

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

«Non sería dificultoso que os xuristas galegos escolmaran nos Códigos alieos as modalidades máis admirables, para compor unha codificación ideal do Dereito en Galiza; pero non tería efectividade sen estudar, primeiramente, as modalidades e principios do Dereito galego non escrito, que o povo coñece, respeta e practica como xusto, e sen ouvir previamente aos servizos técnicos encargados de estudaren os problemas a as súas solucións máis proveitosas»

(CASTELAO, *Sempre en Galiza*, 1935)

SUMARIO: PRELIMINAR. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL OBJETO DE ESTUDIO.—I. TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL: I.1. EL TESTAMENTO INDIVIDUAL, EL MANCOMUNADO Y EL LLAMADO TESTAMENTO POR COMISARIO COMO SUBTIPOS DE TESTAMENTOS ABIERTOS NOTARIALES, AUNQUE NO NECESARIAMENTE HAYAN DE REVESTIR, NINGUNO DE ELLOS, ESTA FORMA. I.2. LA REGULACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES: I.2.A. *Precisiones previas. La adecuación constitucional de la norma de acuerdo con la doctrina del TC.* I.2.B. *Supuestos en los que la presencia de testigos instrumentales es preceptiva.* I.2.C. *Los requisitos de capacidad de los testigos instrumentales.* I.2.D. *El número de los testigos instrumentales.*—II. EL TESTAMENTO MANCOMUNADO: II.1. PRELIMINARES: LA PROHIBICIÓN DE TESTAR MANCOMUNADAMENTE EN EL CÓDIGO CIVIL. II.2. CONCEPTO. II.3. REQUISITOS QUE HAN DE REUNIR LOS OTORGANTES. II.4. MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN: II.4.A. *Revocación mancomunada o conjunta.* II.4.B. *Revocación unilateral:* II.4.B.a. *Revocación unilateral en vida de ambos testadores:* II.4.B.a.i) *Requisitos.* II.4.B.a.ii) *Forma, contenido y plazo de la notificación de la revocación.* II.4.B.b. *Efectos de la notificación de la revocación y de su falta.* II.4.C. *Revocación unilateral tras el fallecimiento de uno de los testadores.* II.5. DISPOSICIÓN POR ACTOS

INTER VIVOS DE BIENES A LOS QUE AFECTEN LAS CLÁUSULAS RECÍPROCAMENTE CONDICIONADAS.—III. LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE MEJORAR (EL LLAMADO TESTAMENTO POR COMISARIO): III.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL CONTENIDO DE LOS ARTÍCULOS 141 A 143 DE LA LDCG. III.2. LA DELEGACIÓN AL CÓNYUGE VIUDO DE LA FACULTAD DE MEJORAR: III.2.A. *Designación y revocación*: III.2.A.a. Forma de la designación. III.2.A.b. Revocación de la designación realizada. III.3. CONDICIONES SUBJETIVAS DEL DELEGATARIO. III.4. EJERCICIO DE LA FACULTAD DELEGADA: III.4.A. *Carácter personalísimo de la facultad delegada*: III.4.B. *Contenido objetivo de la facultad de mejorar*: III.4.B.a. Elenco de facultades ínsitas en la de mejorar. III.4.B.b. Bienes sobre los que puede ejercitarse. III.4.C. *Ámbito subjetivo de ejercicio*. III.4.D. *Momento de ejercicio*. III.4.E. *Modo de ejercicio*. III.5. TRIBUTACIÓN EN EL IMPUESTO DE SUCESIONES DE LOS BIENES HEREDITARIOS QUE SON OBJETO DE LA FACULTAD DE MEJORAR DELEGADA.—IV. LAS MEJORAS TESTAMENTARIAS Y LOS LEGADOS: IV.1. CONSTITUCIÓN UNILATERAL O TESTAMENTARIA DEL USUFRUCTO VIDUAL UNIVERSAL Y DE LAS MEJORAS. IV.2. CONTENIDO DE LA MEJORA DE TERCIO Y QUINTO. IV.3. VALOR INTERPRETATIVO E INTEGRADOR DE LA COSTUMBRE RESPECTO DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.—V. PROPUESTAS PARA LA REVISIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA SUCESIÓN TESTADA EN LA LDCG/1995.

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) (1) dedica las cuatro secciones que integran 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 llama *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 limita a prever expresamente la posibilidad de que por vía de legado pueda constituirse el usufructo vidual universal, así como cualquier clase de mejora, al tiempo que aclara el contenido de la mejora de tercio y quinto; mientras que en el segundo únicamente se contiene una remisión a las normas de interpretación e integración que se contienen en el artículo 133 de la propia LDCG que se declaran expresamente aplicables a las instituciones propias de la sucesión testada). Estos preceptos son los que constituyen el objeto de atención de este estudio. A lo largo del mismo se hace alusión, de modo frecuente, al texto articulado que a modo de documento inicial de trabajo para la posible actualización de la LDCG/1995 ha elevado el día 28 de julio de 2001 al *Conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laboráis* una comisión gu-

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

bernativa 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*») (2). Órgano consultivo encuadrado en la antedicha *Consellería*, cuya naturaleza no se corresponde con la de la ponencia parlamentaria que para similares fines se prevé que se constituya en el seno del Parlamento de Galicia por la DA 2.^a de la propia LDCG y que, superados ampliamente los cinco años de entrada en vigor de esta Ley, se ha constituido en virtud del Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Galicia, de 17 de mayo de 2002. En noviembre de 2002 se celebró en A Coruña el «III Congreso de Derecho Gallego», en el seno del cual se presentaron, discutieron y aprobaron algunas propuestas de modificación del vigente texto de la LDCG, también en materia de Derecho de Sucesiones. El texto elaborado por la Sección 6.^a de este «Congreso» —«Ildefonso Sánchez Mera»— puede encontrarse en <http://www.dereitogalego.com> (también en www.icacor.es).

I. TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL

I.1. EL TESTAMENTO INDIVIDUAL, EL MANCOMUNADO Y EL LLAMADO TESTAMENTO POR COMISARIO COMO SUBTIPOS DE TESTAMENTOS ABIERTOS NOTARIALES, AUNQUE NO NECESARIAMENTE HAYAN DE REVESTIR, NINGUNO DE ELLOS, ESTA FORMA

El pf. 1.º del artículo 136 de la LDCG dispone que *el testamento abierto podrá ser individual, mancomunado o por comisario*. Se trata de un precepto que a pesar de que inicialmente su carácter no parece exceder de las pretensiones propias de lo meramente enunciativo, su interpretación genera dudas con consecuencias importantes, según cuál sea la respuesta que a las mismas se dé, además de poner de manifiesto sus notables incorrecciones técnicas. La primera de estas incorrecciones, que resulta de la mera lectura del precepto, es que, pese a tener ese carácter pretendidamente enunciativo o meramente expositivo, al enumerar los distintos tipos de testamento abierto notarial se olvida de algunas modalidades contempladas en el Código Civil: el testamento en peligro de muerte y el testamento en caso de epidemia

(2) 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 Justicia*, 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).

(arts. 700 y 701 del Código Civil). Con ello se suscita la duda, que se resuelve de inmediato en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la LDCG 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. Esta cuestión de ámbito objetivo restringido permite traer a colación una crítica que, desde algunos sectores de la doctrina, se ha hecho al contenido del artículo 136 de la LDCG, 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 contiene 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*). A esta crítica de calado general 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.

Mayores problemas hermenéuticos ha suscitado la inclusión expresa del testamento mancomunado y del llamado *testamento por comisario* como subespecies del testamento abierto notarial en el artículo 136.1 de la LDCG. La pregunta de mayor calado que no resuelve expresamente este precepto y tampoco ningún otro de la misma Ley en el primer caso, y a la que por ello se ofrecen en la doctrina respuestas radicalmente opuestas, es la siguiente: La inclusión de estos dos tipos de testamento como subespecies del testamento abierto notarial, ¿supone que están vedadas las otras formas testamentarias para estos dos tipos de testamento?

Respecto del llamado testamento por comisario el artículo 141 de la LDCG, nos da la respuesta expresamente al permitir que la designación de *comisario* se realice en testamento, sin exigir ninguna forma testamentaria en concreto, de manera que podrá realizarse en cualquier de los testamentos admitidos, a lo que añade la posibilidad de su designación en capitulaciones matrimoniales. En cuanto al ejercicio por el *comisario* de la facultad delegada, como tendremos oportunidad de ver con mayor detenimiento, se permite que sea llevado a cabo por cualquier vía, tanto testamentario como a través de un negocio jurídico con eficacia *Inter vivos*.

No tan meridiana se presenta la respuesta respecto del testamento mancomunado. Quienes consideran que el testamento abierto notarial es la única forma hábil mediante la que puede formalizarse el testamento mancomunado, aducen los siguientes argumentos (3):

(3) En este sentido se han pronunciado, hasta la fecha, GUTIÉRREZ ALLER, V., «Comentarios ó Título VIII da LDCG», en *Dereito civil de Galicia (Comentarios á Lei*

- a) *Los precedentes prelegislativos del precepto.* Estos 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 artícu-

471995 do 24 de maio) (AA.VV.), Ed. Parlamento de Galicia-ARXG, Santiago de Compostela, 1996, pág. 401; *ibidem*, *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, EDESA, Madrid, 1997, págs. 986-987 y 1032, respectivamente; PÉREZ ALVAREZ, M. A., «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; *ibidem*, 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 expresamente 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; *ibidem*, «La intervención del notario en el otorgamiento del testamento mancomunado gallego», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, págs. 374 y sigs.

lo 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 (4). Otra interpretación llevaría al absurdo de pensar que en Galicia el testamento individual, que también se cita en el pf. 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 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 en 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 *monis causa* en el que caben las disposiciones recíprocas, sin que ello signifi-

(4) En este sentido, PÉREZ ALVAREZ, M. A., *Manual de Derecho Civil gallego* (AA.VV.), *op. cit.*, pág. 231.

que se trate de disposiciones correspectivas o recíprocamente condicionadas (5).

- 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 cotestador 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 (6).
- 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 (7). Pues bien, además de que se trata de un argumento que, en su caso podría llegar a tener

(5) 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).

(6) 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.

(7) 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—.

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 han convencido, nos sumamos al sector doctrinal, hasta la fecha indudablemente minoritario, que entiende 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 (8). En efecto, la LDCG no exige expresamente, en ninguno de sus preceptos, que el testamento mancomunado revista la forma abierta notarial. Este argumento que, por sí sólo podría resultar discutible, alcanza una renovada virtualidad en el momento en el que se constata que el artículo 139.2 de la LDCG exige expresamente la forma abierta notarial para la revocación, frente al silencio del legislador en

(8) Hemos constatado que preconizan este parecer, MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Comentario al artículo 136 de la LDCG (El testamento abierto notarial)», en *Derecho de sucesiones de Galicia (Comentarios al Título VIH 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. Yo mismo he mantenido este parecer en «La sucesión testada...», *La Ley de Derecho Civil de Galicia: Balance de un lustro y análisis de su revisión* (RODRÍGUEZ MONTERO, Coord.), Ed. Seminario de Estudos Galegos, A Coruña, 2002, págs. 153 y sigs.

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).

relación con el otorgamiento. Difícilmente, aunque dada la no precisamente impecable técnica legislativa de la LDCG es posible, puede pensarse que se trata 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 puede revestir la forma del testamento cerrado y del testamento ológrafo. En el primer caso, se exigirán 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 cootorgantes, momento hasta el cual —hasta el fallecimiento de alguno de los cootorgantes— podrán pedir —ambos, ya sea por sí o por medio de representante (arts. 218 y 226 del RNot.)— la retirada del testamento depositado (9). Si el testamento mancomunado reviste la forma ológrafa será necesario que el segundo testador —el que no haya redactado el testamento de su puño y letra— declare 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 ológrafo se adverará y protocolizará con la presencia del testador superviviente (así se prevé expresamente en el art. 96.2 de la LSCMA). El testamento mancomunado ológrafo se acepta expresamente en Aragón —arts. 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

(9) 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 especial 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*»).

