

La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (1)

por

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de A Coruña

SUMARIO

PRELIMINAR. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL OBJETO DE ESTUDIO.

- I. DISPOSICIONES GENERALES RELATIVAS A LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE.
- II. LA SUCESIÓN TESTADA EN LA LDCG/2006:
 1. EL IDIOMA DE REDACCIÓN DEL TESTAMENTO NOTARIAL.
 2. LA REGULACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES:
 - A) *Precisiones previas. La adecuación constitucional de la norma de acuerdo con la doctrina del TC.*
 - B) *Supuestos en los que la presencia de testigos instrumentales es preceptiva.*
 - C) *Los requisitos de capacidad de los testigos instrumentales.*
 - D) *El número de los testigos instrumentales.*

(1) Los contenidos esenciales de este estudio se corresponden con los de la Ponencia impartida por el autor en la Jornada «*Sucesiones y contrato vitalicio en la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia*», organizada por «Enfoque XXI» en los Ilustres Colegios de Abogados de A Coruña y Vigo (A Coruña y Vigo, 20 y 21 de julio de 2006), con el título «*Sucesión testada y pactos sucesorios en la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia*»; así como en la impartida los días 26 de octubre, 9, 16 y 30 de noviembre y 14 de diciembre de 2006 y 18 de enero de 2007 en las «*Xornadas sobre a Lei de Dereito civil de Galicia*», organizadas por el «*Consello da Avogacía Galega*» en los Ilustres Colegios de Abogados de Ourense, Lugo, Ferrol, Pontevedra, Vigo y A Coruña, los días señalados, esta vez con el título «*Los pactos sucesorios y usufructo del cónyuge viudo en Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006*».

3. EL TESTAMENTO ABIERTO ORDINARIO (NOTARIAL):
 - A) *El testamento individual y el mancomunado como subtipos de testamentos abiertos notariales o nuncupativos.*
 - B) *El testamento mancomunado:*
 - a) Preliminares: La prohibición de testar mancomunadamente en el Código Civil.
 - b) Concepto.
 - c) Requisitos que han de reunir los otorgantes.
 - d) Modificación y revocación:
 - i) Revocación mancomunada o conjunta.
 - ii) Revocación unilateral:
 - 1.º) *Revocación unilateral en vida de ambos testadores:*
 - a) Requisitos.
 - b) Forma, contenido y plazo de la notificación de la revocación.
 - c) Efectos de la notificación de la revocación y de su ausencia.
 - 2.º) *Revocación unilateral tras el fallecimiento o tras el advenimiento de la incapacidad para testar de uno de los testadores:*
 - e) Disposición por actos *inter vivos* de bienes a los que afecten las cláusulas recíprocamente condicionadas.
 - f) Derecho a la copia del testamento mancomunado.
4. LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD TESTATORIA (EL LLAMADO «TESTAMENTO POR COMISARIO»):
 - A) *Consideraciones preliminares sobre el contenido de los artículos 196 a 202 de la LDCG/2006.*
 - B) *La delegación al cónyuge viudo de la facultad de mejorar en la LDCG/1995.*
 - C) *La atribución de la facultad testatoria al cónyuge supérstite en la LDCG/2006:*
 - a) Concepto de testamento por comisario.
 - b) Designación y revocación:
 - i) Forma de la designación.
 - ii) Pérdida de eficacia y revocación de la designación realizada.
 - c) Condiciones subjetivas del comisario.
 - d) Ejercicio de la facultad «testatoria» atribuida al cónyuge supérstite:
 - i) Carácter personalísimo de la facultad atribuida.
 - ii) Contenido objetivo de la facultad testatoria:
 - 1.º) *Elenco de facultades ínsitas en la denominada facultad testatoria:*
 - a) Facultad de designación de heredero o legatario del atribuyente.
 - b) Facultad de administración de los bienes del causante.

- 2.º) *Bienes sobre los que puede ejercitarse.*
- 3.º) *Ámbito subjetivo de ejercicio del poder testatorio.*
- 4.º) *Momento de ejercicio de la facultad testatoria atribuida al comisario.*
- 5.º) *Modo de ejercicio de la facultad testatoria.*

D) *Tributación en el impuesto de sucesiones de los bienes hereditarios que son objeto de la facultad testatoria.*

III. LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS ESPECIALES:

1. NULIDAD DE LA DISPOSICIÓN A FAVOR DE PERSONA INCIERTA.
2. PÉRDIDA DE EFICACIA SOBREVENIDA DE LA DISPOSICIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE EN LOS CASOS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL.
3. LA DISPOSICIÓN A FAVOR DE QUIEN CUIDE AL TESTADOR Y LA HECHA BAJO ESTA CONDICIÓN:
 - A) *La disposición a favor de quien cuida al testador.*
 - B) *La disposición bajo condición de cuidar y asistir al testador.*
4. LA DISPOSICIÓN DE UN BIEN GANANCIAL.

PRELIMINAR. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL OBJETO DE ESTUDIO

Bajo la rúbrica genérica «*De la sucesión testada*», la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia (en adelante, LDCG/1995) (2) dedicaba las cuatro secciones que integraban el Capítulo III de su Título VIII («*Sucesiones*») a la regulación de determinados aspectos del régimen jurídico de los testamentos abiertos notariales (art. 136), del testamento mancomunado (arts. 137 a 140), del que llamaba «*testamento por comisario*» (arts. 141 a 143) y a determinadas cuestiones en materia de «*mejoras testamentarias y legados*» (arts. 144 y 145, el primero de los cuales se limitaba a prever expresamente la posibilidad de que por vía de legado pueda constituirse el usufructo viudal universal, así como cualquier clase de mejora, al tiempo que aclaraba el contenido de la mejora de tercio y quinto; mientras que en el segundo, únicamente se contenía una remisión a las normas de interpretación e integración que se contienen en el artículo 133 de la propia LDCG/1995, que se declaraban expresamente aplicables a las instituciones propias de la sucesión testada).

La vigente *Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia*, aprobada por unanimidad en el Pleno del Parlamento de Galicia en su reunión de 6 de junio de 2006 (en adelante LDCG/2006) (3), cuando se había superado con creces el plazo que para su revisión contemplaba la DA 2.ª de la

(2) DOG, núm. 107, de 6 de junio de 1995; *BOE*, núm. 152, de 27 de junio de 1995.

(3) BOPG, núm. 159, de 12 de junio de 2006, págs. 14534 a 14616; DOG, núm. 124, de 29 de junio de 2006; *corr. errores*, DOG, núm. 189, de 29 de septiembre de 2006; *BOE*, núm. 191, de 11 de agosto de 2006.

LDCG/1995, dedica a la regulación de la sucesión por causa de muerte su Título X, que lleva precisamente esta rúbrica. Este Título X, el último de los que componen el texto normativo que nos ocupa, está a su vez integrado por siete capítulos, de los cuales el primero contiene las denominadas disposiciones generales en materia de sucesión por causa de muerte, el segundo las disposiciones relativas a los testamentos, el tercero a los pactos sucesorios, y el cuarto a la regulación del usufructo del cónyuge viudo. Son estos los Capítulos del Título X de la LDCG/2006 que van a ser objeto de exposición y análisis (en el presente estudio y en el que, bajo el título «Los pactos sucesorios en la LDCG/2006», será objeto de publicación en el siguiente número de esta *Revista*).

El texto articulado de la nueva LDCG es fruto, en sus líneas generales, del que, a modo de documento inicial de trabajo para la posible actualización de la LDCG/1995 fue elevado, el día 28 de julio de 2001, al entonces *Conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laborais* por una comisión gubernativa que, como órgano consultivo de la *Xunta de Galicia*, bajo la denominación de «*Comisión Superior para o estudo do desenvolvemento do Dereito civil de Galicia*» se creó en el año 1984, debiendo su composición y regulación actual al Decreto 107/1999, de 8 de abril (DOG, núm. 84, de 4 de mayo de 1999), modificado por el Decreto 182/1999, de 17 de junio (en algunos momentos de esta exposición y por evidentes razones de fluidez expositiva aludo a la misma como órgano «*prelegislativo*») (4). Los días 27, 28 y 29 de noviembre de 2002, promovido por la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación y los Ilustres Colegios de Abogados de Galicia, se celebró en A Coruña el «III Congreso de Derecho Gallego», en el seno de cuya Ponencia VI se discutió precisamente sobre la materia atinente a la nueva regulación de las sucesiones en el Derecho Civil propio de Galicia, tomando en buena medida como referente el mencionado documento inicial de trabajo (5). También aquel documento constituye el contenido esencial de la Proposición de Ley que, bajo la denominación de «Ponencia conjunta sobre la reforma de la Ley de Derecho Civil de Galicia», presentaron ante la Mesa del Parlamento de Galicia los Grupos Parlamentarios del «PPdeG» y del «BNG» el día 25 de abril de 2005, justo el día en que se disolvió la Cámara y se da por concluida la VI Legislatura, convocándose elecciones

(4) La existencia de este tipo de órganos en materia de Derecho Privado no es exclusiva de Galicia, así en Cataluña, el Decreto 190/2000, de 29 de mayo, del *Departament de Justícia*, ha creado el llamado *Observatorio de Derecho Privado de Cataluña* (DOGC, núm. 3.156, de 7 de junio de 2000), en cuyo seno se constituye la *Comisión de Codificación* (arts. 8 a 16).

(5) El texto de la Ponencia presentada en esta materia, así como las comunicaciones presentadas y las actas de las sesiones y las conclusiones se encuentran publicadas en *Foro Galego. Revista Jurídica*, núms. 191-192 (III Congreso de Derecho Gallego), 2003, págs. 355 a 457.

al Parlamento de Galicia. El Grupo Parlamentario del «PSdeG», con el que se había consensuado también la denominada «Ponencia conjunta», decidió retirar la proposición, invocando para ello la inoportunidad política del momento en que era presentada. Celebradas las elecciones y con una nueva mayoría parlamentaria, ya en el seno de la VII Legislatura, se presentó, ahora ya con el consenso de los tres grupos parlamentarios aquella misma iniciativa legislativa, admitida a trámite por la Mesa del Parlamento en fecha 20 de diciembre de 2005 (6), que, tras una rápida y poco enriquecedora tramitación parlamentaria, acabó aprobándose como la referida Ley 2/2006, de 14 de junio.

I. DISPOSICIONES GENERALES RELATIVAS A LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

El Capítulo I del Título X de la LDCG/2006, que lleva por rúbrica «*Disposiciones generales*», está integrado por dos artículos, el primero de los cuales (art. 181) se limita a enunciar los títulos en virtud de los que se defiere la herencia en Galicia y en el que encontramos la gran diferencia respecto al sistema de delación de herencia en el Derecho Civil Territorial Común. En efecto, frente al correlativo artículo 658 del Código Civil, el artículo 181 de la LDCG/2006 establece que, además de por testamento y por virtud de las disposiciones legales, la sucesión se defiere, en todo o en parte, por «*cualquiera de los pactos sucesorios admisibles conforme a Derecho*». El Derecho de Sucesiones propio de Galicia admite así una forma de delación de la herencia adecuada para articular uno de sus principios informadores, cual es el constituido por el mantenimiento indiviso de la explotación familiar en la sucesión hereditaria, posibilitando su continuidad en vida del actual titular, de manera cónsone con la mayor parte de los Derechos Civiles Territoriales y asumiendo así el contenido de la Recomendación de la Comisión 94/1069/CE, de 7 de diciembre, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas, en la que se explicita la necesidad de que los legisladores nacionales habiliten el tracto sucesorio paccionado de éstas. El declive de la interdicción de la sucesión paccionada puede apreciarse también en el Ordenamiento jurídico francés, en el que la reforma del *Code civil*, llevada a cabo en virtud de la *Loi núm. 2006-728, du 23 juin, portant réforme des successions et des libéralités* (7), si bien no supone el acogimiento de la sucesión paccionada, los nuevos artículos 929 y 930 del *Code* permiten los pactos sucesorios, en cuanto dan viabilidad a la posibilidad de renunciar anticipada-

(6) BOPG, núm. 63, de 21 de diciembre de 2005.

(7) J.O., de 24 de junio de 2006.

mente y con el consentimiento del causante al ejercicio de la acción de reducción de liberalidades que pudieran atentar a las legítimas.

Es conocido que el Código Civil español acogió el principio prohibitivo —o abolicionista— no sólo de la sucesión contractual sino también de los pactos sucesorios en general, heredero del Derecho romano (8) y reflejado no sólo en sus artículos 658 y, fundamentalmente, 1271.2, sino también en otros preceptos, como son los casos de los artículos 816 —que prohíbe la renuncia o transacción sobre la legítima futura—; art. 991 —que prohíbe aceptar o repudiar la herencia sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar— y art. 1.674 —que impide comprender en la sociedad universal los bienes que los socios adquieran con posterioridad al contrato, por herencia, legado o donación—. Este principio codicial contrasta con la realidad de los Derechos Civiles especiales por razón del territorio que, casi en su totalidad, contemplan esta forma de deferir la herencia a través de la previsión de diferentes pactos sucesorios orientados a la conservación de los patrimonios familiares o del *fundus instructus* e incardinados básicamente en el Derecho de Familia (9); de ahí que se califique de criterio permisivo parcial el adoptado por los Derechos forales —así, por ejemplo, no sorprende que en el art. 7 del CSCM de Cataluña se establezca la regla de prohibición de los pactos sucesorios, pese a que regula ampliamente los denominados pactos de institución de heredero—, frente al totalmente permisivo característico de los Derechos germánicos. Con todo, en el propio Código Civil nos encontramos con algunos supuestos de pactos sucesorios válidos, como son los significativos ejemplos representados por las promesas de mejorar o de no mejorar y las mejoras *inter vivos* (arts. 826 y 827 del CC) (10), así como la donación de bienes futuros para el caso de muerte (art. 1341.2 del CC).

El segundo de los preceptos que integran el contenido del Capítulo I del Título X de la LDCG/2006, contiene también importantes novedades respecto del Derecho Civil aplicable en Galicia hasta la entrada en vigor de

(8) Sobre la razón y la finalidad de la prohibición de la sucesión contractual en el Código Civil español, puede verse CERDÁ GIMENO, J., «De la codificación civil y la prohibición de la sucesión contractual», en *Actualidad Civil*, núm. 11, primera quincena de junio de 2006.

(9) Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La conservación del *fundus instructus* como explotación familiar, tema básico de los Derechos Civiles Forales o especiales españoles», en *AAMN*, T. XVI, 1968, pág. 595 y sigs.; ÁLVAREZ LATA, N., «La sucesión contractual», en *GEC. Derecho de Sucesiones*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2000.

(10) Los artículos 826 y 827 del Código Civil reconocen validez a dos tipos de pactos sucesorios que tienen en común que su objeto está constituido por la mejora. El artículo 826 del Código Civil señala que «*la promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida*», y el artículo 827 del Código Civil prescribe que «*la mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero*».

la LDCG/2006, constituido en esta materia por el Derecho Civil Territorial Común. En efecto, el artículo 182 de la LDCG/2006, prescribe que «en las sucesiones regidas por la presente Ley no habrá lugar a reversión legal ni a obligación de reservar». Por lo tanto, en las sucesiones regidas por la LDCG/2006 —las causadas o abiertas tras su entrada en vigor (ex DT 2.^a-2 LDCG/2006) por persona que tenga la vecindad civil gallega en el momento de su fallecimiento (ex arts. 9.8 y 14 del CC y 4 de la LDCG/2006)—. En consecuencia, no resultan de aplicación a estas sucesiones ni la reversión legal de donaciones que contempla el artículo 812 del Código Civil (11), ni tampoco las normas reguladoras de las reservas viudal —binupcial o clásica— y lineal o troncal (arts. 968 a 980 y 811, respectivamente) (11 bis). La norma de supresión de las reservas y del derecho de reversión legal de las donaciones parece extender su ámbito de aplicación no sólo a las herencias deferidas en virtud de testamento —que es, en esencia, el ámbito de regulación de la Ley gallega—, sino también a las herencias deferidas *abintestato*, respecto de las cuales, en el ámbito del Derecho Civil territorial común, el art. 942 del Código Civil extiende expresamente la aplicación de las normas relativas a la reserva troncal y al derecho de reversión legal de las donaciones.

La supresión de la aplicación en Galicia del derecho de reversión legal de las donaciones que supone el derecho de reversión o retorno que tienen los ascendientes respecto de las cosas donadas a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad viene a solventar el problema que se había suscitado en relación con el derecho de reversión de lo atribuido en virtud del pacto de apartación en el caso de premoriencia del descendiente apartado. Tras la entrada en vigor de la Ley 2/2006, no cabe siquiera suscitar la posibilidad de reversión de los bienes objeto de la apartación al patrimonio del apartante, sino que seguirán el destino propio de la herencia del apartado premuerto.

(11) La aplicación del artículo 812 del Código Civil en Galicia bajo el imperio de la LDCG de 1995 no podía ser discutida. Afirma expresamente su aplicación, v.gr., GARCÍA RUBIO, M.^a P., «El apartamiento sucesorio en el Derecho Civil gallego», en *ADC*, T. LIII-IV, octubre/diciembre de 2000, págs. 1468 y 1469.

(11 bis) En el debate parlamentario sobre el Dictamen de la Comisión, el Portavoz del «Grupo Parlamentario PP de Galicia» justificó la supresión de las reservas exclusivamente en su carácter anacrónico [DSPG, VII Legislatura, núm. 43, 6 de junio de 2006, pág. 23].

II. LA SUCESIÓN TESTADA EN LA LDCG/2006

1. EL IDIOMA DE REDACCIÓN DEL TESTAMENTO NOTARIAL

El artículo 183.2 de la LDCG/2006, precisa que «*el testamento se redactará en la lengua oficial en Galicia que el otorgante escoja*». Dada la ubicación sistemática de la norma transcrita podría pensarse que se trata de una previsión aplicable únicamente al testamento abierto ordinario, pues se incluye en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título X de la LDCG/2006 que lleva por rúbrica, precisamente, «*Del testamento abierto ordinario*». Sin embargo, esta interpretación que resultaría, con naturalidad de la mera y simple utilización del canon hermeneutico sistemático debe ser, por simplista y por no adecuarse a la legislación general en esta materia, desechada. En efecto, el precepto no viene sino, al menos en parte, a dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 5.3 del EAG, regulando el idioma del testamento, debiendo extenderse la posibilidad de redactarlo en cualquiera de las lenguas oficiales en Galicia a todo tipo de testamento, tanto si se trata de testamentos ológrafos o cerrados, como de testamentos abiertos ordinarios o especiales. Acaso hubiese sido conveniente prever la posibilidad de la presencia de un intérprete en el caso de que se trate de testamento notarial abierto y el notario desconozca la lengua del testador, pues lo contrario viene a suponer indirectamente la imposición a los notarios que ejercen su actividad profesional en Galicia el conocimiento de los dos idiomas cooficiales en esta Comunidad Autónoma.

No puede olvidarse, sin embargo, que las previsiones del artículo 684 del Código Civil —acerca de la presencia del intérprete y de la necesidad de que el testamento se escriba en las dos lenguas con expresión de cuál ha sido la utilizada por el testador— son aplicables a estos casos y ello porque se parte de la no obligatoriedad del notario de conocer la lengua cooficial en la demarcación territorial en la que ejerce su función; pero también lo es que los otorgantes de un documento público notarial tienen derecho a escoger expresamente la lengua oficial en que desean sea otorgado éste (considero que el establecimiento constitucional de la cooficialidad de las lenguas propias en los territorios de las Comunidades Autónomas que cuentan con ella ha provocado una derogación sobrevenida de los artículos 25 de la Ley del Notariado y 149 del RNot.). Así lo han recogido expresamente las legislaciones civiles de Navarra (Ley 192 de la CDCFN), País Vasco (art. 15 de la LDCFPV), Aragón (art. 97 de la LSCMA, en el que se prevé expresamente que tanto los testamentos abiertos, como los cerrados y los ológrafos pueden redactarse en cualquiera de las lenguas o modalidades lingüísticas de Aragón) y Cataluña. El legislador catalán, en el artículo 109 del CSCM (Ley 40/1991, de 30 de diciembre), ha previsto expresamente la libre opción del

otorgante de la lengua cooficial en Cataluña en la que haya de redactarse el testamento notarial, así como la posibilidad de que el testamento ológrafo se otorgue en la «*lengua propia del testador*», aunque se trate de un idioma extranjero. La STC 74/1989, de 24 de abril, que resuelve un conflicto de competencia planteado por el Gobierno del Estado, ha declarado la competencia de las CCAA —en el caso se trataba de la *Generalitat de Catalunya*— para regular, al amparo de la competencia estatutaria sobre normalización lingüística, el uso de las lenguas oficiales en los instrumentos públicos, sin que con ello se infrinja la reserva en exclusiva al legislador estatal de la competencia sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos que contempla el inciso final de la regla 8.^a del artículo 149.1 de la CE. Pues bien, el legislador catalán que en el artículo 14 de la Ley 1/1998, de 7 de enero, *de política lingüística*, había modificado algunos aspectos de la regulación del uso de las dos lenguas oficiales en Cataluña en los documentos públicos —hasta entonces contenida en el art. 10 de la Ley 7/1983, de 18 de abril, *de normalización lingüística de Cataluña* y en el Decreto 125/1984, de 17 de abril, *por el que se regula el uso de la lengua catalana en las escrituras públicas*— ha regulado esta materia mediante el Decreto 204/1998, de 30 de julio, *sobre el uso de la lengua catalana en los documentos notariales* (DOGC, núm. 2697, de 6 de agosto de 1998), en el que, entre otras previsiones, establece la obligación del notario autorizante de preguntar al otorgante sobre la lengua en la que desea otorgar el documento notarial de que se trate y, en caso de no mostrar preferencia alguna, la lengua catalana como idioma en el que habrá de redactarse, reglas sobre la prevalencia de la interpretación que se derive de una u otra escritura en el caso de que haya sido redactada en ambas, así como la obligatoriedad para los notarios de librar copias en otra lengua distinta de la que figure en la matriz. Acaso el ejemplo catalán pudiera resultar ilustrativo para el legislador gallego y a esto se debe la referencia que acabo de hacer, superando la estrechez del ámbito de la norma de que estas reflexiones traen causa.

2. LA REGULACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES

A) *Precisiones previas. La adecuación constitucional de la norma de acuerdo con la doctrina del TC*

La primera precisión que ha de realizarse respecto del contenido de los artículos 183.1, 184 y 185 de la LDCG/2006 (similar a la que resultaba pertinente en relación con el párr. 2.º del art. 136 de la LDCG/1995) es que en los mismos se contiene una regulación específica de la intervención de los llamados testigos instrumentales en el otorgamiento de los testamentos abier-

tos notariales en Galicia, de manera que las normas que han de regir la presencia e intervención de los testigos de conocimiento —cuyo cometido es la identificación de los testadores (ex arts. 685 del CC y 184 del RN)— son las previstas en el Código Civil (arts. 685 y 698.1.º, para el caso del testamento abierto notarial). La segunda consideración que suscita el contenido de estos preceptos es la atinente a la propia adecuación constitucional del mismo desde la perspectiva del reparto constitucional de competencias legislativas entre el Estado y las CCAA que se deriva en esta materia de lo prevenido en el artículo 149.1.8.ª de la CE y, en concreto, de la reserva en exclusiva al Estado, que en este precepto se hace, de la competencia legislativa sobre «*la ordenación de los instrumentos públicos*». Este juicio de constitucionalidad ha de realizarse, como no puede ser de otra manera, a la luz de la doctrina del TC. Pues bien, el TC tuvo ocasión de pronunciarse sobre un supuesto similar en su conocida Sentencia 156/1993, de 6 de mayo, que constituye, junto con la precedente 88/1993, de 12 de marzo, las dos sentencias más relevantes en la interpretación de aquel precepto constitucional. La STC 156/1993, de 6 de mayo, resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno contra el TR de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (DLeg. 79/1990, de 6 de septiembre), en el que se daba nueva redacción al párrafo 1.º de su artículo 2 y al artículo 52, que es el que en este momento nos interesa, en tanto que en él se regulaba la presencia de testigos en los testamentos otorgados ante Notario. El TC sancionó la adecuación constitucional de este último precepto. A juicio del TC, no es aceptable un entendimiento tan lato de la competencia exclusiva del Estado sobre ordenación de los instrumentos públicos que venga a impedir toda ordenación autonómica sobre actos o negocios jurídicos con el solo argumento de que puedan o deban formalizarse mediante instrumento de aquella naturaleza. Realizada esta advertencia previa de carácter general, el TC entra en el fondo del asunto afirmando que la regulación de la intervención de los testigos en los testamentos notariales forma parte de la legislación civil testamentaria y no de la legislación notarial. Esta localización sistemática de la regulación de esta materia ha de tenerse especialmente en cuenta a la hora de identificar el ámbito de la categoría jurídica a que hace referencia el artículo 149.1.8.ª de la CE (*ordenación de los instrumentos públicos*). En este sentido resulta relevante, a juicio del TC, que el párrafo 2.º del artículo 143 del RNot remita a la *legislación civil* para todo lo relativo a la forma, requisitos o solemnidades de los testamentos y de los actos de última voluntad, siendo meramente supletoria la legislación notarial en estos ámbitos. Por su parte, el artículo 180 del RN determina que la regla general sea la no exigencia de testigos instrumentales en la autorización de las escrituras públicas, salvo en las excepciones previstas en la misma norma, entre las que se incluye (párr. 1.º) el caso de los testamentos, *que se regirán por lo establecido en la legislación*

civil. Esta integración de la regulación de la intervención de testigos en el otorgamiento de los testamentos notariales en la legislación civil resulta corroborada por el parecer doctrinal generalizado asentado en la consideración de que su intervención constituye una solemnidad o formalidad propia del testamento, sin que estos testigos instrumentales realicen función *notarial* alguna. El hecho de que la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, haya modificado el artículo 697 del Código Civil, en el sentido de no imponer la presencia de testigos instrumentales en el otorgamiento de los testamentos notariales, es significativo de que la presencia testifical en el acto de testar ante Notario es sólo un requisito de ciertos testamentos y no un requisito o condición que imponga una formalidad inherente a la incorporación del testamento a un instrumento público. Sin perjuicio de que no todos y cada uno de los contenidos de la legislación notarial hayan de considerarse incluidos en la reserva competencial del Estado, el TC concluye que en la tradición jurídica española y en el Derecho vigente la regulación de la presencia de testigos en el acto de otorgar testamento notarial no forma parte de la legislación notarial y, por lo tanto, su regulación no es ordenación de los instrumentos públicos.

Como segundo argumento en que se apoyaba el recurso de inconstitucionalidad sobre el precitado artículo 52 reformado de la Compilación balear, se cuestionaba si la competencia de *desarrollo* del Derecho Civil propio daba cobertura jurídica a la regulación en él realizada. Partiendo del dato cierto de que la Compilación balear, en el momento de entrada en vigor de la CE, no contenía regulación alguna acerca de la intervención de testigos en los testamentos notariales [y en esto el supuesto resuelto por el TC también es similar al gallego que nos preocupa en estos momentos, pues sabido es que la Compilación de 1963 no contenía norma alguna sobre tipos ni formalidades testamentarias, si bien regulaba alguna institución propia de la sucesión testamentaria: el derecho de labrar y poseer (arts. 84 a 87)], el TC precisa, frente al parecer del Abogado del Estado, que las competencias autonómicas para *desarrollar* el propio Derecho Civil pueden dar lugar a su actualización y a su crecimiento orgánico y, en concreto, a la regulación de materias que, aun ausentes del texto originario de las Compilaciones, guarden una relación de conexión suficiente con institutos que ya contasen con una disciplina propia en aquéllas o en otras normas integrantes del Derecho propio de la CA de que se trate. Así, la existencia de regulación sobre determinados aspectos de la sucesión testada en el Derecho balear constituye, a juicio del TC, una materia sobre la que asentar la conexión necesaria y suficiente de la regulación de la presencia de testigos en el otorgamiento de los testamentos notariales.

La argumentación de esta STC ha sido objeto de fundadas críticas realizadas por BERCOVITZ y por MARÍN LÓPEZ. Estos autores ponen de manifiesto que no es cierta la distinción que hace el TC entre *legislación notarial* y *civil*,

y ello porque se olvida de que la legislación notarial es también civil en lo que se refiere a la ordenación de los instrumentos públicos (12). Si se siguiese la argumentación del TC habría que considerar que la competencia exclusiva del Estado sobre la ordenación de los instrumentos públicos lo es con la excepción de que ésta se corresponda con la legislación civil, lo que no concuerda con la excepción absoluta que introduce el segundo inciso del artículo 149.1.8.^a de la CE. Por otra parte, la concurrencia de testigos en el otorgamiento de testamentos notariales —que son instrumentos públicos— cumple tradicionalmente una función de garantía que se persigue con el establecimiento de la forma notarial esencial. Constituye un requisito de forma esencial sin el cual el testamento notarial, como instrumento público, es nulo. No es cierto, a su juicio, que la formalidad sea propia del testamento y no de su otorgamiento notarial, pues aunque esta es una distinción que se puede hacer en los negocios jurídicos para los que se exigen requisitos de forma esenciales, para desmentirla en este caso basta con traer a colación la posibilidad de los testamentos ológrafos, cuyo otorgamiento no requiere la presencia de testigo alguno. Por otra parte, la Disposición Derogatoria de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, deroga el artículo 2 de la Ley de 1 de abril de 1939, *sobre intervención de testigos en la autorización de las escrituras públicas* [BOE, núm. 97, de 7 de abril], que es una Ley típicamente notarial, como resulta tanto de su Exposición de Motivos como de su articulado, ocupándose expresamente de la regulación de la intervención de los testigos en los testamentos, concretamente en el precitado artículo 2 derogado en 1991. Por último, el artículo 1.216 del Código Civil, al definir los documentos públicos como *los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley*, lo hace sin realizar excepción alguna, de manera que queda incluida, en su caso, la solemnidad de los testigos.

B) *Supuestos en los que la presencia de testigos instrumentales es preceptiva*

La regulación de la presencia de testigos instrumentales, con independencia de que puedan serlo también de conocimiento —de acuerdo, en este caso, con la normación del CC—, en el otorgamiento de testamentos abiertos notariales contenida en los artículos 183.1, 184 y 185 de la LDCG/2006

(12) Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos Civiles, Forales o Especiales», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 1, 1993, págs. 79 y sigs.; MARÍN LÓPEZ, J. J., «La ordenación de los registros e instrumentos públicos como título competencial del Estado», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994, págs. 184 y sigs.

es similar a la que, tras la reforma de la que han sido objeto los artículos 697 a 699 del Código Civil por la Ley 30/1991 que ha supuesto la flexibilización de este requisito (13), se contiene en el primero estos preceptos. De acuerdo con las previsiones de la LDCG/2006, la regla general es que el acto de otorgamiento del testamento abierto ordinario —sea este individual o mancomunado— no requiere la presencia de testigos instrumentales (art. 183.1, inciso final), que sólo será necesaria en el otorgamiento de este tipo de testamentos en los siguientes casos (contemplados en términos prácticamente idénticos en las dos letras que integraban el párrafo 2.º del art. 136 de la LDCG/1995):

- a) *Cuando lo solicite el testador o el notario.*—La previsión es idéntica a la que se contempla en el número 3.º del artículo 697 del Código Civil, respecto del que la previsión de la Ley gallega nada cambia ni aporta. Únicamente procede recordar que la solicitud de presencia es plenamente voluntaria, pero una vez que se formula es obligatoria para el no solicitante, de manera que si es el notario el que solicita la presencia de testigos instrumentales en el caso de que el testador se niegue a su presencia, el notario puede negarse a su vez a autorizar el testamento. Los testigos propuestos habrán de reunir los requisitos de idoneidad previstos con carácter general en el artículo 185 de la LDCG/2006, de los que más adelante nos ocuparemos, produciéndose, en caso de no concurrir, las mismas consecuencias previstas con carácter general.
- b) *Cuando el testador sea ciego.*—Interpretando el mismo supuesto en el Derecho Civil Territorial Común, la jurisprudencia ha considerado que han de asimilarse al supuesto de ceguera total aquellos casos en los que exista una lesión o defecto visual de tal magnitud que impida al testador la lectura y estampar su firma en el documento en condiciones de las que se deriven que no pueden plantearse dudas acerca de su autenticidad (STS de 12 de abril de 1973 [RJ 1973/2284]).
- c) *Cuando el testador sea un demente en intervalo lúcido.*—La previsión incluye tanto al testador que ha sido incapacitado —judicialmente— como al que es incapaz natural (14). Esta interpretación resulta acorde con la exigencia de que el testador se halle en su *cabal juicio* en orden a reunir los requisitos de capacidad para disponer de sus bienes *mortis causa*, de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 663 del Código Civil. La apreciación de esta circunstan-

(13) Sobre la misma, vid. ALBALADEJO, M., «Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley de Modificación del Código Civil en materia de testamentos», en *RDP*, 1992, pág. 615 y sigs.

(14) MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., «El testamento abierto notarial», *op. cit.*, pág. 120.

cia que la jurisprudencia considera que se reúne cuando el testador presenta *un horizonte mental corriente* (entre otras, SSTS de 25 de septiembre de 1959 [RJ 1959/1924] y de 27 de noviembre de 1995 [RJ 1995/8717]) ha de referirse al momento temporal en que se otorga el testamento (STS de 18 de marzo de 1988 [RJ 1988/10355]). En el caso de que se trate de un testador incapacitado, aunque en la sentencia de incapacitación se le prive expresamente de la capacidad para testar, podrá otorgar testamento notarial abierto con los requisitos especiales que el Código Civil exige para los testamentos notariales abiertos en intervalo lúcido, mientras que para testar en alguna de las otras formas sí habrá de estarse a lo que en la aquella sentencia expresamente se disponga. Esta interpretación, aunque cuenta con detractores en la doctrina, ha sido acogida por la STS de 20 de mayo de 1994 [RJ 1994/3723] y, entre los autores, cada vez son más sus valedores (15). De acuerdo con esta tesis, la previsión expresa contenida en la sentencia de incapacitación en la que se prevea la falta de capacidad para testar habrá de ser interpretada e integrada con las previsiones normativas contenidas, entre otros, en el artículo 662 del Código Civil, en el que se consagra la regla general de la capacidad para testar de toda persona a la que la ley y no se lo prohíba expresamente —y la prohibición expresa sólo recae sobre los menores de catorce años y sobre los que no se hallen en su cabal juicio (art. 663 CC)— y en el artículo 665 del Código Civil en relación con los requisitos especiales del testamento otorgado en intervalos lúcidos. En todo caso, cuando se trate de un testador en intervalo lúcido, habrán de concurrir conjuntamente al acto de otorgamiento del testamento los testigos instrumentales —en su caso los de conocimiento, que podrán coincidir con aquéllos— y los dos facultativos designados por el notario que hayan procedido al reconocimiento del testador incapacitado (art. 698 del CC). Pero, en el caso del testamento en intervalo lúcido, ha de tenerse en cuenta que tampoco la apreciación de capacidad que realiza el propio notario (ex arts. 685 y 696 del CC), de acuerdo con los dictámenes técnicos de los profe-

(15) Entre estos, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, T. V (*Derecho de Sucesiones*), Ed. Bosch, Barcelona, 1993 (5.ª edic.), pág. 176; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil*, Ed. Bercal, S. A., Madrid, 1998, pág. 72; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «Comentario a la STS de 20 de mayo de 1994», en *CCJC*, núm. 36, 1994; ÁLVAREZ LATA, N., *LEA. Derecho de Sucesiones*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000 (actualizaciones cuatrimestrales). Entre aquéllos, ROCA I TRÍAS, E., «Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos», en *Comentarios a las reformas del Código Civil* (R. Bercovitz, coord.), Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pág. 950, donde señala que el pronunciamiento expreso en la sentencia de incapacitación sobre la no capacidad para testar evita la operatividad del artículo 665 del Código Civil.

sionales de la medicina que le asistan, produce un efecto superior a la mera creación de una presunción de capacidad, que se mantendrá sólo en tanto en cuanto no sea destruida por prueba en contrario y, por lo tanto, no impide que, en su caso, pueda prosperar la impugnación judicial de tal testamento (STS de 19 de septiembre de 1998 [RJ 1998/6399]) (16).

- d) Cuando el testador *no sepa o no pueda leer o escribir*.—En este supuesto sí se pueden apreciar diferencias con la regulación prevista en el artículo 697 del Código Civil, pues en éste se alude al testador que «*declare que no puede firmar el testamento*» (la declaración falsa conllevará la nulidad del testamento; SSTs de 10 de noviembre de 1973 [RJ 1973/4163] y de 16 de junio de 1997 [RJ 1997/5411]) o que «*no sabe o no puede leerlo por sí*» (núms. 1.º y 2.º, respectivamente). Frente a la previsión del Código Civil que se asienta en una declaración del propio testador (17), en la LDCG se acoge una circunstancia de naturaleza objetiva, de manera que habrá de ser el notario quien haya de asegurarse de si el testador sabe o no sabe leer o escribir. Ha de hacerse notar que la LDCG exige que el testador sepa leer y escribir, de manera que no basta con que el testador sepa firmar (el notario habrá de asegurarse de que el testador no se limita a «pintar» la firma) (18).

La enumeración que precede agota el elenco de supuestos en los que, de conformidad con el artículo 184 de la LDCG/2006, es necesaria la presencia de testigos instrumentales. Echará de menos el lector, posiblemente aveza-

(16) La STS de 19 de septiembre de 1998 [RJ 1998/6399] resuelve la impugnación judicial del testamento notarial otorgado por el conocido pintor Benjamín Palencia en el que instituía heredera a la futura «Fundación Benjamín Palencia», dando instrucciones muy detalladas a las personas designadas para constituirlo. El notario se había aconsejado del testimonio de tres prestigiosos psiquiatras, pues el otorgante se encontraba aquejado de una demencia arteriosclerótica consecutiva sin posibilidad de recuperación. El TS aprecia que el estado mental del testador no le permitía comprender la complejidad del testamento otorgado, precisando que la actividad notarial en el otorgamiento ha de moverse siempre en el marco de la libertad testamentaria, en el ámbito del asesoramiento en orden a corregir errores o defectos del testamento, pero no puede sustituir o suplir la voluntad del causante. El TS establece una conexión directa entre la capacidad y el grado de dificultad de las disposiciones testamentarias, en atención a la que se destruye la presunción de capacidad testamentaria, confirmando la nulidad del testamento por incapacidad mental del otorgante, ex artículo 663.2 del Código Civil.

