran aplicable, se pasará por ello, siempre que no se perjudiquen a terceras personas, que ostenten algún derecho reconocido por ley.

La cuestión es más complicada cuando las partes nada han previsto. Ninguno de los ordenamientos puede tener preferencia puesto que en la ley no hay previsto ningún punto de conexión preferente. El Convenio de Viena de 1989 que regula los conflictos de leyes en materia de testamentos mancomunados, opta por la tesis cumulativa: cualquier requisito exigido por uno u otro ordenamiento debe de cumplirse.

A falta de cualquier regulación este criterio parece razonable ya que es el que mejor protege el interés de ambas partes.

Las Formas Posibles

Nos referiremos sólo a aspectos muy puntuales

TESTAMENTO ABIERTO

Es imprescindible que ambos cónyuges manifiesten a un mismo tiempo su voluntad. En este testamento es imprescindible que exista una voluntad manifestada en común.

La incapacidad para ser testigo que establece el art. 682 del Código existe, aunque sólo se dé respecto de uno de los testadores. Basta con que uno de los testadores exija testigos para que se deba de cumplir este requisito. Basta con que uno de los testadores sea ciego o no sepa leer o no sepa firmar o sea sordo para que se deban de cumplir las garantías previstas en el Código en el art 697.

TESTAMENTO CERRADO

Este testamento tiene dos fases: una privada y otra notarial. Es imprescindible que ambos cónyuges intervengan en las dos. No puede ser considerado testamento mancomunado aquel en el que conste que un testador no conoce el contenido de lo que el otro dispone.

Como señala LORENTE SANZ, puede originar alguna cuestión el cumplimiento de lo prevenido en el art. 711 (guarda del testamento). Para retirar este tipo de testamento es necesario el acuerdo de ambos otorgantes. Hay que entender que el plazo de diez días, que establece el art. 712 para presentar el testamento al Juez, se cuenta desde el momento del fallecimiento de cualquier otorgante.

TESTAMENTO OLÓGRAFO

A diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán que de forma clara lo admite en sus arts. 2.265 y 2.267, lo rechazan la Compilación navarra (ley 199), el art. 49 de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco de 7 de agosto de 1992, y la Ley de 24 de diciembre de 1981 que en su art. 21.1, en nuestro Ordenamiento jurídico, desde que se planteó el problema han sido numerosas las dudas que ha originado.

Algunos han considerado que testando de esta manera era más fácil que un testador captara la voluntad del otro. Pero este obstáculo no debe de ser considerado decisivo, porque se ha predicado, sin razón, de todo testamento mancomunado. La verdadera dificultad es hacer posible la autografía y la intervención de dos personas.

La cuestión se ha debatido desde que se publicó el Apéndice, ya que en el mismo nada se dice. Con relación a este régimen legal la cuestión ha sido tratada con profundidad por las sentencias de la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 30 de noviembre de 1967, Ponente R. Mur Linares que revocó una anterior del Juzgado de Primera Instancia de Jaca; y la del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1969, ponente A. De Vicente-Tutor Guelbenzu y el dictamen que a instancia de una de las partes hizo J.L. Lacruz Berdejo.

Dejando al lado otros problemas lo que se planteó en ese caso es como puede calificarse un testamento hecho por el marido de forma ológrafa, al que en la misma hoja de papel se escribe por la esposa «es mi última voluntad dejar heredero de todos mis bienes a mi esposo y doy mi conformidad a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento que de su puño y letra ha escrito a mi presencia en este mismo pliego de papel».

La Sentencia de La Audiencia Territorial de Zaragoza negó validez al testamento mancomunado aunque admitió la validez del testamento del marido como testamento ológrafo exclusivamente suyo. No reconoció validez alguna a la disposición de ella. Todo ello en base a los siguientes argumentos:

1º. Hay que cumplir todas las formalidades que exige tanto el Derecho civil común como el foral y en este caso ni se cumple la autografía de ambos testadores, ni se da la unidad de acto y otorgamiento, ni se da en este caso concreto la voluntad de testar en mancomún.

2º. Que las firmas de los dos testadores en ambos testamentos de ninguna manera pueden significar la existencia de una voluntad conjunta pues o representarían una institución de heredero *reciprocitati causae*, nula conforme a lo establecido en los arts. 687 y 682 del Código civil; o la aceptación de la herencia del otro cónyuge nula por aplicación del art. 991 del Código; o, esto es lo más importante de la sentencia, un acto de aprobación, conformidad o visto bueno de una persona a un acto realizado por otra, acto ajeno y carente de formalidades para ser un testamento.

El Tribunal Supremo casó la sentencia, admitiendo la existencia de un testamento mancomunado ológrafo, estableciendo que sin desconocer la dificultad de cumplir en el manco-

munado las formas del ológrafo «lo cierto y positivo es que el art. 17 del Apéndice de 1925 no limita en modo alguno la forma de su otorgamiento, y en consecuencia y dado el principio general y básico que sustenta todo el Derecho especial de Aragón de la primacía total de la voluntad de los otorgantes *standum est chartae*, se debe de concluir con la posibilidad de otorgar testamento mancomunado en forma ológrafa en Aragón; máxime si se tiene en cuenta que la nueva Compilación en su art. 94 dispone de modo terminante que el testamento mancomunado podrá revestir cualquier forma común especial o excepcional, con tal que sea compatible con los requisitos establecidos para cada uno de ellos por las disposiciones vigentes».

Con sentido práctico y siendo discutibles y de mucho peso todos los argumentos, hay que partir por el momento, de que el Tribunal Supremo, aunque solo una vez, la única en la que se ha pronunciado, admite con el Apéndice y con la Compilación la existencia de esta forma de testar mancomunadamente. Lo que hay que ver es, lo que ya apuntó en 1943 J. LORENTE SANZ, cómo se puede en cada caso concreto considerar cumplidos los requisitos de ambas instituciones. Este autor considera cumplidos todos los requisitos, escribiendo dos veces el texto, una por cada testador, con fecha duplicada y firmas de ambos. Cualquiera otra forma resulta aventurada. En el mismo sentido F. PALÁ MEDIANO.

Por mi parte creo que en tanto no se modifique la doctrina sentada por la sentencia antes citada del Tribunal Supremo, que también se pronuncia sobre el régimen de la Compilación, puede bastar con que, como en ese caso, uno redacte de su puño y letra el testamento y el otro con conocimiento del mismo y haciendo constar su voluntad de testar de forma mancomunada con su esposo haga constar a continuación de su puño y letra una declaración de voluntad indubitada de que así sea. Este criterio es el seguido por el art. 2.267 del B.G.B.. Es más seguro hacerlo como dicen PALÁ y LORENTE SANZ y por eso es más prudente el recomendarlo así, pero una vez hecho, por ahora, no debe de descartarse la validez de lo otorgado utilizando el segundo método.

La protocolización del testamento ológrafo mancomunado no está exenta de problemas. El plazo de 5 años previsto en el art. 689, hay que contarlo a partir del fallecimiento de cada uno de los testadores. Debe de protocolizarse dos veces, cada vez después de cada fallecimiento. No es nada fácil que en las operaciones necesarias para la protocolización los testigos a los que hace referencia el art. 691 sólo queden enterados de lo dispuesto por el fallecido, pero si es posible por ser la escritura doble, únicamente deberá de mostrarse lo escrito por el cónyuge premuerto. Es este un argumento más para recomendar la doble escritura. La intervención de las personas a las que hace referencia el art. 692 se referirá sólo a la parte del testamento que se está protocolizando. Se entiende que son los parientes del fallecido, no de ambos otorgantes. Si sólo se protocolizase, por el motivo que fuera, una parte del testamento, la relativa a uno de los dos, el testamento deja de ser mancomunado, pudiendo ser eficaz si se dan los requisitos de la conversión como testamento unipersonal.

TESTAMENTO ANTE PÁRROCO

Los arts. 91-93 de la Compilación regulan el testamento ante capellán, como lo hiciera antes el art. 22 de Apéndice. No hacen referencia al mancomunado ante párroco. Tampoco los Fueros lo regularon. En las Decretales de los Obispos aragoneses tampoco hay precedentes.

No hay razón para pensar que el criterio mantenido por el art. 17.3 del Apéndice al admitir el testamento mancomunado hecho ante capellán ha cambiado por la publicación de la Compilación. Aunque no se hace referencia al párroco, se admite que el mancomunado pueda revestir cualquier forma común, especial o excepcional (art. 94.1). Este criterio coincide con el dictamen de la Comisión nombrada para la reforma del Apéndice en el año 1935.

Muy poco utilizado, sólo LORENTE SANZ conoce un caso presentado a la Oficina Liquidadora del impuesto de Derechos Reales. La sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 20 de febrero de 1948, trató, aunque accidentalmente, de este testamento.

No existe unanimidad por parte de la Doctrina a la hora de determinar si el testamento ante párroco puede otorgarse solo cuando se está en peligro inminente de muerte o si también es posible otorgarlo en aquellos casos en que no pueda comparecer el notario por no haberlo en la localidad. La generalidad de los autores ha entendido que el primer requisito ha sido siempre necesario. Me remito en esto al documentado comentario hecho por C. SERENA VELLOSO. Últimamente los hermanos J.M. y R. BANDRÉS y SÁNCHEZ-CRUZAT han mantenido la tesis contraria.

Si se admite esta última tesis, basta con que falte el notario para poder otorgar este testamento. Si se considera que es necesario estar en peligro de muerte hay que determinar si es necesario que se encuentren los dos o basta con estar uno.

El Apéndice no resolvió la cuestión. TEIXEIRA y RIVAS PÉREZ se han manifestado contrarios a esta posibilidad. Por el contrario el Código alemán admite que el testamento mancomunado pueda hacerse bajo la forma de peligro inminente de muerte incluso en el caso de que uno solo se encuentre en esta situación. La Ponencia designada en 1935 para la modificación del Apéndice consideró que puesto que no estaba prohibido estaba permitido. La Ley 199 de la Compilación de Navarra y el art. 22 de la Ley de 24 de diciembre de 1981, del Estatuto de la Explotación familiar agraria, mantienen este mismo criterio. MERINO HERNÁNDEZ razona esta postura: se trata de un testamento abierto en el que el párroco sustituye al notario y ejerce unas funciones a modo de las notariales.

Creo que como nuestro Derecho es esencialmente permisivo, con base al art. 94 de la Compilación no existe motivo para negar esta posibilidad. La prohibición que establece el Código civil no debe de inclinarnos a una interpretación restrictiva, máxime cuando ordenamientos jurídicos semejantes lo admiten. De admitir la tesis contraria sería prácticamente imposible testar de esta manera ya que es muy difícil que los dos estén en peligro inminente de muerte al mismo tiempo y mantengan su capacidad de testar.

En la práctica, la adveración del testamento mancomunado ante párroco plantea algunos problemas. Toda la regulación esta pensada para el caso de testador único y no se ha pensado en el derecho que tiene el supérstite a que no se conozca lo que el ha dispuesto.

TESTAMENTO EN PELIGRO INMINENTE DE MUERTE

Aunque tampoco la Compilación nada dice sobre ello, es suficiente que uno de los testadores esté en esta situación. En el caso de epidemia parece que si uno lo está también lo tiene que estar el otro, ya que para que exista unidad de acto ambos tienen que estar en la zona de epidemia en el momento de testar. Estos testamentos quedaran ineficaces si cumplido el plazo previsto en el art. 703 Cc. ambos consortes han salido del peligro de muerte y aún viven, o ha cesado la epidemia.

EL PACTO AL MÁS VIVIENTE

Antecedentes

1. No es el pacto al más viviente una institución regulada en los Fueros y Observancias. Su origen es consuetudinario.

2. La sentencia de la Sección cuarta de la AP. de Zaragoza de 14 de noviembre de 1990 falló que en los testamentos mancomunados otorgados bajo la vigencia del Apéndice, al no

tener el pacto al más viviente otra regulación que la consuetudinaria su existencia debe de ser probada.

Derecho Transitorio

La regulación dada por la Compilación al pacto al más viviente, modificando la situación del Apéndice de 1925, plantea problemas de Derecho transitorio, cuando el testamento mancomunado en el que los cónyuges se nombran mutuamente herederos universales, es hecho vigente el Apéndice y el fallecimiento se produce con posterioridad a la publicación de la Compilación. La cuestión estriba en determinar si se aplica el Apéndice, por ser éste el que regula el testamento, y por tanto, el cónyuge supérstite hereda al primero, confundándose la herencia del primero y del segundo cónyuge, de forma que los herederos del sobreviviente heredan lo que proviene de ambos cónyuges; o si por el contrario se aplica el último apartado del art. 108 de la Compilación.

La Sala de lo Civil y Penal de nuestro Tribunal Superior en la sentencia antes citada aplica los arts. 95 y 108 de la Compilación.

Es un norma de remisión y supletoria: Su alcance

1. Es una norma supletoria, de remisión y de carácter dispositivo. Envía al art. 108 de la Compilación que regula el «pacto al más viviente» o «agermanamiento». Es una norma de remisión incompleta, ya que sólo lo hace a los efectos. Por eso el testamento mancomunado continúa siendo revocable por cualquiera de los otorgantes, aunque con las limitaciones establecidas en los arts. 96 y 97 de la Compilación. Por eso en todo lo que no sean los efectos, es decir en lo relativo a la capacidad, vicios del consentimiento, interpretación o revocación, el testamento mancomunado continúa rigiéndose por las normas que le son propias.

2. Es una norma supletoria de la voluntad manifestada por los testadores. La declaración en contrario no ha de ser necesariamente expresa, pero deberá de deducirse utilizando las normas de interpretación e integración de los testamentos y las de los contratos. En contra de este criterio la sentencia del Tribunal Superior antes citada. Como dice J.L. MERINO HERNÁNDEZ no habrá pacto al más viviente, aunque se produzca una institución mutua y recíproca entre cónyuges, si luego se regulan unos efectos que son contrarios o incompatibles con el pacto.