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— (10) y en el BGB —§ 2267—, si bien se proscribió en la Ley 199 de la CDCFN y en el pf. 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.

I.2. LA REGULACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES

I.2.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 del pf. 2.º del artículo 136 de la LDCG es que en el mismo se contiene una regulación específica de la intervención de los llamados testigos instrumentales en el otorgamiento de los testamentos abiertos notariales en Galicia, de manera que las normas que han de regir la presencia e intervención de los testigos de conocimiento 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 este párrafo 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,

(10) En relación con esta STS, en su día, LACRUZ había puesto de manifiesto que el citado artículo 17 del Apéndice aragonés, prácticamente una copia literal de la Observancia 1.ª «*De testamentis*» no estaba redactado pensando en el testamento mancomunado ológrafo, desconocido en el Derecho tradicional aragonés, sino que únicamente se preveían 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.

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 (Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre), en el que se daba nueva redacción al pf. 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 pf. 2.º del artículo 143 del RN 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 (pf. 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 (11). 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—

(11) 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.

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.

I.2.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 Código Civil—, en el otorgamiento de testamentos abiertos notariales contenida en el pf. 2.º del artículo 136 de la LDCG 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 (12), se contiene en el primero estos preceptos. De acuerdo con lo prevenido en la LDCG, sólo será necesaria la presencia de testigos instrumentales en el otorgamiento de los testamentos abiertos notariales en los siguientes casos:

- a) *Cuando lo solicite el notario o el propio testador.* 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 gallega nada cambia ni

(12) 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, págs. 615 y sigs.

aporta. Únicamente procede recordar que la solicitud de presencia es plenamente voluntaria, pero una vez que se formula es obligatoria para la 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, 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 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, 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) (13).
- d) *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 *monis causa*, de acuerdo con la previsión contenida en el artícu-

(13) Vid. GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito civil de Galicia», *op. cit.*, pág. 99.

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

lo 663 del Código Civil. La apreciación de esta circunstancia 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 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 del Código Civil)— 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 Código Civil). Pero, en el caso del testamento en intervalo lúcido, ha de tenerse en cuenta

(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; ALVAREZ 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.

que tampoco la apreciación de capacidad que realiza el propio notario (*ex arts. 685 y 696 del Código Civil*), de acuerdo con los dictámenes técnicos de los profesionales 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).

La enumeración que precede agota el elenco de supuestos en los que, de conformidad con el pf. 2.º del artículo 136 del Código Civil, es necesaria la presencia de testigos instrumentales. Echará de menos el lector, posiblemente avezado conocedor del Derecho de sucesiones territorial común, el caso del testador que sea *enteramente sordo*, que no sepa o no pueda leer. En este caso, sabemos que en el pf. 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. 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 (17). A favor de la integración del Derecho Civil propio de Galicia con esta previsión del Código Civil, podría decirse que se trata de una

(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 constituirla. 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, MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «El testamento abierto notarial», *op. cit.*, pág. 120.

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 la letra a) del pf. 2.º del artículo 136 de la LDCG (18).

I.2.C. *Los requisitos de capacidad de los testigos instrumentales*

El pf. 3.º del artículo 136 de la LDCG 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 jurídica*. Evidentemente la expresión adolece de una evidente incorrección técnica (19), si es que con ella el legislador gallego ha querido expresar algún requisito especial de idoneidad, pues sabido es que todos los nacidos que reúnan los requisitos del artículo 29 del Código Civil y las personas jurídicas debidamente constituidas (art. 35.1.º, pf. 2.º del Código Civil), están dotados de capacidad jurídica plena —o personalidad— entendida como aptitud general para ser centro de imputación de relaciones jurídicas, patrimoniales o no. Acaso el legislador, éste parece que poco avezado en el conocimiento de la dogmática civil, haya querido referirse a la capacidad de obrar plena; pero esto, amén de ser pura conjetura del autor —y de otros autores—, permitiría ser testigos instrumentales del otorgamiento de testamentos abiertos notariales a sujetos que objetivamente parecen inhábiles

(18) Así lo entendía también, para el supuesto de testamento mancomunado previsto en el artículo 22 de la ya derogada Ley 49/1981, 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», *op. cit.*, pág. 1104).

(19) 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*.

para realizar esta función. Es cierto que ésta podría ser la decisión del legislador, pero también lo es que ninguno de los antecedentes de la ley ni ningún dato que resulte de su tramitación parlamentaria nos conducen a pensar que estos hayan sido sus designios. Es por ello que parece razonable que se apliquen a los testigos instrumentales que nos ocupan las causas de inhabilidad 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— (pf. 2.º del art. 754 del Código Civil), por el testamento otorgado, así como a sus cónyuges y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (20).

I.2.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 pf. 3.º del artículo 136 de la LDCG prescribe que, cuando sean preceptivos, los testigos instrumentales *habrán de ser dos al menos*. Resulta claro, por lo tanto, que en todo caso habrán de ser dos como mínimo, pero pueden ser más y el testador o testadores 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* (21).

(20) 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, págs. 615 y sigs.; así como la STS de 4 de mayo de 1966 [RJ 1966/2290].

(21) De parecer contrario es LETE (vid. LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 136 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1014).

II. EL TESTAMENTO MANCOMUNADO

II. 1. PRELIMINARES: LA PROHIBICIÓN DEL TESTAR MANCOMUN ADAMENTE 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 DT 2.^a del Código Civil —como es sabido, las DDTT del Código Civil 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 prohiban 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 mutuo* en los siguientes términos:

«Algo hay de particular en este testamento que nos autoriza para contarle entre los especiales. Aunque recibe el nombre gené-

rico 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 mutuamente 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 mancomún; 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. Salón 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 más grave la cuestión 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 después 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 serio, pero no incontestable: los que de esa manera arguyen, pecan contra la lógica, haciendo, según dirían los dialécticos, de la dificultad supuesto. ¿En qué sentido se dice que la muerte de uno de los testadores confirma el testamento? ¿qué razón 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* (Salón de Paz, núm. 1226). Si alterando su disposición causase injuria al difunto, no sería 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)» (22).

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 mancomún, y la institución 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

(22) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos 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 la 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 asi 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., «Comentario al artículo 669 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* [dirigidos por M. Albaladejo], T. IX, vol. 1-A, EDESA, Madrid, 1990, pág. 107).

podía ser partidario de un tipo de testamento que consideraba *sin origen 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— (23). 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 cejarían de repetir los autores postcodificadores: *daba lugar á sugeriones y violencias* (24).

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 (25), prohíbe expresamente que dos

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

(24) 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).

(25) 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

o 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 artículo 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 PRÉAMENEU, respecto del *testament conjonctif*, consideraba que «*permitir su revocación es violar 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*» (26). 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 (27). Estas críticas siguen recibiendo el favor de la doctrina francesa contemporánea (28) y también de la

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 costumbres 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]).

(26) FENET, T. XII, pág. 553.

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

(28) En efecto, en la obra de autores tan significativos como MAZEAUD y CHABAS puede leerse que la crítica realizada por BIGOT DE PRÉAMENEU 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 mutuus 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 PRÉAMENEU 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 conside-*

Commission de reforme du 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 Código Civil) y completándose con la previsión de la sanción de nulidad de las disposiciones testamentarias realizadas bajo condición (art. 794 del Código Civil). 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 de julio, de *Modernización de las Explotaciones Agrarias* (Disposición Derogatoria 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 *Código Civile del Regno d'Italia* de 1851 [art. 761], manteniéndose la prohibición en el vigen-

rables 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 afección, éste estará tachado de nulidad absoluta (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 abril 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.

te *Código Civil* de 1942 [art. 589]; y del *Código Civil* portugués de 1867 [art. 1.753], manteniéndose de igual forma la interdicción en el artículo 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 (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, 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, al margen de que se trate de una necesidad sentida históricamente por los testadores gallegos (29), se han esgrimido como riesgos o inconvenientes del testamento mancomunado el hecho de que coarta la libertad de disposición *monis 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 art.* 158.2 de la LDCG), a cuyos efectos resulta especialmente útil la posibilidad de establecer disposiciones recíprocamente condicionadas.

II.2. 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

(29) Así lo pone de manifiesto PAZ ARES cuando narra como 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 Prof. 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.

de dos o más personas (30). La noción así enunciada exige la concurrencia de 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) (31), firmado por todos los otor-

(30) 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, 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 cootorgantes 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).

(31) 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 expresas 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 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

gantes del mismo. En efecto, aunque en el caso de que el testamento mancomunado revista forma ológrafa, puede estar escrito íntegramente y fechado por uno sólo 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 rubrica 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 (32). De aquí que la noción de testamento mancomunado combine los aspectos de forma y de fondo (33). En ella caben tres supuestos distintos (34): 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,

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 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 VÁRELA, «Anotaciones al artículo 2.181», en *Código Civil anotado*, vol. VI [artigos 2.024 a 2.334], Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 291).

(32) 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 octubre 1959, D. 1959.J.507, con *nota* de HOLLEAUX; JCP 1959.II.11323, con *nota* de P. VOIRIN).

(33) MAZEAUD, H., L. et J./CHABAS, F., «Leçons de Droit civil», T. IV, vol. 2.º, *op. cit.* (5.ª edic.), pág. 289 (§ 966).

(34) 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]).

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 a 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 realizadas por el otro, de manera que están «*recíprocamente condicionadas*» (es ésta precisamente la denominación que reciben este tipo de disposiciones testamentarias en el artículo 139.1 *in fine* de la LDCG) (35). 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. 139.2 de la LDCG, completadas con el establecimiento expreso de la irrevocabilidad de tales disposiciones tras el fallecimiento de uno de los otorgantes en el art. 140 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 (36), 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 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 cootorgantes —en el caso gallego, entre los cónyuges— normalmente se interpretarán de manera que favorezca su consideración como recíprocamente condicionadas (37), mientras que la interpretación será

(35) Vid. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario del artículo 105 de la LSCMA», *op. cit.*, págs. 738 y sigs.

(36) Así se establece expresamente en el artículo 105.1, *in fine*, de la LSCMA (el derogado art. 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 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.

(37) 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 capi-

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.

II.3. REQUISITOS QUE HAN DE REUNIR LOS OTORGANTES

Del artículo 137 de la LDCG resulta que sólo pueden testar mancomunadamente los *cónyuges gallegos*. Son dos, por lo tanto, los requisitos subjetivos que se exigen en el Derecho Civil propio de Galicia en orden a integrar la capacidad para otorgar este tipo de testamento y que habrán de reunir los dos otorgantes:

1.º) Que los cootorgantes tengan la condición de *cónyuges*. En efecto, a diferencia del *testamento de hermandad* del Derecho 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), o del 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), el testamento mancomunado del Derecho gallego, de acuerdo con la normación vigente del mismo, exige que los cootorgantes tengan la condición de *cónyuges*. De esta manera, mientras este estado civil —de casado— se conserve, los *cónyuges* pueden testar mancomunadamente, aun cuando se hayan separado de hecho o judicialmente, pues el vínculo, como es sabido, subsiste. La exigencia expresa de esta condición (otorgantes casados entre ellos) implica que no pueden utilizar esta forma de ordenar la sucesión hereditaria otras personas unidas por otros vínculos parentales distintos del conyugal y que tampoco puedan testar mancomunadamente en Galicia las parejas que convivan *more uxorio*. Es esta, precisamente, una de las críticas que puede realizarse a la Ley gallega de 1995 pues, dada la fecha de su promulgación, parece innegable la existencia del sentimiento social de necesidad de extender esta posibilidad testatoria a las parejas estables, tal como hizo el legislador aragonés en sendas leyes de 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*) (38). La segunda de aquellas leyes, cuya tramitación en las Cortes de Aragón coincidió cro-

tulaciones 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.

