

El testamento mancomunado

SUMARIO: TABLA DE ABREVIATURAS.—INTRODUCCIÓN.—I. NOCIONES PREVIAS: 1. CONCEPTO. 2. MODALIDADES Y CARACTERES DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO.—II. LA PROHIBICIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL: 1. JUSTIFICACIÓN LEGAL Y DOCTRINAL DE LA PROHIBICIÓN. 2. ARGUMENTOS PARA LA PROHIBICIÓN: A) *El testamento mancomunado y el principio de unipersonalidad en materia testamentaria*. B) *Revocabilidad*: a) Consideración general, b) La revocabilidad en materia testamentaria y la corresponsabilidad propia de las disposiciones mancomunadas.—III. SIGNIFICADO ACTUAL DE LA PROHIBICIÓN: 1. INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA. 2. CONTEXTO NORMATIVO: A) *Planteamiento*. B) *La antigua prohibición de contratación entre cónyuges*. C) *Derechos forales*. D) *Las soluciones de Derecho Internacional Privado*. E) *El testamento mancomunado en la Ley de 24 de diciembre de 1981*.—3. ARGUMENTO TELEOLÓGICO. 4. ORÍGENES DE LA FIGURA. TRADICIÓN HISTÓRICA. 5. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

TABLA DE ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
ADA	Anuario de Derecho Aragonés.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español.
CC	Código Civil.
CCJC	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil.
Rev. Jur. Navarra	Revista Jurídica de Navarra.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RDN	Revista de Derecho Notarial.
RDP	Revista de Derecho Privado.
REDI	Revista Española de Derecho Internacional.
RGD	Revista General de Derecho.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

INTRODUCCIÓN

Hablar en España, al menos en el territorio de Derecho común, de testamento mancomunado es hablar de la prohibición legal del mismo contenida en el artículo 669 del CC. De ahí que me haya parecido decisivo iniciar este trabajo justificando su título, ya que tratándose de una institución inexistente en el Código Civil, en rigor, más que titular este trabajo *El testamento mancomunado* debería llevar por rúbrica *La prohibición legal de testamento mancomunado*. Sin embargo, la oportunidad de este rótulo no es gratuita, sino que es fruto de una clara intencionalidad, que no es otra que presentar esta institución en sentido positivo para a continuación reflejar no ya tanto las razones de su prohibición cuanto los fundamentos jurídicos para su admisión, dentro de ciertos límites e incorporación al articulado del Código Civil.

Es evidente, pues, que el alcance de este estudio es, por lo pronto, el de, tras un análisis detenido de una práctica testamentaria tan arraigada en nuestro Derecho histórico y en la realidad actual, hacer una propuesta de *lege ferenda* en el sentido de justificar su admisión e inclusión en el Código Civil. Superadas, a mi juicio, las razones y obstáculos que determinaron su exclusión y transformadas sustancialmente las circunstancias sociales y económicas reinantes en la época de su prohibición (básicamente la debilidad de la mujer, que llevó a muchos autores a decir que un testamento en el que el marido y la mujer han testado juntos puede ser muchas veces un medio legal de que el primero capte la voluntad y con ella los intereses de la mujer) y que han dejado totalmente obsoleta e inadecuada dicha prohibición, es preciso al menos plantearse la actualidad y vigencia de la misma (por lo pronto, no creo que aquel argumento de debilidad de la mujer, encubridor de una discriminación de las llamadas positivas, pueda hoy sostenerse, no sólo porque desde el punto de vista legal es inadmisibles cualquier tipo de discriminación por razón del sexo, art. 14 CE, sino también porque socialmente el panorama de la posición de la mujer es sustancialmente distinto). Y es que no deja de ser significativo que el panorama de práctica unanimidad reinante entre los autores de Derecho común, contrario a la admisión de esta modalidad testamentaria, en los albores de la etapa codificadora (no podemos olvidar aquí la enorme influencia que en esta materia ejercieron los autores franceses en los padres de la codificación española, lo que llevó a seguir a éstos el ejemplo del Código francés), se haya transformado en un clima muy favorable a su regulación. Buena muestra de ello es que las propuestas favorables a su regulación legal, patrocinadas por un importante sector de la doctrina, van acompañadas de mecanismos o expedientes legales para superar lo que en su momento se estimaron obstáculos insalvables para su admisión, lo que denota una clara

superación de las razones que se argumentaban para su exclusión. En este sentido, no ha faltado quien ha dicho que en la actualidad se inicia una nueva vida de estos testamentos, que gozan no sólo del favor de la doctrina (así, entre otros, PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, t. IV, 2, 1996, pág. 1235; LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ y otros, *Elemento de Derecho civil*, t. V, Barcelona, 1993, pág. 311; CUADRADO IGLESIAS, «El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981», en *RD*, diciembre 1983, pág. 1094), sino también de las legislaciones. En este sentido, es lo cierto que en las legislaciones más modernas hay una cierta reacción favorable a los testamentos mancomunados. El Código Civil alemán lo admite entre esposos (art. 2.265), fundándose, según declara la Exposición de Motivos, en que es muy propio del carácter del matrimonio el que exista completa inteligencia y conformidad entre los esposos, no sólo para todas las relaciones en vida, sino aun para las que han de tener lugar después de muerto uno de ellos o ambos.

Un ejemplo de esta nueva tendencia que cree en la bondad de una institución que goza de una proyección práctica cuya trascendencia se han ocupado de poner de manifiesto en repetidas ocasiones los Notarios, es, de un lado, la Ley de 24 de diciembre de 1981 sobre Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes, y de otro, la Ley del Derecho civil foral del País Vasco de 1 de julio de 1992, que recoge como novedad respecto de la anterior Compilación de Derecho civil de Vizcaya y Álava la figura del testamento mancomunado.

Este arraigo y consolidación consuetudinaria del testamento mancomunado se aprecia sobre todo en la práctica notarial, cuyo testimonio ofrecen diversos Notarios que describen esa realidad tan cotidiana del matrimonio, o testadores casados que en distintos contextos geográficos, culturales e históricos acuden a la Notaría diciendo que «queremos lo del uno para el otro, y lo de los dos, para los hijos». Esta es una realidad innegable que acentúa aún más el desfase de la prohibición legal con la realidad social.

Junto a todo ello, trataré de poner de manifiesto cómo la prohibición del testamento mancomunado ha quedado aislada dentro de un contexto normativo que autoriza ya la contratación entre cónyuges, que incluye en su seno una legislación especial que permite el testamento mancomunado (la Ley de 24 de diciembre de 1981) y en la que su lógico corolario —el art. 733 CC— ha perdido buena parte de su antiguo y radical significado prohibitivo a consecuencia de las nuevas soluciones del Derecho interregional e internacional privado. Aislada dentro de su propio sistema, y asediada desde fuera por las reglas permisivas de los ordenamientos vecinos, la norma del artículo 669 bien merece, a mi juicio, hoy otra lectura, más favorable a la posibilidad de admitir *hic et nunc*, dentro de ciertos límites, el testamento mancomunado entre cónyuges.

I. NOCIONES PREVIAS

1. CONCEPTO

Dispone el artículo 669 del CC que «no podrán testar dos o más personas mancomunadamente o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero».

Partiendo de lo prevenido en este precepto, puede definirse el testamento mancomunado, también llamado mutuo, en mancomún o de hermandad, como aquel en el que dos o más personas otorgan su última voluntad, caracterizándose, pues, porque el otorgamiento de últimas voluntades de varias personas se practica en un solo instrumento (1).

Con gran simplicidad pero encomiable acierto, IBÁÑEZ CEREZO (2) define a este testamento como «el acto de disponer de los bienes para después de la muerte dos o más personas, que lo verifican en un solo momento, en un solo documento...».

Destaca el autor en su concepto dos aspectos esenciales: que se trata de una disposición *mortis causa* de dos o más personas, y que la misma sea otorgada por ellas conjuntamente en un solo momento y documento. En ambos radica realmente —explica este autor— la verdadera esencia del testamento mancomunado.

A esta concepción pertenecen las explicaciones de Mucius SCAEVOLA (3), para quien es de la contextura gramatical del artículo 669 CC de donde se deduce que es el primer entrecomillado, «o en un mismo instrumento» la frase de aclaración, la equivalente a la de dos o más personas que testan mancomunadamente. De modo que aquélla es la que encierra el verdadero sentido del precepto.

(1) Esta definición legal se puede extraer igualmente a *sensu contrario* de lo dispuesto en el artículo 557 del proyecto de Código Civil de 1851, que declaraba: «No pueden dos o más personas testar en un mismo acto, sea recíprocamente en provecho suyo o de un tercero». E igualmente del artículo 664 del proyecto de Código Civil de 1882. En sentido positivo, la Compilación Foral de Navarra define ampliamente el testamento de hermandad en la Ley 199 como aquel otorgado en un mismo instrumento por dos o más personas.

(2) «El testamento mancomunado», en *Segunda semana de! Derecho aragonés*, Jaca, 1943, pág. 251.

(3) *Código Civil*, comentado, concordado y revisado por MORENO MOCHOLI, t. XII, 2.^a ed., Madrid, 1950, págs. 150-151. Igualmente para SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 2.^a ed., t. VI, vol. 1.^o, Madrid, 1910, pág. 310: «Su título de mancomunado se funda en el simple otorgamiento en común de la disposición *mortis causa* por dos o más personas, aunque no contenga instituciones recíprocas a favor de cada una de ellas». En el mismo sentido, FALCÓN, *Exposición doctrinal del Derecho civil español y foral*, t. II, Madrid, 1878, pág. 119.

Del mismo modo, para ALBALADEJO (4) es la unidad del acto de testar lo que hace mancomunado al testamento, sean o no personas relacionadas entre sí los testadores, sean o no independientes unas de otras las disposiciones que aquéllos establezcan, y sean o no diferentes los beneficiarios instituidos sucesores (5).

Frente a esta definición, que podríamos considerar escéptica (6) por lo que a su contenido se refiere y que hace descansar la mancomunidad en la unicidad del acto de testar, algunos autores van más allá e incorporan a la misma el contenido prototípico de este procedimiento testamentario. Así, véase cómo GUTIÉRREZ (7) contempla esta modalidad testamentaria como aquella en la que dos personas disponen simultáneamente en favor de un tercero o mutuamente uno en favor del otro, caracterizando, pues, el testamento mancomunado no sólo por la concurrencia de dos personas (8)

(4) «Comentario al artículo 669 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), t. IX, vol. 1-A, Madrid, 1990, págs. 103 y sigs.

(5) En el mismo sentido, CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, t. VI, vol. 1.º, Madrid, 1992, pág. 138; LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. V, Barcelona, 1993, pág. 371; CUADRADO IGLESIAS, «El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981», en *RDP* (diciembre 1983), págs. 1091 y sigs., y CHOLIZ DE JUNCO y LACRUZ MANTECÓN, «Revocación, modificación e ineficacia del testamento mancomunado», *Estudios de Derecho sucesorio*, Zaragoza, 1986, págs. 121 y sigs. Del mismo modo, para COCA PAYERAS, «Comentario a la STS de 13 de febrero de 1984», en *CCJC* (enero-marzo 1984), núm. 4, pág. 115, la nota definitoria del testamento mancomunado radica en la antítesis que se produce entre la unicidad del instrumento formal en que se contiene la voluntad sucesoria y la pluralidad de declaraciones de voluntad. Por su parte, IBÁÑEZ CERREZO, *ob. cit.*, págs. 251-273, al distinguir las diversas formas del testamento mancomunado prescinde igualmente del contenido. Habla así del testamento mancomunado en el que ambos testadores disponen conjuntamente; del testamento mancomunado por el que cada testador dispone separadamente de sus propios bienes, y por último, del testamento en el que uno dispone y el otro manifiesta su adhesión y consentimiento a las disposiciones del primero. De esta concepción se hizo eco el Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de enero de 1960 al observar que la «característica del testamento mancomunado es la unidad de acto y documento». Por lo que se refiere al Derecho alemán, donde expresamente se admite esta forma de testar, la mancomunidad surge aunque no hay ninguna disposición vinculatoria ni siquiera atribuciones corresponsivas, esto es, mutuamente condicionadas. Es así que para KIPP, *Derecho de sucesiones*, I, t. V, trad. 11 rev. alemana, adaptada por ROCA SASTRE, Barcelona, 1976, pág. 365, «el testamento mancomunado es la unión de los testamentos de varios testadores en un solo acto de otorgamiento».

(6) No se trataría aquí sino de aplicar el concepto genérico de mancomunidad, que en su acepción jurídica sirve para designar relaciones jurídicas de sujeto múltiple al acto de última voluntad, con la especialidad de que la mancomunidad del testamento no comprende normalmente a más de dos personas y éstas, por lo general, constituyen matrimonio.

(7) *Códigos*, t. III, Madrid, 1863, pág. 164.

(8) En este mismo sentido, ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio*, Sevilla, 1951, págs. 118-119. También, ESPÍN CÁNOVAS, «Comentario al artículo 669 del Código Civil»,

en un mismo instrumento, sino fundamentalmente por la naturaleza de las disposiciones que contiene: institución recíproca o en favor de un tercero (9).

PUIG PEÑA (10), llevando hasta sus últimas consecuencias la tesis que condiciona al contenido de las disposiciones testamentarias la naturaleza del testamento, excluye de la prohibición legal el supuesto de otorgamiento conjunto de testamento con disposiciones independientes.

Conviene, pues, llamar la atención sobre esta última forma de conceputar esta figura, porque la misma nos dará más tarde la clave para entender las razones de la prohibición, al mismo tiempo que permitiría plantear la cuestión de si, atendiendo a la naturaleza y esencia última de esta institución, la prohibición del artículo 669 no cabría circunscribirla a los precisos límites de esta especificación, dejando fuera, por tanto, la disposición *mortis causa* por la que dos personas disponen de sus respectivos patrimonios sin disposición común o correspectiva entre ellos.

en *Comentarios al Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, que además de referir la mancomunidad a la institución recíproca o en favor de un mismo tercero limita los elementos personales del testamento mancomunado a dos personas.

(9) En el mismo sentido se expresa LÓPEZ R. GÓMEZ, *Derecho de sucesiones*, 3.^a ed., Madrid, 1916, pág. 278, al reducir a dos las formas del testamento mancomunado: a) El mutuo, caracterizado por la reciprocidad de la institución entre los otorgantes (generalmente marido y mujer); b) El mancomún, en el que los dos otorgantes mancomunadamente hacían la institución en favor de un tercero. También, BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, t. V, Madrid, 1965, pág. 108, para quien «el hecho de testar dos o más personas en el mismo instrumento revela por sí un acuerdo por el cual la voluntad de la una aparece como determinada porque la otra lo sea de aquel modo». Por su parte, SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL, «El testamento navarro de hermandad: su arraigo en las costumbres y su régimen en el fuero», en *ADA*, 1945, pág. 187, partiendo de que la característica esencial de esta modalidad testamentaria es no el elemento formal que supone la institución conjunta, sino el elemento material y sustantivo, lo define como «la disposición testamentaria por virtud de la cual dos o más personas, ligadas ordinariamente entre sí por vínculos de muy próximo parentesco, disponen para después de su muerte, y en un mismo instrumento, del todo o parte de sus bienes, estableciendo recíproca causalidad entre sus respectivas instituciones». Entendiendo este autor que la causalidad recíproca se entiende establecida por el mero hecho del otorgamiento conjunto en un solo acto, sin que sea necesaria explícita declaración. Esta clasificación bipartita del testamento mancomunado, construida sobre la base de supeditar la mancomunidad al contenido de las disposiciones testamentarias, es rotundamente contestada por MERINO HERNÁNDEZ, «Comentario a los artículos 89-118 de la Compilación aragonesa», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), t. XXXIV, vol. 1.º, pág. 96, para quien lo esencial es que el testamento sea otorgado por dos o más personas conjuntamente en un solo y mismo acto e instrumento. Cualquier otra nota, explica este autor, que quiera predicarse del mismo, y consecuentemente cualquier otra clasificación que en base a ella se haga del mismo, tendrán un carácter puramente accesorio y secundario.

(10) *Compendio de Derecho civil español*, t. IV, vol. 2.º, Madrid, 1966, pág. 65.

2. MODALIDADES Y CARACTERES DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO

Tomando como punto de partida la conceptualización del testamento mancomunado inicialmente adoptada, vamos a referir a continuación cuáles son las modalidades o manifestaciones histórica y doctrinalmente admitidas de este procedimiento testamentario, para pasar luego a examinar los elementos que además de caracterizar esta forma testamentaria se elevan en presupuestos justificadores de su prohibición.

Por lo que respecta a las modalidades de testamento mancomunado, la práctica totalidad de la doctrina (11) distingue entre el meramente mancomunado, simultáneo o conjunto, y el correspectivo o recíproco.

Llámase meramente mancomunado a aquel en el que las disposiciones de cada testador son independientes de las del otro, es decir, que no está condicionado el contenido de la voluntad de un testador al contenido de la voluntad de su cootorgante. Dicho de otra manera, el testamento meramente mancomunado consiste en la simple reunión en un solo instrumento de las últimas voluntades de todos los otorgantes, sin que haya ningún punto de conexión entre unas y otras (12). Se incluye aquí la modalidad que algunos autores (13) designan conjunto, que es aquel en el que «los otorgantes disponen no en favor de ellos, sino ambos (o más) a favor de otra (la misma generalmente) persona, a la que una y otro (o más que sean) instituyen heredero».

Bajo el nombre de correspectivo se designa aquella otra modalidad que se caracteriza porque los cotestadores han tenido la intención expresa o tácita de condicionar la disposición de uno a la del otro, naciendo las últimas voluntades con cierta interdependencia (14). Tam-

il 1) En España, por todos, TRAVIESAS, «El testamento», *RDP*, t. XXII, 1955, pág. 108; LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, pág. 372. Para el Derecho alemán, KIPP, *ob. cit.*, pág. 349, y GARCÍA VICENTE, *El testamento mancomunado*. Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1994, pág. 9.

(12) Como señalara BINDER, *Derecho de sucesiones* (trad. de LACRUZ BERDEJO), Barcelona, 1953, págs. 121-122, «el testamento mancomunado ofrece un interés jurídico especial, ya que en el supuesto de los llamados testamentos simultáneos (también llamados conjuntos) la mancomunidad es puramente formal, pues no se trata sino de disposiciones independientes de última voluntad contenidas en un mismo instrumento jurídico».

(13) Así ALBALADEJO, *ob. cit.*, pág. 106.

(14) La correspectividad es un concepto de difícil precisión y sobre el que volveremos más adelante al analizar los fundamentos de la prohibición.

bien llamados mutuos o recíprocos (15) son los en «provecho recíproco» del artículo 669 CC.

En relación con los elementos caracterizadores del testamento mancomunado, en primer lugar nos encontramos con que la mancomunidad deriva de la unidad instrumental y de acto. En segundo lugar, y junto a esta unidad instrumental, la mancomunidad resulta de la pluralidad de declaraciones de voluntad, ya que ese único instrumento contiene la de varias sucesiones (generalmente dos). Y son estos dos presupuestos caracterizadores los que se han erigido siempre en razones justificativas de la prohibición legal. De un lado, porque se presentan como atentatorios de un principio básico en materia testamentaria como es el de su carácter personalísimo (art. 670 del CC). De otro, porque esta concurrencia de voluntades en un mismo instrumento representa, para los partidarios de su prohibición, un medio idóneo para la posible captación de la voluntad. Todo ello unido a su aparente incompatibilidad con un requisito esencial de la sucesión testada como es la revocabilidad. Razones todas estas unánimemente compartidas por los tratadistas anteriores al Código Civil.

Es lo cierto que lo que es evidente es que el testamento mancomunado era una figura arraigada en el Derecho histórico español (16), ya que las disputas en torno a su regulación legal o no se plantearon ante una institución desconocida para que se pretendiese importar de otros ordenamientos jurídicos próximos, sino ante una modalidad testamentaria que aunque

(15) En relación con esta segunda modalidad algunos autores rechazan esta asimilación y distinguen como dos subespecies diferentes: el correspectivo y el recíproco. Al respecto, *vid.* VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del derecho de sucesiones*, I, Fundamentos, Madrid, 1982, pág. 35, para quien el testamento mancomunado recíproco es aquel en el que ambos otorgantes se instituyen mutuamente herederos, frente al correspectivo que se caracteriza además porque la eficacia de lo dispuesto por cada uno de los otorgantes está condicionada a que el otro mantenga lo por él dispuesto. En el mismo sentido, CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, págs. 1097-1098.

(16) Buena prueba de ello lo ofrece el dato de la copiosa jurisprudencia de la época en esta materia, propiciada en opinión de MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, t. V, 7.^a ed., Madrid, 1972, pág. 537, porque «el uso extendió y autorizó tan profusamente su empleo, que el abuso hizo conocer bien pronto los inconvenientes que en la práctica ofrecía por las cuestiones y litigios que frecuentemente originaba». De otra parte, de la vigencia, aplicabilidad y arraigo de esta figura en el período precodificador es consecuencia la disposición transitoria 2.^a del Código Civil que declaró subsistentes, aunque con ciertas limitaciones, los testamentos mancomunados otorgados bajo el imperio de la legislación anterior. Disposición legal esta que evidencia que el testamento mancomunado era conocido en el antiguo Derecho de Castilla (y no sólo en las legislaciones forales, en las que hoy día se conserva). En este sentido, CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 1093, señala que en el Derecho castellano anterior al Código Civil eran frecuentes los testamentos mancomunados que se otorgaban no sólo entre cónyuges, según el sistema germánico, sino también entre futuros cónyuges, entre padres e hijos, incluso en ocasiones entre hermanos.

ha gozado siempre del favor de las gentes (17), no, en cambio, de la atención legal (18).

(17) Al respecto no debemos olvidar que el testamento mancomunado se remonta a una costumbre del derecho de la última Edad Media, estando en relación directa con la recíproca adjudicación del patrimonio entre cónyuges. A los juristas medievales se les planteó entonces la cuestión de si era lícito, según el *Corpus iuris*, que diversas personas, por ejemplo dos cónyuges, otorgaran un testamento en un acto único. La cuestión fue contestada afirmativamente y, en consecuencia, el testamento mancomunado sólo fue considerado en un principio desde el punto de vista de la forma; su rasgo característico era el otorgamiento de diversos testamentos en un solo acto. Estamos, pues, ante una de esas pocas instituciones jurídico-civiles, para cuyo análisis no podemos arrancar situando sus antecedentes en el Derecho Romano ya que en este Derecho no fueron admitidos. Para esta opinión, vid. RIVIER, *Traite Elementaire des Successions á cause de mort en Droit Romain*, Bruxelles, 1878, pág. 73. Mas a causa de la exención de solemnidades del testamento militar, DIOCLESIANO estimó válido como testamento militar un contrato sucesorio entre dos soldados hermanos que se instituyeron herederos mutuamente (Cod. 2, 3, 19) (*Dicet Ínter privatos hujusmodi Scriptum, quo comprehenditur, ut is, qui supervixerit, alterius rebus potiat, NE donationis quidem monis causa gestae efficaciter speciem ostendat, tamen cum voluntas militum quae super ultimo vitae spiritu deque familiaris rei decreto quoquo modo contemplatione monis in scripturam deducatur, vim postre —mi judien obtineat, propanasque, te ac fratrem tuum, ad discrimen praelii perferentes, ob communem mortis fortunam invicem esse pactos, ut ad eum, qui superstes fuisset, res ejus, cui casus finem vitae— attulisset, pertinerent, existente conditione intelligentur, ex fratris tui iudicio, quod principalium constitutionum prompto favore firmatur, etiam rerum ejus compendium ad te delatum esse*; GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho civil romano*, t. 1, pág. 225), y una constitución de TEODOSIANO y VALENTINIANO del 466, Novela 21, 1, admitió la validez de un testamento recíproco sin que dicha legalización pasara al derecho justinianeo (*Leonius vesro et Jucunda uxor ejus tanta vicissim caritate certarunt, ut fuis simul precibus jus poscerent liberorum, et propter invertum sortis humanae superstitem conjugem precarentur heredem: licem superfluo, illud addentes, ut intestatae secessionis jus licentiam sortirentur [cum hoc ipsum, quod serenitati nostrae preces parites obtulerunt, sit testamenti ordo praecipus], praeterea, sicut supplicationi connexa monstrarunt, quamvis in unius charlas volumine supremum votis paribus condidere iudicium, septem testium subscriptionibus roboratum. Cui nos aeternam tribui firmitatem legis hujus definitione censemus, quoniam nec captatorium dici potest, cum duorum fuerit similis effectus et simplex religio testamenta condentium, cunctisque jam liceat, quoquo modo et quibuscumque verbis ultimum dicere iudicium, sicut eorum principum statuta declarant, qui removerunt sanctionibus suis meliore prudentia vetusti juris ambages*). Al respecto, vid. BINDER, *ob. cit.*, págs. 120, y KIPP, *ob. cit.*, págs. 346 y sigs. En cualquier caso, la valoración que tradicionalmente se ha hecho del desconocimiento de esta figura en el Derecho Romano, entiende CASTIELLA RODRÍGUEZ, «El testamento mancomunado, institución exportable al Código Civil», en *Rev. Jur. de Navarra* (enero-junio 1993), núm. 15, pág. 43, que no debe ser laudatoria para el genio jurídico romano y sí en cambio enmarcarse en el bajo concepto que este Derecho tenía de la institución matrimonial. Sobre la prohibición de esta forma testamentaria por el Derecho Romano, discrepa CRISTÓBAL MONTES, «Ideas generales sobre la sucesión contractual aragonesa», en *RDP*, t. LXII (1978), págs. 62 y sigs., que niega que existiera una prohibición general de sucesión contractual en este Derecho, que se limitó a proscribir manifestaciones concretas de pactos sucesorios, alguna tan amplia como la implicada en la *Lex hereditas (viventis nulla est hereditas)*, admitiendo en ciertos casos la validez de algunos específicos convenios sucesorios, tales como el contrato de tratamiento hereditario igual a los hijos, el pacto de *mutua successione* entre

Tal es así que en relación con el origen de esta figura la postura que ha gozado de mayor predicamento ha sido la que atribuye su génesis a una práctica consuetudinaria (19). Aunque no deja de haber opiniones que pretenden encontrar vestigios de esta forma testamentaria en algún texto legal, como el Fuero Real (20) o incluso las

militares y otros. Igualmente para BIONDI, *Trattato di Diritto Romano. Successione testamentaria. Donazioni*, Milano, 1943, págs. 31 y sigs., comentando el documento de tiempos de DIOCLESIANO, así como la Novela de Valentiniano III, anteriormente transcrita, después de poner de relieve que esta última no fue recogida en el *Corpus iuris*, es de opinión de que ni uno ni otra suponen verdaderos testamentos mancomunados o conjuntivos, sino pactos sucesorios que, en último término, no repugnan al Derecho Romano.

(18) Esta referencia hay que entenderla hecha al legislador del Derecho civil común, ya que la situación es otra en ciertas compilaciones forales en las que expresamente se regula esta modalidad testamentaria. Así en la Compilación navarra en las leyes 199-205; en la Compilación aragonesa en los artículos 96-97, y en la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco en los artículos 49-52. Si bien hay que tener en cuenta que modernamente se ha introducido en el ordenamiento civil común mediante la Ley de 24 de diciembre de 1981 sobre estatuto de la explotación agrícola y agricultores jóvenes.

(19) La práctica consuetudinaria parece que introdujo también ciertas instituciones, hoy interpretadas por los estudiosos como verdaderos antecedentes del testamento mancomunado, como fueron las donaciones *postobitum* y las *reservationes*. Para esta opinión, en general, *vid.* VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho...*, cit., pág. 995; también, *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, págs. 47-57. Por su parte, SIMÓ SANTONJA y LOBER BURCKHARD, «Herencias de extranjeros en España. Un estudio de Derecho Internacional Privado orientado fundamentalmente a los problemas que plantea la sucesión de alemanes en España», en *RDN*, núm. XCV (enero-marzo 1977), pág. 122, señalan que el testamento mancomunado entre cónyuges fue introducido en España por el Derecho germánico. Es especial para el Derecho navarro *vid.* MERINO HERNÁNDEZ, «Revocación *post mortem* del testamento mancomunado aragonés y de hermandad navarro», en *RCDI* (1974), I, pág. 49. Para el Derecho aragonés, TEIXEIRA GRACIANETA, «El testamento mancomunado aragonés», *ADA* (1963-64), pág. 20; ALONSO LAMBAN, «Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón», en *RDN* (julio-diciembre 1955), págs. 366 y sigs., y ZABALO ESCUDERO, «El testamento conjunto en Derecho Internacional Privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés», en *RGD*, núm. 541-42 (1989), pág. 6354, para quien «los datos históricos sobre el origen del testamento mancomunado en Aragón apuntan a la costumbre vigente en el antiguo reino de otorgar conjuntamente las donaciones, adquiriendo la forma de donaciones *post obitum*, que se convierten después en verdaderas disposiciones testamentarias».

(20) Así, por ejemplo, MANRESA, *ob. cit.*, pág. 1972, tomando como base de su postura la Ley 9.^a, título VI, libro III, según la cual: «Si el marido y la mujer fizieren hermandad de sus bienes, de que fuese el año pasado que casaren en uno, no habiendo hijos de consuno, ni de otra parte que hayan derecho de heredar, vala tal hermandad; e si después que fizieren la hermandad hubieren hijos de consuno, no vala la hermandad; ca no es derecho que los hijos que son fechos por casamientos, sean desheredados por esta razón»; y BONEL y SÁNCHEZ, *Código Civil*, t. III, Barcelona, 1890, pág. 194. Modernamente comparte este criterio COCA PAYERAS, *ob. cit.*, págs. 1355 y sigs. Frente a esta postura GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, pág. 164, seguido por CASTÁN, *ob. cit.*, pág. 135, y CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 1092, entienden que quizá sea más acertado afirmar que lo que este Fuero autorizó fue el pacto de hermandad que podían hacer marido y mujer con respecto a sus bienes transcurrido un año de su matrimonio sin tener hijos

Partidas (21); sin embargo, para la práctica totalidad de los autores su introducción en nuestro Derecho fue obra exclusiva de la práctica (22). En

u otros herederos forzosos. O como señala MERINO HERNÁNDEZ, *Comentario a los artículos 89...*, cit., pág. 97, el Fuero Real prevé, sí, una institución hereditaria mutua entre cónyuges, pero para nada se habla propiamente del testamento mancomunado. En ella lo que se regula es el «pacto al más viviente», modalidad sucesoria de institución hereditaria entre cónyuges.

(21) Así Mucius SCAEVOLA, *ob. cit.*, pág. 143, basando su aserto en la Ley 33, título XI, parte 5.^a, a cuyo tenor: «*Pleyto o promission faziendo dos ornes entre sí que qualquier dellos que muriesse primero que el otro que fincasse que heredasse todo lo suyo, tal pleyto nin tal promission dezimos que nondeue valer, porque ninguno dellos non aya ocasión de se trabajar de muerte del otro, por razón de heredarle lo suyo. Pero si tal pleyto o tal promission, fiziessen dos caualleros entre sí, queriendo entrar en batalla alguna, oen fazienda si alguno dellos muriese en aquel lugar, el otro que fincasse, heredaría lo suyo, si non dexasse el muerto fijo legítimos. E si por aventura non muriesse y ninguno, e después que ende saliessen, se cambiasse la voluntad a alguno dellos, e quisiessse reuocar el pleyto o la promission, bien lo puede fazer. Mas si non lo reuocase, e lo ouiesse por firme fasta la muerte de alguno dellos, el otro que fincasse heredaría los bienes del muerto, assi como sobredicho es*». En contra, TEIXEIRA GRACIA-NETA, *ob. cit.*, pág. 23, quien estima que la prohibición por la citada Ley del pacto de sucederse mutuamente no implicaba la del testamento otorgado en ese sentido.

(22) En este sentido GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, pág. 164; SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit.*, pág. 311; VAL VERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. V, Parte especial, Valladolid, 1939, pág. 73; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pág. 107, y CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 1092. Al respecto señala CASTÁN, *ob. cit.*, pág. 135, que esta práctica fue recogida en no pocas fuentes particulares (tanto aragonesas como castellanas, el Fuero General de Navarra y el de Vizcaya contienen reglas relativas a esta forma de testar) y aun generales, y estaba referida fundamentalmente a la concurrencia del marido y la mujer al otorgamiento de cualesquiera disposiciones sobre los bienes comunes e incluso sobre los de uno de ellos, especialmente tratándose de inmuebles. En el mismo sentido, SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit.*, pág. 311, y DE BUEN, *Anotaciones*, t. VIII, Madrid, 1928, pág. 214. En contra de esta tesis, SIMÓ SANTONIA y LOBER BURCKHARD, *ob. cit.*, pág. 122, señalan que «el testamento mancomunado entre cónyuges fue introducido en España por el Derecho germánico, y hasta su supresión por el artículo 669 del Código Civil éste fue practicado frecuentemente en Castilla». Por su parte, LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ y otros, *ob. cit.*, pág. 371, habla de un origen mixto fruto tanto de la Ley como de la costumbre. Fuera de los territorios tradicionalmente referidos donde arraigó este procedimiento testamentario —Castilla, Aragón, Navarra y Vizcaya— también se reconoce la existencia de esta forma de testar por el derecho consuetudinario catalán. Al respecto, *vid.* CORBELLÁ, *Manual de Derecho catalán*, Reus, 1906, pág. 738, y BARRACHINA y PASTOR, *Derecho foral español*, t. III, Castellón, 1912, pág. 386. BROCA Y AMELL, *Instituciones de Derecho catalán*, t. III, Barcelona, 1886, pág. 316, ve un antecedente de este uso o forma de testar los cónyuges en Cataluña, en el que llama «mutuo y correspectivo del Derecho Romano» con referencia al contrato sucesorio entre militares y la Novela de Valentiniano III a las que ya hice mención anteriormente. En el mismo sentido, PELLA Y FORGAS, *Código Civil de Cataluña*, t. III, Barcelona, 1918, pág. 115, para quien la razón de ser de estos testamentos es «hacerse una donación recíproca de todos los bienes el marido y la mujer, teniendo en él consideración que sólo entre esposos suele usarse; es algo así como un pacto de sobrevivencia ampliado, el cual garantiza que la fortuna de un cónyuge pasará a la muerte del testador en poder del otro; y como esta mancomunidad se establece no sólo como consecuencia del afecto personal mutuo entre ellos, sino que

este sentido explica CASTÁN (23) que «fue la práctica la que introdujo el testamento mancomunado, como una expresión de la armonía y confianza entre los cónyuges y con el propósito de economizar duplicidad de actos, puesto que en uno solo y con las solemnidades a su clase correspondientes se lograba establecer la legalidad testamentaria para la sucesión de ambos».

Por lo demás, del uso extendidísimo de esta forma de testar en la etapa inmediatamente anterior a la codificación constituyen un buen testimonio los múltiples y constantes casos que vino resolviendo la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular. Por poner algunos ejemplos cabe citar las SSTs de 21 de mayo de 1860, 26 de marzo de 1861, 19 de junio de 1866, 20 de diciembre de 1866, 22 de abril de 1878, 17 de diciembre de 1881, 27 de marzo de 1888 y 24 de junio de 1892, entre otras.

«Está declarado —vino a decir la de 21 de mayo de 1860— que no hay ni Ley ni doctrina admitida por los tribunales que sancione el principio de Irrevocabilidad de los testamentos dichos de mancomún que suelen otorgar los cónyuges, sobre todo cuando contienen pacto o convenio que la establezca». En parecidos términos, la de 22 de abril de 1878 vino a declarar la revocabilidad de este procedimiento testamentario al decir que no es un precepto de derecho ni doctrina legal admitida por los tribunales que el testamento otorgado de hermandad por marido y mujer instituyéndose herederos o mandándose algo mutuamente encierre, por la naturaleza propia de este acto jurídico, la condición tácita de que la voluntad de los otorgantes permanezca siendo una y la misma, por lo menos mientras las dos existan, para que la institución hecha por cada uno de ellos conserve su fuerza y validez en la época en que ha de tener cumplimiento; cuya doctrina, por otra parte, pugna con los principios legales que regulan las solemnidades, eficacia, revocabilidad y subsistencia de los testamentos.

Al carácter revocable de esta forma de testar también se refiere la STS de 17 de diciembre de 1881 cuando afirma que: «No hay Ley ni doctrina legal que establezca la Irrevocabilidad del testamento hecho de mancomún entre los cónyuges, a no ser que contenga cláusula *ad cautelam* y no se manifieste señaladamente en el posterior que se quiso derogar el anterior, conforme a la Ley 22, título I, Partida 6.^a. Que si el testamento a que el pleito se refiere no contiene dicha cláusula y dejó a los otorgantes en libertad de hacer válidamente, juntos o separados, otros testamentos hasta la hora de su muerte, según la Ley 23, título IV, Partida 6.^a; la Sala sentenciadora, al absolver de la demanda de nulidad del segundo testamento

cada cual tiene en cuenta la reciprocidad estable y segura que no puede quebrantarse sino por ambos a la vez, se evita la mala fe y el engaño de una revocación a deshora y subrepticamente por uno de los testadores».

(23) *Ob. cit.*, pág. 138.

otorgado por uno de los cónyuges fundándose en las razones expuestas, no infringe dichas leyes, citadas como infringidas con el equivocado concepto de que los testamentos de mancomún tienen igual fuerza y alcance jurídico que los que contienen la cláusula *ad cautelam*». En el mismo sentido declararon la validez del testamento mancomunado las SSTS de 27 de marzo de 1888 y 24 de junio de 1892 al disponer que: «El testamento mancomunado y la institución recíproca de herederos que hagan los testadores no es el pacto sucesorio prohibido por la Ley 33, título XI, Partida 5.^a».

Baste con lo dicho para afirmar que, al margen de la cuestión litigiosa específica que se resuelve en estas resoluciones y la doctrina que sientan en relación con el carácter esencialmente revocable del testamento mancomunado, lo cierto es que parece indiscutible el arraigo que esta forma de testar alcanzó en nuestro Derecho histórico. Dato éste ciertamente significativo, ya que aun siendo una institución enraizada en la cultura jurídica española va a ser prohibida por nuestro legislador sin motivo aparente y escasa justificación, que no sea la de emular a un Derecho extranjero en una materia en la que, a mi parecer, se imponía la fidelidad a una práctica consuetudinaria digna de conservar. Es por ello que entiendo que una práctica de siglos justificaba más que sobradamente el respeto legal al testamento mancomunado. No en vano ha podido afirmar Mucius SCAEVOLA (24) que el testamento mancomunado tiene un origen puramente español. Aun sin llegar tan lejos, la doctrina, en general, plantea la prohibición como la abolición de una práctica bastante generalizada o como una de las reformas más decisivas en materia de sucesión testada en España (25).

II. LA PROHIBICIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

1. JUSTIFICACIÓN LEGAL Y DOCTRINAL DE LA PROHIBICIÓN

Antes de entrar a analizar estas razones, me parece conveniente hacer una breve reseña del panorama legislativo y doctrinal que rodeó la prohibición, ya que el mismo justifica en buena medida la postura adoptada por nuestro legislador.

Desde el punto de vista legislativo lo más destacable es el hecho de que el legislador español de 1889 estaba inmerso en un ambiente totalmente hostil a esta forma de testar. Las razones se encuentran básicamente en la innegable e incuestionable influencia ejercida por el criterio prohibitivo sancionado originariamente por el artículo 77 de la Ordenanza francesa de

(24) *Ob. cit.*, pág. 148.

(25) Por todos, *vid.* SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit.*, págs. 33-335.

1735, posteriormente recogido por el Código Civil francés en su artículo 968 (26) y, en general, por todas las legislaciones de tipo latino (27).