Creo que la Compilación sólo está pensando en la declaración en contrario hecha por ambos testadores. Si la hace solamente uno de ellos y afecta esencialmente al contenido del pacto, hay que entender que nos encontramos ante un supuesto en el que no se da el pacto al más viviente, porque la expresión «mutua y recíproca» excluye el que uno solo de los testadores pueda limitar sus efectos.

3. ¿La expresión salvo pacto en contrario puede servir de base para permitir a los otorgantes excluir en todo o en parte los efectos previstos en el art. 108 de la Compilación, que para algunos autores es al menos en alguno de sus apartados una norma de carácter imperativo? ¿O la expresión salvo pacto en contrario se refiere a que se produce la remisión salvo pacto en contrario, pero una vez hecha se debe de someter en todo lo que es imperativo a lo dispuesto en el art. 108? En este último caso el título, sean capitulaciones, sea contrato sucesorio, sea testamento determinaría solo su constitución, porque su regulación, al menos en su parte imperativa sería siempre la prevista en el art. 108.

Para J. DELGADO ECHEVERRÍA no operan en esta institución recíproca testamentaria los límites a la libertad de disposición del art. 108, porque al hacer el agermanamiento en testamento el testador siempre puede revocar ajustando su última voluntad a lo que son

las últimas circunstancias familiares; no pudiendo hacerlo si lo ha pactado en capitulaciones o pacto sucesorio.

4. El art. 95 se refiere solamente a los casos de institución mutua y recíproca. Aunque no sea frecuente, es posible al menos teóricamente, el que los cónyuges se instituyan uno a otro herederos en testamento mancomunado, sin la nota de corresponsividad, expresándolo así, pero en estos casos, como dice J. DELGADO ECHEVERRÍA, no sólo no se aplicará la norma del art. 97, sino que tampoco operará la norma de remisión al pacto al más viviente. Las consecuencias, al menos en cuanto a la revocación serán las mismas que en el supuesto utilizado, en la práctica, para evitar la regulación del pacto al más viviente, de nombramiento de herederos por cada cónyuge al otro en testamentos unipersonales, acaso en números sucesivos en el protocolo del notario. La sentencia de 7 de febrero de 1989 de la Sección cuarta de la AP. de Zaragoza consideró que un caso de institución mutua entre cónyuges con concesión de viudedad universal y fiducia al cónyuge supérstite, hecha de forma no corresponsiva, pudiera ser un pacto al más viviente «con sus efectos característicos».

Inscripción en el Registro de la Propiedad

1. La cuestión se centra en, si tratándose de una institución de heredero recíproca entre cónyuges en testamento mancomunado, y fallecidos ambos sin hijos comunes ni de anterior matrimonio, es suficiente la instancia privada de manifestación, aceptación y adjudicación de la herencia, como título para inscribir en favor del heredero único del cónyuge últimamente fallecido, los bienes del premuerto de los que el sobreviviente no haya dispuesto por cualquier título. O si por el contrario, debe de acompañarse la declaración de herederos *ab intestato* del causante premuerto de la que resulte no quedar persona (colaterales dentro del cuarto grado) llamadas a la sucesión de éste en el momento del fallecimiento del supérstite. La D.G.R.N. en resolución de 23 de abril de 1986 optó por la segunda postura.

REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO

I. Antecedentes Históricos

Siempre se ha interpretado la Observancia 1.^a *de testamentis*, en el sentido de que en Aragón se podían revocar libremente los testamentos mancomunados una vez hechos. Esta tradición se ha mantenido sin trabas, estando en desuso, como dice GARCÍA ATANCE, lo establecido en el último párrafo de la Observancia. Esta facilidad, dio lugar a algunos abusos, en perjuicio del otorgante de buena fe que desconocía la revocación del otro. Para tratar de evitarlo, los autores del Proyecto de 1904, se fijaron en el Código alemán, pero como dice LACRUZ no lo entendieron bien. La idea de este Proyecto pasó al Apéndice de 1925 (art. 19) que estableció la falsa presunción *iuris et de iure* de que todas las disposiciones testamentarias eran corresponsivas, siendo muy criticado por toda la Doctrina del momento, porque, como dijo PALÁ podía dar lugar a grandes injusticias, privando sin razón al cónyuge supérstite de la libertad de disponer *mortis causa*, incluso de sus bienes propios, o exigiéndole la renuncia de toda liberalidad que nada tenía que ver con aquellas disposiciones que la ley declara irrevocables.

Para tratar de evitar esto se propuso por la Doctrina una interpretación correctora de la norma, que la Jurisprudencia sólo siguió en parte dada la dicción literal del precepto. Por otra parte, desde 1935, se iniciaron los trámites para su modificación, que se culminaron en la Compilación, que dedica a la revocación los arts. 96 y 97.

II. Régimen Actual

La Compilación distingue según que la revocación la hagan ambos cónyuges en un mismo acto u otorgamiento (art. 96) o por uno de ellos, en cuanto a sus propias disposiciones (art. 97). La unilateral está regulada de distinta manera, según se haga en vida de ambos cónyuges o después de fallecido uno de ellos. Dependerá también que lo que se pretenda revocar sea o no una disposición correspectiva.

CARÁCTER DISPOSITIVO DEL ART. 97

Como dice LACRUZ BERDEJO, estas normas no son imperativas, de forma que las partes pueden disponer en el testamento un régimen jurídico distinto de la correspectividad y revocación. Los cónyuges pueden excluir o limitar los efectos previstos en la Compilación.

Incluso puede presumirse, como ha hecho la Jurisprudencia alemana que el premuerto estaba de acuerdo en permitir la revocación, en el caso de pequeños legados.

No puede prohibirse al otro que disponga de lo que no es correspectivo, porque ello atentaría contra el principio de libertad testamentaria.

II. 1. Revocación en vida de ambos testadores

REVOCACIÓN DE MUTUO ACUERDO

Si los otorgantes deciden revocar un testamento mancomunado lo pueden hacer por medio de otro testamento mancomunado o de un contrato sucesorio o de capitulaciones matrimoniales y si se trata de un testamento ológrafo o de uno cerrado por la destrucción, del documento. Si se trata de un testamento cerrado retirándolo los dos de quien lo tiene en custodia.

Plantea problemas la revocación del testamento cerrado, por destrucción o invalidación del mismo, conforme al art. 742 del Cc.. En este caso, no se producirán los efectos en él descritos, si no consta que ambos otorgantes han actuado de mutuo acuerdo en la rotura de los sellos o al enmendar las firmas. Como mucho, podrá valer como revocación hecha por uno solo de los testadores, pero nunca de los dos.

REVOCACIÓN UNILATERAL

Su régimen legal es distinto, según que lo revocado sean o no disposiciones correspectivas; y según se haga antes o con posterioridad al fallecimiento del otro cónyuge.

REVOCACIÓN UNILATERAL DE CLÁUSULAS NO CORRESPECTIVAS

Puede hacerlo cualquiera de los dos cónyuges antes o después de fallecido el otro, sin necesidad de cumplir otros requisitos que los generales para testar (art. 96). No es necesario hacer la notificación notarial a la que se refiere el art. 97. 2.

REVOCACIÓN UNILATERAL DE CLÁUSULAS CORRESPECTIVAS

El art. 97. 1 Dice: *La revocación o modificación unilateral, otorgada por un cónyuge en vida del otro, producirá la ineficacia total de aquellas disposiciones que por voluntad declarada de ambos en el mismo testamento o en documento publico, estén recíprocamente condicionadas.*

LA CORRESPECTIVIDAD Y LA RECIPROCIDAD

En el Derecho de obligaciones se entiende que una obligación es recíproca, cuando cada titular se obliga a realizar una prestación, como contraprestación de lo que el otro se obliga a hacer. Este concepto, no tiene nada que ver con el de las disposiciones correspectivas en un testamento mancomunado. Las disposiciones correspectivas en cuanto que tienen limitada su revocabilidad, no son necesariamente recíprocas, ni todas las recíprocas son correspectivas.

Corroborra esta distinción entre correspectividad y reciprocidad no condicionando una a la otra, la sentencia de la AT. de Zaragoza de 7 de noviembre de 1986.

CONCEPTO

Utilizando un criterio negativo, LORENTE SANZ, considera que para haya correspectividad no es bastante que un cotestador haya otorgado las disposiciones en consideración a las otorgadas por el otro; ni que entre las disposiciones haya correspondencia o correlatividad: es preciso que la disposición del marido, ora en favor de la mujer, ora en favor de un tercero, no se hubiera hecho sin la disposición de ésta, y viceversa. Recoge esta postura LACRUZ BERDEJO.

Utilizando el mismo criterio, TEIXEIRA, MERINO HERNÁNDEZ y DELGADO ECHEVERRÍA consideran que, como en el art. 2.270 del BGB, el «condicionamiento recíproco» del art. 97.1 existe cuando un cónyuge no habría adoptado cierta disposición sin la disposición adoptada por el otro. En el mismo sentido la sentencia de la AT. de Zaragoza de 7 de noviembre de 1986.

Para J. PINTOS hay correspectividad cuando una disposición tiene como causa la otra. Este mismo criterio es el seguido por las leyes 201 y 202 de la Compilación navarra. BINDER explica la correspectividad en dos palabras: «validez dependiente». En el mismo sentido PALÁ se refiere a dos disposiciones «interdependientes». «Deficiente una, deficit altera», decía este autor.

A mi juicio, una idea que subyace en la correspectividad es que en este testamento inicialmente se establece un determinado equilibrio, esta situación no puede ser variada por una parte, revocando sin darle al otro la posibilidad de que haga lo mismo. Cuando uno de los dos ha fallecido, el sobreviviente podrá no aceptar la herencia, y si nada recibe nada tiene que dar; pero si adquiere, lo que no puede hacer es alterar el equilibrio inicial.

LA CORRESPECTIVIDAD HA DE SER EXPRESA

A diferencia de lo que sucede en el BGB., no se presume la correspectividad.

La declaración puede ser hecha en el mismo testamento o con posterioridad, en otro documento público. Incluso es teóricamente posible que un testamento mancomunado se hubiese otorgado como complemento de un contrato sucesorio o de un testamento anterior y en éstos se hubiera previsto la reciprocidad, en esos casos tiene que haber constancia de que los primeros no han sido revocados.

El concepto de documento público es el amplio del art. 1216 del Cc.; pero no el muy amplio de los arts. 596 a 601 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Podrá hacerse ante los mismos funcionarios que se puede otorgar testamento y probablemente también ante capellán, porque quien puede lo más, otorgar testamento, debe de poder lo menos. Es dudoso que se pueda documentar ante la autoridad judicial, por eso es mejor no hacerlo.

En el otorgamiento del documento público no es necesario que se cumplan los requisitos formales exigidos para testar. Pero los otorgantes tienen que tener capacidad para disponer *mortis causa*.

Como dice MERINO HERNÁNDEZ este método puede llevar aparejado que la declaración sea desconocida, al carecer el segundo documento de los mismos medios de publicidad y control de que goza el testamento.

Pese a la dicción literal de la ley, que exige que sea expresa, la sentencia de la AT. de Zaragoza de 7 de noviembre de 1986 admite que la corespectividad dependa de la interpretación judicial en la búsqueda de la presunta voluntad. En ese caso habrá que tener en cuenta que, como dice la sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 7 de febrero de 1989, la norma general es la libre revocación del testamento. Por eso imprescindible que pueda deducirse claramente de las declaraciones hechas, la intención de establecer la corespectividad.

Esta doctrina ha sido corroborada por la sentencia de la AP. de Zaragoza Sec. 4ª, de 7 de febrero de 1989 que establece: «que si en el testamento nada se dice, bien expresamente, bien haciendo declaraciones de las que pueda deducirse con claridad la intención de establecer la corespectividad, debe de entenderse que no existe».

ALCANCE Y LIMITACIONES DE LA CORRESPECTIVIDAD

La corespectividad a la que se refiere la Compilación es de la existencia o mantenimiento de las disposiciones o dicho de otra forma: la de llamamientos; no de la eficacia de lo dispuesto. De forma que no depende para nada de que lo dispuesto se cumpla. Sin embargo las partes pueden por aplicación del principio *standum est chartae*, establecer una corespectividad de eficacias.

Aunque no hay en sede de testamento mancomunado una norma, como la del art. 104 para los contratos, que disponga que la nulidad de una cláusula produce la de las corespectivas, el efecto debe de ser el mismo. Es indiferente que la nulidad de una disposición se deba a vicios materiales o formales. Lo mismo puede afirmarse cuando una disposición es anulable y ha sido declarada nula tras la correspondiente impugnación. Para KIPP, se puede limitar la dependencia de una disposición con respecto de la otra a determinados casos de nulidad.

La ineficacia de disposiciones corespectivas válidas en su origen, por premoriencia del tercero favorecido, repudiación, incumplimiento de la condición, etc., no afecta al contenido restante del testamento. Aunque puede tener los efectos que veremos en la revocación *post mortem*.

El art. 2.270 del BGB. considera que la corespectividad sólo se puede establecer con respecto a la designación de heredero, para legados y cargas modales. No puede serlo el nombramiento de albacea, ni se puede establecer por este sistema limitaciones a la legítima. Es evidente, que no se puede condicionar así el reconocimiento de un hijo. En realidad es una institución que difícilmente se puede aplicar a instituciones no patrimoniales.

Pueden estar recíprocamente condicionadas la institución de heredero con relación a alguno o algunos legados. También pueden serlo unos legados con relación a otros. Es importante determinar no solo que disposiciones están en sí recíprocamente condicionadas, sino cuales lo están en relación a otras.