(17) Así, *v.gr.*, la STS núm. 286/2006, de 21 de marzo (Ponente: A. GULLÓN BALLESTEROS) [RJ 2006/1590], señala que la firma del testamento abierto por un testigo ante la declaración o manifestación del testador de no saber hacerlo es suficiente para dar validez a la declaración de voluntad recogida en aquel instrumento notarial.

(18) *Vid.* GUTIÉRREZ ALLER, V., *Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*, Ed. Ir Indo, Vigo, 1997, pág. 99.

do conecedor del Derecho de Sucesiones Territorial Común —y acaso también conecedor de los análisis doctrinales del art. 136 de la LDCG/1995—, el caso del testador que sea «*enteramente sordo*» que no sepa o no pueda leer. En este caso, sabemos que en el párrafo 2.º del artículo 697.2.º del Código Civil se exige la lectura del testamento por los testigos en presencia del notario, debiendo declarar que el texto del mismo coincide con la voluntad manifestada por el testador. Pues bien, si el testador no puede o no sabe leer o escribir, con independencia de que sea o no sordo, se requiere la presencia de testigos instrumentales. Si sabe y puede leer y escribir, con independencia de que sea sordo o no, no es preceptiva la presencia de tales testigos y ello porque puede efectuar la lectura personalmente y expresar su conformidad o disconformidad con el texto del testamento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 193.4 RNot (18 bis). La duda surge en relación con la aplicabilidad en Galicia del requisito de la doble lectura por los testigos instrumentales en el caso del testador sordo que no sepa o no pueda leer o escribir, manifestándose a favor de su exigencia los autores provenientes del notariado (19). A favor de la integración del Derecho Civil propio de Galicia con esta previsión del Código Civil podría decirse que se trata de una exigencia relativa al acto de otorgamiento y no en relación con la exigencia de la presencia de testigos pues, tratándose de un testador que no sabe o no puede leer o escribir, habrán de comparecer necesariamente, de manera que como en Galicia no existe regulación sobre la forma en que ha de procederse al otorgamiento del testamento, procede aplicar las del Código Civil. Distinta sería la solución si entendemos que se trata de una regla en relación con los testigos instrumentales, pues habiendo regulación específica sobre este extremo, no procede su integración con las normas del Código Civil.

En el caso de que el testamento que pretenda otorgarse sea mancomunado, los presupuestos que imponen la presencia en el acto de otorgamiento de testigos instrumentales habrá de apreciarse si concurren o no en relación con cada uno de los cotestadores y, de igual manera, cualquiera de estos puede solicitar su presencia al amparo de lo prevenido en el apartado 1.º del artículo 184 de la LDCG/2006 (20).

(18 bis) En este sentido, Martínez García, M. Á., «Comentario del artículo 184 de la LDCG de 2006», en *Derecho de Sucesiones y régimen económico familiar de Galicia (comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, y a la Ley 10/2007, de 28 de junio)*, vol. I, Ed. Colegio Notarial de Galicia - Colegios Notariales de España, Madrid, 2007, pág. 151.

(19) Así, MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., «El testamento abierto notarial», *op. cit.*, pág. 120.

(20) Así lo entendía también, para el supuesto de testamento mancomunado previsto en el artículo 22 de la ya derogada Ley (estatal) 49/1981, de 24 de diciembre, CUADRADO (vid. CUADRADO IGLESIAS, M., «El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1982», *RDP*, diciembre de 1983, pág. 1104).

C) *Los requisitos de capacidad de los testigos instrumentales*

El artículo 185 de la LDCG/2006 prescribe que, en los supuestos en que es preceptiva la intervención de los testigos instrumentales, éstos habrán de reunir únicamente como requisito estar dotados de «*plena capacidad de obrar*», con lo que se han corregido los evidentes defectos técnicos de que adolecía la correlativa expresión que se contenía en el párrafo 3.º del artículo 136 de la LDCG/1995 (exigía la «*plena capacidad jurídica*» y sabido es que todos los nacidos que reúnan los requisitos del art. 29 del CC y las personas jurídicas debidamente constituidas —art. 35.1.º, párr. 2.º, del CC—, están dotados de capacidad jurídica plena —o personalidad— entendida como aptitud general para ser centro de imputación de relaciones jurídicas, patrimoniales o no) (21), expresando así un requisito especial de idoneidad de los testigos instrumentales que viene a suponer la exigencia de que se trate de personas mayores de edad —el menor emancipado no puede ser testigo— y no incapacitadas (la expresión utilizada es más restrictiva que la que resulta de los núms. 1.º y 4.º del art. 681 del CC, a tenor de los cuales se requiere que el testigo sea mayor de edad y que esté «*en su sano juicio*»), lo que, en principio, supone la exclusión de la habilidad para ser testigo de cualquier incapacitado o sometido a curatela, sea cual fuere su grado de discernimiento. Es también razonable entender que se apliquen a los testigos instrumentales que nos ocupan las causas de inhabilidad y las prohibiciones previstas en los artículos 681 y 682 del Código Civil, incluida la relativa a la inhabilidad de los sujetos que resulten beneficiados en concepto de herederos o de legatarios —excepción hecha de los legatarios de bienes de escasa entidad económica teniendo en cuenta el caudal hereditario— (párr. 2.º del art. 754 del CC), por el testamento otorgado, así como a sus cónyuges y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (22).

La cuestión que sigue dejando abierta la LDCG/2006 —por cierto, al igual que sucede en el Derecho Civil Territorial Común— es la relativa a la posible extensión de las causas de inidoneidad a los testigos de cono-

(21) Así lo han entendido los miembros de la *Comisión Superior para o Estudo e Desenvolvemento do Dereito Galego* y de manera consonante con la reflexión en este sentido que hacen en la memoria justificativa que precede al texto articulado presentado el 28 de julio de 2001, en el artículo 185 de éste se exige que, en los casos en que sea necesaria su presencia, los testigos, que serán, por lo menos, dos, «*habrán de tener plena capacidad de obrar, entender al testador y saber firmar*».

(22) Sobre la posibilidad de aplicar la sanción de nulidad parcial en el caso de testamento notarial abierto otorgado con testigo inidóneo por resultar éste instituido en el testamento; vid. ALBALADEJO, M., «Nulidad de la disposición y nulidad del testamento, cuando el instituido es testigo o lo son determinados familiares suyos», en *RDP*, 1967, pág. 615 y sigs.; así como la STS de 4 de mayo de 1966 [*RJ* 1966/2290].

cimiento. Como se ha dicho, éstos no son objeto de regulación en la Ley gallega y, en consecuencia, debe resolverse la cuestión atendiendo a los preceptos del Código Civil y, en su caso, a los artículos 184 y 182.1.º del RNot. Precisamente en estos preceptos del RNot., junto con la colación de la idea de que la función de los testigos de conocimiento es diversa de la atribuida a los instrumentales, son los argumentos en lo que se fundan su parecer los autores que consideran que las causas de inidoneidad de los testigos instrumentales no son aplicables en su integridad a los testigos de conocimiento, sino únicamente la de ser loco o demente, ciego, sordo o mudo (cfr. art. 182.1.º del RNot, al referirse a los incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en la escritura) (23). Frente a este parecer, no faltan autores que, argumentando sobre la relevancia de la función de los testigos de conocimiento cuando su intervención es requerida, consideran de aplicación a éstos las causas de inidoneidad previstas en los artículos 681 y 682 del Código Civil (24), si bien creo que este parecer carece del necesario apoyo legal en el Derecho Civil Territorial Común.

D) *El número de los testigos instrumentales*

Siguiendo en este aspecto, tanto la propuesta de la «*Comisión non permanente de Dereito civil galego*», como la elevada al Parlamento por el *Consello da Cultura Galega* en 1991, pues ambas coincidían en esta previsión, el último inciso del párrafo 3.º del artículo 136 de la LDCG/1995 prescribía que, cuando sean preceptivos, los testigos instrumentales «*habrán de ser dos al menos*». En idéntico sentido, el nuevo artículo 185 de la LDCG/2005, señala que, «*en los casos en que sea necesaria su presencia, los testigos serán al menos dos*». Resulta claro, por lo tanto, que en todo caso habrán de ser dos como mínimo, pero pueden ser más y el testador o testa-

(23) En este sentido se han pronunciado, entre otros, MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 685 y 686 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil* de Q. M. SCAEVOLA, T. XII, Ed. Reus; Madrid, 1950 (2.ª edic.), pág. 965; BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Comentario del artículo 681 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, págs. 964 y 965.

(24) Entre otros, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Comentario del artículo 681 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (M. Albaladejo/S. Díaz Alabart, dirs.), T. IX, Vol. 1.º, A. EDERSA, Madrid, 1989, pág. 300; TORRES GARCÍA, T., «Comentario del artículo 681 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Vol. I, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 711; Díez-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Ed. Tecnos, Madrid, 1997 (7.ª edic.), pág. 369, nota núm. 5; MARTOS CALABRÚS, M.ª A., *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, Ed. Comares, Granada, 2000, pág. 126; LÓPEZ SUÁREZ, M. A., *El testamento mancomunado en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, Ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, pág. 170.

dores o el notario, dependiendo de cuál de ellos dos los haya propuesto, habrán de aceptar la presencia e intervención de ese mayor número de testigos. Se ha dicho que los requisitos de idoneidad, de los que inmediatamente antes nos hemos ocupado, habrán de concurrir en todos ellos so pena de nulidad. Sin embargo, siendo dos el mínimo imperativamente exigido, parece razonable pensar que si dos de los testigos instrumentales que concurren al otorgamiento no incurrir en ninguna causa de inhabilidad, aunque concurren otros que incurran en alguna de estas causas, ello no vicia de nulidad el testamento abierto otorgado pues los requisitos mínimos exigidos por la LDCG se cumplen y el resto puede considerarse ex *abundantia* (25).

3. EL TESTAMENTO ABIERTO ORDINARIO (NOTARIAL)

A) *El testamento individual y el mancomunado como subtipos de testamentos abiertos notariales o nuncupativos*

El párrafo 1.º del artículo 136 de la LDCG/1995 disponía que «*el testamento abierto podrá ser individual, mancomunado o por comisario*». Se trataba de un precepto que, a pesar de que inicialmente su carácter no parecía exceder de las pretensiones propias de lo meramente enunciativo, su interpretación generó dudas doctrinales con consecuencias importantes según cuál fuese la respuesta que se admitiese, dentro de las posibles, además de poner de manifiesto sus notables incorrecciones técnicas. Las incorrecciones técnicas de que adolecía el citado precepto del Texto legal de 1995 y que resultaban de su mera lectura han sido subsanadas en la Ley de 2006. En primer lugar, se ha incluido en el artículo 186 de la LDCG/2006, al enunciar que el testamento abierto puede ser individual o mancomunado, el calificativo de *ordinario*, de manera que se excluyen aquellas modalidades de testamento abierto contempladas en el Código Civil y calificadas como *formas extraordinarias del testamento abierto*: el testamento en peligro de muerte —o testamento otorgado *in articulo mortis*— y el testamento en caso de epidemia (arts. 700 y 701 del CC). En virtud de la previsión contenida, a propósito del sistema de fuentes en el artículo 1.3 de la LDCG/2006 y de la toma en consideración de la que es patente intención del legislador, acerca de la aplicación de las normas del Código Civil en los aspectos no regulados en la LDCG y en cuanto no se opongan a lo en ésta dispuesto, resulta evidente la aplicación de las normas del Código Civil, reguladoras de las formas extraordinarias del testamento abierto notarial en

(25) De parecer contrario es LETE (vid. LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 136 de la LDCG», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* [M. Albala-dejo y S. Díaz Alabart, Dirs.], T. XXXII, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1997, pág. 1014).

Galicia. Esta cuestión de ámbito objetivo restringido permite traer a colación una crítica que, desde algunos sectores de la doctrina, se había hecho al contenido del artículo 136 de la LDCG/1995, poniendo de manifiesto que, pese a tratarse de un precepto en el que se pretenden incluir las disposiciones generales y comunes a la regulación de la sucesión testada en la LDCG, no se contenía una remisión expresa a la aplicación de las disposiciones contenidas en el Código Civil (como ocurre, *v.gr.*, en Navarra, País Vasco, Baleares y se hacía en la *Propuesta* presentada al Parlamento de Galicia en 1991 por el *Consello da Cultura Galega*). La LDCG/2006 tampoco contiene ninguna genérica remisión expresa. A la crítica de calado general enunciada puede contestarse dando el mismo alcance general a la respuesta a la cuestión concreta que hemos formulado, de donde con naturalidad resulta la innecesariedad —el carácter superfluo que tendría— de la norma por algunos reclamada bajo el imperio de la Ley de 1995.

Mayores problemas hermenéuticos suscitó la inclusión expresa en la Ley de 1995 del testamento mancomunado y del llamado «testamento por comisario» como subespecies del testamento abierto notarial en su artículo 136.1. La pregunta de mayor calado que no resolvía expresamente este precepto y tampoco ningún otro de la misma Ley de 1995, y a la que, por ello, se ofrecieron en la doctrina respuestas radicalmente opuestas, era la atinente a si la inclusión de estos dos tipos de testamento como subespecies del testamento abierto notarial suponía que estaban vedadas las otras formas testamentarias para estos dos tipos de testamento (26). La LDCG/2006 se ha in-

(26) Respecto del llamado testamento por comisario, el artículo 141 de la LDCG/1995 nos daba la respuesta expresamente al permitir que la designación de *comisario* se realizase en testamento (así resulta también de los arts. 196 y 197 de la LDCG/2006), sin exigir ninguna forma testamentaria en concreto, de manera que podía realizarse en cualquiera de los testamentos admitidos, a lo que se añadía la posibilidad de su designación en capitulaciones matrimoniales. No tan meridiana se presentaba la respuesta respecto del testamento mancomunado. Quienes consideraban que el testamento abierto notarial es la única forma hábil mediante la que puede formalizarse el testamento mancomunado aducían los siguientes argumentos (en este sentido se pronunciaron, entre otros, GUTIÉRREZ ALLER, V., «Comentarios ó Título VIII da LDCG», en *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 471995 do 24 de maio)* (AA.VV.), Ed. Parlamento de Galicia - ARXG, Santiago de Compostela, 1996, pág. 401, *ibídem*, *Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*, Ed. Ir Indo, Vigo, 1997, pág. 100; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentarios a los artículos 136 y 137 de la LDCG», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. XXXII, Vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1997, págs. 986-987 y 1032, respectivamente; PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «Comentarios a los artículos 141 y 142 de la LDCG», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. XXXII, Vol. 2.º, *op. cit.*, págs. 1116 y 1117; *ibídem*, haciéndose eco de las opiniones discrepantes y sin pronunciarse de manera tan contundente, acaso por el carácter didáctico de la obra en la que lo hace, *Manual de Derecho Civil gallego* (AA.VV.), Ed. Colex, Madrid, 1999, págs. 224 y 225; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, T. I, Ed. Dykinson, Madrid, 1997 (2.ª edic.), pág. 453. Este parecer es compartido ex-

clinado por la asunción normativa del que era el parecer doctrinal mayoritario vertido sobre el Texto normativo anterior, al precisar expresamente en su artículo 189 que «*el testamento mancomunado habrá de otorgarse en forma*

presamente por LÓPEZ SUÁREZ, M. A., «El testamento mancomunado o de hermandad otorgado por cónyuges de distinta vecindad civil», en *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil vasco*, Ed. RSBAP (Comisión de Bizkaia), Bilbao, 1999, pág. 454; *ibídem*, «La intervención del notario en el otorgamiento del testamento mancomunado gallego», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, pág. 374 y sigs.):

- a) *Los precedentes prelegislativos del precepto.*—Éstos están constituidos por el artículo 92 del *proyecto* presentado al Parlamento de Galicia el día 22 de marzo de 1991 por la autodenominada «Comisión non permanente de Dereito civil de Galicia», en el que expresamente se disponía la posibilidad de los cónyuges gallegos de testar mancomunadamente en un solo instrumento, dentro o fuera de Galicia, *con las formalidades propias del testamento abierto notarial del lugar de otorgamiento*; pero también, como sabemos, por el texto articulado elaborado poco después por el *Consello da Cultura Galega* y elevado el mismo año 1991 al Parlamento gallego y, en éste, no se exige que el testamento mancomunado revista la forma notarial abierta. En efecto, el críptico artículo 90 de esta propuesta se limitaba a establecer una redundante obviedad: «*Os cónxuxes galegos poderán testar mancomunadamente, aínda fóra de Galicia, só en forma de testamento*». De lo dicho se deriva que, amén de que los precedentes legislativos de la norma en vigor no son coincidentes en el aspecto que nos ocupa, el argumento de la presencia en ellos de la exigencia expresa de una determinada forma que desaparece en el texto de la Ley finalmente promulgada más bien haría presuponer al intérprete que la voluntad del legislador de que tal exigencia desapareciese. Por otra parte, ha de ponerse de manifiesto ya, a estos efectos, que si lo que justifica la necesaria intervención del notario en su calidad de técnico en la materia es la especial dificultad del régimen de revocación del testamento mancomunado, cuando lo que el testador lo que pretende es revocarlo, el artículo 139.2 de la LDCG exige la intervención de aquél al requerir, ahora sí expresamente, la forma abierta notarial.
- b) *El tenor literal del artículo 136.1 de la LDCG.*—En efecto, si se realiza una interpretación que atienda exclusivamente al canon literal del artículo 136.1 LDCG se deriva la conclusión de que el testamento mancomunado es un testamento abierto. Sin embargo, aún quienes afirman que en el Derecho Civil propio de Galicia la forma abierta notarial es la única mediante la que cabe formalizar un testamento mancomunado y lo hacen sobre este argumento, de inmediato reconocen, porque el texto de la LDCG no deja otra opción, que el llamado *testamento por comisario* puede hacerse en cualquier forma testamentaria válida, sin que sea necesario acudir al testamento abierto notarial (en este sentido, PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Manual de Derecho Civil gallego* (AA.VV.), *op. cit.*, pág. 231). Otra interpretación llevaría al absurdo de pensar que en Galicia el testamento individual, que también se cita en el párrafo 1.º del artículo 136 de la LDCG, ha de revestir siempre la forma abierta notarial. Luego la conclusión es evidente, del tenor literal del artículo 136.1 de la LDCG cabe colegir que el testamento abierto es una forma válida para testar mancomunadamente, de igual manera que lo es para formalizar el llamado *testamento por comisario*, pero en ningún caso impone que ésta sea la única forma admisible. Por otra parte, el hecho de que la forma sea especialmente tenida en cuenta por el legislador gallego cuando regula la revocación del testamento mancomunado, exigiendo expresamente en este caso la forma abierta notarial y no limitándose a decir que habrá de ser revocado en la

abierta notarial». En realidad, el precepto que acaba de transcribirse únicamente se explica por el deseo del legislador —*rectius*, del «prelegislador»—

misma forma que fue otorgado, hace pensar razonablemente que no quiso imponer una forma determinada para su otorgamiento.

- c) *De naturaleza literal es también el argumento que este mismo sentido se ha esgrimido en atención a que el artículo 118.1 de la LDCG establece que el usufructo voluntario de viudedad podrá constituirse con carácter recíproco en «testamento mancomunado, en capitulaciones matrimoniales o en cualquier otra escritura pública».*—Se dirá que el testamento mancomunado es una de esas escrituras públicas en las que cabe formalizar el usufructo viudal universal. Sin embargo, esta previsión se realiza sólo para el caso en que el usufructo viudal se constituya con carácter recíproco, pues, en otro caso, cabe constituirlo en cualquier tipo de testamento. De esta manera aquella previsión no aporta nada nuevo, pues el testamento mancomunado es el único negocio jurídico con eficacia *mortis causa* en el que caben las disposiciones recíprocas, sin que ello signifique se trate de disposiciones correspondientes o recíprocamente condicionadas (en este último sentido, GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Comentario al artículo 118 de la LDCG», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* [dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart], T. XXXII, Vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1997, pág. 804, nota núm. 44).
- d) *La legislación comparada.*—El argumento derivado de la constatación de que en los ordenamientos jurídicos comparados y en los demás Derechos Civiles Territoriales españoles en los que se admite el testamento mancomunado, la forma notarial es la forma natural o habitual en la que se prevé que se formalice este tipo de testamento parte de la constatación de datos que no son ciertos como se pone de manifiesto al justificar la posibilidad de testar mancomunadamente bajo cualquier forma admisible. En todo caso, conviene advertir que, v.gr., el legislador aragonés exige que la revocación unilateral del testamento mancomunado en vida del otro testador se haga en testamento abierto ante Notario (art. 106.4 de la LSCMA) —en este aspecto no presenta diferencias con la legislación gallega—, aun cuando admite expresamente la libertad de testar mancomunadamente en cualesquiera de las formas en las que se puede testar unilateralmente (art. 94 de la LSCMA) de acuerdo con la regulación del Código Civil aplicable supletoriamente en Aragón, con lo que el legislador aragonés de 1999 ha venido a salir al paso de las dudas que, bajo la vigencia de la regulación derogada, suscitaba la compatibilidad del testamento mancomunado con el testamento ológrafo, militar, marítimo y el hecho en peligro de muerte o en tiempo de epidemia (vid. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario del artículo 94 de la LSCMA», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* [dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart], T. XXXIV, Vol. 1.º [arts. 1 a 148 de la LSCMA], EDERSA, Madrid, 2002, pág. 666).
- e) Por último, esgrimen estos autores un *argumento de naturaleza metajurídica*: la forma notarial abierta es la única que permite al Notario prestar un asesoramiento jurídico especializado a los testadores, lo que resulta especialmente conveniente en el caso del testamento mancomunado, dado el régimen jurídico peculiar que presenta, fundamentalmente en relación con su revocación (por esta razón DELGADO, en relación con el Derecho Civil aragonés, después de advertir que el testamento mancomunado puede hacerse en cualquiera de las formas admitidas por el Derecho, señalaba que *lo normal y recomendable* será otorgar testamento notarial abierto [DELGADO ECHEVERRÍA, J., *El Derecho aragonés (Aportación jurídica a una conciencia regional)*, Alcrudo Editor, Zaragoza, 1977, págs. 139 y 140]). Pues bien, además de que se trata de un argumento que, en su caso, podría llegar

de zanjar la aludida polémica doctrinal fomentada por el carácter crítico de los preceptos de la Ley de 1995, pues nada nuevo aporta —y por ello resulta

a tener en cuenta el legislador para regular la forma del testamento mancomunado de una u otra manera, pero que no es posible tener en cuenta a la hora de interpretar el Derecho *dado*, no alcanzo a encontrar los motivos por los que se dice que el testamento mancomunado reviste especiales complicaciones técnico-jurídicas que exijan el asesoramiento técnico: ¿Acaso es más complicado que el sistema legitimario? ¿Acaso quienes pretendan testar mancomunadamente —del mismo modo que cuando pretenden revocar un testamento ya otorgado— utilizando el testamento cerrado o el ológrafo no pueden acudir a un especialista en Derecho —un abogado— que les aconseje o les resuelva las dudas que puedan plantearseles? ¿Acaso no se dice que la complicación se deriva del régimen de revocación y para revocar no se exige expresamente la forma notarial?

Puesto que los argumentos esgrimidos, por las razones expuestas con ocasión del enunciado de cada uno de ellos, no nos convencieron, nos sumamos al sector doctrinal, indudablemente minoritario, que entendía que el testamento mancomunado en el Derecho Civil propio de Galicia puede formalizarse en cualquiera de las formas testamentarias admitidas en el Derecho Civil Territorial Común (preconizaron este parecer, MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., «Comentario al artículo 136 de la LDCG [El testamento abierto notarial]», en *Derecho de Sucesiones de Galicia (Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995)*, Ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, pág. 117; ALONSO VISO, R., «El testamento mancomunado en el Derecho gallego», en *RXG*, núm. 14, 1996, pág. 25; DÍAZ FUENTES, A., *Derecho Civil de Galicia [Comentarios a Lei 4/1995]*, Ed. Publicacións do Seminario de Estudos Galegos, A Coruña, 1997, págs. 264 y 267; y yo mismo, en «Régimen sucesorio: La sucesión testada [el testamento abierto notarial, el testamento mancomunado y la delegación de la facultad de mejorar]», en *La Ley de Derecho Civil de Galicia: Balance de un lustro y análisis de su revisión* [R. Rodríguez Montero, Coord.], Ed. Publicacións do Seminario de Estudos Galegos, A Coruña, 2002, págs. 156 y 157; y en «La sucesión testada en el Derecho Civil propio de Galicia: El testamento abierto notarial, el testamento mancomunado y la delegación de la facultad de mejorar», en *RCDI*, núm. 677, mayo/junio de 2003, págs. 1544 y 1545). En efecto, la LDCG/1995 no exigía expresamente, en ninguno de sus preceptos, que el testamento mancomunado revistiese la forma abierta notarial. Este argumento que, por sí sólo podría resultar discutible, alcanzaba una renovada virtualidad en el momento en el que se constata que el artículo 139.2 de la LDCG/1995 exigía expresamente la forma abierta notarial para la revocación, frente al silencio del legislador en relación con el otorgamiento. Difícilmente, aunque dada la no precisamente impecable técnica legislativa de la LDCG/1995 era posible, puede pensarse que se trataba de un olvido del legislador y ello fundamentalmente porque en los proyectos prelegislativos presentados al Parlamento de Galicia a lo largo del año 1991 se exigía, en ambos, expresamente la forma notarial abierta. En consecuencia, el testamento mancomunado podía revestir, a mi juicio, la forma del testamento cerrado y del testamento ológrafo. En el primer caso se exigirían los requisitos de escritura y suscripción, así como las formalidades propias del otorgamiento de este tipo de testamento, requiriéndose la intervención conjunta de los dos otorgantes (en el caso gallego, de los dos cónyuges). El plazo de diez días que contempla el artículo 712 del Código Civil para que el Notario, o la persona que tenga en su poder, presente ante el Juez competente el testamento cerrado, se computan respecto de la fecha de fallecimiento de cada uno de los cotoorgantes, momento hasta el cual —hasta el fallecimiento de alguno de los cotoorgantes— podrán pedir —ambos, ya sea por sí o por medio de representante (arts. 218 y 226 del RNot.)— la retirada del testamento depositado (vid. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario de los artículos 95 y 103 de la LSCMA», *op. cit.*, págs. 676-677 y 725, respectivamente. El artículo 226 del RNot. precisa que «*en vida del otorgante, sólo éste o su apoderado espe-*

en buena medida redundante— respecto de aquél en el que se contiene el concepto de testamento mancomunado acogido por el legislador gallego: «*Es mancomunado el testamento cuando se otorga por dos o más personas en un único instrumento notarial*» (art. 187.1 LDCG/2006).

cial, podrán obtener copia del testamento», y en su artículo 237, al regular la expedición de copias parciales, especifica que en ellas «*se omitirá cuanto no interese al peticionario*» y, específicamente cuando se trate de un testamento mancomunado, «*cuanto sea disposición especial del otorgante que sobreviva*». Norma similar se contiene en el artículo 103 de la LSCMA, a imagen y semejanza del § 2273 BGB [*«1. Con la apertura del testamento mancomunado las disposiciones del cónyuge superviviente, en tanto puedan distinguirse, jamás han de notificarse ni de otra forma ponerse en conocimiento de los interesados. 2. De las disposiciones del cónyuge premuerto ha de hacerse copia auténtica. El testamento habrá de cerrarse de nuevo y volverse a poner en especial custodia oficial»*]). Si el testamento mancomunado revistiese la forma ológrafa sería necesario que el segundo testador —el que no haya redactado el testamento de su puño y letra— declarase también por escrito, de su puño y letra, antes de la firma de ambos que valga igualmente como testamento suyo y firme en todas sus hojas y al pie del mismo. A la muerte del primer testador, el testamento mancomunado ológrafa se adveniría y protocolizaría con la presencia del testador superviviente (así se prevé expresamente en el art. 96.2 de la LSCMA). El testamento mancomunado ológrafa se acepta expresamente en Aragón —art. 94 y sigs. de la LSCMA, si bien ya bajo la vigencia del Apéndice de Derecho Civil de 1925, la STS de 14 de febrero de 1969 [RJ 1969/844] reconoció la validez de un testamento mancomunado en forma ológrafa en el que la autografía provenía sólo del marido, limitándose la esposa a manifestar, también de su puño y letra, su adhesión a las disposiciones de última voluntad redactadas por aquél (por esta razón, la SAT de Zaragoza, de 30 de noviembre de 1967, casada por aquella STS, rechazó la validez del testamento en cuestión), al advertir que el artículo 17 del mencionado Apéndice no limitaba en modo alguno la forma de otorgamiento del testamento mancomunado y que el principio general y básico que sustenta todo el Derecho de Aragón es la primacía total de la voluntad de los otorgantes— (en relación con esta STS, en su día, LACRUZ había puesto de manifiesto que el citado artículo 17 del Apéndice aragonés, prácticamente un copia literal de la Observancia 1.^a *De testamentis* no estaba redactado pensando en el testamento mancomunado ológrafa, desconocido en el Derecho tradicional aragonés, sino que únicamente se prevenían algunas distinciones en las formas de manifestar la voluntad ambos cónyuges que incidían en la posterior revocabilidad del testamento otorgado [LACRUZ BERDEJO, J. L., «Jurisprudencia comentada. Un dictamen y dos sentencias», en *RCDI*, noviembre-diciembre de 1969, pág. 1653]. Sobre las cuestiones expuestas y la regulación aragonesa vigente, vid. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario del artículo 96 de la LSCMA», *op. cit.*, pág. 678) y en el BGB —§ 2267—, si bien se proscribía en la Ley 199 de la CDCFN y en el párrafo 2.^o del artículo 49 de la LDCFPV, de manera que queda así desvirtuado el argumento esgrimido por el sector doctrinal por nosotros criticado en orden a admitir únicamente la forma abierta notarial.

A nuestros fundamentos podían unirse las consideraciones, en su día realizadas por CUADRADO, poniendo de manifiesto la incongruencia del legislador estatal cuando en la Ley de 24 de diciembre de 1981 permitió, en orden a mantener indivisas las explotaciones familiares agrarias, testar mancomunadamente en *forma abierta* a los cónyuges, al no llegar a comprender los argumentos que pueden justificar tal restricción, poniendo en concreto de manifiesto, que el asesoramiento que el notario o los testigos pudiesen prestar a los testadores es tan necesario en los testamentos unipersonales como en los mancomunados (vid. CUADRADO IGLESIAS, M., «El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1982», en *RDP*, diciembre de 1983, págs. 1106 y 1107).

B) *El testamento mancomunado*

El artículo 186 de la LDCG/2006 señala que «*el testamento ordinario puede ser individual o mancomunado*».

a) Preliminares: La prohibición del testar mancomunadamente en el Código Civil

Aunque la cuestión dista mucho de ser pacífica en la doctrina, existen fundados argumentos que nos inducen a pensar que el Derecho Común, vigente en España a través de *Las Partidas* en el momento de promulgarse el Código Civil, admitía la validez del testamento mancomunado. El primero de estos argumentos es el constituido por el contenido de la Disposición Transitoria 2.^a del Código Civil —como es sabido, las DDTT del CC fueron introducidas en su segunda edición, justificándose su introducción en la Exposición de Motivos publicada por Real Orden de 29 de julio de 1889—, pues en ella, después de establecer como regla general que *los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma*, especifica expresamente que, *en su consecuencia serán válidos los testamentos aunque sean mancomunados (...) que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código*. En la precitada Exposición de Motivos publicada por la RO de 29 de julio de 1889, en el mismo sentido, como no podía ser de otra manera, se aclara que *los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, que fueran válidos según ella, deben serlo también después de promulgado el Código (...), estén o no otorgados en forma autorizada después. Por eso serán válidos, aunque el Código no los permite, siempre que procedan del tiempo en que regían las leyes que los autorizaban, los testamentos mancomunados*, precisándose que *lo que no podrá hacerse es alterarlos ni modificarlos en manera alguna después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo*. Parece pues que el codificador español de finales del siglo XIX parte de una realidad normativa que admitía el testamento mancomunado (Ley 9, Título 6 del Libro III del Fuero Real) y por ello dota expresamente de efectos a los otorgados bajo esta legislación derogada como consecuencia de la entrada en vigor del Código Civil, aun cuando en éste se prohíban expresamente. El segundo argumento que puede aportarse en este mismo sentido es el constituido por el resultado del examen de las obras de los autores de la época precodificadora. Quizá el más reconocido entre todos ellos sea B. GUTIÉRREZ. Este autor, en el T. III de sus *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, publicado en 1863, aludía al llamado *testamento mútuo* en los siguientes términos:

«Algo hay de particular en este testamento que nos autoriza para contarle entre los especiales. Aunque recibe el nombre genérico de testamento de hermandad, se le llama conjunto cuando dos personas en el mismo acto disponen simultáneamente a favor de un tercero; y es mútuo, si disponen mútuamente uno a favor de otro.

Algunos pretenden encontrar vestigios de esta forma testamentaria en la ley 9.^a, tít. VI, lib. III del Fuero Real, cuyo epígrafe es que marido y mujer pueden hacer hermandad. La ley, sin embargo, lo que dispone es que marido y mujer, pasado el año y no teniendo hijos ú otros herederos, pueden hacer hermandad de bienes; no les autoriza para verificarla en un acto otorgado de mancomun; su introducción ha sido mas bien obra exclusiva de la práctica.

En pocas palabras vamos á esponer las cuestiones á que ha dado lugar este testamento. Se ha preguntado si exige doble solemnidad de testigos; parece persuadirlo así el que realmente son dos las disposiciones, pero por otra parte el acto no es mas que uno: las solemnidades miran mas á la forma que á la esencia de la disposición. Salon de Paz, que trata la materia con bastante latitud en la ley 3.^a, Tor. 6.^a, conclusión, núms. 1218 y siguientes, prueba que es válido el testamento sin mas solemnidad que la establecida para todos por la ley recopilada.

Todavía es mas grave la cuestion sobre su revocabilidad: el testamento no puede revestir nunca la forma del contrato, ser como él, producir sus mismos compromisos: para que sea válido al mismo tiempo que la ley declara nulo el pacto sucesorio, ha sido preciso aceptar el principio, partir del supuesto de su revocabilidad, así en vida de los testadores, como despues de la muerte de uno de ellos. Nadie ha puesto en duda ese derecho en el primer caso, si bien ha de entenderse con la limitación de que el que desee separarse no oculte su voluntad al otro. El mismo derecho no parece tan claro en el segundo: ¿cómo se revoca un testamento cuando ha sido confirmado por muerte de uno de los cónyuges? Este argumento es sério, pero no incontestable: los que de esa manera arguyen, pecan contra la lógica, haciendo, según dirian los dialécticos, de la dificultad supuesto. ¿En qué sentido se dice que la muerte de uno de los testadores confirma el testamento? ¿qué razon hay para que el sobreviviente no use libremente y como quiera de su voluntad? Res quidem promiscua est et causa communis: nam et poterat prius superveniens mori quam defunctus, et tunc defunctus ejusdem esset conditionis (Salon de Paz, núm. 1226). Si alterando su disposicion causase injuria al difunto, no seria suya la culpa sino de este en no

haber previsto que todo testamento es revocable: potius defunctus se ipsum circumvenit, revocabile eses testamentum non perpendens, qui sibi ipsi prospicere debuit (Núm. 1218)» (27).

El tercer argumento que puede aportarse en orden a fundar la afirmación sostenida y que resulta decisivo, si es que no se quisieran considerar así los dos anteriores, proviene de la toma en consideración de la jurisprudencia del TS emanada con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil. Así, en la sentencia de 21 de mayo de 1860 se declara que «no hay ley ni doctrina admitida por los tribunales que sancione el principio de irrevocabilidad de los testamentos dichos de mancomun, que suelen otorgar los cónyuges, sobre todo cuando contienen pacto ó convenio que la establezca». Expresamente afirma la viabilidad del testamento mancomunado la sentencia de 26 de marzo de 1861, al pronunciarse en los siguientes términos: «Que el testamento otorgado de mancomun, y la institucion recíproca de herederos que hagan los testadores á su favor, no es el pacto sucesorio prohibido por la ley 33, tít. XI, Partida 5.^a».