El Code de Napoleón fue por tanto, en ésta como en otras tantas cuestiones, el principal inspirador de nuestra regulación. Ahora bien, la enorme trascendencia de esta influencia se deja ver sobre todo en instituciones que, como la que me ocupa, son prohibidas por nuestro legislador de 1889 pese al arraigo social y constante aplicación práctica de las mismas. Por ello, parece decisivo que hagamos una breve exposición de la legislación francesa de tan decisiva y evidente influencia en nuestro propio Código Civil.

Como señalábamos, la prohibición en Francia del testamento mancomunado se remonta a la Ordenanza de 1735 (art. 77), no alcanzando ésta a los testamentos-particiones hechos por los ascendientes (28).

(26) Declara este precepto que: «*Chaque testament doit être contenu dans un acte distinct. Deux personnes ne peuvent pas faire leur testament en même temps et par le même acte, soit qu'elles testent toutes deux au profit d'un tiers, soit qu'elles testent mutuellement en faveur l'une de l'autre; les deux testaments contenus dans le même acte sont nuls*». Explica CASTIELLA RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, págs. 36-38, que el criterio prohibitivo consagrado en el Código Napoleónico, inspirador de la mayoría de los Códigos de corte latino, es fruto del planteamiento ideológico que inspiró el proceso codificador: el individualismo, según el cual la libertad se entiende como libertad individual. Ello unido a la clara referencia por la Ley, consecuencia de la postergación de la costumbre en cuanto responde a la vivencia de un contenido normativo heredado y a mantener, desemboca en la eliminación o minimización de todos los cuerpos intermedios entre el Estado y el individuo. «Este planteamiento ideológico aplicado a la regulación de las disposiciones *mortis causa* lleva a la consideración de que la cualidad esencial de las mismas es su revocabilidad, que asegura la permanente posibilidad de cambiar sin trabas su contenido, de modo que se ajuste a una total actualidad de la voluntad del testador».

(27) Así, por ejemplo, por el artículo 1.003 del Código de Chile, el artículo 589 del nuevo Código Civil italiano, que mantiene la misma prohibición que se contenía en el artículo 761 del anterior Código, entre otros. Esta influencia no se dejó sentir, sin embargo, en el Código Civil alemán, ya que si bien los autores del BGB dudaron en un principio sobre la pertinencia de conservar la institución, lo que determinó en buena medida que la primera Comisión lo rechazara al considerarlo «un vago término medio entre contrato sucesorio y testamento», la segunda Comisión lo aceptó habida cuenta de lo «arraigado de la costumbre, pero limitándolo a los cónyuges». Cfr. al respecto KIPP, *ob. cit.*, págs. 346 y sigs. Tampoco en el Código Civil venezolano de 1922, que admitió con más amplitud todavía los testamentos mancomunados, estableciendo el artículo 824 que la circunstancia de que dos o más personas hayan testado en un mismo acto, sea en provecho recíproco o de un tercero, no impide que cualquiera de ellas pueda revocar, independientemente de las demás, lo que hubiera dispuesto, aunque haya cláusula en contrario. Téngase en cuenta, no obstante, que dicha disposición ha quedado derogada tras la publicación del Código Civil de 1942, donde se suprimió esta forma de testar.

(28) Téngase en cuenta, no obstante, que el testamento mancomunado contó históricamente con el favor de las antiguas costumbres francesas. Al respecto explica DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXI, París, 1868, págs. 10-13, que la bondad de la disposición conjunta residía precisamente en que constituía un medio de que se servía el matrimonio para regular de forma equitativa los intereses familiares al mismo tiempo que permitía la distribución de sus bienes.

Según la opinión mayoritaria de la doctrina (29), el motivo de la prohibición debe buscarse en la consideración de que un testamento mancomunado al ser obra de dos o más voluntades tomaría carácter contractual, con lo que dejaría de ser revocable al no haber un acuerdo de voluntades entre los autores de la disposición. En definitiva, el problema que se plantea en la regulación de los testamentos mancomunados se centró en el debate en torno a la Incertidumbre que reinaba sobre la cuestión de determinar si era válida una revocación hecha por el superviviente luego de la muerte del premuerto. Debate éste que zanjó el vigente Código Civil agravando las disposiciones de la Ordenanza al extender la prohibición a los cónyuges en base a los mismos fundamentos ya esbozados. En primer lugar, la consideración del carácter contractual de un testamento de esta naturaleza al reunirse en un mismo documento dos testamentos o disposiciones de bienes *mortis causa*. Y en segundo lugar, se prohíbe este testamento para garantizar la libre revocabilidad, ya que, de admitirse, su carácter contractual consentiría la revocación por el *mutuus dissensus*.

Para CALVO CARA VACA (30) la explicación de la doctrina prohibitiva sancionada por el Código francés hay que encontrarla en el hecho de que los ordenamientos influidos por el Derecho Romano prohíben las fórmulas sucesorias conjuntas con carácter general debido a razones jurídicas (la revocabilidad de las disposiciones de última voluntad) y éticas (evitar los malos deseos hacia el contratante que ya ha sido instituido heredero), mientras que los de corte germánico acogen dichos pactos por motivaciones de orden jurídico (el respeto a la autonomía privada) y económico (favorecer la conservación y unidad del patrimonio familiar).

Si aquellos argumentos expresan el sentir de los autores contemporáneos a la codificación, nada tienen que ver con el sentir actual de la doctrina francesa. Así, para MAZEAUD (31) los peligros que se esgrimen para fundamentar la prohibición no son específicos de esta modalidad testamentaria; antes al contrario, son inherentes a todos los testamentos.

(29) Por todos, GRENIER, *Des donations, des testaments*, 4.^a ed., t. II, París, 1846; LAURENT, *Principes de Droit civil français*, t. XI, París, 1887, págs. 665 y sigs.; JOSSE-RAND, *Derecho civil*, ed. argentina, t. III, vol. 3.^o, Buenos Aires, pág. 34.

(30) «La sucesión hereditaria en el Derecho Internacional Privado», *RGD*, núm. 502-503 (1986), págs. 3108-3109. En parecidos términos explica CASTIELLA RODRIGUEZ, *ob. cit.*, págs. 36 y sigs., las razones del porqué históricamente la disposición patrimonial *mortis causa* de los cónyuges ha sido contestada e incomprensida. Entiende este autor que esta forma de testar es prohibida desde sistemas legislativos que no entienden ni aprecian la institución matrimonial, como ocurre en el Derecho Romano, o bien desde ópticas legislativas fundamentadas en el individualismo, como ocurre en la etapa codificadora, fundamentalmente en el Código de Napoleón.

(31) *Lecciones de Derecho civil*, parte 2.^a, vol. II, Buenos Aires, 1965, págs. 353-354. En el mismo sentido, COLÍN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. VIII, trad. 2.^a ed. francesa, Madrid, 1957, págs. 6-13.

Por su parte, la jurisprudencia, a falta de poder excluir la disposición imperativa del artículo 968, ha limitado su alcance. De una parte, dándole a la expresión «acto», contenida en el referido precepto, el sentido de un acto jurídico y no el de instrumento, de tal modo que considera que dos testamentos, aun redactados en una misma hoja de papel, no son testamentos mancomunados si cada uno de ellos forma un todo que se basta a sí mismo. Por otra parte, se niega a imponer la prohibición siempre que los dos testamentos estén separados, aun cuando hechos en consideración uno del otro y por contener disposiciones recíprocas se sirvan mutuamente de causa. Concluyendo que el testamento mancomunado no es, pues, sino el testamento hecho por dos personas que no hayan redactado sino un solo escrito y que lo hayan firmado juntas.

Situándonos ya en España, entre nuestra doctrina y por influencia directa de todo el proceso codificador francés, estaba extendidísima la opinión favorable a la supresión por el Código Civil del testamento mancomunado, ya que era absoluto el convencimiento de que esta forma de testar presentaba más inconvenientes que ventajas. Así, SILVELA al discutirse el Código en el Senado declaró que «es de alabar la prohibición de los testamentos mancomunados por ser éstos una mezcla informe de testamento y de contrato». Por su parte, GARCÍA GOYENA (32) expone las razones para su supre-

(32) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974. Paralelamente a esta corriente de derecho común contraria a la admisión del testamento mancomunado, se produce dentro de la doctrina de Derecho navarro ciertas opiniones contrarias a este procedimiento testamentario. Así, al decir de MORALES GÓMEZ, *Memorias que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra que deben quedar subsistentes como excepción del Código general; y los que pueden desaparecer viniendo a la unificación*, Pamplona, 1884, págs. 68-69, «a pesar de... que se procuró no desmentir el principio de la revocabilidad declarándolos revocables antes de empezar a producir sus efectos por la muerte de uno de los otorgantes y de haberles dado el mayor carácter de aceptables, hay dos poderosas consideraciones que nos deciden a no pedir la subsistencia del testamento mancomunado como especialidad en Navarra; la primera, las captaciones y sugerencias de que puede ser objeto, así como el premio de uniones desiguales y sin más fin que el reprobado de un grosero interés; y la segunda, que con su desaparición no se priva de poder disponer del mismo modo en el fondo, aunque con la diferencia en la forma de hacerse en dos testamentos y la mayor facilidad en la revocación, lo cual debe favorecerse». «Basta fijar la atención un poco en estos testamentos para comprender que no tienen razón de ser. Desde luego, puede decirse que constituyen un ataque a la libertad de testar, que no ha de entenderse completa ejercida una vez, sino que ha de moverse en la esfera de la ambulancia de la voluntad humana. La última Ley suavizó bastante el principio de la irrevocabilidad altamente reprochable y que no se comprende cómo haya tenido partidarios en Navarra; pero de todos modos conviene la supresión del testamento de que se trata». Así se lee en *Legislación foral de España. Derecho civil vigente en Navarra*. Biblioteca jurídica, t. II, Madrid, 1888, pág. 86. Del mismo modo se hizo notar esta postura de rechazo en zonas como Aragón, donde ha existido siempre una tradición doctrinal favorable. Son ejemplos discordantes de esta tradición FRANCO y LÓPEZ, *Instituciones de Derecho civil aragonés*, Zaragoza, 1841, pág. 70, e ISABAL, *Exposición o comentario del cuerpo denominado Fueros y observancias del reino de Aragón*, Zaragoza, 1926, págs. 265-266.

sión al afirmar que «lo mejor es prohibir una forma incompatible con la buena fe (si es que se tolera la revocación de un testador, desconociéndolo o habiendo muerto el otro... que testó él como testó porque lo hizo como lo hizo el luego revocante) o con la naturaleza de los testamentos (si es que no se permite la revocación), y que, por otra parte, daba lugar a sugerencias y violencias» (33). GUTIÉRREZ (34), con iguales argumentos, por otra parte tomados por ambos autores de la discusión de la codificación francesa, se declaraba no partidario de un testamento «sin origen conocido en la historia y sin motivo razonable en la ciencia».

La crítica de este testamento la hace con singular maestría SÁNCHEZ ROMÁN (35) con estas palabras: «Ofrecía desde el punto de vista aparentes ventajas, no siempre conformes con la realidad puesto que en algunos casos se prestaba a la falacia y a la captación de un cónyuge ejercida sobre la voluntad del otro, y aun estimulada con otorgamientos e instituciones mutuas, que en el cónyuge menos sincero de propósitos no corría otro riesgo que el de la contingencia de premorir a su consorte, toda vez que es indudable la subsistencia del carácter esencial de la nota de la *revocabilidad* en toda disposición testamentaria, sin que estorbara a su aplicación por parte del sobreviviente la circunstancia del conjunto otorgamiento. La observación diaria ha enseñado la frecuencia con que en casos semejantes el cónyuge que sobrevive, aun habiendo recibido mercedes o beneficios de la disposición testamentaria del otro, ha revocado las suyas de carácter mutuo o más o menos compensatorio en la estimación del premuerto, aunque se hubieran hecho a favor de otras personas, y siempre que, hechas de un cónyuge a otro, la misma premoriencia de uno de ellos las convierta en ineficaces. Nada había que permitirá la *irrevocabilidad* en disposiciones mutuas, que por serlo no tomaban, sin embargo, el carácter de prestaciones contractuales, que no podían ser tampoco por no incurrir en la nota de inmoralidad ni siquiera condiciones suspensivas o resolutorias de la recíproca disposición del otro cónyuge cootorgante del testamento de mancomún y que alguna vez podrían prestarse a la apariencia de condición lícita con la interposición de personas o circunstancias más o menos diestramente combinadas».

Con posterioridad, también MANRESA (36) califica de plausible acierto la desaparición del testamento mancomunado a partir de la publicación del

(33) En el mismo sentido, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, II, 14 ed., Madrid, 1886, pág. 26, consideraban «sujeta a graves inconvenientes la facultad de otorgar esta clase de testamentos».

(34) *Ob. cit.*, pág. 164.

(35) *Ob. cit.*, pág. 326.

(36) *Ob. cit.*, págs. 537 y sigs. Con él, VALVERDE, *ob. cit.*, pág. 73, al declarar que «por faltarse con su existencia a la nota esencial del acto personalísimo que debe tener

Código Civil. Entre los autores más modernos que se adhieren a este pensamiento se encuentra, por ejemplo, ESPÍN (37).

2. ARGUMENTOS PARA LA PROHIBICIÓN

Hemos adelantado que los caracteres configuradores de esta modalidad testamentaria son al mismo tiempo los elementos justificadores de la prohibición, en la medida en que se han presentado como atentatorios de alguno de los principios básicos y esenciales en materia testamentaria. Estos son:

- a) El principio de unipersonalidad como garantía tendente a evitar la captación de la voluntad. Es decir, el fin principal perseguido por todas las legislaciones que contienen la prohibición es evitar el influjo, la sugestión y aún la coacción que en uno de los otorgantes pudiera ejercer la presencia del otro, privándole de la necesaria libertad para disponer de sus bienes con arreglo a los apremios de su voluntad.
- b) La incompatibilidad con la revocabilidad esencial en materia de sucesión testada.

Paso a analizar pormenorizadamente cada uno de estos presupuestos conformadores o explicativos de la prohibición.

A) *El testamento mancomunado y el principio de unipersonalidad en materia testamentaria*

Entre los caracteres que el Código Civil atribuye al testamento se cuenta el de su unipersonalidad (38), entendido en el sentido de que el mismo sólo puede ser realizado por una persona, sin que se admita la presencia de otra

todo testamento; por esta razón y por evitar además coacciones en la declaración de voluntad, era preciso que desapareciera también el testamento mancomunado»; Mucius SCAEVOLA, *ob. cit.*, págs. 148-158, y GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *ob. cit.*, pág. 25. Para BONET RAMÓN, *ob. cit.*, pág. 92, la razón de la prohibición debe buscarse en la garantía de la más amplia, absoluta libertad de disposición y en el carácter de revocabilidad que el legislador ha querido asegurar en el acto testamentario.

(37) *Ob. cit.*, págs. 1682-1684.

(38) Es preciso distinguir en este punto entre unipersonalidad y unilateralidad, ya que siendo ambos elementos esenciales del testamento tienen un contenido diverso. La unipersonalidad significa la presencia de una sola persona, en tanto que la unilateralidad se entiende como concurrencia de una sola parte, pues por ser unilateral sólo se requería que hubiese una parte, y estando varias personas *ex uno latere* habría unilateralidad de varios. De otra parte, es necesario distinguir también la unipersonalidad con el carácter personalísimo del testamento por cuanto éste lo que significa es que no puede concurrir al otorgamiento de las disposiciones *monis causa* un representante.

para disponer simultáneamente. Como dice PUIG BRUTAU (39), ser unilateral significa que en cada acto de testar interviene un solo testador. Dispone el artículo 670 CC: «El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario».

Sin embargo, este principio o argumento, extraíble, según el parecer mayoritario de la doctrina (40), de la prohibición legal contenida en el artículo 669 del CC, se configura como una regla de doble sentido, esto es, de ida y vuelta, ya que si, de un lado, se extrae de la disposición legal referida, al mismo tiempo está en su base para fundamentar la prohibición. Tal es así que si bien el legislador se refiere expresamente al principio de personalidad del testamento en el artículo 670 del CC para prohibir que su formación se deje, total o parcialmente, a otra persona, en ningún precepto se contiene ese otro principio que exige y limita el otorgamiento de voluntades en un mismo instrumento a una sola persona (41), sino que el Código Civil se limita a presumirla. En este sentido la mancomunidad no es una de las manifestaciones del principio de unipersonalidad, sino que es la única manifestación. Nótese además que en las legislaciones forales donde se admite el testamento mancomunado no se presenta a éste como una excepción al principio general de la unipersonalidad, sino que con su regulación se rechaza esta nota, en la medida que se rechazan las razones que la explican. Por lo tanto, atacar o combatir la unipersonalidad significa en definitiva combatir la prohibición. Afirmación ésta que aunque parezca una obviedad no lo es tanto si tenemos en cuenta que, siguiendo la tesis esbozada, este principio es el único argumento de rango legal para defender la prohibición. Carecen de esta consideración esas otras razones, a las que más tarde me referiré, tradicionalmente fundamentadoras de la prohibición, como son el peligro de una posible captación de la voluntad o los problemas que la mancomunidad origina en relación a la revocación de las disposiciones testamentarias.

En consecuencia, el carácter unipersonal del testamento, que se extrae de la prohibición legal, no es un rasgo esencial que, junto con otros como la personalidad o unilateralidad, caractericen el testamento, sino que, a mi juicio, sólo se justifica en la prohibición referida. Dicho de otra manera, la

(39) *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. 2.º, Barcelona, 1977, pág. 170.

(40) Por todos, MANRESA, *ob. cit.*, pág. 396, para quien la prohibición del artículo 669 del Código Civil es una consecuencia del principio iniciado en la definición del artículo 667 del Código Civil y desenvuelto en el artículo 670, de que el testamento es un acto individual o personalísimo. También ALBALADEJO, *ob. cit.*, pág. 105.

(41) No se refiere al mismo artículo 667 del Código Civil, ya que su alcance es exclusivamente el de definir o conceptuar el testamento como el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de sus bienes, sin que se regulen aquí, limitándolas, las manifestaciones o formas de ese otorgamiento de últimas voluntades.

admisión del testamento mancomunado no quebrantaría ninguna disposición legal o elemento esencial del testamento, ni mucho menos mutaría la naturaleza de este acto *mortis causa* en un contrato, toda vez que el testamento mancomunado, aunque plural por contener una pluralidad de declaraciones de voluntad (generalmente la de los cónyuges), no es asimilable al contrato por faltarle, entre otros, el requisito de la correlación de prestaciones u onerosidad. No es ésta, sin embargo, la diferencia fundamental: el testamento mancomunado se distingue del contrato (sucesorio) sobre todo por razón de la revocabilidad unilateral de las disposiciones testamentarias (42).

Efectivamente, no atenta el testamento mancomunado contra el principio de personalidad, consagrado en el artículo 670 del CC, toda vez que con este principio lo que se prohíbe es que el otorgamiento de últimas voluntades se engarce en todo o en parte a un tercero al ser el testamento un acto personalísimo no delegable (43). Se trata, en definitiva, de excluir la representación en las disposiciones por causa de muerte por tratarse de asuntos personalísimos del causante. De ahí que no me parezca muy afortunada la tesis de quienes (44) sostienen que el testamento mancomunado atenta contra este principio, ya que la personalidad lo que impone es que las disposiciones por causa de muerte deriven de una decisión propia del testador (45). Es evidente, pues, a mi juicio, que desde el punto de vista de la personalidad no hay razón para negar la compatibilidad entre el hecho de que el testador tome por sí mismo una determinación concreta en cuanto al contenido de la disposición testamentaria y la pluralidad de declaraciones de voluntad que con estas características se viertan en un único instrumento (46).

Tampoco desvirtúa este planteamiento la concepción legal del testamento contenida en el artículo 667 del CC como acto por el que una persona dispone

(42) La imposibilidad de asimilar el testamento mancomunado al contrato nos la explica LÓPEZ R. GÓMEZ, *ob. cit.*, pág. 279, al decir que el testamento mancomunado en su modalidad de mutuo no puede ser tenido como un pacto sucesorio, porque si bien la institución de heredera es mutua entre los dos otorgantes, la prestación del consentimiento como base de toda obligación no puede darse, pues el testamento nunca ha tenido la naturaleza de contrato. Y si esta negación se refiere al testamento mutuo, con más fundamento puede extenderse al de mancomún en el que la institución se hacía en favor de un tercero.

(43) Esta afirmación hay que entenderla referida al Derecho civil común, ya que en los derechos forales se reconoce el poder testamentario en diversas instituciones.

(44) En este sentido, MANRESA, *ob. cit.*, pág. 544.

(45) Desde este punto de vista no deja de ser significativo el que en el Código Civil alemán se caracterice el testamento con la nota de la personalidad (art. 2.065) y a continuación se regule el testamento mancomunado con carácter general, sin que se configure como una excepción a dicho principio.

(46) En este sentido señala BINDER, *ob. cit.*, págs. 121-122, que en los testamentos simultáneos la mancomunidad es puramente formal, pues no se trata sino de disposiciones independientes de última voluntad contenidas en un mismo instrumento público.

para después de su muerte de sus bienes o parte de ellos, porque la personalidad que se infiere del precepto legal ha de entenderse en el sentido referido en cuanto se veda la intervención de una voluntad ajena en el acto dispositivo (47). Y por ser personalísimo sólo se requeriría que testase el propio interesado y no otra persona por él, lo que sería compatible con testar varios interesados personalmente a la vez. Tal es así que, al estudiar el artículo 670 como manifestación palmaria del principio de personalidad, se invoca el artículo 667 para fundamento y explicación última del mismo (48).

Frente a estos caracteres legales configuradores del testamento, obsérvese, sin embargo, que lo que en principio viene a prohibir el artículo 669 del CC es que dos o más personas otorguen sus últimas voluntades en un mismo instrumento, ya que, como indicábamos, la mancomunidad reside en la pluralidad de declaraciones de voluntades vertidas simultáneamente en un mismo documento y no, como han pretendido algunos autores (49), en el hecho de que los codeclarantes o cotestadores se instituyan recíprocamente herederos o instituyan heredero a una misma persona, ya que estas dos últimas fórmulas sólo hacen referencia a manifestaciones concretas que puede adoptar las declaraciones unilaterales de voluntad contenidas en el testamento que nos ocupa. Por lo demás, la dicción del precepto está clara: la mancomunidad deriva de otorgarse el testamento en un mismo instrumento (se entiende, por dos o más personas) y no de las personas que pueden beneficiarse después del fallecimiento de los otorgantes. Cualquier otro intento de excluir de la prohibición legal el caso de que no hagan los cotestadores institución mutua o a favor de un mismo tercero es, en mi opinión, uno de los tantos intentos que se han ideado para orillar la prohibición y testar mancomunadamente (50).

(47) Esta concepción del carácter personalísimo de las disposiciones por causa de muerte, entendida como equivalente a la exclusión de representación, se remonta ya al Derecho Romano en el que este carácter venía ya impuesto por su forma oral, que sólo podía ser cumplimentada personalmente por el causante, y también de la circunstancia de ser desconocida la representación como institución general de los negocios jurídicos. Sobre el carácter personalísimo del testamento *vid.* KIPP, *ob. cit.*, págs. 198 y sigs.

(48) En este sentido véase ESPÍN CÁNOVAS, *ob. cit.*, pág. 1686.

(49) Así PUIG PEÑA, pág. 217, para quien la prohibición no alcanza al supuesto de otorgar testamento más de una persona en un mismo instrumento, siempre que ni se instituyan recíprocamente ni en favor de un tercero, en base a que no es lo mismo una declaración conjunta de voluntad de carácter recíproco o conjunto, que dos declaraciones distintas, aunque consignadas *uno actu*. En el mismo sentido se expresa MARTÍNEZ GIRALT, notas a POLACCO, *Sucesiones*, ed. esp., La Habana, 1931, pág. 34, quien entiende que se han de considerar válidos, por estar fuera del supuesto de los artículos 669 y 743 del Código Civil, los testamentos en los que los testadores instituyen herederos a personas distintas.

(50) Nótese que esta tesis que descarta la mancomunidad en el caso planteado, en la base de que las sucesiones testamentarias, al no ser recíprocas ni a favor de un mismo

También lo es, a mi juicio, la tesis de algunos autores para los que lo que hace mancomunado al testamento es la unicidad del acto y no la unidad puramente material o instrumental, de tal manera que el testamento escrito por dos personas sobre el mismo papel, por ejemplo, una en el anverso y otra en el reverso, o ambas en la misma cara del papel, pero en espacios diferenciados, no sería un testamento mancomunado, sino dos testamentos ológrafos de dos personas escritos en la misma hoja de papel (51). Esta misma construcción puede extraerse de diversas resoluciones de nuestro Tribunal Supremo en la que se ha sentado la doctrina siguiente: «El testamento mancomunado prohibido por el artículo 669 del Código Civil es aquel que contiene en un solo acto o instrumento las declaraciones de última voluntad de dos personas y caracterizado, por tanto, por su unidad instrumental, no por su contenido». Así la Sentencia de 13 de febrero de 1984, entre otras (52).

El interés de esta resolución excede, por lo demás, de la construcción referida, ya que la misma plantea interesantes cuestiones en relación con la concurrencia de ese segundo presupuesto —al que nos hemos referido—, como es la pluralidad de declaraciones de voluntad. Aparte de eso, su entendimiento requiere cierto comentario y aclaración, ya que en el supuesto de hecho de esta sentencia nos encontramos con una voluntad testamentaria que aunque declarada únicamente por un cónyuge recoge igualmente la voluntad de su consorte, ya que aquél haciendo eco de una voluntad ajena realiza una serie de disposiciones en plural (por ejemplo, «disponemos...», «nos comprometemos ambos testadores....») que, aunque escritas únicamente de puño y letra por el testador y rubricadas por él, aparecen a continuación aceptadas por su consorte. Sin embargo, dejo por ahora esta cuestión, cuyo estudio tiene mejor ubicación en otro lugar de este trabajo.

tercero, correrían por caminos y situaciones diversas aceptando, en consecuencia, la existencia de dos testamentos que se articulan *uno acto*, sólo trata de superar el mandato legal de declarar la nulidad del testamento mancomunado. Y no es ésta la única fórmula; antes bien, a lo largo de este trabajo tendremos ocasión de reflejar cómo los intentos de superar la prohibición legal han dado ocasión de defender tesis que pudiéramos tildar de «curiosas», en las que lo único que se defiende en definitiva es la posibilidad de testar mancomunadamente.

(51) Por todos, TRAVIESAS, *ob. cit.*, pág. 118, quien únicamente condiciona la validez de los testamentos así otorgados a la circunstancia de que sea posible el fraccionamiento del papel que contenga cada testamento. Incluso propone este autor como solución para el caso de que el fraccionamiento no fuera posible el que los testamentos fuesen protocolizados mediante copia auténtica antes de separar el original del otro testamento, que necesariamente ha de ser protocolizado para su validez. Solución que el propio autor entiende que es de dudosa validez, además de violentar los términos de la Ley. También CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 1095, y PUIG PEÑA, *ob. cit.*, pág. 218. En contra, LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ y otros, *ob. cit.*, pág. 325, para quien la mancomunada alude a un presupuesto formal; esto es, sin la concurrencia de dos testadores en un único instrumento no la hay.

(52) También la STS de 8 de junio de 1918.

Por lo tanto y en atención de todo lo dicho, si la mancomunidad reside en la concurrencia de voluntades, sólo partiendo del perjuicio de que la concurrencia de varias personas lleva aparejada la correspondiente limitación de la libertad de testar por influencia de los otros otorgantes puede establecerse alguna relación entre el principio de personalidad y la prohibición de testar mancomunadamente.

Dicho esto veamos, pues, cuáles son las razones que según esta tesis imponen esa unipersonalidad o, quizás, mejor cuáles son los peligros o riesgos que se pretenden evitar prohibiendo la concurrencia de voluntades en un mismo acto o, más simplifícadamente, marginando la unidad instrumental.

La principal y básica, la de evitar el riesgo de captación (53) de voluntad de uno de los otorgantes sobre el otro (básicamente se pensaba en la captación de la voluntad de la mujer por el marido); impedir las presiones o sugerencias de un testador sobre otro, con la correspondiente quiebra de la libertad de testar y de la independencia de la formación de la voluntad testamentaria (54). Dicho de otra manera, la *ratio* de la indispensable unipersonalidad del testamento es, según esta construcción, garantizar la absoluta independencia en la formación libre y espontánea de la voluntad. De tal manera que la forma unipersonal no es sólo condición suficiente, sino necesaria, para que el acto despliegue sus efectos. Lo cual si se mira bien sólo se comprende (y en su caso hasta se justifica) si se tiene en cuenta que se está pensando en el supuesto de que en el mismo instrumento se contengan varias declaraciones de voluntad que están mutuamente condicionadas, esto es, que sean interdependientes, porque de otro modo tal captación de voluntad no sería relevante. Estoy pensando en el caso de que en un mismo

(53) Los autores antiguos consideraban que existía captación o sugestión cuando se daba «aquel complejo de artificios, de engaños, de maniobras con las cuales se sorprendía la buena fe del testador y se le inducía a testar para sí o para otro» {*vid.* CUJACIO, ad. lib. XXXIV, *Si quis aliq. testan prohib. vel coget*, volumen IX, col. 796; DOMAT, *Lois civiles*, Lib. III, tit. 1.º, sec. V. La misma tendencia se observa entre la doctrina y en la jurisprudencia italianas, pudiéndose citar, entre los autores más recientes y calificados, a Cicu, *El testamento*, ed. esp., Madrid, 1959, pág. 193, al decir que «se habla de captación si el dolo es realizado para inducir al testador y disponer a favor del que la realiza; y de sugestión si es a favor de terceros, por más que no haya concordancia doctrinal acerca de esta limitación. De todos modos, en los dos casos hay un comportamiento que tiende, con presiones que no se pueden considerar como de violencia, con manifestaciones insinceras de afecto, con mentiras dichas por otros, a predisponer al testador a que disponga en favor de quien tal hace o de terceros».

(54) Todos los temores de que los legisladores y tratadistas se han hecho eco repetidamente, se pueden resumir en éste: el testamento mancomunado ofrece una ocasión propicia para el fraude; un testamento en que el marido y la mujer han estado juntos puede ser muchas veces un medio legal de que el primero capte la voluntad, y con ella los intereses de la mujer.

instrumento y acto dos personas otorgasen sus últimas voluntades, instituyendo, herederos a personas distintas y sin que hubiese ninguna conexión entre las respectivas declaraciones de voluntad o disposiciones *mortis causa*. Es evidente que en tal hipótesis, en la que en definitiva las respectivas disposiciones se plasman en un sólo testamento-documento por razones de economía documental, de índole sentimental o cualesquiera otras, el peligro de captación no sería un argumento sostenible para atacar su validez, lo cual pone ya en entredicho o permite cuestionar la amplitud de los términos de la prohibición. Es decir, que la posible presión o influencia de un testador sobre otro que se pretende evitar con la prohibición está presuponiendo, en mi opinión, que el testamento u otorgamiento conjunto es además recíproco, e incluso más, correspectivo. Tal es así que para COCA PAYERAS (55) es este tipo de testamento mancomunado el que histórica y actualmente se toma como modelo de los mancomunados, y de esta guisa es del mismo de donde se extraen las razones justificadoras de la prohibición (56).

Pues bien, frente a este riesgo de captación de voluntad ampliamente esgrimido por los detractores del testamento mancomunado (fundamentalmente por la doctrina del derecho común anterior al Código Civil y un escaso sector de la doctrina posterior al vigente Código) se levantan opiniones muy fundadas alegando que las captaciones de voluntad, las deslealtades y los fraudes pueden darse en igual grado y medida en el testamento individual. Así, por ejemplo, en el testamento ológrafo la ausencia de Notario y de testigos que comprueben la libertad del otorgante es una forma testamentaria a la que pueden atribuírsele los defectos denunciados (57).

(55) *Ob. cit.*, pág. 115.

(56) Por lo que se refiere a esa perspectiva histórica, conviene tener en cuenta que ya en el Derecho Romano este tipo de testamento llamado *captatorio*, en el que la institución se efectuaba bajo la condición de ser instituido por aquel a quien se instituye, fue prohibido por un Senado-Consulta, del que desconocemos el nombre, por coactar la libre determinación de la voluntad del disponente (Digesto 28, 5,70 y 71; 30, 64; 38, 8,1; *Captatorias institutiones non eas senatus improbatit quae mutuis affectionibus indicia provocaverunt, sed quarum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis*).

(57) Es más, tradicionalmente se ha visto con cierta cautela esta forma testamentaria ya que al mismo se atribuyen los siguientes inconvenientes: 1) Los peligros de sugestión o captación a que se pudiera prestar, circunstancias que en el caso de morir inmediatamente el testador quedan ocultas, resultando válido y eficaz en el Derecho el testamento esencialmente nulo por falta de consentimiento. 2) Que no ofrece garantía alguna que asegure la capacidad del testador o que no esté en radical discrepancia con su voluntad por falta de conocimientos, no ya jurídicos, sino de simple redacción. 3) Que es bastante difícil probar su autenticidad cuando es impugnado. A esto se añade el peligro de destrucción, pérdida o sustracción de este testamento, del que no existe ninguna garantía de intervención pública o privada que atestigüe su otorgamiento y especialmente su conservación. Haciéndose eco de estas desventajas, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil...*, cit., pág. 233, señala que por sus formalidades, muy sumarias, el testamento ológrafo no ofrece las mismas garantías de protección a la

El propio ALBALADEJO (58), partidario de la prohibición, declara que «este criterio es poco consistente porque igual se puede influir desde fuera del acto del otorgamiento en la voluntad del otorgante, como será fuera del otorgamiento del testamento mancomunado como se presione, porque no va a ser en presencia de Notario. Aparte de que esas presiones se dan en muchos casos y se darán con o sin testamento mancomunado, y son inevitables e indescubribles o no posibles de probar generalmente. Amén de que, en definitiva, es lo común que se halle en manos del testador poder resistirlas... En conclusión, que el argumento de las posibles presiones en el testamento mancomunado no convence y si es que se puede demostrar y alcanzan el nivel de viciar la voluntad, ahí están los vicios de ésta para invalidar el testamento, sea mancomunado o no».

Además de compartir este planteamiento, por lo demás poco sospechoso si tenemos en cuenta que su autor se cuenta entre los partidarios de la prohibición, conviene subrayar la idea de que con el levantamiento de esta prohibición la libre espontaneidad del acto testamentario impidiendo ajenas influencias que pudieran llevar a desnaturalizarlo no queda marginada, toda vez que nuestro Derecho cuenta con unos mecanismos de protección, entre los que se cuentan fundamentalmente las formalidades exigidas *ad solemnitatem* para su validez (59) a fin de evitar toda posible duda acerca de la realidad de ese querer manifestado; y en segundo lugar, aquellos requisitos de carácter interno que tienden a amparar la espontaneidad y libre iniciativa del testador, entre los que se encuentran los destinados a impedir que en la disposición testamentaria la voluntad del testador sea sustituida por la de una tercera persona (60). Medidas todas éstas más acordes con la finalidad y los

voluntad del testador que los testamentos notariales. Las posibilidades de presiones y de captación de voluntad son mayores; asimismo la de una falsificación; los peligros de pérdida o destrucción no sólo provienen del acaso, sino también de maniobras de un heredero abintestato no favorecido, o de uno favorecido en un testamento anterior. Finalmente, al actuar (en principio) aislado y sin ayuda ajena, el testador puede traducir mal su voluntad, también expuesta a deformación por la ulterior interpretación judicial; como fácilmente puede incurrir en causas de nulidad de disposiciones concretas.

(58) *Ob. cit.*, pág. 108.

(59) En este punto conviene recordar que el artículo 687 del Código Civil al prescribir que «será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente exigidas», eleva a la categoría de esenciales las formas establecidas para su otorgamiento.

(60) A esta finalidad responden la prohibición del testamento por comisario y demás establecidas en el artículo 670 del Código Civil al disponer que el «testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse a un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente». Idéntico fundamento tiene la prohibición de encomendar a otro la facultad de mejorar a la que se refiere el Código Civil en el artículo 830 al disponer que «la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro».

principios que rigen en materia testamentaria en orden a la formación de la voluntad.

En esta misma línea, resulta ineludible hacer notar la debilidad del argumento de la posible captación de voluntad, esto es, de la virtual existencia de vicios de la voluntad, en el que uno de los cónyuges, por hipótesis la mujer, es considerado *a priori* como sugestionable por el otro. Ello, sin duda, carece de fundamento, pues muy bien puede decirse que la forma de protección frente a los vicios del consentimiento es general y no necesita un régimen particularizado en razón de quien sea su otorgante.

También critica CASTÁN (61) los fundamentos de la prohibición, llegando incluso a cuestionarse la oportunidad de una prohibición que, como éste, ofrece innegables ventajas prácticas a los cónyuges, esgrimiendo contra las supuestas coacciones a que da lugar esta modalidad de testamento que tales coacciones y deslealtades pueden operar igualmente en los casos en que los cónyuges testan en instrumentos separados.

Para LACRUZ (62) las objeciones unánimemente aceptadas por los tratadistas contemporáneos a la codificación son muy discutibles, toda vez que «los peligros de coacción o captación, en los sistemas de libre revocabilidad, apenas son mayores que en el testamento individual; y el de fraude queda también a la altura del testamento unipersonal en el momento en que cada testador conozca la posibilidad de revocar del otro, lo que se puede conseguir sencillamente obligando al Notario, por precepto legal, a hacer una advertencia a los testadores en ese sentido».

De lo insostenible de la argumentación que hace descansar la prohibición en el principio de la unipersonalidad, es por lo demás un magnífico exponente la tesis de aquellos autores (63) que, aunque defensores a ultranza de la prohibición, no tienen ningún reparo en admitir la legalidad del testamento otorgado por una pluralidad de personas, en el mismo papel siempre y cuando las disposiciones de última voluntad de cada otorgante pudiesen separarse mediante la división del papel, de forma que cada una

(61) *Ob. dt.*, págs. 138-141.

(62) *Ob. cit.*, pág. 372. En este mismo sentido, COELLO GALLARDO, *ob. cit.*, pág. 85, para quien la posibilidad del influjo de una voluntad sobre la otra no se evita con solo exigir que cada uno manifieste en papel distinto su disposición en las condiciones y en idénticas circunstancias en que hubiera de llevarse a efecto el testamento común, pues los peligros que puedan existir por sugestión o influencia sobre la voluntad de uno de los cónyuges por el otro, que hagan dudar sobre la certeza o realidad de la voluntad consignada en su testamento, son idénticos en el caso de ordenar su última voluntad en distintos testamentos como si lo hace en uno solo con carácter mancomunado, ya que la influencia o sugestión no desaparecen ni se modifican con variar las formas de testar, puesto que éstas no son las causas originarias de tales perturbaciones, que son más complejas y a veces imposibles de prever.

(63) *Vid.* nota 52.

de las porciones resultantes tenga un contenido distinto. El reconocimiento de la validez de cada uno de los testamentos así otorgados hace prácticamente insostenible, desde la perspectiva de estos autores, el argumento de la unipersonalidad, tal y como ellos lo conciben, como fundamento justificativo de la prohibición.

No insisto más en la falta de consistencia de un argumento que además de carecer de fundamento legal tiene como finalidad el deseo de evitar unas presuntas sugerencias y violencia que, a mi entender, está lejos de alcanzar (64). Es más, creo con toda seguridad que nuestro ordenamiento dispone de un acabado sistema de protección y garantía de la voluntad en cuanto a su manifestación libre y espontáneamente manifestada, que aunque presente fisuras sirve mejor a la finalidad perseguida: la teoría de los vicios del consentimiento.