La sentencia de la AP. de Zaragoza de 7 de febrero de 1989, excluye la fiducia sucesoria de la corespectividad «como institución basada en la confianza». El basarse en la confianza la fiducia, siendo cierto, no debe de ser decisivo a la hora de fijar la corespectividad. Por eso la Jurisprudencia alemana lo admite sin ningún problema

FORMA DE HACER LA REVOCACIÓN UNILATERAL: REQUISITOS

El art. 97. 2 establece tres cosas: *Que deberá hacerse en testamento, abierto, ante Notario.*

La dicción legal no debe de excluir que el testamento mancomunado pueda revocarse solo por el marido o la mujer, en otro testamento mancomunado o en contrato sucesorio hecho por los mismos otorgantes. En ese caso, como dijo LACRUZ para el régimen del Apéndice, no será necesaria la notificación al otro cónyuge porque ya conoce el contenido del mismo. En este sentido se pronunció la sentencia del TS. de 26 de noviembre de 1929.

LA NOTIFICACIÓN

La notificación es personalísima, no pudiendo hacerse a un representante, planteando problemas qué valor debe de darse a una notificación hecha a un incapaz para testar. Probablemente habrá que considerar, en algunos aspectos, que es un supuesto de notificación no hecha por imposibilidad, sin que el Notario asuma ninguna responsabilidad por esta causa, aunque es bueno que lo haga constar. Sin perjuicio de estudiar luego si la muerte y la declaración de incapacidad producen al menos en parte los mismos efectos.

EFFECTOS DE LA FALTA DE NOTIFICACIÓN Y RESPONSABILIDAD

Responsabilidad del otorgante que incumplió

El cónyuge que de forma dolosa o fraudulenta, impidiere la notificación dando un domicilio equivocado, o alegando que está ausente o manifestando que ha fallecido; en definitiva impidiendo la notificación, o induciendo a error al Notario sobre un elemento esencial de lo que debe de notificar incurrirá en responsabilidad. Lo mismo sucederá cuando requerido por el Notario oculte la existencia de un testamento mancomunado con cláusulas correspectivas.

Esta será probablemente la establecida en el art. 674 del Cc. que priva de su derecho a la herencia *al que con dolo, fraude o violencia impidiere a una persona de quien sea heredero ab intestato, otorgue libremente su única voluntad.* O la que establece el art. 756.5 y 6. que dicen que: *son incapaces para suceder por causa de indignidad: 6º El que por iguales medios (amenaza, fraude, o disfraz) impidiere a otro hacer testamento o revocar el que ya hubiese hecho.*

Se convierte en indigno quien actúa persiguiendo alguno de los fines previstos en los apartados 5º y 6º del art. 756, aunque no lo consigan. Para ALBALADEJO y DIEZ-PICAZO la tentativa es causa de indignidad, porque la indignidad deriva de la conducta no del resultado.

Valdrá su revocación, pero la cuestión que nos suscita, es si pierde todo su derecho a la herencia, o sólo el que tiene a las disposiciones correspectivas. La cuestión es dudosa, probablemente la nulidad es parcial, limitándose a las cláusulas correspectivas, porque sólo respecto de ellas se ha infringido la norma. En este mismo sentido, la aplicación del principio *favor testamenti* en los casos de duda y la admisión de la nulidad parcial en otros casos de indignidad (art. 752, 753, 754) En contra que es una grave violación de la confianza que representa este testamento. En lo que sí que insisto es que será nula cualquier disposición que de alguna manera esté recíprocamente condicionada.

Responsabilidad del Notario

La responsabilidad del Notario se regirá por las normas generales de la responsabilidad profesional. La tiene por no informarse convenientemente si hay un testamento mancomunado anterior, por no hacer la notificación y por el retraso injustificado. En general responderá por haber actuado con culpa o negligencia del art. 1902 del Cc.

Parece muy difícil que deba de hacerlo por no haber valorado bien que cláusulas son correspectivas, aunque puede suceder en los casos de evidencia. Por eso es más seguro actuar como dice AZPEITIA. Tampoco es obligatorio que investigue el domicilio del destinatario

La valoración del perjuicio y la correspondiente indemnización es, como dice NAVARRRO AZPEITIA, difícil de cuantificar, máxime cuando se trata en muchos casos de un perjuicio que se producirá a tiempo futuro.

Cabe plantearse desde qué momento puede incurrir en responsabilidad el Notario: desde que incumple su deber o desde que se causa el daño, con la apertura de la sucesión. Me inclino por este último porque, conforme al art. 1902, para que exista deber de indemnizar es necesario que la acción u omisión haya causado el daño y éste no se puede producir hasta la apertura de la sucesión.

EFFECTOS DE LA REVOCACIÓN UNILATERAL

Como dice el art. 97.1 de la Compilación *la revocación unilateral produce la ineficacia total de aquellas disposiciones que están recíprocamente condicionadas.*

Es posible entender que esta norma no se refiere a toda revocación unilateral. Puede pensarse que la institución de pequeños legados que gravan al supérstite no supone la revocación de la disposición que hace referencia a ese bien. Por ejemplo, si se condiciona el destino de una casa y lo que hay en ella, el hecho de legar un pequeño objeto de la misma, no debe de determinar la ineficacia de toda la disposición hecha sobre ella.

Debe de entenderse que si se condiciona el destino de varios bienes y luego se varía el de uno de ellos, susceptible de destino independiente, lo que quedará ineficaz es la disposición de ese bien, no la hecha sobre los otros, a no ser que del conjunto del testamento se deduzca que la disposición de todos ellos está recíprocamente condicionada.

Cabe plantearse si esta revocación se produce aunque el testamento mancomunado y la disposición posterior no sean incompatibles. Por ejemplo, si ambos cónyuges se designan mutuamente herederos en un testamento mancomunado de forma correspectiva y luego el marido establece legados que gravan a su mujer. Si muere primero la mujer, parece que no existe incompatibilidad en que sea válido el testamento mancomunado y los legados; no si la que llega a ser heredera es ella.

II. 2. La revocación post mortem

El art. 97. 3 dispone: «Muerto un cónyuge, no podrá el otro revocar o modificar las disposiciones correspectivas».

MUERTE Y DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD

¿Puede equipararse la declaración de incapacidad, o la incapacidad física para testar, a la muerte? Depende de lo que se entienda que está tratando de proteger esta norma. Si lo que se intenta es conceder a los cónyuges la posibilidad de revocar mientras el otro pueda, hay que entender plenamente equiparadas la muerte y la incapacidad física o mental para testar. Ahora bien si lo que se trata de proteger es la lealtad, evitando el fraude de uno de ellos; sólo en los casos en los que el testador sano, se sirva de la incapacidad del otro, para provocarle un perjuicio, será ineficaz, en cuanto a las cláusulas correspectivas, la revocación del testador sano.

Un principio de equidad aconseja que si el testador sano quiere revocando el testamento beneficiar al enfermo, por considerarlo entonces más necesitado de protección, la falta de juicio de éste no lo impida.

El beneficio debe de estar claro y referido al propio testador, aunque pueden ser beneficiarios indirectos terceros herederos o legatarios.

RENUNCIA A LA HERENCIA

Lo que puede hacer el sobreviviente es no aceptar la herencia del premuerto, renunciando a todo lo que se le había atribuido, en cuyo caso puede revocar todo el testamento mancomunado. Si acepta pierde el derecho a revocar lo correspondiente. Así se dispuso en el art. 19 del Apéndice.

La Doctrina alemana entiende que si la disposición mancomunada se hizo exclusivamente en favor de un tercero bastará con que éste renuncie a la herencia. Esto es aplicable al Derecho aragonés. Si se dispone en parte en favor de un cónyuge y en otra parte en favor de terceros, será necesaria la renuncia de todos.

Hay que plantearse si la renuncia debe de alcanzar todo lo que pudiera corresponderle en la herencia, incluso el derecho usufructuario del viudo. Así lo ha entendido la Doctrina alemana.

Ahora bien esta solución no es aplicable al Derecho aragonés, ya que el viudo tiene un derecho familiar, no hereditario. Como dijo LACRUZ, vigente el Apéndice el hecho de que los derechos del viudo se recojan en un testamento mancomunado no varía su naturaleza, conservando, como el reconocimiento de un hijo, el carácter de negocio de familia

Lo que admite el Cc. art. 890 es renunciar a la herencia y aceptar los legados. Es dudoso, que a estos efectos, se pueda renunciar a la herencia con cláusulas correspondientes, aceptando legados que no lo son. El Apéndice lo resolvió, considerando que era ineficaz la renuncia que no comprendiese «enteramente a los beneficios que provengan de las disposiciones del finado».

También es dudoso que se pueda renunciar a un legado correspondiente y aceptar otros correspondientes o no. Posiblemente puede pensarse en una solución semejante a la prevista en el art. 890 del Cc. y considerar que las disposiciones correspondientes tienen un régimen jurídico semejante al de los legados onerosos, no siendo posible aceptar unos y revocar otros. Tampoco se puede aceptar una parte de un legado correspondiente y renunciar a la otra.

En estos casos la interpretación judicial, de lo que está recíprocamente condicionado entre sí es decisiva.

INEFICACIA DE LO DISPUESTO

Fallecido uno, el otro no puede volver a testar sobre aquellos bienes que están sujetos a corresponsividad, de hacerlo la disposición hecha en el ulterior testamento no será válida. La jurisprudencia ha considerado que es nulo.

Ahora bien, si por algún motivo lo dispuesto en el testamento mancomunado resultase ineficaz, la disposición hecha en el segundo testamento si que será válida, porque la limitación legal solo se da respecto de las disposiciones que se encuentren en vigor.

Como dijo LACRUZ BERDEJO, para el Apéndice, el sobreviviente puede disponer sobre los bienes que resulten vacantes por premoriencia, incapacidad, indignidad o renuncia contractual del instituido, o por cualquier otra causa. En los anteriores casos, hay que tener en cuenta, como hace la ley navarra 202, que ello es sin perjuicio de los derechos de representación y acrecer que deban tener lugar.

También puede disponer sobre aquellos bienes en los que no existe vinculación, por no haberse pactado nada en el testamento o por haber entrado en su patrimonio con posterioridad.

Como dice MERINO HERNÁNDEZ, se podrán alterar las disposiciones que siendo en su origen correspectivas, han perdido luego y antes del nuevo otorgamiento este carácter.

LA DESHEREDACIÓN, LA INDIGNIDAD, LAS CAUSAS DE REVOCACIÓN DE LAS DONACIONES

Hoy, se pueden considerar causas que permiten la revocación unilateral del testamento mancomunado, las previstas en la Compilación, en el art. 103, para la sucesión contractual, por analogía y similitud de efectos vinculantes que tienen ambas instituciones, una vez fallecido uno de los testadores. Este criterio es el seguido en el Derecho alemán.

EFFECTOS DE LA SENTENCIA DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Carácter del Art. 98

Es una norma de carácter dispositivo. Admite que en el testamento se disponga lo contrario. Así se entiende expresamente en el art. 2.268 del BGB. Como vimos en su lugar todas las normas de revocación tienen esta naturaleza. Por otra parte el convenio es posible en los casos de separación y de divorcio. Pasemos al estudio de los presupuestos y efectos de la norma.

LA SENTENCIA FIRME

El artículo 98.1 dice: *«que las sentencias de nulidad de matrimonio, de divorcio y de separación hacen ineficaces...»*

Quien provoca esta situación es la sentencia, no la interposición de la demanda, como en el Apéndice de 1925. Aunque en el texto legal no se diga, hace falta que sea firme.

Las sentencias a las que se refiere hoy la Compilación son las dictadas por la jurisdicción civil. Aunque la norma se refiere a las sentencias, la misma eficacia tendrán a estos efectos los «Autos» en los que o bien se declara la eficacia civil de una sentencia canónica de nulidad, o aquellos en los que se concede el *exequátur* de una sentencia extranjera, en la que se reconoce la nulidad, la separación o el divorcio, conforme a lo establecido en los arts. 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil.

LAS LIBERALIDADES

El art. 98 hace ineficaces: *«las liberalidades que los cónyuges se hubieran concedido en el testamento mancomunado y todas las cláusulas correspectivas»*. El Apéndice, como el BGB, lo hacía con todas las disposiciones, cualquiera que fuera su carácter. Al limitar la ineficacia a sólo estas disposiciones, se trata de evitar los perjuicios a terceros no «culpables» de la disolución del matrimonio.

Ámbito legal de las liberalidades

En primer lugar hay que ver qué se entiende por liberalidad. El Apéndice equiparaba liberalidad a beneficio y así lo ha venido entendiendo nuestra jurisprudencia. Por todas la sentencia del TS. de 4 de diciembre de 1986. A estos efectos hay que darle un sentido muy

amplio comprensivo de cualquier beneficio que indirectamente pueda tener un trasfondo patrimonial. A mi juicio la liberalidad debe de suponer siempre una ventaja económica.

Es cualquier beneficio, bien sea aisladamente considerado, en relación con otras disposiciones o con el pasivo, subsistente en el momento de dictar sentencia o que pudiera haber hasta el momento del fallecimiento.

Especial consideración merecen las disposiciones modales. Éstas también deben de ser ineficaces en cuanto que representan un cierto grado de liberalidad.

Puede parecer, en principio absurdo, que al cónyuge superviviente divorciado se le prive de lo ventajoso y continúe siendo responsable de las cargas y deudas. Claro que en estos casos siempre puede repudiar la herencia o revocar su testamento mancomunado, sin sujeción a lo establecido para las disposiciones correspondientes porque son ya ineficaces.

Han de ser mutuas y concedidas en el Testamento

Las liberalidades no hace falta que sean correspondientes para que pierdan su eficacia por la nulidad la separación o el divorcio. Si que tienen que ser mutuas, esto es disponer un cónyuge en favor del otro. Así parece deducirse del texto legal.

