

Trabajo Fin de Grado

Título del trabajo:

El testamento mancomunado en los Derechos
forales de España

Autora:

Esther Monfil Garín

Directora:

M^a Victoria Mayor del Hoyo

Facultad de Derecho
2017

ÍNDICE

Abreviaturas.....	2
1. Introducción.....	3
2. Concepto de testamento mancomunado.....	4
3. Origen del testamento mancomunado.....	6
4. Los testadores.	
4.1. Requisitos generales.....	15
4.2. Capacidad de los otorgantes.....	17
4.3. La vecindad civil	
A. Testamento mancomunado y vecindad civil.....	21
B. Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de junio de 2016, relacionada con la vecindad civil.....	23
5. Apertura de la sucesión.....	27
6. Forma del testamento mancomunado.....	28
7. Contenido.	
7.1. La institución recíproca de herederos.....	30
7.2. Las disposiciones correspectivas.....	31
8. Las disposiciones “entre vivos”.....	34
9. Modificación y revocación	
A. Modificación y revocación.....	36
B. Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 2010, relacionada con la revocación.....	41
10. El testamento mancomunado en el Código Civil español, Baleares y Cataluña.....	44
11. Conclusiones.....	45
Bibliografía.....	47

ABREVIATURAS

CC → Código Civil

CDCFN → Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra

C DFA → Código de Derecho Foral de Aragón

LDCF → Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco (año 1992)

LDCG → Ley de Derecho Civil de Galicia

LDCV → Ley de Derecho Civil Vasco

1. Introducción

El tema sobre el que versa este trabajo es el testamento mancomunado en los distintos Derechos forales españoles donde está permitido, concretamente, en Aragón, Navarra, País Vasco y Galicia. Consiste en una comparativa entre las distintas regulaciones para observar el tratamiento que recibe esta institución en cada una de ellas, y de esta manera, poder analizar cada una de las características del testamento mancomunado.

Para realizar este trabajo, en primer lugar, he realizado una búsqueda de la legislación de los Derechos forales que he analizado para observar cómo está regulado el testamento mancomunado en cada una de ellas, y cuáles son las características que lo diferencian de las demás regulaciones. Posteriormente, he buscado doctrina al respecto para explicar el origen y la evolución de las regulaciones, así como para explicar cada una de las características de esta institución. También he buscado jurisprudencia para observar la aplicación de los elementos del testamento mancomunado en la práctica. Una vez analizado todo ello, realicé un guion que me sirvió de base para proceder a la redacción. Por último, he ido redactando cada uno de los capítulos.

En cuanto a la estructura de este trabajo, he comenzado dando una definición genérica de testamento mancomunado y la definición que da cada una de las regulaciones. Posteriormente, he analizado su origen y evolución en cada Derecho foral hasta llegar a la regulación actual. En tercer lugar, he analizado mediante una comparación cada una de las características, añadiendo en dos casos sentencias del Tribunal Supremo para observar la problemática que puede causar esta institución. Por último, he explicado, de manera breve, el tratamiento que recibe en el Código Civil y en el resto de Derechos forales donde no se permite.

Elegí este tema por mi gusto por el derecho civil: en especial, por el derecho foral aragonés y concretamente, por el derecho de sucesiones de Aragón. Me pareció interesante esta institución, ya que está prohibida en gran parte de España, y creo que era conveniente hacer una comparativa para observar el tratamiento que recibe en cada Comunidad Autónoma donde se permite.

2. Concepto de testamento mancomunado.

En primer lugar, debemos comenzar dando una definición genérica de testamento mancomunado.

Entendemos por testamento “*el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos*”, tal y como regula el Código Civil en su art. 669. Por otra parte, el término *mancomunado* lo podemos entender como sinónimo de conjunto, unido.

Por tanto, el testamento mancomunado se puede definir como “aquel testamento otorgado por varias personas en un mismo instrumento”¹. Esta clase de testamento se contrapone al testamento unipersonal, que es el otorgado por una sola persona.

Una vez explicado en qué consiste el testamento mancomunado, pasamos a analizar los conceptos del mismo atendiendo a las regulaciones de cada uno de los derechos forales a tratar.

Comenzamos con Aragón, que lo regula en el art. 406.3 del Código de Derecho Foral de Aragón –en adelante, CDFA- y lo define así: “*El testamento mancomunado es el acto naturalmente revocable por el cual dos personas ordenan en un mismo instrumento, para después de su muerte, con o sin liberalidades mutuas y disposiciones correspectivas, el destino de todos sus bienes o de parte de ellos*”.

En este caso, el testamento mancomunado se debe otorgar por dos personas únicamente, que como veremos más tarde, pueden ser o no cónyuges o parientes. El CDFA permite que los testadores incluyan disposiciones correspectivas o liberalidades mutuas.

En cuanto a Navarra, encontramos una definición en la Ley 199 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra –en adelante, CDCFN-: “*Es testamento de hermandad el otorgado en un mismo instrumento por dos o más personas*”. En esta corta definición caben destacar dos cosas: por un lado, el nombre que recibe el testamento en esta regulación, que es el testamento de hermandad, también llamado así en País Vasco, pero que tiene el mismo significado que el mancomunado; y por otra parte, el número de

¹ SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo, *El testamento mancomunado aragonés*, Revista de derecho civil aragonés, ISSN 1135-9714, Nº18, 2012, pág. 124.

otorgantes, ya que, a diferencia de lo que hemos visto respecto a Aragón, se puede otorgar por dos o más personas.

Pasamos a la regulación en el País Vasco, que se encuentra en el art. 24 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco –en adelante, LDCV-: *“Se considera mancomunado el testamento siempre que dos personas, tengan o no relación de convivencia o parentesco, dispongan en un solo instrumento y para después de su muerte de todos o parte de sus bienes. 2. Se reputa igualmente mancomunado el testamento conjunto en el que uno o los dos testadores designan comisario a la misma o distinta persona, para que, tras su muerte, ordene la sucesión correspondiente”*.

Debemos destacar dos aspectos: en primer lugar, al igual que ocurre en Aragón, en el País Vasco el testamento mancomunado se realiza por dos personas únicamente. Por otro lado, se añade una definición nueva del testamento mancomunado, ya que en esta Comunidad Autónoma también se hace referencia al mismo cuando uno o ambos testadores designan comisario, para que ordene en el futuro la sucesión, a una persona, ya sea la misma o no, en un testamento conjunto.

Y por último, analizaremos la regulación gallega. Para ello, acudimos a la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia –en adelante, LDCG-, en concreto al art. 187.1: *“Es mancomunado el testamento cuando se otorga por dos o más personas en un único instrumento notarial”*.

En este caso, la definición es sencilla y solo nos da una característica básica de su testamento mancomunado, y es que se puede realizar por dos o más personas, al igual que ocurre en Navarra.

Hemos de recordar que todas las características del testamento mancomunado en cada uno de los derechos forales en los que se regula las iremos viendo a lo largo de los capítulos siguientes.

3. Origen e historia del testamento mancomunado

No hay un origen claro del testamento mancomunado. Una parte de la doctrina² lo sitúa en el Derecho romano y en el Derecho visigodo, ya que en ellos se encuentran figuras que pueden ser las que originaron el testamento mancomunado.

Respecto al Derecho romano, en un rescripto de Diocleciano y Maximiliano del año 290 se reconocía como válido un acto realizado por dos militares en el cual se instituían herederos mutuamente. Por otra parte, en el año 446, Valentiniano III consintió a unos cónyuges sin hijos designarse mutuamente herederos en un mismo acto. Estos actos no se pueden considerar testamentos mancomunados pero sí pueden ser sus antecesores.

Ante la ausencia clara de documentos que justifiquen que el origen del testamento mancomunado se encontraba en el Derecho romano y visigodo, lo que sí puede afirmarse es que el origen del testamento mancomunado está en la costumbre medieval, ya que, en esta época, hubo una flexibilización de los medios utilizados para organizar los bienes post mortem, como por ejemplo, las donaciones post obitum y las reservaciones de usufructo, figuras que fueron adquiriendo funciones sucesorias y que podrían ser el origen del testamento mancomunado.

Respecto al Derecho castellano, es en la Edad Media cuando en el Fuero Real (Ley 9ª del Título 5º de Libro 3º) se encontró una declaración que podría considerarse el primer antecedente escrito del testamento conjunto, aunque parte de la doctrina opina que es un pacto de hermandad al más viviente y no lo que conocemos actualmente como testamento mancomunado.

No es hasta el siglo XIX cuando se vuelve a hablar de testamento mancomunado en el Derecho castellano. Fue en el Proyecto del Código Civil de 1851 y en el Anteproyecto de

² Tal y como establece BARRUETABEÑA ZENEKORTA, Maite, *El testamento mancomunado o de hermandad en el derecho civil del País Vasco*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 27-28, los autores que señalan el origen del testamento mancomunado en el Derecho romano y visigodo son: TEXEIRA GRACIANETA, Antonio, *El testamento mancomunado aragonés*, Anuario de Derecho Aragonés, Tomo XII, 1963-1964, Zaragoza, p.22; CUADRADO IGLESIAS, Manuel, *El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981*, Revista de Derecho Privado, 1983, p. 1092; RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones. Común y Foral*, Tomo I, 3ª ed. Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 298-300; AFONSO RODRÍGUEZ, Elvira, *El testamento mancomunado*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 633, 1996, pp. 360-362; LETE DEL RÍO, José Manuel, *Del testamento mancomunado*, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XXXII, Vol. 2º, Ed. Edersa, Madrid, 1997, p. 1020; GARCÍA GALLO, Alfonso, *Del testamento romano al medieval. Las líneas de evolución en España*, Estudios de historia del Derecho Privado, Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982, p. 304.

1882-1888, cuando se introdujo de manera expresa la prohibición de testamento mancomunado en el Derecho común español. Ello es lo que nos llega a nuestros días con el aún vigente art. 669 del Código Civil.³

A continuación, realizaremos un breve análisis histórico de cada uno de los Derechos forales que vamos a tratar:

a) Aragón:

El testamento mancomunado en Aragón fue una figura consuetudinaria hasta 1925. En los Fueros nada se dice de él y sólo en la Observancia 1ª *de Testamentis* es donde lo podemos ver por primera vez en los siguientes términos:

*“si el marido y la mujer hacen juntos su testamento, ya sea hablando ambos y disponiendo de los bienes conjuntamente, ya sea hablando cada uno de ellos por su parte, haciendo sus propios legados y otros actos, el superviviente, en lo que atañe a sus propios bienes, puede cambiar el testamento. Lo contrario ocurre si solamente uno de ellos dispone de los bienes o hace testamento y el otro no habla o no hace testamento sino que consiente en la disposición o testamento hecho por otro. Entonces el que consiente no puede contravenir el testamento”.*⁴

En esta primera aparición del Testamento mancomunado en Aragón llama la atención la confirmación de su libre revocabilidad.