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

nológicamente 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 (39). Algo así ocurre en el documento prelegislativo elevado al *Conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laboráis* en julio de 2001. Seguramente en orden a posibilitar que las parejas estables puedan testar mancomunadamente se permite que *dos o más personas* testen en un único instrumento notarial (art. 187.1). Con ello se evita toda alusión a aquella realidad social que el prelegislador gallego parece querer desconocer —por no decir ocultar—, si bien cuando pretende regular las *disposiciones correspectivas* en el testamento mancomunado exige expresamente que los disponentes sean esposos (art. 187.2). De esta manera, en la práctica, se está privando a los no casados de 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.

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 a la 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 testa-

(39) 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, EDERSA, Madrid, 2000, págs. 751 a 754; *ibidem*, MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario del artículo 102 de la LSCMA», *op. cit.*, pág. 719.

mentó 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 correspondientes, 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 consecuencias. 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.

2.º) Que los cónyuges otorgantes tengan la *vecindad civil gallega*. Los dos cónyuges que otorgan el testamento mancomunado habrán de tener la vecindad civil gallega. En orden a su determinación, el artículo 5 de la LDCG, 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 en los artículos 14 y 15 del Código Civil. Eso sí, el artículo 137 de la LDCG prevé la posibilidad de que los cónyuges gallegos otorguen testamento mancomunado *aun fuera de Galicia*. Sobre esta previsión, que constituye el último inciso del precitado precepto de la LDCG, se han suscitado 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 137 de la LDCG dispone que *los cónyuges gallegos podrán otorgar testamento mancomunado, aun fuera de Galicia*, está consagrando 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 Código Civil y 1 del Convenio de La Haya de 1961*) (40). En este sentido, procede recordar que es opinión pacífica y común que los Notarios adscritos a demarcaciones en las que rige el Derecho territorial común 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 137 de la LDCG, pero también el artículo 102 de la LSCMA, son redundantes y, por ello, innecesarias (41).

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 preveía su aplicación a todas las cooperativas con domicilio en la Comunidad Autónoma del País Vasco, con independencia de su ámbito territorial de actuación), se deriva la inconstitucionalidad de las normas materiales especialmente autolimitadas —como es la contenida en el art. 137 de la LDCG—, 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 (42). Sin em-

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

(41) 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.

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

bargo, aun si se acepta 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 137 de la LDCG.

La exigencia de la vecindad civil gallega como común a ambos cónyuges en el momento de otorgar el testamento 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 cónyuges es distinta. A su vez, dentro de esta situación, han de diferenciarse dos supuestos diversos:

A) Vecindad civil de los cónyuges distinta en el momento de otorgar el testamento mancomunado:

- a) En el caso de que la ley personal del cónyuge de gallego no permita —prohíba— el testamento mancomunado, los cónyuges no podrán otorgar este tipo de testamento. Tienen vedado el acceso a esta forma testamentaria.
- b) Si, por el contrario, la ley personal del cónyuge gallego permite el testamento mancomunado, éste podrá ser otorgado por los cónyuges, presentándose, en este caso, la duda acerca de qué ley ha de regir el régimen jurídico de este testamento mancomunado otorgado por cónyuges de distinta vecindad civil cuyas respectivas leyes personales tienen en común el permitir que los cónyuges 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 Preliminar, sustituyendo el criterio de la nacionalidad por el de la vecindad, 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 ma-

teria, como es BLANQUER UBEROS, 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 (43). 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* (44) 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 (45). Pues bien, puesto que, de acuerdo con el artículo 1 del Convenio de La Haya, 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*»).

(43) BLANQUER UBEROS, R., «El estatuto formal (art. 11 del Código Civil)», en *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*, Jaén, 1977, págs. 191 a 197; seguido en este aspecto por MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Comentario al artículo 137 de la LDCG», en *Derecho de sucesiones de Galicia, op. cit.*, pág. 127.

(44) 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, EDESA, Madrid, 1995, pág. 800; BERCOVITZ ALVAREZ, G., «Comentario al artículo 11 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil* (R. Bercovitz, coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 83.

(45) 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.

Mayores dificultades plantea, si cabe, la determinación de la ley aplicable a la eficacia y revocación del testamento mancomunado otorgado por un cónyuge gallego y otro 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 (46). 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 (47), prevé que se observen 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 (48). 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 man-

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

(47) 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. BORRAS RODRÍGUEZ, A., «La Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions a cause de mort et l'Espagne», en *E pluribus Unum, Liber Amicorum Georges A. L. Droz* (A. Borras - 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 de aplicable a las sucesiones por causa de muerte», en *REDI*, núm. 48, julio/diciembre de 1996, págs. 363 y 364.

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

comunado, amén de que puede ser objeto de críticas evidentes desde la perspectiva de la necesaria seguridad jurídica que ha 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 cuál sea la vecindad civil que tenga el revocante en el momento de realizar la revocación (49).

- c) Cambio de vecindad civil por uno de los cónyuges, o por los dos, 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 cónyuge 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 aquel momento no 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 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 (50) 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

(49) 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.

(50) 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).

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 (51) (es éste 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 contrato nulo (52)— 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 Código Civil) (53). 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 *monis 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) (54). Estas consideraciones tendrán virtualidad práctica especial-

(51) 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).

(52) 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).

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

(54) 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 —ológrafo— 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

mente 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 mancomunado 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 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: contraen matrimonio posteriormente o adquieren la vecindad civil gallega. 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 (55). Es cierto que aunque parece que el Derecho histórico español contemplaba la posibilidad de sanación, convalidación o convalecencia 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 (56), acudiendo en ocasiones a la teoría de los propios actos para

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]).

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

(56) 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/

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 nulidad, sin que suponga una convalidación estructural del negocio testamentario (57). 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 (58).

II.4. MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN

El testamento mancomunado es naturalmente revocable. En el artículo 138 de la LDCG, el legislador gallego se limita a enunciar este carácter del mismo y a señalar que la modificación o la revocación del testamento mancomunado puede realizarse por ambos cónyuges testadores también mancomunadamente o de forma unilateral por uno sólo de ellos. 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 tanto en el artículo 139 de la LDCG, para el caso en que ambos cootorgantes vivan en el momento de realizarse, como en el artículo 140 de la propia LDCG, para el caso en que uno de ellos haya premuerto.

II.4.A. 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

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].

(57) En este sentido, GULLÓN BALLESTEROS, A., «La confirmación», en *ADC*, 1960, pág. 1209; 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 aquélla deriva del incumplimiento de una prohibición legal (SSTS 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. ALVAREZ LATA, N., «LEA. Derecho de sucesiones», *op. cit.*

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

mancomunado. Es más, algún autor considera que la modificación o la revocación conjunta de un testamento mancomunado sólo puede hacerse en otro testamento mancomunado posterior (59). El otorgamiento de este testamento mancomunado posterior produciría como consecuencia la ineficacia de las disposiciones revocadas, con independencia de que éstas fuesen o no recíprocamente condicionadas. En todo caso, si se admite que el testamento mancomunado puede otorgarse en cualquiera de las formas válidas para testar —de acuerdo con el Código Civil—, como en este estudio se defiende, esta libertad de elección de la forma también ha de admitirse para la revocación conjunta mediante testamento mancomunado posterior, sin que se pueda exigir que el testamento revocatorio revista la misma forma que el revocado. La única dificultad, de admitirse esta tesis, deriva de la aplicación a este supuesto de la revocación presunta del testamento —mancomunado— cerrado de acuerdo con las previsiones del artículo 742 del Código Civil. Pues bien, para que en este supuesto la revocación pueda reputarse conjunta es necesario que conste que los cónyuges cootorgantes actuaron de mutuo acuerdo para dejar sin eficacia aquel testamento mancomunado cerrado. Claro está que si se admite que la forma abierta notarial es la única hábil, de acuerdo con la regulación de la LDCG, para testar mancomunadamente, la revocación o la modificación conjunta de este testamento habrá de revestir aquella misma forma notarial (60).

Sin embargo, no se alcanza a ver, y aquel autor que la propone no aporta 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 cónyuges 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 art. 113.2 de la LDCG*) (61).

(59) Es este el parecer de GUTIÉRREZ ALLER, V., «Dereito 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.

(60) En este sentido expresamente LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 138 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1054.

(61) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 138 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1053.

II.4.B. Revocación unilateral

De acuerdo con lo ya anunciado, la LDCG dedica sus artículos 139 y 140 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 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 139.2 de la LDCG y pudiendo otorgarse tras el fallecimiento de uno de los cootorgantes del testamento mancomunado.

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 correspondientes aun cuando medie modificación unilateral (62). 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 Código Civil).

II.4.B.a. Revocación unilateral en vida de ambos testadores

IIAB.a.i) Requisitos

Viviendo los dos cootorgantes del testamento mancomunado cualquiera de ellos, de manera unilateral, puede revocarlo. A estos efectos, en el pf. 2.º del artículo 139 de la LDCG, se exige la concurrencia de dos requisitos en orden a dotar de eficacia aquella revocación unilateral:

(62) 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).

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 ha precisado que la revocación unilateral puede llevarse a cabo mediante la utilización de un testamento mancomunado en el que uno de los cónyuges otorgantes revoca el testamento anterior y el otro no. 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 (63). Claro está que el conocido Notario parte de la tesis de que, de acuerdo con la LDCG, todo testamento mancomunado es abierto notarial. Sin embargo, si se sigue la tesis de la libre elección de forma aquí preconizada, habrá que matizar su afirmación en el sentido de que puede utilizarse como forma revocatoria un testamento mancomunado otorgado en forma notarial abierta. Pues bien, 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 139.2.º de la LDCG, pues es evidente que 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 (64).

IIAB.a.ii) 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 139.2 de la LDCG al establecer que *el notario autorizante* [del testamento abierto notarial en el que se instrumente la revocación o modificación] *habrá de notificar al otro cón-*

(63) Vid. GUTIÉRREZ ALLER, V., «Dereito civil de Galicia (Comentarios á 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.

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

yuge la revocación o modificación, implícitamente prescribe la realización de una notificación notarial al cónyuge no revocante. Se trata de una obligación, la realización de esta notificación, que se impone al notario autorizante, que habrá de cumplirla a través de la utilización de un acta notarial de notificación. En efecto, éste parece ser el instrumento notarial adecuado 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, pf. 1.º del RN).

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 (65) y personalísima, lo que implica que habrá de realizarse al cootorgante del testamento revocado, sin 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, de manera que nos situáramos en el supuesto contemplado en el artículo 140 de la LDCG. Solución ésta por la que se inclina expresamente MARTÍNEZ GARCÍA (66) 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. Sin embargo, reitero que, como 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

(65) 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 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).