Han de haber sido «concedidas en el testamento». Las pactadas en un contrato sucesorio vinculado con el testamento también son ineficaces por aplicación de lo dispuesto en el art. 103. 4º, que remite al art. 98 de la Compilación. No afecta el art. 98 para nada a los actos dispositivos hechos a título gratuito *inter vivos*.

LAS DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS

Quedarán sin efecto *todas las disposiciones correspondientes que se hubieran otorgado en el testamento*. El precepto es tajante en cuanto se refiere a todas y es esclarecedor en cuanto que distingue las disposiciones correspondientes de las liberalidades. Respecto al concepto de disposición correspondiente nos remitimos a lo dicho en el comentario al art. 97 de la Compilación.

EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR LOS HEREDEROS

Más problemático es el segundo apartado de esta norma que dispone: *A estos efectos, podrá continuarse el proceso por los herederos de un cónyuge, quedando en suspenso la efectividad de dichas disposiciones y liberalidades*. Supone una excepción a lo establecido en el art. 88 del Cc. que establece que la acción de divorcio se extingue por la muerte de los cónyuges. El TS. en sentencia de 26 de mayo de 1982 ha considerado que la acción de separación tiene carácter personalísimo, por lo que los herederos no están legitimados para continuar el procedimiento.

La acción de nulidad tiene una legitimación más amplia conforme al art. 74 y sgts. del Cc.. Nada impide que producido el evento a que se refiere la Compilación, los herederos de uno de ellos decidan continuar el proceso de nulidad, no ya con la finalidad de que se declare nulo el matrimonio sino solo con los efectos revocatorios a los que estamos haciendo referencia. En este caso la sentencia no afectaría al estado civil pero sí al testamento.

Legitimación: Los Herederos

Se refiere a los herederos de un cónyuge. ¿qué herederos son éstos? La cuestión gira en torno a si debe utilizarse esta acepción en un sentido literal y por eso estricto, o si debe hacerse en un sentido amplio, comprensivo de todos aquellos a los que la ineficacia les afecta en su cualidad de sucesores *mortis causa* de cualquiera de los dos otorgantes.

Me inclino por la tesis más amplia. Por eso hay que entender que está legitimado cualquier persona que pudiendo ser heredero o legatario, la ineficacia parcial pueda afectarle. Pueden estar legitimados los herederos *ab intestato*, los que lo fueran en ese testamento y pudieran tener derecho a acrecer.

También tendrán derecho los legatarios beneficiados por una cláusula correspectiva, cuando tengan derecho de acrecer conforme al art. 987 del Cc. en relación con el 888 Cc. También los que ostentando derechos sucesorios reconocidos en un contrato o en capitulaciones matrimoniales pudieran verse afectados por la validez de una cláusula testamentaria.

No es necesaria la aceptación de la herencia para poder ejercitar esta acción.

Se refiere a herederos, pero son los del cónyuge premuerto. Si hubieran fallecido los dos, los de ambos. Los herederos del sobreviviente no pueden continuar en el ejercicio de la acción aunque les beneficie, ya que continúa siendo titular el propio testador mientras vive.

Quando fallecieran los dos cónyuges al mismo tiempo, puede suceder que los herederos de uno sean también del otro testador, por ejemplo por ser hijos de ambos. En ese caso ambos pueden suceder en el ejercicio de la acción de divorcio a sus padres, con lo que nos encontraremos en un proceso en el que el demandante y demandado son las mismas personas, lo cual no es fácilmente admisible. Para evitar este problema J.L. MERINO HERNÁNDEZ sugiere «que los herederos del primer cónyuge fallecido no acepten provisionalmente la herencia deferida a su favor por el segundo, y soliciten el nombramiento para ella de un administrador judicial» contra el que se puede dirigir la acción. Otra solución, quizás más sencilla y única si hubiere contraposición de intereses, en el caso de que hubiera varios legitimados, es que se dividan en el ejercicio de la acción, asumiendo cada heredero distinta posición procesal ocupando el lugar de cada cónyuge. En el caso de que existan varios hijos, unos ocupan la posición de un testador y los otros la contraria. Puede pensarse que el Ministerio Fiscal asuma una de las partes en defensa de la legalidad e incluso del causante fallecido.

Fallecidos los dos después de presentada la demanda. De todos los modos se producirá una situación anómala ya que se litiga sobre la disolución de un matrimonio en el que ninguno de los intervinientes en el pleito han sido parte. Anómala es la situación y a mi juicio también el precepto. En el Derecho navarro no existe una norma semejante.

Objeto del proceso: Sus límites

Comienza diciendo que *a estos efectos*. Quiere esto decir que en el caso de la muerte de uno de los testadores, la acción no puede ya ejercitarse con otra finalidad. Ante cualquier otra pretensión que no sea la revocatoria del testamento mancomunado se aplicará lo establecido en el art. 88 Cc., extinguiéndose la acción de divorcio.

Por eso la sentencia solo debe de pronunciarse sobre la existencia o no de causa de nulidad, separación o de divorcio. El Tribunal no debe de resolver sobre la situación de los hijos, ni sobre el domicilio conyugal, ni disolver el régimen económico conforme al art. 91 y sgts. del Cc.

¿La sentencia producirá efectos frente a cualquier persona o únicamente entre los herederos? Hay que entender que la excepción de cosa juzgada no será la propia de una sentencia que afecte a la capacidad. Por eso no será aplicable el art. 1.252 en cuanto a la validez *erga omnes* de la sentencia por afectar al estado civil. Sí que tendrá esa eficacia frente a todos, ex art. 1.252, por afectar la presunción de la cosa juzgada, a la nulidad de las disposiciones testamentarias.

El Juez deberá hacer constar de forma expresa en el fallo la limitación de efectos de la sentencia. No se comunicará de oficio al Registro civil de los testadores ni de sus hijos, sen-

cillamente porque al no afectar a su estado civil no será inscribible. Si que será inscribible en el Registro de la Propiedad.

Cambio de procedimiento

Los herederos no pueden alegar causa distinta que la de su causante y no pueden modificar el procedimiento contencioso en una separación a divorcio de mutuo acuerdo, a no estar claro que ésta era la voluntad del testador. La expresión *podrá continuarse el proceso* parece aconsejar esta postura. Como excepción la vía reconvenzional, cuando el fallecido estaba en situación, tiempo y forma de podería ejercitar.

Procesalmente lo que se produce es, como dice A. BONET NAVARRO, una forma de sucesión procesal, autorizada por la ley y de carácter voluntario. Si la separación se hubiera iniciado de mutuo acuerdo podrán los herederos ratificar el convenio por su causante pese a ser un acto personalísimo en circunstancias ordinarias.

Interés legítimo

Aunque la Compilación nada dice de forma expresa, se puede sobrentender que esta acción solo puede continuarse por los herederos si el interés que les mueve es legítimo. Debe de considerarse por tal, el estrictamente sucesorio, conforme la dicción literal que dice *a estos efectos*. En el caso de que el motivo preeminente que lleve a los herederos a continuar el proceso no fuera éste, sino otro espúreo, como el desprestigio de los testadores, o el reconocimiento de una alteración mental (causa de separación 4ª del art. 82 del Cc.) que pudiera ser utilizada como hecho probado, para invalidar otro acto diferente, podría apreciarse el fraude a la Ley o el abuso del Derecho, negando el Juez la legitimación procesal por sucesión. Por eso, cualquier cambio en la causa que da lugar a la separación o divorcio, introducido por vía reconvenzional, debe de ser estudiado con cuidado.

Algunos aspectos procesales

Si el Juez ya no tiene que decidir sobre la situación de los hijos menores parece dudoso que deban de ser oídos. También que deba de continuar en el proceso el Ministerio Fiscal. Cuando los hijos son mayores de edad ninguna intervención tienen en el procedimiento porque nada les afecta. Por otra parte la intervención del Ministerio Fiscal está justificada en la defensa del interés de los menores. Hay que tener en cuenta que la sentencia ya no afecta al estado civil de las personas.

Plazo para continuar en el ejercicio de la acción

Con razón la Compilación no señala un plazo para que los herederos ejerciten la acción. Como nos encontramos en un procedimiento ya iniciado hay que acudir a la LEC., que al regular los efectos de la muerte del poderdante establece que le corresponde al Juez señalarlo.

Situación de pendencia

En estos casos dice la Compilación que queda en suspenso la efectividad de determinadas cláusulas del testamento. Por ello los herederos se encuentran en una situación jurídica de pendencia, con las limitaciones que ello supone a la hora de disponer de sus bienes tanto por acto *inter vivos* como *mortis causa*. Puede realizarse anotación preventiva de la demanda para enervar el juego de la fe pública registral. No están obligados los herederos a la entrega de legados sujetos a controversia hasta que exista sentencia firme. La suspensión no alcanza las cláusulas que nunca puedan resultar ineficaces. Si la sentencia declara la nulidad, la separación o el divorcio sus efectos son retroactivos al momento de la muerte.

VALIDEZ DE LOS ACTOS DISPOSITIVOS REALIZADOS POR EL SOBREVIVIENTE O POR EL BENEFICIARIO DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO

Disposiciones Correspectivas

En este caso si se declara la ineficacia de las cláusulas del testamento que se refieren a un bien y cualquiera de ellos ha dispuesto del mismo, tanto por acto *inter vivos* como *mortis causa*, mientras se sustancia el procedimiento se produce una situación jurídica de provisionalidad. Si se celebra el contrato o el testamento, su eficacia queda condicionada al resultado del pleito.

Si la sentencia declara la situación de anomalía del matrimonio y consecuentemente la ineficacia de la disposición testamentaria, quedará retroactivamente convalidado el acto dispositivo.

Si por el contrario se declara que no ha lugar, nos encontramos ante un acto dispositivo contrario a la vinculación previamente establecida, por lo que habrá que ver si el acto *inter vivos* ha sido o no realizado en fraude del otro cónyuge. En este último caso el acto será rescindible. Si el acto dispositivo se realiza *mortis causa*, el segundo testamento en la parte que contradiga la correspondencia será ineficaz.

Liberalidades

Si lo que se hace es disponer sobre un bien que representa una liberalidad que los cónyuges se hubieran concedido la cuestión ya no es de vinculación.

Si la sentencia no es favorable al disponente lo producido es una venta o donación de cosa ajena, cuya eficacia depende de que conozca o no la ajena el adquirente y de que hubiera o no obrado de buena fe; incluso de que pudiera ser tercero hipotecario.

Si el acto dispositivo es *mortis causa* si se trata de un legado será aplicable el art. 862 Cc. Si el testador ignoraba que la cosa legada era ajena será nulo el legado. Pero será válido si la adquiere después de otorgado el testamento. Si lo conocía se actuará conforme a lo que establece el art. 861 Cc. La prueba corresponde al legatario.

Interpretación

No hay en nuestro Ordenamiento ninguna norma semejante a los arts. 2.077 y 2.268 del BGB. que considera que las disposiciones testamentarias no perderán su eficacia cuando pueda entenderse que también hubieran sido adoptadas para estos casos. Pero aunque no se diga expresamente parece admisible la misma idea, considerando el art. 98 una norma de carácter supletorio y que lo decisivo es la voluntad de los testadores. Esa intención deberá resultar o al menos inferirse del testamento o de un pacto sucesorio que lo complete, conforme a las normas generales sobre interpretación testamentaria.

En todo caso es exigible claridad en esa intención por ser en principio contraria a lo dispuesto en el art. 98. En esa línea de exigir un claro apoyo testamentario, el Proyecto de 1904 se decía que subsistirán las disposiciones que a tenor de las palabras de los otorgantes se habrían hecho aun en el supuesto que pudieran darse los motivos determinantes de la demanda.

ALCANCE

Se produce solo la ineficacia de las liberalidades y de las disposiciones correspondientes. No del resto de las disposiciones testamentarias y menos del testamento, a los efectos revocatorios del art. 739 del Cc.. Igual que se admite la nulidad parcial podemos considerar este caso de ineficacia parcial de algunas cláusulas.

No cabe el derecho de representación en las disposiciones declaradas ineficaces, ya que al tratarse de sucesión testamentaria ésta sólo es posible en los casos de premoriencia conforme a lo establecido en el art. 766 en relación con los 761 y 857. Si existiese derecho de acrecer se actuará de esta manera sobre las porciones declaradas vacantes. En caso contrario se deferirá la herencia, total o parcialmente, *ab intestato*.

El testamento mancomunado como tal subsiste y no es necesario admitir la conversión en dos simples para que mantenga su eficacia. El primitivo testamento es revocable. Lo que sucede es que la revocación por el sobreviviente se hace como si no hubiera habido cláusulas correspondientes. Se debe poner en conocimiento del Notario la existencia de la demanda o la de sentencia, en ese caso no está obligado a notificar la revocación.

LA RECONCILIACIÓN

Sus efectos no están previstos en la norma. Parece necesario distinguir la separación y el divorcio. En caso de nulidad no es posible la reconciliación.

Divorcio

Por la reconciliación no deben de recobrar su eficacia las cláusulas del testamento mancomunado que han perdido su valor, ya que conforme al art. 88 la reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales.

Más dudoso es el caso de que los cónyuges vuelvan a contraer matrimonio. Me inclino, porque parece más justo y conforme con el principio *favor testamenti*, que en ese caso estas cláusulas recobren su vigor. El art. 857 del Cc. en la línea de reconocer la más amplia eficacia posible a la reconciliación en materia sucesoria, establece que la reconciliación posterior entre el ofensor y el ofendido deja sin efecto la desheredación ya hecha. En el mismo sentido el art. 835, para la separación y que luego estudiaremos. Todo lo anterior vale para el caso de que el testamento no hubiese sido revocado formalmente por otro posterior.

Separación

Conforme al art. 84 la reconciliación deja sin efecto ulterior lo resuelto en el procedimiento de separación, pero los cónyuges deberán poner aquella en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido del litigio. Por eso el testamento recobra su eficacia total.