Pese a la posibilidad de la institución de acuerdo con el Derecho vigente en España en la época anterior al Código Civil y su utilización en la práctica, lo cierto es que entre los autores no se respiraban vientos de favor hacia el reconocimiento de la misma. También en este sentido nos resultan ilustrativos los párrafos escritos por B. GUTIÉRREZ al respecto, que significativamente iniciaba advirtiendo que una cosa era la doctrina —la existencia del testamento mancomunado— y otra la crítica y, en este orden, manifestaba que no podía ser partidario de un tipo de testamento que consideraba «sin origen

(27) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Codigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, T. III, Madrid, 1863, págs. 164 y 165. La cita recogida puede considerarse suficientemente expresiva del estado de la cuestión en el época en la que se estaba fraguando la elaboración del Código Civil español, dada la indiscutible autoridad del autor. Pero, si aun así surgiesen dudas, del siguiente pasaje de la *Librería de Escribanos* compuesta por J. FEBRERO aproximadamente cuarenta años antes se deriva la misma conclusión afirmativa de la vigencia y utilización del testamento mancomunado en el Derecho español del siglo XIX: «En el otorgamiento de todos los testamentos nuncupativos ó cerrados de marido y muger, ó de otras personas que testen separadamente ó juntas de conformidad, sean legítimos ó estraños los herederos, han de intervenir la misma solemnidad y los mismos testigos que se ha dicho, sin que por ser dos los otorgantes haya necesidad de que aquellos se dupliquen (Matienz. Ley 2, t. 4, lib. 5 Recop. glos. 6. n. fin.), y así se practica» (FEBRERO, J., *Librería de escribanos, abogados y jueces*, Parte primera, T. 1.º, Madrid, 1825 [6.ª edic.], pág. 64 y nota «c»). Sirva para corroborar el buen tino de nuestra interpretación que así lo corroboren los autores inmediatamente posteriores al Código Civil, como es el caso de F. SÁNCHEZ-ROMÁN (*Estudios de Derecho Civil*, T. VI, Vol. 1.º, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910, pág. 310, si bien pone de manifiesto su carácter excepcional), así como el argumento de autoridad aportado por el hecho de que se trata de un parecer compartido por ALBALADEJO (vid. ALBALADEJO, M., «Comentarios al artículo 669 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* [dirigidos por M. Albaladejo], T. IX, Vol. 1-A, EDERSA, Madrid, 1990, pág. 107).

conocido en la historia, sin motivo razonable en la ciencia», haciéndose eco de la prohibición del mismo en el artículo 968 del *Code civil* y mostrando su beneplácito por el hecho de que el *Proyecto de Código civil* español siguiese esta senda, dada la, a su juicio, incompatibilidad del testamento mancomunado bien con la buena fe —si se permite su revocación—, bien con la naturaleza de los testamentos —si no es posible revocarlo— (28). De esta animadversión hacia la categoría del testamento mancomunado participaba quien puede considerarse como uno de los juristas más influyentes en la codificación civil española, me refiero a GARCÍA GOYENA. En efecto, siguiendo a su modelo francés, en el *Proyecto de Código Civil español* de 1851, se contenía un precepto en el que expresamente se disponía: «No pueden dos ó mas personas testar en un mismo acto, sea recíprocamente en provecho suyo o de un tercero» (art. 557). Las razones esgrimidas por el autor del *Proyecto* en sus *motivos y comentarios* del precepto transcrito coincidían con aquéllas que hemos puesto en la pluma de B. GUTIÉRREZ. Ante la duda que se produciría en cuanto al régimen de revocación de los testamentos *de hermandad*, en el caso de que se permitiesen, pues permitir la revocación supondría violar la buena fe de la reciprocidad y declararlo irrevocable implicaría modificar la naturaleza del testamento y convertirlo en negocio de naturaleza rigurosamente contractual, considera D. FLORENCIO que «lo mejor es prohibir una forma incompatible con la buena fe o con la naturaleza de los testamentos» (resulta curioso que el mismo autor se haga eco de la forma de solventar esta aparente paradoja trayendo a colación la forma en la que lo había hecho la Ley 41 de las Cortes de Navarra de 1766) y, a esta razón que ya conocemos, añade una ulterior que no cesarían de repetir los autores postcodificadores: *daba lugar á sugerencias y violencias* (29).

En el fondo de estos pareceres seguramente subyace la influencia del codificador napoleónico. En efecto, como ya hemos adelantado, el *Code Civil* francés de 1803, asumiendo el precedente legislativo constituido por el artículo 77 de una Ordenanza de 1735 (30), prohíbe expresamente que dos o

(28) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., «Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español», T. III, *op. cit.*, pág. 165.

(29) GARCÍA GOYENA, F., «Concordancias, motivos y comentarios del artículo 557», en *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852 (se ha utilizado la reimpresión de esta edición al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974, págs. 300 y 301).

(30) En el precepto citado de esta Ordenanza se prohibían *los testamentos o codicilos intercambiables o hechos conjuntamente*, si bien admitía dos excepciones: las divisiones de la herencia entre los hijos y descendientes y las donaciones intercambiables por causa de muerte. El *Code civil* conservó la regla general plasmada en esta Ordenanza pero no acogió sus excepciones. La misma promulgación de aquella Ordenanza pone de manifiesto que hasta ese momento el testamento mancomunado era viable en el Derecho francés. En efecto, DEMOLOMBE, comentando la interdicción que nos ocupa, nos informa que hasta ese momento el testamento mancomunado tenía gran aplicación práctica en las antiguas cos-

más personas testen en un mismo acto, sea a favor de un tercero o a título de disposición mutua y recíproca (art. 968, del que el art. 557 del *Proyecto* de 1851 es práctica traducción literal). Observando los motivos dados por los Codificadores franceses en orden a justificar la interdicción que nos ocupa nos encontramos con que los esgrimidos por nuestros autores decimonónicos coinciden con los que aquellos exponían. En efecto, BIGOT DE PRÉMENEU, respecto del *testament conjonctif*, consideraba que «*permettre sa révocation es violer la fe en la reciprocidad; declararlo irrevocable es cambiar la naturaleza del testamento que, en este caso, no es realmente un acto de última voluntad. Es preciso prohibir una forma incompatible, sea con la buena fe, sea con la naturaleza de los testamentos*» (31). Por su parte, POTHIER, en un sentido coincidente, señalaba que el motivo de la norma prohibitiva parece residir en el fin de una mayor libertad de los testadores, de manera que no queden expuestos a las sugerencias de la persona con la que hagan testamento de forma conjunta (32). Estas críticas siguen recibiendo el favor de la doctrina francesa contemporánea (33) y también de la *Commission de réforme du*

tumbres francesas y ello porque se trataba de un instrumento que permitía el mejor reparto de los bienes entre las respectivas familias del marido y de la mujer, generando entre ellos sentimientos de benevolencia constitutivos de los mejores cimientos de la familia y de la sociedad (vid. DEMOLOMBE, C., *Corso del Codice Civile*, T. X (*Delle donazioni tra vivi e de' testamenti*), Napoli, 1865 [1.^a versión italiana por G. de Filippo/G. Tucci], pág. 304 [§§ 831 y 832]).

(31) FENET, T. XII, pág. 553.

(32) POTHIER, *Delle donazione testamentarie*, Cap. I, artículo 1.

(33) En efecto, en la obra de autores tan significativos como MAZEAUD y CHABAS puede leerse que la crítica realizada por BIGOT DE PRÉMENEU a la admisión del testamento mancomunado es fundada, *dos testamentos hechos en un mismo acto se parecen a un contrato, y entonces no deben poder ser revocados mas que por el mutuo dissensus* [en efecto, de acuerdo con la jurisprudencia del Parlamento de París, la revocación del testamento mancomunado sólo era posible cuando estuviese precedida o acompañada de una notificación auténtica hecha al otro testador con anterioridad a su última enfermedad; de manera que el testador supérstite no podía revocar la disposición por él realizada a favor de un tercero, una vez conseguida la liberalidad del testador premuerto (DEMOLOMBE, *op. cit.*, pág. 304, § 832)] *lo que violaría el principio de la revocabilidad del testamento; por otra parte, la voluntad será menos libre si los dos testadores concurren a la confección en un mismo acto. Sin embargo, estos peligros son inherentes a todos los testamentos; no está prohibido a una persona, para captar la confianza de otra y devenir su legatario, de hacer en su favor, o a favor de un tercero designado, un testamento que revocará seguidamente en secreto; por otra parte, nada impide al legatario encontrarse al lado del testador mientras éste redacta su testamento.* Pese a ello consideran los autores citados que la observación de BIGOT DE PRÉMENEU es justa, ya que la colaboración de los dos testadores en un mismo acto es susceptible de generar en ellos, o en uno de los dos, la confianza en la irrevocabilidad. Sin embargo, a juicio de estos autores, ha de reconocerse que el daño derivado del hecho de que surja esa esperanza de irrevocabilidad es menor si se compara con los inconvenientes considerables que pueden derivarse de la interdicción, pues si ésta se ignora, de manera que dos sujetos —frecuentemente dos esposos— hacen testamento en un mismo acto para subrayar la reciprocidad de sus intenciones y para afirmar, más allá de la muerte, su mutua afectación, éste estará tachado de nulidad absoluta

Code civil que recientemente ha propuesto el mantenimiento de la prohibición, incluso en los supuestos en los que el beneficiario de la liberalidad sea un tercero (art. 904 *av.-pr.*).

La prohibición del testamento mancomunado se plasmó en el artículo 669 del Código Civil español definitivamente promulgado, haciéndose extensiva la regla a los otorgados por españoles en un país extranjero aun cuando las leyes de este Estado lo autoricen (art. 733 del CC) y completándose con la previsión de la sanción de nulidad de las disposiciones testamentarias realizadas bajo condición (art. 794 del CC). En el Derecho Civil Territorial Común la única excepción que ha experimentado esta prohibición, desde su entrada en vigor en 1889, ha sido la proveniente de la previsión contenida en el artículo 22 del efímero *Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes agricultores* aprobado por la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, que permitía el testamento mancomunado en el ámbito de las explotaciones familiares agrarias, si bien hay que decir que se trató de una norma de limitada vigencia temporal (apenas catorce años) y de restringida aplicación en la práctica. Como es sabido, esta norma ha sido derogada en su integridad por la *Ley 19/1995, de 4 julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias* (DD única), en la que, por otra parte, no se contiene norma alguna sobre la materia que nos ocupa.

Pero si éste es el devastador panorama para el testamento mancomunado observado desde el Código napoleónico y desde el Derecho Civil Territorial Común codificado —al igual que sucede con los Códigos Civiles continentales que tienen aquél como modelo (es el caso, *v.gr.*, del *Codice Civile del Regno d'Italia* de 1851 [art. 761], manteniéndose la prohibición en el vigente *Codice Civile* de 1942 [art. 589]; y del *Código Civil* portugués de 1867 [art. 1.753], manteniéndose de igual forma la interdicción en el art. 2.181 del vigente de 1966)—, aquél cambia radicalmente cuando en nuestro campo de visión se divisan los Derechos Civiles Territoriales que forman parte del Estado español

(vid. MAZEAUD, H., L. et J./CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil*, T. IV, Vol. 2.º, *Successions-Libéralités*, Ed. Montchrestien, París, 1999 [5.ª edic., por L. LEVENEUR/S. LEVENEUR], pág. 288 [§ 965]). Sin duda en virtud de las razones últimamente expuestas, en la jurisprudencia francesa puede observarse una tendencia a limitar el alcance prohibitivo del artículo 968 del *Code Civil*, dando al término «*acte*» contenido en este precepto el sentido de *acto jurídico* y no de *instrumento*, de manera que dos testamentos redactados en una misma hoja no incurrir en aquella prohibición si cada uno de ellos forma un todo susceptible de ser considerado suficiente como testamento, sin necesidad del otro (Req. 3 de febrero de 1873, D. 1873.1.467; trib. civ. Seine, 10 de abril de 1936, *Gazette du Palais* 1936.2.103, *RTDciv.* 1936.895, con *observaciones* de R. SAVATIER); y rechazando el juego de la interdicción en los casos de testamentos separados pero realizados en consideración el uno del otro y conteniendo disposiciones recíprocas que funcionan a modo de causas mutuas (Civ. 25 de febrero de 1925, D. 1925.1.185, con *nota* de R. SAVATIER). De esta manera la prohibición se limita al testamento realizado por dos sujetos en un mismo documento firmado conjuntamente.

(por referirnos sólo al Derecho vigente, son los casos de las Leyes 199 a 205 de la CDCFN; de los arts. 49 a 52 LDCFPV de 1992; de los arts. 137 a 139 de la LDCG/1995 y de los arts. 102 a 107 de la LSCMA de 1999), así como los Códigos de raigambre germánica (§ 583 ABGB y § 2265 BGB, ambos admiten el testamento mancomunado otorgado entre cónyuges).

Suscitado el debate acerca de la inclusión de esta categoría testamentaria en la LDCG de 1995, al margen de que se trate de una necesidad sentida históricamente por los testadores gallegos (34), se han esgrimido como riesgos o inconvenientes del testamento mancomunado el hecho de que coarta la libertad de disposición *mortis causa* de los cootorgantes. Entre las razones que militan a favor de su admisión, se pueden enunciar las siguientes: 1.^a) En los legados de cosa ganancial permite aplazar la efectividad total del mismo hasta el momento del fallecimiento del último de los cónyuges testadores. 2.^a) En el ámbito de las particiones del patrimonio familiar, el testamento mancomunado permite condicionar la liquidación de la sociedad conyugal y no la de la partición; al tiempo que permite realizar una ordenación conjunta de la sucesión, *v.gr.*, posibilitando que se realice el pago de las legítimas de uno de los cootorgantes con bienes del otro (ex arts. 158.2 de la LDCG/1995 y 276 de la LDCG/2006), a cuyos efectos resulta especialmente útil la posibilidad de establecer disposiciones recíprocamente condicionadas.

b) Concepto

El testamento mancomunado es aquél en el que en un solo otorgamiento o acto solemne de testar se contienen las declaraciones de última voluntad de dos o más personas (35). La noción así enunciada exige la concurrencia de

(34) Así lo pone de manifiesto PAZ ARES cuando narra cómo en esta época, tras la entrada en vigor del Código Civil, los paisanos gallegos continuaban solicitando a los Notarios el otorgamiento conjunto del testamento mancomunado (PAZ ARES, J. C., *Instituciones al servicio de la Casa en el Derecho Civil de Galicia* [prólogo del Profesor P. Fuenteseca], Imprenta Núñez, Salamanca, 1964, pág. 174). Entre otros muchos estudiosos del Derecho Civil de Galicia que mostraron esta opinión durante la vigencia en Galicia de la interdicción del testamento mancomunado ex Código Civil, *vid.*, entre otros, ABRAIRA LÓPEZ, C., *El Derecho Foral gallego (Estudio crítico de la Compilación del Derecho Civil especial de Galicia)*, Ed. Porto y Cía., Santiago de Compostela, 1970, págs. 111 a 113; MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, E., «Presente e futuro do Dereito foral galego», en *Estudos do Dereito Civil de Galicia*, Ed. Sept, Santiago de Compostela, 1973, pág. 47; LORENZO FILGUEIRA, V., *Realidad e hipótesis de futuro del Derecho foral de Galicia*, Ed. Ayuntamiento de Pontevedra, Vigo, 1986, págs. 74 a 76.

(35) Frente a la naturaleza de pacto sucesorio que se ha defendido por algún autor (el propio LACRUZ, sin llegar a afirmarlo con rotundidad, señala que los testamentos mancomunados que contienen disposiciones correspectivas adquieren *aspecto contractual*, lo que plantea las mayores dificultades en su régimen jurídico [LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, T. V (*Derecho de Sucesiones*), J. M.^a Bosch Ed., Barcelona,

requisitos de forma y de fondo para que pueda apreciarse que el instrumento testamentario otorgado es precisamente de naturaleza mancomunada. Entre los primeros, se requiere la existencia de una pluralidad de partes u otorgantes y de un único instrumento (en caso contrario, aun cuando se contenga instituciones recíprocas, no puede hablarse de testamento mancomunado pues cada uno de los testamentos reflejado en instrumentos diversos pueden revocarse de forma independiente) (36), firmado por todos los otorgantes del

1993 (5.ª edic.), pág. 323 (§ 58.272)], parece que el testamento mancomunado en un negocio jurídico con exclusiva eficacia *mortis causa* —es verdadero testamento—, si bien la lealtad mutua entre los cointerrogantes exige que concurren ciertos requisitos en orden a la revocación de las disposiciones en él contenidas (entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, J., «Aragón y su Derecho (Reflexiones ante la nueva Compilación Civil)», en *RGLJ*, mayo de 1967, pág. 35; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «El Derecho aragonés (Aportación jurídica a una conciencia regional)», *op. cit.*, pág. 140).

(36) En efecto, el llamado «testamento en paralelo» o «testamento simultáneo», que consiste en que ambos cónyuges concurren juntos al notario, en el mismo día y hora y ordenan su voluntad testamentaria de manera coordinada, conjunta o coincidente, pero en dos testamentos separados, no puede ser considerado como una subespecie de testamento mancomunado. En Galicia, durante la época en que, por regir el Derecho Civil Territorial Común, no era posible autorizar testamentos mancomunados, los cónyuges acudían frecuentemente a este expediente, tal como nos lo revelaba, a mediados del siglo XX, PAZ ARES, bajo la expresiva rúbrica: «*El testamento mancomunado de los cónyuges, disimulado como dos testamentos sucesivamente otorgados en Galicia*» (vid. PAZ ARES, J. C., «Instituciones al servicio de la Casa en el Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, págs. 173 y sigs.). Ya vigente la LDCG, la SAP de Ourense, ante la alegación de los recurrentes fundada en la consideración como mancomunado de testamentos paralelos, señaló: «*El hecho de que el testamento de 22 de noviembre de 1973 sea de idéntica fecha y contenido que el otorgado por el esposo de doña Asunción y padre de los litigantes, permite hablar del testamento mancomunado regulado en los artículos 137 y 140 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, precepto el último que declara la irrevocabilidad de dichos testamentos, fallecido un cónyuge, en cuanto a las disposiciones recíprocamente condicionadas. Tal argumentación no es atendible porque: A) Se trata de una alegación nueva que implica alteración de la causa petendi; B) En la fecha en que se otorgó regía la prohibición sobre testamento mancomunado contenida en el artículo 733 del Código Civil, no siendo de aplicación la Ley de Derecho Civil de Galicia en atención a la irretroactividad de las normas, proclamada con carácter general en las disposiciones transitorias del Código Civil, de aplicación a falta de normas expresa de derecho intertemporal sobre esta materia en dicha Ley (Disp. Transit. 4.ª); y C) En cualquier caso, el testamento mancomunado implica una unidad instrumental aquí no existente. Procede, por lo razonado, el rechazo de la pretensión que nos ocupa*» (FJ 4.º de la SAP de Ourense, de 23 de octubre de 1997 [AC 1997/2165]).

Acaso sea conveniente recordar que los testamentos independientes, con institución recíproca entre los otorgantes, son válidos de conformidad con el Derecho Civil Territorial Común, pues su revocación se rige por las reglas generales en materia de testamentos. En efecto, aun cuando se aprecie la ligazón psicológica esencial entre determinadas cláusulas de un testamento y concretas disposiciones de otro/s de forma evidente; v.gr., testamento cerrado escrito por un cónyuge o un hermano en el anverso de una hoja y testamento cerrado del otro escrito en el reverso de la misma hoja, o incluso dos testamentos escritos en el mismo lado de la hoja separados por un simple trazo de tinta. En ninguno de estos casos, ni en casos similares, podrá declararse la nulidad de los testamentos por vulneración

mismo. En efecto, aunque, en el caso de que el testamento mancomunado revista forma ológrafa (admitida, v.gr., por el legislador aragonés, ex art. 96 de la LSCMA), puede estar escrito íntegramente y fechado por uno solo de los otorgantes, es necesario que lleve las firmas de todos ellos, de manera que, si no es así, cualesquiera que hayan sido los términos empleados en el testamento, sólo servirá como declaración de voluntad con eficacia *mortis causa* del sujeto o de los sujetos, en su caso, que lo hayan suscrito. En cuanto a las exigencias de fondo, es preciso que las disposiciones reflejadas en el testamento procedan de una voluntad común de los cootorgantes, de manera que si un sujeto hace un testamento en el que únicamente refleja disposiciones de voluntad propias y otra persona —o personas— firma y rúbrica aquel testamento al lado de la firma del único disponente cuya particular voluntad se plasma en el testamento, la existencia de una segunda o ulterior firma no convierte al testamento en un acto de última voluntad de carácter mancomunado (37). De aquí que la noción de testamento mancomunado combine los aspectos de forma y de fondo (38). En ella caben tres supuestos distintos (39): 1.º El llamado «testamento simplemente mancomunado», caracterizado porque los testadores utilizan un único instrumento para disponer de sus respectivos patrimonios pero en esta disposición, que puede ser unilateral —todas las disposiciones se realizan a favor de un tercero—, no se introducen vinculaciones entre las previsiones de los distintos testadores que, son absolutamente independientes entre sí. 2.º El «testamento mancomunado recíproco», caracterizado porque en él los cootorgantes se instituyen mutuamente herederos. 3.º El «testamento mancomunado mutuo o correspectivo». En él la eficacia de las disposiciones realizadas por cada uno de los otorgantes está condicionada que el otro mantenga lo por él dispuesto y en esto se diferencia, precisamente, de la mera *reciprocidad* de las disposiciones. Las disposiciones de un testador dependen de la eficacia de las disposiciones

de la interdicción contenida en el artículo 669 del Código Civil y ello tanto por el carácter sustancial y no meramente formal de la misma, como por el hecho de que, desde esta última perspectiva, tampoco puede apreciarse la existencia de un solo testamento, a pesar de ser visible la simultaneidad de los dos actos y manifiesto el vínculo intelectual existente entre la cláusulas de uno y otro (PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, «Anotaciones al artículo 2.181», en *Código Civil anotado*, Vol. VI [artigos 2.024 a 2.334], Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 291).

(37) Así ha tenido la oportunidad de declararlo la jurisprudencia francesa en orden a dar validez a un testamento en el que dos sujetos habían estampado la firma sobre el testamento de un tercero (Civ. 1.ª, 5 de octubre de 1959, D. 1959.J.507, con *nota* de HOLLEAUX; *JCP* 1959.II.11323, con *nota* de P. VOIRIN).

(38) MAZEAUD, H., L. et J./CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil*, T. IV, Vol. 2.º, *op. cit.* (5.ª edic.), pág. 289 (§ 966).

(39) Seguimos en esta sistematización la realizada por VALLET (vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones*, T. I (*Fundamentos*), Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1982, págs. 976 y sigs. [§ 449]).

realizadas por el otro, de manera que están «*recíprocamente condicionadas*» (se trata de las disposiciones «*correspectivas*», de acuerdo con la denominación que recibe este tipo de disposiciones testamentarias en los arts. 187.2, párr. 2.º y 191 de la LDCG/2006) (40). De esta manera, si los cootorgantes deciden establecer un determinado equilibrio en el testamento mancomunado, la situación creada mediante la condicionalidad recíproca de sus disposiciones no puede ser modificada por la voluntad unilateral de una de las partes, habiendo de darse a la otra la oportunidad de adoptar las medidas que estime oportunas (a esta finalidad están dirigidas las previsiones contenidas en el art. 192.3 de la LDCG/2006, completadas con el establecimiento expreso de la irrevocabilidad de tales disposiciones tras el fallecimiento de uno de los otorgantes o en el caso que devenga incapaz, en el art. 191 de la misma LDCG). En todo caso, dado que el principio general es el de libertad del testador para disponer de sus bienes, que tiene como corolario esencial la libre revocabilidad de las disposiciones realizadas en un momento anterior, la correspectividad no se presume (41), de manera que para que las disposiciones conjuntas en la forma —realizadas en un testamento mancomunado— sean recíprocamente condicionadas —no unilaterales en cuanto al fondo— es necesario, bien que los testadores lo hayan expresado de forma indubitada, bien que lo se derive de declaraciones suyas que manifiesten su intención —aun implícita— en este sentido. En este sentido se suele señalar que las cláusulas que contengan disposiciones recíprocas entre los cootorganes —en el caso gallego, entre los cónyuges— normalmente se interpretarán de manera que favorezca su consideración como recíprocamente condicionadas (42), mientras que la interpretación será contraria a esta recíproca condicionalidad —dadas las consecuencias que en su régimen de revocación conlleva— respecto de las disposiciones testamentarias establecidas a favor de terceros.

(40) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario del artículo 105 de la LSCMA», *op. cit.*, pág. 738 y sigs.; LÓPEZ SUÁREZ, M. A., «El testamento mancomunado en la Ley de Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 233.

(41) Así se establece expresamente en el artículo 105.1, *in fine*, de la LSCMA (el derogado artículo 97.1.ª de la Compilación de Derecho Civil de Aragón exigía que la correspectividad fuese declarada por los cónyuges en *el mismo testamento o en otro documento público* —v.gr., capitulaciones matrimoniales, escritura pública conteniendo nuevas declaraciones de voluntad, etc.—, de donde doctrina y jurisprudencia derivaron que la correspectividad no puede ser probada por presunciones o conjeturas: SAP de Zaragoza, de 14 de diciembre de 1998, y SJPI de Zaragoza, de 9 de mayo de 2001 [AC 2001/1253]; si bien la SAT de Zaragoza, de 7 de noviembre de 1986, admitió la búsqueda de la presunta voluntad de la correspectividad); y también en el artículo 187.2, *in fine*, del proyecto prelegislativo gallego de julio de 2001.

(42) Así sucede con el usufructo universal viudal recíproco que, de acuerdo con la previsión expresa realizada en el artículo 118.1 de la LDCG, puede hacerse en capitulaciones matrimoniales, en cualquier escritura pública o en testamento mancomunado, lo que veda la posibilidad de establecerlo en cualquier otra forma testamentaria distinta de la mancomunada.

A los requisitos enunciados, el legislador gallego ha añadido expresamente el requisito de forma consistente en el carácter preceptivo de la forma abierta notarial que se contempla como requisito de validez del testamento mancomunado (arts. 187.1 y 189 de la LDCG/2006). También la revocación del testamento mancomunado ha de revestir la forma abierta notarial (art. 192.1 de la LDCG/2006).

c) Requisitos que han de reunir los otorgantes

Sustancialmente diferente es la regulación de los requisitos de los otorgantes de un testamento mancomunado en la Ley de 2006, respecto de la contenida en el artículo 137 de la LDCG/1995, de conformidad con el cual sólo podían testar mancomunadamente los «*cónyuges gallegos*». Dos eran, por lo tanto, los requisitos subjetivos que se exigían en la LDCG/1995 en orden a integrar la capacidad para otorgar este tipo de testamento y que habían de reunir los dos otorgantes: 1.º) Que los cootorgantes tuviesen la condición de *cónyuges*; y 2.º) Que los cónyuges otorgantes tuviesen la *vecindad civil gallega*. De estos dos requisitos sólo se ha mantenido el segundo: la vecindad civil gallega de los otorgantes, pues la Ley de 2006 permite el otorgamiento de testamento mancomunado a dos o más personas, sin requerir vínculo subjetivo, parental o afectivo, alguno; eso sí, sin perjuicio de establecer una regulación específica para el caso de que los otorgantes tengan la condición de *cónyuges*, en cuyo caso, podrán no sólo testar mancomunadamente en un único instrumento notarial, sino también establecer disposiciones correspectivas en el testamento (ex art. 187.2 de la LDCG/2006).

El requisito de la *vecindad civil gallega de los otorgantes del testamento mancomunado*.—Los dos o más personas que otorgan el testamento mancomunado habrán de tener la vecindad civil gallega. En orden a su determinación, el artículo 4 de la LDCG/2006, como no podía ser de otra manera, dada la competencia exclusiva del Estado sobre las *normas para resolver los conflictos de leyes* (ex art. 149.1.8.ª de la CE), se remite expresamente a lo dispuesto «*Derecho Civil Común*», lo que supone la aplicación de lo dispuesto en los artículos 14 y 15 del Código Civil. Eso sí, el artículo 188 de la LDCG/2006 (en términos similares a los contemplados en el art. 137 LDCG/1995) prevé la posibilidad de que quienes ostenten la vecindad civil gallega otorguen testamento mancomunado fuera de Galicia. Sobre esta previsión se pueden suscitar algunas sospechas de inconstitucionalidad desde la perspectiva de la competencia legislativa exclusiva del Estado que acabamos de enunciar. La primera premisa de la que ha de partirse consiste en afirmar que cuando el artículo 188 de la LDCG/2006 dispone que «*los gallegos podrán otorgar testamento mancomunado en Galicia o fuera de ella*», está consa-

grando el estatuto personal frente a la posible aplicación del principio *locus regit actum*, que regiría si se tratase de una cuestión meramente de forma y no de fondo (ex arts. 11 del CC y 1 del Convenio de La Haya de 1961) (43). En este sentido, procede recordar que es opinión pacífica y común que los Notarios adscritos a demarcaciones en las que rige el Derecho Civil Territorial Común —u otro Derecho Civil Territorial especial que no admita el testamento mancomunado— pueden autorizar testamentos mancomunados de sujetos que puedan otorgarlos de acuerdo con su vecindad civil. En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que de la aplicación de las normas de conflicto previstas en el Código Civil puede resultar la eficacia extraterritorial de normas autonómicas. En efecto, del artículo 9.8 del Código Civil resulta que el testamento otorgado conforme a la ley personal del otorgante en el momento de realizar el acto de disposición es válido. De aquí que normas de extensión de la eficacia territorial de Leyes propias de las CCAA, como es el caso de la contenida en el artículo 188 de la LDCG/2006 —pero también, v.gr., la Ley 200 de la CDCFN o el art. 102 de la LSCMA—, son redundantes y, por ello, innecesarias (44).

Precisamente del pronunciamiento contenido en la STC 72/1983, de 29 de julio (en la que se declaró la inconstitucionalidad del precepto de la Ley vasca de cooperativas de febrero de 1982 en el que se prevenía su aplicación a todas las cooperativas con domicilio en la CA del País Vasco, con independencia de su ámbito territorial de actuación), se deriva la inconstitucionalidad de las normas materiales espacialmente autolimitadas —como es la contenida en el art. 188 de la LDCG/2006—, frente a la interpretación restrictiva conforme a la cual el término «*conflicto de leyes*», contenido en el inciso final del artículo 149.1.8.ª de la CE, habría de ser tomado en su sentido propio y limitado a esta técnica de reglamentación (45). Sin embargo, aun si se acepta

(43) Convenio de La Haya, de 5 octubre 1961, sobre *conflicto de Leyes en materia de forma de disposiciones testamentarias* (Instrumento de ratificación de 16 de marzo de 1988 [BOE, núm. 197, de 17 de agosto]).

(44) En este sentido, FONT SEGURA, A., «La sucesión hereditaria en el Derecho interregional», en *ADC*, T. LIII-I, enero/marzo de 2000, pág. 56; MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario del artículo 102 de la LSCMA», *op. cit.*, pág. 723.

(45) Vid. REQUEJO ISIDRO, M., «Comentario al artículo 137 de la LDCG», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. XXXII, Vol. 1.º, *op. cit.*, pág. 1046. En la doctrina ha sostenido también la inconstitucionalidad de la norma que nos ocupa por suponer una infracción de la reserva de competencia legislativa en exclusiva al Estado, RODRÍGUEZ GAYÁN, E. M., «Heterogeneidad y sistema en las relaciones entre Derecho Internacional Privado y Derecho interregional», en *RGD*, núm. 622, 1996, pág. 8083. En relación con el antiguo artículo 94 de la CDCA —en la actualidad su contenido se corresponde con el del art. 102 de la LSCMA—, MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario al artículo 94 de la CDCA», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. Albaladejo), T. XXXIV, Vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 1987, pág. 105, si bien hay que tener en cuenta que en este caso la apreciación estaba realizada sobre una norma emanada del legislador estatal; si bien el mismo autor la

la tesis amplia que deriva del pronunciamiento constitucional, resulta que de la aplicación de las normas del sistema español de Derecho Internacional Privado, la ley aplicable en virtud de la que ha de determinarse la validez del testamento es la ley personal del otorgante, de tal forma que materialmente se permite la aplicación extraterritorial del artículo 188 de la LDCG/2006.

La exigencia de la vecindad civil gallega como común a los testadores en el momento de otorgar el testamento mancomunado puede dar lugar a diversas situaciones a las que es preciso dar respuesta de acuerdo con el Derecho aplicable al caso. Estas distintas situaciones son las que se enuncian a continuación:

- 1.º) La vecindad civil de los otorgantes es distinta.—A su vez, dentro de esta situación, han de diferenciarse dos supuestos diversos:
 - A) Vecindad civil de los otorgantes distinta en el momento de otorgar el testamento mancomunado:
 - a) En el caso de que la ley personal de alguno de los otorgantes —no gallego— no permita —prohíba— el testamento mancomunado, no se podrá otorgar este tipo de testamento. Tienen vedado el acceso a esta forma testamentaria.
 - b) Si, por el contrario, la ley personal del otorgante no gallego permite el testamento mancomunado, éste podrá ser otorgado, surgiendo, en este caso, la duda acerca de qué ley ha de regir el régimen jurídico de este testamento mancomunado otorgado por personas de distinta vecindad civil cuyas respectivas leyes personales tienen en común el permitir que se otorguen testamentos de esta naturaleza. A efectos de dar una respuesta adecuada a esta cuestión habrá de diferenciarse la ley aplicable a la forma del testamento y la ley reguladora de la eficacia y del régimen de revocación del mismo. En cuanto a la forma de otorgamiento del testamento mancomunado, si se trata de supuestos de Derecho interregional privado, procederá la resolución de este conflicto interno en materia de ley aplicable a la forma del testamento mancomunado mediante la previsión contenida en el artículo 11.1.º del Código Civil, de acuerdo con la remisión que el artículo 16 del Código Civil hace a las normas contenidas en el Capítulo IV de su Título Preli-

mantiene también respecto del artículo 102 de la LSCMA —Ley de proveniencia autonómica— («Comentario del art. 102 de la LSCMA», *op. cit.*, pág. 102).

minar, sustituyendo el criterio de la nacionalidad por el de la vecindad civil, de donde resulta que se aplicará la ley del lugar en que se otorgue el testamento, de acuerdo con el principio plasmado en aquel precepto: *locus regit actum*. Sin embargo, es pertinente advertir que un autor proveniente del ámbito notarial y con notable autoridad en la materia, como es BLANQUER ÜBEROS, distingue lo que es la *forma* de otorgamiento y lo que son las *formalidades* también del otorgamiento. Respecto de estas últimas considera que se aplicaría la ley del lugar de otorgamiento, pero respecto de aquéllas habrían de satisfacerse los requisitos de forma exigidos por las respectivas leyes personales de los testadores cumulativamente (46). Sin embargo, tras la entrada en vigor del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, *sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias y, en general, cualquier disposición de última voluntad*, ratificado por España, sin reservas, mediante Instrumento de 16 de marzo de 1988 [BOE, núm. 197, de 17 de agosto de 1988], puesto que se trata de un Convenio con eficacia *erga omnes* (47) es aplicable a todos los supuestos en los que concurren elementos o puntos de conexión con diversas legislaciones (incluidos, por lo tanto, no sólo los supuestos de tráfico externo, sino también los conflictos de leyes interregionales) y, en virtud de lo dispuesto en su artículo 6, la regulación de la materia contenida en el mismo sustituye o desplaza al artículo 11 del Código Civil (48). Pues bien, puesto que, de acuerdo con el artículo 1 del Convenio de La Haya,

(46) BLANQUER ÜBEROS, R., «El estatuto formal (art. 11 del CC)», en *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*, Jaén, 1977, págs. 191 a 197; seguido, en este aspecto, por MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., «Comentario al artículo 137 de la LDCG», en *Derecho de Sucesiones de Galicia, op. cit.*, pág. 127; *ibídem*, «Comentario del artículo 188 LDCG de 2006», en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, vol. I, op. cit., págs. 168 a 170.

(47) Por todos, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «Comentario al artículo 11 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. I, Vol. 2, EDERSA, Madrid, 1995, pág. 800; BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. y MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Comentario al artículo 11 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil* (R. Bercovitz, coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2006 (2.ª edic.), pág. 101.

(48) Vid. ZABALO ESCUDERO, E., «Conflictos interregionales en materia de Derecho Sucesorio aragonés», en *Actas de los décimos encuentros del Foro de Derecho aragonés (Huesca-Zaragoza, noviembre de 2000)*, «El Justicia de Aragón», Zaragoza, 2001, pág. 116.

una disposición testamentaria es válida en cuanto a la forma si es conforme bien a la ley del lugar en que el testador hizo la disposición, bien a la ley de la nacionalidad —léase vecindad civil— del testador en el momento de otorgar el testamento o en el momento de su fallecimiento, bien a la ley del lugar del domicilio o de la residencia habitual del testador en el momento de testar o de su fallecimiento, bien a la ley del lugar donde estén situados los bienes inmuebles respecto de las disposiciones testamentarias que les afecte (*lex rei sitae*), bien, por último, a la ley del funcionario ante el que se otorga el acto (*lex loci actum*).

Mayores dificultades plantea, si cabe, la determinación de la ley aplicable a la eficacia y revocación del testamento mancomunado otorgado por un gallego y por otra persona de vecindad civil distinta a ésta, pero cuyo Derecho Civil propio admita el testamento mancomunado, pese a que ZABALO ESCUDERO considera que la flexibilidad de las soluciones del antes citado Convenio de La Haya, de octubre de 1961, alcanza a las formas de las disposiciones testamentarias, a la forma de su revocación (art. 2.º) y a la de las disposiciones testamentarias otorgadas por dos o más personas en un mismo documento (49). A mi juicio, aunque reviste alguna dificultad su admisión en el sistema español de Derecho Internacional Privado parece razonable pensar en la posibilidad de que en el propio testamento mancomunado los otorgantes acuerden la ley aplicable a aquellos aspectos de su régimen jurídico, lo que será viable siempre que con ello no perjudiquen derechos reconocidos a terceros no intervinientes en el testamento. Si nada han pactado al respecto, el *Convenio sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte*, hecho en La Haya el 1 de agosto de 1989 (50), prevé que se obser-

(49) ZABALO ESCUDERO, E., «Conflictos interregionales en materia de Derecho Sucesorio aragonés», *op. cit.*, pág. 117.

(50) El texto del mismo en francés e inglés, así como su traducción al holandés, puede verse en *Bulletin des Traités*, 1994, núm. 49. Entre la escasa bibliografía en español existente sobre el mismo, vid. BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «La Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort et l'Espagne», en *E pluribus Unum, Liber Amicorum Georges A. L. Droz* (A. Borrás - A. Bucher - A. V. M. Struycken - M. Verwilghen, eds.), La Haya, 1996, págs. 7 a 23; *ibidem*, «La ratificación por Holanda del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989, sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte», en *REDI*, núm. 48, julio/diciembre de 1996, págs. 363 y 364.

ven los requisitos establecidos por las dos legislaciones que puedan resultar de aplicación. Sin embargo, además de que se trata de una solución prevista en un instrumento convencional respecto del que no tengo noticia que haya entrado en vigor en España, puede que se trate de regulaciones muy divergentes en la materia que ahora nos ocupa, lo que dificulta notablemente la aplicación práctica de la solución prevista en el instrumento normativo convencional. Es por esta razón por la que MARTÍNEZ GARCÍA preconiza la aplicación de las normas correspondientes a la vecindad civil de cada uno de los otorgantes a la revocación que pretendan efectuar (51). Sin embargo, esta propuesta no nos sirve para solucionar el caso en el que la nueva ley civil del revocante no contemple la regulación del testamento mancomunado, amén de que puede ser objeto de críticas evidentes desde la perspectiva de la necesaria seguridad jurídica que ha de darse a la posición del cootorgante no revocante. Es por ello que parece más razonable adherirse a la propuesta defendida por BETEGÓN SANZ en el ámbito del Derecho Civil aragonés, de acuerdo con la cual la revocación del testamento mancomunado requerirá el cumplimiento de los requisitos especiales que se prevean en la ley conforme a la cual se ha otorgado, con independencia de cual sea la vecindad civil que tenga el revocante en el momento de realizar la revocación (52).