(64) La imposibilidad o dificultad radica precisamente en el dato de que si el cónyuge captado de ese modo ha cedido a la sugestión del otro, bien por amor o por temor, existiendo entre ellos ese amor o ese temor, según los casos, parece evidente que el cónyuge interesado, ambicioso, podría igualmente arrastrar al otro a un testamento personal ordinario pero hecho casi al dictado del inductor. Y si, por el contrario, se considera que la regla general es aquel matrimonio en que uno de los cónyuges se propone apoderarse de los bienes del otro, ¿qué se pretende remediar de ese mal con la prohibición del testamento mancomunado? Habría que prohibir para ser lógicos con el propósito toda forma de sucesión voluntaria, porque sobre la voluntad, y no sobre la Ley rígida igual para todos, obra la sugestión. Para esta opinión *vid.* TEIXEIRA GRACIANETA, *ob. cit.*, págs. 47-49. Por lo demás, es particularmente significativo y así lo ha puesto de manifiesto la doctrina, que en ordenamientos como el aragonés, en los que está admitido esta forma de testar, la práctica no ha respondido a las profecías de inconvenientes, litigios e injusticias que sus enemigos lanzaron contra él en todo tiempo. Para esta opinión *vid.* TEIXEIRA GRACIANETA, *ob. cit.*, págs. 53 y sigs., y SANTOS DE OTTO, *Derecho Foral*, Barcelona, 1945, pág. 424. Especial interés reviste en este sentido la Exposición de Motivos del Proyecto de Apéndice de 1904, publicado por la excelentísima Diputación Provincial de Zaragoza, 1904, que rechazó la prohibición del artículo 669 del Código Civil en razón a cuantos argumentos en pro de la justificación del testamento mancomunado hemos aducido en el texto. Las razones que se tuvieron en consideración fueron: «1.^a Era inconveniente privar a personas unidas por el lazo del matrimonio de darse esa postrera prueba de confianza que durante su vida se han dispensado. 2.^a En este antiguo Reino se halla tan arraigada y con tan felices resultados el testamento mancomunado entre marido y mujer, que, con ser frecuentísimo el caso de su otorgamiento, ha dado lugar a pequeño número de contiendas judiciales. 3.^a El temor de posibles deslealtades entre los que testan juntos, si ha de compadecerse la subsistencia de lo que en esa forma hayan ordenado con la naturaleza de esencialmente revocables de los testamentos, y con la facultad que se atribuye al supérstite de variar su disposición en cuanto a su caudal —temor que parece ser la causa que ha gravitado sobre el ánimo de los legisladores latinos para establecer la unipersonalidad del acto— tiene más de pueril que de serio; porque ¿quién impide que cumplida la exterioridad de la Ley testando separadamente los esposos, ante el propio fedatario, en turno sucesivo, cada cual con conocimiento de lo que el otro hace y quizás con minutas coartadas por igual patrón, frustre uno de ellos la combinación de ambos con un nuevo otorgamiento? 4.^a Mejor que abolir por insignificantes defectos una institución que no repugna a la conciencia social es purgarla de ellos, conducta que ha observado la Comisión...»

B) *Revocabilidad*a) *Consideración general*

Otro de los escollos que presenta la admisión del testamento mancomunado, incluso de mayor relevancia que el descrito anteriormente dada la atención que se le ha dedicado (65), es el relativo a la revocabilidad de sus disposiciones. En este punto es clásica la discusión sobre la revocabilidad o irrevocabilidad de los testamentos mancomunados. COELLO GALLARDO (66) resume así los términos de la controversia: «El problema más serio planteado acerca del testamento mancomunado es la posibilidad de que pudiera ser modificado por el cónyuge sobreviviente, haciendo ilusorio de esta forma el estado de sucesión creado en la disposición revocada, que puede haber sido causa o motivo de concesiones por parte del cónyuge premuerto. Ante este problema se planteaba el dilema de permitir la revocación de los testamentos mancomunados violando la fe en la reciprocidad de concesiones hechas en los mismos o declararlo irrevocable, lo que equivaldría a cambiar la naturaleza de la sucesión, convirtiéndolo de acto de última voluntad en otro de carácter rigurosamente contractual».

Ahora bien, antes de continuar con esta exposición conviene centrar en sus justos límites este problema.

Habíamos señalado que la nota definitoria del testamento mancomunado radica en la antítesis que se produce entre la unicidad del instrumento formal en que se contiene la voluntad sucesoria y la pluralidad de declaraciones de voluntad *mortis causa*. En relación con este contenido negocial plural hay que tener en cuenta que las declaraciones de voluntad pueden hallarse en dos situaciones conectadas entre sí, es decir, correspectivas, o en absoluta desconexión, o sea, sin ninguna vinculación entre ellas, sin que en ninguna de estas hipótesis pierda el testamento su cualidad de mancomunado. Teniendo en cuenta esta distinción, tenemos que dejar sentado

(65) En este sentido obsérvese cómo dentro de la bibliografía sobre el testamento mancomunado muchos de esos trabajos versan sobre la revocabilidad o condiciones de revocabilidad del mismo. Valgan como ejemplos: JAIME PINTOS, «De la revocabilidad del testamento mancomunado», en *RCDI* (abril 1954), págs. 270 y sigs.; MERINO HERNÁNDEZ, *Revocación «post mortem» del testamento...*, cit., págs. 47 y sigs.; LACRUZ BERDEJO, «Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge y viudedad universal», *ADA* (1963), págs. 351 y sigs.; GARCÍA ATANCE, *Revocación del testamento mancomunado*, Segunda Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1943, págs. 256 y sigs., y CHOLIZ DEL JUNCO y LACRUZ MANTECÓN, «Revocación, modificación e ineficacia del testamento mancomunado», en *Estudios de Derecho sucesorio*, Zaragoza, 1986, págs. 121 y sigs.

(66) *Sucesiones, comentarios a los artículos del Código Civil con la jurisprudencia aplicable y formularios prácticos*, Madrid, 1952, t. I, pág. 85.

ahora y para delante que lo que el artículo 669 del CC prohíbe es el hecho de testar dos o más personas mancomunadamente, esto es, un mismo acto e instrumento, independientemente del contenido de esas disposiciones, ya que en principio la prohibición de este precepto hay que entenderla como absoluta referida a cualquier testamento mancomunado.

Hecha esta precisión, y antes de proseguir, es necesario precisar un poco más qué se entiende por disposiciones correspectivas, ya que nos vamos a referir específicamente a éstas.

El tema ha sido, con toda lógica, tratado en profundidad por juristas aragoneses (67) y, de acuerdo con el parecer mayoritario de los mismos, para hablar de correspectividad es necesario estar en condiciones de asegurar que la disposición del uno no se habría adoptado sin la disposición del otro (68). Señala MERINO HERNÁNDEZ (69) que correspectividad significa que las disposiciones se hallen recíprocamente condicionadas, exigiéndose además que estén expresamente declaradas como tales disposiciones correspectivas por ambos cónyuges testadores, ya sea en el propio testamento, ya sea en otro documento público, admitiéndose la posibilidad, incluso, de que la correspectividad se declare en otro testamento posterior sin otro contenido de tipo patrimonial (70). O, como se-

(67) Vid., por todos, LACRUZ, «Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge y viudedad universal», *ADC* (1963), págs. 351 y sigs.; MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios a los artículos...*, cit., págs. 47 y sigs., y LORENTE SANZ, «El testamento mancomunado», en *Primera Semana de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1942, págs. 31 y sigs., quien ha declarado que para que haya correspectividad «no es bastante que un testador haya otorgado las disposiciones en consideración a las otorgadas por el otro; ni que entre las disposiciones haya correspondencia o correlatividad (que es lo que semánticamente equivale a correspectividad): es preciso que la disposición del marido, ora a favor de su mujer, ora a favor de tercero, no se hubiera hecho sin la disposición de ésta, y viceversa».

(68) Para el Derecho aragonés la definición de correspectividad la da la propia Compilación en su artículo 97.1, en donde afirma que «son disposiciones correspectivas aquellas que por voluntad declarada de ambos cónyuges, en el mismo testamento o documento público, están recíprocamente condicionadas».

(69) *Comentarios a los artículos...*, cit., pág. 65.

(70) En relación con este tipo de disposiciones distingue MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios a los artículos...*, cit., págs. 120-137, varios tipos de correspectividad: a) La correspectividad bilateral y la unilateral. La primera se da cuando las disposiciones de ambos cónyuges están recíprocamente condicionadas, de manera que las de uno dependen de las del otro, y a la inversa. En tanto que existirá correspectividad unilateral cuando solamente las disposiciones efectuadas por alguno de los testadores estén supeditadas a las efectuadas por el otro, pero no a la inversa; b) La correspectividad perfecta y la imperfecta. Se puede hablar de correspectividad perfecta cuando el mantenimiento de las disposiciones de uno de los cónyuges dependa simplemente de la subsistencia de las de otro. Y será correspectividad imperfecta cuando sólo en determinados supuestos la inexistencia o desaparición de unas determinadas disposiciones de un cónyuge determine la nulidad de las del otro, recíprocamente condicionadas, pero no en todas;

ñala PINTOS (71), la correspectividad presupone «una causalización en la distinta voluntad de los testadores que convergen en el acto unitario, de tal forma que la disposición de uno viene a ser causa de la del otro, y a la inversa».

Para TEIXEIRA (72), el concepto de correspectividad está íntimamente ligado con el de reciprocidad y, en cierto modo, con el de condicionalidad. Supone, pues, «una causalización en la distinta voluntad de los testadores que convergen en el acto unitario».

En definitiva, lo esencial es que cada uno de los cootorgantes ha adoptado su disposición en vista de la correspondiente adoptada por el otro y contando, con toda seguridad, con que ésta ha de subsistir inalterada. Como declara VALLET DE GOYTISOLO (73), lo correspectivo se caracteriza porque la eficacia de lo dispuesto por cada uno de los otorgantes está condicionada a que el otro mantenga lo por él dispuesto.

Precisado de esta forma el concepto de correspectividad y partiendo de la base de que toda disposición testamentaria debe ser, por esencia, revocable durante la vida del testador, vamos a examinar cuáles han sido las posturas adoptadas ante los problemas que este carácter plantea en relación a esta forma de testar.

Resumiendo, podemos decir que el problema central gira en torno a la revocabilidad o irrevocabilidad unilateral de estas disposiciones, que de alguna manera se encuentran condicionadas en cuanto que en principio el Derecho sucesorio viene caracterizado por la revocabilidad de las disposiciones de última voluntad (74), mientras que del carácter obligacional que puedan revestir estas disposiciones derivaría la irrevocabilidad unilateral.

c) Correspectividad expresa y tácita. La primera es la que prevén los propios cónyuges otorgantes del testamento de modo expreso y terminante. La segunda, la que sin una expresa determinación se deduce, no obstante, del contexto o documento de que se trate; d) La correspectividad puede ser también total o parcial. La primera es aquella que afecta a todas las disposiciones del testamento. La segunda sólo a una parte del mismo.

(71) *Op. cit.*, pág. 272.

(72) *Op. cit.*, pág. 111. «La correspectividad supone en cualquier caso —señalan CHOLIZ DEL JUNCO y LACRUZ MANTECÓN (*ob. cit.*, pág. 155)— la existencia de un condicionamiento sobre la cláusula en cuestión tal, que la libertad del testador para revocarla o modificarla se ve condicionada en mayor o menor medida, según el criterio general de la regulación en cada momento y en cada ordenamiento, por la consideración al otro testador. Igualmente, la ineficacia de esa cláusula debe también repercutir sobre las otras respecto de las que sea correspectivo».

(73) *Panorama del Derecho de Sucesiones...*, cit., pág. 42.

(74) Esta revocabilidad esencial de las disposiciones testamentarias viene expresamente sancionada por el artículo 737 del Código Civil al disponer que «todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas. Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras y aquéllas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales».

Algunos autores, partiendo de la idea de pacto y del estricto cumplimiento de la obligación por él contraída, sentaban el principio de la irrevocabilidad absoluta de esta forma testamentaria (75). Otros en cambio, atendiendo a la naturaleza esencialmente revocable de toda disposición de última voluntad y a los gravísimos inconvenientes que la irrevocabilidad producía, proclamaban el principio contrario, admitiendo no sólo la facultad de revocar el testamento el otorgante que sobreviviera, sino que en vida de los dos, por mutuo acuerdo o independientemente uno de otro, pudieran llevarlo a efecto (76).

Señala así SÁNCHEZ ROMÁN (77) «la subsistencia del carácter esencial de la nota de la revocabilidad en toda disposición testamentaria, sin que estorbara a su aplicación por parte del sobreviviente la circunstancia del conjunto otorgamiento, y, por otra parte, nada había que permitiera la irrevocabilidad en disposiciones mutuas».

Similar es también la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual declaró en Sentencia de 22 de abril de 1878 que no es un precepto de derecho ni doctrina legal admitida por los Tribunales que el testamento otorgado de hermandad por marido y mujer instituyéndose herederos o mandándose algo mutuamente encierre, por la naturaleza propia de este acto jurídico, la condición tácita de que la voluntad de los otorgantes permanezca siendo una y la misma, por lo menos mientras los dos existan, para que la institución hecha por cada uno de ellos conserve su fuerza y validez en la época en que ha de tener cumplimiento (78). Entre otras muchas, sostuvieron las Sentencias de 27 de marzo de 1888, 24 de junio de 1892 y 1 de marzo de 1905, que revocado por la mujer casada su primer testamento otorgado de mancomún con su marido y en favor de éste, no puede el mismo alegar que se le ha transmitido el dominio de los bienes de que aquélla dispuso, y tampoco le es lícito sostener que el segundo testamento de su mujer, como individual, no derogó el anterior, «puesto que la consignación de dos últimas voluntades en un mismo documento es un accidente que no constituye pacto recíproco ni las quita, por consiguiente, la cualidad esencial de ser variables hasta la muerte por cualquiera de los testadores en la parte por cada uno respectivamente dispuesta».

(75) Por todos, FALCÓN, *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, t. II, Salamanca, 1878, pág. 119.

(76) Por todos, *vid.* Mucius SCAEVOLA, *ob. cit.*, págs. 149 y sigs.

(77) *Ob. cit.*, pág. 31. Le siguen fielmente gran número de autores, tales como VALVERDE, *ob. cit.*, pág. 73.

(78) De parecido tenor es la STS de 17 de diciembre de 1981 en la que se afirmó que no hay Ley ni doctrina legal que establezca la irrevocabilidad del testamento hecho de mancomún entre los cónyuges a no ser que contenga cláusula *ad cautelam* y no se manifieste señaladamente en el posterior que se quiso derogar el anterior, conforme a la Ley 22, título I, Partida 6.^a.

De modo que las enseñanzas del Tribunal Supremo sobre esta cuestión dan a entender que los testamentos mancomunados otorgados entre dos o más personas son revocables, no sólo por los testadores juntamente, sino también por cualquiera de ellos o por el que sobreviva, aunque sólo con referencia a sus bienes, a no contener pacto o convenio mutuo, también de irrevocabilidad, en cuyo caso el sobreviviente lo cumplirá al aceptar la herencia en tales condiciones.

Hecha esta exposición no parece que sea necesario explicar que la distinción apuntada (entre testamento o declaraciones de voluntad conjuntas y testamento o disposiciones recíprocas) se revela de gran trascendencia en este punto, toda vez que los problemas que la revocabilidad esencial de las disposiciones *mortis causa* plantea sólo pueden surgir cuando la declaración conjunta de voluntades es de carácter recíproco y no en la hipótesis de dos declaraciones de voluntad distintas, aunque, eso sí, consignadas *uno acto*, ya que en este último caso los otorgantes se han limitado a hacer uso de un privilegio de forma. Es evidente que en esta última hipótesis la revocación no plantea ningún inconveniente, y en consecuencia las normas de revocabilidad han de ser las comunes de la sucesión testada: la libre revocabilidad unilateral. Tal es así que, como ya hemos señalado, para algunos autores (79) queda fuera de la prohibición el caso de que los testadores dispongan en favor de distintos terceros. Exclusión ésta que, aunque rechazable si se atiende exclusivamente al tenor literal del artículo 669 del CC, en mi opinión sólo se explica si tenemos en cuenta que es justamente en este supuesto donde la revocación de las disposiciones no plantea problema alguno, ya que el posible fraude a la reciprocidad no existe al no haber tal reciprocidad. En este caso el testamento es mancomunado desde el punto de vista formal.

Por lo tanto, cuando se esgrimen como argumento para fundamentar la prohibición los problemas que lleva aparejada la revocación de un testamento de esta naturaleza, se está partiendo de la idea de que los cotestadores se han instituido recíprocamente herederos con carácter correspectivo, porque es justamente en esta hipótesis donde se da el inconveniente principal de esta clase de testamentos. Se presume, pues, desde este planteamiento que todo testamento mancomunado comprende disposiciones correspectivas (80). Que ello es así lo demuestra el hecho de que, como ya indicábamos en las páginas iniciales de este trabajo, para un sector de la doctrina la mancomunidad reside precisamente en la causalización recípro-

(79) Vid. nota 52.

(80) De esta presunción partió igualmente el Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona cuando en la nota 8 formulada al Proyecto de Apéndice de Derecho Navarro al Código Civil se aconsejaba la desaparición de un testamento que lleva consigo gravísimos inconvenientes, radicales en el problema de la revocación.

ca de sus disposiciones. Sirvan por lo demás de ejemplo en este sentido las explicaciones de CASTIELLA RODRÍGUEZ (81) cuando al analizar este punto señala que «nos encontramos en el testamento mancomunado con que, de una parte, son varios los testadores y, de otra, con que en casi todos los casos las disposiciones recogidas en el mismo son correspectivas y, en consecuencia, sólo se garantizan como tales si la revocación intempestiva por parte de uno de los cotestadores no da al traste con el entramado de disposiciones recíprocamente causalizadas».

En definitiva, por tanto, la objeción que desde esta perspectiva se hace al testamento mancomunado es que la posible revocación que uno hiciera de sus propias disposiciones frustraría la natural expectativa de reciprocidad para el otro. En este sentido se dice que la revocación del testamento que un esposo hiciera en vida del otro sin su conocimiento podría originar un fraude; posibilidad ésta que aumentaría si la revocación tiene lugar después de haber fallecido uno de los cootorgantes por el cónyuge supérstite, ya que el premuerto, tal vez, habría realizado liberalidades en su favor o en beneficio de un tercero como consecuencia de las disposiciones *mortis causa* del sobreviviente que puede posteriormente modificar. De ahí que se afirme que permitir la revocación sea violar la fe de la reciprocidad, y si se declara irrevocable el testamento, es cambiar su naturaleza y contenido de acto de última voluntad en rigurosamente contractual (82). Se presentan, pues, como incompatibles la necesaria ambulatoriedad de la voluntad humana en la disposición *mortis causa*, con la garantía que la irrevocabilidad representa de las disposiciones correspectivas.

La debilidad de esta fundamentación resulta patente si tenemos en cuenta el dato de que este riesgo no es privativo de esta forma testamentaria. Baste mirar la forma en cómo suele remediarse en territorio común la prohibición de testar mancomunadamente para comprobar lo que digo: consiste en otorgar los cónyuges testamentos por separado correlativos, de contenido idéntico y claramente correspectivos. El contenido de estos dos testamentos correlativos pone de manifiesto que lo que se veía como una ventaja, la separación instrumental, se convierte en claro inconveniente porque, de hecho, los cónyuges han vinculado sus testamentos introduciendo en ellos una evidente correspectividad y, en consecuencia, la posibilidad de revocar uno de ellos con absoluta independiencia del otro se convierte en una patente de corso para defraudar al otro cónyuge (83). De ahí que no crea que la prohibición del testamento mancomunado sea la pieza clave o el expediente definitivo para evitar los posibles fraudes en relación con la

(81) *Ob. cit.*, págs. 40-41.

(82) En este sentido, GARCÍA GOYENA, *ob. cit.*, págs. 301 y sigs.

(83) Para esta opinión cfr. CASTIELLA RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, págs. 41 y sigs.

correspectividad de sus disposiciones. Dicho de otra manera, no creo que estas objeciones sean privativas del testamento mancomunado. Las dificultades o problemas se presentan en todo caso en relación precisamente con sus disposiciones correspectivas, con la forma de garantizar su correlatividad e interdependencia para evitar que se defraude la expectativa de reciprocidad, haciendo ilusorio el estado de sucesión creado, pero ya se otorguen éstas en un mismo instrumento o por separado.

De cuanto antecede se desprende que es a este supuesto, esto es, al testamento con pluralidad de declaraciones de voluntad interdependientes o recíprocas, al que en definitiva se refiere la prohibición, y ello pese a que los términos literales del precepto van más allá en su ámbito de aplicación. Si no fuera así, ¿cómo explicar las razones tantas veces esgrimidas por los detractores de esta forma de testar, y fundamentalmente por los precursores de la prohibición, al decir que el permitir la revocación en los testamentos mancomunados significa violar la fe de la reciprocidad? Es evidente que con tal declaración se está partiendo de la presunción de que las disposiciones de los testadores estaban mutuamente condicionadas, eran interdependientes. Por lo tanto, si uno de los pilares fundamentales para fundamentar la prohibición es la incompatibilidad o, si se quiere, los inconvenientes inherentes que esta forma de testar presenta con la revocabilidad esencial del testamento, ¿qué sentido tiene transportar esta prohibición a un supuesto en el que, aunque vertidas varias declaraciones de voluntad en un mismo instrumento, no se da entre ellas ningún vínculo de correspectividad?

Dicho esto no creo que sea aventurado afirmar que al prohibir el legislador español de 1889 el testamento mancomunado se estaba prohibiendo ante todo el contenido normal de éste, que es precisamente aquel en el que los cónyuges (o en general dos personas) se instituyen recíprocamente herederos, ya que este tipo es el que histórica y actualmente se toma como modelo de los mancomunados (84) y de donde se extraen las razones justificadoras de la prohibición.

Resulta, por tanto, que como los problemas —tantas veces aludidos para fundamentar la prohibición— que el testamento mancomunado plantea sólo se presentan en aquellos testamentos mancomunados que contengan disposiciones correspectivas, acontece que es por esto por lo que las legislaciones

(84) Tal es así que para WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, t. III, ed. ital., trad. por FADDA y BENSÀ, Torino, 1925, pág. 215, los testamentos meramente conjuntos, es decir, aquellos en los que concurren varias declaraciones o disposiciones de bienes *mortis causa* sin interdependencia alguna, no constituyen un testamento mancomunado, toda vez que sólo implican la reunión en un solo acto testamentario de tantos testamentos como personas testan, es decir, la reunión meramente material de testamentos en un solo documento. Por ello, entendió que siendo posible su revocación unilateral no se daba la interdependencia que era la razón de la prohibición.

que admiten esta forma de testar limitan la revocación o modificación de aquéllas: ya sea al modo en que lo hace la Compilación aragonesa, prohibiendo excepcionalmente la revocación respecto de este tipo de disposiciones frente a la regla general de la revocabilidad, bien admitiendo excepcionalmente la revocación frente al principio que sienta la Compilación navarra de la irrevocabilidad, o finalmente, según la técnica de la Ley de 24 de diciembre de 1981, prohibiendo de una manera categórica la revocación, que sólo podrá realizarse en vida de ambos cónyuges.

Para concluir, sin dejar de reconocer que la revocabilidad es una de las cuestiones que hacen más complicada la regulación del testamento mancomunado, sin embargo no creo que sea este un argumento definitivo para justificar la prohibición. Decir lo contrario sería tanto como consentir que se resolvieran con una prohibición rotunda todas aquellas figuras de innegable e incuestionable dificultad.

Reducido a simple dificultad el argumento que fundamenta la prohibición en la incompatibilidad entre la revocabilidad esencial de las disposiciones testamentarias y la corresponsividad de las disposiciones mancomunadas, cabría concluir que, arbitradas fórmulas para superar aquéllas, no quedan a mi juicio razones que expliquen una prohibición tan alejada de la realidad social, en definitiva de las demandas sociales (85). En cualquier caso, partiendo de la incuestionable vigencia de esta prohibición en el Código Civil, lo que se desprende de este análisis es que, desde la perspectiva de los argumentos sostenedores de la prohibición, la misma queda notablemente reducida a la hipótesis del testamento mancomunado con disposiciones corresponsivas (86).

(85) Entre estas fórmulas legales cabe citar las previstas para el testamento mancomunado aragonés (arts. 96 y 97 de la Compilación aragonesa) y el de hermandad navarra (Ley 201 de la Compilación navarra), donde admitiéndose como se admite la revocabilidad, el riesgo apuntado se desvanece si se tiene en cuenta que se exige, o bien la notificación fehaciente al cotestador con efecto revocatorio, o si uno de ellos ha fallecido la revocabilidad queda supeditada al pacto expreso en este sentido o limitada a las disposiciones no corresponsivas. De otro lado, las recogidas en el artículo 22 de la Ley de 24 de diciembre de 1981 sobre el Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes. También las establecidas en el Código Civil alemán (art. 2.270), en el que se dispone que tales disposiciones corresponsivas no podrán ser revocadas sin el conocimiento del otro cónyuge (sólo se admite el testamento mancomunado entre cónyuges) y, más tarde, sólo podrán serlo si el superviviente repudia lo que le ha sido atribuido.

(86) Nótese que es esta corresponsividad la razón que justifica la irrevocabilidad del testamento mancomunado por el cónyuge sobreviviente en Aragón y una de las que también impiden la revocación del testamento de hermandad en Navarra. Por lo tanto, si irrevocabilidad y corresponsividad son como las dos caras de la misma moneda, es evidente que sólo en esta hipótesis puede encontrar explicación la tesis de aquellos que hablan de los problemas que el testamento mancomunado presenta en relación con la revocabilidad esencial de todo testamento.

b) La revocabilidad en materia testamentaria y la correspectividad propia de las disposiciones mancomunadas

Partamos por tanto de que es indiscutible que uno de los problemas de mayor dificultad técnico-jurídica que plantea el testamento plural es la coordinación entre los conceptos de revocabilidad y correspectividad. Ahora bien, dicho esto también habremos de reconocer que los diversos problemas que ello plantea han sido resueltos con técnicas diferentes, todas ellas muy plausibles, por cada uno de los ordenamientos jurídicos que admiten esta forma testamentaria, lo que no permite, a mi juicio, considerar esta dificultad en un escollo insalvable que haga inviable la institución que nos ocupa.

Veamos cuáles son algunas de estas técnicas.

Nos encontramos con que dentro de este elenco existen fórmulas tan permisivas como la consagrada por el antiguo Código venezolano de 1922, caracterizada por la ausencia total de límites a las posibilidades de revocación. En efecto, disponía el artículo 824 que la circunstancia de que dos o más personas hayan testado en un mismo acto, sea en provecho recíproco o en el de un tercero, no impide que cualquiera de ellas pueda revocar, independientemente de las demás, lo que hubiere dispuesto, aunque haya cláusula en contrario. Téngase en cuenta sin embargo que al promulgarse su nuevo Código Civil en 1942, en su artículo 835 se prohíbe esta forma testamentaria.

No es esta sin embargo la técnica más generalizada, ya que, aun partiendo con carácter general de la libre revocabilidad de sus disposiciones, sin embargo en atención a la presumible reciprocidad o correspectividad de los otorgamientos realizados por los cotestadores se establecen garantías que en definitiva limitan o sancionan la facultad de revocación. Ténganse en cuenta sin embargo que estas limitaciones afectan exclusivamente a la facultad de revocar del cónyuge supérstite, tratándose de disposiciones correspectivas, ya que la facultad de modificación o revocación unilateral del testamento en vida de los otorgantes sólo se somete a determinados requisitos de publicidad o comunicación fehaciente del ejercicio de esta facultad (87). Es decir, que en todas las legislaciones que admiten esta

(87) Así, la Ley 201.2 de la Compilación navarra señala que en vida de todos los cootorgantes el testamento de hermandad podrá revocarse por cualquiera de ellos separadamente; y en este caso la revocación no surtirá efecto hasta que constare el reconocimiento de todos los demás en forma fehaciente. Cuando fuere ignorado el paradero de la persona a quien haya de comunicarse, podrá hacerse la notificación por edictos, justificándose previamente esta situación mediante acta notarial de notoriedad o información *ad perpetuam memoriam*: los edictos deberán publicarse en el *BOE*, en el de la provincia y en un periódico de mayor circulación del último domicilio conocido. Por su parte, la Comisión aragonesa permite en su artículo 96 que el testamento mancomunado

forma de testar se reconoce que viviendo ambos cónyuges se pueda revocar unilateralmente el testamento, ya que, en definitiva, si son libres para otorgarlo también deben serlo para revocarlo o modificarlo. En cambio, cuando muere alguno de los cónyuges la revocación o modificación del testamento mancomunado plantea evidentes problemas, justificándose así la adopción de ciertas medidas limitativas o incluso negatorias a la posibilidad de revocar (88). Por lo tanto sólo a éstas me voy a referir a continuación.

Indicábamos que frente al planteamiento absolutamente permisivo del anterior Código venezolano se sitúan otros que establecen ciertas limitaciones. En esta línea se encuentra, en Derecho español, el de las Compilaciones aragonesa y navarra, y el de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco.

Por lo que se refiere a la Compilación aragonesa, el tema que nos ocupa es tratado por los artículos 96-97, en los que se establece un régimen en el que se distingue según que la revocación la hagan ambos cónyuges en un mismo acto u otorgamiento (art. 96) o por uno de ellos en cuanto a sus propias disposiciones (art. 97). La unilateral está regulada de distinta manera, según se haga en vida de ambos cónyuges o después de fallecido uno de ellos. Dependerá también de que lo que se pretenda revocar sea o no una disposición correctiva (89). Dispone el primero de ellos que «el testamento mancomunado puede ser revocado o modificado por ambos cónyuges en un mismo acto u otorgamiento, y por uno de ellos en cuanto a sus propias disposiciones». Por lo tanto, si los otorgantes deciden revocar un testamento mancomunado lo pueden hacer por medio de otro testamento mancomunado o de un contrato sucesorio o de capitulaciones matrimoniales, y si se trata de un testamento ológrafo (90) por la destrucción del documento. Si se trata

pueda ser revocado o modificado por uno de los cónyuges en cuanto a sus propias disposiciones. Exigiendo el artículo 97.2 que la revocación o modificación unilateral deba hacerse en testamento abierto ante Notario, quien notificará al otro cónyuge dentro de los ocho días hábiles siguientes el mero hecho de haber quedado revocadas o modificadas tales disposiciones. Concluye el citado número 2 del artículo 97, que sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, la falta de notificación no afectará a la eficacia de la revocación o modificación.

(88) Sirva de ejemplo en este sentido el BGB, que en su parágrafo 2271 dispone que «el derecho a la revocación se extingue a la muerte del otro cónyuge; el sobreviviente puede, sin embargo, invalidar su disposición si repudia lo a él atribuido».

(89) En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el régimen descrito por estas disposiciones (arts. 96 y 97) no tiene carácter imperativo, de forma que las partes pueden disponer en el testamento de un régimen jurídico distinto de la correspondencia y revocación. En efecto, los cónyuges pueden excluir o limitar los efectos previstos en la Compilación.

(90) Sobre la admisibilidad del testamento ológrafo mancomunado aragonés y la problemática que el mismo plantea volveremos más adelante.

de un testamento cerrado, retirándolo los dos de quien lo tiene en custodia. Esto por lo que se refiere a la revocación de mutuo acuerdo.

En relación con la revocación unilateral, el artículo 97.1 dice: «La revocación o modificación unilateral, otorgada por un cónyuge en vida del otro, producirá la ineficacia total de aquellas disposiciones que por voluntad declarada de ambos en el mismo testamento o en documento público estén recíprocamente condicionadas»; estableciendo su apartado 2.º las formas de hacer la revocación unilateral al disponer que «la revocación o modificación deberá hacerse en testamento abierto ante Notario (91), quien notificará al otro cónyuge, dentro de los ocho días hábiles siguientes, el mero hecho de haber quedado revocadas o modificadas tales disposiciones...» Y por último, dispone el párrafo 3.º que «muerto un cónyuge no podrá el otro revocar o modificar las disposiciones correspondientes que se hallen en vigor».

No se nos escapa la relevancia que reviste el presupuesto de la notificación (92) notarial, pues con ella se hace sabedor al otro cónyuge de la revocación o modificación llevada a cabo unilateralmente. Al respecto hay que tener en cuenta las posibles responsabilidades que pudiera generar el incumplimiento de esta obligación, tanto para el cónyuge obligado a practicarla cuanto para el Notario. En relación con el cónyuge que de forma

(91) No será válida, pues, la que el cónyuge revocante pretenda realizar por otra clase de instrumento público o por otra clase de testamento que no sea abierto notarial (por ejemplo, el ológrafo o el cerrado, aun cuando en éste intervenga el Notario como autorizante). El rigorismo formal de la Compilación nos lleva a pensar incluso que no será válida la revocación o modificación unilateral que se efectúe por otro medio testamentario que no sea el citado testamento notarial abierto, aun si el mismo es objeto de autorización por Autoridad competente en la materia. En estos supuestos se encontrarían el testamento ante párroco, el marítimo, el militar y el autorizado por agente diplomático o consular de España en el extranjero. Para esta opinión cfr. MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios a los artículos 89-119*, cit., págs. 132 y sigs.

(92) De la trascendencia de la cuestión de la notificación al otro cónyuge de la revocación o modificación unilaterales del testamento mancomunado es un buen testimonio la mayor consideración a la regulación de su necesidad, sus requisitos y efectos que le han dispensado los sucesivos cambios legales. Resumidamente, pueden distinguirse tres etapas en la evolución del requisito de la notificación. En una primera, el Derecho anterior al Apéndice no distinguía ningún caso de notificación, de tal forma que siempre la variación de las disposiciones no necesitaba, en virtud de un uso inveterado y consolidado, de notificación. Es decir, impera un régimen de máxima revocabilidad sin sujeción a ningún tipo de modificación. En etapa del Apéndice de 1925, que sería la segunda fase, se pasa al extremo opuesto en lo que se refiere al juego de la notificación, estableciendo un régimen en el que ésta opera con el máximo rigor —no ya obligatoriedad, sino requisito constitutivo— y con el máximo ámbito posible —cualquier disposición del testamento, aun si no guarda ninguna relación con las del cónyuge al que se debe comunicar la variación—. Y finalmente la Compilación de 1967 reduce la necesidad de la comunicación a las disposiciones correspondientes y reduce esta exigencia al nivel de una simple declaración no recepticia, cuyo incumplimiento sólo produce las responsabilidades a que hubiera lugar, pero sin que ello afecte a la validez de la modificación o revocación.

dolosa o fraudulenta impidiere la notificación dando un domicilio equivocado, o alegando que está ausente o manifestando que ha fallecido, en definitiva impidiendo la notificación, o induciendo a error al Notario sobre un elemento esencial de lo que debe de notificar, entiende GARCÍA VICENTE (93) que la norma de responsabilidad sería la prevista en el artículo 674 CC, que priva de su derecho a la herencia al que con dolo, fraude o violencia impidiere a una persona de quien sea heredero *ab intestato* otorgar libremente su última voluntad; o la del artículo 756.5 y 6 CC, que determina que son incapaces para suceder por causa de indignidad los que por iguales medios (amenaza, fraude o violencia) impidiesen a otro hacer testamento o revocar el que ya hubiere hecho.

En su caso la responsabilidad del Notario se regirá por las normas generales de la responsabilidad, que se generará en el supuesto de que no se informara debidamente sobre la existencia de un testamento mancomunado anterior, por no practicar la notificación y por el retraso injustificado.

En consecuencia, resumiendo, tal y como señalara la Exposición de Motivos de la Ley 15/1967, de 8 de abril, por la que se aprueba la Compilación de Derecho civil de Aragón, se modifica el derecho de sucesiones en orden a garantizar la revocación o modificación del testamento mancomunado, limitando la irrevocabilidad a las disposiciones correspectivas o recíprocamente condicionadas una vez muerto uno de los cónyuges, exigiéndose en los demás casos, sólo como garantía ante posibles fraudes, la notificación al otro cónyuge (94). En efecto, al no prohibir la Ley en términos absolutos la

(93) *Ob. cit.*, pág. 21.

(94) Se considera así que la Compilación vuelve, tras la brusca alteración del Apéndice, al Derecho histórico y consuetudinario recogido en la Observancia *De testamentis*. (Dicha Observancia 1.^a dice lo siguiente: «*Si vir et uxor simul condiderint testamentum suum, sive ambo loquantur, et disponant simul, sive quilibet de per se suo legato, et alia faciendo sperter quatenus tangit Bona sua potest illud mutare, secus si alter eorum tantum disponat seu testetur, sed consentiat dispositioni seu testamento facto per alium, quia tunc sonstienens non potest contravenire*»). Traducida por ISABAL, *Exposición y comentario del cuerpo legal denominado «Fueros y Observancias del Reino de Aragón»*, Zaragoza, 1926, págs. 264-265, dice así: «Si marido y mujer otorgan un testamento, ya hablando o disponiendo los dos a la vez, ya haciendo cada uno de por sí sus legados y demás disposiciones, el sobreviviente puede, en lo que toca a sus bienes, variar sus disposiciones, exceptuándose el caso de que sea uno de ellos quien disponga o teste y el otro no haga sino consentir en lo que aquél dispone, pues entonces no puede alterarlo»). Recordemos que el Apéndice foral promulgado en 1925 introduce en la regulación del testamento mancomunado elementos extraños, principalmente en orden a la revocación. Así, frente al sistema clásico aragonés de amplísima libertad para revocar, el artículo 19 del referido Apéndice introduce la irrevocabilidad tras la muerte de un cónyuge, inspirándose y mal entendiendo el Derecho alemán en la materia que declara la irrevocabilidad en las disposiciones correspectivas, no presumiendo tal correspectividad, de la que, sin embargo, parece partir el Apéndice. En efecto, el Código Civil alemán, en su parágrafo 2271, párrafo 2, dice: «El derecho a la revocación se extingue

revocación *post mortem* del testamento mancomunado aragonés, sino sólo de las citadas disposiciones correspectivas, ello significa que el cónyuge supérstite podrá modificar el testamento otorgado conjuntamente con su consorte en todo aquello que no esté afectado de correspectividad (95).

Como se puede apreciar, de la normativa transcrita resulta que la técnica empleada para resolver el problema de las relaciones entre el testamento plural y la revocación es la de que la correspectividad marca el límite a la revocación unilateral *post mortem*, ya que tras establecer el artículo 96 el principio general de la libre revocación o modificación del testamento, el mismo sólo se ve alterado en el caso de la revocación *post mortem* y respecto de las disposiciones correspectivas. Régimen éste que para GARCÍA VICENTE (96) no es sino la consecuencia de la idea de equilibrio que subyace en la correspectividad, de tal modo que esta situación no puede ser variada por una parte, revocando, sin darle al otro la posibilidad de que haga lo mismo. «Cuando uno de los dos ha fallecido —señala este autor— el sobreviviente podrá no aceptar la herencia, y si nada recibe nada tiene que dar; pero si adquiere, lo que no puede hacer es alterar el equilibrio inicial».

Evidentemente no acaban aquí todos los problemas que el testamento plural puede presentar (97), sobre todo teniendo en cuenta que la noción de

a la muerte del otro cónyuge; el sobreviviente puede, sin embargo, invalidar su disposición si repudia lo a él atribuido». Para esta opinión *vid.* LACRUZ BERDEIO, *La revocabilidad del testamento...*, cit., págs. 349, y GARCÍA ATANCE, *ob. cit.*, págs. 256-261.