Este testamento se incluyó en el Apéndice al Código Civil de 1925. Concretamente, se regulaba en los arts. 17 a 19.

El art. 17 explicaba cómo los cónyuges podían realizar el testamento mancomunado, *“ya sea en provecho recíproco, ya en beneficio de tercero, ora expresen juntos las disposiciones, ora lleve uno solo la palabra y el otro se limite a aceptar y consentir las manifestaciones; ora cada testador ordene lo concerniente a sus respectivos bienes”*. En su apartado segundo decía que sería válido cuando se otorgue *“en provincias españolas distintas del antiguo Reino o a bordo de buques nacionales y también en país o a bordo de buques extranjeros”*.

³ En relación al origen del testamento mancomunado en general, véase BARRUETABEÑA ZENEKORTA, Maite, *El testamento mancomunado o de hermandad en el derecho civil del País Vasco*, cit., pp. 27-31.

⁴ SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo, *El testamento mancomunado aragonés*, cit., p. 125.

El art. 18 regulaba la pérdida de eficacia del testamento mancomunado, pero la novedad fue el art. 19, que decía que el testamento mancomunado podía ser revocado por ambos pero incluso por voluntad de uno de ellos solo, siempre y cuando se notificara al otro por medio de Notario. Sin embargo, una vez muerto uno de ellos, el sobreviviente no podría modificar lo dispuesto en mancomún acerca de sus bienes si no renunciaba a los beneficios que le proviniesen de las disposiciones del finado. La aceptación de liberalidad a su favor, hacía irrevocable el testamento.

Siguiendo a SÁNCHEZ-RUBIO ⁵, “la regulación del art. 19 del Apéndice era consecuencia de considerar que todas las disposiciones recíprocas entre los testadores eran correspectivas”. Las disposiciones correspectivas son aquellas que están recíprocamente condicionadas.

La siguiente regulación del Testamento mancomunado la encontramos en la Compilación de 1967, donde tenía dedicados cinco preceptos: arts. 94 a 98.

Las novedades que introduce la regulación son las siguientes:

- En el art. 95 se compara a la institución recíproca de cónyuges con el “pacto al más viviente”, que estaba regulado en el art. 108 de dicha Compilación.
- En el art. 96 se trata nuevamente la revocación, expresando que el testamento mancomunado puede ser revocado por ambos o por uno de ellos respecto a sus propias disposiciones. Con ello se intenta conservar la libre revocabilidad en vida de los testadores.
- En el art. 97 se introducen las disposiciones correspectivas, expresando en su apartado 3 que *“muerto un cónyuge, no podrá el otro revocar o modificar las disposiciones correspectivas que se hallen en vigor”*.

Por último, las siguientes regulaciones fueron la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte (arts. 102 a 108) y el vigente Código del Derecho Foral de Aragón de 2011, el cual analizaremos en los capítulos siguientes.

⁵ SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo, *El testamento mancomunado aragonés*, cit., p. 126.

b) Navarra:

En cuanto a Navarra, tal y como explica LOPEZ SUAREZ⁶, “prescindiendo de los fueros particulares, como el de Viguera y Val de Funes o el de Tudela, en los que las referencias a las disposiciones mortis causa de manera conjunta son frecuentes, el testamento de hermandad se contempla ya, de manera inequívoca, en el Fuero General y en la Ley 41 de Cortes de Pamplona de 1765-1766”.

Como hemos visto, la primera referencia al testamento de hermandad lo encontramos en el §485 del Fuero de Viguera y Val de Funes, cuyo proceso de formación comenzó en el siglo XII.

Sin embargo, la primera regulación en texto legal la encontraremos en el Fuero General de Navarra de 1238, concretamente en el capítulo IV, tít IV, lib. II, donde se dice: “...*Et si marido et mujer fazen destin en uno et enquara cerran aqueyll destin, si el uno deyillos mories, el otro noon puede desfacer el destin; maguera bivendo ambos, si les semeire que bien non sea fecho el destin, bien pueden emendar o ameiorar otra vez; que á todo Fidalgo vale el postremero destin*”.

Lo que venía a decir esta ley es que “si el marido y la mujer hicieren de conformidad testamento en vida, muerto el uno, no podía revocarlo ni enmendarlo el sobreviviente; pero sí podían enmendarlo y ameiorar el testamento en vida de los dos cónyuges”, según establece SALINAS⁷.

En el Fuero Reducido de 1530 se proclamaba en el cap. I, tít. VII, lib. III, pero era una copia del Fuero General de Navarra.

La siguiente regulación la encontramos en la Ley 41 de las Cortes de Pamplona de 1765 y 1766, en la que solicitaban “Los tres Estados del Reyno” que se establezca y declare que el testamento de hermandad de marido y mujer o cualquier persona no se pueda revocar, ni muerto uno de los otorgantes ni en vida de uno de ellos sin concurso de todos.⁸

⁶ LÓPEZ SUÁREZ, Marcos A, *El Testamento mancomunado en la Ley de Derecho civil de Galicia*, Tesis Doctoral, A Coruña, 2002, p. 27.

⁷ SALINAS QUIJADA, Francisco, *Derecho Civil de Navarra*, Tomo VI, Vol. 1º, Ed. Gómez, 1976, p. 331.

⁸ Véase su redacción original en SANTAMARÍA DE CRISTOBAL, José Luis, *El Testamento navarro de Hermandad: Su arraigo en las costumbres y su régimen en el Fuero*, Semana de Derecho Aragonés en Jaca, 1945, p. 465.

Desde entonces, en todas las regulaciones sucedidas en Navarra ha estado presente el testamento de hermandad, como por ejemplo las siguientes:

- Apéndice de la Comisión Oficial presidida por Don Antonio Morales (año 1900): arts. 677-683.
- Apéndice de los Licenciados Arvizu y Aizpun (año 1929): arts. 42-47.
- Apéndice del Ilustre Colegio Notarial de Pamplona (año 1930): arts. 37-43.
- Apéndice de la Excma. Diputación Foral de Navarra (año 1945): arts. 42-48.⁹

El Testamento de Hermandad navarro ha llegado a nuestros días gracias a la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, que recoge dicho Testamento en las Leyes 199-205.

c) País Vasco:

La Comunidad Autónoma del País Vasco hay que dividirla en tres Territorios Históricos, donde en cada uno de ellos existía un derecho autónomo, independiente del derecho del resto de territorios. Estos territorios eran Vizcaya, Guipúzcoa y Álava, que son las provincias que actualmente conforman el País Vasco.¹⁰

a. Vizcaya

Comenzaremos hablando de Vizcaya, donde el testamento mancomunado se reguló por primera vez en el Fuero Viejo de 1452, en la ley 124. Esta ley regulaba lo siguiente: *“Dixieron que auian de Fuero e de costumbre antiguamente que si el / marido en su enfermedad o sanidad e la muger fezieren testamento / e mandas de vn acuerdo e consuno que el tal testamento e mandas / en el contenidas ualiesen, e la muger despues de el marido, ni el marido despues de la muger, non puedan reuocar si el marido o la / muger murieren dentro de anno e dia, e si amos fueren viuos en anno / e dia, que despues de pasado anno e dia cada vno de ellos pueda reuocar e fazer testamento e mandas como quisiere o por bien touiere, e por / ende dixieron que afirmaban e estableçian por Fuero e por ley el dicho vso / e costumbre, que valiese asi de aqui adelante (signo) /.”*

⁹ Véase redacción original de los artículos en SANTAMARÍA DE CRISTOBAL, José Luis, *El Testamento navarro de Hermandad: Su arraigo en las costumbres y su régimen en el Fuero*, cit., pp. 466-475.

¹⁰ En relación al origen del testamento mancomunado en el País Vasco, véase BARRUETABEÑA ZENEKORTA, Maite, *El testamento mancomunado o de hermandad en el derecho civil del País Vasco*, cit., pp. 33-45.

Las características de esta Ley eran las siguientes: por un lado, tenía que existir una relación conyugal, y lo podían realizar tanto en la enfermedad como en la salud. Por otro lado, se le da una especial importancia a la revocación: si durante el periodo temporal de un año y día desde el otorgamiento del testamento alguno de los cónyuges fallece, el testamento se vuelve irrevocable. Sin embargo, si durante ese periodo ninguno de los cónyuges fallece, el testamento es totalmente revocable por cualquiera de ellos.

La siguiente regulación del testamento mancomunado se encuentra en el Fuero Nuevo de 1526, donde se amplió bastante poco la anterior regulación. La regulación se encontraba en la Ley 1ª del Título XXI:

“Ley 1. Del Testamento que Marido, y Muger hacen juntos, y en qué casos el que queda vivo lo puede revocar.

Otrosí, dixeron: Que havian de Fuero, y establecian por Ley, que si el Marido en su fin, ó enfermedad, ó sanidad, y su Muger, hicieren Testamento, y mandas de un acuerdo, y consejo; ó el Testamento que hiciere el uno, el otro lo loare, y aprobare por bueno, ó ratificare en vida del Testador que muere: que el tal Testamento, ó manda, y institucion, é instituciones, en el tal Testamento contenidas, valgan, y sean valederas; y que si el uno de ellos falleciere desde el tiempo de tal Testamento, dentro de año, y día; el que de ellos quedare vivo, no lo pueda revocar, ni vender, ni enagenar bienes algunos de los contenidos en tal Testamento, ó manda, ni disponer de ellos otra cosa alguna de lo contenido el tal Testamento: ni por deudas, que despues haga el tal que vivo queda, se vendan, ni execute: Con que pueda disponer del usufructo de su meytad, sin daño de la propiedad, todo el tiempo que viviere, á su voluntad: Pero si ambos llegaren á vivir dende año, y día, cada uno de ellos lo podrá revocar, y disponer otra qualquier última, y postrimera voluntad.”

Esta Ley del Fuero Nuevo no exigía la simultaneidad en su otorgamiento, sino que existía unidad de voluntades. No se tenía en consideración el otorgamiento conjunto en tiempo e instrumento.

Otra posibilidad que añadía esta Ley era que el testamento que hubiese otorgado uno de los cónyuges lo aprobara el otro cónyuge o que lo ratificara antes de que el cónyuge otorgante muriera (*“Que havian de Fero, y establecían por Ley, que si el Marido en su fin, ó enfermedad, ó sanidad, y su Muger, hicieren Testamento, y mandas de un acuerdo,*

y consejo; ó el Testamento que hiciere el uno, el otro lo loare, y aprobare por bueno, ó ratificare en vida del Testador que muere”).