- c) Cambio de vecindad civil por uno de los otorgantes o por alguno de ellos —o, incluso, por todos ellos—, una vez que el testamento mancomunado ya ha sido válidamente otorgado. Esta mutación de vecindad civil no afecta a la validez del testamento mancomunado ni a los requisitos y formalidades exigidos para su revocación que serán los exigidos por la ley civil bajo la que fue otorgado, por la en él pactada o por la del otorgante que pretenda revocar el testamento, de acuerdo con lo dicho.

- B) Otorgantes respecto de los que se acredite, en un momento posterior al acto de otorgamiento, que en aquél momento no

(51) MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., «Comentario al artículo 137 de la LDCG», en *Derecho de Sucesiones de Galicia*, op. cit., pág. 128.

(52) BETEGÓN SANZ, C., «Conflictos interregionales en materia de Derecho Sucesorio aragonés», en *Actas de los décimos encuentros del Foro de Derecho aragonés (Huesca-Zaragoza, noviembre de 2000)*, «El Justicia de Aragón», Zaragoza, 2001, pág. 131.

reunían las condiciones de capacidad exigidas para testar mancomunadamente.—De acuerdo con la regla general, aplicada por la jurisprudencia a estos supuestos, la contravención de las normas imperativas en materia de formalidades testamentarias conlleva la nulidad absoluta del negocio jurídico. Frente a este parecer que resulta con naturalidad de la aplicación al caso de la previsión contenida en los artículos 6.3 y 687 del Código Civil, se ha planteado en la doctrina la posibilidad de mantener la eficacia del negocio en virtud de la aplicación del principio del *favor testamentii* y de la toma en consideración de la buena fe de los otorgantes. Si ésta concurre, la aplicación de aquel principio abogaría por la admisión de la posibilidad de convertir el testamento mancomunado en dos, o más, testamentos individuales siempre que se reúnan los requisitos de capacidad y de forma que se exijan para éstos. Esta propuesta procede de la doctrina alemana (53) y si bien resulta difícilmente asumible en el Ordenamiento jurídico español, de acuerdo con el que la jurisprudencia ha sancionado la nulidad de un testamento ológrafo otorgado por dos cónyuges en el que se instituían recíprocamente herederos, escrito y firmado por el marido y con la huella digital de la mujer (la STS de 29 de enero de 1960 [RJ 1960/894] declaró la nulidad de pleno derecho de aquel testamento, sin que se admitiese la posibilidad de su conversión en dos testamentos unipersonales), como han puesto de manifiesto los propios *anotadores* del *Derecho de Sucesiones* de Th. KIPP, no encuentro óbice alguno para su admisión en aquellos Derechos Civiles que, como el gallego, admiten el testamento mancomunado. Antes al contrario, la aplicación al caso que nos ocupa de la doctrina de la conversión del negocio nulo (54) (es este, precisamente, el fundamento en que se apoya la doctrina alemana para llegar a la solución cuya aplicación al caso gallego preconizamos, si bien en Alemania la conversión cuenta con el fundamento normativo que se deriva del § 140 BGB), unida al principio *favor testamentii* —al principio de conservación del negocio en esta sede se acude incluso por los autores que lo excluyen como fundamento de la conversión material del contra-

(53) Vid. KIPP, Th., *Derecho de Sucesiones* (traducción de la 11.ª revisión por H. COING), Vol. I, Bosch, Casa Ed., Barcelona, 1976 (2.ª edic.), pág. 357 (§ 34).

(54) Sobre esta doctrina, vid., por todos, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1985, págs. 486 y sigs. (§§ 542 a 547).

to nulo (55)— y el respeto de la voluntad de los causantes conducen a la misma solución. Por cierto, esta solución es admitida expresamente en el Código Civil español para los supuestos de testamentos cerrados nulos por no reunir las formalidades exigidas para ello que pueden ser válidos como ológrafos, siempre y cuando reúnan los requisitos que para la validez de éstos se exigen en el Código Civil (conversión formal admitida ex art. 715 del CC) (56). Pues bien, como la diversidad de las formas testamentarias no entraña una diversidad de función, la causa se muestra como irrelevante a los fines de la caracterización del negocio *mortis causa*, siendo las formalidades o solemnidades testamentarias únicamente exigidas en orden a garantizar que se cumpla la efectiva voluntad del testador, es lógico que se permita valorar el cumplimiento de éstas en función de otra forma testamentaria considerada como suficiente, pues con ello la voluntad del testador puede permanecer incólume (si se ha querido el testamento cerrado, se querría también como ológrafo) (57). Estas consideraciones tendrán virtualidad práctica especialmente si se exige la forma abierta notarial, premisa de la que, como hemos manifestado, discrepamos, en orden a permitir como testamentos ológrafos individuales el que inicialmente se pretendía mancomunado, aunque también podrían tenerla en relación con el supuesto prístino que originó estas consideraciones: testamento manco-

(55) Es el caso significativo de ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, T. I (*Introducción y Parte general*), Ed. Librería Bosch, S. L., Barcelona, 2002 (15.^a edic.), pág. 868 (§ 105.8).

(56) Entre otros, vid. TORRES GARCÍA, T. F., *El testamento ológrafo*, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 1977, págs. 454 a 465.

(57) Vid. Díez SOTO, C. M., *La conversión del contrato nulo (Su configuración en el Derecho Comparado y su admisibilidad en el Derecho español)*, J. M.^a Bosch Ed., S. A., Barcelona, 1994, págs. 55 y 56. Se trata de un supuesto de «conversión formal» —la transformación no toca al negocio, que sigue siendo el mismo—, cuyo fundamento residiría en remediar los resultados injustos que puede implicar un excesivo formalismo negocial, en aplicación del principio de conservación del negocio jurídico (DE CASTRO Y BRAVO, F., «El negocio jurídico», *op. cit.*, págs. 487 a 489). La conversión de una forma testamentaria —testamento cerrado— en otra —ológrafa— operaría únicamente en el plano de los efectos que el ordenamiento vincula a la observancia de una determinada forma, entendida como estructura externa del supuesto negocial, y no en el plano de los efectos inherentes a la naturaleza y causa del propio negocio que, desde esta perspectiva, se puede considerar conservado y no tanto convertido (Díez SOTO, C. M., «La conversión...», *op. cit.*, pág. 159). En efecto, en los supuestos de conversión formal, no es necesario indagar los elementos subjetivos del negocio que se convierte (por todos, CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico* [traducción del italiano, prólogo y notas de M. Albaladejo], Ed. Aguilar, Madrid, 1956, pág. 313 [§ 90]).

munado otorgado en forma abierta notarial que como tal no vale por no ser los otorgantes cónyuges gallegos —o de otra vecindad civil que admita este tipo testamentario—.

Las consideraciones realizadas que permiten fundar que sobre el testamento mancomunado otorgado por dos o más sujetos que no reunían, en el momento de otorgarlo, los requisitos subjetivos de capacidad exigidos, no recae necesariamente la sanción de nulidad absoluta, permite también argumentar la posibilidad de sanación de aquellos defectos de capacidad si en un momento posterior los otorgantes reúnen tales requisitos: adquieren la vecindad civil gallega en un momento posterior al otorgamiento del testamento. Pues bien, si se admite la distinción formulada, entre nosotros, por LACRUZ al hablar de la ineficacia del negocio jurídico testamentario entre los supuestos de falta absoluta de capacidad y, por lo tanto, de consentimiento (supuesto próximo a la inexistencia) y los supuestos en los que se aprecia un defecto no sustancial de capacidad (que conllevaría la anulabilidad), en estos últimos la aplicación del principio de conservación de los actos y negocios jurídicos que, aunque no lo diga expresamente para el negocio testamentario en general, el Código Civil sí lo reconoce de manera implícita, para ciertas hipótesis —arts. 675.2, 737, 750, 752, 753, 754, 792 y 814, entre otros—, es posible diferenciar entre nulidad total y parcial del testamento (58). Es cierto que aunque parece que el Derecho histórico español contemplaba la posibilidad de sanación, convalidación o convalencia del testamento viciado (Ley 6.^a, Título VIII de la Partida VI), el Código Civil no lo hace expresamente, si bien, fundamentalmente en aplicación del principio *favor testamentii*, la jurisprudencia así lo ha hecho en virtud de la manifestación expresa o tácita de los sucesores en orden a aceptar aquel testamento como válido (59), acudiendo en ocasiones a la teoría de los propios actos para desestimar la acción de nulidad. Acaso por esta razón la doctrina tiende a considerar que la sanación del testamento nulo se configura como una renuncia a la acción de

(58) Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», T. V, *op. cit.* (5.^a edic.), págs. 258 y 259 (§ 49.230).

(59) Entre otras, SSTS de 25 de marzo de 1940 [RJ 1940/198], 15 de marzo de 1951 [RJ 1951/997], 26 de noviembre de 1955 [RJ 1955/3288], 20 de octubre de 1962 [RJ 1962/3980], 14 de junio de 1963 [RJ 1963/3059], 24 de octubre de 1963 [RJ 1963/4157], 14 de febrero de 1981 [RJ 1981/526], 9 de julio de 1986 [RJ 1986/4425], 28 de julio de 1986 [RJ 1986/4621] y de 26 de abril de 1995 [RJ 1995/3257].

nulidad, sin que suponga una convalidación estructural del negocio testamentario (60). Frente a esta tesis tradicional, últimamente se ha preconizado que la convalidación en estos casos conlleve no sólo el aspecto negativo derivado de la inadmisión de la acción de nulidad, sino también un contenido positivo fundado en el acuerdo convalidatorio de los interesados que justificaría el hecho de que el testamento regle las situaciones que en el futuro puedan producirse (61).

La admisión de la pluralidad de cootorgantes y la supresión del requisito de la condición de cónyuges de los mismos.—Al igual que sucede con el denominado «testamento de hermandad» del Derecho Civil navarro, que puede ser otorgado por una pluralidad de disponentes (ex Ley 199 de la CDCFN; en el caso más frecuente se tratará de varios hermanos) y parcialmente —en tanto que reduce la posibilidad de otorgar testamento mancomunado a dos personas— en el vigente Derecho aragonés que permite testar mancomunadamente a dos aragoneses sin necesidad de que entre ellos exista vínculo parental o afectivo alguno (art. 102.1 de la LSCMA) y a diferencia de la LDCG/1995, que exigía que los otorgantes tuviesen la condición de cónyuges en el momento del otorgamiento, el artículo 187.1 de la LDCG/2000 permite que el testamento mancomunado sea otorgado por una pluralidad de sujetos sin requerir la concurrencia de vínculo parental o afectivo alguno. De esta manera, pueden utilizar esta forma de ordenar la sucesión hereditaria personas unidas por vínculos parentales distintos del conyugal y, por supuesto, los integrantes de parejas que convivan *more uxorio*, lo que supone la superación de una de las críticas que se realizaban a la Ley gallega de 1995. El precepto es fruto del documento prelegislativo elevado al *Conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laborais* en julio de 2001, seguramente en orden a posibilitar que las parejas estables no matrimoniales pudiesen testar, fórmula con la que se evitaba toda alusión a aquella realidad social que se desconoció por el legislador gallego hasta un momento en que ya se encontraba avanzada la tramitación parlamentaria de la

(60) En este sentido, GULLÓN BALLESTEROS, A., «La confirmación», en *ADC*, 1960, pág. 1.209; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «La sanatoria excepcional de las disposiciones testamentarias nulas», en *RDP*, 1977, págs. 644 a 648. En la jurisprudencia la convalidación entendida al modo que lo hacen estos autores se ha aplicado normalmente a los supuestos de nulidad por vicios de forma del testamento (SSTS de 14 de febrero de 1981 [*RJ* 1981/526], 9 de julio de 1986 [*RJ* 1986/4425] y de 28 de julio de 1986 [*RJ* 1986/4621]), pero no a los casos en que existe un vicio material o cuando aquella deriva del incumplimiento de una prohibición legal (SSTS de 24 de octubre de 1963 [*RJ* 1963/4157], 25 de junio de 1990 [*RJ* 1990/4892] y SAP de Vizcaya, de 14 de mayo de 1998 [*RJ* 1998/5344]). Vid. ÁLVAREZ LATA, N., «LEA. Derecho de Sucesiones», *op. cit.*

(61) CAPILLA RONCERO, F., «Nulidad e impugnabilidad del testamento. Algunas consideraciones sobre el régimen de ineficacia del testamento inválido», en *ADC*, 1987, pág. 79.

LDCG/2006, fruto de las enmiendas de adición presentadas por los Grupos Parlamentarios del «PPdeG» y del «BNG» (62).

Como ya se ha señalado, la admisión de la posibilidad de testar mancomunadamente sin exigir la preexistencia, entre los cootorgantes, de vínculo subjetivo alguno no es una peculiaridad exclusiva del Derecho Civil gallego. El legislador aragonés así lo admitió también en sendas leyes del año 1999. En la primera de ellas, reguladora de las *parejas estables no casadas*, estableció expresamente que los miembros de la pareja estable no casada podrán testar de mancomún de conformidad con lo dispuesto en la legislación sucesoria aragonesa (art. 15 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de *parejas estables no casadas*) (63). La segunda de aquellas leyes, cuya tramitación en las Cortes de Aragón coincidió cronológicamente con la ya citada y cuya entrada en vigor es sólo unos meses posterior, es la propia LSCMA, en cuyo artículo 102.1 se dispone expresamente que *«los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón»*. Obviamente la existencia de este precepto hace prescindible aquél, puesto que incluso la pareja no casada que no esté sometida, por no reunir los requisitos exigidos para ello (v.gr., por estar vinculados matrimonialmente con otras personas), a la ley especial reguladora de las parejas estables, pueden testar mancomunadamente. A juicio de MERINO HERNÁNDEZ, este precepto únicamente buscaba permitir el testamento mancomunado entre convivientes de hecho, pero el afán del legislador por conseguir esta finalidad lo ha llevado a consagrar una regulación subjetiva del testamento mancomunado que desvirtúa la esencia del mismo en el Derecho Civil aragonés y que supone algo no buscado por nadie —*matar moscas a cañonazos*— al permitir testar mancomunadamente a personas —eso sí, los intérpretes reducen la posibilidad a dos *cotestadores*— no relacionadas por vínculo parental alguno (64).

El requisito de *la condición de «cónyuges» de los otorgantes del testamento mancomunado para establecer disposiciones correspectivas*.—El hecho de que el legislador gallego de 2006 haya hecho abstracción del vínculo personal existente entre los cootorgantes del testamento mancomunado en orden a permitir la ordenación de la sucesión hereditaria en un único instrumento notarial tiene un límite, constituido por la previsión de disposiciones correspectivas. En efecto, al regular las *disposiciones correspectivas* en el testamento mancomunado se exige expresamente que los disponentes

(62) BOPG, núm. 98, de 10 de marzo de 2006, págs. 7384 y 7385.

(63) BOA, núm. 39, de 6 de abril de 1999.

(64) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario a los artículos 15 y 16 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. XXXIII, Vol. 1.º, EDESA, Madrid, 2000, págs. 751 a 754; *ibidem*, MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario del artículo 102 de la LSCMA», *op. cit.*, pág. 719.

sean esposos (art. 187.2), debiendo integrarse esta previsión con la contenida en la DA 3.^a de la propia LDCG/2006, en la que se equiparan al matrimonio «*las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia*» (64 bis). De esta manera, en la práctica, se está privando a los no casados y a quienes no tengan la condición de relación marital en los términos contemplados en la mencionada DA 3.^a, la utilización de esta forma de regular su sucesión hereditaria pues, como ya hemos visto, la peculiaridad del testamento mancomunado que constituye su razón de ser es la posibilidad de que contenga disposiciones recíprocamente condicionadas o disposiciones correspectivas.

Habiéndose establecido el requisito de que los cootorgantes del testamento mancomunado tengan la condición de cónyuges en el momento de otorgarlo, de inmediato surge la pregunta acerca de los efectos sobre el testamento mancomunado otorgado derivados de una situación de crisis matrimonial sobrevenida. Frente al regulación expresa de la que es objeto esta situación en los Derechos Civiles propios de Navarra (Ley 201 de la CDCFN) y de Aragón (art. 123 de la LSCMA —con carácter general para todas las disposiciones correspectivas y liberalidades concedidas en testamento entre los cónyuges [lo que origina un trato discriminatorio respecto a la ruptura de las uniones de hecho] y no sólo para el testamento mancomunado—), en los que se prevé que la nulidad, la separación o el divorcio —incluyéndose, en el caso de Aragón, los supuestos en los que haya sobrevenido la muerte de uno de los cónyuges durante la tramitación de los procedimientos dirigidos a la declaración de la separación, divorcio o nulidad— determina la ineficacia de las disposiciones realizadas en el testamento mancomunado a favor del otro cónyuge y también de las correspectivas, la LDCG guarda silencio al respecto. Este silencio de la Ley gallega supone que en los supuestos de crisis matrimoniales el testamento mancomunado que haya sido otorgado válidamente mantiene su vigencia en todas sus disposiciones, incluidas las liberalidades recíprocas que pudieran haberse realizado los cónyuges, de manera que será necesaria una nueva declaración de voluntad de los otorgantes para dejarlas sin efecto. Es esta la única interpretación posible de acuerdo con el tenor actual de la regulación. Sin embargo, algunos autores que parten de la consideración de las consecuencias gravosas para los cootorgantes que, en determinados casos, puede conllevar esta regulación, han esbozado la posibilidad de acudir a algunos expedientes tendentes a evitar aquellas conse-

(64 bis) La redacción dada a esta norma por la Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la Disposición Adicional 3.^a de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia [DOG núm. 127, de 2 de julio de 2007; BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 2007] exige la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, con carácter constitutivo. Este Registro ha sido objeto de regulación en virtud del Decreto 248/2007, de 20 de diciembre [DOG núm. 5, de 8 de enero de 2008].

cuencias. En este sentido se ha señalado la posibilidad de acudir a la aplicación analógica a este caso de las causas de revocación de las donaciones por razón de matrimonio (ex art. 116.2 de la LDCG, que implica la ineficacia en contra del cónyuge de mala fe); así como la representada por la extensión de la eficacia de la sentencia de nulidad, separación o divorcio que conllevaría la decadencia de las cláusulas recíprocamente condicionadas que contuviese el testamento mancomunado.

d) Modificación y revocación

El testamento mancomunado es naturalmente revocable. En el artículo 190 de la LDCG/2006, el legislador gallego se limita a enunciar este carácter del mismo y a señalar que la revocación del testamento mancomunado puede realizarse por los testadores también mancomunada o conjuntamente o de forma unilateral por uno sólo de ellos, si bien en este último caso, exclusivamente en lo concerniente a las disposiciones no correspectivas. Es la modificación y la revocación unilateral la que presenta mayores dificultades y por ello el legislador gallego se ha preocupado de dotarlas de un régimen jurídico propio en los artículos 191 y 192 de la LDCG/2006, tanto para el caso en que los cootorgantes vivan en el momento de realizarse como para el caso en que alguno de ellos haya premuerto o haya devenido incapaz para testar (art. 191.2 de la LDCG/2006).

i) Revocación mancomunada o conjunta

La forma usual de llevar a cabo la revocación conjunta de un testamento mancomunado será mediante el otorgamiento de un nuevo testamento mancomunado. El artículo 192.1 de la LDCG/2006, siguiendo el parecer expresado por algún autor bajo la vigencia de la Ley de 1995 (65), precisa que la revocación de un testamento mancomunado habrá de hacerse en otro testamento mancomunado posterior, otorgado en forma abierta notarial. El precepto ha de aplicarse también al caso de modificación del testamento mancomunado anterior y con independencia de que se trate de una revocación conjunta o por sólo alguno —o algunos— de los cootorgantes. El otorgamiento de este testamento mancomunado posterior producirá, como conse-

(65) Es este el parecer de GUTIÉRREZ ALLER, V., «Derecho Civil de Galicia (Comentarios á Lei 471995, do 24 de maio)», *op. cit.*, pág. 402; *ibidem*, «Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 101. En este sentido expresamente también LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 138 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1.054.

cuencia, la ineficacia de las disposiciones revocadas, con independencia de que éstas fuesen o no recíprocamente condicionadas.

Sin embargo, no se alcanza a ver, y quienes lo proponen y defienden no aportan argumento alguno en defensa de su tesis, por qué no puede producirse la revocación a través de otras instituciones sucesorias posteriores al otorgamiento del testamento mancomunado si consta de manera indubitada la voluntad común y concordante en este sentido de los cootorgantes. Estas instituciones sucesorias pueden ser significativamente tanto el pacto de mejora como el apartamiento realizados con posterioridad a aquel testamento mancomunado, e incluso puede admitirse que la modificación de éste se lleve a cabo como consecuencia del otorgamiento de nuevas capitulaciones matrimoniales (*ex arts. 173 y 174 de la LDCG/2006*) (66).

ii) *Revocación unilateral*

De acuerdo con lo ya adelantado, la LDCG/2006, después de enunciar la posibilidad y sus límites en el inciso 2.º del artículo 190, dedica sus artículos 191 y 192 a regular los requisitos y las formalidades que se exigen en orden a la viabilidad de la revocación o modificación de un testamento mancomunado por uno sólo de los otorgantes, diferenciando el supuesto en que ambos cónyuges vivan en el momento en que aquélla tiene lugar y el supuesto en que cuando uno de ellos decida revocarlo el otro haya muerto ya. Si las disposiciones realizadas en el testamento unilateral posterior al testamento mancomunado no afectan al contenido de las cláusulas recíprocamente condicionadas previstas o disposiciones correspectivas en éste, se entiende que no ha habido voluntad de aquel testador de revocarlas y continúan vigentes, sin que para la validez de este nuevo testamento se exija la forma y la notificación prevenidas en el artículo 192.2 de la LDCG/2006 y pudiendo otorgarse tras el fallecimiento de uno de los cootorgantes del testamento mancomunado o con posterioridad al momento en que haya devenido incapaz para testar (arts. 190, inciso 2.º y 191.2 de la LDCG/2006).

En sede de consideraciones generales acerca de la revocación unilateral procede señalar también que, en Galicia, a diferencia, *v.gr.*, de lo que ocurre en el Derecho Civil propio de Aragón, por mor de la virulencia con la que en él rige el principio *standum est chartae*, no es eficaz el pacto reflejado en una cláusula testamentaria del testamento mancomunado de conformidad con el cual se prevea la validez de las disposiciones correspec-

(66) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 138 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1.053.

tivas aun cuando medie modificación unilateral (67). La posibilidad de la modificación o revocación unilateral del testamento mancomunado, verificándose los requisitos y las formalidades que, de inmediato, paso a exponer, se perfila así como una norma de orden público cuya derogación convencional conlleva la nulidad de pleno derecho del acto de contravención (art. 6.3 del CC).

1.º) *Revocación unilateral en vida de ambos testadores*

a) *Requisitos*

Viviendo los cónyuges —o los integrantes de la pareja asimilada al matrimonio por virtud de la DA 3.ª de LDCG/2006— cootorgantes del testamento mancomunado cualquiera de ellos, de manera unilateral, puede revocarlo, produciendo la revocación la ineficacia de las disposiciones correspondientes (art. 191.1 LDCG/2006). A estos efectos, a tenor de lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 192 de la LDCG/2006, se exige la concurrencia de dos requisitos en orden a dotar de eficacia aquella revocación unilateral que afecte a disposiciones recíprocamente condicionadas:

1.º) La utilización de la forma notarial abierta.—Esta exigencia excluye que pueda revocarse un testamento mancomunado mediante la utilización de formas testamentarias no notariales —caso del testamento ológrafo—, así como las formas notariales distintas de la abierta —caso del testamento cerrado—. GUTIÉRREZ ALLER, bajo la vigencia de la Ley de 1995 y asumiendo la tesis de conformidad con la cual todo testamento mancomunado es abierto notarial, ha precisado que la revocación unilateral puede llevarse a cabo mediante la utilización de un testamento mancomunado en el que uno de los otorgantes revoca el testamento anterior y el otro no (68). En este caso, el propio acto de otorgamiento del testamento mancomunado revocatorio implica la notificación de la misma dada la ineludible presencia del otorgante no revocante en este acto. En efecto, en el caso de que la revocación unilateral se articule mediante el otorgamiento de un testamento mancomunado en forma notarial abierta, en este mismo acto se integraría el segundo de los requisitos que se exigen en el artículo 192.3.º de la LDCG/2006, pues es evidente que

(67) En el Derecho aragonés la facultad de revocar el testamento mancomunado por uno de los cónyuges cootorgantes se introduce como novedad, respecto del Derecho contenido en los Fueros y Observancias, en el Apéndice de 1925 (vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Apéndice foral aragonés», en *RCDI*, 1928, pág. 797).

(68) Vid. GUTIÉRREZ ALLER, V., «Derecho Civil de Galicia (Comentarios a Lei 471995, do 24 de maio)», *op. cit.*, pág. 403; *ibidem*, «Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 103.

el mismo acto de otorgamiento mancomunado implica necesariamente que el otro testador tiene conocimiento de la revocación.

2.º) La notificación de la revocación realizada al cootorgante del testamento mancomunado. La ausencia de notificación, o la notificación practicada de forma inadecuada, conlleva la nulidad del testamento revocatorio y de los ulteriormente otorgados (69).

b) Forma, contenido y plazo de la notificación de la revocación

A diferencia de las previsiones realizadas en la regulación de esta notificación en el Derecho Civil propio de Navarra, en el que se exige que conste «*de forma fehaciente*» el conocimiento de todos los demás cootorgantes de la revocación realizada (Ley 202 de la CDCFN) y en el Derecho Civil del País Vasco, en el que se exige la realización de la «*notificación fehaciente*» (art. 175.2, *in fine*, de la LDCFPV), el artículo 192 de la LDCG/2006, al establecer en su apartado 2.º que la revocación habrá de ser notificada a los otros otorgantes y, en su apartado 3.º, al someter la eficacia de la revocación de las disposiciones correspectivas a la práctica de la notificación al otorgante no revocante, no exige el carácter fehaciente de la notificación, cuya ausencia no afecta a la validez de la revocación en el caso de que no afecte a disposiciones correspectivas, supeditándose la eficacia en el caso de que sí afecte a disposiciones de esta naturaleza a que el otorgante no revocante tenga conocimiento efectivo —por cualquier medio— de la misma. Se trata de una obligación, la realización de esta notificación, que se impone no al notario autorizante —como sucedía de conformidad con el artículo 139.2 de la LDCG/1995—, sino al testador revocante que, en el caso de revocación de disposiciones correspectivas habrá de cumplirla a través de la utilización de un acta notarial de notificación autorizada por el propio notario que haya autorizado la revocación. El aludido parece ser el instrumento notarial adecuada para cumplir aquella obligación pues «*las actas de notificación tienen por objeto dar a conocer a la persona notificada una información o una decisión del que solicita la intervención notarial*» (art. 202, párr. 1.º del RNot).

Será contenido preceptivo de este acta de notificación la comunicación del hecho del otorgamiento, por el cootorgante del testamento mancomunado revocado, de un testamento revocatorio, así como la especificación de las cláusulas de aquél que hayan resultado afectadas por la revocación.

La notificación es de carácter recepticio (70) y personalísima, lo que implica que habrá de realizarse al cootorgante del testamento revocado, sin

(69) STSJ de Aragón, de 29 de mayo de 1991 [RJ 1992/7072].

(70) Frente al carácter no recepticio con el que parece configurarse en el artículo 106 de la LSCMA, según la interpretación del mismo que realiza GARCÍA VICENTE, asentada en

que sea posible entregarla a un sujeto distinto de éste. A causa de la finalidad perseguida con la exigencia de esta notificación y que no es otra que el posibilitar el conocimiento de la revocación a fin de que el cootorgante no revocante pueda adoptar las medidas que estime convenientes, en el caso de que éste se encuentre privado de capacidad en el momento de recibir la notificación y, puesto que aquellas medidas que estime convenientes presumiblemente consistirían en el otorgamiento de unas disposiciones de última voluntad distintas de aquéllas que hizo constar en el testamento mancomunado, al no poder testar nuevamente se convierte en inviable la consecución de aquella finalidad, lo que conduce a pensar en lo razonable que es asimilar esta situación a la de fallecimiento del cootorgante, como hace el artículo 191.2 de la LDCG/2006, asumiéndose así normativamente la interpretación preconizada sobre el texto de artículo 140 de la LDCG/1995 que no contemplaba esta asimilación, sino únicamente el de fallecimiento de un cónyuge (71). En efecto, comoquiera que, salvo en el excepcional supuesto del intervalo lúcido, el incapaz no puede testar y el representante legal no puede adoptar por él las medidas tendentes a reparar el equilibrio roto por la revocación unilateral del testamento mancomunado en el que se contenían disposiciones correspectivas, la solución más coherente —concordante con la asumida en la LDCG/2006— consiste en equiparar al incapaz para testar con el fallecido a estos efectos.

En cuanto al lugar en el que ha de practicarse la notificación de la revocación unilateral, el tenor literal de los apartados 2.º y 3.º del artículo 192 de la LDCG/2006, aunque no lo dice expresamente, induce a pensar que ha de realizarse en el domicilio real del cootorgante o cootorgantes del testador revocante, lo que a su vez resulta coherente con el hecho de que se exija el conocimiento efectivo del cootorgante de la revocación realizada para que, en el caso de que afecte a disposiciones correspectivas, produzca efectos. El notario la practicará en la dirección que le indique el testador revocante, así como en el indicado en el propio testamento, en el caso de que ambos no coincidan. En defecto de indicación expresa por el revocante, por desconocimiento de cuál sea el domicilio real actual, la notificación se practicará en el domicilio que, en

la consideración del deber de comunicar la revocación al cootorgante más como un deber moral que como un deber jurídico (vid. GARCÍA VICENTE, F., «Comentario al artículo 106 de la LSCMA», en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil* [J. Delgado Echeverría, coord.], Ed. Librería General, S. A., Zaragoza, 1999, pág. 98).

(71) En este sentido, BUSTO LAGO, J. M., «La sucesión testada en el Derecho Civil propio de Galicia...», *op. cit.*, págs. 1579 y 1580. Solución esta por la que se inclinó también de manera expresa MARTÍNEZ GARCÍA (vid. MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., *Comentario al artículo 139 de la LDCG [El testamento abierto notarial]*, pág. 133), y que en virtud de la justificación expuesta, estimo preferible a aquella otra que entiende que en el caso de que el receptor de la notificación se encuentre incapacitado ésta habrá de practicarse a su representante legal.

su caso, se hubiese previsto en el testamento mancomunado revocado a efectos de realizar notificaciones de este tipo. Subsidiariamente podrá acudir a la dirección que aparezca como domicilio de los cootorgantes en el testamento mancomunado revocado. Si ninguna de estas tres posibilidades hace viable la práctica de la notificación personal por no coincidir ninguno de estos tres domicilios con el actual y desconocido del testador no revocante, la LDCG/2006 ha suprimido la norma de cierre contenida en el último inciso del párrafo 2.º del artículo 139 de la LDCG/1995, que permitía que la notificación se realice por medio de edictos. En efecto, la LDCG de 1995, al igual que la Ley 201.2 de la CDCFN, permitía la notificación de la revocación del testamento mancomunado por medio de edictos, si bien aquélla, a diferencia de ésta, no contenía ninguna previsión ulterior acerca de cómo había de llevarse a cabo esta notificación edictal. En efecto, en el número 2 de la Ley 201 de la CDCFN se prevé que cuando fuere ignorado el paradero de la persona a quien haya de comunicarse la revocación, podrá hacerse la notificación por edictos, previa justificación de aquella situación mediante acta notarial de notoriedad o información *ad perpetuam memoriam*, publicándose los edictos en el *BOE*, en el *BOP* y en uno de los periódicos de mayor circulación en el lugar correspondiente al último domicilio conocido del testador al que pretende hacerse llegar la noticia de la revocación.

Ante el silencio de la LDCG/2006 al respecto, acaso haya que integrar el contenido de la notificación edictal con las previsiones al respecto de las comunicaciones mediante edictos contenidas en el artículo 164 de la LECiv/2000, en el que se prevé la publicación de la notificación bien en un Diario Oficial —de la provincia, de la CA o del Estado—, bien en algún diario de difusión nacional o provincial, a costa del testador revocante, a lo que prudentemente podría añadirse la publicación en el tablón de anuncios del Ayuntamiento del último domicilio conocido del testador no revocante.

En consecuencia, *v.gr.*, si el cotestador no revocante se encontrase en situación de ausencia, sería posible acudir a la notificación por edictos, pues se requiere que la notificación sea personal, lo que no permite que se haga a su representante o al defensor del ausente (*v.gr.*, en los supuestos de ausencia no declarada recogidos en los artículos 46 a 50 de la LDCG/2006). Por el contrario, en aquellos casos en los que proceda la declaración de fallecimiento de acuerdo con las previsiones de los artículos 193 y 194 del Código Civil, no cabe notificación edictal, si no que habrá de asimilarse esta situación a la del fallecimiento del cootorgante, situándonos entonces en el ámbito de aplicación del artículo 191.2 de la LDCG/2006 (72), a tenor del cual las disposiciones correspondientes son irrevocables.

(72) En este sentido, aunque realiza tales consideraciones a propósito del testamento de hermandad propio del Derecho Civil de Navarra, GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario de la Ley 202 de la CDCFN», *op. cit.*, pág. 871.

En cuanto al plazo de que dispone el revocante para practicar la notificación de la revocación a través del notario que la haya autorizado, éste, de conformidad con lo expresamente prevenido en el propio artículo 192.3 de la LDCG/2006, es de treinta días hábiles, constituyendo el *dies a quo* del cómputo del mismo el día siguiente a aquél en que haya sido otorgado el testamento abierto revocatorio (así resulta de la aplicación de la regla sobre el cómputo civil de los plazos contenida en el art. 5.1 del CC). La previsión expresa de la exclusión de los días inhábiles del cómputo del meritado plazo civil supone una excepción de la regla general del artículo 5.2 del Código Civil.

Aunque la LDCG/2006 no lo diga expresamente, una vez practicada esta notificación por el notario, mediante *nota* hará constar en el testamento revocatorio que así lo ha hecho. En efecto, en el testamento revocatorio habrá de quedar constancia tanto de la intimación al notario para que practique la notificación, como, en *nota* posterior, del hecho de la práctica efectiva de la misma y, en su caso, de las vicisitudes relevantes que en su realización hayan tenido lugar.

c) Efectos de la notificación de la revocación y de su ausencia

La práctica de la notificación en el tiempo y en la forma indicadas no parece erigirse en *conditio iuris* de la eficacia de la revocación unilateral del testamento mancomunado realizada por uno de sus cointerrogantes. En el caso de que la revocación no afecte a disposiciones correspectivas, la falta de notificación, abstracción hecha de la causa de la falta de práctica de la misma —y, por lo tanto, con independencia de que sea o no imputable al testador revocante—, no afecta a la validez de la revocación realizada en forma abierta notarial (ex inciso 2.º del art. 192.2 de la LDCG/2006). Practicada de manera fructífera, en tiempo y forma, los efectos de la misma se retrotraen a la fecha de otorgamiento del testamento abierto notarial revocatorio del mancomunado.

En el caso de que durante el periodo de treinta días hábiles de que se dispone el cointerrogante revocante para realizar la notificación de la revocación que afecta a disposiciones correspectivas, el cointerrogante no revocante a que ésta se dirija fallezca —asimilándose a este supuesto, como ya se ha señalado, la pérdida de su capacidad para testar—, si antes de este momento la notificación se ha practicado en tiempo y forma en su domicilio real aunque, por causas ajenas al revocante, no haya llegado a tener conocimiento efectivo de la misma, parece que ha de considerarse eficaz la revocación. Si fallece o deviene incapaz para testar durante ese plazo de treinta días hábiles y antes de que la notificación le haya sido practicada, la revocación es ineficaz,

aunque no faltan voces que reclaman —sobre el texto del art. 139 LDCG/1995, pero el argumento es trasladable al Texto de 2006— la conservación de su efectos pues en caso contrario, dicen, se estaría haciendo depender la eficacia de la revocación de un acontecimiento externo y extraño a la esfera de influencia del testador revocante, limitando su libertad testatoria (73).

La falta de notificación de la revocación si es imputable al testador revocante o al notario, por no haberse intentado, la convierte en ineficaz, con independencia de la responsabilidad civil en la que pueda incurrir el notario autorizante del testamento revocatorio ineficaz por esta causa. En los casos en que se haya intentado de manera infructuosa, fuera del caso en que la imposibilidad de practicarla sea imputable al cotestador no revocante que se niegue a recibirla, en cuyo caso la revocación deviene eficaz, la revocación es ineficaz hasta el momento en que, por cualquier medio, el testador no revocante tenga conocimiento de la misma.

En todo caso, si la notificación no ha podido llevarse a cabo personalmente en el domicilio real del cotestador no revocante por causa imputable al cotestador revocante, las consecuencias de su comportamiento habrán de recaer en su propia esfera jurídica, lo que se deriva del hecho de que la revocación del testamento mancomunado por él pretendida será ineficaz (sin que quepa además imponerle la sanción derivada de su consideración de indigno como previene para casos similares el art. 13.g) de la LSCMA). Por el contrario, si es al notario al que cabe imputar la defectuosa notificación de la revocación y que, por esta causa, la misma resulte ineficaz, éste habrá incurrido en un comportamiento generador de su responsabilidad civil. Responsabilidad civil en la que incurriría el notario tanto en el caso de que incumpla sus obligaciones de advertir al testador revocante de la necesidad de practicar la notificación, de comprobar la existencia de testamentos mancomunados anteriores, como también en el caso de que, instada la práctica de la notificación por el revocante, éste la practique extemporáneamente, si bien en este caso, de llegar a tener conocimiento real, aunque extemporáneo, el cotestador no revocante, la LDCG/2006 le concede plena eficacia a la revocación, en línea con lo que resultaba razonable mantener bajo la vigencia de la Ley de 1995.