(95) Tema discutido es el que plantea la naturaleza de estas disposiciones, ya que su calificación de dispositivas llevaría aparejada la posibilidad de que los cónyuges al otorgar este testamento establecieran la posibilidad de revocación *post mortem* de las disposiciones por ellos declaradas correspectivas. Para MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios...*, cit., pág. 137, la admisión de esta posibilidad resulta claramente del principio de libertad civil reflejado en el apotegma *standum est chartae*. «Si conforme al propio artículo 97 de la Compilación —explica el citado autor— son los mismos cónyuges los que pueden hacer correspectivas unas determinadas disposiciones por su simple voluntad, con esta misma podrán también determinar que tales disposiciones puedan verse afectadas por una revocación posterior, efectuada sólo por el supérstite...» Esta misma tesis había sido ya defendida por PALA MEDIANO, «El testamento mancomunado aragonés», en ADA (1946), pág. 454, al decir que la Compilación ha rechazado la presunción de que todas las disposiciones por testamento mancomunado son correspectivas, que no se ha querido que la correspectividad hubiera de ser probada por presunciones o conjeturas, y que la tal correspectividad habría de ser declarada por ambos cónyuges y conjuntamente.

(96) *Ob. cit.*, pág. 19.

(97) Dentro de ellos uno de los más importantes es el que conecta con los testadores, ya que la Compilación limita el otorgamiento de este testamento a personas unidas por vínculo matrimonial. Así, tenemos que partiendo de esta premisa las consecuencias que lleva consigo son que el matrimonio debe existir en el momento de otorgar el testamento. Pero su validez depende también de su ulterior subsistencia. De no ser así nos podemos encontrar con la eventual ineficacia sobrevinida de la ulterior declaración de nulidad, divorcio o separación de los cónyuges. Es decir, el testamento mancomunado es ineficaz en cuanto a su contenido entero si el matrimonio de los cónyuges

correspectividad puede plantear, a falta de una expresa concepción legal de la misma, dificultades de interpretación, salvables no obstante con los diversos recursos hermenéuticos (98).

Con mayor amplitud regula la Compilación navarra la facultad de revocación (99), ya que pese a declarar la Ley 202 que el derecho de revocación se extingue tras el fallecimiento de alguno de los testadores (100), a continuación se admite como excepción la disposición en contrario de los testadores realizada en el propio testamento; admitiendo además el párrafo segundo la revocación por el sobreviviente de las disposiciones que en cualquier concepto hubiere establecido sobre su propia herencia y que no tengan causa en las disposiciones de otro de los testadores, además de en el caso de que hubiese devenido incapaz o hubiese premuerto la persona en cuyo favor se hubiesen hecho disposiciones. En efecto, dispone la Ley mencionada que «fallecido alguno de los testadores el testamento de hermandad será irrevocable, salvo que en él se hubiere establecido otra cosa. Sin embargo, podrán excepcionalmente revocarse y ordenarse de nuevo por el sobreviviente: 1) En todo caso, las disposiciones a favor de persona que hubiere devenido incapaz y hubiese premuerto, sin perjuicio de los derechos

que han testado en común ha sido declarado nulo o ha sido disuelto antes de la muerte de uno de ellos. Al respecto dispone el artículo 98.1 de la Compilación que «las sentencias de nulidad de matrimonio y de separación personal hacen ineficaces las liberalidades que los cónyuges se hubieran concedido en el testamento mancomunado y todas las disposiciones correspectivas». Para el estudio de estas cuestiones *vid.* GARCÍA VICENTE, *ob. cit.*, págs. 19-30, y ARBUES ASIA, «El testamento mancomunado», en *Actas de los terceros encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1994, págs. 30-33. Esta ineficacia se contempla y regula expresamente también en la Ley 201 del Fuero Nuevo al disponer que «si el testamento de hermandad se hubiera otorgado por marido o mujer, la sentencia posterior de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación produce la ineficacia de las liberalidades que en él se hubieran concedido los cónyuges y de las demás disposiciones que uno de los testadores hubiera establecido sobre su propia herencia y que tenga su causa en las disposiciones del otro». Otro foco de problemas es el relativo a la notificación de la revocación unilateral prevista en el artículo 97.2 y las consecuencias jurídicas que lleva aparejadas su incumplimiento, cuyo estudio abordaremos más adelante.

(98) Dentro de éstos tenemos que, desde el punto de vista de los antecedentes históricos, el Anteproyecto de 1961 especificó claramente dos cuestiones: 1.^a Que son correspectivas aquellas disposiciones que se hallen recíprocamente condicionadas. 2.^a Que tales disposiciones, para que determinen la irrevocabilidad del testamento por el supérstite, han de estar expresamente declaradas como tales disposiciones correspectivas por ambos cónyuges testadores.

(99) Ejemplo de esta flexibilidad de la Compilación navarra respecto a la aragonesa es el dato de que aunque ambas parten de igual criterio, la irrevocabilidad *post mortem* de las disposiciones correspectivas, aquella excepciona las hechas a favor de persona que hubiera devenido incapaz o hubiese premuerto (Ley 202).

(100) Hasta aquí recoge esta Ley el criterio tradicional y más arraigado en el Derecho navarro: la irrevocabilidad del testamento, ya afirmado por el Apéndice de 1900, donde se declaraba que «la muerte de uno de los testadores extinguía para los demás la facultad de revocar el testamento de hermandad» (art. 681).

de representación y de acrecer cuando deban tener lugar. 2) Las disposiciones que en cualquier concepto hubiere establecido sobre su propia herencia y que no tengan causa en las disposiciones de otro de los testadores» (101).

En materia de notificación de la revocación, tema como sabemos decisivo para dotar de efectividad y trascendencia a la revocación, dispone la Ley 201.2 que en caso de revocación conjunta la misma no surtirá efecto hasta que constare el conocimiento de todos los demás en forma fehaciente.

Como puede verse, si bien la Compilación comienza afirmando (Ley 202) algo que fue tan tradicional y estuvo tan arraigado en el Derecho navarro: la irrevocabilidad del testamento de hermandad fallecido uno de los cónyuges, la firmeza de este criterio ha cedido con el devenir de los tiempos (102), de forma que en este aspecto es mucho más flexible que la Compilación aragonesa.

En relación a la Ley del Derecho civil foral del País Vasco, la disciplina de la revocación está prevista en los artículos 50, 51, 52 y 53. Sobre la revocación conjunta dispone el artículo 50 de la citada Ley que «el testamento mancomunado podrá ser revocado o modificado conjuntamente por ambos cónyuges mediante otro testamento o pacto sucesorio posterior otorgado ante Notario» (103).

La revocación unilateral está regulada en el artículo 51, que dispone que «también podrá ser revocado unilateralmente el testamento de hermandad por cualquiera de los cónyuges siempre que notifique al otro en forma auténtica la revocación, sin cuyo requisito ésta no surtirá efecto. La revo-

(101) Para el estudio de diversas hipótesis de revocación, con referencia al Derecho aragonés, *vid.* MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios a los artículos...*, cit., págs. 50-55.

(102) Téngase en cuenta al respecto que de la regulación contenida en el Fuero General de Navarra se desprende que la posibilidad de revocar queda limitada al supuesto de la actuación conjunta de ambos cónyuges. Así se lee en el capítulo 4.º, título 4.º, libro II, que «si el uno deylos moriés, el otro non puede desfacer el destín». Es más, parece que la irrevocabilidad del testamento de hermandad, fallecido uno de los testadores, ha sido la nota que ha presidido todos los Apéndices y Proyectos de la legislación navarra. Así, el Apéndice de 1900: «La muerte de uno de los testadores extingue para los demás la facultad de revocar el testamento de hermandad» (art. 681). Y en igual o parecido sentido los Apéndices de 1929 (art. 45), 1930 (art. 40) y 1945 (art. 46). E incluso el Tribunal Supremo, como lo confirma la Sentencia de 16 de diciembre de 1943 al decir que «el capítulo 4.º, título 4.º, libro II, del Fuero General de Navarra proclama irrevocable el testamento de hermandad fallecido uno de los cónyuges».

(103) Aunque el precepto sólo autoriza la revocación que se realice mediante otro testamento mancomunado o pacto sucesorio otorgados ante Notario, sin embargo, no parece que habrá inconveniente para admitir su revocación por la destrucción o invalidación en el caso de testamento cerrado, si bien en este caso no se producirán los efectos revocatorios si no consta que ambos otorgantes han actuado de mutuo acuerdo en la rotura de sellos o al enmendar las firmas; en otro caso podría valer como revocación unilateral de uno de los cónyuges si se cumplen los requisitos del artículo 51, pero nunca de los dos.

cación unilateral del testamento mancomunado, o de cualquiera de sus cláusulas, hará ineficaces todas sus disposiciones». Nótese aquí cómo, a diferencia de lo que veíamos para el Derecho aragonés, no restringe el Derecho vasco la ineficacia a las disposiciones correspectivas o recíprocamente condicionadas.

Más novedosa aún es la regulación contenida en el artículo 52, conforme al cual «si uno de los cónyuges fallece dentro del año siguiente a la fecha en que otorgaron el testamento de hermandad, el sobreviviente no podrá revocar las disposiciones que recayeren sobre los bienes comunes», y que, a diferencia de lo que veíamos en el Derecho aragonés y navarro, en los que la revocabilidad se conecta con la idea de correspectividad, aquí se limita la irrevocabilidad a los bienes comunes.

En esa misma línea de limitar la revocación unilateral *post mortem* de las disposiciones testamentarias de un testamento plural a aquellas que no tengan naturaleza correspectiva se sitúa la legislación alemana (104), disponiendo al respecto que tales disposiciones en vida del otro no pueden ser revocadas sin su conocimiento, y más tarde sólo pueden serlo si el superviviente repudia lo que le ha sido atribuido, estimando la Ley querida la vinculación o correspectividad cuando ha de entenderse que la disposición del uno no se habría adoptado sin la disposición del otro (parágrafo 2270.1). Por lo demás, en aras de asegurar que la interpretación arroje resultados unívocos y uniformes, la norma citada sienta una regla de interpretación para determinados casos típicos. Al respecto dispone que la reciprocidad, y con ella la vinculación, debe presumirse: *a)* Si los cónyuges se designan mutuamente, por ejemplo, se instituyen heredero el uno al otro; *b)* Si un cónyuge designa al otro y para el caso de la supervivencia del designado es adoptada una disposición en favor de un tercero, que es pariente del designado o está íntimamente relacionado con él.

Así en el caso corriente de que los cónyuges se instituyan herederos mutuamente y, a la muerte del sobreviviente, a los hijos comunes son recíprocas: 1) La institución de heredero del marido a favor de la mujer: *a)* con la institución del heredero de la mujer a favor del marido, *b)* con la institución del heredero de la mujer a favor de los hijos; 2) La institución de heredero de la mujer a favor del marido: *a)* con la institución de heredero del marido a favor de la mujer, *b)* con la institución de heredero del marido a favor de los hijos. Pero la institución de heredero del marido a favor de los hijos no es recíproca con la misma institución favorable a los hijos por parte de la mujer, pues en este caso la Ley no prescribe la reciprocidad, y tampoco es admisible que el padre hubiese dejado de instituir herederos a

(104) En parecidos términos la legislación austríaca, en la que no se autoriza el testamento mancomunado más que tratándose de cónyuges (art. 1.248).

sus propios hijos si la madre no hubiese hecho lo mismo (105). En todo caso se trata de presunciones *iuris tantum*, y, por consiguiente, si existen indicios claros de que era distinta la voluntad de los testadores, la interpretación debe conducir a un resultado distinto. Son los cónyuges, y no la Ley, los que deciden sobre la cuestión de la vinculación.

Además de esta regla de interpretación dispone el legislador alemán toda una serie de normas especiales en relación con las disposiciones correspectivas, cuya finalidad es garantizar que no se defraude la confianza del otro cónyuge en que permanecerá inalterada la disposición correspectiva del otro (106).

Frente al criterio adoptado en el Derecho español por las Compilaciones citadas, en las que, en general, pudiera decirse que los cootorgantes disponen de gran libertad, siquiera se adopten ciertas cautelas en evitación de posibles fraudes, el sistema que recoge el legislador de 1981 en la Ley sobre estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes es más restrictivo al limitarse de forma muy acusada a los cónyuges la posibilidad de revocar o modificar el testamento otorgado. Las líneas maestras del artículo 22 (107) de la referida Ley acerca de la revocación y modifi-

(105) En el caso de que los cónyuges no tuvieran hijos y se instituyeran herederos mutuamente y determinaran que después de la muerte del sobreviviente el patrimonio común pasase por mitad a los parientes del marido y a los de la mujer, las instituciones de los consortes son recíprocas entre sí; pero la institución de cada cónyuge también es recíproca con la institución de heredero por él dispuesta a favor de los parientes del otro cónyuge.

(106) En este sentido, se establece que las disposiciones recíprocas dependan la una de la otra en su validez jurídica. Si una disposición es nula, también es ineficaz la otra. Lo mismo vale, naturalmente, cuando una disposición era impugnada y ha sido impugnada. Dos, que contrariamente a la regla general, las disposiciones correspectivas no pueden ser modificadas sin más ni más unilateralmente por el testador ni revocadas. Se establecen aquí una serie de limitaciones que descansan en el compromiso entre el principio de revocabilidad de las disposiciones testamentarias y el afán de proteger la confianza del otro cónyuge. Por ejemplo, se dispone que mientras el otro cónyuge está en vida todavía, y al ser revocada la disposición, tiene la posibilidad de modificar sus propias decisiones; pero debe hacerse de modo que, de acuerdo con la relación de confianza entre cónyuges, sea seguro que el otro cónyuge ha tenido noticia de la revocación. Tres, en los detalles se aplican las siguientes reglas: a) La revocación de una disposición correspectiva debe ser declarada frente al otro cónyuge; la declaración requiere la documentación notarial o judicial; b) Después de la muerte del otro cónyuge el sobreviviente sólo puede revocar su disposición recíproca si renuncia a lo que le había atribuido el premuerto.

(107) Su texto es del siguiente tenor: «El testamento mancomunado sólo podrá ser revocado o modificado en vida de ambos cónyuges y conjuntamente. Sin embargo, en caso de disolución en vida del matrimonio declarada judicialmente, o de separación efectiva de los cónyuges, será válida la revocación unilateral, que habrá de notificarse mediante documento fehaciente al otro cónyuge. La renovación y modificación del testamento habrá de hacerse con las mismas formalidades con que aquel se otorgó».

cación del testamento mancomunado las concreta CUADRADO IGLESIAS (108) del modo siguiente: «a) Sólo es posible revocar o modificar el testamento mancomunado en vida de ambos cónyuges; b) En situaciones de normalidad matrimonial sólo cabe la revocación o modificación realizada conjuntamente; c) En situaciones de anormalidad matrimonial o disolviéndose el matrimonio en vida de los cónyuges caben la revocación o modificación unilaterales; d) La revocación y modificación exigen idénticas formalidades que su otorgamiento».

De esta regulación resulta que, al igual que en todas las legislaciones que admiten esta forma de testar, la revocación o modificación del testamento mancomunado, viviendo ambos cónyuges, no plantea ningún problema. Las dificultades se plantean en caso de muerte de uno de los cónyuges, destacando sobre todo la posible deslealtad y consiguiente fraude por parte del sobreviviente si goza de la omnímoda libertad revocatoria o modificativa del testamento. Ante estas posibles defraudaciones de la confianza, la Ley que ahora nos ocupa ha adoptado un criterio restrictivo, estableciendo de modo categórico que el testamento mancomunado sólo podrá ser revocado o modificado en vida de ambos cónyuges conjuntamente. La utilización del adverbio *sólo* pone de relieve con qué alcance recoge esta forma, a la que únicamente añade otra disposición en casos excepcionales, separándose por completo de los criterios que adoptan otras legislaciones (109). Estos supuestos excepcionales son: la disolución del matrimonio en vida de los cónyuges declarada judicialmente y la separación efectiva de los cónyuges (art. 22.2).

En relación con la primera hipótesis parece evidente que, teniendo en cuenta lo prevenido por el Código Civil en el artículo 85 al señalar que el «matrimonio se disuelve, sea cual fuere su forma y el tiempo de su cele-

(108) *Ob. cit.*, pág. 1109.

(109) Para esta opinión *vid.* CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, págs. 1100-1115, quien explica la limitación que sufre la facultad de revocación como una consecuencia de la finalidad perseguida por el legislador en esta Ley de 1981, y que no es otra que el mantenimiento de la explotación familiar agraria; de ahí que sólo cuando ambos cónyuges viven tolere la revocación o modificación del testamento, prohibiendo tales actos en todo caso al cónyuge supérstite. Pero aun y todo, reconocida que esta es la justificación, no satisface al autor esta explicación, ya que puesto que la explotación agrícola se genera por voluntad de ambos y esta misma voluntad es la que permite la conservación de aquella tras el fallecimiento de éstos, sería ir justamente contra esta voluntad el no permitir que los cónyuges, dentro de los límites legales, puedan facultar en el propio testamento, al que de ellos sobreviva, el revocar o modificar el testamento que otorguen en forma mancomunada con el fin de ordenar la integridad de la explotación agraria. De otra parte, explica este autor, no se comprende cómo el cónyuge supérstite no puede revocarlo o modificarlo cuando el nombrado para continuar en la explotación le premuere o queda afectado de incapacidad, siempre que queden salvados, en los casos en que tenga lugar, los derechos de acrecer, de representación o de sustitución correspondientes.

bración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges», sólo el divorcio puede constituir la disolución del matrimonio en vida de los cónyuges a que se refiere la citada Ley de 1981. Siendo ello así, es evidente que dentro de la expresión «disolución en vida del matrimonio», empleada en el citado precepto, no se incluyen los supuestos de nulidad ni el de declaración de fallecimiento, toda vez que la disolución se aplica a los matrimonios válidamente constituidos que se extinguen por causas sobrevenidas a la celebración del matrimonio distintas de la muerte (110), en tanto que la nulidad es una calificación jurídica referida al acto de celebración del matrimonio y a sus efectos, que opera en virtud de efectos estructurales producidos *ob origine* en la celebración del matrimonio (111). Por lo tanto, en caso de nulidad del matrimonio no surge la posibilidad de revocación unilateral del testamento mancomunado, sino que tal nulidad lleva aparejada su invalidez, a no ser que haya habido convalidación del matrimonio en los supuestos que contempla el artículo 76 del CC, hipótesis en la que el testamento mancomunado surtirá todos sus efectos (112).

Por lo que respecta a la declaración de fallecimiento como causa justificadora de la facultad de revocar o modificar el testamento por ser causa de disolución del matrimonio, también queda excluida de la literalidad del artículo 22 de la Ley, ya que si bien puede tener lugar viviendo uno de los cónyuges, sin que se tenga noticia de tal existencia, parece evidente que el legislador está pensando en que tal declaración se produce justamente cuando el cónyuge sobre el que se formula ha muerto, esto es, está presumiendo el fallecimiento, siquiera sea con presunción *inris tantum*.

En relación con la segunda hipótesis —excepcional—, que autorizaba la revocación unilateral, esto es, la separación efectiva, sólo decir que bajo este concepto cabe tanto la separación legal cuanto la separación de hecho.

(110) Para esta opinión *vid.* GARCÍA CANTERO, «Comentarios al artículo 85 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), t. II, Jaén, 1992, pág. 304.

(111) En este sentido, DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, t. IV, 5.^a ed., Madrid, 1990, pág. 151.

(112) Cuestión diferente es la que resulta del artículo 79 del Código Civil al disponer que la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. Se plantean dos hipótesis: a) Que la declaración de nulidad se haya producido en la vida de los cónyuges, en cuyo caso el testamento mancomunado no ha producido ningún efecto; b) Que se haya producido después de su fallecimiento; entonces entraría en juego lo dispuesto por el artículo 79 y consecuentemente surtiría plenos efectos si el nombrado en el testamento mancomunado como sucesor en la explotación agrícola familiar es hijo del matrimonio declarado nulo.

Por último, sólo subrayar la exigencia que impone el artículo 22.2 de la Ley de que la revocación o modificación unilateral del testamento mancomunado haya de ser notificada mediante documento fehaciente al otro cónyuge; el incumplimiento de este requisito formal que hay que entender referido a escritura, instrumento u otro escrito que pruebe de forma indubitada la existencia de la revocación o modificación determina la ineficacia de la revocación o modificación.

De todo lo dicho hasta aquí podemos concluir, a modo de resumen, que la correspectividad de las disposiciones mancomunadas es efectivamente el principal problema que plantea la admisión de esta forma testamentaria. Sin embargo, y aun siendo ello así, esto nos situaría ante un problema relativo al contenido de las declaraciones unilaterales de voluntad vertidas en un mismo instrumento. Por lo tanto, a mi entender, debemos distinguir y separar netamente dos cuestiones; una, la relativa a su naturaleza de procedimiento testamentario que integra en un mismo documento las disposiciones de voluntad *mortis causa* de los cónyuges, y otra, la relativa a su contenido, y más concretamente a las garantías o medidas de protección que, en su caso, deban preverse expresamente para que la revocación de las disposiciones correspectivas o mutuamente causalizadas no rompa injustamente la situación de equilibrio en que las mismas se fundamentan. Y este debe ser, es a mi juicio, el planteamiento de la regulación que en su momento lleve a cabo nuestro legislador en esa propuesta de *lege ferenda* a la que en las líneas introductorias de este trabajo me refería. Planteamiento que no dudo sea excesivamente genérico al limitar mi proposición a ideas nucleares, sin concretar cuáles sean, entre los mecanismos descritos, los que deban inspirar la labor legislativa. Pero creo que esta es una reflexión que requiere un estudio más profundo y pormenorizado de las diferentes técnicas descritas, cuyo análisis excede en mucho el objetivo de este trabajo.

III. SIGNIFICADO ACTUAL DE LA PROHIBICIÓN

Sin embargo, este planteamiento o conclusión inicial es sólo eso, el inicio de una postura mucho más ambiciosa que pretende demostrar el anacronismo de una disposición legal que ha permanecido invariable en nuestro Código Civil desde 1889 y que no merece hoy la interpretación que resulta de su estricta literalidad. Y para ello me voy a valer, en primer lugar, de un argumento de innegable trascendencia como es la realidad social, entendida en una doble acepción: legal, esto es, como uno de los criterios consagrados en el artículo 3 del Título preliminar para la interpretación de una norma, o sea, como legalización del argumento sociológico,

y en su acepción estrictamente sociológica, es decir, como valoración de las demandas sociales en favor de la mancomunidad testamentaria y, consecuentemente, el rechazo social a esta prohibición. En segundo lugar, la disonancia de la prohibición contenida en el artículo 669 con el conjunto normativo civil también se patentiza tras el estudio de toda una serie de embates reformadores que ha sufrido este cuerpo legal que han puesto fin a una serie de prohibiciones en materias en las que es innegable la identidad de razón o base común. Me estoy refiriendo a las reformas habidas en materia de contratación entre cónyuges. La oportunidad de traer a colación aquí la desaparición del Código Civil de una serie de prohibiciones se revela decisiva, toda vez que pone en entredicho la actualidad de una prohibición que se queda como descolgada, aislada dentro de este conjunto normativo.

No olvidemos, por último, que la virtualidad que en materia civil tiene el principio de la autonomía de la voluntad hace aún más incomprensible el mantenimiento de una prohibición que, como ésta, recorta y limita el campo de la libertad individual del poder de autorregulación de los intereses particulares. Desde este punto de vista, y en tanto la prohibición aparece como una limitación a la libertad de testar, el reconocimiento del testamento mancomunado representaría una más de las manifestaciones de la autonomía privada.

De estas y otras razones que patentizan el anacronismo de la disposición legal que comentamos resulta igualmente, en mi opinión, la tesis de que su interpretación hay que desligarla del contexto histórico en el que surgió y de las razones fundadoras de su existencia, sometiéndolo a una hermenéutica conforme a la realidad social actual.

Analicemos, pues, cada uno de estos argumentos.

1. INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA

El desfase del Código Civil en esta materia, con su actual regulación prohibitiva y restrictiva de la disponibilidad *mortis causa*, cercenando injustamente las legítimas libertades de quienes quieren testar conjuntamente, se pone de manifiesto analizando una realidad social como la española en la que el arriago de la forma mancomunada de testar ha sido numerosas veces denunciada por los profesionales que en nuestro país autorizan la casi totalidad de los testamentos: los Notarios.

Según atestiguan estos profesionales, el arraigo de esta forma de testar se evidencia en los deseos expresados por quienes acuden a la Notaría y declaran querer testar conjuntamente «del uno para el otro y de los dos para los hijos». En este sentido es obligado referirnos a los tra-

bajos estadísticos (113) realizados directamente por estos profesionales mediante preguntas formuladas a sus colegas en las que básicamente se pregunta, de una parte, sobre la trascendencia, cuantitativamente hablando, que este tipo de testamentos tiene en el conjunto del fenómeno testamentario, lo que permitirá determinar si este fenómeno es algo ocasional, frecuente o generalizado; y de otra, sobre cuántos de los testamentos otorgados por cónyuges responden a este planteamiento. No es necesario aclarar que los datos resultantes de estos trabajos no se obtienen de los testamentos mancomunados efectivamente otorgados, lo cual no sería posible obviamente, sino, como ya dije, de los deseos manifestados por quienes acuden a otorgar testamento (114) o de fórmulas testamentarias que salvando la prohibición tienen un contenido idéntico al que se obtiene mancomunadamente, fundamentalmente el otorgamiento de testamentos de contenido idéntico y con número correlativo.

Veamos en primer lugar el resultado de estas estadísticas y a continuación mencionaremos las fórmulas o mecanismos de los que se valen los autorizantes de estas disposiciones para, orillando la prohibición, satisfacer los deseos de los que desean testar mancomunadamente.

Resumiendo, del contenido de las respuestas ofrecidas a las cuestiones planteadas se puede concluir, siguiendo a CASTIELLA RODRÍGUEZ (115), la generalización del fenómeno descrito, ya que la gran mayoría de los matrimonios que acuden a las Notarías para otorgar testamento expresan su deseo de testar mancomunadamente e instituirse recíprocamente herederos. Basten como ejemplo los siguientes: don José Luis Lorenzo Aren, Notario de Villagarcía de Arosa (Pontevedra), manifiesta que en 1989, de 184 testamentos autorizados, 102 corresponden a personas que comparecieron el mismo día con su cónyuge. El 98 por 100 de estos testamentos tiene el mismo contenido para ambos; don Diego María Granados Asensio, Notario de San Sebastián, con referencia al año 1991, manifiesta que ha autorizado un total de 393 testamentos, de los que 278 corresponden a las características de ser otorgados por cónyuges, con números correlativos de protocolo y contenido paralelamente idéntico, con la *cautela socini* como protección

(113) En este caso se trata de una encuesta realizada por CASTIELLA RODRÍGUEZ y cuyos resultados recoge en su artículo «El testamento mancomunado, institución exportable al Código Civil», en *Revista Jurídica de Navarra* (enero-junio 1993), núm. 15, págs. 35 y sigs.

(114) A las intenciones expresadas por los otorgantes del pretendido testamento se refiere MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, «Más noticias sobre usos notariales», *RDN* (abril-junio 1969), núm. LXIV, pág. 398, al decir que es muy elevado el número de matrimonios que ordinariamente se presentan en la Notaría a otorgar testamento declarando querer testar «de uno pa otro».

(115) *Ob. cit.*, págs. 48 y sigs.

GOYTISOLO (116). La primera de las preguntas de la encuesta tiene este enunciado: ¿Cuál suele ser, normalmente, en La Rioja el deseo o voluntad de los testadores en relación a los derechos viduales de su consorte?

El resumen que el autor hace de las contestaciones recibidas es que ese deseo oscila entre dejar al cónyuge viudo el usufructo universal e instituirle en el pleno dominio de todos los bienes del causante. Y continúa diciendo: «En los matrimonios bien avenidos suelen ir juntos marido y mujer a la Notaría. A testar del uno para el otro, ya sea para hacer o deshacer o bien sólo de por vida».

La valoración que hace este autor de los resultados obtenidos es muy significativa además de ampliamente compartida por los defensores de esta forma de testar, ya que pone de relieve que esta fórmula testamentaria no es sino una de las manifestaciones del carácter y la psicología de este pueblo. Valoración ésta que trasladada a los resultados de la encuesta referida anteriormente —y que abarca la práctica totalidad del territorio nacional— permite afirmar que la generalización de esta práctica testamentaria abarca a toda España, lo que no permite presentar este fenómeno como una consecuencia de la específica idiosincrasia de una determinada región, sino que su explicación hay que buscarla mejor en la propia institución matrimonial y familiar.

De lo dicho se puede concluir que si tomamos el criterio formalizado en el artículo 3.1 del Título preliminar del Código Civil, la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada, y lo trasladamos al supuesto que nos ocupa, nos encontramos con que si bien tal criterio hermeneútico no legitima o autoriza una derogación o inaplicación del precepto prohibitivo, sin embargo sí que permite, a mi juicio, suavizar el alcance y contenido de la prohibición. De no ser así la virtualidad interpretativa de ese criterio sería nula, dejando al artículo 3.1 vacío de contenido. Entiendo, por el contrario, que la orientación primordial a la indagación del fin de la Ley y la consideración del entorno social en el momento de la interpretación, que se contiene en este artículo 3.1, nos indica con toda claridad la trascendencia de estos criterios. En este sentido entiendo que la realidad social del tiempo de aplicación de la Ley como factor que ha de intervenir en la interpretación permite suavizar algunas instituciones desacordes con la realidad presente. Es decir, que el elemento sociológico, integrado por aquella serie de factores —ideológicos, morales y económicos— que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico (117), permite atemperar la interpretación de la norma y acomodarla a esa realidad social.

(116) «Sucesión testada a favor del viudo en La Rioja», *AAMN*, t. VII, 1953, págs. 465 y sigs.

(117) En este sentido refiere nuestro Tribunal Supremo el elemento sociológico en la Sentencia de 21 de noviembre de 1934, cuyo planteamiento recoge posteriormente la

Y en este sentido, ¿hasta qué punto esa realidad social a la que nos hemos venido refiriendo no impone una atenuación de los efectos de la prohibición?; o quizás también, ¿no cabría entender que la interpretación restrictiva que impone una prohibición limitadora del principio de autonomía privada, básico en material civil, autorizaría una atenuación de las consecuencias jurídicas que lleva aparejada la vulneración de la prohibición?

La respuesta afirmativa a estos interrogantes, ya implícita en la propia formulación de la pregunta, no representa sino un paso más en ese planteamiento ambicioso cuya fundamentación pretende este trabajo. Pues bien, esa interpretación restrictiva y limitadora del rigor de la prohibición que demanda esa realidad social anteriormente descrita, no puede ser otra que aquella que conduzca a excluir a los cónyuges de la prohibición, ya que al fenómeno de la generalización de la institución que arrojan las encuestas antes dichas va unido el de su ligazón con la institución matrimonial.

Por lo demás, el alcance que de la interpretación hecha resulta para el artículo 669 no sólo no violenta su inteligencia, sino que, a mi entender, es el resultado de ponderar la realidad social correspondiente al tiempo de aplicación de la norma, lo que nos lleva necesariamente a acomodar este precepto jurídico prohibitivo a las circunstancias descritas y que resumidamente se concretan en una sensibilización y arraigo social de esta forma de testar. Parece, pues, sobradamente justificado que de su tenor literal deba entenderse excluido el supuesto del testamento mancomunado otorgado por los cónyuges, ya que ese elemento dinamizante de la interpretación jurídica que es la realidad social impone en este caso reconducir al mandato prohibitivo a sus justos límites y a las nuevas circunstancias sociales que evidencian que este fenómeno testamentario se identifica plenamente con la institución matrimonial.

Por lo demás, esta ligazón o identificación —como tendremos ocasión de analizar— no es caprichosa, ya que si, de un lado, el origen del testamento mancomunado se conecta directamente con las donaciones conjuntas entre cónyuges (donaciones *post obitum*), de otro, esta conexión aparece como una consecuencia del principio de unidad familiar.

STS de 24 de enero de 1970 reproduciendo literalmente afirmaciones de la Sentencia anterior al decir que «no bastan para realizar completamente la función interpretativa los elementos gramaticales y lógicos, pues si la Ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos sean reforzados y contratados por la aplicación del que suele llamarse elemento sociológico, integrado por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico, y si bien es cierto que estos factores, aparte de que no pueden nunca autorizar al intérprete para modificar o inaplicar la norma y sí sólo para suavizar hasta donde permita el contenido del texto que entra en juego».

En relación con esta última afirmación hay que subrayar el hecho de que las encuestas realizadas, además de reflejar los datos cuantitativos en relación al arraigo social de esta forma de testar, recogen las fórmulas que ordinariamente se arbitran por los autorizantes de los testamentos para obviar la prohibición, respondiendo todas ellas a esa idea de unidad familiar. A ellas me voy a referir a continuación, ya que su testimonio pone aún más de manifiesto la sinrazón de un precepto legal cuyo anacronismo y desarraigo social ha dado lugar a fórmulas testamentarias idénticas, en razón a su contenido, a la prohibida legalmente, aunque, eso sí, formalmente distintas. Es decir, formalmente se otorgan dos testamentos con número correlativo de protocolo y de contenido paralelamente idéntico.

En cuanto a su contenido, es lo cierto que los Notarios se ven obligados a explicar a los matrimonios que se presentan juntos a testar que la Ley no permite dejar toda la herencia al cónyuge sobreviviente habiendo hijos. Y es a partir de aquí que estos fedatarios públicos deben encontrar encaje legal a las intenciones manifestadas por los otorgantes, lo que en la práctica se ha traducido en el otorgamiento de un testamento con el usufructo universal para el viudo, la institución de herederos a favor de los hijos y «las cauteles» como protección a la atribución del usufructo universal al cónyuge o la referencia a la opción del artículo 820.3 del CC. En síntesis, variantes sobre la misma idea de atribución de los máximos derechos al cónyuge.

Ahora bien, como el usufructo universal presenta algunas dificultades en el Derecho común, las soluciones que en opinión de MÉNEDEZ-VALDÉS GOLPE (118) se han buscado en la práctica para introducirlo *a fortiori* en el sistema del Código Civil son fundamentalmente las siguientes:

- Durante un tiempo se prefirió la vía del artículo 820.3 para dar eficacia legal a las disposiciones ordenando el usufructo total a favor del viudo. Dispone este precepto: «Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue: 3.º Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador».
- SÁENZ DE SANTAMARÍA (119) pretende descubrir en el último inciso del artículo 813 el salvoconducto que abre la vía legal para el usufructo total a favor del viudo. Según su interpretación, el artículo 813 tras establecer una regla general («tampoco podrá —el testa-

(118) *Ob. cit.*, págs. 398-403.

(119) Citado por MÉNEDEZ-VALDÉS GOLPE, *ob. cit.*, pág. 400.

dor— imponer sobre ella —la legítima— gravamen, ni condición ni limitación de ninguna especie») deja a salvo una excepción a esta regla («salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo»).

- Por último, de algún tiempo a esta parte domina el sistema de las cautelas, preconizado por FUENMAYOR (120): se deja al viudo el usufructo total y la nuda propiedad a los hijos por partes iguales siempre que se respete tal usufructo; al que proteste se le deja reducida a su legítima estricta, pasando la porción vacante a los conformes o quedando el tercio libre para el viudo en propiedad, además del usufructo legal, si todos los hijos se opusieran. Ahora bien, como este sistema parece imponer una sanción a los legitimarios que pretenden recibir la legítima libre de gravamen, y no parece lícito sancionar lo que la Ley ordena, se han sustituido tales fórmulas por las cláusulas de opción, mediante las cuales se autoriza al legitimario para optar entre tolerar el gravamen o recibir cuantitativamente más de lo que por legítima le corresponde, o adquirir la legítima libre de aquél pero perder lo demás que voluntariamente le hubiere dejado el testador.

La exposición sucinta de estas fórmulas, cuyo desarrollo ofrece gran interés, obedece sin embargo a la circunstancia de que su estudio pormenorizado lo abordaremos más adelante.

De estos datos se desprende claramente que esa demanda social que reivindica el testamento mancomunado no limita su reivindicación a expresar de una determinada manera o forma sus disposiciones *mortis causa*. Antes al contrario, los resultados que arrojan estas características demuestran claramente que no es indiferente a este procedimiento testamentario la forma en que las declaraciones de voluntad conjuntas se manifiestan, ya que en todas ellas nos encontramos con que en las disposiciones conjuntas de ambos cónyuges tienen una determinada ligazón entre sí en cuanto responden a la idea de unidad familiar. Dicho de otra manera, el valor del testamento mancomunado va más allá de su propia exteriorización, ya que esta forma de testar conjuntamente marido y mujer está reflejando claramente la idea de unidad familiar que preside las relaciones entre ambos.

En definitiva, por tanto, lo que propongo es interpretar la prohibición sancionada por el artículo 669 CC a la luz de esa realidad social o motivaciones sociales anteriormente descrita, la cual no es más que el reflejo de una concepción matrimonial y familiar presidida por la idea de que la misma origina una comunidad de vida que trasciende las relaciones

(120) «Intangibilidad de la legítima», en *ADC* (enero-marzo 1948), I, 1.

inter vivos. Y es este mismo entorno social el que explica ese cambio en la inteligencia de los términos de la prohibición.

Teniendo esto en cuenta, voy a dar un paso más en esa tesis que anunciaba ambiciosa. Así no creo que sea atrevido afirmar que aunque el espíritu de la prohibición es impedir que varios testen juntos, sin embargo dicha prohibición no alcanza, por las razones dichas, al testamento mancomunado entre cónyuges.

Pero avancemos un poco más y analicemos la cuestión desde la perspectiva de la unidad del sistema normativo del Código Civil.

2. CONTEXTO NORMATIVO

A) *Planteamiento*

A la finalidad que me he propuesto: demostrar la necesidad de dar un nuevo significado y alcance a la prohibición del testamento mancomunado, es decisiva la aportación que supone el estudio de una serie de reformas operadas en el Código Civil e inspiradas todas ellas en el principio de igualdad y solidaridad entre cónyuges (Ley 14/1975, de 2 de mayo) y en el de libertad de contratación entre esposos (11/1981, de 13 de mayo).

Y en la medida que abordemos el estudio de estas reformas veremos también cuál es el contexto normativo en el que originariamente se ubicaba el artículo 669 y hasta qué punto la modificación sustancial que ha sufrido aquél puede incidir en la prohibición que ahora nos ocupa. En definitiva, se trata de poner de manifiesto que si adoptamos como criterio de interpretación el elemento sistemático, la norma legal que veda el testamento mancomunado con carácter absoluto queda como un «aparte» dentro de un sistema donde, tras desaparecer en esta materia las escasas prohibiciones existentes, no encuentra justificación el mantenimiento de una prohibición formulada en términos tan absolutos. Al respecto no olvidemos que el artículo 733 CC determina que «no será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiere otorgado».

B) *La antigua prohibición de contratación entre cónyuges*

El vigente artículo 1.323 del CC determina: «El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos».