Otra nueva característica que introducía esta Ley era las posibilidades de vender, enajenar o disponer de los bienes, y también mencionaba las deudas adquiridas y el derecho de usufructo.

El Fuero Nuevo tuvo una larga vigencia ya que estuvo vigente en Vizcaya hasta el año 1959, cuando entró en vigor la Compilación de Vizcaya y Álava.

En el Proyecto de Apéndices del Código Civil estuvo presente el testamento mancomunado, pero no prosperó dicha iniciativa. Tampoco prosperó un Informe del año 1928 del Colegio de Abogados de Bilbao, que recogía el testamento mancomunado en su título V.

En 1959 entró en vigor la Compilación de Vizcaya y Álava, en la que se introdujeron instituciones que podría tener una regulación futura en el Código general, pero en ellas no se encontraba el testamento conjunto.

No fue hasta 1992 cuando se incluyó el testamento mancomunado en la regulación de la Ley de Derecho Civil Foral.

b. Guipúzcoa

En cuanto a la provincia de Guipúzcoa, el Derecho sucesorio no gozaba de suficiente regulación en los Fueros otorgados a las Villas, en los Cuadernos de Hermandad ni en las recopilaciones de Ordenanzas, por lo que fue necesario acudir al Derecho castellano, aunque también el Derecho consuetudinario tenía mucha presencia.

Las figuras que introducía el Derecho consuetudinario en Guipúzcoa tenían un pilar fundamental: mantener indiviso el patrimonio familiar, llamado caserío. Entre estas figuras se puede encontrar el testamento mancomunado, por lo que, por consiguiente, el origen del mismo en Guipúzcoa se encuentra en el Derecho consuetudinario.

Hasta la Ley de Derecho Civil Foral no gozó esta provincia de ninguna regulación al respecto. Al principio, solo se reconoció algunas prácticas utilizadas en dicha provincia, por lo que no fue hasta la modificación de la Ley del Derecho civil del País Vasco en

1999 cuando se reguló totalmente el testamento mancomunado, concretamente en los arts. 172 a 178.

c. Álava

Por último, analizaremos el testamento mancomunado en Álava. Este territorio histórico se divide en tres zonas según el panorama jurídico. Por un lado, se encontraban los municipios de Llodio y Aramaio, donde se aplicaba el Derecho vizcaíno, y por otro lado, se encontraba el territorio donde regía el Fuero de Ayala.

La primera transcripción del Fuero de Ayala ocurre en 1373, y en la misma ya se acepta la libertad de testar. Ese momento es el origen del testamento mancomunado en Álava, ya que, aunque no se encuentra ninguna mención al mismo, se puede deducir que en la libertad de testar entra la libertad de realizar testamentos conjuntamente.

En el Derecho alavés no encontramos casi ninguna modificación hasta el siglo XX, cuando en el Proyecto de Apéndice, anteriormente citado en relación a la provincia de Vizcaya, se introdujo esa libertad de testar en el art. 133.

Esa “libertad de testar” se introdujo igualmente en la Compilación, en el art. 62, y en el art. 134 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco.

Todas las actualizaciones tienen la misma redacción que en el Fuero de Ayala, por lo que pocas han sido las novedades desde el mismo.

d) Galicia:

Al igual que ocurrió en Aragón, en Galicia el testamento mancomunado se pudo desarrollar gracias al Derecho consuetudinario, puesto que la falta de autonomía legislativa impidió su regulación.¹¹

El desarrollo del testamento mancomunado fue paralizado una vez entró en vigor el Código Civil, ya que, como sabemos, incluía una prohibición sobre testar en mancomún.

Lo que ocurrió en Galicia fue una eliminación de sus costumbres forales por ser contrarias al Código Civil. En la Compilación de Derecho civil de Galicia de 1963 no se incluyó el testamento mancomunado, por lo que se aplicaba supletoriamente el régimen de la

¹¹ En relación al origen del testamento mancomunado en Galicia, véase LÓPEZ SUÁREZ, MARCOS A, *El Testamento mancomunado en la Ley de Derecho civil de Galicia*, cit., pp. 29-39.

legislación estatal. Sin embargo, ello no impidió que el espíritu del testamento mancomunado siguiese estando presente en Galicia, puesto que, los testadores, ante la imposibilidad de otorgarlo, disponían de sus voluntades en instrumentos separados pero con mismo contenido, llegando al convencimiento de que otorgaban un único testamento.

Fue a partir de la Constitución de 1978, en concreto, de su art. 149.1.8º, cuando Galicia asumió la competencia para “conservar, modificar y desarrollar” el Derecho civil propio.

De ahí surge la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, donde se recogen multitud de figuras consuetudinarias, entre las que se encuentra el testamento mancomunado. Concretamente, se regula en la Sección 2ª, del Capítulo III, del Título VIII (arts. 137-140).

4. Los testadores

4.1 Requisitos generales

En este primer apartado nos vamos a referir únicamente al número de testadores y a la relación entre ellos a la hora de realizar el testamento mancomunado.

Como sabemos, el testamento mancomunado o de hermandad tiene como característica principal que es otorgado por más de una persona. Pero, ¿cuántas personas pueden otorgarlo? Y por otra parte, ¿debe existir alguna relación entre ellos? A continuación vamos a dar respuesta a estas preguntas.

a) Aragón

Comenzaremos con el CDFA, que regula los testadores en el art. 417, donde regula lo siguiente:

“1. Los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón. 2. Si uno de los dos testadores es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal, pueden testar mancomunadamente aun fuera de Aragón.”

De este artículo podemos sacar dos requisitos generales para otorgar el testamento mancomunado: en primer lugar, no hace falta que haya una relación conyugal ni de parentesco entre ellos y, en segundo lugar, que deben ser únicamente dos los testadores que otorguen tal testamento.

Esta es una novedad que introdujo la Ley de Sucesiones por causa de muerte, y que posteriormente se introdujo en el CDFA, con respecto a sus dos regulaciones anteriores. En el Apéndice de 1925, su primer artículo relativo al testamento mancomunado decía que “los cónyuges pueden testar de mancomún”, y en la Compilación de 1967 se regulaba en el art. 94 que “los cónyuges aragoneses pueden testar en mancomún, aun fuera de Aragón”.

b) Navarra

En cuanto a la legislación foral de Navarra, los otorgantes se encuentran regulados en la Ley 199 de la CDCFN:

“Es testamento de hermandad el otorgado en un mismo instrumento por dos o más personas”.

En esta definición vemos que los requisitos exigidos respecto al número de otorgantes en Navarra nada tienen que ver con los que hemos visto en Aragón. En este caso, se permite que haya más de dos otorgantes, incluso no existe límite de otorgantes. En el caso de la relación existente entre ellos, no se dice nada.

Si retrocedemos al Fuero General, en IV, tít. IV, lib. II, dice: *“Et si marido et mujer fazen destin en uno...”*, por lo que originariamente sí que se exigía una relación conyugal entre ellos. Pero ello cambió con la Ley 41 de Cortes de Pamplona (1765-1766), en la que se establecía: *“...de aquí adelante el testamento de hermandad de marido y mujer, o de cualquiera otras personas”*, por lo que ya se abrió la posibilidad a realizarlo entre personas sin ningún tipo de relación.

c) País Vasco

En tercer lugar, analizaremos la legislación del País Vasco. Actualmente, los testadores se encuentran regulados en el art. 24 de la LDCV:

“Se considera mancomunado el testamento siempre que dos personas, tengan o no relación de convivencia o parentesco, disponga en un solo instrumento y para después de su muerte de todos o parte de sus bienes”.

En consecuencia, esta regulación es igual que la que encontramos en Aragón, ya que limita el número de testadores a dos, pero no exige ningún tipo de relación parental o de convivencia entre ellos.

Pero, al igual que ocurre con otros lugares, el requisito de la relación conyugal ha sido predominante durante la mayoría de regulaciones. En Vizcaya, ya desde el Fuero Viejo, pasando por el Fuero Nuevo, el Proyecto de Apéndice, el Informe de 1928 y la LDCF de 1992 exigían este requisito.

La novedad se introdujo con la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, para la Comunidad Autónoma Vasca, ya que permite que las parejas de hecho inscritas testen mancomunadamente.

d) Galicia

En último lugar, analizaremos los requisitos existentes en Galicia. Los testadores se encuentran regulados en el art. 187:

“1. Es mancomunado el testamento cuando se otorga por dos o más personas en un único instrumento notarial. 2. Los otorgantes que fueran esposos podrán, además, establecer en el testamento mancomunado disposiciones correspectivas (...).”

En cuanto al requisito de relación conyugal para realizar disposiciones correspectivas nos referiremos en otro capítulo. Por lo que, en cuanto a los testadores, Galicia permite que se realicen por dos o más personas y tampoco exige ningún tipo de relación para llevar a cabo el testamento mancomunado.

En este caso, también es una novedad respecto a la anterior legislación ya que la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, disponía en su art. 137 que: *“los cónyuges gallegos podrán otorgar testamento mancomunado, aun fuera de Galicia”*.

4.2. Capacidad de los otorgantes

En este apartado vamos a referirnos a la capacidad que tienen que tener los testadores a la hora de otorgar el testamento en cada uno de los Derechos forales a tratar.

a) Aragón

Empezaremos con Aragón, que regula la capacidad para testar en general (no solo para testamento mancomunado) en el art. 408 CDFA, en el que se expresa lo siguiente:

“1. Pueden testar todas las personas físicas que, al tiempo de otorgar testamento, sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural.

2. Pueden otorgar testamento ológrafo quienes sean mayores de edad.

3. La falta de capacidad de testar, general o para una forma concreta de testamento, en uno de los testadores impide otorgar el testamento mancomunadamente”.

Por lo tanto, de este artículo podemos sacar varias conclusiones:

En primer lugar, para otorgar testamento se necesita ser mayor de catorce años y tener capacidad natural y, por otra parte, ser mayor de edad para otorgar testamento ológrafo.

Tal y como explica SÁNCHEZ-RUBIO¹², “la exigencia del precepto legal es precisamente la mayoría de edad y no la de haber alcanzado una edad concreta por tener cumplido un número determinado de años –hoy dieciocho- de suerte que si ambos testadores o alguno de ellos es un aragonés legalmente casado, aunque sea menor de dieciocho años tiene la condición de mayor de edad, según dispone el art. 4.1.b) CDFA”.