NULIDAD DE MATRIMONIO Y MATRIMONIO CONTRAÍDO DE BUENA FE

Cuando uno de los cónyuges otorgantes hubiera contraído matrimonio de buena fe hay que determinar si las cláusulas testamentarias que supongan liberalidades o sean correspondientes dejan por la sentencia de ser ineficaces para ambos o sólo para el que no hubiera actuado de buena fe. Si partimos del art. 79 del Cc., subsistirán los efectos ya producidos respecto del contrayente que actuó de buena fe. Ahora bien en la mayoría de los casos al no haberse producido la apertura de la sucesión, la adquisición de la herencia no se habrá producido. En estos casos la teoría del matrimonio putativo no puede servir para estimar que los efectos deben de continuar sólo para el que actuó de buena fe.

Lo que puede haber es derecho a indemnización, si como consecuencia de la pérdida de eficacia de ciertas disposiciones, el que actuó de buena fe ha perdido algún derecho económicamente valuable. Nuestro Derecho no lo regula explícitamente. Quien si que pensó, en algo parecido, fue el Derecho inglés, que ya en la *Wills Act* de 1837, s 18, hoy en vigor, se estableció para los *mutuals wills* que si uno de los cónyuges otorgantes contraía nuevo matrimonio y por ello conforme al Derecho inglés quedaba sin efecto el testamento anterior, el otro tenía derecho a indemnización por daños y perjuicios.

El testamento es eficaz como testamento del cónyuge de buena fe, por conversión. Probablemente también aunque es más dudoso respecto al que no la tenía.

Intervención de D. David ARBUÉS AÍSA

(Coponente)

Muy buenas tardes.

Debido a mi profesión de abogado, he creído que podría ser conveniente tratar el artículo 98 y, en concreto, el segundo párrafo en el que se habla de la posibilidad de continuar el proceso por los herederos. No es que vaya a hacer un análisis de ese artículo, sino sencillamente 4 ó 5 puntualizaciones para posteriormente tratar en el debate todos aquellos puntos que se quieran.

El artículo 98 habla de sentencias, pero la primera cuestión que se me plantea es si sólo la sentencia va a producir unos efectos respecto del testamento mancomunado.

Yo creo que no, porque aún sin sentencia ya hay efectos: hay un efecto suspensivo en el segundo párrafo, cuando se dice que quedará en suspenso entre tanto la efectividad; no es necesario llegar a la sentencia para que se produzcan efectos respecto de un testamento mancomunado; sí que es necesario que fallezca uno de los 2 cónyuges estando vivo el procedimiento.

Esto tronca con la idea general de la confianza que ha expuesto el ponente dentro del testamento mancomunado. Si el testamento mancomunado se basa en la confianza entre cónyuges, es evidente que lo que no rompe la confianza entre cónyuges es la sentencia. Lo que está rompiendo la confianza entre los cónyuges es la presentación de la demanda de separación. Por eso aquí el Apéndice también hablaba de dictar sentencia. Pero quizá sería conveniente plantear si la simple presentación a trámite de una demanda de separación, nulidad o divorcio, no debería producir un efecto suspensivo, por cuanto ya se ha roto esa confianza dentro del matrimonio, no un efecto resolutorio, pero sí un efecto suspensivo; si este efecto que se produce cuando muere no debería producirse ya desde el primer momento.

La segunda cuestión que yo quiero plantear es en qué momento se produce este efecto suspensivo. Es decir, ¿este efecto suspensivo se produce por el simple hecho del fallecimiento de un cónyuge o por el hecho de que los herederos de ese cónyuge deseen continuar el procedimiento? Yo creo que es un efecto suspensivo que se produce por el simple hecho de fallecer un cónyuge. La suspensión no tiene lógica, si no es desde que ha fallecido. Pero claro, si la suspensión se produce desde que ha fallecido, viene el problema que ha contado el ponente: va a originarse una situación indefinida a la que hay que poner solución.

Hay que tener en cuenta que no estamos en un supuesto simplemente de sustitución procesal de una de las partes, yo creo que los términos de la litis se van a ver modificados por esta circunstancia. No vamos a hablar ya de obtener una sentencia de nulidad, separación o divorcio; en realidad, lo que las partes van a querer es obtener la concurrencia de

una causa de separación, nulidad o divorcio para con ello conseguir el fin último que es la revocación de las liberalidades y de las disposiciones correspectivas. Ya no son las mismas partes y no se trata simplemente de una mera sustitución procesal, sino que el objeto de pleito va a cambiar, aunque no se diga claramente, pues lógicamente no tienen interés en que sea una separación. Es evidente que va a afectar a terceras personas, que no son los cónyuges, puesto que la falta de efectividad de las liberalidades y disposiciones correspectivas puede traer a la sucesión a personas que no lo son por el testamento. Por ello, aunque no me atrevo a afirmarlo rotundamente, creo que tanto el cónyuge como los herederos están obligados a continuar, no sólo por los actos propios, sino porque, si se ha producido un efecto suspensivo, de alguna manera habrá que continuar.

Estamos diciendo que si no, nos vamos a una situación indefinida y que hay que buscarle una solución. En los propios autos difícilmente va a poder el juez tener conocimiento de si existe o no un testamento mancomunado cuando ha fallecido un heredero. Quizá sí que sería prudente, y apunto la posibilidad, cuando menos en los juzgados de Aragón, de que cuando se produzca esta situación el juez, previamente a dictar el auto de archivo, solicite de oficio un certificado de últimas voluntades. Con ello, lógicamente, podríamos saber si existe o no un testamento mancomunado y digo de oficio, porque el Procurador ha cesado en la representación por la muerte de su poderdante, aunque también entiendo que sería una solución prudente el que el Procurador a la vez que comunica el fallecimiento de su poderdante comunique la existencia o no de un testamento mancomunado.

Y desde luego lo que es evidente es que los abogados que estemos detrás de este asunto tendremos que tener mucho cuidado en comunicar al Tribunal la existencia de ese testamento mancomunado.

Pero llegamos a la situación de que el Juzgado conoce que existe un testamento mancomunado, ¿qué solución tendrá que adoptar el Juzgado en ese momento? El ponente ha apuntado la conveniencia que el Ministerio Fiscal sea parte, y yo la suscribo íntegramente: el Ministerio Fiscal creo que tendría que ser citado como parte, y no sólo para defender a los menores, incapaces o ausentes, sino desde luego como parte en todo caso para controlar la legalidad, porque hay que tener en cuenta que las partes ya no van a buscar una separación matrimonial o no, lo que van a buscar es la conveniencia de sus intereses según las disposiciones correspectivas y según las liberalidades. Puede darse el caso de un cónyuge actor al que hoy ya no le interese continuar con ese procedimiento de separación, por ejemplo, vamos a pensar en un matrimonio sin hijos que ha hecho institución recíproca de herederos universales y claro la situación cambia sustancialmente si ya no va a ser heredero. Por ello quizá, el Juzgado en ese momento tendría que arbitrar alguna medida para llegar a todas las partes interesadas. Sería interesante que en ese momento se citase al Ministerio Fiscal y se trajese a los autos el testamento mancomunado, las personas a las que afecta, si fuesen conocidos, y se les comunicase y además se publicasen edictos, para que todas aquellas personas que estuviesen interesadas compareciesen. Con esto conseguimos un doble objetivo, no sólo que toda aquella persona que está interesada comparezca, sino también el día en el que por fin esa suspensión va a dejar de existir, porque mientras cualquier persona que tenga interés legítimo puede comparecer, esa suspensión va a estar viva; si se han publicado los edictos tendremos para mí un plazo que será de caducidad de la instancia: si publicados los edictos nadie aparece y caduca la instancia, nadie podrá comparecer después, puesto que lo único que pueden hacer es continuar un proceso, no podrán ejercitar una nueva acción. Entonces entiendo que con esto conseguiríamos 2 objetivos: por un lado la seguridad jurídica, que todo el mundo pueda enterarse y por otro lado, vamos a tener un día en el cual ya ese testamento se va a tener por inimpugnable a través de esta vía.

Ya tenemos avisadas a todas las personas que pueden venir aquí, pero llegará el momento en que el juez tendrá que estudiar la legitimación del que está viniendo nuevamente al proceso. Para ello será conveniente que esté el testamento mancomunado en los autos y el juez tendrá que mirar en cada caso qué personas están legitimadas o no para comparecer bien como actor o bien como demandado. Yo creo que desde luego todos los herederos testamentarios, como ha dicho el ponente, estarán legitimados. Estarán legitimadas también todas aquellas personas que como consecuencia de la ineficacia de estas disposiciones puedan verse beneficiadas de un testamento anterior y por supuesto todas aquellas personas que puedan ostentar derechos como herederos abintestato sobre esa sucesión, porque la ineficacia puede ser total. Pero esto nos trae a que como actores o como demandados puede haber pluralidad de partes con pluralidad de intereses, lógicamente con pluralidad de procuradores y con pluralidad de abogados, por eso yo creo, que la *litis contestatio*, como decía antes se ha quedado muy trastocada. Ya no estamos hablando de una separación, de una nulidad o un divorcio, sino que estamos hablando de un auténtico proceso tendente a la ineficacia de las disposiciones correspectivas y de las liberalidades por existir una causa de separación, nulidad o divorcio.

Con esto enlazaremos con otras cuestiones que yo quiero plantear aquí, como es la posibilidad de confusión de intereses y posturas de parte y la posible vigilancia por el Ministerio Fiscal que debería estar en todo caso. Si no es obligatorio continuar el procedimiento, parece que no se está respetando la auténtica voluntad del cónyuge que se quería separar; si no interesa al heredero continuar ese procedimiento, está faltando al acto propio de su causante. Entiendo que quizá sea muy fuerte, pero debería ser obligatorio continuar y el término podrán de la Compilación puede ser quizá no excesivamente potestativo. Simplemente voy a apuntar para dar paso al otro ponente, 4 ó 5 momentos procesales en los que se puede dar esta sustitución.

- En el momento inicial es evidente, como ha dicho el ponente; tendrá que estar planteada la demanda de separación, nulidad o divorcio, no siendo bastante con las provisionalísimas porque no hay una voluntad todavía clara y determinante de romper esa confianza, de romper ese matrimonio. Las causas serán las que haya, no se podrá añadir ninguna más.

- Se plantea un problema en cuanto a la contestación de la demanda si todavía no ha sido citado el otro cónyuge. No sabemos qué habría hecho el otro cónyuge. Yo entiendo que tendrán que seguir y se deberían vigilar el desistimiento del cónyuge actor, por cuanto puede perjudicar a unos derechos hereditarios. Coincido con el ponente en que la reconducción a mutuo acuerdo no podrá hacerse salvo un estudio muy detallado de que no perjudica a terceros. La prueba me da muchísimos problemas pues no se podrá ir más que a la existencia o no de la causa, habrá que dejar todo el tema económico y no se podrá entrar en la validez del testamento, ni tan siquiera si son o no disposiciones correspectivas.

- En cuanto a la resolución, tendrá que tener la forma de la sentencia y su contenido se pronunciará exclusivamente sobre la existencia o no de una causa de nulidad, separación o divorcio y como consecuencia de ello que se ha producido el supuesto del artículo 98 de la Compilación, pues el fallo debería decir, que estimada la demanda debo declarar la concurrencia de la causa tal y, por consecuencia, la ineficacia de las liberalidades y de las disposiciones correspectivas que existen en el testamento, sin entrar a decir cuáles son las liberalidades y cuáles son las disposiciones correspectivas, por cuanto esta sentencia que tendría valor de cosa juzgada en cuanto a la posibilidad de un nuevo proceso sobre continuación de la acción de separación, nulidad o divorcio, no tendría ningún tipo de eficacia de cosa juzgada respecto a la naturaleza de los derechos sucesorios.

- Respecto de los recursos, lógicamente, se podrá plantear todo tipo de recursos porque se exige una sentencia firme y habrá que agotar todas las instancias. Planteará algún

problema la sustitución procesal en la apelación porque se deberá reproducir en segunda instancia todo lo dicho para la primera instancia y todo ello en aras de la seguridad jurídica.

Someto a la consideración del debate estas propuestas y las comentaremos a continuación, nada más...

Intervención de D. Pedro ALBIOL MARÉS

(Coponente)

Buenas tardes, antes de nada agradecer a la organización la oportunidad que me brinda de tratar el tema que nos ocupa y ya sin más preámbulo porque el tiempo apremia, voy a exponer de una manera somera una serie de cuestiones que se nos presentan a los notarios en los despachos habitualmente en torno al testamento mancomunado.

La primera cuestión es algo teórica; tengo que plantearla porque de las conclusiones a que lleguemos depende la solución que demos a muchos de los problemas que luego plantearé. El primer problema es qué sucede cuando comparecen los testadores en la notaría y dicen que quieren otorgar testamento. Como es lógico, el Notario debe entender la voluntad expresada por los testadores para darle forma jurídica y aquí, como primera premisa, hay que huir de la idea de que el testamento mancomunado sólo es un testamento en que comparecen los cónyuges y ya está. Al contrario, es mucho más. En efecto, a mi juicio, el artículo 94 de la Compilación es una cláusula abierta y al igual que sucede en Medicina, que se nos permite distinguir grados de quemaduras, en el testamento mancomunado también existen 3 grados. Todos hemos estudiado en la Facultad que las características genéricas del testamento son que es individual, personal y esencialmente revocable, pues bien, la Compilación Aragonesa, permite excepcionar cada una de esas tres características.