La razón de que exista en nuestro ordenamiento esta norma, que parece innecesaria, sólo puede entenderse a la luz de sus precedentes. El originario Código Civil no contenía una disciplina general en materia de relaciones contractuales entre cónyuges, señalándose únicamente prohibiciones concretas (121). Así la relativa a donaciones prevista en el artículo 1.334 (122), la relativa a la compraventa, excepto en los supuestos de que rija la separación de bienes, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1.458 (123), y finalmente la sociedad universal, prohibida en el artículo 1.677 (124), en relación con el 1.334 (125). Sin embargo, esta ausencia de textos positivos que nieguen expresamente la contratación entre cónyuges es salvada por la doctrina (126) e inicialmente por la jurisprudencia en favor de un criterio

(121) La existencia de estas prohibiciones, según criterio generalizado de la doctrina, no cuenta con precedentes en nuestro Derecho histórico, en el que al amparo de lo dispuesto por las Partidas se deduce la posibilidad de contratos entre cónyuges. Inopinadamente y sin precedente alguno, GARCÍA GOYENA, *ob. cit.*, pág. 734, da un giro completo y comienza a defender que cualesquiera contratos entre cónyuges deben entenderse prohibidos después de la Ley 5 de Toro, alegando que nadie puede contratar consigo mismo y además que de admitir tales contratos sería ilusoria la prohibición de donaciones entre cónyuges por lo difícil de la prueba de la simulación. En efecto, veamos la doctrina del autor de las concordancias: Respecto a la prohibición de donaciones, en su artículo 1.259 establece: «Toda donación de un cónyuge a otro durante el matrimonio será nula». Y añade en su artículo 1.262: «Se presume simulada, y por consiguiente nula, la donación hecha durante el matrimonio por uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio o a las personas de quienes éste sea heredero presuntivo en el tiempo de la donación». Para la crítica a esta tesis cfr. HERRERO GARCÍA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, Salamanca, 1976, págs. 246-247, para quien GARCÍA GOYENA, además de confundir la regulación del Derecho Romano con la del Código Civil francés, rechaza sin más por contrario a su personal opinión la posibilidad de constitución de arras por el marido a la mujer durante el matrimonio que contemplaban las Partidas. En parecidos términos la critica CABANILLAS SÁNCHEZ, «La contratación entre cónyuges», en *ADC* (1985), págs. 509 y sigs., al explicar que pese a que GARCÍA GOYENA diese a entender que a partir de la citada Ley de Toro cualquier tipo de contrato entre cónyuges, con excepción de los permitidos por la Ley, debía entenderse prohibido, no constituía en modo alguno un obstáculo en contra de la contratación entre marido y mujer, puesto que la citada Ley se limita toda ella a tratar sobre la licencia marital sin entrar en la cuestión propuesta.

(122) Que disponía: «Será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio. No se incluyen en esta regla los regalos módicos que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia».

(123) En cuya virtud «el marido y la mujer no podrán venderse bienes recíprocamente sino cuando se hubiese pactado la separación de bienes o cuando hubiera separación judicial de los mismos bienes, autorizada con arreglo al capítulo 6.º, título 3.º, de este libro».

(124) Que según su tenor literal: «No pueden contraer sociedad universal entre sí las personas a quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o venta».

(125) Al respecto, cfr. HERRERO GARCÍA, *ob. cit.*, págs. 240 y sigs.

(126) En este sentido los comentarios de GARCÍA GOYENA, *ob. cit.*, pág. 734, parecen concretarse en una latente objeción general a la contratación entre cónyuges basada

general prohibitivo de la contratación entre cónyuges acudiendo al viejo prejuicio del temor a la captación de voluntad de un cónyuge por otro y a la presumible presunción fraudulenta respecto de terceros. Al mismo tiempo, los partidarios de ampliar el ámbito de las prohibiciones hasta darles una configuración general alegaban como obstáculos a la libertad de contratación la licencia y jefatura marital y el principio de inmutabilidad del régimen económico (127). Obstáculos estos últimos que resultaron infundados, toda vez que el nuevo panorama legal descrito tras la Ley de 2 de mayo de 1975, y que supuso la supresión de la licencia marital y el principio de inmutabilidad, puso de relieve lo falso de tales obstáculos, por cuanto la reforma aludida no llevó aparejada alteración alguna de los preceptos anteriormente citados (128). Por otro lado, los nuevos principios de colaboración y solidaridad en las relaciones familiares que informaron esta Ley favorecieron un cambio de orientación al brindar esta reforma otra base firme en favor de la admisibilidad de los contratos entre cónyuges, salvo las prohibiciones concretas (129).

Pero no fue, sin embargo, hasta la Ley 11/1981 que desaparecieron las dudas en esta materia, ya que con esta reforma no se limitó el legislador, como hubiese bastado, a derogar las prohibiciones concretas, sino que re-

principalmente en la diversa situación de los esposos en el matrimonio; en particular en la jefatura del marido y en la necesidad de la licencia marital para la mayor parte de las actuaciones de la mujer.

(127) Resumiendo, podemos decir que los argumentos alegados para fundamentar una prohibición genérica, teniendo en cuenta los concretos preceptos prohibitivos de la contratación entre cónyuges, eran los siguientes. De un lado, se entendía que los obstáculos puestos por el Código Civil a la contratación entre cónyuges eran aplicación de una prohibición genérica, implícitamente contenida en nuestro ordenamiento jurídico, de pactar marido y mujer entre sí; de otra parte, se partía de la idea de que los cónyuges constituyen una sola persona, de ahí que pareciera ilógico que el marido interviniera en un contrato como otorgante y al mismo tiempo como protector de la mujer; también se subrayaba la existencia del riesgo de que uno de los cónyuges abusase de su influencia o autoridad sobre el otro; no se desconocía la necesidad de garantizar los intereses de los terceros que contraten en la creencia de un determinado estado de fortuna de un cónyuge y al mismo tiempo impedir que se vulnerara fraudulentamente la prohibición de las donaciones entre cónyuges y que se altere de forma encubierta el régimen económico matrimonial. Sobre esta cuestión cfr., además de HERRERO GARCÍA, *ob. cit.*, págs. 300 y sigs., a CABANILLAS SÁNCHEZ, *ob. cit.*, págs. 500-515.

(128) Por lo demás no podía ser de otra manera, toda vez que las instituciones que en el Código de 1889 regulaban la diversa posición de marido y mujer en el ámbito familiar no estaban dirigidas a limitar, por principio, la capacidad negocial de los mismos, sino que la atribución de derechos y obligaciones estaban orientadas por la necesidad de dotar a la familia de una organización y caracteres acordes a sus específicos fines. Para esta opinión *vid.* HERRERO GARCÍA, *ob. cit.*, págs. 323-324.

(129) A este cambio de orientación pertenecen los planteamientos de LACRUZ BERDEJO, *Derecho civil. El matrimonio y su economía*, t. IV, vol. 1.º, Barcelona, 1963, págs. 218 y sigs.; BONET RAMÓN, *ob. cit.*, págs. 718 y sigs.

conoce expresamente en el artículo 1.323 la plena autonomía de los cónyuges para contratar entre sí, de igual manera que pueden hacerlo con un tercero. Con esta norma se vienen a autorizar cualesquiera contratos entre cónyuges, con independencia de que la causa sea onerosa, gratuita o remuneratoria, sin establecerse por principio excepción alguna a la transmisión de bienes y derechos por cualquier título (130). Podemos decir que este precepto ha cambiado la óptica con un giro al que, como dice DÍEZ-PICAZO (131), cabe denominar, sin exageración, copernicano.

En definitiva, la norma actual es, pues, una norma de libertad (132) que sólo se comprende como una reacción frente a las anteriores normas limitativas y es independiente del régimen económico existente entre los cónyuges, y asimismo del hecho de que los bienes y derechos transmitidos y los actos celebrados puedan afectar a la comunidad existente entre los esposos. En consecuencia, en evidente concordancia con el artículo 1.323, enmarcado en las disposiciones generales del régimen económico matrimonial, se suprime la prohibición de las donaciones entre cónyuges, que aparecía en el artículo 1.334, y también desaparece la limitación que establecía el artículo 1.458, ya que dispone ahora que el marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente. Lógicamente, uno y otra podrán celebrar contratos de permuta, porque, aparte de lo dispuesto en el artículo 1.323, el artículo 1.541 preceptúa que en todo lo que no se halle especialmente determinado en este título la permuta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta. También parece que no ha de existir dificultad para que los cónyuges puedan constituir cualquier tipo de sociedad, incluida la universal, pues ha desaparecido la prohibición de las donaciones entre cónyuges (art. 1.677).

La referencia al panorama legislativo operado tras las reformas ofrece, en mi opinión, otro argumento en el análisis del alcance de la prohibición que me ocupa, ya que en definitiva pone de relieve que desde el punto de vista del contexto normativo la prohibición del testamento mancomunado ha quedado descontextuada, descolgada. No en vano el cambio trascendental que ha supuesto en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 1.323 y los

(130) La ausencia de límites a la libertad de contratación entre cónyuges ha sido criticada por un sector de la doctrina que advierte de los serios peligros que ello puede originar; entre ellos se vuelve a aludir a ese denostado prejuicio tantas veces invocado de la posible captación de la voluntad. Para esta opinión cfr. DE LOS MOZOS, «Comentario al artículo 1.323 del Código Civil», en vol. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), XVIII-1, pág. 5.

(131) DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*

(132) Esta libertad de contratación está en relación con los artículos 14 y 32 de la Constitución española y el artículo 66 del Código Civil, toda vez que ha desaparecido la licencia marital.

preceptos del Código Civil que con él concuerdan se debe, sin duda, a que siguiendo el camino emprendido por la Ley de 2 de mayo de 1975, la Ley de 13 de mayo de 1981 ha tenido en cuenta el principio constitucional de la igualdad (arts. 14 y 32 de la Constitución), lo cual se traduce en el plano jurídico en la plena libertad e independiencia de marido y mujer (art. 66 CC).

En este sentido no deja de sorprender cómo frente a un contexto normativo donde a lo que se propende es a eliminar todo tipo de trabas a la libertad individual o autonomía privada nos encontramos ante una prohibición que como la que nos ocupa ha permanecido invariable desde la publicación del Código Civil y que dada la rotundidad de los términos en que está formulada podría hacer pensar en su carácter de orden público. Parece evidente que ello no puede ser así habida cuenta de que, además de estar admitido por algunos ordenamientos civiles forales, e incluso considerado como un medio idóneo para la transmisión de la propiedad de las explotaciones agrarias, como lo demuestra el artículo 22 de la Ley de 24 de diciembre de 1981, reguladora del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los agricultores jóvenes, cuyo párrafo 1.º establece la posibilidad de que los cónyuges otorguen testamento abierto mancomunado a fin de ordenar la explotación familiar agraria en su integridad.

Situándonos ante esta nueva realidad legislativa, y enfocada la prohibición desde esta nueva perspectiva normativa, parece necesario hacer algunas reflexiones en aras de situar el precepto legal prohibitivo en el nuevo marco legal.

En este sentido es necesario insistir un poco más en las consideraciones fundamentadoras de esa prohibición de contratación entre cónyuges (133), ya que siendo en buena parte coincidentes con las de testar mancomunadamente no se explica que desaparecida aquélla se mantenga ésta íntegramente.

Hemos visto que, en ambos casos, el fundamento más decisivo de la doctrina de prohibición es el de alejar de las relaciones conyugales todo estímulo de enriquecimiento y de codicia de un cónyuge respecto del otro de mayor fortuna; evitar la coacción, la influencia de la autoridad de un cónyuge sobre otro; el riesgo de la captación de voluntad del más fuerte sobre el más débil aprovechándose de su afecto (134). Que este es el

(133) Al respecto cfr. HERRERO GARCÍA, *ob. cit.*, págs. 323 y sigs.

(134) HERRERO GARCÍA, *ob. cit.*, págs. 6-7, después de aludir a los diversos argumentos esgrimidos para fundamentar la prohibición de contratación entre cónyuges entiende que el más decisivo es precisamente «*Ne venalitia sint matrimonia*». Es decir, los posibles influjos de la coacción moral del marido respecto a la mujer. En parecidos términos se expresa BUIGUES OLIVER, «Notas para un estudio histórico-crítico de los contratos entre cónyuges», *RGD*, núm. 555 (1990), pág. 8690, para quien «la anterior prohibición de los contratos entre cónyuges se fundamentaba en los problemas que

argumento principal de la prohibición del artículo 669 quedó claro de las explicaciones vertidas en su momento (135), ya que el problema de la revocabilidad o irrevocabilidad de las disposiciones testamentarias contenidas en un testamento de esta naturaleza sólo se plantea en el caso de que las disposiciones sean correspectivas.

En definitiva, pues, tanto los que niegan a los cónyuges la posibilidad de contratar como los que les niegan la de testar mancomunadamente señalan como obstáculo fundamental la ausencia de libertad suficiente que las mismas relaciones entre cónyuges producen y que les impediría aportar, en el debate de sus intereses, la lucidez e independencia esenciales al acto (136). Ahora bien, sobre lo endeble y precario de este argumento —compartido unánimemente por la doctrina contemporánea a nuestra codificación— se manifestó mayoritariamente la doctrina posterior, partidaria de una concepción más amplia en materia de contratación entre cónyuges, siendo las críticas de parecido tenor a las que en su momento expusimos en relación a la prohibición del artículo 669. Conviene, no obstante, recogerlas aquí porque, en la medida que ponen en entredicho la prohibición de contratar, cuestionan la vigencia de la prohibición de testar mancomunadamente.

En primer lugar, y basándose en el mismo articulado del Código, entiende HERRERO GARCÍA (137) que no puede sostenerse un principio de desconfianza en estas relaciones que corte de raíz y *a priori* la posibilidad de

podían derivarse, por un lado, de la posible existencia de vicios de consentimiento por parte de la mujer». También DE ÁNGEL YAGÜES, «Comentarios al artículo 1458 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, pág. 1967 (art. 1.458), comenta: «Sabida es la razón de ser del antiguo precepto —el 1.458— que recogía una larga tradición histórica contraria y hostil a los contratos entre marido y mujer, que se materializaba también en la prohibición de donaciones y de sociedad universal entre cónyuges».

(135) Véase *supra*, págs. 30 y sigs.

(136) Otro ejemplo del impacto que este prejuicio ha ejercido en las relaciones conyugales nos lo ofrece la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre situación de la mujer casada y los deberes y derechos de los cónyuges, publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 30 de octubre de 1974, que para fundar la mutabilidad (del régimen económico) se afirma: La regla de la inmodificabilidad partía probablemente de la idea de que a través de pactos postnupciales pudiera uno de los cónyuges, generalmente la mujer, quedar sometido, en su perjuicio, al influjo psicológico del otro, sin llegar a manifestar su voluntad en condiciones de plena libertad. Frente a ello cabe señalar que, desde hace siglos, la regla cabalmente contraria, la misma que ahora se introduce, está vigente en grandes zonas de nuestro país, pues casi sin excepción es tradicional en los territorios de Derecho foral, sin que no sólo no haya planteado graves problemas, sino que, al contrario, ha servido de cauce para resolverlos pacíficamente. Y el temible hecho de que tales pactos pudieran ocultar una falta de libertad o una voluntad viciada es corregible, sin necesidad de prohibir los pactos, acudiendo a las reglas generales que salvaguardan la autenticidad de la voluntad en los contratos.

(137) *Ob. cit.*, págs. 8-15.

contratación entre cónyuges. «En principio —señala esta autora—, el Código nada ofrece para poder deducir del matrimonio este temor; sería absurdo, es cierto, que la Ley pretendiese establecer como obligación recíproca entre cónyuges el amor y la confianza, que sólo pueden venir determinados en el orden moral por los propios sentimientos de los cónyuges; pero sería igualmente absurdo que, aun sin sancionarlos como obligaciones recíprocas, el ordenamiento partiese del temor al abuso entre marido y mujer en base a este afecto debido como posibilidad que siempre, en principio, podría producirse y a la que habría por tanto de poner remedio a través de una normativa jurídica que la presumiese».

Junto a esto se alega igualmente que, aunque tampoco se puede afirmar radicalmente la buena fe en cada una de las posibles relaciones contractuales que un marido y una mujer pudiesen concertar, ello no autoriza a presumir un principio de desconfianza en sus mutuas relaciones contra la regla general de buena fe establecida por nuestro ordenamiento jurídico para regir las relaciones entre las personas. Es imaginable, por otro lado, que por violencia o intimidación un cónyuge fuese forzado a prestar un consentimiento que libremente no hubiese otorgado, o que dolosamente, con palabras o maquinaciones insidiosas, un cónyuge indujese a otro a realizar un determinado contrato y, por abuso de confianza o afecto, uno de ellos celebrase por error un acto contrario. No pueden negarse estas posibilidades, pero también ha de observarse que la regulación de estos vicios del consentimiento no cuentan en nuestro Código Civil con una presunción de su existencia cuando el contrato en que se presta ese consentimiento es realizado entre marido y mujer.

La debilidad de este argumento no sólo es atacable desde la doctrina que impone partir de un principio de buena fe en las relaciones privadas y de la construcción jurídica de los vicios del consentimiento, sino que al mismo tiempo el viejo prejuicio de las posibles influencias o coacciones que el marido pudiera ejercer sobre la mujer, que subyace en todas estas prohibiciones, nada tiene que ver hoy ni con la concepción del matrimonio ni mucho menos con la propia posición social de la mujer. Vigente en nuestro Derecho el principio de autoridad marital, consecuencia por lo demás de la desigualdad entre los sexos, la existencia de un conjunto de prohibiciones se explican como secuelas de este mismo principio. Ahora bien, si ya la Ley de 2 de mayo de 1975 consagró en nuestro ordenamiento jurídico el principio de igualdad entre los cónyuges dentro del matrimonio, y posteriormente la de 1981 proclamó la libertad de los cónyuges en materia contractual, es evidente que legislativamente ese viejo prejuicio ha quedado superado, es totalmente anacrónico. Nos situamos, pues, tras la presente reforma ante un marco legislativo donde el principio de igualdad entre cónyuges, desarrollado y llevado hasta sus justas consecuencias, ha borrado

ciertas distinciones que persistían en las relaciones personales, confiriendo a cada uno en el aspecto patrimonial iguales facultades, derechos y obligaciones. Por lo demás, a nadie se le escapa que este nuevo marco legal coincide, desde un punto de vista sociológico, con un cambio en las circunstancias económicas que han favorecido la mayor independencia de la mujer. Dicho de otra manera, la justificación de este trascendental cambio jurídico tiene una evidente base sociológica. Dato este que de estimar como posible la tesis de la captación por el marido de la voluntad de la mujer minimiza este peligro hasta un grado inestimable.

Teniendo en cuenta todos estos datos, ¿cómo justificar hoy la vigencia, en su integridad, de una regulación como la contenida en el artículo 669 del CC? ¿No sería más razonable y ajustado a ese nuevo panorama sociológico (descrito en las páginas anteriores) y a ese nuevo contexto normativo entender limitado el ámbito de la prohibición sin que la misma alcanzara a los cónyuges? Por mi parte, no ofrece duda que sí: de otro modo entiendo no habría ligazón lógica entre la actual regulación de las relaciones personales y patrimoniales en el matrimonio y las circunstancias sociales de la evolución legislativa, por un lado, y la existencia de una prohibición tan absoluta, por el otro. Parece evidente que interpretado este precepto prohibitivo a la luz de esa nueva realidad legislativa, presidida por el principio de igualdad y libertad absoluta entre marido y mujer, no quedan argumentos para sostener la literalidad de una prohibición que se dice protectora o tuitiva de los intereses de la mujer, ya que no otra cosa significa el fundamento de la prohibición que se basa en la evitación del peligro de la captación de la voluntad de la mujer por el hombre, tantas veces esgrimido.

En definitiva, podemos decir que hoy más que nunca, con la profunda reforma llevada a cabo en nuestro ordenamiento en el Derecho de familia, parecen quedar sin base pretendidos obstáculos al ser sustancialmente modificados los preceptos que los contenían. Un claro exponente de esta nueva realidad es el aludido argumento de la captación de la voluntad como fundamento tanto de la prohibición de contratar como la de testar mancomunadamente. Desaparecida de nuestro Código Civil la referida limitación contractual, por la Ley de 2 de mayo de 1975, y más específicamente por la de 1981, el tantas veces denostado peligro de la captación de la voluntad de un cónyuge por el otro ha quedado totalmente trasnochado y superado por este nuevo panorama legal que prescinde absolutamente del mismo. Además, y en la medida en que el cambio operado en materia de contratación entre cónyuges ha sido absoluto, se evidencia la debilidad de los fundamentos justificadores de la prohibición. Carácter absoluto que se evidencia por la ausencia de límites específicos a la libertad de contratación entre cónyuges.

Tras todo lo dicho parece indiscutible que el aparente peligro de captación de la voluntad que entienden pudiera darse en el testamento mancomunado y que, en definitiva, está en la base de la prohibición es jurídicamente insostenible, salvo que desconociendo esa igualdad jurídica quisiéramos defender a ultranza una superioridad o una relación de subordinación de los miembros de la pareja. Si esto es así, la prohibición que nos ocupa sólo encontraría justificación en esa pretendida incompatibilidad entre la reciprocidad o corresponsabilidad típica de las disposiciones del testamento mancomunado y la revocabilidad en todo caso de la disposición testamentaria.

C) *Derechos forales*

Dentro del estudio de este argumento que llamamos legal, no podemos concluir sin hacer referencia a la cuestión que plantea la existencia en el ordenamiento jurídico español de una diversidad legislativa en materia testamentaria consecuencia de la diversidad de sistemas jurídicos civiles. En efecto, dado que el testamento mancomunado no está admitido por todas las legislaciones, y concretamente lo prohíbe el Código Civil en su artículo 669, pueden plantearse cuestiones respecto al mismo tanto en orden al Derecho internacional como al Derecho interregional. Ahora bien, no se trata aquí de estudiar las particularidades que en los territorios forales reviste esta modalidad testamentaria, sino de subrayar el hecho mismo de su existencia frente a un texto legal que, como el artículo 733 CC, parece desconocerla.

Recordemos que este precepto dispone que «no será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado». Es evidente que la exégesis de esta norma requiere ciertas precisiones. En primer lugar, que el término españoles ha de entenderse referido a los de vecindad civil común, no foral, máxime cuando en algunos de nuestros Derechos forales (los de Aragón, Navarra y el País Vasco) se reconoce a sus sujetos la facultad de testar mancomunadamente, no sólo dentro de su territorio, sino fuera de él e, incluso, en el extranjero (art. 94.1.º de la Compilación aragonesa, Ley 200 de la Compilación navarra y art. 13 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco), y ello pese a que la literalidad del precepto parece o pretende conducir a una extensión en el espacio de la prohibición contenida en el artículo 669 CC a todos los nacionales españoles. Esto es, el artículo 733, en efecto, no es de aplicación general y directa en toda España con arreglo al artículo 13 CC; de manera que sólo opera para quienes tienen vecindad civil en terri-

torio de Derecho común. En segundo lugar, que precisamente por esto último el artículo 733 no es de orden público y por consiguiente será válido el testamento mancomunado otorgado en España por extranjeros conforme a su Ley nacional (138).

Hechas estas precisiones, no deja de ser significativa la amplitud con que el artículo 733 CC regula la prohibición, lo cual, a mi juicio, demanda una explicación que pasa por conectar esta disposición legal con un contexto histórico en el que lo que se pretende es precisamente lo que se desprende de su tenor literal: prohibir el testamento mancomunado en todo el territorio español, o al menos que la prohibición arraigue o tenga proyección en todo el territorio español. Que ello es así no sólo se desprende de la tajante prohibición contenida en dicho precepto legal, sino de diversas resoluciones jurisprudenciales y de la Dirección General de los Registros en las que se acota y limita el pretendido alcance general de dicho precepto. En este sentido es muy significativa la Resolución de la DGRN de 28 de noviembre de 1894 que declara la vigencia de la Observancia 1.^a *De testamentis* aragonesa porque, «conforme a los artículos 12 y 13 del Código Civil, no es legal estimar derogado precepto alguno del Derecho foral por los del citado Código Civil, siquiera se trate de prescripción terminante y general cual la del artículo 669 del mismo..., sin que pueda tenerse en cuenta la disposición del artículo 10 del referido cuerpo legal por la sencilla razón de que este artículo tiene por objeto regular la eficacia extraterritorial de las leyes, ora surja el conflicto entre la Ley española y la Ley extranjera, ora entre un precepto de Derecho común y otro de Derecho foral; y la cuestión de que se trata no versa sobre la fuerza de una Ley aragonesa fuera del territorio de aquella provincia, sino sobre la vigencia de una determinada Observancia antagónica de una prohibición del Código, por lo cual los únicos artículos que hay que consultar y aplicar son los ya citados 12 y 13» (139). Y si desde esta perspectiva histórica y normativa hay que enfocar originariamente esta prohibición, transformando ese contexto histórico y jurídico, parece lógico concluir que la prohibición no puede tener hoy el mismo alcance.

(138) Para esta opinión cfr. CALVO CARAVACA, *ob. cit.*, págs. 3108 y sigs.; M. DE ÁNGULO, «Comentarios al artículo 9.8 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo título preliminar del Código Civil y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Madrid, 1977, págs. 481-489, y PÉREZ VERA, «Un caso reciente de Derecho Internacional Privado: la sucesión de un argentino domiciliado en España. Nota sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1968», *REDI*, vol. XII (1969), págs. 561-577.

(139) El interés de esta resolución excede del tema que tratamos, ya que aunque sea de modo indirecto encuadra el problema de la validez extraterritorial del testamento mancomunado aragonés en su artículo 10 del Código Civil, aplicable al contenido de la sucesión, y no en el 11, relativo a la forma de los actos jurídicos, incluidos los testamentos. Lo cual da fe de la calificación de fondo de esta clase de testamento.

La pregunta es: ¿Hasta qué punto estas transformaciones jurídicas han cambiado el sentido, el alcance del artículo 733?

Antes de contestar a esta pregunta es preciso tener presente el siguiente dato. El testamento mancomunado como fórmula sucesoria compleja se caracteriza por la interferencia de dos o más voluntades. Lo cual conectado con la existencia, dentro del ordenamiento jurídico civil, de diversos sistemas jurídicos con contradictoria normativa en materia testamentaria nos pone sobre la pista del problema. Es decir, al margen de los problemas que esta cuestión pudiera plantear desde la órbita del Derecho Internacional Privado (140), en el caso del Derecho interregional la diversidad se manifiesta también en la dimensión interna del sistema. Efectivamente —como ya sabemos—, el Código Civil contiene una prohibición expresa de testar en mancomún y una prohibición genérica sobre los pactos sucesorios en el artículo 1.271.2, mientras que estos procedimientos gozan de plena operatividad en los ordenamientos civiles forales. Los pactos son generalmente admitidos, y tanto el Derecho aragonés como el navarro y el vasco conocen además el testamento conjunto bajo la modalidad de testamento mancomunado o de hermandad (art. 94 de la Compilación aragonesa, Leyes 199 y 200 de la Compilación navarra y art. 49 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco), regulados por normas encaminadas a proteger la validez de estos testamentos ante la prohibición del Código Civil y que los dotan de una eficacia extraterritorial (141).

A estos datos tenemos que añadir, por tener incidencia directa en la materia que nos ocupa, que la Ley 11/1990 sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, ha introducido una nueva redacción del artículo 14 con el fin principal de eliminar la discriminación que el texto anterior establecía en contra de la

(140) En relación a esta cuestión y como hace ya tiempo señalara LEWARD, *Question du Droit International des successions*, Recueil del Cours de l'Academie de Droit International (1925), t. IV, pág. 13, no en vano las famosísimas cuestiones de Derecho Internacional Privado surgen en relación con problemas de sucesiones. Buena muestra de la relevancia del problema sucesorio en Derecho Internacional Privado es la atención prácticamente constante que le ha brindado la Conferencia de La Haya. En los últimos años la Conferencia ha emprendido trabajos con vistas a lograr una unificación en esta materia, adoptando en octubre de 1987 un Anteproyecto de Convención sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, siendo aprobado el texto definitivo en la XVI sesión de la Conferencia, que tuvo lugar en octubre de 1988.

(141) El artículo 94.1 de la Compilación de Derecho civil de Aragón dispone: «Los cónyuges aragoneses pueden testar en mancomún aun fuera de Aragón». De idéntico tenor es la Ley 200 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra establece: «Los navarros pueden otorgar testamento de hermandad tanto en Navarra como fuera de ella, así en España como en el extranjero». En igual sentido el artículo 13 de la Ley Civil Foral del País Vasco en relación con el artículo 9.8 del Código Civil, dado el carácter personal de las disposiciones forales concernientes al testamento mancomunado.

mujer al someterla a la vecindad civil de su marido y al someter en principio a los hijos a la vecindad civil del padre y sólo subsidiariamente a la de la madre.

Así las cosas, parece evidente que todas estas transformaciones normativas aislan aún más el alcance de la prohibición. De un lado, porque frente a las iniciales pretensiones de generalidad de la prohibición la realidad legislativa actual es otra bien distinta: un sector no precisamente minoritario de nuestro ordenamiento jurídico admite esta forma de testar: la Compilación navarra, la aragonesa y la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco. Este manifiesto recorte del alcance de la prohibición que supone su admisibilidad en un amplio sector de la geografía nacional resulta aún más evidente si tenemos en cuenta que esta facultad de testar conjuntamente los cónyuges se extiende, como consecuencia del carácter de Ley personal, aun fuera del ámbito territorial de la Compilación u ordenamiento permisivo, lo que por consiguiente crea la paradójica situación de que un Notario de Madrid, por ejemplo, no puede autorizar el otorgamiento de un testamento mancomunado de un matrimonio madrileño, y sí en cambio el de un matrimonio aragonés.

Otra de las causas desencadenantes del anacronismo y aislamiento en que ha quedado la prohibición en la actualidad resulta, como ya señalábamos, de la situación creada tras la citada Ley 11/1990, de 5 de octubre. La explicación es bien sencilla. Con anterioridad a la Ley 11/1990, de 5 de octubre, de reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo, el principio de la unidad familiar en materia de vecindad civil salvaba los problemas interregionales que la diversidad normativa pudiera plantear en relación con el procedimiento testamentario (142); pero ahora, tras la referida reforma, al no seguir la mujer la vecindad civil del marido se introduce un nuevo problema en el testamen-

(142) Diversos casos en que puede preguntarse por la posibilidad del testamento mancomunado, tanto en el plano interregional como en el internacional, son analizados por ORTIZ DE LA TORRE, «Comentarios al artículo 733 del Código Civil», en vol. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), t. IX, vol. 2º, Madrid, 1983, págs. 346-348). Aunque los supuestos que se analizan se resuelven a la luz de la legislación anterior a la reforma del Código Civil en materia de vecindad civil, no obstante conservan su interés toda vez que nos revela la simplificación, al menos en el plano interregional, de los conflictos que la diversidad normativa pudiera plantear en base al principio de sujeción de la mujer a la vecindad civil del marido. Así, por recoger algún ejemplo de los citados por dicho autor, baste el caso de un cónyuge varón aragonés o navarro y mujer sometida inicialmente a otro Derecho foral o al común. En este caso el testamento mancomunado sería válido, ya que por matrimonio la mujer adquiere, de conformidad con el derogado artículo 14.4 del Código Civil, la vecindad civil de su marido; en cambio, si es aragonesa o navarra la esposa, al contraer matrimonio con aforado a otro Derecho o sometido al Derecho común, no podría otorgarlo, pues su nueva vecindad está afectada por la prohibición del artículo 669 del Código Civil.

to mancomunado, ya que es posible que sólo uno de los cónyuges posea la vecindad civil correspondiente a una de las legislaciones que la admitan: navarra, aragonesa o vasca. Siendo esto así, ¿cómo se podría resolver hoy el problema que plantearía el matrimonio que teniendo diversa vecindad civil pretendiera otorgar testamento mancomunado conforme a la ley personal de aquel cuya legislación lo autoriza? O dicho de otra manera, ¿podrían testar mancomunadamente una aragonesa y un madrileño, por ejemplo? (143).

De todo ello resulta que nos situamos hoy en una realidad legislativa en la que resulta difícilmente explicable el sentido y la rotundidad con la que se expresa el artículo 733.

(143) Al respecto podrían plantearse dos posibilidades distintas: 1.^a Que el cónyuge por ejemplo no aragonés esté sometido al régimen del Código Civil o a otro cualquiera de los que, como el francés o el catalán, expresa o tácitamente lo prohíben. En este caso habría que acudir al artículo 9.8 CC, que establece que la sucesión por causa de muerte se rige por la Ley nacional del causante, de donde que si dicho cónyuge estuviera sometido al régimen común sería aplicable el artículo 669, que prohíbe expresamente el testamento mancomunado, y el artículo 733, que establece que no será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiese otorgado. Entonces, la propia naturaleza del testamento mancomunado, en la que lo esencial es la intervención de más de un disponente, concurriendo leyes sucesorias diferentes, pudiendo una de ellas permitirlo y otra prohibirlo, no parece posible apreciar la validez de la declaración de voluntad *mortis causa* del aragonés, aun sobre su propia herencia, y la nulidad de la de su consorte, por lo que habría que considerar que carece de validez el testamento mancomunado en su integridad. Aunque la respuesta a este problema resulta, a mi entender, difícil, considera ZABALO ESCUDERO, *ob. cit.*, págs. 63-64, que para su validez es necesario que ambas leyes así lo consideraran. 2.^a Que el cónyuge no aragonés esté sujeto a un Derecho que permite el testamento mancomunado aunque lo regule de forma distinta. Así sucede en Navarra. Con estas personas se puede hacer testamento mancomunado tanto dentro como fuera de Aragón. Esta situación plantea dos problemas: a) La forma. En este punto la solución más segura, y por eso mismo la más recomendable en la práctica, es que en su otorgamiento se cumplan simultáneamente las condiciones de ambos otorgamientos. Por ello mismo no podrán, por ejemplo, otorgar testamento mancomunado o de hermandad ológrafo, ya que para los navarros lo prohíbe expresamente la Ley 199 de la Compilación. Así lo entiende MERINO HERNÁNDEZ, *Comentario a los artículos 89-118 de la Compilación de Aragón*, cit., pág. 106. De todos modos, me parece que en algunos casos es posible defender la validez aunque se incumplan los requisitos de forma de uno de los ordenamientos. Por ejemplo, en Aragón se admite la forma ológrafa (cfr. art. 94.2 de la Compilación) y no así en Vizcaya; así, si el testamento se otorga entre un aragonés y una vizcaína, en Aragón habría que entender que rige, respecto de lo que es estrictamente forma, el principio *locus regit actum*, conforme al artículo 11 CC.

D) *Las soluciones del Derecho Internacional Privado*

No acaban aquí las matizaciones que desde el punto de vista del contexto normativo pueden formularse al artículo 733. No olvidemos que este precepto, al incorporar un contenido material y fijar su ámbito de aplicación en el espacio, extiende la prohibición del artículo 669 CC al supuesto del testamento mancomunado que un español otorgue en el extranjero. Es así que nos situamos ante uno de los capítulos técnicamente más complejos del Derecho Civil Internacional (144), toda vez que la sucesión *mortis causa* es un fenómeno jurídico universalmente conocido pero muy desigualmente regulado por los diferentes ordenamientos jurídicos.

Por otra parte, la difícil armonía que cada ordenamiento interno logra entre el respeto de la voluntad del causante y la necesaria protección, tanto de la familia como de la seguridad del tráfico jurídico, puede verse fácilmente en peligro cada vez que tenga que coordinarse con otros ordenamientos con distintas concepciones del fenómeno sucesorio. Esta divergencia de la reglamentación material se acrecienta aún más cuando, como en el caso que nos ocupa, nos situamos ante fórmulas sucesorias complejas en las que los actos de disposición están caracterizados por la interferencia de dos o más voluntades.

La diversidad legislativa existente en torno a dicha institución hace precisa la determinación del Derecho aplicable a la misma. La complejidad que va a revestir tal determinación deriva no sólo de los diferentes aspectos que la misma encierra como negocio jurídico (capacidad, fondo y forma), sino —como veíamos— de su propia naturaleza, caracterizada por la intervención de dos voluntades en un solo acto de disposición. Esto por un lado.

Pero es que, además, la interpretación del artículo 733 nos plantea como cuestión previa un problema de calificación jurídica, que se traduce en el interrogante sobre la naturaleza de la institución. Recordemos que este precepto dispone que «no será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país

(144) GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado*, 5.^a ed., revisada, Madrid, 1993, pág. 553, se refiere a la problemática que deriva del art. 733 del Código Civil como una de las cuestiones sucesorias más problemáticas que plantea el Derecho Internacional Privado. De otra parte, LEWARD, *ob. cit.*, pág. 13, califica los conflictos de las leyes en esta materia de particularmente agudos por situarse en la inserción del derecho de las personas y el de los bienes. De otra parte, de la relevancia del problema sucesorio en Derecho Internacional Privado da buena muestra la atención prácticamente constante que le ha brindado la Conferencia de La Haya, que tras diversas tentativas de unificación se ha llegado en la actualidad a la adopción de un Anteproyecto de Convención sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, siendo aprobado el texto definitivo en la XVI Sesión de la Conferencia, que tuvo lugar en octubre de 1988. Sobre este punto *vid.*, por ejemplo, LAGARDE, «La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», *Revue Critique de Droit International Prive*, núm. 2 (1988), págs. 249-275.

extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiese otorgado». La toma de postura ante este problema de calificación jurídica va a suponer la adopción de un criterio que va a mediatizar el alcance de la prohibición. Pasemos, pues, a analizar esta cuestión.

El problema que nos ocupa gira en torno a la cuestión de si el testamento mancomunado plantea un problema de fondo, esto es, de capacidad, o meramente formal. Dicho de otra manera, en torno a la índole o naturaleza de la prohibición de otorgar testamento mancomunado se han construido dos posiciones. Un punto de vista entiende que es una prohibición de carácter sustancial (145) en la medida que protege el carácter del testamento como acto unilateral, mientras que, de contrario, se entiende por otros que es de carácter formal (146), pues con ella sólo se prohíbe que el documento contenga la disposición de más de una persona.

Teóricamente no es fácil resolver el problema y, en cualquier caso, lo evidente es que estamos ante una cuestión de calificación jurídica que puede tener trascendencia, pues si se considera que lo es de capacidad nos llevaría a someter esta modalidad testamentaria al estatuto personal de los causantes (art. 9.8 CC) (147), funcionando entonces el artículo 669 CC

(145) Para esta opinión vid. MANRESA, *ob. cit.*, pág. 900; ALBALADEJO, *Comentarios al artículo 669 del Código Civil*, cit., pág. 11; SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL, «El testamento navarro de hermandad: su arraigo en las costumbres y su régimen en el Fuero», en ADA (1945), pág. 202, y NAGORE YARDOZ, «Del testamento mancomunado y su especialidad en el Derecho privado foral de Navarra», en ADA (1968-1971), pág. 245, que declara que «la facultad de otorgar este testamento forma parte del estatuto personal, por la razón de que su esencial característica es la causalidad recíproca de las instituciones y no la concurrencia de los testadores, accidente extrínseco». Dentro de la doctrina de Derecho Internacional Privado acogen esta tesis: CARRILLO SALCEDO, «La Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias. Nota sobre el proyecto de convenio adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 9.ª Sesión, 1960», REDÍ, vol. XIV (1961), págs. 169-194; ALONSO LAMBAN, *ob. cit.*, pág. 380. LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Madrid, 1933, págs. 249-289, se adscribe a esta tesis al decir que «es una incapacidad para los españoles», no afectando a los extranjeros «por no ser una cuestión de pura forma». ORTIZ DE LA TORRE, *ob. cit.*, págs. 340-343, argumenta el carácter de fondo del testamento mancomunado acudiendo a la interpretación del artículo 733 desde el punto de vista de su ubicación sistemática. Pero es lo cierto, a mi juicio, que si, de un lado, los artículos 676-680 CC que relacionan «la forma de los testamentos» no contemplan entre ellos al mancomunado, también lo es que la prohibición del testamento mancomunado no aparece en la sección sobre la «capacidad para disponer por testamento», sino que figura en la relativa a los «testamentos en general».