Por otra parte, tenemos otras cuestiones que pueden limitar la capacidad de testar de los aragoneses, que son aquellas limitaciones físicas o psíquicas que pueda sufrir el testador. Siguiendo a SÁNCHEZ-RUBIO¹³, en el caso del testador ciego o que no sabe leer, aplicaremos el 708 CC supletoriamente, por el que se impide otorgar en ese caso testamento cerrado. En opinión del profesor citado, el que es ciego o no sabe leer tampoco podría otorgar testamento ológrafo debido a los requisitos exigidos en el art. 411 CDFA.

Los requisitos deben concurrir en los dos testadores, ya que según el apartado 3 del citado art. 408, la falta de capacidad de alguno de los testadores no permite testar en mancomún, aunque, según el art. 409, “*basta que concurren en uno de los testadores las circunstancias requeridas por cualquier forma especial o excepcional para que se pueda otorgar mancomunadamente*”.

b) Navarra

En cuanto a Navarra, la capacidad para testar la encontramos en la Ley 184 CDCFN:

“Son incapaces para testar:

- 1. Los impúberes.*
- 2. Los que en el momento de otorgar testamento no se hallaren en su cabal juicio. Respecto al testamento otorgado en intervalo lúcido se estará a lo dispuesto en el Código Civil.”.*

En cuanto al primer apartado, debemos relacionarlo con la Ley 50 CDCFN:

“La capacidad plena se adquiere con la mayoría de edad al cumplirse los dieciocho años. Los menores de edad que sean púberes tendrán capacidad para los actos determinados

¹² SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo, *El testamento mancomunado aragonés*, cit., p. 133.

¹³ SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo, *El testamento mancomunado aragonés*, cit., p. 133.

en esta Compilación. Se consideran púberes los mayores de catorce años de uno y otro sexo.

Los púberes no emancipados pueden aceptar por sí solos toda clase de liberalidades por las que no contraigan obligaciones, aunque aquéllas contengan limitaciones o prohibiciones sobre los bienes objeto de la liberalidad”.

Por lo tanto, púberes son aquellas personas mayores de catorce años, por lo que, es a partir de ese momento cuando tienen capacidad para testar.

En relación al segundo apartado de la Ley 184, es decir, al intervalo lúcido, estaremos a lo dispuesto en el art. 665 CC: *“Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”*, ya que, según GARCÍA-GRANERO¹⁴, es de constante aplicación en la práctica jurídica.

En el caso del testamento de hermandad o mancomunado, se tienen que cumplir los requisitos por parte de todos los otorgantes. Ello se deduce de la Ley 199 CDCFN en su apartado segundo cuando dice: *“A efectos de lo dispuesto en las leyes ciento ochenta y nueve y ciento noventa, la circunstancia del peligro inminente de muerte bastará que concurra en uno de los otorgantes”*. Estas leyes se refieren al testamento ante Párroco y ante testigos, pero nos hace ver que solo en ese caso pueden no cumplirse los requisitos en todos los otorgantes.

c) País Vasco

En cuanto al País Vasco, el art. 24.5 LDCV exige que ambos testadores estén emancipados en el momento de otorgar el testamento. Esa es la única exigencia que contempla la regulación. Al no regular nada acerca de las incapacidades físicas o psicológicas, tendríamos que acudir a la legislación supletoria, en este caso el Código Civil, que analizaremos a continuación.

¹⁴ GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan, *Derecho Foral de Navarra (Recopilación privada)*, Diputación Foral de Navarra (Institución Príncipe de Vergara), Pamplona, 1971, p. 179.

d) Galicia

En último lugar, hablaremos de la capacidad para testar en el Galicia. En este territorio no existe en su legislación un artículo dedicado a la capacidad a la hora de testar, por lo que tendremos que acudir a la legislación supletoria, en este caso, al Código Civil. En concreto, acudiremos a los artículos 662-666 del mismo. Además, cabe destacar que el Código Civil tiene ciertas similitudes en cuanto a la capacidad con las legislaciones anteriormente analizadas.

El art. 662 CC dice lo siguiente: *“Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”*. En este artículo se establece un principio genérico de libertad. Las limitaciones a esta libertad están recogidas en el artículo siguiente, en el 663, y deben interpretarse de forma restrictiva:

“Están incapacitados para testar:

1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.”

En el primer caso, no ofrece ninguna duda a la hora de interpretarse, ya que es a partir de los catorce años cuando las personas adquieren la capacidad para testar.

En el segundo caso, refiriéndose al “cabal juicio” tenemos relacionarlo al art. 666 CC en el que se dice que la capacidad del testador se atenderá al estado en que se halle en el momento de otorgar el testamento.

Con respecto a la definición de “cabal juicio”, según LOPEZ SUAREZ¹⁵: “La doctrina ha encontrado dos elementos inseparables: el primero está relacionado con la capacidad de conocer el significado y el alcance de testar, y el segundo, relacionado con la capacidad de querer verdaderamente las disposiciones que se otorgan. (...). La locución “cabal juicio” no se circunscribe de manera específica a las enfermedades de tipo mental, sino que, en términos generales, comprende todos aquellos trastornos o perturbaciones que inciden en la voluntad o en la inteligencia del testador impidiendo que éste sea consciente del significado del acto de testar”.

¹⁵ LÓPEZ SUÁREZ, MARCOS A, *El Testamento mancomunado en la Ley de Derecho civil de Galicia*, cit., pp. 80-92.

4.3. La vecindad civil

A. Testamento mancomunado y vecindad civil

En primer lugar, para analizar el requisito de la vecindad civil, acudimos al artículo 16 CC, que establece que: *“los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV...”*. Esta norma nos remite al capítulo IV, en concreto al artículo 9 CC: *“la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad”*, es decir, la ley personal corresponde a la ley nacional. Seguidamente, acudimos al artículo 16.1 CC que establece que: *“será ley personal la determinada por la vecindad civil”*, es decir, a nivel interno, la ley personal es la determinada por la vecindad civil.

De acuerdo con ello, las normas forales se aplicarán, en cada caso, a quien tenga la vecindad civil de ese lugar. Por ejemplo, a una persona con vecindad civil aragonesa se le aplicará el CDFA, ya que es su ley personal.

En las cuatro legislaciones que estamos analizando se exige la vecindad civil del lugar que se trate como requisito para testar de mancomún.

En Aragón se regula en el art. 417.1 CDFA: *“los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón”*.

En Navarra se establece en la Ley 200 CDCFN que: *“los navarros pueden otorgar testamento de hermandad tanto en Navarra como fuera de ella, así en España como en el extranjero”*.

En el País Vasco, acudimos al art. 24.3 LDCV en el que se establece que *“quienes ostenten vecindad civil en el País Vasco pueden testar de mancomún aun fuera de esta Comunidad Autónoma”*.

Por último, en Galicia se regula en el art. 188 LDCG: *“los gallegos podrán otorgar testamento mancomunado en Galicia o fuera de ella”*.

El tema de la vecindad civil nos puede llevar a distintos problemas de derecho interregional:

El requisito de la vecindad civil, es decir, de que la ley personal de cada persona permita testar en mancomún, es muy importante a la hora de otorgar testamento. En ocasiones, puede ocurrir que uno o todos los testadores que otorgaron testamento mancomunado cambien de vecindad civil. En este caso, el testamento otorgado anteriormente sería totalmente válido, ya que en el momento de otorgarlo, las leyes personales de los testadores lo permitían. El problema viene cuando uno de los testadores, una vez que ha cambiado de vecindad civil, quiere otorgar un nuevo testamento, por lo que debemos tener en cuenta sobre qué ley se registrará la revocación del anterior. La revocación debe registrarse por la ley por la que se otorgó el testamento, ya que un cambio de vecindad civil no supone la invalidez o ineficacia de un testamento mancomunado otorgado con anterioridad. Así se constata en el art. 9.8 CC en el que se establece que *“las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez...”*, es decir, aunque uno de los testadores cambie de vecindad civil, el testamento otorgado con anterioridad en base a su ley personal, seguirá siendo válido.

Otro problema que se puede plantear es cuando uno de los testadores no tiene la vecindad civil exigida porque ha cambiado en varias ocasiones de residencia, o porque todavía no ha cumplimentado el plazo de diez años de residencia, por ejemplo.

Por lo tanto, a la hora de realizar un testamento mancomunado, es muy importante saber qué vecindad civil es la que tiene cada persona puesto que, si se realiza un testamento mancomunado por personas que lo tienen prohibido por su ley personal, el testamento sería inválido.

A continuación, vamos a explicar la situación que se produce cuando dos personas testan mancomunadamente y cada una tiene una vecindad civil diferente. Esta circunstancia está permitida en la normativa de Aragón y País Vasco. En Aragón se regula concretamente en el art. 417.2 CDFA: *“Si uno de los dos testadores es aragonés, y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal, pueden testar mancomunadamente, incluso fuera de Aragón”*, y el art. 24.4 LDCV: *“También podrán testar mancomunadamente, dentro o fuera de su comunidad autónoma, en unión con otro causante cuya ley personal no le prohíba hacerlo en mancomún”*.

Lo que quieren decir estos artículos es que por ejemplo, un aragonés y un navarro, o un vasco y un gallego pueden testar de mancomún puesto que sus leyes personales lo

permiten. No ocurriría lo mismo cuando se tratase de una persona con vecindad civil común ya que el Código Civil lo prohíbe expresamente.

Esta situación puede plantear problemas respecto a las características del testamento mancomunado: por ejemplo, la forma, ya que, como veremos, cada legislación tiene una regulación diferente respecto a ella, o en cuanto al régimen de revocación, ya que también es distinto en cada una de las regulaciones, como veremos más adelante. Según BELLOD¹⁶, “la solución está en que sean los propios testadores quienes determinen el régimen de revocación.”

B. Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de junio de 2016, relacionada con la vecindad civil.

Este caso plantea la determinación de la vecindad civil a los efectos de la ley aplicable a la sucesión, especialmente, respecto al modo de adquisición de la vecindad civil por residencia continuada de 10 años.

Los hechos son los siguientes:

Lorenza, nacida en Córdoba, y Luciano, nacido en Navarra, contrajeron matrimonio en 1944 y tuvieron cuatro hijos: Rosario (la demandada), Ceferino (padre de los demandantes fallecido en 2010), Modesta y Eladio. Lorenza y Luciano residieron desde 1960 hasta sus fallecimientos (ella falleció en 2002 y él en 2007) en Cataluña. En 2001 otorgaron testamento de hermandad. Cuando falleció Lorenza, Luciano aceptó la herencia del testamento de hermandad en el que se instituyeron recíprocamente herederos universales, con expresa facultad al sobreviviente para disponer a título oneroso o lucrativo por actos intervivos o mortis causa. En el caso de que el superviviente no hiciera disposición de sus bienes o solo parcialmente, los consortes establecieron algunas disposiciones. También habían otorgado otros testamentos de hermandad anteriormente, concretamente, en 1975, 1976, 1980 y 1999.