2.º) *Revocación unilateral tras el fallecimiento o tras el advenimiento de la incapacidad para testar de uno de los testadores*

En el caso de que la revocación no afecte a disposiciones correspondientes, de lo dispuesto en el artículo 190 de la LDCG/2006 resulta que el testamento

(73) En este sentido, MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., «Comentario al artículo 139 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 135.

mancomunado es naturalmente revocable por cualquiera de los cootorgantes, tanto de manera conjunta por todos o por algunos de ellos, como individualmente, sin perjuicio de la aplicación del requisito de forma que resulta del artículo 192.1 LDCG/2006.

En el caso de que la revocación o la modificación afecte a disposiciones correspondientes, la lectura del artículo 191.2 de la LDCG/2006 revela que no es posible revocar o modificar las disposiciones recíprocamente condicionadas contenidas en un testamento mancomunado tras el fallecimiento de uno de los cootorgantes —de modo similar a lo que resultaba de la interpretación conjunta del párr. 1.º del art. 139 y del art. 140 de la LDCG/1995—, si bien el supérstite —viudo o exconviviente *more uxorio* con el fallecido— conserva su libertad testatoria respecto al resto del contenido del testamento. La irrevocabilidad, en este caso, de las disposiciones testamentarias correspondientes o recíprocamente condicionadas implica la ineficacia de las cláusulas testamentarias posteriores que afecten a lo que haya sido objeto de condicionalidad recíproca en el testamento mancomunado, pero no a su totalidad (ex art. 191.1 LDCG/2006). En efecto, el cotestador supérstite conserva esta libertad para otorgar testamentos posteriores meramente aclaratorios o complementarios y también para disponer *mortis causa* de bienes no comprendidos en el testamento mancomunado, así como para establecer disposiciones que carezcan de contenido patrimonial. Todo ello es viable porque las disposiciones *mortis causa* —sean o no testamentarias— posteriores que acaban de enunciarse no suponen modificación o revocación del testamento mancomunado otorgado y, en consecuencia, para ello no se exige tampoco el respeto de las formalidades prevenidas en el artículo 192.3 de la LDCG/2006.

A estos efectos, la LDCG de 2006 ha equiparado expresamente al fallecimiento de uno de los cotestadores mancomunados el supuesto en que uno de ellos haya devenido incapaz para testar —con independencia de que haya o no sido incapacitado judicialmente—, pues ello le impide adoptar las medidas necesarias para contrarrestar las disposiciones testamentarias revocadas y reestablecer el equilibrio patrimonial de éstas que el revocante pretende cambiar. Es por ser esta la razón que justifica la equiparación que se ha consagrado normativamente, por lo que se presenta como justificada la interpretación propuesta, bajo la vigencia de la Ley de 1995, por MARTÍNEZ GARCÍA en el sentido de que si la revocación pretendida por el cotestador capaz tiene como única finalidad beneficiar al que ha devenido incapaz podía reputarse eficaz (74). Frente a lo que sucedía al amparo de la legislación de 1995, la literalidad de la norma parece vedarlo ahora de manera radicalmente, si bien el fin de protección de la norma —si se quiere su espíritu y finalidad,

(74) MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., «Comentario al artículo 139 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 137.

ex art. 3.1 del CC— parece amparar el mantenimiento de esta posibilidad puesto que, como ya se ha avanzado, lo que con la interdicción que nos ocupa se pretende no es otra cosa que evitar que quiebre la situación de lealtad y el equilibrio patrimonial que los cotestadores han tomado en consideración en el momento de otorgar el testamento mancomunado y resulta claro que lo ordenado en un nuevo testamento para beneficiar al cotestador que incurre sobrevenidamente en situación de incapacidad para testar no conculca aquel equilibrio de una forma fraudulenta o desleal.

El legislador de 2006 ha sustituido la última previsión contenida en el inciso primero del artículo 140 de la LDCG/1995 en el que se contenía un segundo supuesto de irrevocabilidad de las cláusulas contenidas en un testamento mancomunado: aquéllas que hubiesen sido otorgadas «*en favor de persona incapaz de heredar*», que como ha puesto de manifiesto la práctica totalidad de la doctrina que se ha pronunciado sobre este aspecto (75), en su literalidad era una previsión carente de sentido, en tanto que resulta absurdo prever la irrevocabilidad de disposiciones testamentarias realizadas a favor de personas que no sean capaces de suceder *mortis causa*. Lo que el legislador gallego de 1995 parece que quiso establecer en el referido inciso (76) y que en la Ley de 2006 se ha redactado de forma adecuada, integrando el segundo inciso del artículo 191.2, fue una excepción a la irrevocabilidad de las disposiciones testamentarias recíprocamente condicionadas tras la muerte de uno de los cotestadores, cuando tiene como objeto precisamente aquéllas disposiciones realizadas a favor de personas incapaces para suceder al cónyuge premuerto, porque hubiesen sido declaradas incapaces para sucederlo, porque estuviesen incuras en causas que determinan la incapacidad para sucederlo —lo que ha de entenderse como una remisión a los supuestos de incapacidad para suceder por causa de indignidad contemplados en el art. 756 del CC y también a los supuestos de incapacidades relativas previstos en los arts. 752, 753 y 754 del CC— o porque hubiesen premuerto —lo que se cohonestaba con lo dispuesto en el art. 766 del CC— (77). Aunque el tenor

(75) La única excepción la constituye quien ha sido el primer intérprete, cronológicamente hablando, de este precepto, intentando una imposible interpretación del inciso que nos ocupa en el sentido de que el legislador gallego en él pretendiese beneficiar a los que se encuentren incapacitados judicialmente o que sean objeto de una sustitución ejemplar (CARPIO GONZÁLEZ, I., «Ley de Derecho Civil de Galicia. Estudio de la reforma», en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 177, octubre de 1995, pág. 2734).

(76) Así, entre otros, MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., «Comentario al artículo 140 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 137; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 140 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1076; PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «El Derecho Sucesorio gallego», *op. cit.*, pág. 2054; *ibidem*, «Manual de Derecho Civil gallego» (AA.VV.), *op. cit.*, pág. 227; GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a la Ley 202 de la CDCFN», *op. cit.*, pág. 811.

(77) En efecto, en todo caso el sucesor ha de existir en el momento de apertura de la sucesión y, además, ha de sobrevivir al causante. Si premuere al causante, extinguida

literal de este inciso se refiere únicamente al cotestador supérstite y, por lo tanto, para el caso de que la irrevocabilidad de las disposiciones recíprocamente condicionadas traiga causa del fallecimiento —o de la declaración de fallecimiento— del cootorgante, podría pensarse que la previsión debe hacerse extensiva al supuesto en que uno de los cootorgantes haya incurrido sobrevinidamente en causa de incapacidad para testar, si bien comoquiera que la capacidad del sucesor ha de calificarse en el momento de apertura de la sucesión hereditaria de acuerdo con lo establecido en el artículo 758 del Código Civil, siempre estaremos en supuestos de cootorgantes premuertos.

El legislador de 2006 ha suprimido el supuesto de irrevocabilidad de las disposiciones testamentarias realizadas a favor del cotestador que premuere dejando hijos sobrevivientes —el concepto se entendía que incluía a los herederos que sean descendientes de grado ulterior—, que contemplaba segundo inciso del artículo 140 de la LDCG/1995, en el que se precisaba la aplicación de esta regla «*sin perjuicio de los derechos de representación o acrecimiento*». De acuerdo con la doctrina mayoritaria que interpretó esta previsión, el único supuesto al que podía referirse el legislador gallego de 1995 era al caso de existencia de descendientes de un descendiente no preterido, puesto que aquéllos representan a éste en la sucesión hereditaria en virtud de testamento de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 814 del Código Civil (78). Fuera de este supuesto, el derecho de representación no cabe en la sucesión testada. Acaso, dado el carácter imbricado de esta interpretación, había que buscar el origen de la previsión en la Ley 202, párrafo 2.º, 1.º, de la CDCFN, en la que tiene plena relevancia pues, en Navarra, el derecho de representación se da tanto en la sucesión testada como en la intestada.

e) Disposición por actos *inter vivos* de bienes a los que afecten las cláusulas recíprocamente condicionadas

La disposición por negocio jurídico con eficacia *inter vivos* de bienes comprendidos en una cláusula testamentaria correspectiva ha sido objeto de

su personalidad, se extingue también su capacidad para suceder. La necesidad de supervivencia del sucesor o causahabiente al causante viene impuesta por lo dispuesto en los artículos 33, 190, 758 y 766 del Código Civil. En los casos de conmorienencia, en la duda sobre quién ha muerto primero entre dos personas llamadas a sucederse, se presume el fallecimiento simultáneo de ambas, de forma que no ha lugar a la transmisión de derechos hereditarios entre ambas. En consecuencia, la supervivencia del eventual sucesor ha de probarse para que tenga lugar la sucesión hereditaria. Por su parte, el artículo 766 del Código Civil, referido a la herencia testada, determina que el heredero que muere antes que el testador no transmite derecho alguno a sus herederos.

(78) En este sentido, MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., «Comentario al artículo 140 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 138; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 140 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1.077.

regulación expresa en el artículo 194 de la LDCG/2006, subsanando una omisión, doctrinalmente denunciada, del Texto del año 1995, frente a los ejemplos de Derecho Interregional Comparado representados por los Derechos Civiles propios de Navarra y de Aragón.

En efecto, el supuesto enunciado cuenta con una regulación expresa en las Leyes 203 y 204 de la CDCFN, diferenciando en función de si la disposición por actos *inter vivos* se realiza a título gratuito u oneroso. Respecto al primer supuesto, salvo previsión testamentaria expresa o anuencia de todos los cotestadores, se establece la prohibición (79); mientras que se permite expresamente la disposición a título oneroso de los propios bienes, de los bienes recibidos del cotestador premuerto, salvo cláusula expresa en contra, y en el caso de que el testamento lo fuese con institución recíproca y designación de heredero común, con prohibición de enajenar, ésta sólo se referirá a los bienes que el supérstite reciba del cotestador premuerto (80). También se regula expresamente en la LSCMA, cuyo artículo 107, sobre el establecimiento del principio general que permite la libre disposición de los bienes afectados aun cuando en el testamento mancomunado se hubiese establecido lo contrario, diferencia las consecuencias del acto de disposición en función de si se realiza en vida de ambos otorgantes o tras el fallecimiento de uno de ellos. Si la disposición se realiza en vida del otro cotestador, aquélla implica la ineficacia de la disposición correspondiente y si la disposición tiene lugar tras el fallecimiento del otro cotestador, la disposición es válida pero se aplica el principio de subrogación —salvo si el instituido consiente en la disposición y excepción hecha de los regalos módicos de escasa importancia en relación con la fortuna del donante (81) y de las donaciones remuneratorias (arts. 619 y 622 del CC), respecto de las que deberá reducirse el montante de lo satisfecho por el donatario, debiendo actualizarse el importe de la «carga» si fue realizada hace tiempo o consistía en una prestación periódica (82)—, de manera que el sujeto a favor del que constase la atribución testamentaria del bien en cuestión puede pedir a los donatarios —o a sus herederos— el valor actualizado del bien en cuestión, si la disposición ha sido realizada a título lucrativo y si la disposición tuvo lugar a título oneroso, podrá reclamar de los herederos del disponente el valor actualizado del bien objeto de la disposición.

(79) GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a las Leyes 203 y 204 de la CDCFN», *op. cit.*, pág. 907.

(80) GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a las Leyes 203 y 204 de la CDCFN», *op. cit.*, pág. 903 y sigs.

(81) GARCÍA VICENTE, F., «Comentario al artículo 107 de la LSCMA», en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves...*, *op. cit.*, págs. 100 y 101.

(82) MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario del artículo 107 de la LSCMA», *op. cit.*, pág. 771.

Como ya se ha adelantado, la LDCG/1995 guardaba silencio respecto de este supuesto (83), siendo su regulación una necesidad constatada por la doctrina y de la que se ha hecho eco el legislador de 2006, siguiendo el modelo elaborado por la comisión prelegislativa constituida en Galicia con miras a la posible reforma de la LDCG de 1995 que se inspiró en la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte. Así, en el artículo 194 de la LDCG/2006, inmediatamente después de que el artículo precedente —el art. 193— enuncie la regla general de la libre disponibilidad, tanto mediante negocio jurídico con eficacia *inter vivos*, como *mortis causa* de los sujetos que hayan otorgado testamento mancomunado respecto de los bienes de que sean propietarios, establece como sanción para el caso de que el acto de disposición *inter vivos* afecte a bienes comprendidos en una cláusula testamentaria recíprocamente condicionada o correspectiva la ineficacia de la misma si el cootorgante —cónyuge— del disponente vive en el momento en que se realiza aquel acto, sin necesidad de que se realice la notificación de la realización de la disposición. De esta manera, la ineficacia de la cláusula testamentaria correspectiva establecida respecto de bienes objeto de disposición por uno de los cootorgantes —si la disposición se realiza de común acuerdo, el efecto previsto no tiene lugar— se produce *ipso iure*, sin necesidad de notificación. La duda nos asalta de inmediato, ¿es que acaso se necesita notificar al cónyuge no disponente por actos *mortis causa* para que

(83) La doctrina consideraba que, puesto que las limitaciones dispositivas se referían en la Ley de 1995 sólo a las disposiciones *mortis causa*, parece que respecto de los actos *inter vivos* no recaía ninguna prohibición o limitación respecto a la facultad de disponer, produciendo el acto de disposición todos los efectos traslativos que le sean propios, sin que frente al adquirente en virtud de aquel negocio de disposición pudiese alegarse efecto alguno derivado de la existencia de cláusulas testamentarias recíprocamente condicionadas en las que el bien en cuestión fuese contemplado como objeto de las mismas. En efecto, en todo caso el acto de disposición *inter vivos* realizado por un cotestador mancomunado era plenamente eficaz, siempre que estuviese legitimado para disponer del bien de que se trate (normalmente las excepciones provendrían del hecho de que la disposición recayese sobre un bien de naturaleza ganancial, en cuyo caso la nulidad o la anulabilidad del acto de disposición, en función de su carácter gratuito u oneroso se derivaba de las previsiones de los arts. 1.378, 1.322 y 1.301 *in fine* del CC). Sin embargo, parecía razonable entender, pues el interés que se pretendía proteger —el fin de protección de la norma— era el mismo, que sobre el disponente por acto con eficacia *inter vivos* recaía la misma obligación de notificación que en el caso de que se revocase el testamento mancomunado, provocando su ausencia la ineficacia de la cláusula testamentaria que afecte al bien en cuestión, así como de las disposiciones otorgadas a favor del disponente en el testamento mancomunado (vid. MARTÍNEZ GARCÍA, M. Á., «Comentario al artículo 140 de la LDCG», *op. cit.*, págs. 138 y 139. El parecer era compartido por GARCÍA-GRANERO. A juicio de este autor, del principio de irrevocabilidad plasmado en el artículo 140 de la LDCG/1995 para las disposiciones *mortis causa* habrá que deducir la prohibición de todos aquellos actos *inter vivos* a través de los cuales uno de los cónyuges pretenda, unilateralmente, revocar o modificar de modo fraudulento las disposiciones conjuntamente ordenadas por ambos cónyuges [cfr. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a las Leyes 203 y 204 de la CDCFN», *op. cit.*, pág. 902]).

se produzca la ineficacia de las cláusulas correspectivas afectadas? ¿No querrá decir el legislador gallego que si se notifica en los mismos términos que cuando se revoca el testamento mancomunado y el no disponente no actúa en consecuencia, se mantiene, en lo posible, la eficacia de aquella cláusula? En estudios anteriores planteé abiertamente esta duda inspirada en el documento prelegislativo del año 2001, clamando tempestivamente y, a la postre, de manera baldía, al legislador gallego la adecuación de la redacción de esta previsión antes de que el designio del prelegislador se convirtiese en sacrosanta letra impresa en el DOG (84). En el caso de que el disponente por negocio jurídico con eficacia *inter vivos* se encuentre en estado de viudedad —desconozco el término sinónimo para el caso del conviviente *more uxorio* cuya pareja haya fallecido, pero mi ignorancia no impide la aplicación de la regla a este supuesto—, al beneficiario de la disposición testamentaria correspectiva que afectaba al bien de que ha dispuesto se le concede un derecho de crédito, sometido su ejercicio a un plazo de caducidad de tres años del que constituye el *dies a quo* el momento de apertura de la sucesión del cotestador supérstite disponente, por el valor actualizado de aquel bien con cargo a la herencia del disponente. El legislador no precisa como ha de procederse a la actualización de valor del bien objeto del negocio dispositivo, si bien no parece descabellado pensar en que ésta tenga lugar mediante la capitalización del valor con el interés legal del dinero, de manera análoga a la previsión que, v.gr., para el caso de estimación de las acciones de reintegración en el supuesto en que no sea posible la reintegración del bien objeto de la misma a la masa del concurso, contempla en el artículo 73.2 de la LC.

f) Derecho a la copia del testamento mancomunado

El artículo 195 de la LDCG/2006 preceptúa que «*fallecido uno de los otorgantes, los interesados en su sucesión tendrán derecho a copia del testamento mancomunado*», si bien, en orden a salvaguardar la privacidad del contenido de las disposiciones de última voluntad de los demás cotestadores, precisa que «*la copia sólo podrá contener las disposiciones que afecten a la sucesión abierta*», de modo que el notario que facilite a los interesados la copia del testamento mancomunado del cotestador fallecido, habrá de excluir del contenido de las mismas disposiciones testamentarias de los demás cotestadores. A efectos de integrar el concepto de «*interesados en la sucesión*» que utiliza el referido artículo 195 de la LDCG/2006, habrá de tomarse en consideración lo dispuesto en el artículo 226 del RNot., a tenor

(84) Así lo hice en «La sucesión testada en el Derecho Civil propio de Galicia...», *op. cit.*, págs. 1587 y 1588; y en «Régimen sucesorio (I): La sucesión testada...», *op. cit.*, pág. 190.

del cual tienen derecho a obtener la copia del testamento, una vez haya fallecido el testador, los herederos instituidos y sus representantes, los legatarios, los albaceas, los contadores y las demás personas a quienes se reconozca algún derecho o facultad; así como los parientes que, en el caso de no existir testamento o de ser este nulo o no haber sido instituidos herederos forzosos (a estos efectos ha de tenerse en cuenta el artículo 238 de la LDCG/2006, en el que se enuncian quienes tienen la condición de legitimarios en régimen sucesorio que instaura), serían llamados en todo, o en parte, a la herencia del causante, así como los instituidos en testamento revocado, siendo aplicable también el derecho a obtener copia del testamento no a la representación del Estado en el caso de un testador cuya sucesión se rija por el Derecho Civil propio de Galicia, sino por la representación de la Comunidad Autónoma gallega, pues así resulta del artículo 267 de la LDCG/2006. Ha de tenerse en cuenta también la precisión que establece el apartado final del artículo 241 del RNot., de manera que, en las copias, habrá de hacerse constar por el Notario que le consta el fallecimiento del testador y, en su caso el parentesco de los peticionarios del que se deriva el derecho a obtenerlas, en el caso de que este derecho no resulte de las propias disposiciones testamentarias.

4. LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD TESTATORIA (EL LLAMADO «TESTAMENTO POR COMISARIO»)

A) *Consideraciones preliminares sobre el contenido de los artículos 196 a 202 de la LDCG/2006*

En los artículos 141 a 143 de la LDCG/1995 y bajo la rúbrica «*del testamento por comisario*», se regulaba la delegación por el testador de la facultad de mejorar (85), acogiendo así la denominación que algunos autores han utilizado para referirse al contador-partidor nombrado en testamento al que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil o a la persona que se encarga de la ejecución y cumplimiento total del testamento, absorbiendo las facultades del albacea y del contador-partidor, así como todas las demás necesarias para cumplimentar la voluntad del testador hasta distribuir los bienes

(85) Este hecho no deja de sorprender incluso a autores formados en el Derecho Civil Territorial Común, como es el caso de RIVAS MARTÍNEZ, quien manifestaba su sentimiento con las siguientes palabras: «*Leyendo este artículo [se refiere a los arts. 141 a 143 de la LDCG de 1995] pensamos que el legislador gallego ha perdido una magnífica oportunidad de dotar al Derecho Civil gallego de una verdadera regulación del testamento por comisario y se ha limitado casi a reproducir el artículo 831 del Código Civil, que no es un testamento por comisario*» (RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de Sucesiones. Común y foral*, T. I, Ed. Dykinson, Madrid, 1997 [2.ª edic.], pág. 456).

entre los herederos y darles el destino ordenado en el testamento (86). Institución ésta —la del *testamento por comisario*— que no es ajena al Derecho Civil Territorial Común (art. 831 del CC), si bien sí lo era la pretenciosa —por no decir incorrecta— rúbrica bajo la que se recubrían aquellos preceptos de la Ley de 1995 y que encabeza la Sección 3.^a del Capítulo III de su Título VIII. En efecto, el contenido de los preceptos que se incluían en la referida sección no respondían, en nada, a lo que la rúbrica que los encabezaba daba a entender y que supondría, de corresponderse la regulación que en esta sede se contenía con ella, el establecimiento de una quiebra del personalismo material —no del formal— del acto de testar plasmado en el artículo 670 del CC (87) —encontrando su correlato en el art. 830 del mismo Código Civil en tanto que, como regla general, excluye la delegación de la facultad de mejorar: «*la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro*»— (88), si bien, como enseguida veremos, la redacción vigente del artículo 831 del Código Civil introduce una nueva excepción a aquella regla general, largamente reivindicada por los autores que del Derecho Civil gallego han tratado desde la Codificación a la LDCG de 1995 (89).

(86) Vid. GITRAMA, M., *La administración de la herencia en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, pág. 149.

(87) STS de 15 de octubre de 1990 [RJ 1990/7868]. En efecto, esto es así si por *comisario testamentario* se entiende, en palabras de J. ESCRICHE, «*el sujeto a quien otro comete la facultad de hacer testamento en su nombre, otorgándole al efecto el correspondiente poder con las mismas solemnidades que se requieren para el testamento nuncupativo*» (ESCRICHE, J., Voz «Comisario testamentario», en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Librería de Rosa y Bouret, París, 1863, pág. 458). Sin embargo y sin poner en tela de juicio que es éste el significado técnicamente adecuado de testamento por comisario, no puede dejar de señalarse que algún prestigioso autor de principios del siglo XX utilizaba el término *comisario* para referirse al cónyuge a quien había sido delegada la facultad de mejorar en capitulaciones matrimoniales, ex artículo 831 del Código Civil (VALVERDE y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, T. V, Valladolid, 1926 [3.^a edic.], pág. 292).

(88) Disposición que veda al testador el establecimiento de cláusulas testamentarias en las que se atribuya a cualquier otro sujeto, incluido el propio heredero mejorado, la facultad que a aquél otorga el artículo 829 del Código Civil de señalar la cosa cierta que haya de pagarse (STS de 18 de mayo de 1983 [RJ 1983/2846]).

(89) En especial, por tratarse quizá de los dos estudiosos del Derecho Civil propio de Galicia más representativos en los años intermedios del siglo XX, FUENMAYOR, bajo la significativa rúbrica de «*las piezas no acogidas en la Compilación*», contemplaba, entre ellas, la delegación de la facultad de designar *petrucio* a favor del cónyuge viudo que contaba, en la fecha en que fue escrita, con el único y, entonces, angosto cauce del artículo 831 del Código Civil en su redacción original y cuya previsión era deseable en orden a lograr la conservación indivisa de las unidades agrarias (vid. FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE: «El Derecho Sucesorio en la Compilación de Galicia», en *Foro Gallego*, núms. 135-136, 1967, pág. 278 [también en *Estudios de Derecho Civil*, T. II, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1992, págs. 1301 a 1328]), y PAZ ARES (vid. PAZ ARES, J. C., *La Compilación de Derecho Civil especial de Galicia (Notas críticas)*, Salamanca, 1964, pág. 53). Sobre el testamento por comisario como fórmula testamentaria que habría de ser restaurada por ser

En efecto, la expresión utilizada en la rúbrica de la sección de que vengo hablando significa, en su sentido prístino, la designación de una persona —el comisario— que haga testamento por otra —que lo ha designado a esos efectos—. Sin embargo, en el contenido de la regulación, el legislador gallego de 1995 frustraba las expectativas que aquel título despertaba, ya que lejos de recoger la institución a la que éste hace referencia (acogida y regulada en otros Derechos Civiles Territoriales) (90), únicamente regulaba la delegación de la facultad de mejorar, de manera que al fiduciario, que necesariamente era, además, el cónyuge supérstite, únicamente se le podía conceder la facultad de distribuir la herencia del cónyuge premuerto y, además, sólo entre los hijos comunes del testador y del viudo supérstite.

La supresión del testamento por comisario como consecuencia de la Codificación supuso una quiebra respecto al Derecho hasta entonces vigente en Castilla representado en este ámbito por la disposición contenida en la Ley 7.^a del Título V del Libro III del *Fuero Real* y en la Ley XXI de las de Toro (posteriormente acogida como Ley 1.^a, Título XIX del Libro X de la *Novísima Recopilación*) (91) que, a su vez, supusieron la introducción de una relevante novedad respecto al carácter personalísimo del acto testamentario que se acogió en *Las Partidas* (Ley 11 del Título III de la Partida 6.^a), herederas directas, también en esta materia del Derecho romano (D. 32, 5, XXVIII) (92). En efecto, la precitada Ley contenida en el *Fuero Real* dispo-

conforme con los principios sociológicos propios del Derecho Civil gallego, vid. LORENZO FILGUEIRA, V., «Realidad e hipótesis de futuro del Derecho Foral de Galicia», *op. cit.*, págs. 76 y 77.

(90) En especial en los artículos 32 a 48 de la LDCFPV, en los que se regula la delegación del poder testatorio al comisario; pero también, en una u otra medida, Leyes 281 a 288 de la CDCFN, bajo la forma de fiduciarios-comisarios; y en los artículos 18 a 21 de la CDCB, bajo la fórmula de heredero-distribuidor.

(91) De su aplicación en el momento temporal anterior al Código Civil nos dan cuenta, entre otros, JORDÁN DE ASSO y DEL RÍO, I./DE MANUEL y RODRÍGUEZ, M., *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Madrid, 1792 (5.^a edic.), págs. 113 y sigs. (edic. facsímil, Lex Nova, S. A., Valladolid, 1984); SALA, J. DE: *Ilustración del Derecho Real de España*, T. I, Madrid, 1820 (2.^a edic.), págs. 144 y sigs. (expresivamente inicia la exposición de esta cuestión con las siguientes palabras: «*En España tenemos la singularidad de que la facultad de testar se puede cometer á otro...*»); GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., «Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español», T. III, *op. cit.*, págs. 204 y sigs.; DOMINGO DE MORATÓ, D. R., *El Derecho Civil español con las correspondencias del romano, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto romano hispano de D. Juan Sala*, T. II, Valladolid, 1877, pág. 47 (en la que expresamente señala que en el otorgamiento de poder para testar por comisario, han de observarse las mismas solemnidades exigidas por las leyes en los testamentos nuncupativo ó cerrado, según que para el otorgamiento del poder se haya preferido una ú otra de estas formas) y pág. 200 y sigs., en las que se exponen los presupuestos y las facultades de los comisarios.

(92) DOMINGO DE MORATÓ, D. R., «El Derecho Civil español con las correspondencias del romano», *op. cit.*, pág. 47.

nía que «*si alguno no quisiere ó no pudiere ordenar por si la manda que ficiere de sus cosas è diere su poder à otri, que el que la ordene, é dé, é la dé en aquellos lugares onde él tuviere por bien, puédalo facer: è lo que èl ordenare ò diere, vala así como si lo ordenase aquel que diò el poder*». La disposición de los Reyes Católicos fijaba los límites del poder para testar y fijaba las facultades que podían atribuirse al comisario, siendo la cuestión más dudosa que surgía en su interpretación la relativa a la posibilidad de que éste, cuando se le ha facultado para nombrar heredero a una determinada persona, pudiese desheredar o mejorar si el testador no le hubiese indicado qué sujetos habían de serlo. La amplitud derivada de los términos excesivamente generales de la disposición contenida en el Fuero Real que amparaba abusos cometidos por el comisario se intentaron corregir con la norma contenida en la Ley XXXI de las de Toro. Sin embargo, su redacción abstrusa produjo numerosas dudas e incertidumbres entre los intérpretes de la misma que nunca fueron objeto de un entendimiento uniforme (93).

La institución de la delegación de la facultad de mejorar fue acogida en el Código Civil en su artículo 831, heredero de la previsión contenida en el artículo 663 del *Proyecto* de GARCÍA GOYENA, con la finalidad de hacer menos sensible «*a las provincias forales*» las innovaciones que el propio Código introducía en materia de legítimas (significativamente en relación con la libertad testatoria propia de Navarra) (94). Sin embargo, en la versión original del precepto del Código Civil precitado, vigente hasta que la Ley 11/1981, de 13 de mayo, le dio la redacción vigente hasta la reforma del mismo llevada a cabo por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, la delegación de la facultad de mejorar únicamente podía ser pactada en capitulaciones matrimoniales y para el caso de delación sucesoria intestada del cónyuge premuerto a favor del supérstite que se mantuviese en estado de viudedad y a favor de los hijos comunes, con los límites derivados del respeto a las legítimas y a las mejoras que el cónyuge premuerto pudiese haber ordenado en vida. Ciertamente el precepto constituía un angosto cauce en orden a posibilitar algún mecanismo mediante el cual el cónyuge supérstite pudiese participar en la ordenación sucesoria del premuerto. Esta situación condujo a que en el ámbito notarial se acudiese a fórmulas imaginativas que permitían superar estas limitaciones. De su utilización nos da cuenta FUENMAYOR al señalar las «*fórmulas notariales sobre designación indirecta de petrucio*». Estas fórmulas consistían bien en que el

(93) Sobre esta cuestión y las respuestas doctrinales y jurisprudenciales que, en su momento, recibió, vid., entre otros, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., «*Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*», T. III, *op. cit.*, pág. 206 y sigs.; FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE: *Voz «Derecho Civil de Galicia*», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. I, Ed. F. Seix, S. A., Barcelona, 1985, pág. 262 y sigs.

(94) GARCÍA GOYENA, F., «*Concordancias, motivos y comentarios del artículo 663*», en *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, *op. cit.*, pág. 357.

testador mejorase al hijo que, a su vez, lo fuese por el cónyuge supérstite —o designando directamente al hijo mejorado bajo reserva de confirmación por el cónyuge supérstite—, o bien en el establecimiento de la mejora a favor del hijo que se casase «para la casa petrucial» (95). Sin embargo, el TS, al amparo del carácter personalísimo del testamento, ex artículos 670 y 830 del Código Civil, negando la eficacia de las costumbres gallegas tendentes a la protección de la indivisibilidad de la «casa petrucial» invocadas por el recurrente declaró la nulidad de la cláusula testamentaria en la que se establecía la mejora a favor del hijo que, a su vez, fuese mejorado por el cónyuge supérstite (STS de 16 de marzo de 1932 [RJ, T. II 1932-33/965]), si bien en la anterior STS de 31 de enero de 1899 [CJ, T. 86, § 35], argumentando sobre el espíritu del artículo 831 del Código Civil había sancionado la validez de una cláusula testamentaria en la que se establecía la mejora de tercio a favor de aquél de los nietos del testador que se case, con el consentimiento paterno, para la casa petrucial.

Es precisamente por razón de su fundamento y de su finalidad que la institución encaja plenamente con los principios informadores del Derecho Civil propio de Galicia en tanto que su fundamento radica en el fortalecimiento de la cohesión de la familia nuclear mediante la subrogación del viudo en la posición del «petrucio» (aspecto éste que resulta con toda nitidez de la regulación gallega en tanto que elector del mejorado sólo puede serlo el cónyuge viudo que no haya contraído nuevas nupcias y elegido como mejorado exclusivamente los hijos comunes de delegante y delegatario) a través de la potenciación de la autoridad del cónyuge viudo (96), al tiempo que persigue evitar la división de los patrimonios familiares —en especial de las explotaciones agrícolas, ganaderas o industriales— que puede tener lugar como consecuencia de división de la herencia realizada intempestivamente (97), constituyendo la delegación de la facultad de mejorar el complemento ideal de la mejora de labrar y poseer.

(95) Vid. FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE: Voz «Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 257 y sigs. De la aplicación en Galicia hasta la entrada en vigor del Código Civil, de las cláusulas testamentarias estableciendo la delegación de la facultad de mejorar, nos da cuenta, a propósito de las costumbres de la comarca de Bergantiños, STOLLE y ÁLVAREZ (vid. STOLLE y ÁLVAREZ, V., «De la compañía gallega», en *RGLJ*, T. 68, 1886, pág. 57).

(96) En efecto, el paisano gallego valora la capacidad de trabajo y la vocación de cada uno de sus hijos durante varios años en orden a elegir como *vinculeiro* al más indicado para hacerse cargo de la llevanza de la *casa*. En este sentido, LORENZO FILGUEIRA escribe: «En Galicia nuestros paisanos siempre demandan una fórmula testamentaria por la que “o que viva dos dous que sexa o dono de todo hasta que morra”, con lo que se trataba de delegarle una facultad de testar, disponer y mejorar en la forma que considerase oportuna —o con límites— y que los juristas no podían atender por impedirlo las leyes patrias» (LORENZO FILGUEIRA, V., «Realidad e hipótesis de futuro del Derecho Foral de Galicia», *op. cit.*, pág. 77).

(97) FUENMAYOR defendía la conveniencia de conservar en Galicia las fórmulas de los dos tipos señaladas en el texto —la que subordina el nombramiento del mejorado a la

B) *La delegación al cónyuge viudo de la facultad de mejorar en la LDCG/1995*

El artículo 141 de la LDCG/1995 preveía la posibilidad de nombrar al cónyuge como delegatario de la facultad de mejorar que correspondía al premuerto, lo que podía realizarse en testamento o, *incluso*, en capitulaciones matrimoniales. Caso, este último, que no suponía ninguna novedad respecto a lo previsto en el artículo 831 del Código Civil en su redacción fruto de la Ley 11/1981 —y ni siquiera respecto de su redacción original— y tampoco suponía una excepción al principio del personalismo —formal— del negocio testamentario sentado en el artículo 670 del Código Civil (98). En concordancia con esta previsión, el artículo 113.2 de la LDCG/1995 preveía que las capitulaciones matrimoniales podían contener cualquier estipulación relativa al régimen sucesorio y, en el inciso final del artículo 129 de la misma Ley de 1995, a propósito de la regulación del denominado «*pacto de mejora*» (99), se aludía expresamente a la delegación de la facultad de mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales. En efecto, esta previsión podía formar parte del contenido del negocio capitular, con independencia del momento temporal en que aquéllas se hubiesen otorgado —antes o después de contraer matrimonio (recuérdese, en relación con el primer caso, que el art. 1.334 del CC dispone la ineficacia de las capitulaciones otorgadas si transcurre más de un año desde este momento a aquél en que efectivamente se contraiga matrimonio)— y sin que sea exigible reciprocidad alguna en el nombramiento. En el caso de que el negocio utilizado para nombrar al delegatario de la facultad de mejorar fuese el testamento, la disposición que nos ocupa podía formar parte del contenido de cualquier tipo testamentario.

condición de que se case para la casa, y la que faculta al padre o a la madre del posible petrucio para elegirlo en nombre del causante, resultando esta última indispensable en el caso de que el causante muera prematuramente sin haber podido designar al mejorado, por ser los descendientes de poca edad, fallezca después de dicho causante el que debe dar su consentimiento al casamiento para la casa del descendiente, sin haberlo podido dar tampoco, por la poca edad de todos los descendientes o por cualquier otra circunstancia— en orden a la designación de petrucio que permita la continuidad de la casa petrucial (FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE: Voz «Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 261). En este sentido y con carácter y ámbito general, PEÑA señalaba que con esta institución se pretende dar mayor virtualidad a la voluntad del cónyuge supérstite previo encargo del causante y con la finalidad de lograr la indivisión de la herencia durante la menor edad de los descendientes (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «La conservación de las unidades agrarias», en *ADC*, 1959, pág. 1014).

(98) En este sentido, vid. ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Designación de sucesor a través de tercero*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pág. 100; *ibidem*, «Dos temas de reflexión en torno al “testamento por comisario” de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Doctor J. L. Lacruz Berdejo*, Vol. II, J. M.^a Bosch, Ed., Barcelona, 1993, pág. 889.

(99) Vid. BELLO JANEIRO, D., *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia*, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 2001, pág. 247 y sigs.

C) *La atribución de la facultad testatoria al cónyuge superviviente en la LDCG/2006*

a) Concepto de testamento por comisario

Con carácter general, por testamento por comisario se entiende el otorgado haciendo uso del poder testatorio que previamente le ha otorgado un sujeto a otro, facultándole para que otorgue testamento con posterioridad a su fallecimiento. El artículo 196 de la LDCG/2006 señala que se denomina testamento por comisario al que uno de los cónyuges otorga en ejercicio de la facultad testatoria concedida por el otro. Acaso la primera precisión que convenga realizar es la que resulta de la toma en consideración la equiparación al matrimonio de «*las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia*» que establece la DA 3.^a de la LDCG/2006. La designación de comisario habrá de recaer entonces necesariamente en el cónyuge —al que se equipara, el conviviente *more uxorio* que cumpla los requisitos que contempla el apartado 2.º de la DA 3.^a de la LDCG/2006 (100)— del designante o atribuyente.