Nos podemos encontrar con un primer tipo de testamento mancomunado simultáneo en el que los cónyuges lo único que pretenden excepcionar es la primera de las características, el carácter individual; no pretenden nada más, las declaraciones de voluntad corren paralelas una de la otra, la eficacia es absolutamente la misma que si fueran 2 testamentos individuales y por ello, de existir algún vicio de voluntad afectaría únicamente a aquella parte que lo hubiese sufrido, pero no a la otra parte. Nos podemos encontrar con un segundo tipo de testamento mancomunado que lo que pretende excepcionar es la segunda de las características, el carácter personal: aquí al contrario que en el caso anterior las declaraciones de voluntad no corren paralelas, sino que se cruzan en un punto, pero no hasta el extremo de que quieran vincularse. Ese es el testamento más usual. El tercer tipo, y más importante a mi juicio y más peligroso, es el testamento mancomunado con disposiciones correspectivas, más en cierta medida los cónyuges lo que pretenden es excepcionar el carácter de esencialmente revocable, las voluntades aquí también se cruzan en un punto, pero además los cónyuges pretenden excepcionar el carácter revocable del testamento. Si nos olvidamos del continente lo cierto es que el testamento mancomunado, a mi juicio, contiene claramente un negocio jurídico bilateral, pero no hasta el punto de que los cónyuges quieran vincularse. De querer ello, lo propio no hubiera sido un contrato sucesorio. Al contrario, aquí no dejan de querer un testamento pero la vinculación de las disposiciones

correspectivas no significa otra cosa que el compromiso que un cónyuge adquiere respecto al otro, de que en caso de querer revocar se lo notifique al otro para que así pueda reaccionar y por eso precisamente no cabe revocar cuando ha fallecido el otro cónyuge. Por tanto empalma la premisa que he planteado con la conclusión y ha de quedar muy claro que cuando comparezcan los cónyuges, el notario debe saber hasta qué punto están dispuestos a quemarse los testadores, si en primer grado, si en segundo o en tercero.

La segunda cuestión que se plantea en la notaría, son los problemas que surgen cuando se otorga testamento. Uno que me ha preocupado desde siempre, porque escapa al control notarial, es la disposición por acto intervivos de aquellos bienes que han quedado sujetos por disposiciones correspectivas en testamento mancomunado, por ejemplo: imaginemos 2 cónyuges, aragoneses, que testan en Aragón, testan con testamento mancomunado, con disposiciones correspectivas, entre esas disposiciones correspectivas hay un bien inmueble que es privativo de uno de los cónyuges que es objeto de legado. Una vez hecho testamento, al cabo de un tiempo comparece el cónyuge titular del bien y dice que pretende enajenarlo. A mí en contra del Tribunal Supremo y de la Audiencia, me es indiferente que sea por donación o por acto oneroso. El artículo 869.2. del Código Civil considera que el legado queda sin efecto si se enajena por cualquier título causa la cosa legada.

Por tanto, al permitir que el cónyuge enajene se producirá una revocación tácita del legado y por esa vía indirecta el incumplimiento de las normas de revocación que establece el artículo 97 de la Compilación. Por tanto la cuestión a plantear en este caso es si puede o no puede enajenar, y para ello hay que resolver una cuestión previa, y es si el hecho de que se hayan pactado disposiciones correspectivas supone o no una prohibición de disponer. Si entenderíamos que existe una prohibición de disponer no habría problema porque la disposición sería ineficaz y no se habría producido la revocación. Al contrario, el hecho de que aunque se haya pactado el testamento mancomunado con disposiciones correspectivas ello no supone prohibición de disponer, lo demuestra el propio artículo 97 al permitir que un cónyuge revoque unilateralmente; en este caso aunque no se haya hecho la notificación, la revocación queda hecha, por tanto habrá de entenderse que el hecho de que se hayan pactado disposiciones correspectivas no supone una prohibición de disponer; lo que sí supone es una ruptura de aquel vínculo que existe en el testamento mancomunado con disposiciones correspectivas, y por tanto es generador de responsabilidades. A mi juicio, la revocación simplemente es un tema de responsabilidades, a partir de aquí la casuística puede ser diversa. En el ejemplo propuesto, imaginemos que comparece el cónyuge a enajenar el bien inmueble que fue objeto del legado y comparece con el otro cónyuge; el segundo cónyuge comparece al objeto de renunciar al derecho expectante del artículo 76 de la Compilación. Si decía que el vínculo lo es en el sentido de que el otro cónyuge ha de tener conocimiento de la revocación, si comparece a renunciar al derecho expectante no sólo tiene conocimiento, sino que además consiente y por tanto desde esta perspectiva quedaría perfectamente cumplido lo dispuesto en el artículo 97. Además, creo que se seguiría manteniendo el testamento mancomunado en el resto de las disposiciones. Pero puede suceder lo contrario, que no comparezca el otro cónyuge o que no comparezca porque no puede, porque ha fallecido. Aquí la casuística es diversa; yo creo que la solución hay que buscarla en aquello que decía de que el testamento mancomunado con disposiciones correspectivas contiene un negocio jurídico bilateral y que el vínculo lo es en el sentido de que un cónyuge se obliga que cuando revoque lo se notificará al otro. Por tanto, si un cónyuge en el ejemplo propuesto enajena el bien por el título que sea y no da conocimiento al otro, habrá roto el vínculo, será generador de responsabilidad y creo que se podría exigir la responsabilidad ex artículo 1.101 del Código Civil. Es más, en el segundo de los supuestos propuestos, cuando esa enajenación se hace fallecido el otro cónyuge, aún cuando la solución es dudosa, creo que habría que aplicar el artículo 1.124 del Código Civil, porque precisamente cuando ha fallecido un cónyuge la característica del testamento mancomunado es la irrevocabilidad, característica

además que es la propia de los contratos. Si para los contratos jugaría el 1.124 habría de entenderse que también podría haber aquí el artículo 1124. Por ello, he de señalar en contra de la sentencia de la Audiencia y del Tribunal Supremo que a mí me es indiferente que sea por título gratuito o por título oneroso. Que se enajene por título oneroso lo único que viene a hacer es complicar la cuestión, pues cuando el tercer adquirente se inscriba en el Registro de la Propiedad será un tercero protegido por la fe pública del artículo 34 de la Hipotecaria. A mi juicio, el incumplimiento de las normas de revocación lo único que genera son responsabilidades y esas responsabilidades se tendrán que exigir por las vías expuestas.

El segundo tema que también se nos plantea en las notarías, es qué sucede cuando 2 cónyuges aragoneses han testado en Aragón, después cambian de nacionalidad o vecindad civil y uno de ellos pretenden revocar unilateralmente. Ya ha expuesto Fernando García Vicente, que la doctrina es pacífica en el sentido de que aunque cambien de vecindad civil o de nacionalidad, se seguirá aplicando el artículo 97. A mi juicio, la cuestión es cuando menos dudosa, y es dudosa en el sentido siguiente: no hay que olvidar que estamos ante un problema de Derecho Interregional, el artículo 9.1 del Código Civil obligaría en el segundo testamento a aplicar la nueva ley personal; el segundo testamento por tanto tendría una ley distinta a la del testamento anterior y no hay que olvidar, como señala Cámara, que los Derechos Forales parten de un hecho básico: que no se pueden aplicar en materia de estatuto personal a otras personas que no sean sus aforados. Ello no significa que no haya que notificar, habrá que notificar pero por otra vía y ¿por qué vía?: retomando lo que decía en el testamento mancomunado con disposiciones correspectivas: si decíamos que existe un vínculo y el incumplimiento de ese vínculo tiene lugar cuando se revoca y no se notifica, habrá que decirle al notario que tendrá que advertir al testador que hace el segundo testamento que notifique, porque si no será generador de responsabilidad. Pero aquí la notificación, en vez de tenerse que hacer de oficio, que es lo que exige el artículo 97, como no se aplicaría el artículo 97, sino la ley que regula el estatuto personal, tendría que hacerse a requerimiento del Notario. Creo que así se superan las dificultades que trae consigo la aplicación de las normas de Derecho Interregional.

Quedan otras cuestiones que dejo encima de la mesa, ya que el tiempo se está consumiendo. Las planteo simplemente para que sean objeto de debate: ¿qué sucede cuando, existiendo un testamento mancomunado, los cónyuges se separan judicialmente y después se reconcilian?. ¿Habrá que hacer como Lázaro y resucitar el testamento mancomunado? Otra cuestión que también me preocupa es la no concordancia del artículo 102 del Código Civil y el 110.3 de la Compilación Aragonesa. Imaginemos un testamento mancomunado en el que en las disposiciones correspectivas existe una fiducia sucesoria; todos sabemos que la fiducia sucesoria es un poder testatorio, el artículo 102 del Código Civil nos dice que por la mera presentación de la demanda de nulidad, separación y divorcio se produce la extinción de los consentimientos y poderes y sin embargo el artículo 110.3 de la Compilación parece que difiere la extinción de la fiducia hasta la sentencia de separación, nulidad o divorcio. Me parece a mí muy absurdo que cuando yo hago un poder a un cónyuge, por el sólo hecho de haberse presentado la demanda de nulidad, separación o divorcio queda revocado ese poder y, sin embargo, algo mucho más complejo y mucho más peligroso en cuanto a su eficacia como sería un testamento en el que hubiese una fiducia sucesoria tenga que esperarse a que haya sentencia de nulidad, separación o divorcio, lo cual plantea todos los argumentos que explicaba David Arbués en torno a si los herederos deben o no deben continuar. Me parece mucho más propio a mí para solucionarlo, aunque sea de *lege ferenda*, que la mera presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio supusiera la ineficacia de la fiducia, ya que así se evitarían todos los problemas y se coordina mejor con la voluntad del legislador cuando reguló el testamento mancomunado, que dice que se basa en la lealtad, en la confianza. Me parece que la mera presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio supone la ruptura de esa confianza. Otro problema que se pre-

senta en zonas que lindan con Navarra y País Vasco, es el que también ha apuntado Fernando García Vicente de si pueden testar 2 cónyuges, uno aragonés y uno navarro y de entender que sí, los problemas lo serán en cuanto a la forma en que habrán de testar y fundamentalmente en cuanto a las reglas que habrá que aplicar a la revocación de ese testamento.

Simplemente planteo las cuestiones, las dejo sobre la mesa a la espera del coloquio.

COLOQUIO

Moderador: D. Carlos CARNICER (Decano del Colegio de Abogados de Zaragoza)

Yo felicito a Ponente y Coponentes y les agradezco enormemente su profundo estudio y generosidad y creo que debemos felicitarnos todos los colectivos que en Aragón tenemos alguna relación con el Derecho, de una manera u otra. Es una maravilla oír a los Ponentes, hacer referencia constantemente a autores que están en esta sala. Ello significa que nuestro Derecho está vivo y para demostrarlo invito a todo el mundo a intervenir en el debate, intentando expresar a nuestro Ponente y Coponentes lo mejor que llevan dentro.

José Manuel Enciso. Notario.

Quiero una aclaración del Ponente y hacer una puntualización. Y es que no sé si he entendido bien la posición en torno al testamento en el que los cónyuges se instituyen recíprocamente herederos y esa remisión al pacto al más viviente. Me ha parecido entender que no es automática, sino que es preciso pactarla aunque cabe la renuncia. ¿Cuál ha sido exactamente su posición?

Fernando García Vicente. Ponente.

Creo que he dicho lo que dispone el art. 95 de la Compilación: que salvo declaración en contrario, la institución mutua y recíproca entre cónyuges produce los mismos efectos que el pacto al más viviente regulado en el art. 105. La cuestión está en saber si es necesario que se haga constar expresamente esa declaración en contrario o basta que se infiera del contenido del testamento, por ejemplo estableciendo unos efectos contrarios al pacto al más viviente. Me inclino por que basta esto último para excluirlo.

José Manuel Enciso.

El testamento mancomunado no es sólo dos cónyuges que testan juntos. No es lo mismo que hacerlo por separado. Hay dos artículos fundamentales en el caso de cónyuges aragoneses sin hijos; y han producido auténticas sorpresas en la práctica. En este caso puede ocurrir que ellos crean que testar juntos o separados, teniendo intención de instituirse herederos el uno al otro, da exactamente igual. Luego las diferencias son sustanciales. De manera que en estos testamentos entre cónyuges el Notario debe de hacer una instrucción especial que quede recogida en el testamento para evitar sorpresas, explicándoles la diferencia que existe entre que hagan testamento mancomunado o dos testamentos individuales. Si hacen testamentos individuales en el que cada cónyuge instituye al otro heredero, si fallece uno de ellos hereda el sobreviviente y fallecido éste heredan en todos los bienes, incluso los heredados de su marido, los herederos del fallecido en último lugar. Mientras que si se hace lo mismo en testamento mancomunado se hereda de forma distinta: conforme a lo establecido en el artículo 105 de la Compilación.

En la práctica yo instruyo, como mis antecesores, de los efectos. Cuando no quieren excluir estos efectos del pacto al más viviente digo: «este testamento produce los efectos de los arts. 95 y 98 de la Compilación de cuyo contenido yo Notario he informado a los otorgantes». Naturalmente si informados de ese contenido quieren excluirlo, se pone: «se instituyen recíprocamente el uno al otro, con exclusión del pacto al más viviente».

Fernando García Vicente.

Me parece una puntualización muy útil. Son completamente distintos los efectos que pueden producirse en uno y otro caso.

Te diré que vigente el Apéndice, algunos Notarios para evitar su estricto régimen de revocación, aconsejaban a los cónyuges que pretendían la institución mutua, hacer dos tes-

tamentos unipersonales en lugar de uno mancomunado. Solían tener números sucesivos en el protocolo notarial.

Adolfo Calatayud. Notario.