Una vez fallecida Lorenza, Luciano manifestó que su esposa había otorgado testamento de hermandad con él en 2001, por ostentar ambos vecindad civil navarra, él por nacimiento y ella por matrimonio, por lo que regía dicha ley su sucesión.

¹⁶ BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA, Elena, *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón: doctrina y jurisprudencia*, Ed. Dykinson, 2015, p. 591.

En 2004 y 2007, Luciano otorgó testamentos abiertos en los que manifestaba ostentar la vecindad civil catalana. En el último testamento legaba a sus hijos las legítimas e instituía heredera única y universal a su hija Rosario (la demandada). Ceferino (padre de los demandantes), falleció en 2010 sin aceptar ni repudiar la herencia.

La demanda se interpuso por Rubén y Juan Francisco (hijos de Ceferino) contra Rosario solicitando que:

- Se declare que Lorenza no ostentaba la vecindad civil navarra en el momento de otorgar testamento ni cuando falleció.
- Se declare que adquirió la vecindad civil catalana en 1971, tras diez años de residencia continuada.
- Se declare nulo e ineficaz el testamento de hermandad de 2001.
- Se declare nula la institución de heredero de su esposo y se declare la apertura de la sucesión intestada de Lorenza.

Rosario se opuso a la demanda manifestando que en el momento de otorgar testamento, Lorenza tenía vecindad civil navarra, que adquirió por matrimonio y no perdió por residencia continuada en Cataluña porque existía una declaración de voluntad en el Registro Civil y solamente si hubiera adquirido la vecindad civil navarra por residencia, la perdería por residencia. Además, Lorenza manifestó su voluntad de conservar la vecindad civil navarra al otorgar todos los testamentos de hermandad. Los testamentos de hermandad anteriores no eran nulos, sino revocados por los posteriores.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda interpuesta, resolviendo que Lorenza tenía vecindad civil catalana desde 1971 por residencia continuada. Por ello, Rosario interpuso recurso de apelación, que la Audiencia estimó en parte, pero confirmó los pronunciamientos básicos de la primera sentencia en cuanto a la vecindad civil catalana, la nulidad el testamento y la institución de heredero.

Uno de los fundamentos fue que según el art. 14.4 CC, antes de la reforma de 1990, determinaba que la mujer casada seguía la condición del marido, pero el transcurso de diez años en otro territorio determinaría que la mujer casada pierde la vecindad del marido para adquirir la del territorio de residencia. Por otra parte, se declara nulo el testamento

de hermandad porque el Código de Sucesiones catalán vigente en la fecha del fallecimiento de Lorenza no lo contempla.

Rosario interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, que es desestimado, ya que la Audiencia confirma el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia.

Por último, la demandada interpone recurso de casación por tres motivos:

- Denuncia el retraso desleal de la acción ejercitada, ya que los demandantes han tardado ocho años y ello se debe a que los actores no heredan por derecho de representación, ya que el padre no premurió a la abuela, sino por el *ius transmissionis* al subrogarse en el *ius delationis* que ostentaba el padre que falleció sin aceptar ni repudiar la herencia, además, el plazo dobla el de caducidad para la nulidad del testamento según el Código Civil catalán.

Este motivo se desestima porque, pese al lapso de tiempo transcurrido, no es hasta la muerte del padre cuando los actores toman conciencia de la situación de la herencia del mismo.

- Denuncia la infracción del art. 14.3.2º CC y 9.8 CC, por interpretación errónea, así como las leyes 148, 199 y 201 CDCFN por inaplicación, alegando que Lorenza tenía la vecindad civil navarra incluso en el momento de fallecer, y no la pudieron perder los cónyuges por residencia en Cataluña, ya que se adquirió mediante declaraciones en el Registro civil, como es el acta de nacimiento del esposo y matrimonio respecto a la esposa.

Este motivo se desestima, ya que la Audiencia interpreta correctamente la norma relativa a la adquisición de la vecindad civil por residencia continuada durante diez años.

- Denuncia la infracción de los arts. 2.3 CC y 9.3 de la Constitución, así como de los artículos citados anteriormente, porque sostiene que la pérdida de la vecindad civil de Lorenza se produjo una vez derogada la vinculación marital por la Constitución, y por tanto, la vecindad civil adquirida en 1988 (diez años desde la entrada en vigor de la Constitución), conlleva la validez de los testamentos de 1980, 1975 y 1976 aunque fueron revocados por el siguiente.

Este motivo también es desestimado ya que la declaración de vecindad civil catalana que realiza la Audiencia, no responde ni a la aplicación retroactiva de la norma constitucional

ni a la posible retroactividad sobre esta materia que se derive de la reforma de 1974 del Código Civil.

Por ello, el Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Rosario.

He elegido esta sentencia porque se ve claramente los problemas que puede causar la vecindad civil en la validez de los testamentos mancomunados y de hermandad. Por ello, hay que estar muy atento a la vecindad civil que se ostenta en el momento de otorgar esta clase de testamento, ya que la falta de observancia puede acarrear una serie de problemas como los aquí expuestos.

5. Apertura de la sucesión.

Encontramos la apertura de la sucesión en Galicia, Aragón y País Vasco (arts. 195, 29 y 418 respectivamente), con un texto prácticamente igual. En cuanto a Navarra, tampoco tenemos ninguna regulación acerca de la apertura de la sucesión.

En el País Vasco y en Aragón se establece que al morir el primero de los testadores se abrirá su sucesión, por lo que producirán efectos y adquirirán eficacia sus disposiciones testamentarias, pero no las del otro testador.

Según establece BELLOD¹⁷, en algunos casos puede confundirse el momento de apertura de la sucesión, por ejemplo, “cuando es un matrimonio el que otorga el testamento, es habitual que se nombren recíprocamente fiduciarios y que el supérstite ejecute la fiducia y disponga de sus bienes y de los del premoriente. Entonces, los llamados a la sucesión acceden a ambas herencias a la vez, cuando fallece el supérstite, por lo que podría entenderse erróneamente que la sucesión de ambos testadores se abre cuando fallece el último de ellos”.

Otro aspecto que se regula en Aragón, País Vasco y Galicia es la entrega de copias del testamento. En las tres regulaciones se establece que los interesados en la sucesión tendrán derecho a una copia del testamento mancomunado, pero solo referida a las disposiciones otorgadas por su causante, es decir, a las que afecten a la sucesión abierta, pero no a las del otro testador, todavía vivo. Con ello, se trata de salvaguardar la intimidad del otro o de los demás, en el caso de Galicia, otorgantes.

¹⁷ BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA, Elena, *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón: doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 592.

6. Forma del testamento mancomunado.

A continuación, vamos a explicar las diferentes formas que puede revestir el testamento mancomunado.

Debemos distinguir dos clases: comunes y especiales (art. 676 CC). Dentro de los comunes nos encontramos con el testamento abierto, el cerrado y el ológrafo. Se consideran especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

- Testamento abierto (art. 679 CC): Normalmente es el testamento que más se utiliza, ya que sus ventajas son muchas, como por ejemplo, el asesoramiento del notario. En este caso, los testadores manifiestan su voluntad ante el Notario autorizante.
- Testamento cerrado (art. 680 CC): En esta clase de testamento, los testadores manifiestan su voluntad por escrito, para después entregárselo al Notario autorizante en un sobre cerrado.
- Testamento ológrafo (art. 678 CC): Consiste en que los testadores escriben el testamento por sí mismos, con sus respectivas firmas y la fecha. Tiene como ventajas su sencillez además de ser totalmente secreto, pero tiene más inconvenientes, como la inseguridad jurídica por su falta de publicidad, ya que es fácil perderlo, robarlo, etc.
- Testamento militar (art. 716 CC): Se realiza en tiempos de guerra por militares, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás empleados del ejército, y se otorga ante un Oficial.
- Testamento marítimo (art. 722 CC): Es el realizado por los viajeros por mar y se puede realizar ante el responsable del barco. Puede ser de forma abierta o cerrada, u oral ante dos testigos en peligro de naufragio.
- Testamento en país extranjero (art. 732 CC): Es el testamento otorgado fuera del territorio nacional, sujeto a las formas establecidas por el país en el que se hallen.

También tenemos que hacer una mención a los testamentos excepcionales, que simplemente son variantes de los testamentos ordinarios (abiertos y cerrados) y de los testamentos especiales (militar y marítimo). Los testamentos excepcionales ordinarios son los siguientes: testamento del incapacitado ante Notario y dos médicos (art. 665 CC); testamento en lengua extranjera (art. 684 CC); testamento del enteramente ciego, sordo, mudo o que no sabe leer o firmar (art. 697 CC); testamento abierto en peligro inminente

de muerte (art. 700 CC) y testamento abierto en caso de epidemia (art. 701CC). Los testamentos excepcionales especiales son los siguientes: testamento militar en peligro próximo de acción de guerra (art. 720 CC) y testamento marítimo en peligro de naufragio (art. 731 CC).

En cuanto a la forma en los derechos forales, comenzaremos por Aragón, cuya legislación regula en el art. 409 la forma de los testamentos:

“1. El testamento mancomunado, en tanto sea compatible con los requisitos establecidos para cada una de ellas, y el unipersonal pueden revestir cualquier forma, común, especial o excepcional, admitida por la ley.

2. Basta que concurran en uno de los testadores las circunstancias requeridas por cualquier forma especial o excepcional de testamento para que se pueda otorgar mancomunadamente”.

En este artículo podemos observar que en Aragón no existe ninguna prohibición respecto a alguna forma testamentaria, ya que puede revestir el testamento mancomunado cualquier forma.

En Navarra existe la prohibición de testamento ológrafo en la Ley 199 CDCFN, pero puede revestir cualquier otra forma siempre que se cumplan los requisitos. Debemos destacar una especialidad de esta regulación, ya que en las Leyes 189 y 190 se establece que si el testador se halla en peligro de muerte y no se puede acceder a un Notario, se podrá realizar ante el Párroco u otro Clérigo ordenado de Presbítero, y en el caso de que estos no pudiesen obtenerse, se podrá otorgar el testamento frente a tres testigos. Además, la Ley 199 establece que en el caso de peligro inminente de muerte bastará con que concurra en uno solo de los testadores.