La segunda precisión que se deriva naturalmente del precepto referido, integrándolo especialmente con el conjunto de facultades que respecto de la atribución de los bienes del difunto designante o atribuyente le confiere el artículo 200 de la LDCG/2000, es que se ha confirmado la quiebra o la ruptura del personalismo formal y material del acto de testar que, en el ámbito del Derecho Civil Territorial Común se acoge en el artículo 670 del Código Civil y a tenor del cual el único que puede intervenir en el acto de declaración de voluntad *mortis causa* del testador es el propio testador —personalismo formal—; al tiempo que el contenido del testamento debe ser ordenado en su totalidad por el testador —personalismo mate-

(100) En el ámbito de los estudiosos del Derecho Civil propio de Galicia, se han mostrado decididamente partidarios de la equiparación, a efectos de ser delegatario de la facultad de mejorar contemplada en la LDCG de 1995, del conviviente *more uxorio* superviviente al cónyuge viudo, CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, págs. 148 y 149; frente al parecer en contra que preconiza PÉREZ ÁLVAREZ amparándose en las presuntas dificultades técnicas que ello provocaría en un Ordenamiento en el que no existe un concepto normativo de «pareja de hecho» (vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «Comentario a los artículos 141 y 142 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1103, nota núm. 48). Argumento este último sobre el que volveré en el último de los epígrafes de esta exposición. Sobre el asunto que nos ocupa mantiene una posición ecléctica BELLO JANEIRO, reconociendo que se trata de una opción de política legislativa (vid. BELLO JANEIRO, D., «Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 251, nota núm. 65). Sobre esta equiparación, teniendo en cuenta la redacción originaria de la DA 3.^a, vid. BUSTO LAGO, J. M., «Elementos para una interpretación no perturbadora de la equiparación al matrimonio de las relaciones *more uxorio* realizada por la DA 3.^a de la LDCG/2006», *AJA*, núm. 726, 19 de abril de 2007, págs. 1 a 8.

rial— (101). Con todo, también en el Derecho Civil Territorial Común existen ciertos supuestos que se califican como quiebras del formalismo material del testamento: la sustitución ejemplar o pupilar (de conformidad con la tesis amplia de la misma), la facultad de mejorar atribuida al cónyuge en el artículo 831 del Código Civil, la conmutación en metálico de la legítima (art. 841 del CC), así como el encargo a un tercero de la distribución de cantidades que el testador deje a clases determinadas, permitido por el artículo 671 del Código Civil.

b) Designación y revocación

i) Forma de la designación

La designación del comisario puede realizarse en capitulaciones matrimoniales —así resulta expresamente del art. 197 de la LDCG/2006, pero también de su art. 174— y también en testamento, cualquiera que sea su forma y, por supuesto, en testamento mancomunado que constituye un instrumento idóneo para establecer esta previsión, ya sea recíprocamente o no (102).

ii) Pérdida de eficacia y revocación de la designación realizada

Si la designación del cónyuge como comisario ha sido realizada en testamento, su revocación se regirá por las normas generales de revocación de las disposiciones testamentarias. Por lo tanto, dado el carácter esencialmente revocable del testamento, la revocación de aquella previsión podrá realizarla el otorgante utilizando cualquiera de los medios de revocación de los testamentos. En aplicación de estos principios generales resulta que si en un testamento se prevé la designación de comisario y en uno posterior no se dispone nada al respecto, la aplicación de la disposición contenida en el

(101) REGLERO CAMPOS, L. F., *Institución de herederos: designaciones erróneas, genéricas e inciertas*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 190.

(102) Así se admitía por la doctrina incluso bajo la vigencia del artículo 141 de la LDCG de 1995 que se refería, con una expresión que adolecía de una notable corrección técnica, al entonces delegatario de la facultad de mejorar como el «cónyuge no testador» (vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «Comentario a los artículos 141 y 142 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1116). La libertad de la forma testamentaria en la LDCG/1995 utilizada era compartida por la generalidad de la doctrina que sobre esta cuestión se ha pronunciado, vid. también, CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», en *Derecho de Sucesiones de Galicia*, *op. cit.*, pág. 146; DÍAZ FUENTES, A., *Derecho Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995)*, *op. cit.*, pág. 275.

artículo 739 del Código Civil implica que aquella previsión queda también revocada por el testamento ulterior perfecto (103).

En el caso de que la designación se haya instrumentado en capitulaciones matrimoniales, la revocación de aquella previsión exigirá los mismos requisitos que se requieren, de acuerdo con las reglas generales, para la modificación de este negocio jurídico. Como es sabido, la modificación del negocio capitular exige la concurrencia de voluntades de los otorgantes del mismo —en otras palabras, exige el concurso de voluntades de los cónyuges intervinientes— (art. 1.331 del CC) y el uso de la misma forma pública que se exige para el otorgamiento. En efecto, la aplicación de la previsión contenida en el artículo 1.331 del Código Civil implica que necesariamente haya de concurrir el concurso de voluntades de los cónyuges otorgantes para poder modificar aquella designación, de manera que la aplicación de este precepto determina la irrevocabilidad de la delegación de la designación en el caso de que el delegatario se niegue a otorgar capitulaciones modificativas. En este caso, el cónyuge designante o atribuyente, aunque lo desee, no puede revocar aquella designación formalmente, viéndose constreñido a acudir al expediente de dejar sin contenido material aquella designación mejorando y distribuyendo todos sus bienes en el testamento que otorgue (104). Una interpretación posibilista y plausible ha sido ensayada desde el notariado gallego a propósito de la delegación de la facultad de mejorar, permitiendo que la designación sea destruida, aun habiendo sido otorgada en capitulaciones matrimoniales, por la sola voluntad del cónyuge designante, dada la identidad de razón que existe entre este supuesto y aquél en que se establece en testamento, caso en el que puede destruirse mediante el otorgamiento de un testamento posterior (105).

(103) A propósito de la delegación de la facultad de mejorar contemplada en la Ley de 1995, no faltan entre los autores gallegos quienes pretenden flexibilizar en este aspecto el rigor de aquel precepto con apoyo en el último inciso del propio artículo 141 de la LDCG/1995, en el que se disponía expresamente el respeto a las legítimas y mejoras que instituya el propio causante delegante (en este sentido, CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 147).

(104) Esta solución es la que propone, siguiendo a VALLET DE GOYTISOLO («Comentario al art. 831 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* [dirigidos por M. Albaladejo], T. XI, EDERSA, Madrid, 1982 [2.^a edic.], pág. 408); PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «Comentario a los artículos 141 y 142 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1120.

(105) CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 147. En el Derecho Civil Territorial Común, Díez-PICAZO y GULLÓN sostienen que el poder es revocable libremente por el cónyuge otorgante, tanto si lo ha hecho en testamento como en capitulaciones matrimoniales, pues en este último caso no hay por qué seguir las reglas establecidas para su modificación al no ser aquella una estipulación relativa al régimen económico-matrimonial (DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, *op. cit.* [7.^a edic.], pág. 469).

En el caso de que exista un testamento anterior a la fecha de otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales en las que se contiene la designación de comisario, ésta quedará vacía de contenido, salvo que se trate del supuesto de partija de la herencia otorgada en documento público posterior a aquel testamento (106).

c) Condiciones subjetivas del comisario

De acuerdo con lo ya dicho, el comisario habrá de ser necesariamente cónyuge del designante —o, como ya se ha precisado, conviviente *more uxorio* (ex DA 3.^a LDCG)—. Esta exigencia —compartida en el Derecho Civil Territorial Común para el caso de la delegación de la facultad de mejorar que contempla el art. 831 del CC—, hunde sus raíces en la necesaria confianza que funda la designación y que se vincula a la *affectio maritalis*. También es compartido en el Derecho Civil Territorial Común, tras la reforma de que ha sido objeto el artículo 831 del Código Civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que la denominada facultad de mejorar se pueda conceder al cónyuge del testador y a la pareja no casada —siquiera sin necesidad de convivencia y sin exigencia de relación de afectividad análoga a la matrimonial— con la que haya una descendencia común (ex art. 831.6 del CC). Con ello el fundamento de la delegación se ha desplazado de la *affectio maritalis*, que encubría institucionalmente y sentaba el fundamento de la presunción de la relación de confianza entre los cónyuges, a la existencia de una relación de confianza entre los progenitores del descendiente común, incardinándose la institución plenamente en el ámbito de la fiducia sucesoria, debiendo fundamentarse las causas de pérdida sobrevenida de eficacia o de vigencia de la delegación concedida en la quiebra de la confianza (107).

No se requiere que el cónyuge designado comisario sea usufructuario universal de la herencia. Es evidente que si lo es también puede concurrir en él la titularidad de la condición que nos ocupa. Se exige, por lo tanto, la preexistencia de un vínculo matrimonial válido entre designante y comisario. En consecuencia, el nombramiento decae en los casos de nulidad y de divorcio, pero también, aun cuando subsiste el vínculo matrimonial, en los supuestos de separación de los cónyuges, aun cuando se trate simplemente de una separación de hecho y ello no por no reunir el vínculo subjetivo cuya presencia resulta pre-

(106) CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 148.

(107) Vid. FLORENSA I TOMÁS, C. E., «La facultad de mejorar concedida al cónyuge superviviente por el testador: el nuevo artículo 831 del Código Civil», en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados* (D. Bello, Ed.), Ed. EGAP - Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2005, pág. 140.

ceptiva, sino porque así lo dispone el artículo 202.1.2.º de la LDCG/2006, al enunciar los supuestos en los que decae la eficacia de la designación de comisario o la atribución a éste de la denominada facultad testatoria. La previsión es razonable pues es claro que en estos casos ha quebrado el principio de confianza entre designante y comisario que funda aquella designación (108), de manera que no puede sino compartirse que la Ley de 2006 haya previsto expresamente que tanto la separación de hecho, como la judicial —desde el mismo momento en que se presenta la demanda ejercitando las acciones de separación, divorcio o nulidad del matrimonio—, provoquen la pérdida de la eficacia *ipso iure* de la delegación que se convertirá en definitiva cuando haya sentencia estimatoria de la separación, del divorcio o de la nulidad (al igual que sucede ex párr. 2.º del art. 106 del CC con los demás poderes y consentimientos que se hayan otorgado entre sí los cónyuges constante el matrimonio).

Acaso aquella razón en la que se sitúa el fundamento de la institución es la que justifica también que, tanto en la LDCG/2006 —así resultaba también del último inciso del art. 142 de la LDCG/1995—, como en el Código Civil (art. 831.5), el hecho de que el cónyuge supérstite permanezca en estado de viudo se establezca como condición subjetiva cuya no concurrencia determina la pérdida de la facultad que le ha sido atribuida, salvo dispensa expresa del atribuyente. En efecto, si el viudo designado comisario contrae nuevas nupcias tras el fallecimiento de su cónyuge y antes del ejercicio de las facultades que le han sido atribuidas, las pierde (ex art. 202.1.3.º de la LDCG/2006). Similar es la regulación que se contiene en el artículo 284.2 de la LDCG/2006, en el que se prevé que el cónyuge al que le haya sido atribuida la facultad de realizar la partija de la herencia, por haber sido nombrado contador-partidor —lo que es posible si sólo se le ha asignado el usufructo universal de la herencia, sin perjuicio de las facultades que se le puede atribuir como comisario—, sólo podrá ejercitar las facultades que esta designación conlleva mientras que permanezca en estado de viudedad. Sin embargo, como es únicamente el estado civil de viudo el que se tiene en cuenta en

(108) Bajo el imperio de la LDCG de 1995, comoquiera que la separación —ni de hecho, ni de derecho— se consideraban como causas de ineficacia sobrevenida de la delegación de la facultad de mejorar, se había preconizado la conveniencia de pensar en posibilistas soluciones que no resultaban del tenor literal de los preceptos reguladores de esta categoría, pero sí de otros que pueden ampararlas fundadamente. En esta dirección algunos autores (en el Derecho Civil Territorial Común a propósito del art. 831 del Código Civil, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, *op. cit.* [7.ª edic.], pág. 469) han propuesto la aplicación al caso del artículo 102.2.º del Código Civil en el que, amparándose en la desaparición del fundamento fiduciario que los justificaba, se previene que la simple admisión judicial de la demanda de separación determina automáticamente la revocación de todos los poderes y consentimientos que los cónyuges se hubiesen otorgado entre sí. Puesto que el fundamento de la delegación de la facultad de mejorar desaparece también con la separación de hecho, parece razonable considerar que en este supuesto decae también su eficacia.

orden a mantener o perder la titularidad de las facultades a que aluden los artículos 197 y concordantes de la LDCG/2006, se da la paradoja de que el hecho de que el viudo conviva *more uxorio* con otra persona no determina aquella consecuencia, siendo un supuesto éste en el que a todas luces concurren las mismas razones que justifican ésta. Es por esta razón por la que resultan más adecuadas previsiones como las contenidas en el artículo 48.4 de la LDCFPV en el que, a propósito de la extinción del poder testatorio atribuido al cónyuge supérstite en testamento por comisario, se previene la extinción del mismo, además de cuando contraiga ulteriores nupcias, cuando «lleve vida marital de hecho o tenga un hijo no matrimonial», de manera que se incluyen expresamente las uniones no matrimoniales como causa de extinción de aquella atribución también basada indudablemente en la confianza recíproca entre los cónyuges. Es cierto que la asimilación resultante de la DA 3.^a de la LDCG/2006 permitiría fundar la aplicación de una solución similar a la prevista en la Ley vasca, pero también lo es que cuando el legislador gallego de 2006 ha querido dotar expresamente de eficacia a la convivencia marital, equiparando sus efectos con el matrimonio, lo ha hecho expresamente, como se pone de manifiesto si se trae a colación el elenco de causas de extinción del usufructo del cónyuge viudo y, en particular, la enunciada en el número 2.º del párrafo 1.º del artículo 236 de la LDCG/2006, a tenor del cual, el usufructo del cónyuge viudo se extingue, entre otras causas, por «contraer la persona usufructuaria nuevas nupcias o vivir maritalmente con otra persona».

Siguiendo precisamente el modelo representado por el precepto citado de la LDCFPV —luego incorporada, salvadas las distancias, en el inciso final del art. 831.5 del CC— el legislador gallego de 2006 ha dado expresa respuesta a una cuestión que suscitaba la Ley de 1995 y que no encontraba en ésta una solución explícita, lo que conducía a la no admisión de la dispensa por el atribuyente de que el cónyuge supérstite contrajese nuevas nupcias conservando el poder testatorio (en la Ley de 1995, simplemente la facultad de mejorar) (109). La posibilidad de que expresamente el cónyuge atribuyen-

(109) La inexistencia en la Ley de 1995 de tal previsión, de manera que la preunción del legislador de que las nuevas nupcias perjudican —o pueden perjudicar— la labor del delegatario, defraudando de alguna manera la confianza en él depositada por el causante, justificaba que, en todo caso, el matrimonio ulterior del cónyuge delegatario extingue la delegación si es que ésta no se ha ejercitado con anterioridad a estas nuevas nupcias. Se trataba de una norma de carácter imperativo (con carácter general puede decirse que la naturaleza imperativa de este tipo de normas que determinan la extinción de un poder fiduciario encomendado al viudo se explica fácilmente en aquéllas en las que se atribuyen al fiduciario o al comisario amplias facultades —es el caso, v.gr. de los Derechos Civiles propios de Aragón y del País Vasco—, en virtud de las cuales se le posibilite que los bienes respecto de los que puede ejercerlas reviertan en personas que no forman parte del núcleo familiar integrado por el causante delegante y el propio supérstite. Sin embargo, aun en aquellos Derechos Civiles Territoriales en los

te dispense de la interdicción de contraer nuevas nupcias que recae sobre el cónyuge superviviente si quiere conservar la facultad testatoria es admitida expresamente en el inciso primero del artículo 202.1.3.º de la LDCG/2006. En efecto, el legislador gallego —al igual que, con anterioridad, hizo el vasco (ex art. 48.4 de la LDCFPV)— expresamente ha dispuesto que, en el testamento por comisario, la extinción del poder testatorio como consecuencia de las nuevas nupcias por el viudo comisario puede dispensarse mediante previsión expresa en contrario, de manera que el nombramiento subsista pese a las nuevas nupcias.

No resulta aplicable a la extinción de la atribución de la potestad testatoria la causa contemplada en el párrafo 2.º del artículo 236 de la LDCG/2006 como causa de extinción del usufructo viudal: el «grave y reiterado incumplimiento de los deberes familiares».

d) *Ejercicio de la facultad «testatoria» atribuida al cónyuge superviviente*

i) *Carácter personalísimo de la facultad atribuida*

Se trata de una facultad personalísima en virtud del fundamento que la justifica. Es por ello que no cabe subdelegación o subfiducia por el viudo designado comisario, quien tampoco puede designar contador-partidor de la herencia, aunque en su función sí puede auxiliarse con técnicos en la materia o peritos, fundamentalmente en orden a la realización de algunas actuaciones que exigen determinados conocimientos especializados, como son fundamentalmente la realización del inventario de los bienes sobre los que cabe el ejercicio de la facultad testatoria atribuida y el imprescindible avalúo o tasación de los mismos. Por la misma razón la facultad no es susceptible de integrar el patrimonio hereditario del delegatario transmisible *mortis causa*, aunque, como veremos, sí es susceptible de ser ejercitada mediante negocio jurídico con eficacia *mortis causa* (ex art. 200.1.2.º de la LDCG/2006).

que esto es así se permite que mediante disposición expresa del cónyuge causante, se permita al superviviente contraer nuevas nupcias sin que ello determine la extinción de las facultades fiduciarias que le hayan sido encomendadas [arts. 28.4 de la LDCFPV y 147.e) de la LSCMA] y por lo tanto no es susceptible de derogación negocial singular. De esta naturaleza de la norma que nos ocupa no parece haber duda —otra cosa es que fuese deseable que revistiese otro carácter (en este sentido se habían pronunciado, v.gr., CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.ª J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 151)— y ello fundamentalmente porque cuando el legislador gallego de 1995 ha querido que los efectos de una determinada previsión fuesen disponibles convencionalmente, así lo ha establecido expresamente [es el caso significativo de la previsión contenida en el art. 127.b) de la LDCG/1995, a propósito de la extinción del usufructo viudal universal por nuevo matrimonio, causa respecto de la que admite expresamente *pacto o disposición en contrario*].

Existiendo viudo comisario al que se haya atribuido la facultad testatoria y no habiendo concurrido causa alguna que determine la extinción de la atribución realizada, los herederos mayores de edad o menores emancipados no pueden acudir a la vía que para distribuir la herencia de su causante común les habilita el artículo 782 de la LECiv/2000 y cuya posibilidad determinaría el dejar sin contenido objetivo la facultad atribuida.

ii) Contenido objetivo de la facultad testatoria

1.º) *Elenco de facultades ínsitas en la denominada facultad testatoria*

a) Facultad de designación de heredero o legatario del atribuyente

El artículo 197 de la LDCG/2006 establece que la designación del cónyuge como comisario atribuye a éste la facultad de designar heredero o legatario entre los hijos o descendientes comunes, así como la facultad de asignar bienes concretos y determinar el título por el que se recibirán.

De conformidad con lo dispuesto en el precepto invocado en el párrafo precedente, el comisario, en el ejercicio de la facultad que le ha sido atribuida, puede instituir heredero o herederos del atribuyente, así como designar legatarios de los bienes del difunto atribuyente, siempre que se trate de descendientes comunes del atribuyente y del comisario, realizándolo a su prudente arbitrio, con los límites constituidos por el respeto a las legítimas (art. 198, inciso primero, de la LDCG/2006, lo que supone una remisión a las disposiciones en esta materia que se contienen en los arts. 238 a 266 de la LDCG/2006), así como por las disposiciones que, en su caso, haya realizado, el cónyuge atribuyente, entre las que se pueden contener la institución de herederos, la designación de legatarios o las atribuciones *mortis causa* de bienes propios que hubiese constituido el causante. La LDCG/2006 no prevé expresamente la sanción para el caso de que el comisario no respete los derechos legitimarios de algún descendiente común o, en su caso, la cuota de participación en los bienes relictos que hubiere ordenado el causante, pudiendo aplicarse a este caso la prevista expresamente en el párrafo 2.º del artículo 831.3 del Código Civil, en la redacción vigente, cual es la posibilidad de que el legitimario puede pedir la rescisión de los actos de disposición realizados por el comisario en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Si el atribuyente no ha instituido herederos, el comisario puede atribuir los bienes a título de herencia o de legado, de manera que, en este caso, dentro de sus facultades se integra la de instituir herederos siempre dentro del ámbito subjetivo acotado por los descendientes comunes del atribuyente y del comisario.

El comisario puede actuar en la partición y en la distribución de la herencia del atribuyente como podría haberlo hecho este mismo de acuerdo con las previsiones sobre la partición de la herencia realizada por el propio testador, contenidas en los artículos 273 a 282 de la LDCG/2006. El artículo 248 de la LDCG/2006 le faculta expresamente para pagar la legítima o su complemento. Este mismo precepto precisa, en su inciso 2.º, que sólo a los herederos les corresponde la opción de pagar la legítima en metálico extrahereditario —es más, el art. 246.1 de la LDCG/2006 precisa que el pago en metálico extrahereditario de la legítima exige acuerdo entre los herederos, si es que el causante no ha asignado la legítima en bienes determinados—, de manera que el tenor literal de la norma excluye la posibilidad que esta opción sea ejercitada por el comisario, quien debería pagar las legítimas con metálico hereditario, lo que no se compadece demasiado bien con la amplitud de la facultad testatoria que puede atribuírsele y con la posibilidad de adjudicar a los herederos o legatarios bienes gananciales, computándose por la mitad de su valor. Pese a ello, comoquiera que el artículo 201.2 de la LDCG/2006 limita las facultades de disposición por el comisario del metálico existente en la herencia del causante —incluyéndose en este concepto los depósitos bancarios—, en tanto que sólo puede disponer del mismo para el pago de las exequias fúnebres del causante, es razonable pensar que habiendo metálico en la herencia, las legítimas se paguen con éste.

De lo expuesto se deriva con claridad que el cónyuge designado comisario únicamente recibe del causante una titularidad de disposición sobre los bienes en los que puede instituir o distribuir entre los hijos o descendientes comunes (110). Es por ello que su posición jurídica es subsumible en el supuesto contemplado en el párrafo 4.º del artículo 20 de la LH, de manera que, de acuerdo con las prescripciones de éste, no es necesaria la inscripción o anotación registral a favor del mismo, como persona que «*con carácter temporal actúa como órgano de representación y dispone de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes*». Mientras el cónyuge supérstite no ejercite la facultad testatoria que le ha sido atribuida, los sucesores del causante delegante no adquieren el poder de disposición sobre los bienes hereditarios, sino que tienen una mera expectativa sobre los mismos (RDGRN de 11 de marzo de 1929) (111).

(110) Expresión utilizada por ASÚA GONZÁLEZ, C. I., «Designación de sucesor a través de tercero», *op. cit.*, pág. 129. La RDGRN de 18 de diciembre de 1916 [CJ T. 138, § 142] ha declarado que el cónyuge viudo sobre quien recae la facultad de mejorar o distribuir los bienes, no tiene titularidad alguna sobre los mismos, que pertenecen colectivamente a los hijos comunes, aunque la determinación de la porción abstracta que a cada uno de éstos haya de corresponderle está sometida «*a la potestad conferida a la viuda de distribuir los bienes como mejor le plazca*».

(111) En efecto, respecto a si los coherederos pueden enajenar su cuota o bienes concretos de la herencia, la DGRN, en Resolución de 11 de marzo de 1929 [CJ T. 188,

Entre las facultades que no puede ejercitar el cónyuge designado comisario merece ser destacada la improcedencia, con carácter general, de que por sí mismo liquide la sociedad de gananciales, habiendo de concurrir a este acto necesariamente los herederos del cónyuge premuerto, acudiendo, si es el caso, al procedimiento contemplado en los artículos 806 a 811 de la LECiv/2000 para la liquidación del régimen económico matrimonial. Aunque la LDCG/2006 no se pronuncia expresamente, el apartado 2.º de su artículo 2.000 precisa que las adjudicaciones que realiza el comisario en el ejercicio de su facultad testatoria pueden comprender tanto bienes privativos del causante atribuyente, como bienes de naturaleza ganancial, si bien, en este caso, se imputará su valor por mitad al patrimonio del atribuyente y del comisario. Lo dispuesto en este precepto viene a equivaler a que las legítimas de los descendientes comunes del causante atribuyente y del comisario, así como las disposiciones específicas de aquél a favor de alguno o de algunos de los descendientes comunes han de considerarse respetadas si el comisario ha dispuesto bienes que representen un valor suficiente para integrarlas, aunque en todo o en parte los bienes objeto de disposición tuviesen la naturaleza de gananciales o, incluso, aunque fuesen privativos del comisario.

La norma es distinta de la prevista para el caso de partija conjunta y unitaria realizada por ambos cónyuges, en cuyo caso la validez de los actos de disposición que tengan por objeto tanto los bienes del cónyuge premuerto incluidos en la partición, como bienes comunes requiere el concurso y del consentimiento del cónyuge supérstite y de los herederos del causante (art. 278 de la LDCG/2006); así como para el caso de partición realizada por contador-partidor, en cuyo caso, éste puede liquidar la sociedad ganancial con el concurso del cónyuge supérstite o sus herederos, salvo que se trate de un contador-partidor de la herencia de ambos cónyuges, en cuyo caso podrá prescindir de la liquidación de la sociedad ganancial, salvo si esta liquidación es necesaria para el cumplimiento de la voluntad testamentaria de cualquiera de ellos (art. 293 de la LDCG/2006). Pues bien, comoquiera que las facultades atribuidas al comisario son notablemente mayores que las del contador-partidor razonable es pensar que el comisario pueda prescindir también de la liquidación de la sociedad ganancial, lo que resultara innecesario en el caso de que existan únicamente descendientes comunes de ambos cónyuges, pero no así cuando existen descendientes legitimarios no comunes.

§ 64] consideró que *«la expectativa correspondiente a los hijos, entre los cuales ha de verificarse la elección, no constituye un derecho transmisible que les permita comparecer en una escritura pública de compraventa como vendedores de las fincas que con el tiempo y mediante la declaración del cónyuge supérstite le han de pertenecer»*.

b) Facultad de administración de los bienes del causante

Mientras el comisario no ejercita las facultades de disposición de los bienes del causante ínsitas en la facultad testatoria que le ha sido atribuida, por cualquiera de los negocios que le permite el artículo 200 de la LDCG/2006, ostenta la condición de administrador de la herencia del causante que le ha atribuido la condición de comisario.

De lo dispuesto en el artículo 201 de la LDCG/2006, se deriva que el comisario tiene atribuidas *ex lege* y en tanto no ejercite su facultad testatoria, las siguientes facultades (que lo convierten en una especie de albacea general de la herencia del atribuyente):

- a) Pagar los gastos de entierro y funeral del causante, pudiendo disponer a estos efectos del metálico existente en el caudal relicto, integrándose este concepto con los fondos existentes en depósitos bancarios, así como con los contratos similares existentes con entidades de crédito y que permitan su realización y disponibilidad inmediata.
- b) Pagar, con los mismos fondos, las deudas de la herencia, así como las que se originen como consecuencia de la apertura de la sucesión hereditaria.
- c) Tomar las precauciones necesarias para la adecuada conservación y custodia de los bienes hereditarios, adoptando todas las medidas de conservación que tengan por finalidad evitar la pérdida o deterioro del caudal hereditario. En el marco de esta atribución ha de incluirse la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competan y contestar a la demandas que se interpongan contra la misma, de conformidad con lo preceptuado en el párrafo 2.º del artículo 1.026 del Código Civil a propósito de las funciones del administrador de la herencia, con independencia de que lo sea un heredero u otra persona distinta (112).

El comisario, en su condición de administrador de la herencia, está obligado a tomar la posesión de todos los bienes del caudal relicto cuando sean poseídos por un tercero. En efecto, corresponde al administrador la legitimación activa para el ejercicio de la acción dirigida a hacer efectivas las titularidades hereditarias poseídas por terceros a título de heredero o sin título alguno y a la cual son aplicables todas las normas de la petición de herencia, excepto la cosa juzgada sobre la condición de heredero; así como la legitimación activa para el ejercicio de las acciones posesorias en defensa de los bienes y derechos que integran la herencia o que eran poseídos por el causante.

(112) Vid., ampliamente, GÍTRAMA, M., «La administración de la herencia en el Derecho español», *op. cit.*, pág. 168 y sigs.

La LDCG/2006 no faculta al comisario para disponer de los bienes del causante, más que en el caso del metálico y de los depósitos y fondos depositados en entidades bancarias y de crédito, preordenados estos actos de disposición al pago de las exequias del causante y de las deudas hereditarias. En consecuencia el comisario no puede realizar otros actos de disposición sobre los bienes del causante en orden a su enajenación a terceros, de manera que la validez de este tipo de negocios exigirá la concurrencia de la voluntad del propio comisario y de los legitimarios del causante.

Eso sí, el comisario está obligado a *rendir cuentas de su gestión* una vez ésta ha concluido (art. 201.3 de la LDCG/2006). La rendición de cuentas, entendida como un límite a las facultades y poderes del comisario es inherente a cualquier cargo de gestión (STS de 13 de abril de 1993 [RJ 1993, 3103]) y se realizará ante los herederos (el art. 907 del CC prevé esta obligación de rendir cuentas, bien ante los herederos, bien ante el Juez, para el caso de los albaceas) en el momento de finalización de su gestión. Por rendir cuentas debe entenderse la presentación, en sentido estricto de las cuentas de su gestión como administrador de la herencia y no únicamente como exigencia de dar cuenta del desempeño de su función. Sin embargo, la indefinición de la norma es total, pues ni se precisa plazo, ni ante quien ha de realizarse dicha rendición de cuentas, si bien parece razonable pensar que será ante los herederos del causante. El principal problema acaso se suscite en aquellos supuestos en los que la facultad testatoria se ejercite por el comisario precisamente mediante un acto o negocio con eficacia *mortis causa*. Los herederos del comisario parece razonable pensar que se subrogaran en esta obligación o posición pasiva de su causante.

Lo que sí parece poder afirmarse con mayor grado de certidumbre es que estamos en presencia de una norma de carácter imperativo, del que se deriva la ineficacia del acto de dispensa de esta obligación realizado por el atribuyente.

2.º) *Bienes sobre los que puede ejercitarse*

En orden a dar respuesta a la cuestión atinente a qué bienes se extiende la facultad testatoria atribuida al comisario, el artículo 200 de la LDCG/2006 no nos proporciona elementos que permitan una solución perfectamente cerrada. En efecto, en este precepto únicamente se dice que al comisario puede atribuírsele la facultad de adjudicar a los herederos o legatarios «*los bienes del difunto*», precisándose, en el apartado 2.º del mismo precepto, que las adjudicaciones de bienes o derechos realizadas por el comisario, pueden comprender bienes de naturaleza ganancial —bienes integrantes de la disuelta, por consecuencia del fallecimiento del atribuyente, sociedad de gananciales—, debiendo ponerse en relación esta previsión con la disposición general contenida en el artículo 205 de la LDCG/2006.

El comisario puede realizar atribuciones y distribuciones desiguales de los bienes del causante entre sus hijos y descendientes, en virtud de negocios jurídicos con eficacia *inter vivos* y *mortis causa*, quedando limitadas sus facultades atributivas y distributivas por el necesario respeto de las legítimas —la distribución igualitaria entre los descendientes del mismo grado de la cuarta parte del haber hereditario líquido (*ex art. 243 de la LDCG/2006*)— y de las disposiciones expresas que, en su caso, hayan sido realizadas por el propio causante. Esta parece ser la interpretación adecuada de acuerdo con la *ratio* del precepto que no es otra, como queda dicho, que potenciar la autoridad del viudo en orden a mantener la cohesión del núcleo familiar, permitiéndole realizar la distribución de los bienes hereditarios de la forma más favorable para el patrimonio familiar.

Por último, no debe olvidarse que los legitimarios pueden exigir del comisario la *formalización de inventario* de la herencia del causante, con valoración de los bienes que integran y su protocolización ante notario (*ex art. 249.2 de la LDCG/2006*).

3.º) *Ámbito subjetivo de ejercicio del poder testatorio*

De manera similar a lo que se contemplaba en el artículo 141 de la LDCG/1995, a propósito de la delegación de la facultad de mejora atribuida al cónyuge superviviente y cuya redacción estaba recogida, en este aspecto, directamente del artículo 831 del Código Civil, el viudo comisario puede ejercitar la facultad de atribuir y distribuir los bienes respecto de los hijos y descendientes comunes habidos entre él mismo y el causante atribuyente y ello con independencia de que puedan existir otros hijos o descendientes del cónyuge atribuyente o del propio cónyuge superviviente designado comisario. Esta precisión no resulta discutible. La redacción del artículo 197 de la LDCG/2006, de forma similar al artículo 831.3 del Código Civil tras la redacción que le ha dado la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, ha venido a aclarar si en la expresión «*hijos comunes*» utilizada por el legislador de 1995 se comprendían también como posibles destinatarios de las atribuciones realizadas en el ejercicio de la facultad de mejorar delegada, a los descendientes comunes de ulterior grado, aun viviendo los de grado intermedio (113), al

(113) La respuesta adecuada exigía distinguir tres posibles supuestos, prescindiendo de la interpretación literalista de la expresión (la interpretación literalista era sostenida, en el ámbito del Derecho Civil Territorial Común, por un reducido grupo de autores, entre los que se encuentran, SÁNCHEZ-ROMÁN, F., «Estudios de Derecho Civil», T. VI, Vol. 2.º, *op. cit.*, pág. 1.219; ALPAÑES, E., «La delegación de la facultad de mejorar», en *RGLJ*, núm. 194, 1953, pág. 307):

1.º) En el caso de que haya premuerto el descendiente común de grado intermedio (es el caso de los nietos en el supuesto de que haya fallecido su progenitor que tuviese

precisar que la facultad testatoria consistente en la posibilidad de designar heredero o legatario abarca a los «*hijos o descendientes comunes*». Nueva-

la condición de hijo del delegante y del delegatario), los descendientes comunes de grado ulterior pueden ser destinatarios de la mejora realizada por delegación, pues representan en la herencia del causante a su ascendiente premuerto. En efecto, incluso aquellos autores que interpretan la expresión *hijos comunes* del artículo 831 del Código Civil en el sentido más restrictivo de los que es susceptible, admiten la posibilidad de ejercicio de la facultad de mejorar por el delegatario de la misma a favor de los descendientes de los hijos comunes premuertos. En este sentido se ha pronunciado en la literatura jurídica reciente, MILLÁN SALAS, F., *Instituciones sucesorias en el Código Civil que conservan íntegra una explotación agrícola*, EDIASA, Madrid, 1999, págs. 97 a 100. Se une así este autor a aquella corriente doctrinal encabezada por la opinión de un autor que le aporta grandes dosis de autoridad como es LACRUZ (vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, T. V [Derecho de Sucesiones], J. M.^a Bosch Ed., Barcelona, 1993 [5.^a edic.], pág. 382 [§ 65.314]) que considera que en la expresión *hijos comunes* del artículo 831 del Código Civil deben comprenderse a los descendientes de los hijos comunes pero sólo cuando no existen descendientes de primer grado y en la que también militan, entre otros, F. ORTEGA LORCA (Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado...*, T. XIV, Ed. Reus, Madrid, 1944 [4.^a edic.], pág. 599 y sigs.), SECO CARO (SECO CARO, E., «Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo», *op. cit.*, pág. 152), PUIG BRUTAU (PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, Vol. 3.^o, Ed. Bosch, Barcelona, 1964, págs. 65 y sigs.) y, aunque éste de forma titubeante, SANZ URANGA (SANZ URANGA, F., «La nueva interpretación del artículo 831 del Código Civil», en *RDN*, núm. 92, 1976, pág. 392).

2.^o) En el caso de que vivan los progenitores del descendiente común de grado ulterior (vive el padre/madre, que tienen la condición de descendiente común, del nieto que pretende mejorarse por su ascendiente —abuelo/a— delegatario/a) la respuesta no ha concitado la opinión unánime de la doctrina, a diferencia de lo que sucede en el caso anterior. En efecto, si bien el carácter excepcional —mejor sería decir, especial— de la norma contenida en el precepto que nos ocupa milita como argumento en contra de la admisión del ejercicio de la facultad de mejorar delegada a su favor, existen argumentos, a mi juicio decisivos, que fundan una respuesta afirmativa a la cuestión suscitada (asumida en el Derecho Civil propio de Galicia por autores que siguen la generalizada, aunque no sin importantes excepciones, entre otros, por CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 152; PILLADO MONTERO, A., «Los pactos sucesorios en la LDCG», en *RXG*, núm. 13, 1996-2.^o, pág. 50; PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «Comentarios a los artículos 141 y 142 de la LDCG», *op. cit.*, págs. 1111 a 1113; BELLO JANEIRO, D., «Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 253. En efecto, la opinión generalizada en la doctrina gallega concuerda con la también mayoritaria en el ámbito del Derecho Civil Territorial Común que se pronuncia a propósito del artículo 831 del Código Civil; MANRESA y NAVARRO, J. M.^a, *Comentario del Código Civil español*, T. VI, Vol. 1.^o, Ed. Reus, Barcelona, 1973, pág. 827; SECO CARO, E., «Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo», *op. cit.*, pág. 200 y sigs.; DÍAZ FUENTES, A., «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones *mortis causa*: II. Sobre el artículo 831 del Código Civil», en *ADC*, T. XVIII, 1965, pág. 894; GARRIDO DE PALMA, V. M., «Visión notarial del artículo 831 del Código Civil», en *Libro homenaje a R. M.^a Roca Sastre*, Madrid, 1977, pág. 379 y sigs.; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», *op. cit.* (2.^a edic.), pág. 419; DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, *op. cit.* (7.^a edic.), pág. 469; REY PORTOLÉS, J. M., «Comentario a “vuela pluma” de los artículos de Derecho Sucesorio reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», en *RCDI*, 1982, págs. 586 y 587; DOMÍNGUEZ RODRIGO, M., «El artículo 831 del Código Civil ante la doctrina de la *ratio*

mente la disposición ha de integrarse con el contenido de la DA 3.^a de la LDCG/2006, de manera que la facultad de designar heredero o legatario se extiende a los hijos o descendientes comunes, tanto si son matrimoniales como extramatrimoniales.