(146) Por todos, AZPEITIA ESTEBAN, *El proyecto de Apéndice al Código Civil, correspondiente al Derecho foral de Aragón. Comentarios y problemas*, Madrid, 1924, pág. 60; LASALA LLANAS, *Sistemas español de Derecho civil internacional e interregional*, Madrid, 1933, pág. 45, y en general prácticamente toda la doctrina tradicional aragonesa.

(147) Dispone este precepto: «La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento del fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones

como Ley permanente, rectora de la capacidad a efectos de la testamentación activa. Por el contrario, si es de forma o solemnidad jurídica, serían de aplicación las reglas de la Convención de La Haya de 1961 sobre conflictos de leyes en esta materia, aprobado y ratificado por España (148) y cuya aplicabilidad al testamento mancomunado reconoce el artículo 4 de dicho Convenio al disponer que «el presente Convenio se aplicará igualmente a la forma de las disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo documento por dos o más personas». Así las cosas, tendríamos que, conforme al artículo 1 de dicha Convención, sería válido el testamento mancomunado otorgado por españoles en el extranjero de acogernos al punto de conexión relativo a la Ley del lugar de su domicilio u otros puntos de conexión que expresamente contempla este precepto (149). Podríamos incluso entender, siguiendo a CERVERA GARCÍA (150), que puesto que el testamento mancomunado es, ante todo, el otorgado en un mismo instrumento por dos disponentes, pueden aparecer implicados ambos tipos de problemas. Esto es, si las disposiciones de cada testador no están otorgadas en atención al contenido de las del otro disponente, sino que son independientes (testamento conjunto o meramente mancomunado), el problema es un problema formal, en tanto que, por el contrario, si existe en los testadores una intención de condicionar el contenido de sus disposiciones al de las del otro testador mancomunado la cuestión no es esencialmente formal, sino que hay algo más, una cuestión de fondo, «ya que plantean —según este autor— el problema de la captación o coacción de la voluntad de uno de los disponentes por el otro o de que se produzca una situación de fraude en el caso de que uno de los testadores mancomunados revoque mediante testamento unipersonal las disposiciones que hizo en el testamento mancomunado sin conocimiento de la otra parte».

El tema como se ve no sólo no está claro, sino que tampoco parece tener solución sencilla.

hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la Ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la Ley se atribuyen al cónyuge supérstite se regirán por la misma Ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes».

(148) Este Convenio fue ratificado por España en instrumento de 16 de marzo de 1988, *BOE* de 17 de agosto de 1988.

(149) Así el de la nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento del fallecimiento; la del lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento.

(150) «La sucesión hereditaria en el Derecho Internacional Privado», en *RGD*, núm. 502-503 (1986), pág. 3114.

Desde otro punto de vista, la problemática que plantea el artículo 733 ha sido analizada desde la óptica que al tema da la nueva redacción que el artículo 11.1 tiene tras la reforma del Título Preliminar de nuestro Código Civil. Dispone el artículo 11.1 CC que: «Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la Ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la Ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la Ley personal del disponente o la común de los otorgantes».

Sostiene MIAJA DE LA MUELA (151), partiendo de la idea de que las normas referentes a los testamentos experimentan alguna desviación por la calificación como reglas de capacidad a las que ordenan la aptitud de los españoles para ciertas formas de testar, que el artículo 733 ha sido derogado por la nueva redacción del artículo 11.1 del CC. Tesis esta que conduciría a admitir la validez de un testamento mancomunado otorgado por españoles sujetos al Derecho común en un país extranjero, de conformidad con la Ley del lugar si es que éste lo permite (152). De no ser así, habría que entender que, vigente el artículo 733, éste constituye al menos una modificación del artículo 11.1 cuando aquél impide el uso de las conexiones alternativas señaladas por éste (153).

En cualquier caso, de seguir la tesis de MIAJA DE LA MUELA, que aunque criticada presenta notables ventajas, nada habría de objetar por el hecho de que la norma general en materia de forma de los testamentos no sea ya el artículo 11 CC, sino el Convenio de La Haya de 1961, anteriormente referido. Y digo esto porque aunque efectivamente este Convenio es derecho aplicable en España, también es cierto que las relaciones entre el mencionado Convenio de 1961 y el artículo 733 CC han suscitado soluciones de muy diversa índole en la doctrina, sin que por otra parte haya quedado resuelto definitivamente por ese Convenio el problema central de la califi-

(151) *Ob. cit.*, pág. 334.

(152) Planteamiento éste no compartido por ORTIZ DE LA TORRE, *Comentario al artículo 733*, cit., págs. 340-348, para quien la falta de proyección del artículo 11.1 sobre el artículo 733 corresponde a la consideración de que el testamento mancomunado no puede incluirse en el ámbito de las formas. Tesis que fundamenta en un conjunto de preceptos legales de cuya interpretación sistemática resulta excluida esta calificación formal. De un lado, los artículos 676-680 del Código Civil que relacionan la forma de los testamentos no contemplan al mancomunado como «forma» ni dentro, ni distinta de las que corresponden al testamento común ni a los especiales. De otro lado, señala este autor que la prohibición del testamento mancomunado es cierto que no aparece en la sección sobre la «capacidad para disponer por testamento», y teniendo que decidirse a qué ámbito pertenece la clara exclusión que el Código hace en el sector de las formas me inclino a defender una calificación de capacidad.

(153) Para esta opinión *vid.* MARÍN LÓPEZ, *ob. cit.*, págs. 270-275.

cación formal o de fondo que merece la institución que nos ocupa y que constituye la piedra de toque de todo el sistema (154). Se deja, pues, a cada ordenamiento el determinar si la prohibición de testar mancomunadamente es materia de forma o de fondo, así como la de saber si existe o no interdependencia en cuanto a la nulidad o validez de este testamento si la Ley aplicable lo declara válido respecto a un testador pero nulo respecto a otro.

Pero es que incluso desde el punto de vista de la regulación convencional hay opiniones coincidentes con la expresada anteriormente al declarar que una de las principales incidencias que ha tenido la Convención sobre la normativa española en la materia ha sido precisamente la de haber suprimido la prohibición del artículo 733 CC. Es evidente que desde esta posición no se cuestiona la aplicación del Convenio al instituto que nos ocupa; es más, señala GONZÁLEZ CAMPOS (155) que «pensando para los conflictos de leyes sobre forma de las disposiciones testamentarias, el Convenio no define con carácter general qué se entiende por cuestiones de forma, pero resuelve algunos problemas de calificación típicos en esta materia cuando indica explícitamente su aplicabilidad al testamento mancomunado (art. 4)». Fundamenta este autor la desaparición de la prohibición en que aunque, primero, los Estados partes pueden descartar la aplicación de una Ley declarada competente si es manifiestamente incompatible con su orden público (156) (art. 7) y, segundo, pueden no reconocer la validez

(154) En esta línea entiende SIMÓ SANTONJA, *Derecho sucesorio comparado*, Madrid, 1968, pág. 123, que la Conferencia de La Haya de 1961 no tomó posesión respecto a la naturaleza de tales prohibiciones, de si corresponden a la forma o al fondo. Desde este punto de vista, la entrada en vigor del Convenio no afectaría esencialmente al Derecho positivo español: la validez de un testamento en cuanto a la forma, en función de cualquiera de las leyes previstas en el artículo 1 del Convenio, no constituye un obstáculo a la calificación española de fondo y, por consiguiente, de que se trata de un problema regido por la Ley de la sucesión, la Ley del fondo. De igual modo explica ZABALO ESCUDERO, *ob. cit.*, págs. 63-65, que la dificultad en torno a este problema de calificación jurídica, y que se puso especialmente de relieve al hilo de los trabajos preparatorios de la Convención de La Haya de 1961, se resolvió por la Comisión especial rehusando tomar partida sobre una u otra calificación, dadas las divergencias existentes de un Estado a otro, en cuanto a la calificación y contenido de dicha institución.

(155) *Ob. cit.*, págs. 550-551.

(156) La dificultad de regular convencionalmente una materia como la que nos ocupa hizo inevitable que en el artículo 7 del Convenio se acudiese al establecimiento de la ya tradicional cláusula limitada de orden público utilizada en otros convenios de la Conferencia de La Haya: la aplicación de las leyes establecidas en el Convenio. Respecto a la inoperancia en España de la excepción de orden público en Derecho de sucesiones, explica CERVERA GARCÍA, *ob. cit.*, págs. 31-32, que tiene como fundamento el argumento de la diversidad normativa existente entre el Derecho civil común y los Derechos forales. Argumentación ésta a la que hay que añadir además la existencia del propio Derecho común de esta modalidad testamentaria prevista —como ya sabemos—

de un testamento otorgado en el extranjero cuando concurren cumulativamente estas circunstancias (art. 11) (157): a) que la disposición testamentaria sólo sea válida conforme a la Ley del lugar donde el testador hizo la disposición; b) que el testador tenga la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual en el Estado que preserve la reserva, y c) que el testador haya fallecido en un Estado distinto a aquel en que dispuso, no sólo es poco probable que concurren todas estas circunstancias, sino que además España no ha hecho uso de la reserva referida. Todo lo cual lleva a GONZÁLEZ CAMPOS (158) a sostener la desaparición en España de dos de las cuestiones sucesorias más problemáticas del Derecho Internacional Privado: «la posibilidad de que se reconociese como válido, al amparo del artículo 688.4 CC, el testamento ológrafo otorgado en España por extranjero en contra de su Ley nacional, y la prohibición del artículo 733 CC de que los españoles de Derecho común otorgasen en el extranjero testamento mancomunado de acuerdo con la Ley local» (159).

A mi parecer, lo que resulta de todo este análisis es que difícilmente puede sostenerse una interpretación del artículo 733 como la que hasta ahora se venía manteniendo, por lo demás fruto de un contexto normativo inalterado desde 1889. Indudablemente, el nuevo panorama legislativo creado, no sólo tras la reforma del Título Preliminar (art. 11.1), sino fundamentalmente tras del Convenio de La Haya de 1961, que una vez ratificado por España forma parte de nuestro ordenamiento interno con carácter prevalente respecto a las disposiciones del Código Civil, plantea cuestiones nuevas cuya valora-

en la Ley de 24 de diciembre de 1981 sobre Estatuto de la explotación agrícola familiar agraria y de los agricultores jóvenes. Sobre este tema vid. SIMÓ SANTONJA, «Normas de Derecho Civil Internacional Privado sobre donaciones y sucesiones», *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*, t. I, vol. 2.º, Jaén, 1977, págs. 42 y sigs.

(157) Dispone este precepto que «cada Estado contratante puede reservarse el no reconocer en virtud de las prescripciones de su Ley que se refieran a ellas ciertas formas de disposiciones testamentarias hechas en el extranjero si se dan las condiciones siguientes...».

(158) *Ob. cit.*, pág. 553. Aunque con más cautelas, también se plantea MARÍN LÓPEZ, *ob. cit.*, pág. 270, la subsistencia del artículo 733 CC tras la prohibición y ratificación por España del Convenio de La Haya de 1961.

(159) En esta misma línea PÉREZ VERA, *Derecho Internacional...*, cit., pág. 199, sostiene que «en la medida que España no ha formulado ninguna de las posibles reservas contempladas en el Convenio, se ha producido una modificación sustancial en algunos aspectos del tratamiento jurídico de la forma del testamento ológrafo (art. 688, en relación con el 723, párrafo 3.º, CC) y del testamento mancomunado (art. 733 CC) en el ámbito del Derecho Internacional Privado». Aunque no en esta dirección, llama la atención la postura de MARÍN LÓPEZ, *ob. cit.*, pág. 270, ya que si bien no parece compartir íntegramente esta tesis, sí en cambio se plantea la subsistencia de la prohibición española del artículo 733, que salva por la existencia, en su opinión, de una reserva, la del artículo 11, que entiende permitiría en la vigencia de la prohibición, «pues la reserva actuaría únicamente cuando el nacional de un país se dirigiera a otro para burlar la prohibición».

ción y trascendencia no debemos marginar. No creo que sea posible prescindir, en la exégesis de este precepto legal, de la aportación que suponen todas estas modificaciones legales. En cualquier caso, con estos datos en la mano, lo que parece innegable es que nos encontramos una vez más ante la distorsión, la quiebra de una institución cuya inteligencia, partiendo de distintos elementos interpretativos, demanda un distinto enfoque.

Obsérvese cómo si bien, de un lado, la interpretación hasta ahora mantenida de los artículos 688 y 733 del CC nos coloca ante una prohibición de testar mancomunadamente, absoluta, rotunda y sin quiebras, sin embargo la interpretación de estos preceptos desde la óptica del conjunto del sistema normativo nos revela sus disonancias, sólo salvables desde un nuevo enfoque de esta figura que le dé a la misma una significación y contenido acorde con la nueva realidad legislativa.

De esa tendencia ya superada es un buen ejemplo la postura defendida por MANRESA (160), quien al interpretar el artículo 733 hace descansar el carácter absoluto de la prohibición, tanto respecto del territorio español como fuera de él, no sólo en la calificación de cuestión de fondo que el testamento mancomunado le merece, sino además en que aún no siendo así, y tratándose de un problema de forma, en dicha hipótesis, entiende este autor, se hallaría justificada la excepción por la regla consignada en el párrafo 3.º del artículo 11, la cual disponía que las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres no pueden quedar sin efecto por las leyes, sentencias y convenciones acordes por el país en que se lleva a efecto el acto.

La debilidad de la argumentación salta a la vista. De un lado, porque la solución del problema calificadorio, como cuestión de fondo, se quiere presentar como el reflejo de una concepción del testamento mancomunado, por lo demás ampliamente criticada y superada. Recordemos que para este autor la especialidad del testamento mancomunado reside en las limitaciones que sufre la potestad de los testadores en cuanto a la libre disposición de sus bienes. Es decir, para este autor, y en general para todos los defensores de este planteamiento, el testamento mancomunado plantea el problema de la captación o coacción de la voluntad de uno de los disponentes por el otro o de que se produzca una situación de fraude en el caso de que uno de los testadores mancomunados revoque mediante testamento unipersonal las disposiciones que hizo en el testamento mancomunado sin conocimiento de la otra parte. Es evidente que partiendo de esta concepción no pueda ser otra la calificación jurídica; mermando el testamento mancomunado los derechos y facultades de los otorgantes, es indudable que afecta al fondo del

(160) *Comentarios al Código Civil*, cit., t. V, Madrid, 1972, págs. 900-903.

testamento y tiene, por tanto, que regularse por el estatuto personal; y que, conforme al artículo 9 (en su antigua versión), las leyes relativas a la capacidad de las personas obligan a los españoles aunque residan en el extranjero.

Sin embargo, la pretendida correlación entre la naturaleza del testamento mancomunado y los fundamentos de la prohibición no parece un argumento muy defendible, toda vez que llama la atención que se sostengan y defiendan idénticos razonamientos para justificar la prohibición del artículo 669 y, no obstante, se resuelva de modo diverso este problema de calificación jurídica (161). Así, tachada de formal la índole del testamento mancomunado, Mucius SCAEVOLA (162) entiende que regirá el precepto excepcional del artículo 733 exclusivamente en cuanto a los testamentos mancomunados, cuya efectividad y ejecución tratará de llevarse a cabo en España, pero en cambio sería válido el testamento mancomunado que un español otorgara en una nación en cuyo Código se halle admitida y consagrada esta forma de testar siempre que se hayan tenido en cuenta las prescripciones del Código español respecto al orden de suceder, a la cuantía de dicho derecho y a la validez de las disposiciones internas, que es lo que, en opinión de este autor, constituye el estatuto personal al que se refería el derogado apartado 2º del artículo 10 CC.

De otro lado, es indudable que los argumentos de MANRESA (163) quedan enervados desde el punto de vista del nuevo contexto normativo. Es más, la nueva redacción del artículo 11 del CC, relativa al estatuto formal recoge la adscripción de nuestro legislador a la tendencia que procura salvar la validez del acto o contrato excluyendo la nulidad por defectos formales mediante la acumulación de legislaciones competentes, de modo que basten las formalidades de la que comporte menos exigencias para sostener la validez del acto, contrato o testamento. Esto, por un lado. Pero es que, además, la aplicación de la Convención de La Haya de 1961 en esta materia, sin la correspondiente reserva de orden público por España, nos aleja definitivamente de la posición antes dicha.

(161) En este sentido, Mucius SCAEVOLA, *ob. cit.*, t. XII, pág. 732, si bien fundamenta la prohibición en los argumentos repetidamente esgrimidos, no obstante entiende que el artículo 733 constituye una excepción de la regla *locus regit actum* por cuanto la institución del testamento mancomunado afecta a la forma, no al fondo de las últimas voluntades. «El artículo 669 —explica este autor— no prohíbe el que dos personas puedan testar recíprocamente la una en provecho de la otra; lo que impide es que esas personas puedan hacerlo en un mismo instrumento testamentario, porque el testamento es un acto personalísimo en que no ha de haber más que un solo testador».

(162) *Ob. cit.*, pág. 732.

(163) *Ob. cit.*, págs. 902-903.

En definitiva, podemos decir que la interpretación que negaba validez, también en cuanto a la forma, a los testamentos mancomunados otorgados por españoles en el extranjero ha quebrado, ya que además, como indicábamos anteriormente, el artículo 4 del Convenio de La Haya —precepto al que España no ha formulado reserva— establece explícitamente que sus disposiciones se aplicarán «igualmente a la forma de las disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo acto por dos o más personas».

E) *El testamento mancomunado en la Ley de 24 de diciembre de 1981*

Al estudio del panorama legislativo desde el que propongo se analice el alcance y sentido de la prohibición del artículo 669 nos conduce necesariamente la Ley de 24 de diciembre de 1981 sobre el Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes, por cuanto la misma ha supuesto una gran novedad en esta materia al permitir su artículo 22 la posibilidad del testamento mancomunado. Dicho esto, ya podemos hacer una primera afirmación: la admisibilidad de esta forma de testar significa o lleva de suyo una decisiva modificación del rigorismo primitivo del Código Civil.

Recordemos que del tenor literal del precepto prohibitivo y de aquel otro que extendía la prohibición fuera del territorio español (art. 733) resultaba ésta configurada en términos absolutos, sin que, en consecuencia, cupiese pensar en ninguna vía posible de penetración de este procedimiento testamentario en nuestro ordenamiento jurídico. Frente a esto hemos tenido ocasión de comprobar que este carácter cerrado y rígido ha sufrido ya distintos atentados como consecuencia de toda una serie de reformas, las cuales, a mi juicio, inciden en la prohibición limitándola y recortándola en su alcance. Pues bien, a todos estos cambios que han alterado sustancialmente el contexto normativo en el que se situaba originariamente la prohibición hay que añadir ahora el que resulta de la regulación de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes.

Sin entrar aquí en un estudio pormenorizado de esta decisiva novedad legislativa, a la que por lo demás me refiero en distintas ocasiones a lo largo de este trabajo, sí me parece de gran importancia dibujar las líneas centrales con las que esta forma de testar aparece configurada en la citada Ley, ya que de la misma podemos extraer algunos argumentos para «rellenar» esa propuesta de *lege ferenda* que inicialmente planteábamos. Sobre todo teniendo en cuenta que esas líneas orientadoras que en su momento guiarán la labor del legislador proceden del mismo órgano legislativo central y tiene idéntico ámbito de aplicación que el precepto prohibitivo originario. No se trataría, por tanto, de emular experiencias legislativas foráneas, a veces de

difícil implantación en el ordenamiento propio, sino de trasladar al Código Civil una institución con una gran raigambre histórica y de la cual encontramos ejemplos concretos en instituciones ya reguladas en los ordenamientos ferales.

Pues bien, el esquema sobre el que se articula el testamento mancomunado en la Ley que ahora nos ocupa es el siguiente:

- a) En relación a la testamentación activa (164) mancomunada, el principio consagrado por la citada Ley hace que la misma se integre entre aquellos sistemas que limitan la capacidad para otorgar esta modalidad testamentaria a los cónyuges (165), al disponer su artículo 22.1 que «los cónyuges podrán otorgar testamento abierto mancomunado a fin de ordenar la sucesión en la explotación familiar agraria en su integridad». Si son los cónyuges los únicos que pueden acudir al testamento mancomunado, habrá que tener en cuenta cuál es el régimen previsto para las distintas hipótesis de crisis matrimonial. En este punto puede calificarse de novedosa (166) la

(164) Sólo me referiré a la activa por cuanto la pasiva, al estar directamente relacionada con la finalidad de la Ley, cual es regular el destino de la explotación familiar agraria, carece de interés a los fines que aquí nos interesan, además de que, dadas sus particularidades, no es trasladable a una regulación genérica.

(165) CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 1101, después de plantearse la hipótesis de si cabría, al amparo de la Ley sobre Estatuto de la Explotación Agraria, que fueran los futuros cónyuges los que acudieran a esta forma de testar, resuelve negativamente el interrogante, ya que interpretando literalmente el precepto 22.1 resulta que la exigencia de la condición de cónyuges es de presente y no de futuro. No obstante, plantea el citado autor que de *lege ferenda* debería permitirse tal forma de testar también a los prometidos, familiares e incluso a personas no parientes entre sí, ni en vías de serlo, siempre que concurran las otras exigencias previstas en la Ley (básicamente que el testamento sea abierto y que tenga como única finalidad ordenar la sucesión de la explotación familiar agraria).

(166) La novedad se predica respecto del Derecho aragonés, ya que si bien en ambos derechos la existencia del matrimonio determina la posibilidad de testar mancomunadamente, sin embargo, a diferencia de lo que sucede con el Derecho aragonés, la validez del testamento no depende necesariamente de la ulterior subsistencia del matrimonio. Al respecto, recordemos que la Compilación aragonesa dispone en el artículo 98.1 que las sentencias de nulidad de matrimonio y de separación personal hacen ineficaces las liberalidades que los cónyuges se hubieran concedido en el testamento mancomunado y todas las disposiciones correspondientes. Como vemos, se limita, pues, la ineficacia a sólo estas disposiciones; se trata así de evitar los perjuicios a terceros no culpables de la disolución. La novedad no lo es tanto, como vamos a ver, respecto de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, donde por otra vía se llega al mismo resultado expresamente previsto en la Ley de 24 de diciembre de 1981. En efecto, la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco —que limita igualmente la testamentifacción activa a los cónyuges (art. 49)— no contiene ninguna norma en relación al problema que pudiera plantear una posible declaración de nulidad, separación o divorcio; sin embargo, ese silencio legal nos conduce indefectiblemente, conforme al principio de libertad civil, a la siempre abierta posibilidad de ulterior revocación unilateral, con arreglo

regulación que contiene el artículo 22.2 de la Ley al permitir la posible subsistencia del testamento mancomunado aunque existan anomalías en el matrimonio por la separación efectiva de los cónyuges, por la disolución en vida de los cónyuges declarada judicialmente. En tales casos lo que está permitido es la revocación unilateral que habrá de notificarse mediante documento fehaciente al otro cónyuge, de donde se desprende que si no se da tal revocación unilateral, aunque haya separación, nulidad o divorcio, el testamento mancomunado subsiste. Régimen éste que no deja de sorprender, ya que, por un lado, se condiciona la validez de este testamento a la condición de cónyuges de sus otorgantes, y por otro, se permite la subsistencia del mismo aunque éstos dejen de serlo (167).

- b) En cuanto a la forma, el artículo 21.1 sólo permite el testamento abierto mancomunado (168), si bien CUADRADO IGLE-

al artículo 51 de la citada Ley. En definitiva: a) La sentencia firme de separación o divorcio no hace ineficaz al anterior testamento. Para que éste quede sin efecto hará falta que ambos cónyuges separados o divorciados (conjuntamente), o uno de ellos (unilateralmente), revoquen el testamento de hermandad, conforme a lo dispuesto en los artículos 50-51 de la Ley. Quedaría sin resolver la irrevocabilidad que establece el artículo 52 para las disposiciones que recayeran sobre los bienes comunes si uno de los cónyuges falleciere dentro del año siguiente a la fecha en que otorgaran el testamento de hermandad. Aquí hay una grave laguna que la Ley no ha resuelto. Así las cosas, cabría entender que en caso de separación o de divorcio no hay bienes comunes al haberse extinguido la comunidad por la sentencia. Se trata en realidad de una interpretación forzada, pues también la comunidad se extingue por la muerte de uno de los cónyuges, y es claro que, entonces, existe la irrevocabilidad sobre los bienes hasta entonces comunes; pero es esta la única vía interpretativa para alcanzar el resultado que parece ineludible, b) La sentencia de nulidad, en cambio, y ante la falta de regla expresa en la Ley, ha de entenderse invalida el testamento mancomunado, al menos para el cónyuge de mala fe. Si al declararse la nulidad hubiere ya tenido lugar la apertura de la sucesión, parece que, en aplicación del artículo 79 CC, habrán de considerarse válidas y eficaces las disposiciones contenidas en testamento mancomunado que favorezcan al cónyuge de mala fe. Si, por el contrario —y como ocurrirá en la mayoría de los casos—, al declararse la nulidad del matrimonio no hubiera tenido lugar la apertura de la sucesión, ningún efecto habrá producido ni podrá producir el testamento, tampoco para el cónyuge de buena fe. Otra cosa es que en este último caso pueda tener el cónyuge de buena fe un derecho a ser indemnizado si como consecuencia de la pérdida de eficacia del testamento ha perdido algún derecho económicamente valuable.

(167) Para esta opinión cfr. CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 1101, que califica de paradójico el régimen descrito.

(168) También en este punto la regulación de la citada Ley se aleja de las prescripciones formales previstas en los ordenamientos forales que admiten tal forma de disposición *mortis causa*. En la Compilación aragonesa pueden adoptarse cualesquiera de las formas que existen para los testamentos simples, ya que, según el artículo 94.2, el testamento mancomunado podrá revestir cualquier forma común, especial o excepcional en tanto sea compatible con los requisitos establecidos para cada una de ellas por las disposiciones vigentes. No obstante, pese a este criterio de gran amplitud, se ha

SIAS (169) propone dar una interpretación amplia a lo que dicho precepto dispone, de tal manera que abarque dentro de su ámbito todos los supuestos que encajen dentro de la denominación genérica testamento abierto. En consecuencia, sería posible otorgar testamento mancomunado no sólo cuando su otorgamiento tenga lugar

destacado la gran dificultad e incluso la imposibilidad que entraña el otorgamiento de un testamento mancomunado en forma ológrafa (prohibido en la Compilación navarra, en la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco y en la Ley de 24 de diciembre de 1981), puesto que de ser así habría que prescindir de la autografía total o de la nulidad de instrumento. Si se prescinde de la primera, el testamento sería nulo, y si de la segunda, no sería mancomunado. La cuestión se debatió desde que se publicó el Apéndice, ya que en el mismo nada se decía (en este punto *vid.* LORENTE SANZ, *ob. cit.*, págs. 127 y sigs.) Con relación a este régimen legal la cuestión ha sido tratada en profundidad por las Sentencias de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 30 de noviembre de 1967 y la del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1969. La sentencia de la Audiencia negó la validez al testamento mancomunado, aunque admitió la validez del testamento del marido como testamento ológrafo. Téngase en cuenta, para el entendimiento de esta doctrina, que el caso resuelto se trataba de un testamento hecho por el marido de forma ológrafa, al que en la misma hoja de papel se escribe por la esposa: «es mi última voluntad dejar heredero de todos mis bienes a mi esposo y doy mi conformidad a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento que de su puño y letra ha escrito a mi presencia en este mismo pliego de papel». El Tribunal Supremo casó la sentencia, admitiendo la existencia de un testamento mancomunado ológrafo, estableciendo que sin desconocer la dificultad de cumplir en el mancomunado las formas del ológrafo, «lo cierto y positivo es que el artículo 17 del Apéndice de 1925 no limita en modo alguno la forma de su otorgamiento, y en consecuencia y dado el principio general y básico que sustenta todo el Derecho especial de Aragón de la primacía total de la voluntad de los otorgantes *stantum est chartae*, se debe de concluir con la posibilidad de otorgar testamento mancomunado de forma ológrafa en Aragón; máxime si se tiene en cuenta que la nueva Compilación en su artículo 94 dispone de modo terminante que el testamento mancomunado podrá revestir cualquier forma común especial o excepcional con tal que sea compatible con los requisitos establecidos para cada una de ellos por las disposiciones vigentes». Aun siendo discutibles los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo, entiende GARCÍA VICENTE, *ob. cit.*, pág. 14, que en tanto no se modifique la doctrina sentada por la sentencia antes citada hay que partir por el momento de la admisibilidad de esta forma de testar. En consecuencia, puede bastar con que, como en este caso, uno redacte de su puño y letra el testamento y el otro, con conocimiento del mismo y haciendo constar su voluntad de testar de forma mancomunada con su esposa, haga constar a continuación de su puño y letra una declaración de voluntad indubitada de que así sea. Este criterio es por lo demás el seguido por el artículo 2.267 del BGB. En contra de esta tesis entiende CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 1103, que los argumentos en contra de la posibilidad de testar mancomunadamente en forma ológrafa son muy poderosos, y acudir al principio de *stantum est chartae* como lo hace la sentencia antes citada para fundamentar tal posibilidad es, al menos, discutible. Es más, si como se ha dicho con gran precisión (LACRUZ BERDEJO, «Jurisprudencia comentada. Un dictamen y dos sentencias», en *RDIR* [1969], pág. 1961; también en sus notas al *Derecho de sucesiones* de BINDER, *cit.*, pág. 124) el testamento ológrafo que existe en Aragón es únicamente el del Código Civil, no cabe admitir esta posibilidad, ya que no debemos olvidar que el artículo 94.2 de la Compilación establece que ha de ser compatible con los requisitos establecidos para cada una de las formas por las

en las situaciones normales, esto es, cuando se trate de testamentos abiertos notariales ordinarios, sino también aquellos otros en los que tal normalidad no existe, ya por tratarse de otorgantes sordos o ciegos en los que la intervención notarial reviste ciertas especialidades (arts. 697 y 698 CC), ya por existir circunstancias extraordinarias en los mismos, como son la epidemia o el inminente peligro de muerte, en los que normalmente no interviene Notario, ya por tratarse de algunos de los supuestos de los denominados testamentos especiales (militar, marítimo y hecho en país extranjero). Además de corregir las limitaciones que impone en materia de forma el artículo 21.1 con el recurso a una interpretación extensiva, este autor critica abiertamente esta opción legislativa de la Ley que restringe la forma a la abierta. Crítica que comparto enteramente, ya que autorizada esta fórmula testamentaria para disponer del conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente, no se entienden la razón o razones a las que obedece esta restricción (170). A mi entender, admitida esta modalidad de disposición testamentaria, parece indefendible que se limiten las formas de su otorgamiento; antes bien, creo que el legislador debió ampliarlo a las demás formas de testar que se reconocen en los testamentos unipersonales, criterio que tiene precedentes en el Derecho alemán y dentro de nuestro ordenamiento jurídico (171).

disposiciones vigentes. Y precisamente en cuanto a la forma ológrafa el artículo 688 CC exige como requisito para su validez el que esté escrito todo él y firmado por el testador, y esto no es posible en el Derecho español, aunque sí lo sea en Alemania según los parágrafos 2265 y 2267 del BGB. Asimismo, la Compilación de Navarra señala que, con excepción de la forma ológrafa, el testamento mancomunado puede revestir cualquier otra forma admitida en tanto se cumplan todos los requisitos establecidos para cada una de ellas. Por su parte, la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, al señalar en su artículo 49 que este testamento (el mancomunado) sólo podrá otorgarse ante Notario, admite tanto el testamento abierto cuanto el cerrado.

(169) *Ob. cit.*, págs. 1103 y sigs.

(170) Tal vez, señala CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, págs. 1106-1107, «el legislador haya adoptado este criterio porque la forma abierta permite conocer tanto al Notario como a los testigos el contenido del testamento, pudiendo éstos, consecuentemente, orientar a los cónyuges en cuanto a la formulación de las últimas voluntades conservativas de la explotación familiar agraria». Sin embargo, estas razones tampoco convencerán al autor, ya que tal asesoramiento también es aconsejable tratándose de testamentos unipersonales y, sin embargo, se permite testar en forma cerrada y en forma ológrafa sin garantía de asesoramiento alguno.

(171) Es más, insiste CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 1107, en las consecuencias favorables que esta ampliación hubiese reportado, toda vez que si el artículo 22.1 de la Ley de 24 de diciembre de 1981 hubiese permitido la forma cerrada y la ológrafa, habría sido modificado parcialmente, entre otros, el artículo 688 CC y en consecuencia desaparecerían para Aragón los obstáculos que este precepto representa para admitir la forma ológrafa en esta región.

SIAS (169) propone dar una interpretación amplia a lo que dicho precepto dispone, de tal manera que abarque dentro de su ámbito todos los supuestos que encajen dentro de la denominación genérica testamento abierto. En consecuencia, sería posible otorgar testamento mancomunado no sólo cuando su otorgamiento tenga lugar

destacado la gran dificultad e incluso la imposibilidad que entraña el otorgamiento de un testamento mancomunado en forma ológrafa (prohibido en la Compilación navarra, en la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco y en la Ley de 24 de diciembre de 1981), puesto que de ser así habría que prescindir de la autografía total o de la nulidad de instrumento. Si se prescinde de la primera, el testamento sería nulo, y si de la segunda, no sería mancomunado. La cuestión se debatió desde que se publicó el Apéndice, ya que en el mismo nada se decía (en este punto *vid.* LORENTE SANZ, *ob. cit.*, págs. 127 y sigs.) Con relación a este régimen legal la cuestión ha sido tratada en profundidad por las Sentencias de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 30 de noviembre de 1967 y la del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1969. La sentencia de la Audiencia negó la validez al testamento mancomunado, aunque admitió la validez del testamento del marido como testamento ológrafo. Téngase en cuenta, para el entendimiento de esta doctrina, que el caso resuelto se trataba de un testamento hecho por el marido de forma ológrafa, al que en la misma hoja de papel se escribe por la esposa: «es mi última voluntad dejar heredero de todos mis bienes a mi esposo y doy mi conformidad a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento que de su puño y letra ha escrito a mi presencia en este mismo pliego de papel». El Tribunal Supremo casó la sentencia, admitiendo la existencia de un testamento mancomunado ológrafo, estableciendo que sin desconocer la dificultad de cumplir en el mancomunado las formas del ológrafo, «lo cierto y positivo es que el artículo 17 del Apéndice de 1925 no limita en modo alguno la forma de su otorgamiento, y en consecuencia y dado el principio general y básico que sustenta todo el Derecho especial de Aragón de la primacía total de la voluntad de los otorgantes *stantum est chartae*, se debe de concluir con la posibilidad de otorgar testamento mancomunado de forma ológrafa en Aragón; máxime si se tiene en cuenta que la nueva Compilación en su artículo 94 dispone de modo terminante que el testamento mancomunado podrá revestir cualquier forma común especial o excepcional con tal que sea compatible con los requisitos establecidos para cada una de ellos por las disposiciones vigentes». Aun siendo discutibles los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo, entiende GARCÍA VICENTE, *ob. cit.*, pág. 14, que en tanto no se modifique la doctrina sentada por la sentencia antes citada hay que partir por el momento de la admisibilidad de esta forma de testar. En consecuencia, puede bastar con que, como en este caso, uno redacte de su puño y letra el testamento y el otro, con conocimiento del mismo y haciendo constar su voluntad de testar de forma mancomunada con su esposa, haga constar a continuación de su puño y letra una declaración de voluntad indubitada de que así sea. Este criterio es por lo demás el seguido por el artículo 2.267 del BGB. En contra de esta tesis entiende CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 1103, que los argumentos en contra de la posibilidad de testar mancomunadamente en forma ológrafa son muy poderosos, y acudir al principio de *stantum est chartae* como lo hace la sentencia antes citada para fundamentar tal posibilidad es, al menos, discutible. Es más, si como se ha dicho con gran precisión (LACRUZ BERDEJO, «Jurisprudencia comentada. Un dictamen y dos sentencias», en *RDIR* [1969], pág. 1961; también en sus notas al *Derecho de sucesiones* de BINDER, *cit.*, pág. 124) el testamento ológrafo que existe en Aragón es únicamente el del Código Civil, no cabe admitir esta posibilidad, ya que no debemos olvidar que el artículo 94.2 de la Compilación establece que ha de ser compatible con los requisitos establecidos para cada una de las formas por las

en las situaciones normales, esto es, cuando se trate de testamentos abiertos notariales ordinarios, sino también aquellos otros en los que tal normalidad no existe, ya por tratarse de otorgantes sordos o ciegos en los que la intervención notarial reviste ciertas especialidades (arts. 697 y 698 CC), ya por existir circunstancias extraordinarias en los mismos, como son la epidemia o el inminente peligro de muerte, en los que normalmente no interviene Notario, ya por tratarse de algunos de los supuestos de los denominados testamentos especiales (militar, marítimo y hecho en país extranjero). Además de corregir las limitaciones que impone en materia de forma el artículo 21.1 con el recurso a una interpretación extensiva, este autor critica abiertamente esta opción legislativa de la Ley que restringe la forma a la abierta. Crítica que comparto enteramente, ya que autorizada esta fórmula testamentaria para disponer del conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente, no se entienden la razón o razones a las que obedece esta restricción (170). A mi entender, admitida esta modalidad de disposición testamentaria, parece indefendible que se limiten las formas de su otorgamiento; antes bien, creo que el legislador debió ampliarlo a las demás formas de testar que se reconocen en los testamentos unipersonales, criterio que tiene precedentes en el Derecho alemán y dentro de nuestro ordenamiento jurídico (171).

disposiciones vigentes. Y precisamente en cuanto a la forma ológrafa el artículo 688 CC exige como requisito para su validez el que esté escrito todo él y firmado por el testador, y esto no es posible en el Derecho español, aunque sí lo sea en Alemania según los parágrafos 2265 y 2267 del BGB. Asimismo, la Compilación de Navarra señala que, con excepción de la forma ológrafa, el testamento mancomunado puede revestir cualquier otra forma admitida en tanto se cumplan todos los requisitos establecidos para cada una de ellas. Por su parte, la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, al señalar en su artículo 49 que este testamento (el mancomunado) sólo podrá otorgarse ante Notario, admite tanto el testamento abierto cuanto el cerrado.

(169) *Ob. cit.*, págs. 1103 y sigs.

(170) Tal vez, señala CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, págs. 1106-1107, «el legislador haya adoptado este criterio porque la forma abierta permite conocer tanto al Notario como a los testigos el contenido del testamento, pudiendo éstos, consecuentemente, orientar a los cónyuges en cuanto a la formulación de las últimas voluntades conservativas de la explotación familiar agraria». Sin embargo, estas razones tampoco convencen al autor, ya que tal asesoramiento también es aconsejable tratándose de testamentos unipersonales y, sin embargo, se permite testar en forma cerrada y en forma ológrafa sin garantía de asesoramiento alguno.

(171) Es más, insiste CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, pág. 1107, en las consecuencias favorables que esta ampliación hubiese reportado, toda vez que si el artículo 22.1 de la Ley de 24 de diciembre de 1981 hubiese permitido la forma cerrada y la ológrafa, habría sido modificado parcialmente, entre otros, el artículo 688 CC y en consecuencia desaparecerían para Aragón los obstáculos que este precepto representa para admitir la forma ológrafa en esta región.