En cuanto al País Vasco y Galicia, sus regulaciones son más estrictas, ya que solo admiten la forma abierta notarial. Está recogida en el art. 24.6 LDCV y art. 189 LDCG.

7. Contenido.

7.1. La institución recíproca de herederos.

Según BELLOD¹⁸, la institución recíproca entre otorgantes es “la posibilidad de que los testadores en testamento mancomunado puedan instituirse recíprocamente herederos aunque tengan hijos, sin perjuicio de los derechos legitimarios”.

Esta institución está ampliamente regulada en el CDFA, y también tenemos alguna regulación en la LDCV. En cuanto a la normativa de Navarra y Galicia, no encontramos ninguna regulación como tal, pero sí alguna referencia: por ejemplo, en Navarra, en la Ley 203, párrafo 3^a se establece que “*si el testamento contuviere institución recíproca y designación de heredero común, con prohibición de enajenar, se entenderá referida la prohibición solamente a los bienes del testador premuerto*”. Además, según SALINAS¹⁹, “el principio de libertad civil sucesoria constituye en Navarra uno de los pilares fundamentales del Derecho”, por lo que cabe deducir que es totalmente factible la institución recíproca de herederos en dicho territorio.

En cuanto a Aragón, la institución recíproca se ha asimilado desde su primera regulación al “pacto al más viviente”, como ya se introdujo en el Apéndice y en la posterior Compilación. Esto suponía que la institución fuese ineficaz si los otorgantes fallecían con hijos o descendientes. El “pacto al más viviente”, según BARRUETABEÑA²⁰, lo entendemos como “una institución hereditaria mutua entre cónyuges, el cual reconoce ciertas consecuencias, a no ser que se hubiesen establecido otras por los propios causantes, en relación con las disposiciones recíprocas decididas entre ambos”.

Esta regulación cambió con el CDFA, que en su art. 419.1 establece “*si los testadores no establecen los efectos del <<pacto al más viviente>>, las disposiciones sucesorias recíprocas entre ellos producirán los que le son propios, sin perjuicio, en su caso, de los derechos sucesorios*”. Es decir, sí es posible que los testadores establezcan los efectos al

¹⁸ BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA, Elena, *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón: doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 593.

¹⁹ SALINAS QUIJADA, Francisco, *Derecho Civil de Navarra*, cit., p. 341.

²⁰ BARRUETABEÑA ZENEKORTA, Maite, *El testamento mancomunado o de hermandad en el derecho civil del País Vasco*, cit., pp. 33-45.

pacto más viviente si así lo desean, pero en ningún caso el pacto al más viviente se presume.

Este mismo artículo nos da dos reglas para determinar el destino de los bienes, las cuales BELLOD²¹ recoge de la siguiente manera:

- “Si los testadores designan herederos o legatarios, respecto de los bienes que quedaren al fallecimiento del último de los testadores, los así designados en los bienes sucederán directamente del primer fallecido.”²²
- Si por el contrario, los testadores no han previsto el ulterior llamamiento de un tercero, al fallecimiento del último de los testadores, los bienes no procedentes del primero que quedaren por no haber dispuesto de ellos el sobreviviente pasarán a los parientes llamados en tal momento a la sucesión legal del primeramente fallecido.”²³ En el caso de que no haya parientes, los bienes quedarán integrados en la herencia del sobreviviente.

En cuanto a la legislación vasca, simplemente encontramos dos referencias a la institución recíproca en el art. 25.1 y 2 en el que se establece que el testamento puede contener liberalidades mutuas solamente o con disposiciones a favor de tercero, y que se pueden designar a los terceros en calidad de sucesores del premoriente y sustitutos del supérstite.

7.2. Las disposiciones correspectivas.

Siguiendo a BELLOD ²⁴ , “las disposiciones correspectivas son disposiciones patrimoniales recíprocamente condicionadas que las partes establecen voluntariamente.” El término correspectividad no lo podemos asimilar a reciprocidad puesto que no es su característica esencial, ya que “también puede ser correspectivas las disposiciones

²¹ BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA, Elena, *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón: doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 593.

²² Por ejemplo, A y B se hacen herederos recíprocamente y de forma subsidiaria a C. A fallece y sus bienes pasan al patrimonio de B. El día que muera B, los bienes que originariamente eran de A pasarán a ser de C, y no será sucesor de B en esos bienes de A.

²³ Por ejemplo, A y B se hacen herederos recíprocamente pero no nombran un heredero subsidiario. A fallece y sus bienes pasan al patrimonio de B. Cuando muera B, se abrirá la sucesión legal sobre sus bienes entre los que se integran los de A.

²⁴ BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA, Elena, *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón: doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 594.

conjuntas o separadas”.²⁵ Por otra parte, CASTIELLA²⁶ define la correspectividad de la siguiente manera: “en un sentido técnico un testamento mancomunado es correspectivo cuando la eficacia de las disposiciones de un testador debe depender de la eficacia de las disposiciones del otro”.

En Aragón encontramos su regulación en el art. 420 CDFA, en el que nos da una definición de disposición correspectivas, y donde se destaca que la correspectividad no se presume, si no que en los casos en que los testadores no la determinen de manera expresa, se tendrá que probar.

En el segundo apartado se regula los efectos de la nulidad o anulación de una disposición, ya que si esto ocurre, produce la ineficacia total de la correspectiva. Con ineficacia nos referimos a que no produce efectos, a pesar de que sea válida. Sin embargo, cuando la ineficacia de una disposición correspectiva sea sobrevenida, no anulará la otra disposición correspectiva sino que simplemente deja de tener ese carácter. Cuando nos referimos a sobrevenida, tal y como explica SÁNCHEZ-RUBIO²⁷, *“no solo nos referimos a la premoriencia en caso de institución recíproca, sino a todos aquellos casos en que siendo un tercero el beneficiario de la disposición, no resulte eficaz por su premoriencia, ausencia declarada, indignidad o repudiación.”*

En la regulación navarra tampoco encontramos ninguna referencia respecto a disposiciones correspectivas.

En el caso del País Vasco, acudimos al art. 25.3 y 4 sobre disposiciones correspectivas, donde se da también una definición de las mismas y se establece que la vinculación correspectiva no se presume. Al igual que en Aragón, también se establece que la nulidad o anulación de una disposición mancomunada produce la ineficacia de cualquier otra que sea correspectiva, aunque, si la ineficacia es sobrevenida, no anulará la correspectiva.

En cuanto a Galicia, su regulación también incluye una definición de disposiciones correspectivas y la nota de que la correspectividad no se presume, concretamente en el

²⁵ Por ejemplo, A y B están casados, hacen testamento y B quiere dejar a su hijo C su piso de la playa que es un bien privativo heredado de sus progenitores. A decide que si B le deja a C su piso en la playa, él le dejará a D su piso de la montaña, pero en el caso de que al final A no se lo deje a C, B tampoco se lo dejará a D, es decir, están recíprocamente condicionadas.

²⁶ CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier, *El testamento mancomunado, institución exportable al Código Civil*, Revista Jurídica de Navarra, núm. 15, 1993, p. 47.

²⁷ SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo, *El testamento mancomunado aragonés*, cit., p. 149.

art. 187.2 párrafo 2º. Lo más llamativo es que en la LDCG, es condición para establecer en el testamento mancomunado las disposiciones corresponsivas que los otorgantes sean esposos, es decir, solo los esposos pueden establecer dichas disposiciones en este testamento. Este es un requisito especial de esta regulación puesto que en ninguna de las demás se solicita.

En cuanto a la disposición de los bienes relativos a disposiciones corresponsivas y en cuanto a la revocación de las mismas, hablaremos de ello en los apartados relativos al tema.

8. Las disposiciones “entre vivos”.

Cuando hablamos de disposiciones “entre vivos” o “inter vivos”, nos referimos a la capacidad de los testadores de disponer de sus propios bienes. Este tema lo encontramos regulado ampliamente en Aragón, Navarra y en Galicia. En la legislación vasca, sin embargo, no encontramos referencia alguna.

a) Aragón

En el caso aragonés, las disposiciones “entre vivos” las encontramos reguladas en el art. 422 CDFA, en el cual establece que cada testador podrá disponer de sus bienes entre vivos, aún después del fallecimiento del otro, ya sea a título gratuito u oneroso. En los siguientes apartados encontramos reglas especiales para los supuestos de los bienes objeto de disposiciones correspectivas.

- En vida de ambos testadores: la disposición de bienes de una disposición correspectiva que suponga la revocación o modificación sustancial de ésta, produce la ineficacia de la correspectiva del otro.
- Muerto un otorgante: el otro puede disponer de los bienes de una correspectiva:
 - o Si lo hace a título lucrativo: la persona a quien el testamento atribuye dichos bienes podrá, fallecido el disponente, pedir a los donatarios o herederos el valor actualizado.
 - o Si lo hace a título oneroso: si supone la ineficacia de la disposición correspectiva, podrá reclamar el valor actualizado de los herederos del disponente.

Estos derechos caducan a los dos años desde el fallecimiento del disponente.

b) Navarra

En cuanto a la legislación navarra, también encontramos dos leyes dedicadas a ello: Ley 203 y Ley 204, una para referirse a la disposición a título oneroso y otra para la disposición a título lucrativo:

- Disposición a título oneroso: los testadores podrán disponer de sus bienes, aún después del fallecimiento de alguno de ellos. También puede disponer, salvo cláusula en contrario, de los bienes recibidos de otro testador premuerto. Por otra parte, si el testamento tiene institución recíproca o designación de heredero

común, con prohibición de enajenar, esa prohibición se refiere a los bienes del premuerto.

- Disposición a título lucrativo: los testadores no podrán disponer de sus bienes excepto:
 - Cuando en el testamento se estableciese otra cosa
 - Cuando estén conformes los demás testadores
 - Cuando se trate de bienes cuya disposición en el testamento no tuviera causa en lo establecido por los demás

c) Galicia

Por último, en Galicia tenemos las disposiciones “entre vivos” reguladas en los arts. 193 y 194. En ellos se establece que cualquiera de los testadores puede disponer, inter vivos o mortis causa, de todo o parte de sus bienes. Sin embargo, salvo que se hiciese por común acuerdo, la disposición de los bienes de una disposición correspectiva, en vida de los cónyuges, produce la ineficacia de las recíprocamente condicionadas a ella.

Por otro lado, fallecido uno de los cónyuges, el otro puede disponer de los bienes de una disposición correspectiva, pudiendo el beneficiario de la disposición reclamar el valor actualizado de los bienes objeto de la disposición con cargo a la herencia del disponente, sin perjuicio de las legítimas. Esta regulación es prácticamente igual que la establecida en el CDFA.