(66) MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., *Comentario al artículo 139 de la LDCG (El testamento abierto notarial)*, pág. 133.

testamento mancomunado en el que se contenían disposiciones correspondientes, la solución más coherente con la regulación establecida en la LDCG consiste en equiparar al incapaz 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 del pf. 2.º del artículo 139 de la LDCG, aunque no lo dice expresamente, induce a pensar que ha de realizarse en el domicilio real del cootorgante del testador revocante, lo que a su vez resulta coherente con el hecho de que se exija la posibilidad real —no el conocimiento efectivo (el desconocimiento sólo es eficaz si la práctica de la notificación se ha realizado en una dirección incorrecta por una causa imputable al revocante)— de aquél de conocer la revocación. A estos efectos, el notario la practicará en la dirección que le indique el testador revocante. En defecto de indicación expresa, por desconocimiento de cuál sea el domicilio real actual, se practicará en el domicilio que, en 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 cónyuges 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, el último inciso del pf. 2.º del artículo 139 de la LDCG contiene una norma de cierre al permitir que la notificación se realice por medio de edictos. Eso sí, parece conveniente insistir en el hecho de que la trascendencia de la notificación que nos ocupa exige que, de constar algún domicilio del cotestador no revocante, se intente practicar la notificación en esta dirección. Si no constase ninguno o, de constar alguno de los enunciados, la práctica de la notificación haya resultado infructuosa, la LDCG, al igual que la Ley 201.2 de la CDCFN, permite la notificación por edictos, si bien aquella, a diferencia de éste, no contiene ninguna previsión ulterior acerca de cómo ha 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 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 LEC, en el que se prevé la publicación de la notificación bien en un Diario Oficial —de la provincia, de la Comunidad Autónoma 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, si el cotestador no revocante se encontrase en situación de ausencia, la LDCG permite 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 arts. 6 a 8 de la LDCG). 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 140 de la LDCG (67).

En cuanto al plazo de que dispone el notario para practicar la notificación, éste, de conformidad con lo expresamente prevenido en el propio artículo 139.2 de la LDCG, es de diez días, constituyendo el *dies a quo* del mismo el día siguiente a aquél en que haya sido otorgado el testamento abierto revocatorio. Obviamente, el cómputo de este plazo se regirá por la norma contenida en el artículo 5.2 del Código Civil, de manera que de los diez días establecidos no habrán de excluirse los días inhábiles.

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.

IIAB.b. Efectos de la notificación de la revocación y de su falta

La práctica de la notificación en tiempo y en forma es *conditio iuris* de la eficacia de la revocación unilateral del testamento mancomunado realizada unilateralmente por uno de sus cootorgantes. 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 período de diez días de que se dispone para realizar esta notificación, el cotestador no revocante a que ésta se dirija fallezca —asimilándose a este supuesto, la pérdida de su capacidad para testar—, si

(67) 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.

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 diez días y antes de que la notificación le haya sido practicada, la revocación es ineficaz, aunque no faltan voces que reclaman la conservación de sus 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 (68).

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 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, explicitando el artículo 139.2 de la LDCG que esto ocurrirá en aquellos supuestos en los que la notificación no pudo practicarse personalmente *por no coincidir la dirección señalada con la real*. Pero, aun en estos casos, pueden diferenciarse distintos supuestos, pues el precepto citado parece establecer esta sanción de ineficacia sólo para aquellos supuestos en los que el revocante haya designado un domicilio a efectos de practicar la notificación que no coincida con el real del cotestador no revocante. En los casos en que se practique infructuosamente en el domicilio que a estos efectos se haya designado en el testamento mancomunado que pretende revocarse o en los que el revocante declare expresamente desconocer el domicilio real del cotestador y este desconocimiento sea real, puede acudirse a la notificación edictal que tiene plenos efectos, determinando la eficacia de la revocación.

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 habrá 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 artículo 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

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

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 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, parece razonable pensar en mantener la eficacia de la revocación.

II.4.C. *Revocación unilateral tras el fallecimiento de uno de los testadores*

La interpretación conjunta del pf. 1.º del artículo 139 de la LDCG y del artículo 140 de la misma Ley 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, si bien el cónyuge supérstite conserva su libertad testatoria respecto al resto del contenido del testamento. La irrevocabilidad, en este caso, de las disposiciones testamentarias correspectivas 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. En efecto, el cónyuge supérstite conserva esta libertad para otorgar testamentos posteriores meramente aclaratorios o complementarios y también para disponer *monis 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 *monis 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 el respeto de las formalidades prevenidas en el artículo 139.2 de la LDCG.

A estos efectos habrá de equipararse al fallecimiento de uno de los cotestadores mancomunado el supuesto en que uno de ellos haya devenido incapaz para testar —con independencia de que haya o no sido incapacidad 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 acaba de realizarse, por lo que se presenta como justificada la interpretación propuesta por MARTÍNEZ GARCÍA en el sentido de que si la revocación pretendida por el cónyuge capaz tiene como única finalidad beneficiar al cotestador que ha devenido incapaz puede reputarse eficaz (69). Gomo afirma el mismo autor, la literalidad de la

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

norma no parece vedarlo radicalmente y el fin de protección de la norma parece exigirlo puesto que, como ya se ha avanzado, lo que con ella se pretende no es otra cosa que evitar que quiebre la situación de lealtad y equilibrio que los cónyuges 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 incapaz no conculca aquel equilibrio de una forma fraudulenta o desleal.

Mayores dificultades hermenéuticas presenta la última previsión contenida del inciso primero del artículo 140 de la LDCG, en el que se contiene 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*. Obvio parece, y así lo ha puesto de manifiesto la práctica totalidad de la doctrina que se ha pronunciado sobre este aspecto (70), que la previsión, tal como aparece redactada, en su literalidad, carece de sentido, por no decir que resulta absurdo prever la irrevocabilidad de disposiciones testamentarias realizadas a favor de personas que no sean capaces de suceder *monis causa*. Afirmar algo así vendría a significar la necesidad del mantenimiento de disposiciones testamentarias que no producirían ningún efecto pues, como es sabido, no tienen capacidad para heredar aquellos entes —físicos o jurídicos— que no están dotados de personalidad (por no haber nacido a efectos civiles, no haber sido constituidos o ser ilegales) ni aquellos que han incurrido en alguna de las causas de indignidad. Por ello, parece que lo que el legislador gallego quiso fue establecer en este inciso una excepción a la irrevocabilidad de las disposiciones testamentarias recíprocamente condicionadas tras la muerte de uno de los cotestadores, que tendría como objeto precisamente aquéllas realizadas a favor de personas incapaces para heredar, lo que resultaría si en vez de utilizar la conjunción «o» hubiese utilizado «salvo» o «excepto» y dispusiese entonces: «Fallecido un cónyuge, el testamento se convierte en irrevocable en cuanto a aquellas disposiciones que tuviesen el carácter de recíprocamente condicionadas, salvo que se hubiesen otorgado a favor de persona incapaz de heredar» (71). Es ésta precisamente la previsión que se contiene en

(70) 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).

(71) Entre otros, MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «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 ALVAREZ, M. A., «El Derecho sucesorio gallego», *op. cit.*, pág. 2054; *ibidem*, «Manual de Derecho Civil gallego» (AA.VV.), *op. cit.*,

el texto articulado elaborado por el prelegislador gallego en julio de 2001 (art. 191.2). Sin embargo, como el precepto dice lo que dice y esto es absurdo, no habiéndose corregido la incorrección en la redacción que provoca este resultado, fallecido un cónyuge cotestador, únicamente las disposiciones correspectivas que se contengan en el testamento mancomunado son irrevocables.

El segundo inciso del artículo 140 de la LDCG prevé la irrevocabilidad, tras el fallecimiento de uno de los cotestadores, de las disposiciones testamentarias realizadas a favor del cotestador que premuere dejando hijos sobrevivientes, precisando que esta regla se aplica, *sin perjuicio de los derechos de representación o acrecimiento*. Leído este inciso en sentido positivo, establece que las disposiciones recíprocamente condicionadas otorgadas a favor del premuerto son revocables, salvo: 1.º) Que el premuerto haya dejado hijos supérstites. Parece razonable entender que, aquí, el concepto *hijos*, abarca a los herederos que sean descendientes de grado ulterior. 2.º) Que sea de aplicación el derecho de acrecer a favor de otros instituidos, de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 982 del Código Civil en el que se establecen los presupuestos en orden a que tenga lugar el derecho de acrecer en la sucesión testamentaria. 3.º) Que sea de aplicación el derecho de representación. De acuerdo con la doctrina mayoritaria que ha interpretado esta previsión, el único supuesto al que puede referirse el legislador gallego es al caso de que existan 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 pf. 3.º del artículo 814 del Código Civil (72). Fuera de este supuesto, el derecho de representación no cabe en la sucesión testada. Acaso, dado el carácter imbricado de esta interpretación, hay que buscar el origen de la previsión en la Ley 202, pf. 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.

II.5. DISPOSICIÓN POR ACTOS «ÍTER VIVOS» DE BIENES A LOS QUE AFECTEN
LAS CLÁUSULAS RECÍPROCAMENTE CONDICIONADAS

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

pág. 227; GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a la Ley 202 de la CDCFN», *op. cit.*, *pág.* 811.

(72) En este sentido, MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «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.* 1077.

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 (73); 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 (74). 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 correspectiva 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 (75) y de las donaciones remuneratorias (arts. 619 y 622 del Código Civil), 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 (76)—, 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.

A diferencia de lo que sucede en los Derechos Civiles propios de Navarra y de Aragón, la LDCG guarda silencio al respecto, siendo su regulación una necesidad que debería ser colmada en la proyectada revisión de la LDCG. Pues bien, puesto que las limitaciones dispositivas se refieren en ésta sólo a las disposiciones *monis causa*, parece que respecto de los actos *inter vivos* no recae ninguna prohibición o limitación respecto a la facultad de disponer,

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

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

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

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

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 pueda alegarse efecto alguno 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* realizada por un cotestador mancomunado es plenamente eficaz, siempre que esté legitimado para disponer del bien de que se trate (normalmente las excepciones provendrán del hecho de que la disposición recaiga sobre un bien de naturaleza ganancial, en cuyo caso la nulidad o la nulabilidad del acto de disposición, en función de su carácter gratuito u oneroso se deriva de las previsiones de los arts. 1.378, 1.322 y 1.301 *in fine* del Código Civil). Sin embargo, parece razonable entender, pues el interés que se pretende proteger —el fin de protección de la norma— es el mismo, que sobre el disponente por acto con eficacia *inter vivos* recae la misma obligación de notificación que en el caso de que se revoque 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 (77).

De la omisión de previsión expresa del supuesto que nos ocupa, se ha hecho eco la comisión prelegislativa constituida en Galicia con miras a la posible reforma de la vigente LDCG y en el artículo 194 del texto articulado de julio de 2001, después de establecer en el artículo precedente la regla general de la libre disponibilidad *inter vivos* y *monis 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 la ineficacia de la misma si el cónyuge del disponente vive en el momento en que se realiza aquel acto. El prelegislador gallego aclara expresamente que en este caso la ineficacia 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 *monis causa* para que se produzca la ineficacia de las cláusulas correspondientes afectadas? ¿No querrá decir el prelegislador gallego que si se notifica en los mismos términos que cuando se revoca el testamento mancomu-

(77) MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Comentario al artículo 140 de la LDCG», *op. cit.*, págs. 138 y 139. El parecer es compartido por GARCÍA-GRANERO. A juicio de este autor, del principio de irrevocabilidad plasmado en el artículo 140 de la LDCG para las disposiciones *monis 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).

nado y el no disponente no actúa en consecuencia, se mantiene en lo posible la eficacia de aquella cláusula? Si esto último es así, el legislador gallego está a tiempo de adecuar la redacción a esta previsión antes de que, en su caso, el designio del prelegislador se convierta en sacrosanta letra impresa en el DOG. En el caso de que el disponente por acto *inter vivos* se encuentre en estado de viudedad, al beneficiario de la disposición testamentaria correspondiente que afectaba al bien de que ha dispuesto se le concede un derecho de crédito, sometido 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.

III. LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE MEJORAR (EL LLAMADO TESTAMENTO POR COMISARIO)

III.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL CONTENIDO DE LOS ARTÍCULOS 141 A 143 DEL LDCG

En los artículos 141 a 143 de la LDCG, se regula la delegación por el testador de la facultad de mejorar. Institución esta que no es ajena al Derecho Civil territorial común (art. 831 del Código Civil), si bien sí lo es la pretenciosa —por no decir incorrecta— rúbrica bajo la que se recubren aquellos preceptos y que encabeza la Sección 3.^a del Capítulo III del Título VIII de la LDCG: *Del testamento por comisario*. En efecto, el contenido de los preceptos que se incluyen en esta sección no responde en nada a lo que la rúbrica que los encabeza da a entender y que supondría, de corresponderse la regulación que se establece con ella, el establecimiento de una quiebra del personalismo material —no del formal— del acto de testar plasmado en el artículo 670 del Código Civil (78) —encontrando su correlato en el art. 830 del mismo Código Civil en tanto que, como regla general, excluye la dele-

(78) 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).

gación de la facultad de mejorar: «*la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro*»— (79), 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 (80). 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, el legislador gallego de 1995 frustra las expectativas que aquel título despierta y lejos de recoger la institución a la que éste hace referencia (acogida y regulada en otros Derechos Civiles territoriales) (81), únicamente regula la delegación de la facultad de mejorar, de manera que al fiduciario, que necesariamente es el cónyuge supérstite, únicamente se le puede 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*) (82) que, a su vez, supusieron la introducción de

(79) 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]).

(80) 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*, 1967, pág. 278), 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 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.

(81) 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.

(82) 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.,

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). En efecto, la precitada Ley contenida en el *Fuero Real* disponía que «*si alguno no quisiere ó no pudiere ordenar por si la manda que ficiere de sus cosas e diere su poder a otri, que el que la ordene, é dé, é la dé en aquellos lugares onde él tuviere por bien, puédalo facer: e lo que el ordenare ó diere, vala asi como si lo ordenase aquel que dio 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 (83).

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) (84). Sin embargo, en la ver-

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 para 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).

(83) 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.*, págs. 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, págs. 262 y sigs.

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

sión original del precepto del Código Civil precitado, vigente hasta que la Ley 11/1981, de 13 de mayo, le dio la redacción vigente, 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 mantenga 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 pueda participar en la ordenación sucesoria del premuerto. Esta situación condujo a que en el ámbito notarial se acudiese a fórmulas imaginativas que permitiesen 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 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* (85). 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 este 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

(85) Vid. FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE, Voz «Derecho Civil de Galicia», *op. cit.*, págs. 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 ALVAREZ (vid. STOLLE Y ALVAREZ, V., «De la compañía gallega», en *RGLJ*, T. 68, 1886, pág. 57).

mejorado exclusivamente los hijos comunes de delegante y delegatario) a través de la potenciación de la autoridad del cónyuge viudo (86), 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 (87), constituyendo la delegación de la facultad de mejorar el complemento ideal de la mejora de labrar y poseer.

III.2. LA DELEGACIÓN AL CÓNYUGE VIUDO DE LA FACULTAD DE MEJORAR

III.2.A. Designación y revocación

III.2.A.a. Forma de la designación

El artículo 141 de la LDCG expresamente dispone que el nombramiento del cónyuge como delegatario de la facultad de mejorar que corresponde al premuerto puede realizarse en testamento o, *incluso*, en capitulaciones matrimoniales. Caso, este último, que no supone ninguna novedad respecto a lo previsto en el artículo 831 del Código Civil (ni siquiera en su redacción original) y tampoco supone una excepción al principio del personalismo —formal— del negocio testamentario sentado en el artículo 670 del Código

(86) En efecto, el paisano gallego valora la capacidad de trabajo y la vocación de cada uno de sus hijos 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).

(87) 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 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 haberl 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).

Civil (88). En concordancia con esta previsión, el artículo 113.2 de la LDCG prevé que las capitulaciones matrimoniales pueden contener cualquier estipulación relativa al régimen sucesorio y, en el inciso final del artículo 129 de la misma Ley, a propósito de la regulación del *pacto de mejora* (89), se alude expresamente a la delegación de la facultad de mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales. En efecto, esta previsión puede 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 Código Civil 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 puede formar parte del contenido de cualquier tipo testamentario —cualquiera que sea la forma testamentaria empleada (así resulta de la aplicación de los principios generales que rigen en materia de contenido del testamento, pero también, si alguna duda surgiese, de los antecedentes legislativos del art. 141 de la LDCG, constituidos por el art. 159.2 del texto articulado presentado al Parlamento de Galicia en 1991 por la autodenominada «*Comisión non permanente de Dereito civil de Galicia*» en el que expresamente se decía que la delegación de la facultad de mejorar podía contenerse *en testamento mancomunado o no*; al tiempo que no empece esta afirmación la previsión con la que se inicia del art. 136 de la LDCG, de la que ya me he ocupado, puesto que, como antes quedó expuesto, cuando dice que el testamento abierto podrá ser por comisario, ello no significa que necesariamente el llamado testamento por comisario sea un testamento abierto notarial)—.

La designación o el nombramiento como delegatario de la facultad de mejorar habrá de recaer necesariamente en el cónyuge del designante. El artículo 141 de la LDCG se refiere a éste como el *cónyuge no testador*. La expresión utilizada adolece de cierto grado de incorrección técnica por un doble motivo: porque la designación puede realizarse en capitulaciones matrimoniales y, fundamentalmente, porque parece que el nombrado no puede ser, a la vez, testador, lo que excluiría la posibilidad de delegar la

(88) En este sentido, vid. ASÚA GONZÁLEZ, C. L., *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.

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

facultad de mejorar en testamento mancomunado, lo que no parece razonable ni justificado, puesto que el testamento mancomunado constituye un instrumento idóneo para establecer esta previsión recíprocamente o no. Por ello sería más adecuado que el precepto estableciese la posibilidad de designar al *cónyuge del testador*, y por ello también hemos de compartir el juicio de PÉREZ ALVAREZ al respecto, en el sentido de que teniendo aquella expresión su origen en una defectuosa adaptación de la previsión realizada en el texto propuesto en 1991 por el *Consello da Cultura Galega* (en el que se hablaba del «*cónyuge do testador*»), no permite fundar en ella únicamente la exclusión del testamento mancomunado como instrumento idóneo para formalizar la delegación de la facultad de mejorar (90).

III.2.A.b. Revocación de la designación realizada

Si la designación del cónyuge como delegatario de la facultad de mejorar 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 delegante, 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 delegación de la facultad de mejorar y en uno posterior no se dispone nada al respecto, la aplicación de la disposición contenida en el artículo 739 del Código Civil implica que aquella previsión queda también revocada por el testamento ulterior perfecto; si bien 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 cuando dispone expresamente el respeto a las legítimas y mejoras que instituya el propio causante delegante (91).

En el caso de que la delegación 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 nego-

(90) PÉREZ ALVAREZ, M. A., «Comentario a los artículos 141 y 142 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1116. La libertad de la forma testamentaria utilizada es 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., *Dereito civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995)*, *op. cit.*, pág. 275.

(91) En este sentido, CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 147.

cio 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 Código Civil) 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 delegación, de manera que la aplicación de este precepto determina la irrevocabilidad de la delegación de la facultad de mejorar en el caso de que el delegatario se niegue a otorgar capitulaciones modificativas. En este caso, el cónyuge delegante aunque lo desee no puede revocar aquella designación formalmente, viéndose constreñido a acudir al expediente de dejar sin contenido material aquella delegación mejorando y distribuyendo todos sus bienes en el testamento que otorgue (92). Una interpretación posibilista y plausible ha sido ensayada desde el notariado gallego, permitiendo que la delegación sea destruida, aun habiendo sido otorgada en capitulaciones matrimoniales, por la sola voluntad del cónyuge delegante, 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 (93). En el Derecho Civil territorial común, DIEZ-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 aquélla una estipulación relativa al régimen económico-matrimonial (94).

En el caso de que exista un testamento anterior a la fecha de otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales en las que se contiene la delegación de la facultad de mejorar, esta delegación quedará vacía de contenido, salvo que se trate del supuesto de partija de la herencia otorgada en documento público posterior a aquél testamento (95).

(92) 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 ALVÁREZ, M. A., «Comentario a los artículos 141 y 142 de la LDCG», *op. cit.*, pág. 1120.

(93) CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 147.

(94) DIEZ-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Ed. Tecnos, Madrid, 1997 (7.^a edic.), pág. 469.

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

III.3. CONDICIONES SUBJETIVAS DEL DELEGATARIO

De acuerdo con lo ya dicho, el delegatario de la facultad de mejorar habrá de ser necesariamente cónyuge del delegante. Esta exigencia, que es común al Derecho Civil territorial común y al propio de Galicia, hunde sus raíces en la necesaria confianza que funda la delegación y que se vincula a la *affectio maritalis*. El tenor de los artículos 141 de la LDCG y 831 del Código Civil excluye la posibilidad de delegar la facultad de mejorar entre integrantes de una pareja de hecho (96).

No se requiere que el cónyuge delegatario sea usufructuario universal de la herencia. Es evidente que si lo es también puede concurrir en él la titularidad de la facultad que nos ocupa y en este sentido exclusivamente ha de entenderse la mención extemporánea que a la facultad de mejorar en el cónyuge supérstite usufructuario universal de la herencia se realiza en el pf. 2.º del artículo 159 de la LDCG, al tiempo que se previene que, como en este caso no existen intereses contrapuestos, el cónyuge usufructuario universal puede ser designado contador-partidor de la herencia de su difunto consorte; pero esto no significa, en ningún caso, que sólo si es usufructuario universal (ex arts. 118 y sigs. de la LDCG) puede recibir aquella delegación.

Se exige, por lo tanto, la preexistencia de un vínculo matrimonial válido entre delegante y delegatario. En consecuencia, el nombramiento decae en los casos de nulidad y de divorcio. De aquí también que, como subsiste el vínculo, la separación judicial (por supuesto, tampoco la de hecho) no afecta al mantenimiento de la eficacia de la delegación. Sin embargo es claro que en estos casos ha quebrado el principio de confianza entre delegante y delegatario que funda aquella delegación y, por ello, acaso sea conveniente pensar en posibilistas soluciones que no resultan del tenor literal de los preceptos reguladores de esta categoría, pero sí de otros que pueden ampararlas fundadamente. En esta dirección algunos autores (97) han propuesto

(96) 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, del conviviente *more uxorio* supérstite al cónyuge viudo, COIRA 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 ALVAREZ 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 ALVAREZ, M. A., «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).

(97) En el Derecho Civil territorial común, entre otros, Díez-Picazo, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», vol. IV, *op. cit.* (7.ª edic.), pág. 469.