En el caso de que concurren hijos comunes del causante atribuyente y del cónyuge supérstite designado comisario con hijos de aquél exclusivamente —subsiste también si concurren con hijos exclusivamente del comisario—, la facultad testatoria del viudo subsiste pero únicamente en relación con el

decidendi», en RGD, 1983, págs. 973 y 974; ALBALADEJO GARCÍA, M., «La mejora del nieto», en *Act. Civ.*, 1997, 4, pág. 947 y sigs.; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil español* (I. Sierra Gil de la Cuesta, dir.), T. IV, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 700; ZURILLA CARIÑANA, M.^a Á., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil* (R. Bercovitz, dir.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 987.): 1.º En el tenor literal de la expresión «hijos comunes» cabe con naturalidad la inclusión de los descendientes comunes de ulterior grado; 2.º En el caso de que el causante delegue en el cónyuge supérstite la facultad de realizar la partija de la herencia, nombrándole contador-partidor, puede además delegar la facultad de mejorar y, en este caso, el propio legislador gallego (art. 159.2 de la LDCG/1995) explícita que podrá mejorar a los hijos o descendientes comunes; 3.º De igual manera, a propósito de la regulación del pacto de mejora en la LDCG/1995, se prevé expresamente que puede ser objeto del mismo la mejora a favor de cualquiera de los hijos o descendientes, pudiendo pactarse entre los cónyuges en capitulaciones matrimoniales la delegación de la facultad de mejorarlos (arts. 128 y 129 de la LDCG/1995); 4.º El nieto es, con carácter general, mejorable, viviendo sus padres (los descendientes de grado ulterior son mejorables aun cuando no sean legitimarios); 5.º Por último, el canon histórico de interpretación conduce a este mismo resultado. En efecto, si se tienen en cuenta los precedentes históricos del artículo 831 del Código Civil, del que, como venimos repitiendo, el artículo 141 de la LDCG no es sino mera reproducción, se observa que se trata de una reproducción casi literal del artículo 633 del Proyecto de Código Civil de 1851. Pues bien, en el comentario de este precepto realizado por GARCÍA GOYENA, éste pone de relieve que con él se trata de aproximar la legislación castellana a la *foral*, de manera que los antecedentes del mismo estarían más próximos al testamento por comisario de las legislaciones *forales* que al propio del Derecho castellano (en efecto, GARCÍA GOYENA, en sus *Concordancias motivos y comentarios...*, al art. 663 de su Proyecto de Código Civil [*op. cit.*, pág. 357] señala que «el amor de padre ó madre, el mas puro é intenso de los buenos afectos, merece bien esta distinción. Por estas consideraciones se ha consignado en el artículo la loable costumbre de las provincias de Fueros, esperando que se generalizarán los mismos felices resultados»). Este dato cobra radical importancia en tanto que la amplitud de las facultades del comisario en aquél son de mayor amplitud, siendo posible que designe heredero entre los descendientes del testador y no sólo entre sus hijos. Podría argumentarse también sobre los datos suministrados por el Derecho interregional comparado vigente, en los que la posibilidad que nos ocupa se admite expresamente (v.gr., art. 164.3 de la LDCFPV a propósito del testamento por comisario). Es por estas razones que los argumentos históricos, como señalara MENÉNDEZ-VALDÉS, pugnan a favor de la interpretación amplia en este aspecto del precepto que nos ocupa (al igual que sucede en el caso de que se aplique la norma del Derecho Civil Territorial Común si el cónyuge fiduciario es usufructuario de toda la herencia al amparo de la previsión contenida en el párrafo 3.º del artículo 820 del Código Civil o de una *cautela Socini* dispuesta testamentariamente. En este sentido, expresamente ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, T. II, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 1997 [2.^a edic.], pág. 257).

caudal hereditario atribuido por el propio testador, o tras la realización de las oportunas operaciones particionales, a los hijos y descendientes comunes. En el caso de la delegación de la facultad de mejorar contemplada en el artículo 831 del Código Civil, en el párrafo 2.º de su apartado 4.º se precisa expresamente que las facultades del delegatario subsisten también en el caso de que haya habido una preterición no intencional en la herencia del delegatario, no pudiendo menoscabar la parte legitimaria que le corresponde al descendiente preterido en el caso de que haya disposiciones testamentarias en este sentido, siendo esta una disposición que resulta de difícil aplicación al caso del comisario, pues éste tiene atribuida expresamente la facultad de instituir herederos, de manera que el olvido no intencional de un legitimario en las eventuales disposiciones testamentarias del atribuyente debe subsanarlo el comisario instituyéndole o atribuyéndole por cualquier título, al menos, la parte que le corresponde como legitimario.

4.º) Momento de ejercicio de la facultad testatoria atribuida al comisario

El legislador gallego prescribe que para determinar el plazo en el que el cónyuge designado comisario habrá de ejercitar su función se estará, en primer lugar, en caso de haberla, a la previsión expresa que en este sentido pueda haber realizado el causante, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 199 de la LDCG/2006, el atribuyente puede señalar plazo para el ejercicio de la facultad atribuida al cónyuge (así sucede también en el Derecho Civil Foral del País Vasco, ex art. 48.1 de la LDCFPV). Se trata de una previsión que revela el pleno carácter dispositivo de esta precisión por el causante atribuyente, sin que existan otras limitaciones legales respecto de la fijación de este plazo. Subsidiariamente, para el caso de que no se haya señalado plazo, el comisario podrá ejercitar la facultad testatoria mientras viva, de donde se deriva que la atribución tiene, naturalmente, carácter vitalicio, pues con ella no se infringe el principio de la intangibilidad cuantitativa de la legítima en tanto en cuanto cada uno de los legitimarios puede reclamar su legítima (art. 249 y concordantes de la LDCG/2006). La atribución con carácter vitalicio de la delegación de la facultad de mejorar no supone una limitación de lo establecido en el artículo 1.051 del Código Civil, pues con ella no obliga a los coherederos a permanecer en la comunidad hereditaria indivisa mientras la facultad atribuida al comisario no es ejercitada. Podría pensarse que la designación de comisario, de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 197, 199 y concordantes de la LDCG/2006, sí supone una limitación de aquella regla, en tanto que tratándose de una atribución que puede ejercitar el comisario en virtud de su propio testamento, los herederos del atribuyente

no podrían ejercitar la acción de petición de su herencia, en tanto no se abra la sucesión del comisario. El sometimiento de la herencia del atribuyente a la administración del comisario se presenta como un argumento que milita en este sentido. Sin embargo, el principio de respecto a las legítimas, aun en el caso de designación de comisario que establece con nitidez el artículo 198 de la LDCG/2006, es un argumento definitivo en el sentido contrario.

Pendiente el ejercicio de la facultad testatoria atribuida al comisario, la administración y llevanza en general del caudal relicto corresponde al cónyuge comisario. En el caso de que el cónyuge atributivo de aquella facultad tenga, además, la condición de usufructuario universal de la herencia, le corresponde el ejercicio de las facultades enunciadas en el artículo 233 de la LDCG/2006 (114). Si éste no es el caso, los herederos «presuntos» administrarán los bienes hereditarios de acuerdo con las normas reguladoras de la comunidad de bienes. El problema que se suscita en estos casos es que como todavía no haya fijación de cuotas hereditarias a los distintos sucesores, no es posible determinar cuando se reúne el consenso de la mayoría de los copartícipes, en el caso de que no requiera la unanimidad —en este caso LACRUZ ha propuesto la utilización como criterio de la cuota que a cada sucesor correspondería si la herencia se defiriese *abintestato*— (115). En este último caso la única solución proviene de la posibilidad de designar un administrador de la herencia. Los frutos que los bienes hereditarios produzcan en este intervalo temporal se incorporan al caudal partible (116).

En todo caso, si tras el fallecimiento del atribuyente y antes de que el cónyuge supérstite ejercite la facultad testatoria delegada, muere uno de los hijos comunes de ambos y su progenitor se convierte en su heredero, lo que sucederá siempre que muera intestado, soltero, viudo, divorciado o separado y sin descendientes, la designación decae pues en estos casos surgiría un evidente conflicto de intereses entre el cónyuge supérstite designado comisario y los restantes posibles beneficiarios de la herencia del causante delegante y ello con independencia de que los bienes recibidos *iure hereditatis* por el viudo, afirmación que resulta corroborada por el hecho de que dichos bienes ya no puedan ser objeto de la reserva lineal a favor de los hijos comunes

(114) Al igual que sucede en el caso de que se aplique la norma del Derecho Civil Territorial Común si el cónyuge fiduciario es usufructuario de toda la herencia al amparo de la previsión contenida en el párrafo 3.º del artículo 820 del Código Civil o de una *cautela Socini* dispuesta testamentariamente. En este sentido, expresamente ROCASASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, T. II, Ed. Bosch, S. A., Barcelona, 1997 (2.ª edic.), pág. 257.

(115) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, T. V, *op. cit.* [5.ª edic.], pág. 383 [§ 65.314].

(116) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, T. V, *op. cit.* [5.ª edic.], pág. 383 [§ 65.314].

supérstites ex artículo 811 del Código Civil (117), en tanto que la obligación de reservar ha sido abolida por el artículo 182 de la LDCG/2006.

La extinción del poder testatorio determina la ineficacia de los actos de ejercicio de esta facultad por el comisario, sin perjuicio de que haya de mantenerse la eficacia de los actos dispositivos referidos a los bienes del propio comisario, aun cuando se ejerciten ambas facultades en un mismo instrumento, como ha precisado la *STS de 10 de octubre de 1977 [RJ 1977/3895]*, en relación con un supuesto sometido al Derecho Civil propio del País Vasco (el entonces vigente art. 20 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 1959).

5.º) *Modo de ejercicio de la facultad testatoria*

La facultad testatoria puede ejercitarla el cónyuge viudo comisario tanto mediante actos con eficacia *inter vivos* —y ello aunque la denominación «testamento por comisario» pudiese hacer pensar, *prima facie*, en la imposibilidad de este tipo de negocios, el art. 200.1.1.º de la LDCG/2006 contempla expresamente este tipo de negocios como forma de ejercitar la facultad que le ha sido atribuida en orden a adjudicar los bienes del atribuyente—, como *mortis causa* (118). En el primer caso, esto es cuando el comisario adjudique bienes de su cónyuge premuerto mediante actos particionales con eficacia *inter vivos* cabe que la adjudicación de los bienes que se atribuyan a cada heredero o legatario se haga en un solo acto o que tenga lugar esta adjudicación sucesivamente en varios negocios parciales de atribución hasta completar la cuota hereditaria que haya de serle asignada. En todo caso, el artículo 200.1.º de la LDCG/2006 precisa que las adjudicaciones realizadas por el comisario en virtud de actos de esta naturaleza son irrevocables, precisando que la transmisión de la propiedad se produce en el momento en que recaiga la aceptación del hijo o del descendiente beneficiado, lo que supone una precisión de las reglas generales que en materia de aceptación de las donaciones por el donatario resultan de los artículos 623, 629 y 630 del Código Civil. La perfección de la atribución, naturalmente gratuita, se produce cuando concurre la aceptación del hijo o del descendiente y, desde este momento, el acto de atribución es irrevocable, produciéndose los efectos de

(117) DÍAZ FUENTES, A., *Dereito civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995)*, *op. cit.*, pág. 281. Este autor pone de relieve cómo en este caso se manifiesta con toda virulencia la distinción entre la delegación de la facultad de mejorar atribuida al cónyuge viudo que ha regulado el legislador gallego y la delegación de la facultad testatoria prevista, v.gr., en los artículos 164 y sigs. de la LDCFPV.

(118) *Vid.*, por todos, para el caso de la delegación de la facultad de mejorar contemplada en los artículos 141 a 143 de la LDCG/1995, DÍAZ FUENTES, A., *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995)*, *op. cit.*, págs. 277 a 279.

transmisión de la propiedad de los bienes o derechos atribuidos, con independencia de su naturaleza mueble o inmueble. La regla se ha hecho extensiva también a la posesión de los bienes atribuidos en virtud de negocio de la naturaleza que nos ocupa y que ha de entenderse como una forma de integración de los modos de adquisición de la posesión de los bienes y derechos a los que remite el último inciso del artículo 438 del Código Civil. La regla no difiere de la contenida en el párrafo 3.º del artículo 831.1 del Código Civil, a tenor de la cual las disposiciones del cónyuge delegatario de la facultad de mejorar que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir al hijo o descendiente favorecido la propiedad de aquellos bienes, le confieren también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que expresamente se prevea otra cosa y que ha sido interpretado como un supuesto de atribución de la posesión civilísima, ex artículo 440 del Código Civil, del bien (119). El precepto así interpretado determina que si la atribución de un bien por el comisario a favor de un descendiente lo es en concepto de legado, este legatario recibiría también la posesión civilísima, en tanto que el artículo 440 del Código Civil prevé la adquisición de esta posesión únicamente en relación con el heredero, lo que supondría además, la extensión de la legitimación activa a este legatario en orden a ejercitar el tradicionalmente denominado «interdicto de adquirir la posesión» al que se refiere el artículo 250.1.3.º de la LECiv/2000, al precisar el ámbito del juicio verbal y de conformidad con el cual, se ventilarán a través de los referidos cauces procesales las demandas en virtud de las que se pretenda que *«el tribunal ponga en posesión de bienes a quienes los hubiere adquirido por herencia si no estuvieren poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario»*. Por otra parte, comoquiera que, con carácter general, el legado se adquiere de manera automática por el legatario, el precepto introduce una exigencia adicional, cual es la aceptación extraña al funcionamiento de la transmisión de la propiedad del bien legado que solo puede encontrar su razón de ser en el hecho

(119) ZURILLA CARIÑANA, M.ª Á., «Comentario del artículo 831 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil* (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2006 (2.ª edic.), pág. 1021. Esta interpretación es sugerida también por ABALADEJO, aun sin pronunciarse de manera rotunda: *«[...] las disposiciones del viudo que otorguen al mejorado bienes específicos y determinados, le conferirán no solamente la propiedad de ellos sino «también la posesión por el hecho de la aceptación», precepto que podría (adonde no llegase el art. 440) alcanzar a otorgar al mejorado una posesión civilísima, pero tema, éste, imposible de ahondar aquí»* (cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M., *La mejora*, Ed. Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pág. 486); ya con firmeza, precisando que el mejorado, aun no instituido como heredero, sino como legatario, recibe la posesión civilísima a pesar de no ser heredero, en un caso al que no se aplica el artículo 440 del Código Civil, vid. ALBALADEJO GARCÍA, M., «El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona», en *RDP*, enero-febrero de 2005, pág. 21. Puede verse también, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El artículo 831 del Código Civil», en *ADC*, T. LVIII, fasc. III, julio/septiembre de 2005, págs. 1139 y 1140.

de que, aunque por el título singular que nos ocupa, la atribución se realiza en virtud de un acto particional con eficacia *inter vivos* realizado por el comisario.

Como ya se ha adelantado, es posible también el ejercicio de la denominada facultad testatoria en virtud de un negocio jurídico con eficacia *mortis causa*, si bien el número 2.º del artículo 200.1 de la LDCG/2006 se refiere exclusivamente al testamento y precisando que éste puede ser tanto el otorgado por el comisario disponiendo, a la vez, de sus propios bienes, como un testamento otorgado por el comisario exclusivamente en este concepto y disponiendo sólo de los bienes respecto de los que recae la facultad testatoria que le ha sido atribuida por su cónyuge premuerto (120). Sorprende, en todo caso, que no se haya previsto expresamente la posibilidad de su ejercicio a través de pactos sucesorios como el de mejora (ex arts. 214 a 218 de la LDCG/2006). Con todo, en la doctrina elaborada con ocasión de la regulación del testamento por comisario en el Derecho Civil Foral del País Vasco, del que constituye una de las instituciones típicas del Derecho vizcaíno, se ha destacado que el testamento por comisario determina que la herencia del causante se defiera de un forma compleja, a través de la concurrencia de dos voluntades, cuales son la del causante atribuyente y la del comisario, de donde se infiere la improcedencia de canalizar la ordenación del destino de la herencia del atribuyente por el comisario, que es irrevocable y que produce efectos inmediatos, mediante un acto bilateral como son los pactos sucesorios (121).

En el caso de que el comisario muera sin ejercitar su facultad testatoria, se abrirá la sucesión intestada del premuerto o se deferirá la herencia a los llamados en el testamento del cónyuge atribuyente. Esto mismo sucederá en el caso en que el comisario haya ejercitado la facultad testatoria en un testamento propio posteriormente revocado por otro en el que no ejercita

(120) Esta regla se compadece con las previsiones normativas resultantes de los artículos 46.2 y 47 de la LDCFPV, pues de ellas resulta que si bien al comisario no le es vedado el ejercicio del poder testatorio mediante testamento, éste no podrá ser su propio testamento, salvo cuando, tratándose del cónyuge comisario, éste ejercite la facultad que le ha sido conferida para disponer exclusivamente a favor de los hijos y de los descendientes comunes. *Vid.* ANGOITIA GOROSTIAGA, V./GALICIA AIZPURÚA, G., «Las legítimas y la libertad de disposición en la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco», en *Derechos Civiles de España* (R. Bercovitz/J. Martínez-Simancas), Vol. I, Ed. Aranzadi - BSCH, Madrid, 2000, pág. 406.

(121) En este sentido se ha pronunciado expresamente ASÚA GONZÁLEZ, C. I., «Las formas de designar sucesor en bienes. El artículo 27 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 22, julio/diciembre de 1996, págs. 271 y sigs.; en parecer compartido por BELLO JANEIRO, D., *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia*, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 2001, pág. 225, nota núm. 29. En sentido contrario se ha pronunciado CELAYA IBARRA, A., *Derecho Civil vasco*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1993, pág. 132.

aquella facultad. El inciso final del artículo 200.1.2.º de la LDCG/2006 precisa expresamente que las adjudicaciones hechas por el comisario en testamento serán revocables, debiendo precisarse que la revocación habrá de tener lugar a través de las formas de revocación de los testamentos admitidas en Derecho.

D) *Tributación en el impuesto de sucesiones de los bienes hereditarios que son objeto de la facultad testatoria*

A falta de una norma expresa, tanto en la Ley reguladora del impuesto de sucesiones (Ley 29/1987, de 18 de diciembre) —en adelante LISD—, como en su Reglamento, que contemple la situación creada cuando se atribuye al cónyuge superviviente la facultad de mejorar a los descendientes comunes a efectos de tributación en este impuesto de la transmisión *mortis causa* de los bienes integrantes de la herencia del delegante, bajo el imperio de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995, por el notariado gallego se ha preconizado la posibilidad de aplicar analógicamente a este supuesto la norma prevista en el artículo 54.8 del *Reglamento del impuesto sobre sucesiones y donaciones* (Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre) para la tributación de la fiducia aragonesa (122). La aplicación del artículo 54.8 del RISD descansaría sobre la semejanza de la situación que se crea tras el fallecimiento del causante en el caso de que se haya delegado la facultad de mejorar al cónyuge superviviente y la que se crea en los supuestos en que, de acuerdo con los Derechos civiles propios de Aragón o de Cataluña se haya nombrado un distribuidor de la herencia. La norma reglamentaria citada permite practicar liquidaciones provisionales que se efectuarán como si el patrimonio hereditario se distribuye por partes iguales entre todos los herederos y, una vez concretado el reparto de la herencia entre ellos, se realizarán las liquidaciones complementarias y las devoluciones que procedan (123).

(122) En este sentido se manifiestan CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.ª J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, págs. 156 y 157.

(123) Artículo 54.8 del RISD: «*En la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se gire a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girarán otras, con carácter provisional, a cargo de todos los herederos, con arreglo a sus condiciones de patrimonio y parentesco con el causante y sobre la base que resulte de dividir por partes iguales entre todos la masa hereditaria. Al formalizarse la institución por el comisario se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar, pero si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fueren de menor cuantía que las satisfechas provisionalmente, podrá solicitarse la devolución correspondiente*». En relación con este precepto ha de tenerse en cuenta que la Disposición Adicional Única de la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de *sucesiones por causa de muerte*, exhortaba al ejecutivo aragonés para que, en el plazo de un año a contar desde la fecha de su entrada en vigor, aprobase un proyecto de ley regulador de las particula-

Sin embargo, la propuesta no nos parecía adecuada por varias razones. La fundamental de ellas es que, como es sabido, en materia tributaria rige con toda su virulencia el principio de tipicidad que, como una derivación del principio de legalidad, impediría la aplicación analógica de la norma reglamentaria que nos ocupa (124) y ello sin perjuicio de que ésta norma pueda considerarse que infringe el principio de jerarquía normativa, en tanto que se trata de una norma reglamentaria que no de dicta en desarrollo o ejecución de ninguna de rango legal, sino que, antes al contrario, aparece enfrentada con la previsión realizada en el artículo 24.3 de la LISD (125). Es precisamente en el supuesto de hecho de esta norma en la que, a mi juicio, ha de

ridades fiscales de la sucesión *mortis causa* en Aragón, atendiendo a las peculiaridades del Derecho Foral y a la realidad socioeconómica. De acuerdo con estas previsiones, en el *Preámbulo* de la Ley 13/2000, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas, se señala que «el legislador aragonés trata de dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, regulando aquellos aspectos tributarios de las instituciones forales sobre los que la limitada capacidad autonómica tiene cabida. Y así, despejando las dudas que la nueva normativa civil pudiera haber provocado sobre la tributación de la fiducia, se reconoce la aplicación de cualquier tipo de beneficio fiscal en la liquidación provisional que procede en estos casos en el momento de fallecimiento del causante [en particular han de tenerse en cuenta las reducciones previstas en los arts. 9 y 11 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias]. Para coadyuvar a solventar el principal problema fiscal de la fiducia —hacer tributar a quien ni siquiera puede considerarse llamado a la sucesión— se arbitra la solución de posibilitar el pago de su deuda con cargo al caudal relicto pendiente de ejecución fiduciaria. Con ello, al no trasladar la carga tributaria al patrimonio del sujeto pasivo, se eliminan buena parte de los supuestos que la doctrina científica venía denunciando como injustificables». Estas medidas, contempladas en el artículo 1.7 de la precitada Ley aragonesa, como nos explica GARCÍA GÓMEZ, no alteran el régimen sustantivo de la fiducia aragonesa en el impuesto de sucesiones —tampoco podría hacerlo el legislador aragonés por tratarse de un impuesto estatal cuyos rendimientos se ceden a las CCAA, de manera que la determinación de los hechos imposables gravados y la definición de los sujetos pasivos está vedada a los legisladores autonómicos en atención a las previsiones contenidas en la LOFCA y en la Ley de Cesión de Tributos a las CCAA—, si bien alivian en algunos casos la situación concreta de algunos contribuyentes (vid., ampliamente, GARCÍA GÓMEZ, A. J., «La fiscalidad sucesoria de la fiducia aragonesa. Una cuestión pendiente», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 18, junio de 2001, págs. 275 a 301; POZUELO ANTONI, F., «Aspectos fiscales de la fiducia», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* [dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart], T. XXXIV, Vol. 1.º [arts. 1 a 148 de la LSCMA], EDERSA, Madrid, 2002, especialmente las págs. 1050 y sigs.).

(124) En consecuencia, el artículo 54.8 del RISD sólo es aplicable a la fiducia aragonesa, pero no a situaciones de pendencia o indeterminación subjetiva y/o objetiva de la herencia que surgen como consecuencia de instituciones contempladas en los Derechos Civiles Territoriales, tales como la institución de heredero por fiduciario regulada en los artículos 148 y sigs. del CSCMC o el comisario del Derecho Civil vasco o balear.

(125) SOLCHAGA LOITEGUI, J., «Comentarios tributarios a los artículos 110 a 118 de la CDCA», en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón* (dirigidos por J. L. Lacruz Berdejo y J. Delgado Echeverría), Vol. III, Ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza, 1984, pág. 499.

encuadrarse la tributación de la transmisión hereditaria en el caso en que exista un delegatario de la facultad de mejorar en tanto ésta no sea ejercitada. Este precepto, al regular el devengo del impuesto de sucesiones, después de establecer como regla general que en las adquisiciones por causa de muerte el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante, en su párrafo 3.º establece una excepción en la que es subsumible el supuesto que nos ocupa, en tanto que dispone que «*toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día que dichas limitaciones desaparezcan*».

Pues bien, creada una situación de pendencia o indeterminación objetiva del *quantum* que definitivamente haya de corresponder a cada uno de los sucesores del causante delegante, parece coherente aplazar las liquidaciones del impuesto sucesorio hasta el momento en que las cuotas hereditarias se concreten y no hacer coincidir el devengo del impuesto con el momento del fallecimiento del causante. La solución, en su día propuesta para la tributación de los bienes adjudicados por el delegatario en ejercicio de la denominada facultad de mejorar, es aplicable, con mayor razón, en el caso de bienes que sean objeto de un testamento por comisario, pues en el momento del fallecimiento del causante atribuyente no es posible determinar cuáles de los bienes relictos integrarán el patrimonio de cada uno de sus sucesores, pendiendo esta decisión hasta el momento en que el comisario ejercite su potestad testatoria.

Frente a esta propuesta bien podría argumentarse que el artículo 8 del RISD ha restringido los supuestos de aplazamiento del devengo del impuesto a aquéllos casos en los que concurra una condición suspensiva en sentido estricto y, en el caso del artículo 141 de la LDCG/1995 —o, v.gr., del art. 831 del CC—, los sucesores *mortis causa* lo son desde el mismo momento en que fallece el causante delegatario, tratándose así de una situación equiparable a la de la herencia yacente pues se sabe quienes son los sucesores, pero no la porción en la que sucederán, sin que este hecho difiera el devengo del impuesto ni permita, de acuerdo con las normas tributarias, aplazar el pago del impuesto pues no se trata de un supuesto de causahabientes desconocidos (ex arts. 75 y 84 del RISD). Admitida esta crítica, sólo resta la opción de subsumir el supuesto que nos ocupa, a efectos tributarios, en el artículo 26 de la LISD, en el que se establecen las normas especiales para la tributación del derecho de usufructo, sustituciones, reservas, fideicomisos e «*instituciones sucesorias forales*» (126). La propuesta parece acertada para

(126) En este sentido, para el caso de todos los supuestos de herencias de confianza en los distintos Derechos Civiles Territoriales, aun sin pronunciarse expresamente sobre el supuesto que nos ocupa, por razones evidentes, BALLESTER GINER, E., *Derecho de Sucesiones. Aspecto civil y fiscal*, EDERSA, Madrid, 1988, pág. 338.

todos aquellos casos, que se me antojan frecuentes en el Derecho Civil propio de Galicia, en los que en el cónyuge comisario concurra también la condición de usufructuario universal de la herencia. Si esto no es así, la aplicación del artículo 26 de la LISD resulta más controvertida.

III. LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS ESPECIALES

En la Sección 4.^a del Capítulo II («De los testamentos») del Título X («De la sucesión por causa de muerte») de la LDCG/2006, bajo la rúbrica «*de las disposiciones testamentarias especiales*» e integrada por los artículos 203 a 208, se contienen una serie de previsiones acerca de la validez, o no, de determinadas disposiciones testamentarias, realizadas a favor de persona incierta, a favor de quien cuida al testador, bajo condición de cuidar y asistir al testador o a su familia, las que tienen por objeto bienes gananciales, así como la pérdida de eficacia, como regla general, de las que se hayan hecho a favor del cónyuge que, en el momento de abrirse la sucesión, se encuentre separado de hecho o judicialmente, haya sido declarado el divorcio o la nulidad matrimonial o se encuentre en tramitación cualquier procedimiento que tenga alguno de estos objetos: la separación, el divorcio o la nulidad matrimonial.

1. NULIDAD DE LA DISPOSICIÓN A FAVOR DE PERSONA INCIERTA

El apartado 1.º del artículo 203 de la LDCG/2006 sanciona con la nulidad de pleno derecho toda disposición testamentaria hecha a favor de persona incierta, exceptuándose del ámbito de aplicación de esta sanción el supuesto en el que, por algún evento, «*pueda resultar cierta*». El precepto es una reproducción literal del artículo 750 del Código Civil (con la salvedad de que la expresión codicial «*en favor de*», se ha sustituido por la más correcta desde la perspectiva gramatical de «*a favor de*»). Con estas previsiones se viene a significar que la validez y eficacia de la institución de heredero depende no sólo de la capacidad del instituido para suceder, sino también de la posibilidad de su identificación. A tenor de la referida previsión normativa, se exige que el heredero instituido esté identificado o sea identificable, ya sea nominativamente o por sus circunstancias, ya sea en el momento del otorgamiento o posteriormente debido a la concurrencia de algún evento. Como señala la STS de 2 de julio de 1977 [RJ 1977/3526], a propósito del artículo 750 del Código Civil, es preceptivo que por la designación se venga en conocimiento del heredero.

Con ello no se quiere decir, y así se considera generalmente en relación con el sistema codicial, que se instaure el principio formalista en la designa-

ción de heredero; sin perjuicio de que la disposición suponga mostrar cierta preferencia por la forma nominativa, que es la forma «normal» de designación en expresión de OSSORIO (127). No puede olvidarse que en el Código Civil, el artículo 772 prescribe que *«el testador designará al heredero por su nombre y apellidos, y cuando haya dos que los tengan iguales deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituido»*; pero tampoco que, de manera cónsona con la idea de que la designación nominativa es sólo una opción, el artículo 772, párrafo 2.º, del Código Civil declara que la omisión de nombre y apellidos no invalidan la institución en el caso de que el testador haga el nombramiento de modo que no pueda dudarse de quién se trata. En palabras de la STS de 4 de mayo de 1966 [RJ 1966/2290], *«tanto para instituir como para desheredar se requiere la designación nominativa de los herederos [...] sin que esta exigencia, como la doctrina científica advierte, suponga una consignación del nombre, sino simplemente una determinación clara, precisa y en todo caso individualizada, que notoriamente muestre cómo el designado fue contemplado singularmente al hacer la declaración de voluntad [...]»*.

En definitiva, tanto en el Derecho Civil propio de Galicia, como en el sistema codicial o en el Derecho Civil Territorial Común, la designación nominal del heredero o por circunstancias serán válidas en tanto determinen expresa y singularmente a la persona o personas designadas. Entre estas circunstancias que han sido admitidas por la jurisprudencia, en aplicación del Derecho Civil Territorial Común, pueden enunciarse las que siguen: la referencia a una profesión o puesto específico (SSTS de 21 de enero de 1895 [CL, núm. 33, pág. 116]; de 27 de junio de 1991 [RJ 1991, 4629], en la que se instituye a los *«servidores particulares»* de la testadora), al apodo del designado o a su nombre o diminutivo familiar (SSTS de 8 de junio de 1918 [JC 1918, núm. 107]; de 30 de enero de 1997 [RJ 1997/159]), a una cualidad o comportamiento que lo individualice (SSTS de 21 de diciembre de 1920 [JC 1920, núm. 147]; de 11 de junio de 1960 [RJ 1960/2583]). Mayores problemas es susceptible de provocar la designación de heredero según circunstancias o vínculos de parentesco y, en especial, el de *«cónyuge»*, en los supuestos en que varíe la situación matrimonial del testador sin que se modifique el testamento. Precisamente a este tipo de designación o institución viene a dar respuesta la disposición contenida en el artículo 208 de la LDCG/2006.

(127) OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, Ed. Comares, Granada, 2001 [reedic. de la de Madrid, IEP, 1957], pág. 158.

2. PÉRDIDA DE EFICACIA SOBREVENIDA DE LA DISPOSICIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE EN LOS CASOS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

De conformidad con el inciso primero del artículo 208 de la LDCG/2006, «salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones a favor del cónyuge no producirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a este fin». El segundo inciso del mismo precepto, precisa que aquellas disposiciones tampoco producirán efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges.

Este precepto viene a resolver, en parte, el problema suscitado por la eficacia de disposiciones testamentarias en el caso en que, de manera sobrevenida al otorgamiento del testamento en el que se contienen, los cónyuges se separen, de hecho o judicialmente, se divorcien o el matrimonio sea declarado nulo. La norma no constituye una singularidad en el panorama representado por los Derechos civiles territoriales comparados, pues el problema de que se ocupa ha sido regulado también, de forma similar, en el artículo 132 del CSCM de Cataluña, en virtud del cual se presumen revocadas, como regla general, las disposiciones ordenadas en favor del cónyuge en caso de nulidad, divorcio o separación posterior al otorgamiento (128).

En el sistema codicial, carente de una disposición similar a la que ahora comentamos, habrá de estarse a la interpretación del testamento realizada de conformidad con las reglas generales contempladas en el artículo 675 del Código Civil, en las que también se desplaza el centro de gravedad a la voluntad del testador, de manera que cobrará protagonismo esencial la prueba extrínseca como medio de interpretación en orden a deducir la voluntad del testador. La Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado, de 26 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 8541], a propósito de una disposición testamentaria realizada a favor del cónyuge, contiene algunas precisiones importantes; a saber (129): 1.^a) Del hecho de que la disposición en cuestión se refiera a «esposa» y añada el nombre y los apellidos de ésta, no puede concluirse que haya una clara expresión del motivo de la institución, pues pudiera interpretarse como un elemento más de identificación de la persona favorecida, aplicándose, por tanto, el artículo 767 del Código Civil. 2.^a) En orden a interpretar la verdadera voluntad del causante, no debe

(128) Vid. CASÁS VALLÉS, R., «Las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio (sobre el art. 132 del Código de Sucesiones de Cataluña)», en *ADC*, 1993-4, pág. 1747 y sigs.

(129) Puede verse el comentario de esta RDGRN en MESTRE RODRÍGUEZ, M. L., «Comentario a la RDGRN de 26 de noviembre de 1998», en *CCJC*, núm. 50, 1999, págs. 645 y sigs.

descartarse que la relación matrimonial y su persistencia se convierta en un presupuesto de la validez de la institución, debiendo realizarse esta interpretación con un criterio subjetivista, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica y haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios de prueba extrínsecos, o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta. 3.ª) Al apreciar la eficacia o ineficacia de la institución no debe valorarse la voluntad ulterior de mantener la institución por parte del causante, precisando especialmente que no siempre puede ser concluyente la mera inactividad del testador que no revoca la disposición.

La norma que ha establecido el legislador gallego supone que, como regla general, instituido el cónyuge como heredero en el testamento, o conteniéndose en el mismo disposiciones, patrimoniales o no (piénsese, v.gr., en objetos carentes de valor patrimonial, pero de valor afectivo, como pueden ser cartas, fotografías, recuerdos de familia, etc.), a su favor, éstas pierden sobrevenidamente su eficacia en el momento en que se produce la separación de hecho de los cónyuges o se interpone, por uno de ellos, la demanda instando la separación, el divorcio o la nulidad matrimonial, sin que se requiera que, en el momento de fallecimiento del cónyuge causante el procedimiento matrimonial, incoado con anterioridad, haya concluido. Aunque difícilmente se producirá en la práctica, la duda que plantea el precepto es la relativa al supuesto en que, pendiente un proceso matrimonial de nulidad en el momento de producirse la apertura de la sucesión del cónyuge disponente, este concluyese con desestimación de la demanda y el consiguiente mantenimiento del vínculo matrimonial, siempre que no hubiese una previa separación de hecho. El sentido y la finalidad de la norma se erigen en argumentos hermenéuticos decisivos en orden a argumentar la pérdida de oficio, aun en este caso, de la disposición. El tenor literal del precepto avala que la pérdida de ineficacia de las disposiciones testamentarias que nos ocupan se produzca por el mero hecho de haberse instado la adopción de las medidas provisionales a que se refiere el artículo 771 de la LECiv/2000. La excepción, que determina la persistencia de la eficacia de las disposiciones testamentarias realizadas a favor del cónyuge, se producirá en aquellos supuestos en los que las mismas se hagan sin atender al vínculo matrimonial o la convivencia y, por supuesto, en aquellos casos de disposiciones testamentarias realizadas en el momento en que ya se haya producido la separación de hecho o esté en curso el procedimiento matrimonial de que se trate.

En el caso de reconciliación de los cónyuges entre los que haya mediado una separación previa, no tiene lugar la aplicación de la sanción de ineficacia que contempla el artículo 208 de la LDCG/2006. De esta manera, la solución es similar a la que prevé el artículo 835 del Código Civil a propósito de los derechos legitimarios del cónyuge viudo. Este precepto del Código Civil

contempla la reconciliación —declaración de hecho bilateral y recíproca, que puede ser expresa o derivada de hechos concluyentes, con trascendencia social y familiar que exige la reanudación general de la vida en común— como un acto que permite a los cónyuges en trance de separación, conservar o recuperar —en el caso de que ya se haya producido la separación de hecho y antes de la sentencia de divorcio— sus recíprocos derechos sucesorios. Se ha suprimido, en virtud de la Ley 15/2005, de 8 de julio, la referencia al perdón, o voluntad unilateral de uno de los cónyuges que no requería la recuperación de la convivencia mediante, el que el cónyuge inocente podía evitar la pérdida de los derechos legitimarios de su consorte— y ello porque su virtualidad se explicaba en un sistema de separación basado en la culpa. En el caso de existencia de separación judicial —o en el caso de que ésta esté *sub iudice*—, la reconciliación la deja sin efecto, si bien los cónyuges la habrán de poner en conocimiento del Juez que conozca o haya conocido del caso (ex art. 84.I del CC) y hacerla constar en el RC (art. 76 de la LRC) para que pueda oponerse a los demás interesados en la herencia (130).

Se echa en falta en la Ley gallega de 2006 una previsión específica respecto de la pérdida de la condición de legitimario del cónyuge supérstite que, en el momento de abrirse la sucesión del causante se encontrase en alguna de las situaciones contempladas en su artículo 208. Pese a ello debe defenderse la aplicación y la extensión de la privación de la legítima que le corresponde ex artículos 253 y 254 de la LDCG/2006, en función de si concurre, o no, a la herencia con descendientes del causante.

En el caso de la sucesión intestada —no regulada en estos aspectos por la LDCG/2006, debiendo remitirnos entonces a las previsiones codiciales, como resulta de lo dispuesto en el art. 267 LDCG—, ha de tenerse en cuenta que, la previsión del legislador gallego para el supuesto de sucesión testada en el caso de cónyuges separados de hecho, se cohonesta con la que resulta, para el supuesto de los derechos del cónyuge supérstite en la sucesión intestada, de lo dispuesto en el artículo 945 del Código Civil, en la redacción que le ha dado la Ley 15/2005, de 8 de julio y a tenor del cual, no tiene lugar el llamamiento a favor del cónyuge supérstite, en el caso de ausencia de descendientes y descendientes, si media separación de hecho o judicial entre los cónyuges.

(130) Vid. BUSTO LAGO, J. M., «Comentario del artículo 835 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil* (R. Bervovitz, Dir.), *op. cit.* (2.ª edic.), pág. 1026.