En el testamento de dos cónyuges de distinta vecindad, cuando una de las legislaciones lo prohíbe y otra lo admite, se ha afirmado a mi juicio de una forma un poco tajante, que ese testamento es ineficaz, sin perjuicio de su posible convalidación. No se ha profundizado en ello. Yo creo que se debería de matizar esa afirmación. Es cierto que la ley que rige las formas testamentarias es la vigente en el momento del otorgamiento; pero creo que el principio de conservación del negocio debería de hacer que si en el momento de la apertura ambos cónyuges tienen la vecindad aragonesa, ese defecto de forma debe de entenderse subsanado y el testamento ser plenamente eficaz. Creo que el principio de conservación del negocio lo impone. El sentido común también. Además esta solución podría salvar el problema que se podría plantear si llegásemos a la conclusión de que la norma que vincula la vecindad civil de la esposa a la del marido está derogada desde la Constitución, como mantiene buena parte de la Doctrina.

Fernando García Vicente.

Yo me inclinaria por otra solución distinta, la conversión en dos testamentos individuales. El testamento mancomunado como tal no puede recobrar su eficacia porque es nulo de raíz.

Sobre el tema de la prohibición cabe suscitar otro problema. ¿La prohibición es una cuestión que afecta al fondo o a la forma del testamento? La Doctrina europea no es pacífica en este tema, por eso el convenio de Viena de 1989 no se ha pronunciado sobre este punto. Es curioso que en los países que prohíben el testamento mancomunado, como sucede en Francia, la jurisprudencia considere que la prohibición es una cuestión de forma, con lo que el ámbito de la prohibición se restringe. Por el contrario los países que lo admiten, como Alemania y Austria consideran que es de fondo.

Pedro Albiol. Coponente.

Una matización de lo que Adolfo Calatayud exponía. Yo en el corazón estoy de acuerdo contigo, pero sólo en el corazón, en la cabeza no puedo. Todos sabemos lo que le ha costado al Tribunal Supremo, que ha sido terriblemente formalista en materia de testamentos admitir las cosas que parecerían esenciales, como es la nulidad parcial, como es la figura de la conversión, o el testamento cerrado holografo. Le ha costado una barbaridad. Últimamente interpreta el artículo 739, no como lo venía haciendo tradicionalmente, sino que el testamento posterior no siempre revoca al anterior. Desde esa perspectiva me parece que es ya dar un paso muy hacia delante el entender que cuando un testamento tiene un vicio de nulidad por el hecho de que después cambie la vecindad de las personas en el caso que expones, quede por ello subsanado el testamento. Me gustaría que fuera así pero dudo que se pueda hacer. Habiendo la solución de la conversión, convertir ese testamento como si fueran 2 testamentos me parece ya suficiente solución. En todo caso el resultado será prácticamente el mismo, salvo que hubiese disposiciones correspondientes, por el tema de la revocación.

Honorio Romero. Notario.

Solamente quiero hacer una pregunta muy breve. Habéis tratado la revocación de las disposiciones correspondientes. Hay un caso muy importante que, como he llegado tarde no sé si lo habéis tratado. El artículo 869 del Código Civil.

Pedro Albiol.

El artículo 869 del Código Civil recoge 3 supuestos de revocación y uno de ellos es el de la transformación de la cosa legada. Yo creo que la solución es exactamente análoga a la que yo he expuesto: quedaría revocado claramente el legado pero si se dio un hecho invo-

luntario del testador, no sería generador de responsabilidades para el testador. Yo he expuesto que en el caso de enajenación voluntaria podrían exigirse determinadas responsabilidades, según los supuestos que he enunciado, de acuerdo con el artículo 1.101 y 1.124 del Código Civil. Aquí, si la alteración se debe a un hecho voluntario del testador si será generador de responsabilidades y si no se querían generar responsabilidades habría de haberse notificado al otro cónyuge.

Cuando se produce la revocación del legado por el párrafo tercero del artículo 869 por una expropiación, habría que distinguir si la expropiación es por Entidad Pública o por sanción, y también dependería de esa circunstancia para entender que habría o no unos supuestos generadores de responsabilidad. He insistido mucho en la idea: el tema de las normas de revocación y su incumplimiento es sólo un tema generador de responsabilidades y nada más. Si es incumplido el vínculo al que te habías obligado al establecer unas disposiciones correspondientes y que consistía en que tenías que notificarlo al otro cónyuge para que pudiera reaccionar, si incumples ello, será generador de responsabilidades, simplemente.

Honorio Romero.

Quiero hacer una puntualización a lo que ha dicho Pedro Albiol. Vamos a suponer el caso de que llegan a la Notaría a hacer una declaración de obra nueva sobre una finca y te acompañan el testamento en el que se ha legado esa finca. Entonces tú, como Notario haces la declaración de obra nueva pero también tendrás que hacer ahí el requerimiento para notificar al otro cónyuge y eso el señor no lo sabe. Los Notarios hemos de tener un especial cuidado.

No hay que olvidar que está revocado por el 869. La actuación correcta del notario es esa, hacer la obra nueva y notificar al otro cónyuge.

Pedro Albiol.

Si no se notifica, aparte de las responsabilidades que se generen al notario, estarían las responsabilidades del sujeto testador.

Fernando García Vicente.

También se puede decir con relación a los legados que el Código Civil alemán en su artículo 2.288 concede protección al legatario concediéndole acción para reclamar el valor de la cosa legada cuando el causante destruye, elimina o perjudica el objeto del mismo con la intención de perjudicar al legatario.

Pedro Albiol.

Tratamos de la separación judicial de Lázaro que he dicho yo. Tenemos un supuesto de dos cónyuges aragoneses que tienen un testamento mancomunado; les van mal las cosas, se separan judicialmente y bueno se lo vuelven a pensar y se reconcilian. El artículo 84 del Código Civil si no me falla la memoria dice que la reconciliación deja sin efecto ulterior lo ya resuelto. Por tanto, ¿habría que resucitar ese testamento mancomunado que habría quedado ineficaz como consecuencia de la separación judicial o habría que otorgar un nuevo testamento?, cuestión que planteo al ponente.

Fernando García Vicente.

Hay una norma general que establece que con la reconciliación cesan todos los efectos producidos por la sentencia de separación. Hay una excepción a esa regla que es la establecida en los artículos 1.443 y 1.444 respecto al régimen económico matrimonial en el que hay que volver a pactar.

Me planteo si las sentencias de separación deberían de producir la revocación del testamento mancomunado. Desde luego en ninguno de los países que he estudiado y tienen una regulación semejante en este punto al nuestro (Alemania e Inglaterra) las sentencias de separación producen por sí solas la revocación del testamento mancomunado.

Ante una posible reforma, debería plantearse en el futuro si debemos seguir igual. Si cambiásemos, el problema estaría solucionado.

Pedro Albiol

Yo desde el punto de vista notarial recomendaría que después de la separación judicial se otorgara el testamento.

Fernando García Vicente

Si yo fuera Notario también lo recomendaría. Pero el problema es si fuera Juez y me encontrara con el problema ya creado.

Pedro Albiol.

Vamos por partes. Si recordamos el artículo 90 del Código Civil que es el que regula el contenido del Convenio regulador a presentar en la separación, que debería incluir diversos extremos sobre régimen de comunicación y visitas respecto de los hijos, contribución de las cargas, liquidación del régimen, pensión... Yo creo que una cosa es el aspecto personal, el aspecto de los hijos y otro es el patrimonial. De la misma manera, ahondando en lo que decía David Arbués, yo creo que el Juez no puede entrar en el aspecto patrimonial del convenio, pero sí puede entrar en el aspecto del perjuicio al cónyuge o el perjuicio de los hijos. Quiero decir con eso que los efectos de la reconciliación también se dan en esa medida y la reconciliación se producirá en el sentido de que volverá otra vez el régimen de autoridad, volverán los dos a tener la titularidad en ejercicio, y quedará por tanto sin efecto lo dispuesto en el artículo 156 del Código Civil. Ahora bien, el aspecto patrimonial ha quedado roto como consecuencia de la separación judicial y como consecuencia, no hay otra manera de reponer lo que ha quedado extinguido que volver a hacerlo de nuevo. Desde esa perspectiva, no sólo es un punto de vista práctico sino que creo que necesariamente habrá que otorgar de nuevo el testamento mancomunado.

Fernando García Vicente.

Yo creo que si a la mayoría de la gente a la que va dirigida la norma le dices: hice testamento, me separé, me reconcilé y le preguntas cómo están las cosas, te dirá que en todo igual que antes. Vete a explicarle que conforme al artículo 98 están vigentes las disposiciones hechas en favor de un tercero y las hechas en favor del otro cónyuge que no sean liberalidades ni cláusulas corresponsivas. Eso subsiste pero lo otro no. Te dirá si me he reconciliado con mi mujer me he reconciliado para todo.

La norma que hace referencia al régimen económico es una norma de protección a terceros.

Pedro Albiol.

El régimen económico matrimonial no sólo afecta a los cónyuges sino a terceros y el testamento, depende de como esté hecho, también afecta a terceros. A mí lo que me parece difícil es que entendamos por un lado que admitida la demanda de separación o divorcio quedan extinguidos todos los poderes, lo cual es algo mucho menor, y por mucho que se vuelvan a reconciliar tendrán que otorgar de nuevo poderes, y por el contrario entendamos que algo mucho más importante y mucho más peligroso como es el testamento mancomunado, sin más, quedaría de nuevo resucitado. Y no olvidemos lo que he dicho, que es que el testamento mancomunado se basa en la confianza. Si vuelven a reconciliarse habrán que otorgarse un nuevo testamento.

Fernando García Vicente.

La verdad es que lo que hemos discutido tres días. Sería bueno que un tercero nos diera su opinión.

Carlos Carnicer.

Alguien de la Sala quiere pronunciarse a ver si desequilibramos la balanza.

No me atrevo a forzar a nadie concretamente.

Pedro Albiol.

El 98 en su literalidad dice que «podrá continuarse». Le planteo a David Arbués si hay que hacer una interpretación literal y entender que es a elección de ellos seguir o no o por el contrario tienen la obligación de seguir. Desde mi punto de vista creo que por encima de la interpretación literal como reclama el artículo 3.1 del Código Civil, hay que estar a la interpretación lógica y sistemática. No olvidemos que los herederos cuando aceptan la herencia se colocan en las relaciones jurídicas del causante por eso se dice que son los continuadores de la personalidad jurídica del causante. Desde ese momento se genera una serie de derechos y obligaciones para los herederos. Para los herederos está la obligación de defender el honor, la intimidad y la propia imagen del causante; a los herederos les afecta la doctrina de los actos propios y dentro de esos actos propios, está que si el causante ha entablado una demanda de nulidad, separación o divorcio lo lógico es que la sigan. No tiene sentido seguirla si de esa sentencia de nulidad, separación y divorcio no van a devenir consecuencias; pero en el caso del testamento mancomunado si devienen consecuencias, la ineficacia de un testamento y en este sentido creo que debe seguirse la demanda por parte de los herederos. Si no lo hicieran, los perjudicados podían exigir las correspondientes responsabilidades del heredero. ¿Qué opinas David?

David Arbués. Coponente.

Yo, por eso apuntaba que «podrán» se ha de entender como «deberán» porque se pueden dar muchos supuestos en la práctica en los que el abandono fraudulento de la acción o de la defensa nos va a llevar a situaciones muy dispares. Acreedores de la herencia o terceros o cualquier otra persona que pueda ostentar unos derechos hereditarios, si esas liberalidades devienen ineficaces, pues seguramente podrían pedir responsabilidades. Yo creo que ya lo he apuntado. Para mí ese «podrán» es «deberán» y no sólo por la teoría de los actos propios sino porque efectivamente se pueden producir perjuicios a terceros y eso es lo que se tiene que evitar y para eso la conveniencia de que el Ministerio Fiscal a partir del momento del fallecimiento sea parte en esa continuación del proceso.

Fernando García Vicente.

Creo que la Compilación está muy bien hecha y cuando dice «podrán» es «podrán» y no «deberán». El legislador supo lo que hacía. Hay que decir en honor de los autores de la Compilación, alguno de los cuales está hoy en esta Sala, que tras la publicación de la Compilación el número de pleitos sobre testamento mancomunado ha disminuido, pese a que es una regulación compleja. Se puede echar en falta la regulación de alguna materia, como por ejemplo la validez de los actos dispositivos realizados *inter vivos*, hechos en contra de lo dispuesto en el testamento, lo cual estaba en el Proyecto de los Juristas aragoneses; pero lo que dice está muy pensado.

Por otra parte no veo ninguna razón para obligar a nadie a ejercitar una acción de separación o divorcio, complicada y comprometedora; porque aunque no tenga eficacia sobre el estado civil de las personas, ninguna norma puede obligar a nadie a continuar un pleito en el que se está afirmando que sus padres, marido o mujer eran infieles.

Pedro Albiol.

A un heredero.

Fernando García Vicente.

A un heredero que muchas veces será un hijo o descendiente. Es muy discutible que esta acción en favor de los herederos deba de existir. Cabe plantearse, si un día se reforma

la Compilación, su subsistencia. Parece muy duro continuar este procedimiento cuando han fallecido los cónyuges. Es el único caso en el Ordenamiento español en el que esto sucede. Figúrense ustedes la situación que se puede dar si ambos cónyuges fallecen: heredero litigando contra heredero sin estar presentes en el juicio ninguno de los dos cónyuges. Por eso el precepto hay que aplicarlo de una forma muy restringida.

David Arbués.

Yo no es por insistir, pero el problema es el de continuar el procedimiento. Esto no viene por el «podrán» y el «deberán», esto viene porque la confianza no se rompe con la sentencia que es como yo he empezado con mi intervención, la confianza se rompe con la presentación de la demanda. Quizá muchos problemas se solucionarían con que la simple presentación de la demanda supusiera ya cuando menos la suspensión de la efectividad, no me atrevo a decir la ineficacia pero quizá también, la ineficacia. Con la demanda debería entenderse rota la confianza y si se ha roto la confianza en el testamento mancomunado, la correspondencia y las liberalidades entre cónyuges deberían quedar ineficaces.