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 aquel fundamento desaparece también con la separación de hecho, parece razonable sostener que, aunque *prima facie* de la letra de la ley no resulte esta solución, tanto la separación de hecho, como la judicial, provoquen la revocación *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 pf.* 2.º del art. 106 del Código Civil con los demás poderes y consentimientos que se hayan otorgado entre sí los cónyuges constante el matrimonio). Con amparo también en el artículo 106 del Código Civil, podría sostenerse también que la simple admisión de la demanda de separación, de divorcio o de nulidad se produce la revocación de la atribución de aquella delegación, a la espera del resultado del pleito. Si bien ha de reconocerse que la interpretación sostenida puede ser discutida *de lege data*, de lo que creo que no cabe dudar es de la aplicación analógica del artículo 835 del Código Civil en aquellos supuestos en los que el fallecimiento del cónyuge delegante sobreviene estando pendiente pleito de divorcio o de nulidad, en cuyo caso aquel precepto previene en orden a determinar si el cónyuge supérstite conserva derechos sucesorios *abintestato* en el caso de existir demanda de separación judicial, que habrá de esperarse al resultado del mismo, siendo esta una solución generalizada en las legislaciones territoriales comparadas en relación con los derechos sucesorios del cónyuge supérstite (así, como ejemplo ilustrativo, puede tomarse en consideración la previsión contenida en el *pf.* 2.º del art. 381.1.º del CSCM de Cataluña a propósito de la regulación de los supuestos en los que el cónyuge supérstite no tendrá derecho a reclamar la *cuarta vidual*).

Acaso aquella razón en la que se sitúa el fundamento de la institución es la que justifica también que, tanto en la LDCG, como en el Código Civil, 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. En efecto, si el viudo delegatario contrae nuevas nupcias pierde la facultad de mejorar (último inciso del art. 142 de la LDCG). Similar es la regulación que se contiene en el artículo 159.3 de la LDCG, en el que se prevé que el cónyuge al que le haya sido atribuida la facultad de realizar la partición de la herencia, haya sido nombrado contador-partidor o le haya sido delegada la facultad de mejorar, sólo podrá ejercitar las facultades que tales designaciones conllevan mientras que permanezca en estado de viudedad. Sin embargo, como es únicamente el estado civil de viudo el que se tiene en cuenta en orden a

mantener o perder la titularidad de la facultad de mejorar, 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 posteriores nupcias, cuando *lleve vida marital de hecho o tenga un hijo no matrimonial*, de manera que se incluyen las uniones no matrimoniales como causa de extinción de aquella atribución también basada indudablemente en la confianza recíproca entre los cónyuges.

Precisamente la lectura del precepto citado de la LDCFPV nos pone en la pista de una cuestión no resuelta expresamente por el legislador gallego, aunque sí por el vasco, resultando de la previsión expresa de éste y del silencio de aquél, soluciones opuestas. Se trata de la posibilidad de que expresamente el cónyuge delegante dispense de la interdicción de contraer nuevas nupcias que recae sobre el cónyuge supérstite si quiere conservar la facultad de mejorar. El legislador vasco 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 —el nombramiento subsista pese a las nuevas nupcias— (art. 48.4 de la LDCFPV). En el caso gallego no existe tal previsión, de manera que la presunción 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, justifica 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 trata de una norma de carácter imperativo (98) y por lo tanto no es susceptible de derogación negocial singular. De esta naturaleza de la norma que nos ocupa no parece caber duda —otra cosa es que

(98) 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 posibilita que los bienes respecto de los que puede ejercitarlas 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 que esto es así se permite que mediante disposición expresa del cónyuge causante, se permita al supérstite 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—.

fuese deseable que revistiese otro carácter (99)— y ello fundamentalmente porque cuando el legislador gallego 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, a propósito de la extinción del usufructo viudal universal por nuevo matrimonio, causa respecto de la que admite expresamente *pacto o disposición en contrario*].

En lo que sí parece haber acuerdo doctrinal es que no resulta aplicable a la extinción de la delegación de la facultad de mejorar la causa contemplada en la letra d) del artículo 127 de la LDCG como causa de extinción del usufructo viudal: el *grave y reiterado incumplimiento de los deberes familiares*.

III.4. EJERCICIO DE LA FACULTAD DELEGADA

III.4.A. *Carácter personalismo de la facultad delegada*

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 delegatario (así se previene expresamente en el inciso 1.º del art. 142 de la LDCG), 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 de mejorar 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 *monis causa*, aunque, como veremos, sí es susceptible de ser ejercitada mediante negocio jurídico con eficacia *monis causa*.

Existiendo viudo delegatario de la facultad de mejorar y no habiendo concurrido causa alguna que determine la extinción de esta delegación, 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 164 de la LEC y cuya posibilidad determinaría el dejar sin contenido objetivo la facultad delegada.

(99) En este sentido se han pronunciado, v.gr., CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.ª J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 151.

III.4.B. *Contenido objetivo de la facultad de mejorar*

III.4.B.a. Elenco de facultades ínsitas en la de mejorar

El artículo 141 de la LDCG dispone que el viudo delegatario puede distribuir, en el ejercicio de la facultad que le ha sido delegada, los bienes del difunto y mejorar con ellos, *a su prudente arbitrio*, con el límite constituido por el respeto a las legítimas y a las mejoras que hubiese constituido el causante, a cuyos efectos podrá señalar los bienes integrantes de la herencia del causante que habrán de integrar la cuota hereditaria de cada uno de sus sucesores. En consecuencia las facultades del viudo delegatario son más amplias que las propias de un mero contador-partidor, actuando en la distribución de la herencia como podría haberlo hecho el propio delegante de acuerdo con la previsiones sobre la partición de la herencia realizada por el propio testador contenidas en el artículo 157 de la LDCG y no solamente con las facultades que al contador-partidor designado por el testador atribuye el artículo 159 de la misma LDCG en la partición de la herencia. En consecuencia, integran el haz de facultades del viudo delegatario de la facultad de mejorar las siguientes:

1.^a) Ejercicio de la facultad prevenida en el artículo 130 de la LDCG en orden a conservar indivisa la explotación agrícola, fabril, industrial o comercial, adjudicando íntegramente el *lugar acasado* o la explotación económica de que se trate a cualquiera de los hijos o descendientes. Esta facultad se complementa con la de pagar las legítimas en metálico, lo que podrá hacer, además de en el caso que nos ocupa (el previsto en el art. 130 como corolario del derecho de labrar y poseer), en todos los supuestos enunciados en el artículo 149.1 de la LDCG: cuando el causante así lo disponga expresamente; lo acuerden convencionalmente el legitimario y el obligado al pago y en el caso de que así se acuerde en el pacto de mejora. En efecto, el fundamento de la delegación de la facultad de mejorar aboga porque la posibilidad de pago en metálico de la legítima se admita en supuestos distintos a los prevenidos expresamente en aquel precepto, pues los poderes del viudo se equiparan, en el caso de la delegación de la facultad de mejorar, a los del testador y se someten a las mismas reglas (100).

2.^a) Adjudicación a alguno de los herederos de bienes por un valor que no se corresponda con la cuota de participación en la herencia que le

(100) Para el ámbito del Derecho Civil territorial común, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, págs. 134 y 135. En sentido contrario, SECO CARO, E., *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo*, Barcelona, 1960, pág. 189, nota núm. 1.

haya sido atribuida en el testamento, de acuerdo con la previsión que para el caso de la partición realizada por el propio testador se contiene en el artículo 158 de la LDCG.

3.^a) Si el cónyuge delegante no ha instituido herederos, el viudo delegatario 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 (101).

De lo expuesto se deriva con claridad que el cónyuge delegatario únicamente recibe del causante una titularidad de disposición sobre los bienes en los que puede mejorar o distribuir entre los hijos comunes (102). Es por ello que su posición jurídica es subsumible en el supuesto contemplado en el pf. 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 de mejorar o de distribuir los bienes, 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) (103).

Entre las facultades que no puede ejercitar el cónyuge supérstite delegatario merece ser recordada la improcedencia 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 LEC/2000 para la liquidación del régimen económico-matrimonial.

(101) En este sentido, CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.ª J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 154.

(102) 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».

(103) 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, § 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».

IIIAB.b. Bienes sobre los que puede ejercitarse

En orden a dar respuesta a la cuestión atinente a qué bienes puede distribuir el viudo delegatario, el artículo 141 de la LDCG no nos proporciona elementos que permitan una solución perfectamente cerrada. En efecto, en este precepto únicamente se dice que al cónyuge supérstite puede atribuírsele la facultad de mejorar al objeto de que pueda distribuir *los bienes del difunto*, a lo que añade expresamente que puede también *mejorar en ellos* a los hijos comunes. Con ello lo que se quiere significar es que el delegatario puede realizar distribuciones desiguales de los bienes del causante entre sus hijos y descendientes, quedando únicamente limitada su facultad distributiva por las mejoras y demás disposiciones expresas realizadas por el propio causante y por la necesaria distribución igualitaria del tercio de legítima estricta. Es esta la interpretación más 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. Frente a ella, se ha preconizado por un reducido grupo de autores que se pronuncian sobre el artículo 831 del Código Civil, tanto en su redacción original, como en la vigente, que la facultad de mejorar del cónyuge viudo sólo se refiere al tercio de mejora, de manera que, a falta de disposición expresa del causante, el tercio de libre disposición habría de distribuirse de acuerdo con las normas propias de la sucesión intestada (104).

III.4.C. *Ambito subjetivo de ejercicio*

De acuerdo con el tenor literal del artículo 141 de la LDCG, cuya redacción está recogida directamente del artículo 831 del Código Civil en este aspecto, el viudo puede ejercitar la facultad de mejorar y distribuir los bienes respecto de los hijos comunes habidos entre él mismo y el causante delegante, y ello con independencia de que puedan existir otros hijos del cónyuge delegante o del propio cónyuge supérstite delegante. Esta precisión no resulta discutible. Más problemático resulta determinar si con la expresión *hijos comunes* utilizada se están comprendiendo también como posibles

(104) En este sentido, sobre la redacción original del artículo 831 del Código Civil, SÁNCHEZ-ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, T. VI, vol. 2.º, Sucesores de Rivadeneira, Madrid, 1910, pág. 88 y sigs.; y, vigente la redacción actual, LASARTE ALVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, T. 7.º (*Derecho de sucesiones*), Ed. Trivium, S.A., Madrid, 2001 (2.ª edic.), pág. 270.

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. La respuesta adecuada exige distinguir tres posibles supuestos distintos, prescindiendo de la interpretación literalista de la expresión (105):

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 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 (106).

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

(105) Interpretación literalista sostenida 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. 1219; ALPAÑES, E., «La delegación de la facultad de mejorar», en *RGLJ*, núm. 194, 1953, pág. 307.

(106) 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.], págs. 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).

la cuestión suscitada (107): 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 superviviente la facultad de realizar la partición 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) explicita 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, 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); 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

(107) 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 ALVAREZ, M. A., «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.*, págs. 200 y sigs.; DÍAZ FUENTES, A., «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones *monis 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, págs. 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 PORTÓLES, 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 decidendi*», en *RGD*, 1983, págs. 973 y 974; ALBALADEJO GARCÍA, M., «La mejora del nieto», en *Act. Civ.*, 1997, 4, págs. 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 A., «Comentario al artículo 831 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil* (R. Bercovitz, dir.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 987.

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 (108). 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.g., 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 (109).

En el caso de que concurran hijos comunes del causante delegante y del cónyuge supérstite delegatario con hijos de aquél exclusivamente, la facultad del viudo subsiste pero únicamente en relación con el caudal hereditario atribuido por el propio testador, o tras la realización de las oportunas operaciones particionales, a los hijos comunes.

III.4.D. *Momento de ejercicio*

También en este aspecto, al igual que se prevé en el artículo 831 del Código Civil, el legislador gallego prescribe que para determinar el plazo en el que el cónyuge delegatario 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 (art. 143 de la LDCG). Se trata de una previsión que revela el pleno carácter dispositivo de esta precisión por el causante, sin que existan otras limitaciones legales respecto de la fijación de este plazo, de donde se deriva que la delegación pueda tener carácter vitalicio, pues con ella no se infringe el principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima en tanto en cuanto cada uno de los legitimarios puede recla-

(108) En efecto, GARCÍA GOYENA, en sus *Concordancias motivos y comentarios...*, al artículo 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*».