9. Modificación y revocación.

A. Modificación y revocación.

El testamento mancomunado es revocable y modificable como cualquier otro testamento. A continuación vamos a hacer un análisis de las particularidades de la revocación y modificación en cada uno de los Derechos forales que estamos analizando.

a) Aragón.

Según el art. 406.3 CDFA, el testamento unipersonal es un acto esencialmente revocable y el testamento mancomunado es un acto naturalmente revocable.

La revocación y modificación la encontramos regulada en el art. 421 CDFA.

En primer lugar, para analizar este artículo, debemos distinguir dos posibilidades, y es la modificación o revocación en vida de los otorgantes o fallecido uno de ellos.

- En vida de los testadores:
 - o Conjunta:

En el apartado primero se establece que este testamento puede ser modificado o revocado por los dos testadores en un mismo acto, es decir, es posible la revocación conjunta.

- o Unilateral:

En primer lugar, se establece que cada testador podrá revocar o modificar sus disposiciones no correspectivas. Ello no produce ningún problema ya que no afecta a las disposiciones del otro testador.

No ocurre lo mismo cuando las disposiciones son correspectivas, ya que en este caso, solo se podrá hacer en vida del otro testador, y esto dará lugar a la ineficacia de las disposiciones correspectivas del otro. Es decir, si uno de los otorgantes modifica o revoca una disposición correspectiva, da lugar a la ineficacia de la correspectiva del otro otorgante. Ello siempre y cuando los otorgantes no hayan establecido otra cosa.

Esta disposición es bastante lógica puesto que fallecido uno de los otorgantes, las correspectivas son vinculantes, por lo que no se pueden revocar o modificar.

Tenemos otra regla que introduce este art. y es que la revocación o modificación unilateral que se haga en vida del otro se tendrá que realizar en testamento abierto. El notario tendrá

que saber que había un testamento anterior y el domicilio del otro otorgante para notificarle en los ocho días siguientes. Sin embargo, la falta de manifestación por el otorgante, o de notificación por el notario, no afecta a la eficacia de la revocación o modificación. Como establece BELLOD²⁸, “la notificación cumple con la única función de avisar al otro testador para que actúe en consecuencia, por ello se dice que lo que protege esta norma no es al testamento sino a la lealtad éntrelos testadores”.

- Fallecido uno de los testadores

La regla general es que las disposiciones correspectivas se vuelven irrevocables, pero tenemos una excepción, ya que sí que se podrán modificar o revocar las disposiciones correspectivas cuando haya fallecido uno de los otorgantes si concurre en el otro otorgante alguna causa de revocación unilateral de pactos sucesorios. Estas causas están reguladas en el art. 401.1 CDFA y son las siguientes: causas expresamente pactadas, incumplimiento grave de las cargas y prestaciones impuestas al instituido, así como cuando éste, con su conducta, impida la normal convivencia familiar si ésta hubiera sido pactada y, por último, si incurre en causa de indignidad o desheredación.

También se sobreentiende que cada testador puede revocar o modificar sus propias disposiciones no correspectivas aunque haya fallecido el otro otorgante.

b) Navarra.

La regulación navarra actual sobre la revocación (ya que en este caso no se regula la modificación) la encontramos en las leyes 201 y 202 CDCFN. La primera se refiere a la revocación en vida de los otorgantes y la segunda a la revocación fallecido uno de los otorgantes. Analizaremos a continuación cada apartado:

- En vida de los otorgantes: se aplica aunque alguno haya perdido la condición foral.
 - o Conjuntamente por todos los otorgantes del testamento
 - o Cualquiera de ellos de manera unilateral, aunque la revocación no tendrá efecto hasta que los demás la conozcan. Se regulan disposiciones para el caso de que se ignorase el paradero de uno de ellos.

²⁸ BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA, Elena, *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón: doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 596.

La consecuencia que produce la revocación es que dejará sin efecto todas las disposiciones, salvo que se hubiese establecido otra cosa. Como establece GARCÍA-GRANERO²⁹, “la revocación por uno de los testadores debe producir la ineficacia, para todos los demás, de las disposiciones contenidas en el testamento, pero quedando a salvo la libertad dispositiva”.

- Fallecido alguno de los otorgantes: la regla general es que el testamento mancomunado en este caso será irrevocable salvo que se haya establecido otra cosa. Sin embargo, tenemos algunas excepciones:

Se podrá revocar:

- Las disposiciones a favor de persona devenida incapaz o premuerta, sin perjuicio del derecho de representación y acrecimiento.
- Las disposiciones que hubiere establecido en su propia herencia y no afecten a las de los otros testadores. Es decir, un otorgante, aunque haya fallecido otro ya, puede revocar sus disposiciones propias.

Lo destacable de la regulación navarra es que no nombra las disposiciones correspectivas en ningún momento, por lo que, a la hora de tratar la revocación, no encontramos ningún problema por si son correspectivas las disposiciones o no. Esta es una de las diferencias que encontramos con Aragón.

c) País Vasco.

En el País Vasco, encontramos la revocación o modificación en los arts. 24, 27 y 28 LDCV. También vamos a ver la revocación en vida de los testadores y fallecido uno de ellos.

- En vida de ambos testadores:
 - Conjuntamente: respetando las mismas formalidades exigidas para su otorgamiento o por pacto sucesorio.
 - Unilateralmente: Se debe hacer en testamento abierto o mediante pacto sucesorio. Al igual que ocurre en Aragón, aquí también debemos tener en cuenta la notificación, practicada por el notario dentro de los 10 días siguientes. El otorgante que revoca es el que tiene que señalar al notario el

²⁹ GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan, *Derecho Foral de Navarra (Recopilación privada)*, cit., p. 183.

domicilio del que tiene que ser notificado. Sin embargo, la ocultación del paradero o la falta de notificación no afectará a la eficacia de la revocación o modificación.

Por otra parte, la revocación unilateral supone la ineficacia de todas cláusulas del testamento.

- Fallecido uno de ellos: no podrá revocar ni modificar el otro las disposiciones sobre su propia herencia si afectasen a las disposiciones del premuerto, pero, como se desprende de la norma, sí que podrá revocar o modificar las que no afecten a las del otro otorgante.

En este caso, tampoco se hace referencia a las disposiciones correspectivas, por lo que deberíamos aplicar para su revocación o modificación, las mismas reglas que para el resto de disposiciones testamentarias.

Tanto en la revocación de Navarra como en la del País Vasco, la revocación unilateral produce la ineficacia de todas las disposiciones del testamento. En Aragón, como ya hemos visto, no produce dicho efecto.

d) Galicia.

En cuanto a Galicia, también tenemos una regulación similar a Aragón puesto que también regula la revocación o modificación de las disposiciones correspectivas. Vamos a analizar, en este caso, los arts. 190, 191 y 192 LDCG.

La revocación o modificación puede ser:

- En vida de los testadores:
 - o Conjuntamente
 - o Unilateralmente:

El testamento puede ser revocado en cualquier momento por cualquier testador siempre que afecte a sus disposiciones no correspectivas.

La revocación de disposiciones correspectivas solo se podrá hacer en vida de los cónyuges³⁰, y produce la ineficacia de las disposiciones recíprocamente condicionadas, es decir, las disposiciones correspectivas se vuelven ineficaces.

Esta regulación también exige que se haga en testamento abierto notarial y que sea notificada a los demás otorgantes (en el caso de no correspectivas). La falta de notificación tampoco afectará a la eficacia.

En el caso de la revocación de disposiciones correspectivas, se tiene que notificar al otro cónyuge dentro de los treinta días hábiles siguientes por el notario, en el domicilio señalado por el cónyuge que revoca o modifica. Además, la revocación producirá todos sus efectos cuando el cónyuge del revocante haya conocido la misma.

- Fallecido uno de los otorgantes:

También en el caso de que se haya vuelto incapaz para testar, las disposiciones correspectivas se vuelven irrevocables, aunque hay una excepción: el sobreviviente puede revocar las otorgadas a favor de persona que fuera declarada incapaz para suceder, o que estuviera incurso en causa de incapacidad para sucederlo o hubiese premuerto.

También en este caso, el sobreviviente podrá revocar el testamento en lo relativo a sus propias disposiciones no correspectivas.

Como vemos, la regulación gallega y la aragonesa son prácticamente iguales, con algunas pequeñas especialidades, y son sin duda, las dos regulaciones donde más características tenemos de la revocación y modificación, y en especial, de las disposiciones correspectivas.

La revocación o modificación del testamento mancomunado es una de sus características más problemáticas ya que tenemos diferentes normas dependiendo de qué disposiciones sean y de la situación de los otorgantes. Además, cada Derecho foral tiene una regulación distinta con características propias.

³⁰ Hay que recordar que las disposiciones correspectivas solo están permitidas en Galicia cuando los otorgantes sean esposos.

B. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010, relacionada con la revocación.

Los hechos son los siguientes:

- Paulino, de nacionalidad alemana, estuvo casado en primeras nupcias de cuyo matrimonio hubo un hijo llamado Ezequiel.
- Se casó por segunda vez con Magrit, de cuyo matrimonio no hubo descendencia. Ambos otorgaron testamento mancomunado en septiembre de 1987 en Alemania, en base al Derecho alemán, puesto que, como establece el art. 9.1 CC *“la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad”*, y ambos tenían nacionalidad alemana. Se aplica el B.G.B. (Bürgerliches Gesetzbuch, que es el Código Civil alemán). El testamento mancomunado tenía varias cláusulas:
 - Los cónyuges se instituyen recíprocamente herederos universales
 - A la muerte el supérstite, el heredero final sería Ezequiel (hijo de Paulino)
 - Las cláusulas anteriores sólo pueden modificarse o revocarse mancomunadamente y, tras la muerte de uno de ellos, el supérstite podía modificar el testamento tan sólo en el sentido de que en lugar del heredero final (Ezequiel) podía sustituir a los descendientes de este.
- Falleció Magrit en 1997, y Paulino se volvió a casar en el año 2000 con María Virtudes, de cuyo matrimonio tampoco hubo descendencia.
- Paulino, usando la posibilidad establecida en la cláusula tercera del testamento mancomunado que otorgó con Magrit, modificó dicho testamento en Alemania en febrero de 2001, instituyendo como herederos finales a sus nietos Conrado, Catalina y Ezequiel, hijos de su hijo Ezequiel.
- En julio de 2001, Paulino otorgó en España testamento abierto, en el que instituyó heredera universal a su actual esposa (María Virtudes), revocando “todos los actos y disposiciones de última voluntad anteriores al presente, otorgados en España”.
- En enero de 2002 Paulino falleció, y María Virtudes, su viuda, aceptó la herencia.