Honorio Romero.

Yo le doy la razón a Fernando en que dice «podrán». Estoy de acuerdo con David en que con la presentación de la demanda se rompe la confianza y eso es lo que hace el Código Civil en el 102: la revocación de los poderes a que hacía referencia Pedro Albiol. Pero el 102 nos plantea tal cantidad de problemas en la práctica, que no debería ser solamente con la presentación de la demanda sino con la traslación de esa demanda a la otra parte. Si no, a ver cómo entra en juego el artículo 102 del Código Civil con el 1.734 y 1.738, a ver quién coordina eso y en qué Registro hay que publicarlo: eso por una parte. Creo que tiene razón Fernando porque dice podrán y otra cosa es como debería de ser. Y en segundo lugar, también dice la Compilación que la sentencia de nulidad, separación o divorcio hace ineficaces las liberalidades. Ya pronunciada la sentencia son ineficaces. Por eso si luego ese matrimonio se reconcilia ese testamento ya es ineficaz porque lo dice la Compilación. Lo que tienen que hacer es otro testamento.

Fernando García Vicente.

No estoy de acuerdo con ese planteamiento, porque ahí no se está planteando para nada el tema de la reconciliación. Es una norma general sobre la eficacia de las liberalidades que no se plantea para nada el tema de la reconciliación. A mi juicio, hay que acudir a los arts. 84, 1.443, 1.444.

Lo que habría que plantearse es si la separación debe de producir la revocación del testamento. He dicho antes que en Alemania e Inglaterra, sólo la nulidad y el divorcio tienen efectos revocatorios de todos los testamentos, no sólo el mancomunado.

Honorio Romero.

Sin embargo en Aragón seguimos en la actualidad un criterio distinto. Recuerda que antes de la reforma de 1985 la sentencia de separación no extinguía el derecho expectante de viudedad y tras la reforma sí. Por lo que veo estamos avanzando en un sentido distinto al derecho comparado que citas.

Fernando García Vicente.

Fijate además en relación a la separación el Código civil considera que con el perdón vuelven a producir efectos los derechos del cónyuge viudo.

Cabría plantearse también si es necesario notificar al juez la reconciliación para que produzca efectos. La cuestión es discutible.

Pedro Albiol.

Si entiendo bien a Fernando me parece que el artículo a que se refiere es el artículo 835 del Código Civil que al regular la extinción de la legítima, como las legítimas en Derecho común se extinguen, por la separación judicial regula dos supuestos: cuando se han presentado la demanda y el supuesto que está presentado Fernando. Lo que pasa es que a mí me parece que el artículo 835 dice una obviedad: dice el artículo 835 que el perdón o la reconciliación entre los cónyuges traerá como consecuencia que el cónyuge tenga derecho a legítima. Es evidente porque no hay que olvidar que la legítima se defiende al fallecimiento del causante y si al fallecimiento del causante, el cónyuge volviera a ser cónyuge, evidentemente tendrá derecho a la legítima. El caso de testamento mancomunado a mí me parece que es distinto por lo que se acaba de plantear. Evidentemente, los cónyuges que después de la separación judicial se reconcilian vuelven a ser cónyuges y están en derecho a la legítima con el artículo 835 y sin el artículo 835. La legítima se defiende de acuerdo con los artículos 658 y 659 del Código Civil al fallecimiento del causante.

J. Escorihuela. Abogado.

Por poner un poco los pies en el suelo y desde un punto de vista práctico quiero comentar que la mayoría de las personas que se quieren separar no tienen hecho testamento con lo cual el problema no se plantea. A los que tienen hecho testamento lo primero que hay que decirles es que al mismo tiempo que plantean la demanda lo revocquen. Con lo cual lo que diga o no el artículo 98 no pasa de ser una cuestión teórica poco práctica.

David Arbués.

Muchas veces no te lo dicen aunque se lo preguntes. Tú sabes como yo que la gente cuenta lo que te quiere contar. Además, hay muchas situaciones de muertes súbitas en las que es posible que para presentar una demanda de mutuo acuerdo, esté firmado el convenio por ambos y no se llegue a ratificar por cuestión de días. En 3 días vamos a estar separados y en esos 3 días se fallece. Por tanto, efectivamente es un ejercicio dialéctico pero a mí me ha parecido oportuno tratarlo. A lo mejor habría otros temas, la ponencia es muy amplia. Yo desde el punto de vista del abogado me he planteado dos temas: la impugnación del testamento mancomunado que no me daba mucho juego como impugnación autónoma porque lógicamente eran las causas del testamento con algunas peculiaridades y esto otro.

Concluyo, el número de veces que se vaya a dar, yo entiendo que muy pocas, porque tendrá que haber una sentencia de separación, tendrá que haber un testamento mancomunado y producirse el fallecimiento. Pero ahí está la posibilidad.

Pedro Albiol.

Dos cosas a la pregunta. Me parece que no hace falta en el artículo 76 de la Compilación Aragonesa el regular qué sucede con el derecho expectante si fallece un cónyuge cuando estuviera planteada la demanda de separación, nulidad o divorcio porque fallecido el cónyuge ya no hay derecho expectante. Lo que sí habrá, acaso, será usufructo viudal o no y ya dice el Código Civil, que pasa cuando haya sentencia de separación, nulidad o divorcio. Pero fallecido un cónyuge no va a haber derecho expectante y por tanto es evidente que no hace falta plantearlo. En cuanto a la segunda cuestión, desde luego es un ejercicio dialéctico el artículo 98: que el problema se elimina otorgando un nuevo testamento derogatorio es evidente, pero el problema está cuando no se revoca el testamento. Si se revoca el testamento ya no hay problema. Y eso es lo que estaba en definitiva exponiendo. Ante una situación de separación cuál es la situación de ese testamento.

Aplicando las normas de los contratos respecto al cómputo y respecto al plazo, dependerá del tipo de acción que se practique, sea de nulidad o de anulabilidad. Esa es otra cuestión, también por otra parte discutida. No la hemos tocado porque ese es un tema muy complejo pero bueno si alguien quiere opinar, el tema a mi juicio es de la más difícil solución.

Desconocido.

Me gustaría ya opinar en general sobre el debate de Derecho Aragonés que estamos llevando que son ya las Terceras Jornadas que estamos hablando siempre de que esto estaría mejor si lo dijera la Ley, aquello si lo especificara la ley, pero yo veo que aquí se han dejado demasiadas cosas al albur de la interpretación de nuestros ilustres juristas. Sin embargo, no veo que se haga nada, yo veo que por el contrario, en Cataluña acaban de publicar una ley que regula extensamente los derechos económicos del matrimonio. Yo lo único que planteo desde aquí es intentar que desde el Colegio de Abogados, de las Instituciones, de los Fiscales, los Notarios, los Registradores, los Jueces, se intente por todo el mundo jurista aragonés regular esto. Llegar a acuerdos, regularlo más ampliamente. Nada más.

Pedro Albiol.

Yo diría lo de siempre, yo soy de Barcelona ya que hace referencia a Cataluña efectivamente en Cataluña acaba de salir una nueva Ley de Régimen Económico Matrimonial y hace un tiempo un nuevo Código de Sucesiones en el que he tenido el gusto de participar. La técnica ha sido el recoger aquellas cuestiones que se habían planteado en la práctica y adaptar al texto legislativo las soluciones doctrinales. Yo creo que sería conveniente que las conclusiones que se están dando en estos Foros se trasladarán al Legislativo a fin de extender la Compilación Aragonesa. No quiero ahora resucitar aquí lo que se ha discutido en los dos Congresos de Derecho Civil. Y lo digo simplemente porque el preguntante ha hecho referencia de lo que se ha hecho en Cataluña. Bueno, pues en Cataluña se ha recogido en el Código de Sucesiones y en la Ley de Régimen Económico o al menos se ha intentado recoger aquellas soluciones que se daban en la práctica a los problemas que la práctica plantea. Yo creo que la Compilación Aragonesa en algunos puntos a los Notarios, nos haría falta un mejor instrumento de trabajo y en esa perspectiva si que sería conveniente que se regularan las instituciones con una mayor claridad. Se ha arrastrado demasiado derecho histórico creo yo sin tener en cuenta que el derecho histórico a veces es difícilmente aplicable a la realidad jurídica que estamos viviendo hoy en día. En ese sentido creo que el Foro es importante y las conclusiones del Foro tendrían que trasladarse a mi juicio al Poder Legislativo.

Honorio Romero.

Soy miembro de la Comisión del Foro y me alegra muchísimo la pregunta que has hecho. Cuando se constituyó el foro había tres finalidades: La primera la publicación de estas jornadas, la segunda la publicación de una revista aragonesa de Derecho, no de Derecho aragonés, y la tercera concienciar a toda la opinión pública aragonesa, en especial a la jurídica y a la política sobre la necesidad de adaptar y modificar la Compilación. Nosotros hemos hablado con el Presidente de las Cortes y con el Justicia, pero no tenemos más capacidad, hemos escrito a los periódicos, hemos hecho de todo. La Compilación, difiero de Fernando, tiene varios puntos que son un verdadero galimatías. Cada vez que me plantean el tema de la administración de los bienes de los menores, estando sus padres separados, tengo que hacer un auténtico estudio. El otro día estuvimos varios Notarios reunidos y nos planteamos impulsar la reforma y venir a hablar con Carlos Carnicer. Pero no depende sólo de nosotros. No recibimos ayuda para sacar esto, no ayuda para trabajar, sino para tener un cauce adecuado. No podemos estar esperando años y años porque los problemas se plantean día a día, con una enorme celeridad. Estoy de acuerdo en que no podemos cambiar la Compilación de la noche a la mañana; pero si que hay que plantearse qué tipo de reforma hay que hacer: si la hacemos como en Cataluña en la que el Código Civil ha pasado a ser un derecho aplicable sólo en lo imprescindible... También hay que plantearse, si regulamos de forma actual instituciones típicamente aragonesas; y por último, y de esto nos hablará José Manuel Enciso, de cuál es el tratamiento fiscalmente más adecuado.

Fernando García Vicente.

Debería de tenerse en cuenta lo que dicen Las Partidas: que es muy fácil deshacer; pero muy difícil hacer. La Compilación creo que es mejorable. Se puede ampliar y regular supuestos que no están previstos en ella. Pero hay que tener en cuenta que su núcleo corresponde a un momento óptimo de la Ciencia jurídica aragonesa. En aquel momento se reunió a un grupo de gente muy preparada que hizo una Compilación que, a mi juicio, es muy buena. Por eso, teniendo esa base se podrá añadir e incluso hacer algunas modificaciones, pero se debe de procurar mantener lo que hoy tenemos. Hay que reconocer aquí la extraordinaria dedicación y preparación de sus autores, a los que les costó un buen tiempo el hacerla. Claro que se pueden cambiar las cosas muy deprisa, alguna experiencia reciente tenemos en Aragón, pero luego la prisa se nota. El problema no es la celeridad es el resultado.

Adolfo Calatayud.

El testamento mancomunado me parece un instrumento eficaz para vincular dos voluntades testamentarias, sin hacerlo de forma irrevocable, obligando, para no defraudar la confianza, a notificar al otro la revocación de las cláusulas correspectivas. Pero de cara a una posible revisión de la Compilación, me pregunto si no merecería la pena extender su ámbito personal, para que otras personas además de los cónyuges pudieran otorgarlo. Recordemos que los pactos sucesorios los pueden hacer no sólo los cónyuges, pese a que tienen unos efectos más rigurosos que el testamento mancomunado.

Fernando García Vicente.

Aunque la Observancia comienza diciendo que *si vir et uxor simul condiderint testamentum*, Portolés, Jaime de Hospital, cinco sentencias del Tribunal Supremo y dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, todas del Siglo XIX, admitieron que pudieran hacerlo otros parientes además de los cónyuges.

Como colofón hay que advertir que el testamento mancomunado debe de ser hecho con sumo cuidado. Si todo testamento debe de ser muy claro este más ya que en él se puede establecer vinculaciones. La correspectividad puede servir para resolver problemas muy concretos, pero debe de usarse con cuidado. El peligro del testamento mancomunado no está, como se ha dicho por algunos, en la captación, ni como se dijo en Francia en que era una forma de perpetuar las grandes fortunas, ni en la depreciación patrimonial que toda vinculación supone. Para mí, el peligro está en que se haga complicado, que la interpretación de las cláusulas correspectivas sea difícil y que esto genere pleitos. Dicho esto hay que abogar porque se mantenga esta institución tan típicamente aragonesa.

Carlos Carnicer.

Muy bien muchas gracias, únicamente unas palabras para contestar, para terminar de contestar a Honorio Romero. No sólo desde la Comisión de Trabajo sino también desde el propio Foro se ha invitado en ocasiones a miembros destacados de la política y miembros de las Cortes Aragonesas. El año pasado concretamente a lo largo de la celebración de las Segundas Jornadas Aragonesas de Foro la representación de las Cortes de Aragón manifestó su gran interés por estas Jornadas. Creo que aquí nos reunimos profesionales del Derecho de todos los ámbitos y cumplimos creo que bien evidentemente nuestra responsabilidad debatiendo, compartiendo y transmitiendo y reflejando por escrito nuestras conclusiones, que son remitidas a las Cortes de Aragón y creo que es papel de todos, porque todos tenemos buenas relaciones, el plantear esa sensibilidad que nos lleve con todo el cuidado del mundo, como dice Fernando y los cuidadosos del Derecho Peculiar, pero con la máxima rapidez también, como decimos los que día a día nos enfrentamos con el problema no resuelto específicamente a desarrollar que no modificar ni enmendar, sino desarrollar y adecuar a la realidad evidente en Aragón nuestro Derecho Peculiar. Muchas gracias a todos y hasta el próximo martes.