- c) Restaría por analizar cómo resuelve la Ley que ahora nos ocupa el complejo problema de la revocación, fundamentalmente en relación con las disposiciones correspectivas. Sin embargo, esta cuestión ya ha sido objeto de atención en el epígrafe que versa sobre la revocación en materia testamentaria y la correspectividad propia de las disposiciones mancomunadas. Únicamente recordar lo que al respecto dispone el artículo 22: «El testamento mancomunado sólo podrá ser revocado o modificado en vida de ambos cónyuges y conjuntamente. Sin embargo, en caso de disolución en vida del matrimonio declarada judicialmente, o de separación efectiva de los cónyuges, será válida la revocación unilateral, que habrá de notificarse mediante documento fehaciente al otro cónyuge. La revocación y modificación del testamento habrá de hacerse con las mismas formalidades con que aquel se otorgó».

3. ARGUMENTO TELEOLÓGICO

Los nuevos elementos a valorar son los siguientes: la realidad social ha cambiado; el panorama legislativo en materia matrimonial es sustancialmente distinto; la constitucionalización de la igualdad del hombre y la mujer excluye cualquier teorización sobre posibles riesgos de captación de la voluntad de la mujer por el marido para fundamentar cualesquiera prohibiciones legales; la diversidad de sistemas jurídico-civiles plantea hoy la problemática de la Ley aplicables en matrimonios con vecindad civil distinta tras la derogación de la norma que imponía a la mujer casada la vecindad civil de su marido, es decir, que dada la naturaleza del testamento mancomunado, caracterizado por la intervención de más de un disponente, pueden concurrir leyes sucesorias diferentes, pudiendo una de ellas permitirlo y otra prohibirlo. Todos estos datos y su innegable incidencia sobre la prohibición de testar mancomunadamente demandan un nuevo enfoque interpretativo que superando el anacronismo del artículo 669 CC lo encajen en esa nueva realidad normativa. Si esto es así y si en definitiva el artículo 669 CC tiene otro marco legal, nada parece impedir que la acomodación de esta prohibición legal a los esquemas normativos actuales pase por admitir este tipo de testamento entre cónyuges.

Así las cosas, en efecto, ¿qué apoyatura legal le queda a la prohibición del testamento mancomunado en relación a los cónyuges? A mi juicio, prácticamente ninguna. Antes al contrario, creo que el testamento mancomunado entre cónyuges responde y realiza un principio esencial, en sede matrimonial, como es la unidad de la familia. Dicho esto, introduzco otro de los factores que a mi juicio aconsejan y justifican excluir a los cónyuges de la prohibición legal: el argumento teleológico.

Creo que la protección de la voluntad que se dice garantizar con la prohibición además de limitar las posibilidades de ésta, cercena una vía idónea, quizás incluso yo diría la más adecuada, para disponer y ordenar los bienes comunes y distribuirlos conforme a los intereses de la familia. En otras palabras, se puede decir que esta forma de testar permite a los cónyuges regular sus asuntos, para el caso de muerte, por medio de una disposición común, de acuerdo con la esencia del matrimonio.

No olvidemos en este sentido que uno de los resultados que ofrecían las encuestas antes analizadas era precisamente el dato de que las parejas acuden juntas a testar, una en favor de otra y ambos en favor de los hijos, planteamiento éste que refleja claramente la idea de unidad familiar que preside las relaciones entre ambos. De otro lado, estas mismas encuestas aportan el dato de que este procedimiento testamentario está absolutamente arraigado y ligado con la institución matrimonial. La razón parece evidente.

El régimen económico matrimonial por excelencia es el ganancial; ello significa que las más de las veces el patrimonio más importante, económicamente hablando, es el que los cónyuges ostentan en común, consecuencia de esa comunidad de bienes que origina el régimen legal. Es decir, ocurre con bastante frecuencia que la totalidad o casi totalidad de los bienes existentes en el matrimonio tienen carácter ganancial, por lo menos esto es lo más habitual en los territorios de Derecho común. Esta situación de cotitularidad, que ya plantea problemas irresolubles en vida de sus cotitulares, donde desenvuelve su mayor conflictividad es precisamente con ocasión de la muerte de uno de los cónyuges, ya que abierta la sucesión de éste se plantea la necesidad de liquidar y adjudicar un patrimonio relicto que es básicamente ganancial, creándose situaciones complejas y, sobre todo, antieconómicas. Dicho de otra manera, el régimen de gananciales representa un grave inconveniente a la hora de proceder a la partición del haber hereditario. Y ello sobre todo teniendo en cuenta que si bien con la muerte sobreviene una causa de disolución de la sociedad de gananciales (art. 1.382.1 CC), no le es dable al causante liquidar unilateralmente la sociedad ganancial (172), lo que en la práctica se traduce en un aplazamiento de dicha liquidación real y efectivamente al momento de la muerte del cónyuge supérstite. Es decir, ocurre con frecuencia que los interesados, cónyuge supérstite y herederos del cónyuge premuerto, no lleven a cabo la liquidación y que la fase de interinidad se prolonga durante un largo período de tiempo. Y ante esta situación nos encontramos con un patrimonio colectivo o comunidad de bienes cuya titularidad la ostentan el

(172) En tal sentido se orienta la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en Sentencias como las de 12 de diciembre de 1959, 17 de mayo de 1974 y 3 de marzo de 1980.

cónyuge superviviente y los herederos del premuerto (que se rige por reglas específicas) y que es fuente constante de problemas y conflictos entre los comuneros, entre los que se cifran el de su gestión y administración, el que plantea el régimen jurídico de las adjudicaciones llevadas a cabo durante el período que analizamos, todos los relativos a la disposición de los bienes, etc. (173).

Ante todo este contexto, ¿cuál es la virtualidad práctica del testamento mancomunado?, ¿cuál es la finalidad de este procedimiento testamentario que decimos está al servicio de los intereses matrimoniales? La respuesta nos la ofrece la *praxis*, de la cual es un magnífico ejemplo el resultado de esas encuestas a las que ya me he referido anteriormente: los cónyuges plantean testar los dos conjuntamente para con ello instituirse recíprocamente herederos y al mismo tiempo formado un cúmulo con todos sus bienes, tanto privativos como comunes, disponer de los mismos en favor de sus hijos (174). También lo es la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (175), la cual nos demuestra igualmente que en el recurso a este procedimiento testamentario encuentran los cónyuges una vía para resolver todos esos problemas, ya que con la institución recíproca de herederos se solventan esas situaciones de comunidad tan desventajosas.

(173) Para la sociedad de gananciales en general, y específicamente para la comunidad que sigue a la disolución de la misma, *vid.* RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales*, Madrid, 1992, págs. 416 y sigs.

(174) Este contenido prototípico del testamento mancomunado, que resulta del análisis de esas encuestas —realizadas en época reciente— resulta igualmente de una serie de documentos históricos (de los ss. xn-xm) que recoge ALONSO LAMBAN, *ob. cit.*, págs. 382-385, y de los que resulta que el contenido más ordinario al que históricamente se ajusta esta forma testamentaria es básicamente el siguiente: Legados comunes en beneficio de un tercero y cláusulas en favor de los otorgantes. Este tipo que considera el autor que es el más clásico responde en definitiva a la línea natural de favorecerse los testadores mutuamente. Además de este contenido no faltan también otras modalidades que aunque menos frecuente son igualmente usadas. Resumiendo, podemos reunirlos en los siguientes grupos: a) Legados comunes en beneficio de un tercero y cláusulas individuales en favor de uno de los otorgantes sin reciprocidad por parte del otro. Este contenido suele darse en aquellos testamentos en donde uno de los cónyuges dispone de forma individual pero con el consentimiento del otro, quien se limita a asentir; b) Simples disposiciones comunes en beneficio de tercero, sin ninguna que aproveche a cualquiera de los otorgantes. Es el caso más claro de mancomunidad simple sin intervención de otra nota o característica; c) Disposiciones recíprocas, sin que sea posible inducir la corresponsividad. Los testadores (de ordinario cónyuges) se conceden mutuamente el usufructo universal, disponiendo de modo conjunto de la nuda propiedad de los bienes en favor de los hijos del matrimonio y haciendo algún legado, por lo común de muebles, *pro anima*. De este tipo nos han llegado algunos casos paradigmáticos. Sirva de ejemplo un testamento mancomunado aragonés de 1118 publicado por LACARRA, *DNA*, pág. 344.

(175) Baste el ejemplo de la Sentencia de 29 de enero de 1960, fruto del conflicto que determinó un testamento en el que los cónyuges se instituyeron recíprocamente herederos, y de la Sentencia de 13 de febrero de 1984.

Pero ha sido también la propia doctrina civil (176) la que para salvar las dificultades particionales, sucesorias en general, que acarrea un régimen económico como el de gananciales ha propuesto fórmulas que, como la de la partición hecha conjunta o combinadamente por los dos cónyuges en cuanto a los bienes comunes, con tal que responda a sendos testamentos y se refleje en ellos simultáneamente, nos recuerdan mucho al testamento mancomunado, al menos por sus resultados prácticos. Es más, el propio LACRUZ BERDEJO (177) salva la posible validez de la «partición por el testador» de los bienes comunes mediante acto de los llamados *inter vivos* y conjunto de ambos cónyuges por entender que en tal caso no se da la mancomunidad prohibida por el artículo 669 CC, porque los cónyuges no testan en sentido estricto, y la prohibición ha de interpretarse restrictivamente.

Analícemos, pues, a continuación cuáles son los mecanismos de los que se sirven los Notarios autorizantes para satisfacer los deseos de los testadores plasmados en frases semejantes a esta: «queremos lo del uno para el otro y lo de los dos para los hijos».

Teniendo en cuenta que lo que los cónyuges pretenden con esa voluntad testamentaria tan claramente expresada sería un testamento único otorgado por ambos, con institución recíproca entre los cónyuges y una institución residual o de segundo grado en favor de los hijos o descendientes, el Notario debe comenzar explicando que tratándose de cónyuges sometidos al

(176) Para esta opinión *vid.* DE LOS MOZOS, «La participación de herencia por el propio testador», en *RDN* (1970), núm. 68, págs. 100 y sigs., y DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, cit., págs. 586 y sigs. Propuesta que no comparten autores como DE LA CÁMARA ALVAREZ, «Comentarios al artículo 1.056 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, págs. 2478-2482, para quien la eficacia de las disposiciones testamentarias y de la partición conjunta de los bienes comunes, si bien es incuestionable si la misma se realiza después de morir marido y mujer sin haber revocado su testamento, no lo es tanto en el caso de que muerto uno de ellos se plantee entonces la necesidad de partir. Porque no es lo mismo que ambos cónyuges dispongan en testamentos paralelos de los bienes comunes conjuntamente, a que en tales testamentos hayan practicado —de común acuerdo— la liquidación de la sociedad de gananciales. La mejor solución, en opinión de este autor, es que «los cónyuges por acto entre vivos (que habría que diferenciar de la partición hecha en esta forma a que se refiere el art. 1.056 CC, aunque tampoco se ve inconveniente en que la liquidación de la sociedad de gananciales y las respectivas particiones se hagan en un mismo documento) liquiden los gananciales y hagan las adjudicaciones pertinentes al haber de uno y de otro, con efectos, desde luego, para la muerte de cualquiera de ellos.

(177) *Elementos de Derecho*, cit., pág. 171. Pero incluso, aun bajo el régimen anterior de prohibición de capitulaciones entre cónyuges, constante matrimonio y liquidación de la sociedad de gananciales, habría un sector de la doctrina favorable a la partición conjunta o combinada. Por todo, cabe citar a ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, t. II, Madrid, 1948, pág. 371, y DE DIEGO, *Derecho común español civil y foral*, t. II, Madrid, 1970, pág. 293.

régimen del Código Civil, éste no permite dejar toda la herencia al cónyuge sobreviviente habiendo hijos.

Y es a partir de aquí que los Notarios autorizantes elaboran sendos testamentos en los que se establece un usufructo universal para el viudo (178), la institución de herederos en favor de los hijos y la cautela o la referencia a la opción del artículo 820.3 CC.

Ahora bien, ante las dificultades que ese «usufructo universal» plantea, se han arbitrado en la práctica distintas soluciones:

a) La primera de ellas (primera también en cuanto a su utilización) fue la vía del artículo 820.3 para dar eficacia legal a las disposiciones ordenando el usufructo total a favor del viudo. El citado precepto dispone: «Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador». Entonces, legado el usufructo universal, total, los hijos pueden optar entre acatar la disposición o entregar al viudo legatario el tercio libre.

Ahora bien, un usufructo universal implica un gravamen sobre el tercio de legítima estricta, y el artículo 813 prohíbe al testador imponer gravámenes sobre el mismo. Si a pesar de ellos se establece, el interrogante que se plantea es si éste es uno de los supuestos de los que el artículo 6.3 CC exceptúa de dicha sanción por entender que su validez está prevista en el artículo 813 *in fine* al disponer que «el testador... tampoco podrá imponer sobre ella (la legítima estricta) gravamen...», salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo».

(178) Téngase en cuenta que este sistema no ha arraigado en algunas zonas del territorio español, como La Rioja. Así parece deducirse de la encuesta cuyo análisis aborda VALLET DE GOYTISOLO, *Sucesión testada...*, cit., págs. 465-484, y de la cual se deduce que el camino escogido para satisfacer los deseos de quienes queriendo testar conjuntamente desean instituirse recíprocamente herederos ha sido el de dejar al cónyuge viudo, además de su cuota legal, el tercio íntegro de libre disposición en pleno dominio. Expresándose a veces que se lega el pleno dominio de todo cuanto permitía la Ley vigente al fallecer el testador. Pocas veces se le deja en usufructo, y aun entonces, frecuentemente se le agrega la facultad de disponer en caso de necesidad, dejando al exclusivo juicio del usufructuario la apreciación de que exista tal necesidad. Algunos Notarios indican que excepcionalmente, en casos de muy reiterada insistencia del testador, hacen constar el deseo de que toda la herencia permanezca indivisa mientras viva el consorte del testador y que la disfrute íntegramente, o utilizan algunas de las variedades de la cláusula gualdense; la cual, si se atribuye el tercio libre en pleno dominio, sólo puede jugar sobre el de mejora. Incluso en casos excepcionales se ha hecho constar que, de respetar los hijos el deseo del testador, quedará entonces limitado al usufructo el legado que se hace en pleno dominio del tercio de libre disposición. Una auténtica *cautela sociniana*, pero invertida.

En opinión de MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE (179), la respuesta sería negativa, toda vez que los artículos 813 y 820 tienen como campo de aplicación supuestos distintos. «El artículo 813 —señala dicho autor— prohíbe al testador privar al heredero forzoso de su legítima o imponer gravámenes sobre ella; en cambio, el artículo 820 es, como los que le preceden, desarrollo de lo dispuesto en el 815, según el cual "las disposiciones que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán a petición de éstos en lo que tengan de inoficiosas o excesivas". Lo que se prohíbe en el artículo 813 es la lesión directa, ya sea total ("privando de la legítima") o parcial ("imponiendo gravámenes sobre ella"); mientras que los artículos 815 y 820 se refieren al caso de perjuicio indirecto a la legítima a través de una disposición que, sin ordenar privación o gravamen de la misma, no obstante "mengüe" su valor por resultar "excesiva". La consecuencia es que cuando se produzca el supuesto del 815 (disposición excesiva) se aplicará el 820; pero cuanto se dé el del 813 (privación de la legítima o gravamen sobre ella) el precepto aplicable es el artículo 4 (hoy art. 6.3) con su sanción de nulidad de lo dispuesto *contra legem*».

b) Otro importante sector de Notarios parecen encontrar en el último inciso del artículo 813 el salvoconducto que abre la vía legal para el usufructo total a favor del viudo. Según la interpretación propiciada por SÁENZ DE SANTAMARÍA (180), el artículo citado, tras establecer una regla general, «tampoco podrá (el testador) imponer sobre ella (la legítima) gravamen, ni condición ni sustitución de ninguna especie», deja a salvo una excepción a esta regla, «salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo».

Sin embargo, esta interpretación no cuenta con los favores de muchos de estos profesionales, entre los que se cuenta MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE (181), para quien el supuesto exceptuado en el artículo 813 no puede referirse al usufructo viudal legitimario, toda vez que este usufructo no es ordenado por el testador, sino por la Ley, y por tanto no implica salvedad ni excepción alguna a la regla de que el testador no puede gravar la legítima aun reconocimiento la corrección y hasta cierto punto fundada inteligencia de esta interpretación, entiende este autor que es susceptible de varias objeciones (182) que la convierten en una fórmula de eficacia legal dudosa, recomendando así que se evite su uso frente a otras vías más seguras para lograr el fin perseguido.

(179) *Ob. cit.*; págs. 393-403.

(180) Citado por MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, *ob. cit.*, págs. 400-402.

(181) *Ob. cit.*, págs. 399 y sigs.

(182) De entre estas objeciones está la que se desprende de la interpretación gramatical del precepto. Señala el referido autor que «el párrafo analizado no estaría integrado en realidad por una oración, sino por dos oraciones, aunque subordinadas la una a la otra; el sujeto de la primera oración, que lleva el verbo en futuro (podrá) es

c) De un tiempo a esta parte domina el sistema de las cautelas, cuya validez en nuestro Derecho ha sido defendida fundamentalmente por ROCA SASTRE (183) y FUENMAYOR (184), entre otros. Entiende este último autor que la *cautela sociniana* no es otra cosa que una cláusula testamentaria en virtud de la cual se grava o condiciona de algún modo la legítima, pero dejando al legitimario la facultad de optar entre recibir la legítima con tales limitaciones y, además, lo que a su favor establece el causante en una disposición complementaria, o contentarse con la cuota estricta, perdiendo los beneficios que el testador le atribuye bajo condición.

La *cautela sociniana*, en su forma clásica, por la cual se deja al viudo el usufructo legal y la nuda propiedad a los hijos por partes iguales siempre que respeten tal usufructo, determina, en definitiva, dos vocaciones hereditarias alternativas a favor del mismo legitimario. Por una de ellas se les respeta la legítima estricta, libre de todo gravamen y limitación. Por la otra se ofrece una parte de la herencia de mayor valor que la legítima, pero totalmente sujeta a una carga, que en nuestro caso sería el usufructo otorgado al cónyuge viudo (185).

VALLET DE GOYTISOLO (186) no encuentra muy acertado este sistema porque con él parece imponerse una sanción a los legitimarios que pretenden recibir la legítima libre de gravamen y no parece lícito sancionar lo que

indudablemente el testador; pero la segunda oración tiene su verbo en una forma impersonal (lo dispuesto), que lo mismo puede referirse al sujeto de la primera que a otro cualquiera: ¿lo dispuesto por quién? ¿Por el testador? ¿Por la Ley? Y esta segunda expresión verbal no está ya en futuro, sino que es un participio pasivo que, utilizado así, sin el complemento de un verbo auxiliar para formar el tiempo compuesto, indica la idea de algo ya consumado en el momento que se habla o se escribe (si yo digo «lo hecho», «lo dicho», me refiero a algo que hice o dije antes del momento en que hablo). Entonces, «lo dispuesto» en cuanto al usufructo del viudo, no sería «lo que dispongo» o «lo que haya dispuesto» el testador al hacer testamento, sino lo que ya en 1889, cuando se promulga el Código, está dispuesto. Finalmente, no se deja a salvo «un» usufructo cualquiera que el testador ordene a favor del viudo (total, o sobre un tercio, o sobre cosas determinadas, etc.), sino «al» usufructo del viudo: luego este empleo del artículo determinado revela que el texto legal está pensado en un usufructo concreto y perfectamente identificable en cuanto a su alcance y contenido, cosa que sólo sucede con el usufructo legal. Esto desde el punto de vista gramatical; añadamos, desde el punto de vista sistemático, que el artículo 806 ha dicho que la legítima es la parte de la herencia «de que puede disponer el testador»; pero si deja en usufructo al viudo la de los hijos, entonces ya «dispone» de ella.

(183) *Estudios de Derecho privado*, t. II, Madrid, 1948, págs. 173 y sigs.

(184) *Ob. cit.*, págs. 65 y sigs.

(185) En la práctica este sistema de la cautela ha dado lugar a diversas variantes calificadas por VALLET DE GOYTISOLO, *Sucesión testada a favor del viudo en La Rioja...*, cit., pág. 480, de degeneradas ya que en su redacción en lugar de ofrecer una opción alternativa al heredero forzoso le conminan, en cláusula casi penal, a sufrir el castigo de ver reducidos sus derechos hereditarios a la legítima estricta o a obtener como premio el acrecimiento de las porciones que otros dejasen vacantes por el peso de la pena indicada.

(186) *Estudios de Derecho sucesorio*, vol. III, Madrid, 1981, págs. 418 y sigs.

la Ley ordena: por ello propone sustituir tales fórmulas por las cláusulas de opción, mediante las cuales se autoriza al legitimario para optar entre tolerar el gravamen y recibir cuantitativamente más de lo que por legítima le corresponde o adquirir la legítima libre de aquél, pero perder lo demás que voluntariamente le hubiere dejado el testador.

d) Finalmente analizaremos el mecanismo propuesto por MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE (187), que presenta como una fórmula de eficacia directa e inmediata, frente a los sistemas referidos que carecen de este carácter, toda vez que la eficacia de los mismos depende de los hijos legitimarios y no de lo ordenado por el testador, ya que aquellos tienen derecho a recibir su legítima libre de todo gravamen, y es así como la reciben: lo que pasa es que, una vez adquirida por ellos, pueden constituir un usufructo sobre la misma a favor del viudo o tolerar que éste disfrute de los bienes en concepto de usufructuario. Teniendo en cuenta estas consideraciones, el citado autor propone la siguiente fórmula particularmente de «testamento de uno para otro»; Contiene las siguientes cláusulas: a) En la primera, el testador lega a su cónyuge el usufructo del tercio libre, aparte de su cuota legal, con relevación de inventario y fianza en atención a que esto es todo lo que, en pura legalidad, puede atribuir el testador a su cónyuge: el usufructo sobre la legítima lo dejan los legitimarios si quieren, no el testador, que no puede imponer gravámenes sobre ella; b) en la segunda el testador lega la nuda propiedad del tercio libre y mejora, también en nuda propiedad, en el de este nombre, a aquel o aquellos de sus hijos que permitan al cónyuge sobreviviente el disfrute vitalicio y gratuito de cuanto dichos hijos reciban del disponente por mejora, herencia o legado. De no haber ninguno en tales condiciones, pasará el tercio libre en pleno dominio al cónyuge viudo, sin perjuicio de su cuota legal. Esta forma de disponer, con el mismo efecto práctico que las clásicas cautelas, no impone gravamen sobre la legítima: únicamente implica una mejora y legado sujetos a condición potestativa de los mejorados-legatarios, que deberá ser cumplida por éstos una vez fallecido el testador y enterados éstos, y su validez no ofrece duda alguna, ya que se trata de una mejora y legados ordenados bajo la condición de que el legitimario, una vez adquirida su legítima libre de todo gravamen, consienta o constituya un usufructo sobre ella a favor del viudo, o de quien sea; c) en la tercera, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, instituye herederos a sus hijos por partes iguales.

Esto por lo que se refiere a las prácticas habituales en los territorios de Derecho común. Pero también me parece interesante, a los fines de este análisis teleológico, recoger aquí cuáles son los contenidos que esta

(187) *Ob. cit.*, págs. 401-403.

modalidad testamentaria reviste en zonas donde no rige la prohibición, ya que su análisis comparativo nos demuestra la identidad funcional. Así, por ejemplo, en relación con Navarra recoge SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL (188) las principales disposiciones en los testamentos de hermandad: a) El recíproco con institución común. Esto es, los coórtorgantes, generalmente los cónyuges, se instituyen recíprocamente herederos y a la vez instituyen a sus descendientes, si los tienen, y a cualquier persona que se crea con derecho a la herencia; b) el recíproco con institución común y formas distintas: b') los cónyuges se instituyen herederos recíprocamente y para el caso de conmorienencia instituyen heredero a un tercero (generalmente hijos, si los tienen, a partes iguales); b'') los cónyuges se instituyen herederos recíprocamente otorgando al sobreviviente la facultad de disponer libremente por acto *inter vivos* de los bienes del premuerto y estableciendo que a la muerte del sobreviviente los bienes que resten pasarán a un tercero; b''') los cónyuges se instituyen herederos recíprocamente, con plena disposición *inter vivos* y *mortis causa*, y para el caso de muerte del sobreviviente sin haber dispueso *mortis causa*, designan un heredero o varios herederos para ambas herencias o herederos distintos para los bienes de sus herencias respectivas; c) con institución común. Esto es, los cootorgantes designan como heredero a un tercero; d) mixtas.

Por lo que se refiere a Aragón, ajustándonos a los datos proporcionados por la encuesta llevada a cabo por el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés (189), podemos decir que las disposiciones que usualmente integran el contenido del testamento mancomunado son las siguientes: En primer lugar, habiendo hijos comunes existe casi unanimidad sobre la concesión recíproca de la viudedad universal por los cónyuges, con institución de los hijos como herederos en nuda propiedad. En segundo lugar, habiendo hijos de uno solo de los testadores, sin perjuicio de la concesión del usufructo universal de uno al otro cónyuge, lo normal es que la institución de herederos recaiga sobre los hijos, sin diferenciación de bienes. En tercer lugar, habiendo hijos de cada uno de los testadores, pero de distinto matrimonio, lo más corriente es que cada testador instituya herederos a sus hijos, con reserva del usufructo universal a favor del otro cónyuge. En cuarto lugar, no habiendo descendencia es casi unánime que en este supuesto se instituyan recíprocamente herederos los testadores, bien con la facultad de disponer *inter vivos* o *mortis causa*, bien sólo en vida, con designación de uno o más sustitutos fideicomisarios o de residuo, por lo general a algún pariente por afecto personal. Es fórmula corriente la que cita

(188) *Ob. cit.*, pág. 125.

(189) Archivo del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, 1943.

LORENTE SANZ (190): «ambos testadores se instituyen recíprocamente herederos universales en pleno dominio; al fallecimiento del sobreviviente, en cuanto a los bienes que conservase o no hubiere enajenado, se harán dos partes iguales, una para la herencia del testador y otra para la de la testadora; llamándose a estos sucesores bien por grado, bien por nombres». Y en quinto lugar, habiendo hijos comunes e hijos de uno solo de los cónyuges, lo normal es que se instituyan herederos a todos ellos y en idéntica cuantía, con la reserva del usufructo universal a favor del sobreviviente.

De la exposición realizada resulta evidente que el interés de este expediente testamentario está no tanto en el hecho de que los cónyuges deseen testar conjuntamente, por razones diríamos sentimentales, cuanto en el dato de que por esta vía el matrimonio efectúa la liquidación y partición del haber ganancial con eficacia *mortis causa*, ordenando al mismo tiempo la sucesión en sus bienes, superando así los inconvenientes que el régimen económico legal de bienes lleva aparejado, es decir, impidiendo que surja esa comunidad entre los herederos del premuerto y el cónyuge supérstite tan poco práctica y económica.

Este análisis de la institución que nos ocupa desde esta perspectiva teleológica (o finalista), pero que es al mismo tiempo práctica, nos revela que las ventajas que proporciona la ordenación simultánea y mancomunada de la sucesión *mortis causa* de ambos cónyuges son realmente importantes. En ocasiones, incluso, es prácticamente el único medio de dar adecuada solución a problemas prácticos que, dentro del marco del Código Civil, son realmente insolubles. En este sentido me parece sumamente interesante el reciente testimonio de GARCÍA GRANERO (191), quien cuenta entre tales ventajas la de permitir a ambos cónyuges practicar conjunta y anticipadamente la partición de la herencia respecto de todos sus bienes, los privativos de cada uno y los comunes. Asimismo la posibilidad de formar un solo patrimonio o cúmulo (integrado por los bienes comunes y los privativos de los esposos), con cargo al cual, como masa hereditaria única, podrán ser efectuados legados, atribuciones de bienes concretos y demás disposiciones que permitan una ordenación total y simultánea de las distintas situaciones personales y familiares (continuación de empresas agrícolas, ganaderas, mercantiles o industriales; estudios y carreras pendientes), mediante aplicación o destino de bienes determinados, sean cuales fueren su origen y pertenencia.

(190) *Ob. cit.*, págs. 132 y sigs.

(191) «Comentarios a la Ley 57 de la Compilación navarra», en vol. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), t. XXXVI, vol. 1.º, págs. 219-220.

A las ventajas que esta forma de testar reporta a la institución matrimonial se refiere también BONET RAMÓN (192) al decir que con él se facilita a los cónyuges la posibilidad de disponer de todos los bienes del matrimonio, formando con todos ellos una sola masa y asignado los bienes comunes íntegramente a los herederos como tengan por conveniente los testadores, lo que no sería posible con testamentos individuales.

Y es esta misma consideración al interés familiar y finalidad del matrimonio la que, en mi opinión, explica que en aquellos ordenamientos jurídicos que prohíben el testamento mancomunado se excluya de la prohibición el otorgado por los cónyuges. Tal es el caso del testamento mancomunado regulado en la Ley de 24 de diciembre de 1981, cuyo artículo 22.1 dispone que los cónyuges podrán otorgar testamento abierto mancomunado a fin de ordenar la sucesión en la explotación familiar agraria en su integridad. Aunque de este tema ya nos hemos ocupado anteriormente (193), baste resaltar por ahora lo significativo de la regulación contenida en esta disposición. Nótese que del texto transcrito se desprende claramente que sólo ostentan la testamentifacción activa mancomunada los cónyuges y que la finalidad de este testamento ha de ser exclusivamente la de ordenar la sucesión de la explotación familiar agraria. Por lo tanto, la *ratio* del precepto no es tanto la conservación de una explotación agraria, porque si así fuera no debería existir ningún inconveniente para que puedan utilizar tal instrumento los que no siendo cónyuges son copropietarios de explotaciones agrarias, sean o no familiares, sino su conservación en aras del interés familiar, esto es, de la unidad familiar que los cónyuges constituyen (194).

En esta misma línea de limitar el otorgamiento de testamento mancomunado a personas unidas por vínculo matrimonial se encuentra la Compilación aragonesa, cuyo artículo 94.1 dispone que los cónyuges aragoneses pueden testar de mancomún aun fuera de Aragón (195). Limitación que

(192) *Ob. cit.*, pág. 204.

(193) Ver *infra*, págs. 91 y sigs.

(194) Aunque este es el eje sobre el que gira el resurgimiento en el Derecho común del testamento mancomunado, CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, págs. 1092 y sigs., propone la ampliación de esta fórmula testamentaria a todos aquellos supuestos en los que se considere conveniente, cuando no necesaria, la conservación en forma unida de determinados elementos cuya dispersión acarrearía una gran pérdida de valor económico, sean o no cónyuges los copartícipes de una explotación.

(195) En este sentido ya disponía la Observancia 1.^a, *De testamentis*, que «Íz marido y mujer otorgan testamento, ya hablando, ya disponiendo los dos a la vez, ya haciendo cada uno de por sí legados y demás disposiciones, el sobreviviente puede, en lo que toca a sus bienes, variar sus disposiciones, exceptuándose el caso de que sea uno de ellos quien disponga o teste y el otro no haga sino consentir en lo que aquél dispone, pues entonces no puede alterarlo». También el Apéndice foral promulgado en 1925 limitaba a los cónyuges la posibilidad de otorgar testamento mancomunado, exigiendo

justifica MERINO HERNÁNDEZ (196) de forma coincidente con la ya expresada al decir «que esta forma de testar conjuntamente marido y mujer está reflejando claramente la idea de unidad familiar que preside las relaciones entre ambos».

A este mismo grupo pertenece la reciente Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco (197) al disponer su artículo 49 que «los cónyuges podrán disponer conjuntamente de sus bienes en un sólo instrumento mediante el testamento mancomunado o de hermandad».

En cambio, la Compilación navarra, recogiendo una costumbre en este sentido, extendió la testamentifacción activa a todas las personas al admitir el testamento de hermandad otorgado por dos o más personas sin exigir ningún vínculo de parentesco entre los cootorgantes, pese a que originariamente sólo se admitía entre cónyuges (198). Ello no obstante, la doctrina

su artículo 18 para la eficacia de dicho testamento la subsistencia y normalidad del vínculo matrimonial. Señalaba el artículo 17 que «los cónyuges pueden testar en mancomunado en un mismo acto u otorgamiento, ya lo verifiquen en provecho recíproco, ya en beneficio de terceros, ora expresen juntos las disposiciones, ora lleve uno solo la palabra y el otro se limite a aceptar y consentir las manifestaciones, ora cada testador ordene lo concerniente a sus respectivos bienes».

(196) *Ob. cit.*, pág. 57.

(197) Recoge así lo que es una tradición histórica, ya que de la regulación del testamento mancomunado contenida en el Fuero de Vizcaya, en su Ley 1.^a, del título XXI parece deducirse, en opinión común de la doctrina, que el Fuero estableció esta forma de testamento solamente para que pudiera ser utilizada por los cónyuges y no por personas que no estén precisamente en esta especial relación de parentesco. (*Del testamento que Marido y Muger hacen juntos y en qué casos el que queda vivo lo puede revocar*, dice así: *Otrosí, Dixerón: Que havían de Fuero, y establecían por Ley, que si el Marido en su fin, o enfermedad, o sanidad, y su Muger, hicieren Testamento, y mandas de un acuerdo y consejo; o el Testamento que hiciere el uno el otro lo loare, y aprobare por bueno, o ratificare en vida del Testador que muere; que el tal Testamento, o manda y institución, e instituciones, en el tal Testamento, contenidas, valgan, y sean valederas; y que si el uno de ellos falleciere desde el tiempo del tal Testamento, dentro de año, y día; el que de ellos quedare vivo, no lo pueda revocar, ni vender ni enagenar bienes algunos de los contenidos en el tal Testamento, o manda, ni disponer de ellos otra cosa alguna de lo contenido en el tal Testamento; ni por deudas que, después haga el tal que vivo queda, se vendan ni executen: Con que pueda disponer del usufructo de su meytad, sin daño de la propiedad, todo el tiempo que viviere a su voluntad: Pero si ambos llegaren a vivir desde Año, y día, cada uno de ellos lo puede revocar, y disponer otra cualquier última, y postrimera voluntad*). Sobre el particular vid. ÁNGULO LAGUNA, *Derecho privado de Vizcaya*, Madrid, 1903, págs. 199 y sigs., y JADO Y VENTADES, *Derecho civil de Vizcaya. Comentarios a las leyes del Fuero de Vizcaya*, Bilbao, 1900, págs. 302 y sigs.

(198) La regla más antigua y fundamental del testamento mancomunado navarro que se halla contenida en el capítulo 4.º, título 4.º, libro II, del Fuero General recoge esta limitación al disponer: «*Et si marido et muger fazen destín en uno et enuara cerran desfazer el destín; maguera biviendo ambos, si les semeiare que bien non sea fecho el destín, bien pueden enmendar o ameiorar otra vez; que a todo fidalgo vale el postremero destín*». Idéntica limitación se desprende de la Ley 41 de las Cortes de

está de acuerdo en afirmar que el otorgamiento del testamento de hermandad fuera del matrimonio es prácticamente inexistente. Es más, para SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL (199) el testamento de hermandad es «una de las manifestaciones más interesantes y arraigadas del espíritu de unidad y armonía que reina en las familias navarras».

Fuera de España, el Código Civil alemán dispone de forma lapidaria en el artículo 2.265 que un testamento mancomunado sólo puede ser otorgado por cónyuges (200). Justifica la Exposición de Motivos esta limitación al decir que es muy conforme con el sentido jurídico alemán y muy propio del carácter del matrimonio el que exista completa inteligencia y conformidad entre los esposos, no sólo para todas las relaciones en vida, sino aun para las que hayan de tener después de muerto uno de ellos o ambos.

Junto a toda esta normativa, debemos valorar igualmente la praxis cotidiana que supone el hecho de que los que acuden a testar mancomunadamente, fuera incluso de los territorios forales donde se admite esta fórmula testamentaria, sean cónyuges.

En consecuencia, si tomamos el artículo 669 CC y lo interpretamos a la luz de la realidad actual, del nuevo marco legal que conforma su contexto normativo y a los fines y espíritu del matrimonio, difícilmente podamos encontrar hoy justificación a la prohibición de que los cónyuges testen mancomunadamente, como no sea en el rigorismo de un precepto legal absolutamente anacrónico. En este sentido, no debemos olvidar aquí que el entronque del testamento mancomunado con la institución matrimonial está en la base misma de su existencia, toda vez que los testamentos mancomunados se remontan a una costumbre del derecho de la última Edad Media en virtud de la cual se producía la recíproca adjudicación del patrimonio entre los cónyuges en caso de muerte.

Desde esta perspectiva los partidarios del testamento mancomunado lo presentan como la expresión de la armonía y confianza entre los cónyuges. Así, MERINO HERNÁNDEZ (201) ha dicho que «esta forma de testar conjun-

Navarra de 1766 que en relación con la revocabilidad del testamento determina que «cualquiera de los cónyuges...» Después fue extendiéndose la costumbre de que esta forma de testar fuese usada por otras personas, y así se consignó en el pedimento de Ley que formularon las Cortes de Navarra en el año 1766, el cual revela ya que en ese tiempo, por costumbre podían testar en mancomún personas no cónyuges ya que en ella piden los tres estados «que de aquí adelante el testamento de hermandad de marido y mujer, o de cualesquiera otras personas».

(199) Para esta opinión baste, por todo, SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL, *ob. cit.*, pág. 194.

(200) Del mismo modo, el ABGB austríaco y el ALR prusiano sólo admitieron el testamento mancomunado entre cónyuges. Cfr. al respecto KIPP, *ob. cit.*, pág. 350.

(201) *Ob. cit.*, pág. 57. Esta identificación entre testamento mancomunado e institución matrimonial ha llevado a TEIXEIRA GRACIANETA, *ob. cit.*, pág. 19, a designar a esta modalidad testamentaria «testamento de cónyuges».

tamente marido y mujer está reflejando claramente la idea de unidad familiar que preside las relaciones entre ambos. Y que ello es así se puede comprobar en la práctica. Aquellos matrimonios desunidos difícilmente se reunirán para testar conjuntamente. Lo normal será que lo hagan por separado o, simplemente, que no testen». Dicho de otra manera, la unidad y coincidencia de voluntades que caracteriza el testamento mancomunado enraiza con la propia institución que le sirve de soporte: el matrimonio, como expresión más caracterizada en la sociedad de todos los tiempos, de la unión estable de dos vidas humanas para la consecución de unos mismos objetivos y de la que nacen indefectiblemente una serie de intereses —personales, económicos, familiares y sociales— comunes (202).

Este mismo punto de vista parece compartirse por quienes, contrarios a esta forma de testar, excepcionan el supuesto del testamento mancomunado entre cónyuges (203).

En parecidos términos se expresa para el Derecho alemán KIPP (204), para quien el testamento mancomunado persigue, entre otros fines, el de permitir que los cónyuges regulen sus asuntos por medio de una disposición común de acuerdo con la esencia del matrimonio. Es más, de la propia Exposición de Motivos resulta que la admisión del testamento mancomunado en el Código Civil alemán se funda en que es muy conforme con el sentido jurídico alemán y muy propio del carácter del matrimonio el que exista completa inteligencia y conformidad entre los esposos, no sólo para todas las relaciones en vida, sino aun para las que han de tener lugar después de muerto uno de ellos o ambos.

Al decir de CASTIELLA RODRÍGUEZ (205), «esta profunda trabazón entre organización de la familia y derecho sucesorio se concretaren lo que se refiere al testamento de hermandad entre cónyuges, en la consideración de que la verdadera esencia de éste radica en la entraña de la comunidad de vida de los testadores. Esa identidad de proyecto de vida es la que trae como consecuencia la existencia de herederos o legatarios comunes y, más aún, la total donación al otro que se traduce, antes que la disposición en favor de los herederos o legatarios comunes, en la institución recíproca entre los testadores. Ni que decir tiene que estas consideraciones valen fundamental y casi diría exclusivamente para los cónyuges. Pero es que

(202) Señala SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL, *ob. cit.*, pág. 187, en relación con el testamento de hermandad en Navarra que es una de las manifestaciones más interesantes del espíritu y armonía que reina en las familias navarras.