María Virtudes, la viuda de Paulino, formuló demanda contra los herederos de su esposo, Conrado, Catalina y Ezequiel (sus nietos), en la que pidió que se declarase la validez y eficacia del testamento otorgado en julio de 2001.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda de María Virtudes y declaró nulo el testamento otorgado en julio de 2001 y la aceptación de la herencia contemplada en el mismo. Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial.

La demandante formuló recurso por infracción procesal y recurso de casación, donde argumenta que no se debe aplicar el derecho alemán a este caso.

El Tribunal Supremo expone que en este caso debemos aplicar el Derecho alemán en base al art. 9.1 CC, ya que es la nacionalidad del causante de la herencia. En el B.G.B. se establece que si los cónyuges se instituyen recíprocamente herederos, al fallecer el superviviente, el caudal relicto de ambos debe corresponder a un tercero, y en caso de duda, se entiende que el tercero está instituido heredero del caudal relicto del cónyuge que fallece en último lugar. También se establece que el derecho a revocar se extingue con la muerte del otro cónyuge. Como establece el Tribunal Supremo igualmente, en las disposiciones recíprocas del testamento mancomunado, el efecto vincular excluye la revocación unilateral y, fallecido uno de los cónyuges, el supérstite solo puede revocarlo si renuncia a lo atribuido por el premuerto. En nuestro caso, Paulino aceptó la herencia de su cónyuge premuerto, Magrit, por lo que quedó limitada su libertad de testar y no son válidas las disposiciones que hubiera adoptado en contra del testamento mancomunado anterior.

El recurso por infracción procesal es desestimado ya que el tribunal observa que no hay infracción. Por otro lado, el recurso de casación contiene dos motivos:

- Infracción del art. 12.3 CC, en el que se dispone que *“en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”*, relacionado con los arts. 737 y 739 CC en el que se regula la revocabilidad del testamento. La recurrente insiste en que *“la revocabilidad de un testamento es un principio de orden público que impide la aplicación de una norma de Derecho extranjero que imponga la irrevocabilidad, aunque sea de un testamento mancomunado”*.

El Tribunal considera que la excepción de orden público es un concepto indeterminado que engloba el conjunto de valores que inspiran el ordenamiento nacional, y que lleva consigo una función excluyente de impedir que puedan integrarse en el ordenamiento normas extranjeras que sean contrarias. En este

caso, según el Tribunal, no se puede aplicar la excepción del orden público a la irrevocabilidad. Por ello, se rechaza el motivo.

- Infracción del art. 9.3 de la Constitución en cuanto proclama el principio de seguridad jurídica. El Tribunal considera que es un principio de esencial trascendencia y que no se ha infringido, ya que en el motivo se explican unas supuestas deficiencias del Derecho alemán, pero ello no supone que la sentencia atente el principio de seguridad jurídica. Este motivo también es rechazado.

Por tanto, el Tribunal Supremo rechaza los recursos por infracción procesal y de casación.

En esta sentencia podemos observar la importancia de la revocación en los testamentos, ya que puede crear problemas a la hora de determinar la sucesión de una determinada persona y, por otro lado, también observamos los problemas que puede ocasionar la aplicación de un derecho extranjero.

10. El testamento mancomunado en el Código Civil español, Baleares y Cataluña.

Como ya sabemos, el testamento mancomunado está prohibido en el régimen del Código Civil, tal y como regula el art. 669: “*No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero*”. En este sentido, el Código Civil solo admite la forma unipersonal de los testamentos y, por tanto, todos los españoles que estén sujetos al régimen del derecho común, no podrán testar mancomunadamente puesto que está expresamente prohibido por su ley personal. Este art. no ha sufrido modificación alguna desde su entrada en vigor.

Por otra parte, tenemos que mencionar los otros Derechos forales existentes en España de los que no hemos hablado hasta ahora: Baleares y Cataluña.

En ninguno de estos dos territorios encontramos antecedentes de este tipo de testamento, pero debemos analizar sus regulaciones actuales.

En cuanto a Baleares, en el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, no se establece nada acerca del testamento mancomunado, por lo que ni lo admite ni lo prohíbe, aunque, según FONT³¹, el Código Civil puede ser aplicado supletoriamente, y en ese caso, sí que estaría prohibido en base al art. 669.

En Cataluña, en la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, tampoco existe ninguna prohibición al testamento mancomunado. Aunque, como explica BARRUETABEÑA³², “acoge una particularidad especialmente cercana a la testamentifacción conjunta: el art. 431-21 habla de los heredamientos preventivos, del cual se subraya en la Exposición de Motivos de la propia Ley que podría alcanzar la *funcionalidad propia de los testamentos mancomunados*”.

En consecuencia, si no está prohibido expresamente el testamento mancomunado, una persona con dicha vecindad civil puede testar mancomunadamente.

³¹ FONT SEGURA, Albert, *La Sucesión hereditaria en Derecho interregional*, Anuario de Derecho Civil, Barcelona, 2000, p. 35.

³² BARRUETABEÑA ZENEKORTA, Maite, *El testamento mancomunado o de hermandad en el derecho civil del País Vasco*, cit., p. 33.

11. Conclusiones.

Las conclusiones que saco de este trabajo son las siguientes:

El testamento mancomunado es una figura cuya regulación comienza en el siglo XIII en Navarra y en el XV en Vizcaya, pero en Aragón y Galicia tiene carácter consuetudinario, ya que no es hasta el siglo XX cuando se regula en texto legal. Sin embargo, es Aragón quien actualmente posee una regulación más amplia de esta institución.

En cuanto a los testadores, tenemos que observar detenidamente los requisitos exigidos en cada Comunidad Autónoma, haciendo especial hincapié en la vecindad civil, ya que como hemos observado, en la práctica puede dar lugar a problemas para determinar la sucesión.

La apertura de la sucesión se produce al morir el primero de los testadores. Esta característica también puede dar lugar a confusión como hemos visto en el apartado referente a ello.

En cuanto a la forma del testamento, Aragón y Navarra permiten cualquier forma establecida en el Código Civil, excepto la ológrafa en Navarra. En el caso de País Vasco y Galicia, solo se permite el testamento abierto notarial.

Respecto al contenido, la institución recíproca de herederos simplemente la encontramos regulada en las legislaciones aragonesa y vasca, aunque sí que es cierto que en Aragón está mucho más regulada que en el País Vasco. Las disposiciones correspectivas, aquellas que están condicionadas recíprocamente, solo están reguladas en Aragón, País Vasco y Galicia. En esta última Comunidad solo se permite cuándo se realizan entre cónyuges. En Navarra no se encuentra actualmente ninguna regulación sobre ellas.

En cuanto a las disposiciones “entre vivos”, es decir, la capacidad de los testadores de disponer de sus propios bienes, las encontramos reguladas en todos Derechos excepto en País Vasco, y debemos diferenciar si se hace a título lucrativo o a título oneroso. También vamos a diferenciar en algunos casos si estamos ante disposición de bienes en vida de los testadores o fallecido uno de ellos.

Sobre la modificación y revocación vamos a tener más dificultades ya que cada regulación, aunque se parezca a otra, tiene peculiaridades respecto a las demás. Debemos diferenciar si la revocación y modificación se realiza en vida de los testadores o fallecido

uno de ellos. Cuando se realice en vida de los otorgantes observaremos si es conjuntamente o de manera unilateral. Como he dicho, cada regulación tiene sus propias especialidades por lo que habrá que estar atento a lo permitido por cada una de ellas. Igualmente, hemos visto que esta característica también es muy problemática en la práctica.

El testamento mancomunado está prohibido en el Código Civil, como hemos visto. Las regulaciones del País Vasco y Aragón permiten que una persona con vecindad civil de estos territorios pueda otorgar testamento mancomunado con otra que no lo tenga prohibido con su ley personal, por ejemplo, un catalán, ya que, como hemos visto, la regulación catalana ni lo regula ni lo prohíbe, por lo que sí podría otorgar testamento mancomunado.

BIBLIOGRAFÍA

BARRUETABEÑA ZENEKORTA, Maite, *El testamento mancomunado o de hermandad en el derecho civil del País Vasco*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013.

BAYOD LÓPEZ, M^a Carmen, *Algunas cuestiones prácticas en materia de Derecho civil aragonés*, DGA, Zaragoza, 2011.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón: doctrina y jurisprudencia*, Ed. Dykinson, 2015.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, *El testamento mancomunado: Estudios de documentos notariales aragoneses desde el siglo XVI hasta la actualidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1997.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Curso de Derecho Civil (V): Derecho de Sucesiones*, Ed. Colex, 2013.

CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier, *El testamento mancomunado, institución exportable al Código Civil*, Revista Jurídica de Navarra, núm. 15, 1993.

FONT SEGURA, Albert, *La Sucesión hereditaria en Derecho interregional*, Anuario de Derecho Civil, Barcelona, 2000.

GARCÍA VICENTE, Fernando, *El testamento mancomunado*, Actas de los Terceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (1993), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994. Copia digital, Zaragoza, 2002.

GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan, *Derecho Foral de Navarra (Recopilación privada)*, Diputación Foral de Navarra (Institución Príncipe de Vergara), Pamplona, 1971.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, *El testamento mancomunado vasco, en perspectiva de unificación*, Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés, Vol. 1, Tomo I, 2011.

LÓPEZ MARTÍNEZ, Raúl, *El testamento mancomunado en el Derecho aragonés*, Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud, nº 21, 2015.

LÓPEZ SUÁREZ, Marcos A, *El Testamento mancomunado en la Ley de Derecho civil de Galicia*, Tesis Doctoral, A Coruña, 2002.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La institución recíproca de herederos*, Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006.

SALINAS QUIJADA, Francisco, *Derecho Civil de Navarra*, Tomo VI, Vol. 1º, Ed. Gómez, 1976.

El Testamento mancomunado en los Derechos forales de España. Esther Monfil Garín.

SALINAS QUIJADA, Francisco, *Elementos de Derecho civil de Navarra*, Cuadernos de Sección, Derecho 8, 1993.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo, *El testamento mancomunado aragonés*, Revista de derecho civil aragonés, ISSN 1135-9714, Nº18, 2012.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Instituciones jurídicas consuetudinarias y su regulación en los territorios pirenaicos*, Revista Jurídica de Navarra, núm. 20, 1995.

SANTAMARÍA DE CRISTOBAL, José Luis, *El Testamento navarro de Hermandad: Su arraigo en las costumbres y su régimen en el Fuero*, Semana de Derecho Aragonés en Jaca, 1945.