(109) MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, E., *Las particularidades de Derecho patrimonial en el Noroeste de España, ante la Compilación gallega y el Código Civil (Comentario al texto foral)*, Becerreá, 1964, pág. 194.

mar su legítima. La atribución con carácter vitalicio de la delegación de la facultad de mejorar no supone tampoco una contravención de lo establecido en el artículo 1.051 del Código Civil, pues con ella no se obliga a ninguno de los coherederos a permanecer en la comunidad hereditaria indivisa.

En defecto de voluntad expresa del delegante fijando el plazo de ejercicio de la facultad de mejorar por su cónyuge supérstite, supletoriamente se establece el plazo de un año contado desde el momento de la apertura de la sucesión y, para el caso en que haya hijos comunes menores —parece que en este caso esta expresión ha de identificarse exclusivamente con los descendientes comunes de primer grado—, desde el momento de la emancipación del último de ellos.

Pendiente el ejercicio de la facultad de mejorar delegada, se suscita la cuestión atinente a la administración y llevanza en general del caudal relicto. En el caso de que el cónyuge delegatario tenga, además, la condición de usufructuario universal de la herencia, la administración de los bienes hereditarios le corresponderá a él (110). 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 hay fijación de cuotas hereditarios 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*— (111). 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 (112).

En todo caso, si tras el fallecimiento del delegante y antes de que el cónyuge supérstite ejercite la facultad 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 delegación decae, pues en estos casos surgiría un

(110) 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 pf. 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.

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

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

evidente conflicto de intereses entre el cónyuge supérstite delegatario 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 sean objeto de una reserva lineal a favor de los hijos comunes supérstites, ex artículo 811 del Código Civil (113).

III.4.E. *Modo de ejercicio*

La mejora —y/o distribución— puede ejercitarla el cónyuge viudo delegatario tanto mediante actos de eficacia *inter vivos* —y ello aunque la rúbrica que encabeza los arts. 141 a 143 de la LDCG pudiese hacer pensar *prima facie* en la imposibilidad de este tipo de negocios, el último de estos preceptos lleva a pensar que, también en el Derecho Civil de Galicia, éstos serán habituales para el ejercicio de la facultad delegada—, como *monis causa* (114). En el primer caso cabe que la ejercite en un solo acto o que lo haga sucesivamente y, en el segundo, es posible su ejercicio a través de pactos sucesorios como el de mejora (ex art. 128 de la LDCG) o en el testamento del propio delegatario. En el caso de que el delegatario muera sin ejercitar su facultad, se abrirá la sucesión intestada del premuerto o se diferirá la herencia a los llamados en el testamento del cónyuge delegante. Esto mismo sucederá en el caso en que el delegatario haya ejercitado la facultad de mejorar en un testamento posteriormente revocado por otro en el que no ejercita aquella facultad.

III.5. TRIBUTACIÓN EN EL IMPUESTO DE SUCESIONES DE LOS BIENES HEREDITARIOS QUE SON OBJETO DE LA FACULTAD DE MEJORAR DELEGADA

A falta de una norma expresa, tanto en la Ley reguladora del impuesto de sucesiones (Ley 29/1987, de 18 de diciembre), como en su Reglamento, que contemple la situación creada cuando se atribuye al cónyuge supérstite la facultad de mejorar a los descendientes comunes a efectos de tributación en este impuesto de la transmisión *monis causa* de los bienes integrantes de la herencia del delegante, por el notariado gallego se ha preconizado la

(113) DÍAZ FUENTES, A., «Dereito civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995)», *op. cit.*, pág. 281. Este autor pone de relieve como 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 legislado gallego y la delegación de la facultad testatoria prevista, *v.gr.*, en los artículos 164 y sigs. de la LDCFPV.

(114) Vid., por todos, DÍAZ FUENTES, A., «Dereito civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995)», *op. cit.*, págs. 277 a 279.

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 (115). 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 (116).

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

(116) Artículo 54.8 del RISD: «En la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se gire a cargo del cónyuge superviviente, 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 particularidades fiscales de la sucesión *monis 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 substantivo 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,

Sin embargo, la propuesta no nos parece 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 (117) y ello sin perjuicio de que esta norma pueda considerarse que infringe el principio de jerarquía normativa, en tanto que se trata de una norma reglamentaria que no se 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 (118). Es precisamente en el supuesto de hecho de esta norma en la que, a mi juicio, ha de 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 pf. 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

de manera que la determinación de los hechos imponible 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.).

(117) 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.

(118) SOLCHAGA LOTTEGUI, 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.

fallecimiento del causante. 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 en que concurra una condición suspensiva en sentido estricto y, en el caso del artículo 141 de la LDCG, 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 quiénes 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 (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* (119). La propuesta parece acertada para todos aquellos casos, que se me antojan frecuentes en el Derecho Civil propio de Galicia, en los que en el cónyuge delegatario 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.

IV. LAS MEJORAS TESTAMENTARIAS Y LOS LEGADOS

IV.1. CONSTITUCIÓN UNILATERAL o TESTAMENTARIA DEL USUFRUCTO VIDUAL UNIVERSAL Y DE LAS MEJORAS

Con origen en el «Texto articulado» presentado al Parlamento gallego en 1991 por la *Comisión non permanente de Dereito Civil galego* que, en este aspecto, presentaba una sistemática más adecuada en tanto que distinguía nítidamente la constitución del usufructo vidual universal y del derecho de labrar y poseer por pacto y en testamento, el pf. 1.º del artículo 144 de la LDCG precisa que el testador puede ordenar cualquiera de estas atribuciones patrimoniales de manera unilateral y como disposiciones a título singular. En efecto, así resulta del término *testador* utilizado —lo que denota que el negocio jurídico en el que se establecen tales disposiciones es el testamento— y de la previsión expresa que lo haga mediante *legado*. En consecuencia, tanto el usufructo vidual universal como la mejora de labrar

(119) 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.

y poseer pueden ser disposiciones constituidas testamentariamente, además de que puedan constituirse mediante pacto sucesorio. Es ésta precisamente la finalidad del precepto que ahora nos ocupa pues, como es sabido, ambas instituciones son reguladas por el legislador gallego bajo la rúbrica de *los pactos sucesorios*, integrando, junto con el apartamiento, el contenido de este Capítulo 2.º del Título VIII de la LDCG (arts. 118 a 127 y 130 a 133, respectivamente). La previsión de la posibilidad de constituir mediante legado el usufructo universal del cónyuge viudo se presenta como técnicamente adecuada, puesto que el cónyuge viudo en tanto que usufructuario de parte, o de todos los bienes de la herencia, no es heredero, sino sucesor a título singular. Respecto a la previsión de que la mejora de labrar y poseer regulada en los artículos 130 a 133 de la LDCG pueda atribuirse testamentariamente en forma de legado, ha de hacerse extensiva a cualquier otro tipo de mejora, sin que este modo de constitución haya de restringirse a labrar y poseer.

IV.2. CONTENIDO DE LA MEJORA DE TERCIO Y QUINTO

El pf. 2.º del artículo 144 de la LDCG define el *quantum* de la mejora de tercio y quinto —la llamada mejora *por la vieja* entre nuestros paisanos, en alusión al sistema legitimario imperante antes de la entrada en vigor del Código Civil y que resulta de utilización generalizada en la ordenación de la sucesión de las explotaciones agrarias si admitimos los datos que nos suministran nuestros más prestigiosos antropólogos (120)— como mejora de cuota hereditaria que comprende íntegramente el tercio de mejora y las dos quintas partes del tercio de libre disposición que equivalen, de acuerdo con este precepto, a las siete quinceavas partes del *capital líquido* de la herencia. Es precisamente en esta última precisión en la que radica la disintonía de la previsión de este precepto con la que se hace en el número 3.º del artículo 130 de la LDCG al regular el contenido de la mejora de labrar y poseer en sede de regulación de los pactos sucesorios. En efecto, en este último precepto se establece la equivalencia de la mejora de labrar y poseer pactada con las siete quinceavas partes de la *hacienda hereditaria*. Expresión esta última que equivale a la contenida en el derogado artículo 84 de la Compilación de Derecho Civil de Galicia de 1963 en el que, también en sede de regulación del derecho de labrar y poseer, se establecía la misma equivalencia de esta mejora con el contenido de las 7/15 partes de la *herencia*. Es esta

(120) Entre otros, LISÓN TOLOSANA, C., *Antropología cultural de Galicia*, Ed. Siglo XXI de España Editores, S.A., Madrid, 1971, págs. 173 y sigs.; MARINO FERRO, X. R., *Antropología de Galicia*, Ed. Xerais, S.A., Vigo, 2000, págs. 295 y sigs.

interpretación de la expresión *hacienda hereditaria* utilizada en el artículo 130.3 como equivalente al íntegro patrimonio del causante la que parece ha de asumirse frente a la posibilidad representada por hacerla equivaler a la explotación agrícola, fabril, industrial o comercial que constituye el objeto de la mejora de labrar y poseer, pues ésta resulta incongruente con lo dispuesto en los dos primeros números del propio artículo 130 de la LDCG. Pero referir la mejora al patrimonio íntegro del causante tampoco parece acomodarse a las reglas generales imperantes en orden al cálculo y fijación de las cuotas hereditarias que corresponden a cada sucesor *monis causa*, pues es sabido que éste se hace sobre el activo líquido de la herencia, formado por la adición de *relictum* y *donatum* y no sobre el patrimonio existente en el momento de la apertura de la sucesión (121).

En la contradicción expuesta existente entre las previsiones de los artículos 130.3 y 144.2, ambos de la LDCG, parece pues que ha de darse preferencia a este último puesto, que es el que se adecúa a la regla general en materia de cálculo y fijación de la masa hereditaria (122); salvo que se quiera pensar que si la mejora de labrar y poseer se pacta tiene un contenido y si se atribuye como legado testamentario otro distinto. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que el artículo 144.2 de la LDCG es una norma de naturaleza interpretativa de la voluntad del causante que, por lo tanto, ha de ceder ante la expresa voluntad de éste en sentido contrario (123).

IV.3. VALOR INTERPRETATIVO E INTEGRADOR DE LA COSTUMBRE RESPECTO DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

El legislador gallego de 1995 ha cerrado el Capítulo de la LDCG destinado a la regulación *de la sucesión testada* con una norma de naturaleza estrictamente interpretativa y de integración de la voluntad del disponente, en la que se limita a remitirse a las normas de este mismo carácter contenidas en el artículo 133 de la LDCG en sede de pactos sucesorios —estipulaciones en el pacto de mejora que hagan referencia a instituciones consue-

(121) Vid. una exposición sistemática de esta materia en CARBALLO FIDALGO, M., «La legítima en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Act. Civ.*, núm. 45, 3 a 9 de diciembre de 2001.

(122) CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 160. Esta interpretación resulta acorde con lo que es habitual entre los testadores gallegos, según nos informa FUENMAYOR (FUENMAYOR CHAMPÍN, A. DE, Voz «Derecho Civil de Galicia», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, *op. cit.*, pág. 246).