3. LA DISPOSICIÓN A FAVOR DE QUIEN CUIDE AL TESTADOR Y LA HECHA BAJO ESTA CONDICIÓN

A) *La disposición a favor de quien cuida al testador*

El apartado 2.º del artículo 203 de la LDCG/2006 contempla expresamente la validez de la disposición testamentaria realizada «a favor de quien cuida al testador». En puridad el precepto contempla el caso de disposición testamentaria realizada a favor de una persona indeterminada en el momento en que se realiza y que habrá determinarse en el momento de apertura de la sucesión en atención a la persona que haya cuidado al testador. Las dificultades que puede presentar la determinación de la identidad de la persona que ha cuidado al testador, entendiéndose por ésta aquella que la haya asistido no sólo desde la perspectiva material, sino especialmente afectiva durante su vejez o enfermedad, son evidentes. Acaso consciente de ello, el legislador gallego, en el inciso segundo del referido precepto, prevé expresamente la posibilidad de que el propio testador establezca las previsiones respecto a cómo ha de determinarse la identidad de la persona que ha cuidado al testador, abriendo al tiempo la posibilidad de que sean varias —«persona o personas»—, de modo que ha de admitirse que aunque la disposición por el testador lo haya sido en singular, finalmente revierta en una pluralidad de sujetos; y previendo subsidiariamente la atribución *ex lege* a favor del denominado «testamenteiro» en la versión en gallego de la Ley (131) y «testamentero», en su versión en castellano, desconociéndose así la que sería traducción adecuada que no es otra que la de «albacea» (132). Repárese a estos efectos en la institución del «testamenteiro» que se regula en los artículos 2.320 a 2.334 del *Código Civil portugués* de 1966. La remisión de esta atribución al «testamentero»/albacea resulta adecuada si se repara en que el albacea es el ejecutor del testamento nombrado por el testador y sobre la base de una especial confianza en él depositada (ex art. 911 del CC). Al albacea le corresponde disponer los sufragios y funerales del causante; vigilar y velar por la ejecución del testamento; entregar los legados, cuando menos los pecuniarios; defender la validez del testamento y tomar las medidas

(131) De conformidad con la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia Galega, «testamenteiro -a: s. m. Persoa que o testador designa para que se encargase de facer cumprilo seu testamento».

(132) Se recupera así el clásico término de «testamentero» (Título 19, Libro 10 de la *Novísima Recopilación*), como persona encargada de cumplir la voluntad del testador. DOMINGO DE MORATÓ diferenciaba al *testamentero* del *comisario* precisamente en que éste era el encargado de *manifestar* la voluntad del causante, mientras que el primero era el encargado de *cumplirla* (cfr. DOMINGO DE MORATÓ, D. R., «El Derecho Civil español con las correspondencias del romano», *op. cit.*, pág. 200). El Código Civil utiliza el término «testamentario» como sinónimo de «albacea», como resulta, con toda nitidez, del título de la Sección 11.ª, del Capítulo II, del Libro III, «De los albaceas o testamentarios».

necesarias para la conservación y custodia de los bienes. En el caso de que el testador así lo prevea, le serán atribuidas además, las facultades de ejecución personal del testamento, administrar los bienes entretanto no los entregue a los herederos, representar a la herencia, partirla y distribuirla —el art. 249.2 de la LDCG/2006, contempla la posibilidad de que el causante faculte al «*testamentero*» —*rectius*, «*testamentario*»— para pagar la legítima, en cuyo caso los legitimarios podrán exigir la formación de inventario, con valoración de los bienes de la herencia y protocolización notarial—. Dicho de otro modo, el albacea habrá de llevar a término la voluntad *mortis causa* del testador expresada en el testamento, en la que han de reconocerse tanto las directrices como los límites por los que habrá de regirse su actuación. Como manifestó el TS en sentencia de 13 de abril de 1992 [RJ 1992/3103], «*el albaceazgo es un cargo especial testamentario en el que predominan las funciones tuitivas y gestoras amplias y tiende a la ejecución de la voluntad del de cuius designante, reflejada en correspondiente testamento, como plan y proyecto que sujeta su actuación, para culminar la testamentaria y en la mayoría de los supuestos, con funciones acumuladas de contadores-partidores, con la liquidación, división y adjudicación de los bienes a los coherederos y sucesores; concurriendo en el mismo las características de ser un cargo de confianza entre su causante y su ejecutor [...]*».

B) *La disposición bajo condición de cuidar y asistir al testador*

Distinto del supuesto contemplado en el epígrafe anterior, cuyo objeto está constituido por una designación indeterminada en el momento de ser realizada, es el acogido en el artículo 204 de la LDCG/2006, en el que afirma la validez de la disposición o de la institución realizada a favor de persona determinada, pero sometida a «*la condición de cuidar y asistir al testador, sus ascendientes, descendientes o cónyuge*».

Resulta dudosa la calificación jurídica que haya de merecer la estipulación testamentaria realizada en virtud de la que se instituye o se dispone bajo la condición o modo de asistir y cuidar al testador —o, en su caso, a su familia—, pues si bien la jurisprudencia del TS ha calificado tradicionalmente como obligaciones *sub modo* las de «*asistir y cuidar al testador y funerarle*» (STS de 2 de enero de 1928 [JC T. 180, § 4]), «*asistir al testador y a ciertos de sus parientes hasta su fallecimiento, funerarlos y pagar sus deudas*» (STS de 13 de noviembre de 1929 [JC T. 191, § 32]), «*estar en su compañía, cuidándoles y atendéndoles, hasta la muerte del testador y de su esposa*» (STS de 18 de diciembre de 1953 [RJ 1954/675]), «*la de mantener a sus padres mientras viviesen, sanos o enfermos, siempre que trabajasen y ayudasen, al heredero, en el negocio de panadería y comercio que tenía la testadora mien-*

tras pudiesen» (STS de 9 de junio de 1971 [RJ 1971/3158]) (132 bis); en la más reciente de las Sentencias en la que se ha pronunciado acerca de la naturaleza jurídica de tales previsiones testamentarias, la de 9 de mayo de 1990 [RJ 1990/3696], el TS califica como condición suspensiva —además de positiva y potestativa— la de atender «*al cuidado y asistencia de la testadora hasta su fallecimiento, y la obligación de abonar los gastos de entierro y funerales*».

En puridad, desde la perspectiva dogmática quizá lo correcto sería diferenciar en la estipulación testamentaria que nos ocupa una condición potestativa y una carga modal. La condición consiste en el cuidado y convivencia con el testador hasta el momento de su fallecimiento, en tanto que se trata de un acto anterior al momento en que se causa la herencia que suspendería la efectividad de la institución en tanto no sea apreciado su cumplimiento. Por el contrario, la obligación de cuidar a la viuda del testador es una actividad que se realiza después del momento de la muerte del causante, en tanto que ésta le sobrevivió y la efectiva realización de la misma se vincula a la previa eficacia de la institución, pues mal podría el instituido tenerla en su compañía en la casa petrucial y cuidarla en ella si no le fuese atribuida. Así, si se comparte el criterio de la STS de 18 de diciembre de 1965 [RJ 1965/5898], «*el modo implica, siempre, una actividad del sujeto a realizar después de la muerte del causante*». Sin embargo, como se ha visto, el TS parece aceptar que el gravamen pueda imponerse para ser cumplido en vida del instituyente, especialmente en los casos en los que consiste en la obligación de cuidar y atender en sus necesidades al propio causante hasta que fallezca.

Por otra parte, ha de ponerse de manifiesto que, superadas algunas opiniones divergentes, parece que nada obsta el establecimiento de cargas modales en beneficio de una tercera persona determinada —en este caso, la viuda del testador— (133). En particular, tratándose de la «carga» de cuidar a la viuda del testador y de tenerla en su compañía, ni siquiera si se mantiene la opinión contraria puede dejar de considerarse como un «modo», pues no puede hablarse de *legado* —en efecto, la tesis negadora de la posibilidad de la existencia de un modo a favor de persona determinada o determinable afirma la existencia de un *legado* en estos casos— de alimentos al faltar la institución que traiga causa del testador. Por último, no ha de olvidarse que en la duda acerca de la calificación como carga modal o condición, el Código Civil establece la presunción de que se trata de modo y no de condición (ex art. 797 del CC).

(132 bis) Doctrina jurisprudencial acogida, v.gr., por la SAP de Asturias, Sección 7.ª, de 4 de septiembre de 2003 [JUR 2004/47199].

(133) TORRALBA SORIANO, V. O., *El modo en el Derecho Civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1967, págs. 183 y 236.

En todo caso, aunque es obvio que la calificación como condición o como modo implica importantes consecuencias pues su régimen jurídico es diverso —suele decirse que la *condición* suspende pero no constriñe, mientras que el *modo* constriñe pero no suspende—, en el caso y a los efectos que nos ocupan la importancia de la calificación se eclipsa en tanto que jurisprudencia (ya desde la STS de 5 de diciembre de 1865; también expresamente la STS de 3 de junio de 1967 [RJ 1967/3267]) y doctrina consideran que el párrafo 2.º del artículo 798 del Código Civil es aplicable tanto a las obligaciones modales testamentarias como a las condiciones: «*Cuando el interesado en que se cumpla, o no, impidiere su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará cumplida la condición*» (134). El precepto, aun en sede de obligaciones testamentarias *sub modo*, habla de «condición» y establece un supuesto de lo que ha dado en llamarse cumplimiento *ficcionario* de la condición o del modo: casos en los que éstos pueden entenderse cumplidos y, por lo tanto, la institución desplegar sus efectos, aun sin haberse realizado objetivamente el hecho establecido como condición o como modo por causa no imputable al heredero.

También en el supuesto que contempla el artículo 204 de la LDCG/2006, una de las principales dificultades que suele presentarse es la de determinar si se ha cumplido o no la «condición» que constituye su objeto de regulación y también en este caso, se contempla la atribución de la facultad de la determinación del cumplimiento a favor del «*testamentario*» —o albacea— si se ha designado.

En la jurisprudencia que ha aplicado el artículo 798.II del Código Civil se observa una tendencia ininterrumpida en el sentido de entender cumplida la condición o el modo aun cuando objetiva o fácticamente no haya sido así por causa no imputable al obligado (son supuestos en los que el modo se considera cumplido en aplicación del art. 798.II del CC), aun sin que tenga lugar la realización efectiva del mismo; y ello con independencia de que esta disposición haya de interpretarse de acuerdo con el principio *favor debitoris* (135). Sirvan como ejemplos paradigmáticos de esta doctrina jurisprudencial los que seguidamente son objeto de elenco:

1.ª) En la *sentencia de 2 de enero de 1928 [JC T. 180, § 4]*, el TS consideró cumplida la obligación modal impuesta a la heredera consistente en «*cuidar y asistir al testador, con verdadero afecto, en todas sus enfermedades*»

(134) OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, op. cit., pág. 169; TORRALBA SORIANO, *El modo en el Derecho Civil*, op. cit., pág. 236; ALBALADEJO, «De la institución de heredero y del legado condicional o a término», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. X, Vol. 2, EDERSA, Madrid, 1984, pág. 401; LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones*, J. M.ª Bosch Ed., Barcelona, 1993 [5.ª edic.], pág. 285.

(135) En este sentido, LUNA SERRANO, «Disciplina del modo testamentario imposible», en *ADC*, 1968-I, pág. 131.

des y, una vez ocurrido su fallecimiento, funerarle con arreglo a su estado y posición social», aplicando el artículo 798 del Código Civil cuando era evidente que la heredera no cumplió tales cargas, puesto que en el momento de la enfermedad y posterior fallecimiento del causante vivía en América.

2.^a) En la *sentencia de 13 de noviembre de 1929 [JC T. 191, § 32]*, el TS consideró que la existencia de pleitos entre el instituido y los beneficiados por la obligación modal, que incluso habían sido desahuciados de la vivienda que habitaban, no eran suficientes para entender incumplida la obligación modal impuesta al heredero consistente en «*asistir a la testadora, a su hermana Manuela, y a su cuñado Eustasio F., en todas sus necesidades hasta el fallecimiento de los tres, funerándolos con arreglo a su condición y pagando todas sus deudas*».

3.^a) La *sentencia de 18 de diciembre de 1953 [RJ 1954/675]* resuelve el supuesto planteado como consecuencia de que la viuda del testador contrajese nuevas nupcias y abandonase el hogar en el que convivía con su sobrina, instituida heredera si bien gravada con la carga modal de que estuviese en compañía del testador y de su viuda, asistiendo a ambos hasta su muerte. El TS entendió cumplida la obligación impuesta a la heredera que había convivido con el testador hasta su fallecimiento y con la viuda de éste hasta cuatro días antes de que contrajese nuevas nupcias y dejaran de vivir juntas tía y sobrina al abandonar aquélla el hogar que compartían para ir a vivir al nuevo hogar conyugal junto con la sobrina de su nuevo marido.

4.^a) En la *sentencia del TS de 9 de junio de 1971 [RJ 1971/3158]*, se declara que, en aplicación del artículo 798 del Código Civil, hecha imposible la convivencia entre el gravado y los beneficiados por la obligación modal, se entiende cumplida ésta, consistente en «*mantener a sus padres mientras viviesen, sanos o enfermos, siempre que trabajasen y le ayudasen, al heredero, en el negocio de panadería y comercio que tenía la testadora mientras pudiesen*», por el hecho de que el instituido pasase a los beneficiarios una pensión en metálico. La naturaleza de institución con cláusula modal atribuida a aquéllas determina que su incumplimiento no provoque la ineficacia de la institución, sino la posibilidad de exigir su cumplimiento coactivamente, bien en los mismos términos en los que se ha establecido, bien en otros similares, en virtud de lo preceptuado en el artículo 798 del Código Civil.

5.^a) La *STS de 10 de mayo de 1991 [RJ 1991/9815]* consideró viable el cumplimiento de la obligación modal de modo análogo o equivalente al querido por el testador en un supuesto en el que el cumplimiento de aquélla en sus propios términos había devenido imposible sin culpa de la Congregación instituida heredera (en similar sentido se había pronunciado la STS de 9 de febrero de 1948 [RJ 1948/275], en un caso en el que la testadora creaba una fundación benéfica a favor de una determinada Congregación, imponiendo a ésta la realización de determinadas labores de enseñanza, siendo asumi-

da ésta, calificada como obligación *sub modo* por una de las dos ramas de aquella Congregación).

6.^a) Pero acaso la más importante resolución de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la materia que nos ocupa es la constituida por la *sentencia de 9 de mayo de 1990 [RJ 1990/3696]*. Los hechos que dan lugar a esta STS son los siguientes: *a*) El proceso trae causa del testamento otorgado el día 25 de noviembre de 1977 ante el Notario de Corcubión, por doña Melania L. L., en el que, entre otras cláusulas, figuran las que literalmente dicen: «Segunda.—Mejora a su nieto Manuel S. S., hijo de su hija Ramona, en el tercio de este nombre, y lo instituye heredero en el de libre disposición; bajo condición de que atienda al cuidado y asistencia de la testadora hasta su fallecimiento, y la obligación de abonar los gastos de entierro y funerales. Tercera.—En el remanente instituye herederas por partes iguales a sus dos expresadas hijas, con sustitución a favor de sus descendientes respetivos por estirpes». *b*) Doña Melania falleció y fue enterrada en Dumbría, siendo atendida por su hija Ramona en su propia casa durante los últimos días, donde falleció, por lo que, entendiéndose ésta y su hermana que no se cumplió la condición expresada en el testamento, presentaron demanda cuyo suplico contiene la petición de que se declare nula, sin valor ni eficacia jurídica alguna, la cláusula segunda, dado el incumplimiento por parte del demandado Manuel S. S. allí mejorado y legatario, y que se le condene a que reconozca, acate y consienta, en virtud de tal nulidad, pérdida de valor e ineficacia de tal cláusula, que las únicas herederas de la causante son sus hijas, las actoras doña Dolores y doña Ramona S. L. *c*) El Juzgado desestimó la demanda por entender cumplida la condición, y la sentencia confirmatoria que dictó la Audiencia en apelación se impugna».

EL TS consideró que no había lugar al recurso de casación interpuesto fundamentalmente en atención a que la condición de atender y cuidar a la testadora hasta su fallecimiento no se cumplió y, *«como se trata de una condición potestativa cuya introducción en el negocio testamentario permite el artículo 790 del Código Civil y es exigible su cumplimiento para adquirir el derecho, al fallar la condición los derechos hereditarios corresponden a las hijas. Para decidir la cuestión, se tuvo en cuenta que el testamento, como negocio jurídico o declaración de voluntad no recepticia, y mortis causa, no despliega su eficacia hasta que la sucesión se abre, y cuando, como en este caso, la voluntad del causante se subordina al cumplimiento de una condición, es preciso analizarla. Su lectura revela que se trata de condición suspensiva, que impide adquirir el derecho si no se cumple, y que consiste en hechos pasados, puesto que han de tener existencia antes de que el testamento despliegue su eficacia. Además es potestativa, puesto que su cumplimiento depende de la voluntad de la persona del favorecido bajo condición (también de la voluntad de la causante). Así pues, siendo potestativa y de hechos*

pasados, naturalmente ha de conocerla el obligado a cumplirla para que su voluntad pueda determinar el cumplimiento. El Código prevé la hipótesis de condición suspensiva consistente en hechos posteriores a la muerte del causante y, además, potestativas (art. 795), pero no contempla la condición suspensiva potestativa de hechos pasados. Por ello, en el caso de autos, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 798, conforme al cual si el interesado en que se cumpla, que lo es, se presume, la causante, por propia voluntad cambia su domicilio, no por ello ha de entenderse que no se ha cumplido la condición, pues es él quien lo impidió y habrá de tenerse por cumplida y, por tanto, subsistente la disposición de bienes condicional, que, como bien dice la sentencia recurrida en calidad de obiter dicta, de haber querido la causante que perdiera eficacia habría revocado el testamento con otro posterior. Si la interesada en que no se cumpla, que son, también se presume, las hijas recurrentes, con su conducta produjeron el incumplimiento, también ha de tenerse por cumplida según el repetido artículo 798. Es la correcta conclusión, la obtenida por las sentencias de instancia, acorde con la doctrina tradicional, con la declaración testamentaria en la que se advierte concordancia entre la voluntad expresa de la testadora y con la voluntad tácita que se desprende del mantenimiento del testamento. También con los hechos probados e indiscutidos de que el nieto cuidó de la abuela mientras ésta quiso» (FD 3.º).

De esta sentencia resulta, por lo tanto, que *en los supuestos de incumplimiento de la condición* —y lo mismo cabe decir, con mayor razón respecto al modo, pues en este caso el art. 798 del CC no se aplica analógicamente, sino que es, precisamente, el caso que contempla— *sin culpa ni hecho propio del heredero, sino por haberlo impedido el testador u otros sujetos distintos* —en el caso que resuelve la STS de 9 de mayo de 1990, otras hijas instituidas en el remanente de la herencia y en el nuestro la conducta de la viuda sobre la que recaía el modo al que estaba obligado el instituido—, *debe admitirse el cumplimiento ficticio o legal a favor del heredero condicional*. La ausencia de culpa del gravado —que engloba tanto el caso fortuito como el incumplimiento imposible por hecho de un tercero— es el presupuesto de aplicación del artículo 798 del Código Civil, bien a efectos de posibilitar el cumplimiento análogo, bien el cumplimiento *ficticio*. Por otra parte, el llamado «*cumplimiento ficticio*» es aplicable tanto a la obligación condicional como a la simplemente modal y a la misma conclusión que la que acaba de enunciarse se llega por aplicación del artículo 1.119 del Código Civil previsto para los casos de incumplimiento de la condición imputable al obligado (136). En

(136) ALBALADEJO, M., «Comentario de los artículos 795 y 796 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. X, Vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1984, pág. 469.

relación con éste, la STS de 23 de mayo de 1996 [RJ 1996/4006] ha precisado que no hay que probar ningún tipo de conducta maliciosa no negligente, siendo suficiente que la conducta del demandado haya dado lugar a que no se pueda cumplir la condición.

En la doctrina este pronunciamiento del TS, últimamente citado, ha convalidado un apoyo generalizado. El único escrúpulo doctrinal que se le ha puesto se deriva de la aplicación analógica del artículo 798 del Código Civil a un caso como el que resuelve en el que es el propio testador el que impide voluntariamente el cumplimiento de la condición por él impuesta (137). Escrúpulo que desaparece completamente en nuestro caso: el testador convive con el beneficiario obligado y éste cumple con su obligación de asistencia hasta el momento de su fallecimiento. Tras éste continúa viviendo y cuidando a la viuda del testador hasta que ésta decide, por su voluntad trasladarse a casa de sus parientes de sangre. Esta voluntad resulta incontrolable por el obligado y ni siquiera puede decirse que esté obligado a evitarlo, pudiendo en su caso, transformarse su carga modal en una obligación distinta —quizá de alimentos, si los necesitase— si es que, pongo por caso, la convivencia fuese difícil, como ha admitido el TS en casos similares ya enunciados (en particular el contemplado por la STS de 9 de junio de 1971 [RJ 1971/3158]).

En esta misma línea jurisprudencial, claramente favorable a considerar cumplida la condición —o el modo— cuando la causa del incumplimiento no sea imputable al obligado, se sitúa la STS de 18 de diciembre de 1965 [RJ 1965/5898]. En ella se ventilaba el cumplimiento o no de la condición impuesta por la testadora a su nieta para la eficacia del legado de una casa, de manera que incumpléndose aquélla, éste se reduciría a la mitad, acreciendo a la heredera universal. La condición consistía en la obligación de «*servir a la testadora en todas sus necesidades, tanto en caso de salud como de enfermedad y conviviendo con ella, sirviéndola personalmente*». La condición resultaba dudosamente cumplida, en tanto que fue puesta en el testamento otorgado el día uno de agosto de 1958, residiendo la testadora en un municipio de Mallorca, mientras la nieta beneficiaria residía en Nantes. El día 28 de agosto de 1958, la nieta se desplaza al lugar de residencia de la abuela testadora, de manera que falleciendo ésta pocos días después, el 8 de septiembre de 1958, la nieta está presente cuidándola en su última enfermedad. Consta la voluntad de la testadora de retornar a Francia y ser éste el sentido de aquella previsión, pues así podría ser atendida por la nieta beneficiaria, el TS entiende cumplida la condición, que sólo se cumplió formalmente pero por causas temporales no imputables al beneficiario.

(137) GORDILLO CAÑAS, A., «Testamento: institución condicional de heredero. Modo testamentario (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1990)», en *CCJC*, núm. 23, 1990, pág. 638 [§ 609].

Frente a este elenco de SSTS de las que se extrae sin lugar a dudas aquel principio favorable a entender cumplida la condición o la carga modal impuesta al instituido cuando el incumplimiento de ésta no sea imputable a un comportamiento culposo suyo (esto es, lo ocurrido en el caso resuelto por la STS de 20 de febrero de 1928 [JC T. 181, § 91]: se trataba de un legado realizado a favor de la sirvienta bajo la condición/modo —el TS no entra en el análisis de esta cuestión— de que ésta continuase mientras viva al servicio doméstico del testador y del hermano de éste que con él convivía y les cuidase a ambos y siempre que les sobreviviese. Fallecido el testador, la sirvienta abandona la casa. Se discute en el caso la razón de este abandono, entendiendo que se debió a la intención de la gravada de casarse con el hermano superviviente del testador, reclamando a éste el pago de los servicios prestados al finalizar el contrato de trabajo que les vinculaba; o en la STS de 27 de noviembre de 1972 [RJ 1972/4663], en la que se considera probado que no se cumplió el modo consistente en cuidar a un hermano incapaz del legatario e hijo del testador), pueden encontrarse algunas resoluciones en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en las que se entiende incumplida la condición testamentaria de convivencia con el causante. En ese grupo de pronunciamientos puede resultar paradigmático el realizado por la SAP de Asturias, de 15 de febrero de 1993 [AC 1993/671]. En ella se entiende incumplida la condición impuesta por el testador al instituido que consistía en vivir en su compañía hasta el momento del fallecimiento de aquél. Declarado probado que el instituido abandonó por su propia voluntad el domicilio que compartía con el testador y que éste murió solo, la condición es claro que se ha incumplido por un comportamiento sólo imputable al beneficiario. Sin embargo, en aquellos casos en los que el incumplimiento de la condición de vivir en la casa y en compañía del otorgante se incumple por causas no imputables al instituido gravado no puede entenderse incumplido el deber impuesto. Así lo razona adecuadamente, v.gr., la SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) de 16 de mayo de 2001 [AC 2001/1865], en un supuesto en el que aquella obligación se imponía al legatario, nieto del testador, en beneficio del propio otorgante, de su esposa y de la madre del beneficiario. En ella se declara que el hecho, motivado por las necesidades que mueven a la emigración, de que durante un periodo de tiempo aquella convivencia exigida no tuviese lugar no determina el incumplimiento de la condición impuesta.

En el caso de asistencia prestada por varias personas simultáneamente y en defecto de previsión testamentaria, la atribución se hará por iguales partes (art. 765 CC) (137 bis). En el caso de cumplimiento por uno sólo de los llamados, la SAP de A Coruña, Sección 6.ª, de 5 de mayo de 2006

(137 bis) Sobre la compatibilidad de los cuidados prestados por los dos llamados, vid. SAP A Coruña, Sección 3.ª, de 5 de mayo de 2006 [JUR 2006, 162403].

[JUR 2006, 132402] aplicó el régimen propio de las obligaciones solidarias (137 ter), desconociendo la cuestión de si estamos en presencia de una condición o de una institución «submodo».

4. LA DISPOSICIÓN DE UN BIEN GANANCIAL

Los artículos 205, 206 y 207 de la LDCG/2006 regulan la validez y eficacia de las disposiciones testamentarias que tengan por objeto un bien de naturaleza ganancial. La primera precisión que se introduce es acaso la más relevante, pues permite la disposición con eficacia *mortis causa* de un bien ganancial —para determinarla habrá de estarse a las normas contempladas en los arts. 1.347 y sigs. del CC y 178.1 de la LDCG/2006, en el que se atribuye este carácter a los bienes donados a los cónyuges por razón del matrimonio realizada sin designación de partes— tanto si el objeto de disposición es la cotitularidad o copropiedad sobre el mismo, transformándose en este caso, la ganancialidad en una comunidad ordinaria, como si lo es el valor que sobre el mismo representa el derecho del disponente como integrante de la sociedad ganancial. Esta idea se expresa del modo que sigue: «*La disposición testamentaria de un bien ganancial podrá realizarse como de cosa ganancial o como del derecho que al testador le corresponda en el mismo*» (art. 205.1 de la LDCG).

En el sistema codicial, el artículo 1.379 del Código Civil establece que cada cónyuge podrá disponer por testamento de la mitad de sus bienes gananciales, como una disposición genérica de los bienes gananciales que existan en la sociedad en el momento de la muerte del testador, como bienes que integran, en este momento, la denominada comunidad postganancial que surge tras la disolución de la sociedad de gananciales y que se extinguirá con su liquidación y adjudicación de la mitad de los bienes y derechos gananciales concretos, que constituyan el activo neto del consorcio, al cónyuge supérstite y a la herencia del difunto, determinándose entonces los bienes gananciales concretos que serán adjudicados al beneficiado por la disposición testamentaria de «*la mitad de los gananciales*». En realidad, de lo que puede disponer cada cónyuge por testamento no es de la mitad de los bienes que integran la sociedad ganancial, refiriendo el acto de disposición a los mismos bienes, sino de su parte en el patrimonio ganancial, que es lo que corresponda a su liquidación, una vez deducido el pasivo (138). Entonces, la disposición de la

(137 ter) Vid. la fundada crítica a esta solución en RUEDA PÉREZ, J. M.^a, «Comentario de los artículos 203 y 204 LOCG», en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, T. I, págs. 288 a 290.

(138) En este sentido, PRETEL SERRANO, J. M.^a, «Comentario al artículo 1.379 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 723.

mitad de los bienes gananciales es también válida y eficaz con arreglo al sistema codicial, siempre que en la liquidación de la sociedad de gananciales exista activo o, lo que es lo mismo, existan bienes gananciales partibles.

El apartado 2.º de este precepto de la LDCG/2006, antes referido, aclara que, en caso de duda, se entenderá que la disposición realizada lo es del derecho que al testador disponente le corresponde en el bien ganancial, de manera que esta es la regla general. El establecimiento de esta regla general se compadece con la prevista en el artículo 864 del Código Civil, a tenor del cual cuando el testador tenga sólo un derecho o una parte en la cosa legada, se entenderá limitado el legado a esta parte o derecho, a menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero.

A su vez, el artículo 206 de la LDCG/2006 prescribe que cuando el testador disponga por entero de un bien ganancial habrá de hacerse constar expresamente este carácter, supeditándose la eficacia de esta disposición que abarca la totalidad del bien a que éste sea adjudicado a la herencia del testador en la liquidación de la sociedad ganancial (138 bis). En caso contrario, esto es, en el caso de que el bien sea adjudicado en la liquidación al otro cónyuge, se entenderá que se ha legado el valor que tuviera el bien en el momento de fallecimiento del testador. La disposición es una transcripción, con alguna precisión poco trascendente, del artículo 1.380 del Código Civil. En efecto, aunque en el momento de otorgar el testamento, vigente la sociedad ganancial, la regla general prescribe que la disposición de los bienes gananciales deba realizarse conjuntamente, siendo nulos los actos dispositivos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges (*ex art. 1.378 del CC*), el artículo 1.380 del Código Civil introduce una excepción a esa general, admitiendo expresamente la disposición testamentaria, por uno de los cónyuges, de bienes gananciales concretos. De esta manera, la cláusula testamentaria donde se ordene un legado no es nula en atención al carácter de ganancial del objeto del legado. También se admite en el sistema codicial la validez y la eficacia del legado de cosa ganancial ordenado por ambos cónyuges y ello sobre el argumento constituido por que la ley permite la disolución y liquidación convencional de la sociedad de gananciales en vida de ambos cónyuges, de modo que, de acuerdo con el Código Civil, estos pactos son válidos y eficaces. En el ámbito del Derecho Civil, propio de Galicia, puede ser una disposición contenida en un testamento mancomunado y también, como ya hemos visto, el contenido de una adjudicación realizada por el comisario (art. 200.2 de la LDCG/2006). Esta es, además una previsión expresa de la LDCG/2006. El artículo 207.2.2.º de dicha norma general es-

(138 bis) La satisfacción del carácter expreso del legado de cosa ganancial por entero requiere que la voluntad del legatario sea clara en este sentido: *vid.* FERNÁNDEZ-CASQUEIRO DOMÍNGUEZ, C. M., «Comentario de los artículos 205 a 208 LDCG», en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, T. I., *op. cit.*, pág. 306.

tablece que la disposición de un bien ganancial se entenderá referida no a la mitad de su valor, sino a la mitad indivisa del mismo —se dispone y el atribuyente adquiere la copropiedad sobre el bien o la cotitularidad sobre el derecho objeto de disposición—, en aquellos casos en los que ambos cónyuges hubieran realizado la disposición de forma coincidente y ambas herencias estuvieran deferidas. Esta previsión ha de entenderse poniéndola en relación con la regla general enunciada en el artículo 207.1 LDCG/2006, a tenor de la cual, cuando se adjudica o lega el derecho que corresponde al testador en un bien ganancial, la disposición se entenderá —referida sólo a la mitad de su valor: o lo que es lo mismo, se cumplirá por equivalencia, frente al cumplimiento en forma específica, a través de la entrega de la mitad indivisa en los dos supuestos enunciados en su apartado 2.º, como excepciones a la regla general (138 ter).

El legado de cosa ganancial puede quedar sin efecto si el testador y su cónyuge enajenan el bien legado por cualquier causa o si éste perezca, vigente la sociedad ganancial (*ex arts.* 869.2 y 869.3 del CC). En el caso el bien legado permanece en el patrimonio conyugal a la muerte del testador, formando parte del activo de la comunidad postganancial disuelta como consecuencia de aquel óbito, el problema que surge consiste en establecer si la disposición del testador es vinculante a la hora de liquidar y repartir el activo neto de la sociedad de gananciales, de manera que deba adjudicarse necesariamente a la herencia del testador para que su disposición pueda cumplirse en los exactos términos señalados por éste.

En el sistema del Código Civil, la mayor parte de los autores consideran que la disposición del testador es vinculante para sus herederos, tanto si se trata de herederos voluntarios como de «herederos forzosos», siempre y cuando no perjudique las legítimas de estos últimos; si bien no es vinculante para el cónyuge viudo (139). Los herederos forman parte de la comunidad postganancial por derecho sucesorio y su derecho a que la mitad del remanente neto ganancial se integre en la herencia del difunto, es un derecho sucesorio; en cambio, el cónyuge viudo forma parte de la comunidad postganancial por derecho propio y su derecho a la mitad del remanente neto ganancial es un derecho propio. Los herederos deben pasar por los actos que realizó su causante en vida, salvo que tales actos perjudiquen su legítima; en cambio el cónyuge viudo no tiene ninguna obligación, en su condición de tal, de respetar lo que su difunto consorte estableció en su testamento en relación con los bienes gananciales. De este modo, si el cónyuge viudo desea cumplir la

(138 ter) Vid. FERNÁNDEZ-CASQUEIRO DOMÍNGUEZ, C. M., «Comentario de los artículos 205 a 208 LDCG», *op. cit.*, pág. 307.

(139) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La liquidación de la sociedad de gananciales (Doctrina y Jurisprudencia)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 85.

voluntad del testador, los herederos no podrán negarse a que el bien legado sea adjudicado a su herencia; en cambio, el cónyuge viudo puede solicitar que el bien se incluya en su lote, lo que se producirá, en todo caso, si sobre el bien legado ostenta un derecho de atribución preferente (*ex art. 1.406*) o si invoca el respeto a la igualdad cualitativa de los lotes (art. 1.061 del CC, en relación con el art. 1.401, también del CC), pues aunque la jurisprudencia haya sostenido que el principio de la igualdad cualitativa de los lotes a que alude el artículo 1.061 del Código Civil tiene el carácter de «*recomendación subordinada a la posibilidad de cumplirla*» (STS de 23 de junio de 1998 [RJ 1998/4745]) y ha puesto de manifiesto su carácter «*más bien facultativo y orientativo que de imperativa observancia*» (sentencias del TS de 7 de enero de 1991 [RJ 1991/110] y de 15 de marzo de 1995 [RJ 1995/2654]) (140), no parece razonable imponer la disposición testamentaria de uno de los cónyuges sobre la voluntad del otro, recibiendo éste un lote donde falten determinado tipo de bienes (141).

En ausencia de aceptación del cónyuge superviviente o de los herederos de éste —en cuyo caso, esto es, de concurrir, la disposición se entenderá referida a la mitad indivisa del bien ganancial (*ex art. 207.2.1.º de la LDCG/2006*)—, el objeto de la disposición habrá de referirse a la mitad del valor del bien ganancial objeto de disposición (art. 207.1 de la LDCG), en lo que constituye la regla general en la fase comprendida entre la apertura de la sucesión del disponente y la liquidación de la sociedad de gananciales o la apertura de la sucesión del cónyuge superviviente.

RESUMEN

SUCESIÓN TESTADA EN GALICIA

El contenido de este artículo está constituido por la exposición del régimen jurídico de la sucesión testada que resulta de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. La nueva

ABSTRACT

TESTATE SUCCESSION IN GALICIA

This article is an exploration of the legal framework for testamentary succession under Act 2/2006 of 14 June of Galicia on Civil Law. The new act significantly modified testamentary institutio-

(140) Vid., entre otros, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Comentario de los artículos 1.061 a 1.066 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I, *op. cit.*, pág. 2501; BUSTO LAGO, J. M., «Aspectos sustantivos de las operaciones particionales de la herencia», en *La división judicial de patrimonios: Aspectos sustantivos y procesales* (J. L. Seoane Spiegelberg, Dir.), Ed. CGPJ, Madrid, 2004, pág. 385 y sigs.

(141) Ha de tenerse en cuenta que la sentencia del TS de 13 de abril de 1956 [RJ 1956/1930] ha excluido del ámbito de aplicación del principio de igualdad cualitativa de los lotes que establece el artículo 1.061 del Código Civil, la cuota legitimaria que corresponde al cónyuge viudo.

Ley ha supuesto la introducción de relevantes modificaciones en instituciones testamentarias ya reguladas en el Derecho Civil propio de Galicia, como el testamento mancomunado (se posibilita su otorgamiento por dos o más personas, sin que medie vínculo subjetivo alguno entre ellas, sin perjuicio de que se establezcan específicas consecuencias para el caso de que los otorgantes sean cónyuges o convivientes de hecho), al tiempo que se reconoce una auténtica delegación de la facultad testatoria a través del testamento por comisario, superando la mera delegación de la facultad de mejorar que acogía, aun bajo aquella denominación, la derogada Ley de 1995. Asimismo, se incorpora una serie de disposiciones comunes relativas a la sucesión testamentaria —relativas al idioma del testamento notarial, a la intervención de testigos instrumentales en su otorgamiento—, así como la regulación de las denominadas disposiciones testamentarias especiales: nulidad de la disposición realizada a favor de persona incierta, la pérdida de la eficacia sobrevenida de la disposición realizada a favor del cónyuge en los casos de separación, divorcio y nulidad matrimonial, la regulación de la disposición realizada a favor de la persona que cuida al testador y bajo condición de cuidarle y asistirle, así como previsiones específicas para los supuestos en los que se disponga de un bien ganancial. Todas estas normas son objeto de análisis, sometiéndolas al necesario contraste con las opiniones doctrinales y jurisprudenciales habidas con ocasión de la interpretación y aplicación de las correlativas normas codiciales.

ns already regulated in Galician civil law, such as the joint will (A will can be executed by two or more persons, without any subjective link between said persons, without prejudice of the establishment of specific consequences in the case where the testators are spouses or de-facto living partners). At the same time the new act recognised that, through a will by deputy, an authentic delegation of testamentary power is made, to an extent beyond the mere delegation of the faculty to improve, which is stated (under the same name) in the repealed Act of 1995. A series of common provisions is also incorporated on testamentary succession (concerning the language in which notarial wills are written, the role of attesting witnesses in the will-making process) and on the regulation of what are termed «special testamentary provisions»: nullity of a provision made in the favour of an indeterminate person, loss of the supervening efficacy of a provision made in the favour of a spouse in cases of separation, divorce and marriage annulment, regulation of a provision made in the favour of the testator's caregiver on the condition of caring for and assisting the testator, likewise specific terms for events where community property is disposed of. All these rules are analysed and subjected to the necessary contrast with opinions drawn from doctrine and case law issued in the interpretation and application of the correlative codicil rules.

(Trabajo recibido el 02-01-07 y aceptado para su publicación el 04-12-07)