(123) GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Comentario al artículo 144 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.*, pág. 1137.

tudinarias gallegas—, precisando que serán también de aplicación para interpretar e integrar las disposiciones testamentarias. En efecto, el artículo 145 de la LDCG tiene como único contenido declarar aplicables las normas de interpretación e integración contenidas en el artículo 133 de la LDCG a propósito del pacto de mejora a las disposiciones testamentarias. Esta remisión supone que para integrar el contenido de instituciones propias del Derecho consuetudinario gallego habrá de acudirse, en primer lugar, a las previsiones expresas que se contienen en la LDCG y, en defecto de éstas, a los usos y costumbres *del lugar* (repárese especialmente que la remisión es a la costumbre local y no a la general). Esta regulación parece situar los medios objetivos de interpretación —normas legales, usos y costumbres— de las disposiciones testamentarias por encima de la interpretación subjetiva que preconiza el artículo 675 del Código Civil al situar el centro de gravedad de la interpretación del negocio jurídico testamentario en la búsqueda de la voluntad del testador. La doctrina que ha interpretado estos preceptos ha puesto de manifiesto que también en Galicia lo determinante es la voluntad del testador y ésta se constituye en el *leimotiv* de la interpretación del testamento, de manera que sólo se acudirá a aquellos medios objetivos en el caso de que de la voluntad del testador reflejada en el testamento no es posible determinar el alcance de determinada institución. A mi juicio, esto es así por la propia esencia y naturaleza de las disposiciones testamentarias y no porque se aplique supletoriamente el Código Civil, puesto que si existe norma de Derecho Civil propia de Galicia acerca de la interpretación de determinadas cláusulas, no cabe acudir a la aplicación supletoria de aquél. Esto no quiere decir que la cita de los instrumentos de interpretación a los que ha de acudirse prohíba el recurso a otros distintos cuando éstos no sean suficientes y, en este caso, sí cabría la aplicación supletoria del Código Civil *ex* artículos 22.2 y 3 de la LDCG (124).

Algunas de estas instituciones para cuya interpretación el artículo 133 de la LDCG se remite al articulado de la misma y, en su defecto, a los usos y costumbres locales, aparecen enunciadas a título ejemplificativo en este mismo precepto, tratándose de categorías o instituciones que pertenecen al Derecho Civil propio de Galicia que tienen un contenido propio en éste y que muchas de ellas han sido objeto de regulación en la propia LDCG —es el caso de la institución de la *casa* (arts. 9, en el que se establece que la *casa petrucial* y sus anejos constituyen un patrimonio indivisible, 5 y 131); el *casar para casa* (art. 101.2), la *mejora de labrar y poseer* (arts. 130 y 144.2) o la *compañía familiar* (arts. 100 a 111)— y otras han sido objeto de precisión por la jurisprudencia del TSJG (*v.gr.*, entre otras muchas, la de

(124) En este sentido también, CORA GUERREIRO, J. M./GIL CABALLERO, M.^a J., «Del testamento por comisario», *op. cit.*, pág. 160.

12 de mayo de 2000 [RXG, núm. 27, § 114], a propósito de la indivisibilidad de la *casa petrucial*).

V. PROPUESTAS PARA LA REVISIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA SUCESIÓN TESTADA EN LA LDCG/1995

En un momento en el que, por las razones expuestas al inicio de este estudio, soplan vientos de reforma de la LDCG/1995, no me parece adecuado limitar mi exposición a la exégesis de sus preceptos, y en el *balance de un lustro* de vigencia y aplicación de las normas objeto de exposición. Es por esta situación por lo que estimo pertinente realizar un análisis, siquiera somero, de aquellos aspectos de su regulación que merecen ser objeto de revisión por el legislador. Apenas diez días después de la exposición pública de este estudio como ponencia en el seno de un Curso de verano organizado por la UNED el día 19 de julio de 2001, vio la luz el texto articulado que constituye el documento inicial cara a la posible modificación de la LDCG/1995 elevado por la Comisión designada *ad hoc* al *Conselleiro de Xustiza, Interior e Relacóns Laboráis* de la Xunta de Galicia el día 28 de julio de 2001, y al que ya hemos hecho alusión en repetidas ocasiones a lo largo de esta versión escrita de aquella ponencia. Sin prejuicio acerca de la existencia de este documento de trabajo y de la posterior celebración del «III Congreso de Derecho Gallego», considero que las propuestas que *de lege ferenda* formulara el día 19 de julio de 2001, aun habiendo sido asumidas algunas de ellas por el prelegislador gallego, continúan vigentes, y es por ello por lo que no me resisto a incluirlas en esta versión escrita. Aquellas propuestas son básicamente las que siguen:

1.^a) En el ámbito de las *disposiciones generales* aplicables a la sucesión testamentaria, el vigente artículo 136 de la LDCG ha de ser reformado en los dos aspectos que regula. Especialmente ha de serlo su pf. 1.º en tanto que, como se ha puesto de manifiesto, introduce más problemas que los que soluciona, de manera que el legislador gallego debiera ofrecer una respuesta expresa a la cuestión atinente a la forma del testamento mancomunado (el *prelegislador* gallego de 2001 se inclina en el texto articulado a que vengo aludiendo por la exigencia de la forma abierta notarial), así como precisar que la regulación que se hace del testamento abierto notarial no excluye las otras formas *no ordinarias* de este tipo de testamento. En cuanto al contenido de la regulación de la intervención de testigos en los testamentos abiertos notariales, de mantenerse, acaso fuese conveniente precisar la aplicación de los artículos 681 y 682 del Código Civil en orden a la determinación de sus condiciones subjetivas de idoneidad, en caso de no optar por una regulación propia y distinta de ésta. Con menor intensidad procede

tomar en consideración la necesidad de que el caso del testador *enteramente sordo* sea tenido en cuenta como supuesto en el que se requiera la presencia de testigos instrumentales.

2.^a) Sería conveniente que el legislador gallego tomase en consideración la realidad social de la existencia de uniones estables de pareja —del mismo modo que, por cierto, ya lo ha hecho en el art. 4.2 y 3 de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, de *mediación familiar* (BOE, núm. 157, de 2 de julio)—, de igual manera que lo han hecho la práctica totalidad de los legisladores autonómicos con competencias en materia de legislación civil (125), en la regulación del Derecho de sucesiones que ha de ser especialmente sensible a las necesidades de las *familias*, con independencia de que éstas se estructuren o no en torno a la institución matrimonial, ofreciéndoles cauces adecuados para ordenar las transmisiones *monis causa* de los bienes pertenecientes a alguno de sus miembros. En particular, esta exigencia se muestra con toda su virulencia a propósito de la capacidad para otorgar testamento mancomunado, pero también puede tener su relevancia en relación con la posibilidad de designar delegatario de la facultad de mejorar al conviviente supérstite y, en todo caso, como causa de pérdida de esta condición cuando el delegatario forme parte de una unión estable de pareja —conveniencia que admiten incluso aquellos autores que con mayor virulencia denostan la toma en consideración de esta categoría a otros efectos—.

3.^a) En cuanto a la regulación en concreto del testamento mancomunado, además de la necesidad de aclarar la exigencia o no de alguna forma en que haya de otorgarse, es necesario que el legislador gallego precise los efectos de las crisis matrimoniales posteriores a su otorgamiento; aclare el significado conjunto de los últimos dos incisos del artículo 139.2 de la LDCG en orden a precisar cuándo puede acudirse a la notificación de la revocación por edictos de manera eficaz; corregir el tenor del artículo 140 de la LDCG precisando que, tras el fallecimiento de uno de los cootorgantes, las disposiciones recíprocamente condicionadas son irrevocables *salvo* que hubiesen sido otorgadas a favor de persona incapaz de heredar y, acaso, sería conveniente introducir un concepto normativo de *disposiciones recíprocamente condicionadas* o *correspetivas* al modo en que lo hace el legislador aragonés en el artículo 105 de la LSCMA, así como la precisión de los efectos que para el resto de las disposiciones testamentarias conlleva la nulidad o la anulación de alguna o de algunas de las cláusulas de este tipo.

(125) Sobre el distinto ámbito competencial de los legisladores autonómicos en esta materia, pueden verse mis reflexiones en el epígrafe que cierra mi estudio sobre «Las competencias legislativas de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de Derecho Civil», publicado en la *RXG*, núm. 35, 2002, págs. 61 a 64.

Es necesario también regular expresamente las consecuencias de los actos de disposición *inter vivos* por uno de los cotestadores de bienes contemplados en cláusulas recíprocamente condicionadas.

4.^a) Desaprovechada por el legislador gallego la ocasión que brindaba la Ley de 1995 para reintroducir en el Derecho Civil aplicable en Galicia el auténtico testamento *por comisario* (126), acaso la reforma de aquélla fuese una buena oportunidad para enmendar tal omisión. Sea o no esta la opción del legislador gallego en la proyectada reforma, habrá de adecuar la actual rúbrica de la Sección 3.^a del Capítulo III del Título VIII de la LDCG a su contenido real, manteniéndola si se decide por dar entrada en el entramado institucional de la misma al testamento por comisario —lo que exigiría regular expresamente las fuentes, los límites objetivos, temporales y subjetivos de la facultad testatoria, así como las posibles formas de adjudicación de los bienes y el régimen de ineficacia de la atribución de aquella facultad— (127) o modificándola por otra si decide regular exclusivamente la delegación fiduciaria de la facultad de mejorar. Mantener en los términos actuales esta regulación no tiene sentido alguno en tanto que nada aporta respecto a las previsiones del Código Civil, salvo si con ello se quiere subrayar su carácter de Derecho Civil propio sin posibilidad de que las posibles mutaciones en este ámbito del Derecho Civil territorial común le afecten. Pues bien, aun si la opción del legislador gallego fuese ésta, a la que podemos calificar de mínimos, que parece que no lo va a ser si se toma en consideración el texto prelegislativo de julio de 2001, sería conveniente corregir algunas incorrecciones presentes en el vigente articulado: Suprimir el término «*incluso*» en el primer inciso del artículo 141 de la LDCG para establecer de manera simple y nítida que la facultad de mejorar se puede delegar en testamento o en capitulaciones matrimoniales; sustituir, en el mismo artículo, la expresión «*hijos comunes*» por «*hijos o descendientes comunes*», pues resulta más acorde con la interpretación antes mantenida; establecer el carácter dispositivo de las nuevas nupcias del cónyuge supérstite delegatario como causa de extinción de tal delegación (lo que puede realizarse asumiendo, con las debidas adaptaciones, la disposición contenida en el art. 48.4 de la LDCFPV).

(126) Hecho que no deja de sorprender incluso a autores formados en el Derecho Civil territorial común, como es el caso de RIVAS MARTÍNEZ, quien manifiesta su sentimiento con las siguientes palabras: «*Leyendo este artículo [se refiere a los arts. 141 a 143 de la LDCG] 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).

(127) A favor de esta opción se ha pronunciado el «*III Congreso de Derecho Gallego*».

5.^a) Es necesario armonizar la regulación establecida en los artículos 103.3 y 144.2, ambos de la LDCG, dando preferencia a este último, de manera que la mejora de labrar y poseer abarque, de manera clara y expresa, los 7/15 del capital hereditario líquido.

6.^a) Llevar las normas de claro contenido interpretativo, como son las contenidas en los artículos 133 y 145 de la LDCG, a las disposiciones generales sobre las sucesiones testada y contractual.

7.^a) Por último, sería deseable que el legislador gallego, dando cumplimiento al mandato contenido en el artículo 5.3 del EAG, regulase el idioma del testamento, estableciendo expresamente la posibilidad de redactarlo en cualquiera de las lenguas oficiales, si se trata de testamentos ológrafos o cerrados y estableciendo y regulando la presencia de un intérprete en el caso de que se trate de testamento notarial abierto y el notario desconozca la lengua del testador si no se quiere imponer a los notarios que ejerzan su actividad profesional en Galicia el conocimiento de los dos idiomas cooficiales en esta Comunidad Autónoma. Es cierto 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 CCAA que cuenten con ella ha provocado una derogación sobrevenida de los arts. 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 pueda resultar ilustrativo para el legislador gallego y a esto se debe la referencia que acabo de hacer.

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