(203) Así JORDANO BAREA, «El testamento», *RDN* (julio-diciembre 1962), núms. XXXVII-XXXVIII, pág. 96, entiende que la prohibición del testamento mancomunado tiene poca justificación tratándose de cónyuges.

(204) *Ob. cit.*, pág. 351.

(205) *Ob. cit.*, pág. 44.

estadísticamente representan más del 90 por 100 de los cotestadores mancomunados en Navarra, el 100 por 100 en Aragón por imperativo legal y, asimilados a ellos, ese altísimo porcentaje de testadores de Derecho común que, a falta del genuino testamento en mancomún, tienen que conformarse con los testamentos separados en números correlativos, esto es, con el sucedáneo de lo que ellos quisieran, que es trasladar a la disposición *mortis causa* la solidaridad recíproca de su vida matrimonial» (206).

Concluyendo, podemos afirmar que desde el punto de vista de su finalidad, el testamento mancomunado entre cónyuges es una institución que, dada su naturaleza y su virtualidad práctica, se revela como una figura más evolucionada y que se adapta mejor a las necesidades del matrimonio, de la familia en general, que el testamento unipersonal.

4. ORÍGENES DE LA FIGURA. TRADICIÓN HISTÓRICA

Sabido es que hasta aquí todos mis esfuerzos se han centrado en fundamentar —justificar— una interpretación ciertamente correctora y limitadora de una prohibición legal cuya inobservancia lleva aparejada la «pena máxima»: la sanción de nulidad. Para ello, han sido varios los recursos utilizados, desde el que resulta de acomodar ese precepto legal a la realidad social actual, hasta el que, como veremos, desde el ángulo jurisprudencial permite cuestionar la verdadera identidad de una institución cuyos perfiles resultan tan difíciles de precisar. A todo este panorama es necesario incorporar además la valoración que nos proporciona una perspectiva histórica, ya que desde este ángulo resulta corroborada una vez más la ligazón natural entre el testamento mancomunado y la institución matrimonial. Remontarnos aquí a los antecedentes u orígenes de esa forma de testar no es sino dar un paso adelante en ese camino que nos conduce a reducir el alcance de una prohibición y admitir un procedimiento testamentario acorde con la realidad social, el contexto normativo, su finalidad práctica y en definitiva con su origen más inmediato.

Desde el punto de vista del Derecho histórico español (207)—que es en definitiva el que aquí nos interesa—, hay un destacado sector de la doctrina (208) que explica el nacimiento de esta forma de testar como una

(206) Esta misma idea la expresa IBÁÑEZ CEREZO, *ob. cit.*, págs. 256-261, al declarar «que la esencia del testamento mancomunado es la mutualidad, es decir, el hecho de que los testadores tengan uno o varios herederos o legatarios comunes».

(207) Esta referencia al Derecho histórico, aunque hay que entenderla referida fundamentalmente al Derecho aragonés y al Derecho navarro, no obstante, en buena medida, refleja también la práctica consuetudinaria habitual en territorios donde hoy rige el Código Civil.

(208) Así MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios a los artículos...*, cit., págs. 48-49; ALONSO LAMBAN, *ob. cit.*, págs. 354-360, y TEIXEIRA GRACIANETA, *ob. cit.*, págs. 187 y sigs.

consecuencia de la extensión al Derecho hereditario de la costumbre de concurrir juntos, fundamentalmente los cónyuges, a donaciones *mortis causa*. Dicho de otra manera, el hecho de testar los cónyuges mancomunadamente deriva del gradual desarrollo de la disposición *mortis causa* en la época de la Reconquista, que, muy limitada en un principio y reducida a las donaciones *post obitum* (209), sólo poco a poco se van convirtiendo en los siglos xi y xii en verdaderos testamentos. En efecto, para LACRUZ BERDEJO (210), de esta costumbre de otorgar conjuntamente las donaciones queda la de concurrir ambos cónyuges a los testamentos.

Lo dicho no significa, sin embargo, que el testamento surja de la donación *mortis causa* en sus diversas variedades de *post obitum*, *reservato usufructo*, *si voluero*, etc.; aquél tiene una realidad cronológica muy anterior. Lo que acontece, sin embargo, es que estas modalidades vienen a llenar y a paliar durante largo tiempo su ausencia, lo cual se explica si tenemos en cuenta que tales negocios producen efectos económicos análogos a los del testamento y en buena parte lo sustituyen en la práctica. En este sentido explica SAMPER POLO (211) que las *donatio post obitum* y donaciones *reservato usufructo* son disposiciones *mortis causa* que actúan en forma de pactos sucesorios, en una época en que, en Derecho vulgar, propiedad, posesión y usufructo tienen unos límites nada claros (212). Así

(209) Para el estudio de esta institución *vid.* RUBIO, «Donaciones post obitum y donaciones reservato usufructo en la Alta Media de León y Castilla», en *AHDE* (1932), págs. 4-22, quien nos enseña cómo en la Edad Media surgió una institución paralela a la *donatio mortis causa* romana, pero forjada en el yunque germánico. Estas donaciones para después de la muerte, así como las donaciones con reserva de usufructo, explica este autor, tuvieron una importancia extraordinaria para la organización social y económica medieval. Aunque consciente de las dificultades de definir qué sea la donación *post obitum*, DE ARVIZU Y GALARRAGA, *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media*, Pamplona, 1977, pág. 164, se refiere a la misma como una disposición de bienes a título generalmente gratuito, cuyos efectos se difieren a la muerte del donatario, siendo segura la supervivencia del donatario y con carácter de irrevocabilidad. Por lo que se refiere a las donaciones *reservato usufructu*, dice este autor que se presentan como un negocio jurídico condicionado en el que la cosa o cosas objeto de la donación pasan de la propiedad y posesión del donante a la propiedad y posesión del donatario.

(210) «El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón», en *ADA* (1946), pág. 106.

(211) «La disposición *mortis causa* en el Derecho Romano vulgar», en *AHDE*, t. XXXVIII (1968), págs. 131 y sigs. En general, sobre este tema *vid.* DE ARVIZU Y GALARRAGA, *ob. cit.*, y MEREA, «Sobre la revocabilidad das doações por morte. Notas complementarias. II: Doações post obitum e doações reservato usufructu», en *Estudios de Direito Medieval*, I (1952), págs. 195 y sigs.

(212) Sobre la identificación que se produce entre el testamento y las donaciones revocables nos habla SAMPER POLO, «La disposición *mortis causa* en el Derecho Romano vulgar», en *AHDE*, t. XXXVIII (1968), págs. 87 y sigs., para quien el acercamiento gradual que ya en la época clásica se había producido entre ambas instituciones condujo

tenemos que, si bien nada puede hacer confundir la naturaleza jurídica de estas instituciones, es evidente que en la nueva construcción del testamento que resurge tras una mayor o menor laguna medieval había de notarse la influencia de lo que antes fue su sucedáneo. El testamento mancomunado puede ser el paradigma de lo dicho.

Lo cierto es que las donaciones puras *inter vivos* y conjuntas de cónyuges en la Alta Edad Media son frecuentísimas (213), mucho más que aquellas en donde sólo uno de los esposos dispone por separado. Fenómeno éste de concurrencia que, en opinión de ALONSO LAMBAN (214), provenía fundamentalmente del hecho de disponer sobre bienes en copropiedad, derivada de diversos casos de indivisión. Junto a las donaciones *post obitum* aparecen también la *reservato usufructo*. Es más, en ocasiones la divergencia de fórmulas empleadas hace difícil calificar el negocio dentro

a su confusión, ya con toda claridad en el Código de Eurico. Por otra parte, señala dicho autor que esta asimilación entre el testamento y las donaciones *mortis causa* resulta de la imposibilidad de mantener, en la economía de los medios jurídicos, formas complejas si se pueden obtener los mismos resultados con medios más sencillos. Desde el mismo momento en que una donación revocable cumpliera iguales fines que un testamento, el medio más formal, el que había significado un mayor esfuerzo de creación, estaba destinado a desaparecer. En el mismo sentido MARÍN PADILLA, *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992, págs. 65 y sigs.

(213) De su frecuencia e incidencia en este período histórico nos da buena cuenta ALONSO LAMBAN, *ob. cit.*, págs. 358 y sigs., que recoge un importante número de documentos en los que aparece tanto donaciones *post obitum* como *reservato usufructo*. Estos documentos muestran casos sencillos de donaciones de cónyuges para después de la muerte, en donde a la fórmula de disposición conjunta se une con evidencia la determinación de ser *post nostros dies* el momento en el cual el negocio quedará perfecto y el donatario por cumplimiento de la condición consolidará lo hasta entonces sólo expectativa. Otras veces se trata de donaciones *post obitum* en donde además de las características anteriores se observan otras especialidades, como señalar por término la vida de los hijos, sin duda, para salvar sus prerrogativas. Pero más frecuentes y diversificadas en cuanto a su forma son las donaciones conjuntas de cónyuges *reservato usufructo*, en las que los donantes actúan de presente; no se trata de una promesa de entregar, sino de un negocio actual con efectos inmediatos traslativos del dominio. Junto a esta transmisión actual del derecho de propiedad los donantes se reservan el usufructo por medio de una cláusula que reviste distintas fórmulas. Señalando, por lo general, que a seguida, que muertos ambos donantes o bien uno de ellos, el donatario consolidará su derecho de manera plena cuando la donación es otorgada de modo directo al beneficiario definitivo. Tratándose de donaciones conjuntas de esposos, en algún documento se manifiesta que el supérstite tendrá viudedad en los bienes donados, no consolidándose, por tanto, el derecho expectante del donatario hasta después de muertos ambos cónyuges. En el mismo sentido DE ARVIZU Y GALARRAGA, *ob. cit.*, págs. 298 y sigs., recoge una serie de documentos que contienen abundantísimos ejemplos de disposiciones *mortis causa* efectuadas mancomunadamente por los cónyuges. Por su parte, MARTÍNEZ GIJÓN, «El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca», *AHDE* (1959), págs. 45-152, explica la existencia de estos documentos en los Fueros de la familia de Cuenca como una consecuencia del régimen de unidad de bienes.

(214) *Ob. cit.*, pág. 357.

de un tipo puro. En cualquier caso, la situación del donante cuando se reservó el usufructo no tenía una realidad muy distinta de la del donante *post obitum* (215).

Excede en mucho del objetivo de este trabajo llevar a cabo un estudio pormenorizado exhaustivo de la evolución histórica de la institución que nos ocupa. Por ello baste con lo dicho para observar cómo la propia génesis de la figura avala la tesis, ya defendida con otros argumentos, de que debe considerarse excluida de la prohibición, a pesar de los términos tan rotundos contenidos en el texto del artículo 669, el testamento mancomunado entre cónyuges, pues además de todos los fundamentos que para ello pueden encontrarse en el Código Civil, este breve apunte histórico no viene sino a corroborar que su reconocimiento viene a identificar esta institución con su esencia última y más primaria.

5. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A todas las consideraciones hasta aquí realizadas se une además un elemento de cuya valoración no podemos prescindir, como es la propia doctrina de nuestro Tribunal Supremo, cuya aportación en este tema está, en mi opinión, en la línea que venimos refiriendo, esto es, la de suavizar la interpretación de una prohibición formulada en términos tan tajantes de modo que queden excluidos de la misma hipótesis que caen dentro de su estricta literalidad. De no ser así no cabría explicar sentencias tales como la de 13 de febrero de 1984, en las que aun partiendo el Juzgador de una concepción que favorece la ampliación de los supuestos comprendidos en la prohibición al decir que «el testamento mancomunado prohibido por el artículo 669 del Código Civil es aquel que contiene en un solo acto o instrumento las declaraciones de última voluntad de dos personas, y caracterizado, por tanto, por su unidad instrumental, no por su contenido», sin embargo, y en aras de orillar la prohibición, salva la validez de un testamento que en aplicación de la concepción antes dicha tendría tacha de invalidez. Por otra parte, a mi entender, en el supuesto de esta sentencia, esta tesis que hace descansar la mancomunidad del testamento en su unidad instrumental nos conduce a un resultado distinto del ampliamente expresado en su concepción de la figura; concretamente se convierte en un expediente con el que se consigue atenuar el rigor de esta prohibición el de marginar de la prohibición el otorgamiento que se haga de sendas declaraciones de voluntad *mortis causa* siempre que entre las mismas medie un espacio temporal. Es más, creo que la citada

(215) Esta identidad de efectos económicos de la *donatio reservato usufructo* y la *donatio post obitum* es compartida por VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre donaciones...*, cit., pág. 47.

sentencia no es sino el reflejo del favor con el que en la actualidad cuenta esta fórmula testamentaria dentro de nuestro Tribunal Supremo.

Paso, pues, a estudiar esta importante sentencia, pero no sin antes confrontarla con aquella otra de 29 de enero de 1960, ya que además de la coincidencia entre los supuestos de hecho de ambas hay un dato muy revelador que, a mi juicio, pone de relieve la superación de una tendencia jurisprudencial contraria a esta forma de testar en favor de una doctrina en la que, partiendo de una interpretación más suave, menos rigurosa, si se quiere, de los términos de la prohibición se ha llegado a excluir de la misma supuestos difícilmente excluibles en su literalidad. En los supuestos de ambas sentencias nos encontramos con una declaración testamentaria que si bien está realizada por un solo cónyuge, expresa y recoge la voluntad de su consorte, ya sea por estar suscrito por éste el documento al haber estampado su huella dactilar (STS de 29 de enero de 1960), ya sea porque las disposiciones, aunque realizadas de puño y letra y firmadas por el testador, se expresan en plural y aparecen aceptadas por su cónyuge (STS de 13 de febrero de 1984).

La Sentencia de 29 de enero de 1960 (216), se ocupó del siguiente caso. Un testador redactó de su puño y letra una disposición testamentaria común a los bienes suyos y a los de su esposa, firmándola él y estampando ella su huella dactilar por no saber firmar. La sentencia de la Audiencia había estimado que el documento privado era válido como testamento ológrafo del marido y que sólo debía descartarse como nulo cuanto en el mismo se refería a la situación de la esposa. El recurso de casación prosperó y a través de sus considerandos declaró la sentencia del Alto Tribunal que no se trataba de un supuesto de conversión del negocio jurídico, sino que lo que se trataba era de un testamento mancomunado en el que las respectivas declaraciones de voluntad se ligan de tal suerte que lo querido por uno de los otorgantes se halla supeditado a lo ordenado y querido por otro (217).

(216) Ver *Repertorio jurisprudencia civil*, t. LXXXV, págs. 266 y sigs.

(217) El Tribunal Supremo afirmó en el segundo Considerando de la sentencia que se trataba de un testamento mancomunado «en su modalidad de mutuo con unidad de acto y documento, en el que las respectivas declaraciones se ligan de tal suerte que lo querido y dispuesto por uno de los otorgantes se halla supeditado a lo ordenado y querido por el otro, constituyendo esta concordancia en el propósito la entraña del negocio jurídico, que no permite disociar la intención de las partes, ni conceder virtualidad a una sola de ellas, por ser causa de cada una la de la recíproca... (llamando especialmente la atención sobre el error de la sentencia recurrida) al estimar que no puede atribuírsele carácter de documento mancomunado, no obstante la conjunción y propósito de testar de ambos cónyuges porque (decía dicha sentencia recurrida) la Ley prohíbe los de esta naturaleza, cuando precisamente esta prohibición es la que prevé la posibilidad de su existencia, que al producirse, dicha terminante e insoslayable prohibición determina su nulidad radical, así como la imposibilidad de que una disposición de esta índole pueda convertirse fragmentariamente y por sólo valorarse defectos formales, haciendo caso omiso de las esenciales, en negocio jurídico válido y eficaz...»

De forma análoga, en el supuesto resuelto por la Sentencia de 13 de febrero de 1984 aparece únicamente una voluntad testamentaria declarada, la del testador, si bien éste, haciéndose eco de la voluntad de su consorte manifiesta la conformidad de su cónyuge, el cual estampa su firma en el documento. Téngase en cuenta además que en este supuesto, como igualmente en el anteriormente referido, los cónyuges deciden formar un cúmulo con los bienes de ambos y proceder así a la división de los mismos. Sin embargo, en este caso, y pese a la identidad existente con el referido anteriormente, el Tribunal Supremo niega su calificación de mancomunado basándose únicamente en el dato, ciertamente irrelevante, de que la conformidad y aceptación del cónyuge del testador se realizó en un acto o diligencia independiente, aunque a continuación del testamento, siendo ello así que, según declaración de este Tribunal, la unilateral declaración de voluntad del testador no por ello puede perder su carácter de unilateral e individual. Pero aun considerando la relevancia de esta disonancia cronológica o falta de coincidencia temporal para excluir la mancomunidad, resulta por lo menos sorprendente que, por un lado, se prohíba tajantemente (art. 669 CC) el testamento en el que concurren dos declaraciones de voluntad *monis causa* emitidas en el mismo acto, y por otro, se admita sin ningún género de dudas la validez de dos testamentos separados (por espacios temporales insignificantes) en los que los respectivos otorgantes se instituyen recíprocamente herederos o adoptan disposiciones a favor del otro con dicho carácter. Tal antagonismo, defendido a ultranza por los detractores del testamento mancomunado (218), es cuanto menos insostenible e injustificable, sobre todo si tenemos en cuenta que la disposición legal que prohíbe tal modalidad testamentaria no se limita a prohibir —como en principio parece que hubiese bastado— que dos o más personas testen mancomunadamente, sino que va más allá y añade la locución «ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero». Locución que tiene, a mi juicio, el significado de especificar el contenido típico de este procedimiento testamentario, porque de otro modo no se entiende que se haga tal especificación, ya que estando vedada la posibilidad de testar dos o más en un mismo documento, resultan prohibidas todas sus variantes.

De lo dicho resulta, pues, que lo absurdo de la prohibición formulada en los términos antes dichos se revela más patente desde el momento en que, como ya indicábamos, no se cuestione la validez de dos testamentos separados de contenido idéntico y se sanciona con la nulidad el instrumento que contengan las voluntades testamentarias de dos personas, aunque una y otra tengan diverso contenido. Lo absurdo de esta dicotomía, pero al mismo

(218) Cfr., entre otros, a PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. 2º, Barcelona, 1977, pág. 170.

tiempo la admisión injustificada de la misma por la práctica totalidad de la doctrina (219), nos debería llevar necesariamente a concluir que el alcance de la prohibición es meramente formal, esto es, el legislador de 1889, al prohibir el testamento mancomunado, estaba exclusivamente vedando la posibilidad de que en un mismo instrumento se regulara la sucesión de varias personas. Afirmación ésta de todo punto insostenible, ya que el propio tenor literal del precepto, haciéndose por lo demás eco de las razones profundas de la prohibición, nos revela que el legislador no se quedó en el plano meramente formal, sino que se cuestionó el contenido socialmente tipificado de este procedimiento testamentario. Es decir, habida cuenta de las razones esgrimidas para fundamentar la prohibición, parece obvio que el testamento mancomunado no se caracteriza fundamentalmente por contener la manifestación de la última voluntad de dos personas distintas en un solo documento, erigiéndose así esta circunstancia en un mero accidente de forma, sino que va más allá. De no ser así caería por su propio peso el tan denostado y repetido inconveniente de la revocabilidad y la consiguiente deslealtad a la buena fe de la reciprocidad. Recordemos una vez más que uno de los principales precursores (220) de la prohibición expresaba así los argumentos para fundamentar la prohibición: «Lo mejor es prohibir una forma de testamento incompatible con la buena fe (si es que se tolera la revocación de un testador, desconociéndolo o habiendo muerto el otro, que testó él como testó porque lo hizo como lo hizo el luego revocante) o con la naturaleza de los testamentos (si es que no se permite la revocación), y que, por otra parte, daba lugar a sugerencias y violencias».

Pero es que además, en el supuesto de esta sentencia (STS de 13 de febrero de 1984) no es que dos personas testen separadamente en actos distintos, sino que unas disposiciones testamentarias comunes a ambos testadores son realizadas por uno solo de ellos, con la única salvedad de que la firma de dicho documento no se practica al unísono por ambos cónyuges sino en momentos diversos: ¿Permite ello excluir la unicidad de instrumento, presupuesto de la mancomunidad? A mi juicio no, y no sólo en este caso por las particulares circunstancias concurrentes, sino porque del análisis hasta aquí realizado de los antecedentes de la prohibición no creo que la unicidad de instrumentó o unión física sea el argumento decisivo en pro de la mancomunidad, a que atendió nuestro legislador de 1889. Es más, COCA PAYERAS (221), comentando la sentencia que nos ocupa, aunque aplaude la

(219) Por todos, ALBALADEJO, *ob. cit.*, pág. 104, y PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, págs. 171-172.

(220) GARCÍA GOYENA, *ob. cit.*, pág. 301. En parecidos términos GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, pág. 172.

(221) *Ob. cit.*, págs. 1355-1364.

solución del Tribunal, difiere en la argumentación fundamentadora de la misma, toda vez que para él es la falta de varias declaraciones de voluntad lo que excluye la mancomunidad en el caso de esta litis más que la falta de unicidad instrumental.

En cualquier caso, entiendo que de cuanto antecede se desprende lo artificioso de esta argumentación jurisprudencial, que en el fondo sólo se justifica en una interpretación atenuadora y restrictiva de una prohibición bastante alejada de la realidad y sobre todo ajena a una finalidad digna de tutela jurídica.

Por lo demás, la valoración que puede extraerse del análisis de estas sentencias no es otra que el de que esta forma testamentaria, además de ser el mejor vehículo para resolver los problemas y atender a las necesidades del matrimonio, cuenta en la actualidad con el favor de nuestra jurisprudencia. Buena muestra de ello es el hecho de que, en definitiva, se arbitran expedientes para excluir de la calificación de mancomunado un testamento que de no contar con estos favores difícilmente pudiera tildarse de otra manera, ya que lo evidente es que en el supuesto de la Sentencia de 13 de febrero de 1984 el testador emite una declaración testamentaria mediante la cual dispone de los bienes tanto privativos como comunes del matrimonio, por lo tanto con disposiciones referentes a los patrimonios de los otorgantes, que es asumida y suscrita por su consorte. Es decir, estamos en este caso ante un testamento con el contenido y la finalidad típica de un testamento mancomunado, en el que no obstante la firma del otro cootorgante se practica en un momento temporal distinto, aunque en el mismo instrumento.

Lo artificioso y forzado de la explicación esgrimida por este Tribunal, en aras de salvar de la sanción de nulidad al referido testamento, contrasta con la opinión de un sector de la doctrina (222), para quien el presupuesto de la pluralidad de declaraciones de voluntad que debe darse para que el testamento caiga dentro de la prohibición legal concurre desde el momento en que, aunque emitida una sola declaración de voluntad, ésta aparezca asumida o suscrita por varios. Pero es que además este mismo planteamiento es el que utiliza el Juzgador para tachar de mancomunado el testamento objeto del litigio en la Sentencia de 29 de enero de 1960, ya que como veíamos en el mismo sólo concurría la voluntad testamentaria del testador, si bien las disposiciones testamentarias estaban suscritas por su consorte.

(222) Al respecto cfr. ALBALADEJO, *ob. cit.*, pág. 104, para quien el testamento mancomunado puede ser concebido en alguna manera como una sola declaración testamentaria asumida o suscrita por varios.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

En las páginas introductorias de este trabajo me había propuesto básicamente un estudio del testamento mancomunado con el objeto de ofrecer una perspectiva de esta modalidad de disposición *mortis causa* ajustada a su sentido y significación actual. Para ello habría de partir necesariamente de la prohibición contenida en el artículo 669 del CC y más específicamente del conocimiento de las razones, tanto legales como doctrinales, justificativas de la misma; sólo así era posible explicar la opción legislativa por la que se decantó nuestro legislador de 1889. Y en ese estadio de la investigación ya pudimos despejar algunas de las incógnitas que rodean a esta figura. Una, muy importante es la que explica cómo una modalidad testamentaria de tanta raigambre en nuestro Derecho histórico, o si se quiere, mejor, en la cultura de los pueblos de nuestra geografía, pudo recibir el trato legislativo de prohibición rotunda, sancionada con la pena civil de nulidad. La explicación no es otra, en mi opinión, que la decisiva influencia que el proceso codificador francés ejerció, creando un ambiente absolutamente desfavorable contra esta forma de testar. En este sentido son muy significativas las palabras de GUTIÉRREZ (223), el cual desconociendo toda una tradición histórica y la acomodación de esta institución a los intereses familiares, declaró la pertinencia de la prohibición de un testamento «sin origen conocido en la historia y sin motivo razonable en la ciencia». Hasta tal punto se dejaron notar las influencias galas, que los autores contemporáneos a la Codificación española, y directores inspiradores de la actual regulación, se limitaron a trasladar a España los argumentos que en su momento se esgrimieron en el país vecino para sancionar la prohibición. Recordemos que las razones que se explicitaron para fundamentarla fueron —siguiendo el parecer mayoritario de la doctrina (francesa)— que el testamento mancomunado daba lugar a sugerencias y violencias, en la medida que favorecía la captación de la voluntad de un cónyuge (generalmente la mujer) por el otro. Además al ser el testamento mancomunado obra de dos o más voluntades tomaría el carácter de contractual, con lo que dejaría de ser revocable.

Argumentos, por lo demás, que en mi opinión, además de carecer de base suficiente para erradicar una costumbre que ha contado siempre con el favor de las gentes, en su caso hubieran podido servir mejor para justificar la prohibición de otro tipo de modalidades testamentarias, que aun contando con los favores de nuestro legislador, responden mejor a los perjuicios que se imputan al testamento mancomunado; me estoy refiriendo al testamento ológrafo. Lo que parece evidente pues es que con la prohibición de testar

(223) *Ob. cit.*, pág. 164.

mancomunadamente aconteció lo mismo que con otras instituciones jurídicas incorporadas al CC, cuya justificación última sólo se explica como la consecuencia de la asunción acrítica por el legislador español de planteamientos foráneos difícilmente transportables a nuestro ordenamiento jurídico. La incuestionable tradición jurídica similar de estos dos ordenamientos no justificaba, en este caso, la identidad de soluciones jurídicas.

Evidenciada la debilidad de los argumentos fundamentadores de la prohibición, el paso siguiente que debíamos dar es la reinterpretación del precepto prohibitivo. Para ello hay que atender fundamentalmente al elemento de la realidad social, el contexto normativo, la finalidad de la institución y los orígenes de la figura.

Atemperar o acomodar la interpretación del precepto que nos ocupa a la realidad social actual nos lleva a introducir un elemento limitador del alcance de la prohibición, si no queremos que los cauces de la hermenéutica discurran a espaldas de la realidad. En efecto, si consideramos el tantas veces denunciado arraigo social de la institución, para cuya constancia nos servimos, no de la apreciación subjetiva, sino de los datos objetivos que nos ofrecen los profesionales que en nuestro país autorizan la mayoría de las disposiciones de última voluntad, y lo ponemos en contacto con el criterio de interpretación sociológica, el resultado no es otro que una suavización del alcance de la prohibición en el sentido de excluir de su ámbito el testamento mancomunado entre cónyuges. Además, este factor sociológico, como criterio exegético, es si se quiere aún más relevante en este tema, ya que nos demuestra que esta prohibición nada tiene que ver con las distintas coordenadas que integran aquél elemento (ideológicas, morales y económicas). En efecto, la prohibición de testar mancomunadamente es una prohibición alejada y contraria a los fines de la institución matrimonial, es una prohibición limitadora de la libertad civil o principio de la autonomía privada, piedra medular del ordenamiento jurídico civil y es en definitiva una prohibición que veda una de las manifestaciones de la libertad de testar cuya virtualidad funcional es precisamente el ofrecer un mejor cauce a los intereses económicos y sucesorios, en general, de la unidad familiar.

Desde otro punto de vista no debemos olvidar que, al carácter de institución conocida y vivida que tiene el testamento mancomunado en la praxis diaria, se une la circunstancia, ciertamente relevante, de la nueva posición que la mujer ha pasado a ocupar en la sociedad. Y digo esto porque el carácter captatorio de la voluntad, que se predicaba de este procedimiento testamentario se alimentaba mucho de una cultura en la que la mujer estaba sometida a una serie de restricciones en su libertad civil, presentadas muchas veces como mecanismos tuitivos de su «incapacidad». La realidad sociológica actual es bien distinta, por lo que si ya antes carecía de sostén la presentación de esta institución como una fórmula particularizada de

evitación de riesgos en la formación libre y espontánea de la voluntad, hoy este es un argumento si cabe aún más insostenible.

Hablaba de nueva realidad social, pero es que a este nuevo panorama hay que sumar el trascendental cambio normativo que se ha operado en una materia cuya incidencia en la figura que nos ocupa es ciertamente relevante. El resultado, entre otros, de estas reformas legales es la desaparición del CC de toda una serie de prohibiciones de contratación entre cónyuges cuya sustentación respondía a similares razones que las que justifican la prohibición de testar mancomunadamente (las sugerencias o posibles captaciones de la voluntad de un cónyuge por el otro). Considerando este cambio sustancial del contexto normativo que rodeaba el precepto legal prohibitivo lo que nos queda, en mi opinión, es una prohibición descontextualizada, aislada. Frente a la norma de libertad que instaura el artículo 1.323 del CC, ¿cómo justificar hoy una prohibición decimonónica, alejada de la realidad social y sin aparente justificación en el actual contexto normativo?

Más aún si cabe, si tenemos en cuenta que frente a las pretensiones de generalidad y de exclusión total de la institución a que aspiraba el artículo 733 del CC nos encontramos con un mapa jurídico donde la forma de testar mancomunadamente está expresamente admitida en la Compilación aragonesa y en la navarra y más recientemente en la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, recogiendo una ancestral costumbre, y regulación en este sentido.

Pero estos cambios normativos han sido muchos. Otro fundamental, por lo que tiene que ver con esta figura, ha sido la reciente incorporación a nuestro ordenamiento jurídico civil del testamento mancomunado en relación con las explotaciones agrarias familiares y los jóvenes agricultores (Ley de 24 de diciembre de 1981). No deja de ser significativo que, frente a una prohibición tan rotunda, cuya literalidad nos lleva de la mano al campo de las de orden público, se haya admitido una forma de testar tan contestada en otras épocas históricas.

En el conjunto de todo este nuevo contexto normativo, ¿qué alcance tiene hoy la prohibición? Para mí no es otro que aquel que resulta de despojar a esta figura de todos sus prejuicios y presentarla en su verdadero sentido y esencia última. Lo cual es tanto como admitir esta forma de disposición *morús causa*, como un medio más evolucionado que el testamento unipersonal, del que se pueden valer los cónyuges para satisfacer sus más íntimas aspiraciones, ya que la verdadera esencia de esta modalidad testamentaria no está en que varias personas puedan testar conjuntamente sino en el contenido que esta forma exterioriza.

ELVIRA AFONSO RODRÍGUEZ
Doctora en Derecho
Profesora Asociada de Derecho Civil
Universidad de La Laguna

BIBLIOGRAFÍA

- AIZPÚN TUERO: «El pacto sucesorio en Derecho civil navarro», en *ADA* (1945).
- ALBALADEJO: «Comentarios al artículo 669 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), t. IX, vol. 1-A, Madrid, 1990.
- ALONSO LAMBÁN: «Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón», en *RDN* (julio-diciembre 1955).
- ÁNGULO LAGUNA: *Derecho privado de Vizcaya*, Madrid, 1903.
- ARBUES AISA: *El testamento mancomunado*, en Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1994.
- AZPEITIA ESTEBAN: *El proyecto de Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón. Comentarios y problemas*, Madrid, 1924.
- BARRACHINA y PASTOR: *Derecho foral español*, t. III, Castellón, 1912.
- BINDER: *Derecho de sucesiones*, ed. esp., trad. de LACRUZ BERDEJO, Barcelona, 1953.
- BIONDI: *Trattato di Diritto Romano. Successione testamentaria. Donazione*, Milano, 1943.
- BLANQUER UBEROS: «El estatuto formal (art. 11 CC)», en *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*, t. I, vol. 2.º, Jaén, 1977.
- BONEL y SÁNCHEZ: *Código Civil*, t. III, Barcelona, 1890.
- BONET RAMÓN: *Compendio de Derecho civil*, t. IV, Madrid, 1960.
- BROCA: *Instituciones de Derecho catalán*, Barcelona, 1886.
- BUIGUES OLIVER: «Notas para un estudio histórico-crítico de los contratos entre cónyuges», en *RGD*, núm. 555 (1990).
- CABANILLAS SÁNCHEZ: «La contratación entre cónyuges», en *ADC* (1985).
- CALVO CARAVACA: «La sucesión hereditaria en el Derecho Internacional Privado», en *RGD*, núm. 502-503 (1986).
- CARRILLO SÁLCEDO: «La Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias. Nota sobre el proyecto de Convenio adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, novena sesión, 1960, en *REDI* (1961).
- CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, t. VI, vol. 1.º, Madrid, 1992.
- CASTIELLA RODRÍGUEZ: «El testamento mancomunado, institución exportable al Código Civil», en *Rev. Jur. de Navarra* (enero-junio 1993), núm. 15.
- CERVERA GARCÍA: «La sucesión hereditaria en el Derecho Internacional Privado español», en *RGD* (1986), núm. 502-503.
- Cicu: *Testamento*, 2.ª ed., Milán, 1969.
- COCA PAYERAS: «Comentario a la STS de 13 de febrero de 1984», en *CCJC* (enero-marzo 1984), núm. 4.
- COELLO GALLARDO: *Sucesiones, comentarios a los artículos del Código Civil con la jurisprudencia aplicable y formularios prácticos*, Madrid, 1952.
- COLÍN y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, 2.ª ed. trad. francesa por DE BUEN, t. VIII, Madrid, 1957.
- CORBELLA: *Manual de Derecho catalán*, Reus, 1906.
- CRISTÓBAL MONTES: «Ideas generales sobre la sucesión contractual aragonesa», en *RDP*, t. LXII (1978).

- CUADRADO IGLESIAS: «El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981», en *RDP* (diciembre 1983).
- CHOLIZ JUNCO y LACRUZ MANTECÓN: «Revocación, modificación e ineficacia del testamento mancomunado», en *Estudios de Derecho sucesorio*, Zaragoza, 1986.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ: «Comentarios al artículo 1.458 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984.
- DE ARVIZU Y GALARRAGA: *La disposición «mortis causa» en el Derecho español en la Alta Edad Media*, Pamplona, 1977.
- DE BUEN: *Derecho civil común y foral*, t. II, Madrid, 1970.
- DE LA CÁMARA ALVAREZ: «Comentario al artículo 1.056 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991.
- DE LOS MOZOS: «Comentario al artículo 1.323 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), t. XVIII-1, Jaén, 1978.
- «La partición de herencia por el propio testador», en *RDN* (1970), núm. 68, págs. 100 y sigs.
- DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoléon*, t. XXI, París, 1868.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 5.^a ed., Madrid, 1990.
- DÍEZ-PICAZO: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, Madrid, 1984.
- DOMAT: *Lois civiles*, lib. III, tít. 1.º, sec. V.
- ESPÍN CÁNOVAS: «Comentario al artículo 669 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- FALCÓN: *Exposición doctrinal del Derecho civil español y foral*, t. II, Salamanca, 1878.
- FUENMAYOR: «Intangibilidad de la legítima», en *ADC*, I (enero-marzo 1948).
- GARCÍA ATANCE: *Revocación del testamento mancomunado*, Segunda Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1943.
- GARCÍA CANTERO: «Comentarios al artículo 85 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), t. II, Jaén, 1992.
- GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974.
- GARCÍA GRANERO: «Comentario a la Ley 57 de la Compilación navarra», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), t. XXXVI, vol. 1.º.
- GARCÍA VICENTE: «El testamento mancomunado», en *Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1994.
- GONZÁLEZ CAMPOS: *Derecho Internacional Privado*, 5.^a ed., revisada, Madrid, 1993.
- GRENIER: *Des donations, des testaments*, 4.^a ed., t. II, París, 1846.
- GUTIÉRREZ: *Códigos o estudios fundamentales del Derecho civil español*, t. III, Madrid, 1863.
- HERRERO GARCÍA: *Contratos onerosos entre cónyuges*, Salamanca, 1976.

- IBÁÑEZ CERESO: «El testamento mancomunado», Segunda Semana de Derecho Civil Aragonés, Jaca, 1943.
- YSABAL Y BADA: «Cuestiones de Derecho foral aragonés», en *RDP* (1994), págs. 273 y sigs.
- *Exposición o comentario del cuerpo legal denominado «Fueros y Observancias del Reino de Aragón»*, Zaragoza, 1926.
- JADO Y VENTADES: *Derecho civil de Vizcaya. Comentarios a las leyes del Fuero de Vizcaya*, Bilbao, 1900.
- JORDANO BAREA: «El testamento», en *RDN*, núms. XXXVII-XXXVIII (julio-diciembre 1962).
- JOSSERAND: *Derecho civil*, ed. esp., t. III, vol. III, Buenos Aires, 1951.
- KIPP: *Derecho de sucesiones*, I, t. V, trad. 11, revisión alemana adaptada por ROCA SASTRE, Barcelona, 1976.
- GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, II, 14.ª ed., Madrid, 1886.
- LACARRA MENDILUCE: *Derecho civil navarro*, t. II, Pamplona, 1932.
- LACRUZ BERDEJO y otros: *Elementos de Derecho civil*, t. V, 5.ª ed., Barcelona, 1993.
- y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de familia*, I. *El matrimonio y su economía*, t. IV, vol. 1.º, Barcelona, 1963.
- «Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge y viudedad universal», en *ADA* (1963-1964), t. XII, págs. 349 y sigs.
- «Jurisprudencia comentada. Un dictamen y dos sentencias», en *RDIR* (1969), págs. 1623 y sigs.
- «El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón», en *ADA* (1946), págs. 106 y sigs.
- LAGARDE: «La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», en *Revue Critique de Droit International Prive* (1988), núm. 2.
- LASALA LLANAS: *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Madrid, 1933.
- LAURENT: *Principes de Droit civil français*, tomos I y XII, 4.ª ed., París, 1887.
- LEWARD: *Questions du Droit International des successions*, Recueil des Cours de L'Academie de Droit International, t. IV (1925).
- LÓPEZ R. GÓMEZ: *Derecho de sucesiones*, 3.ª ed., Madrid, 1916.
- LORENTE SANZ: «El testamento mancomunado», en Primera Semana de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1942.
- M. DE ÁNGULO: «Comentario al artículo 9.8 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo título preliminar del Código Civil y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Madrid, 1977.
- MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, t. V, 7.ª ed., Madrid, 1972.
- MARÍN LÓPEZ: *Derecho Internacional Privado*. Parte especial, II, 6.ª ed., Granada, 1990.
- MARÍN PADILLA, *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE: «Comentario a la STS de 8 de mayo de 1986», en *CCJC* (abril-agosto 1986), núm. 11, págs. 3622 y sigs.
- MARTÍNEZ GHÓN: «El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del fuero de Cuenca», en *AHDE* (1959), págs. 45 y sigs.

- MARTÍNEZ GIRALT: *Notas a POLACCO, Sucesiones*, ed. esp., t. I, La Habana, 1931.
- MAZEAUD: *Lecciones de Derecho civil*, parte IV, vol. 2.º, Buenos Aires, 1965.
- MENÉNDEZ VALDÉS-GOLPE: «Más noticias sobre usos notariales», en *RDN* (abril-junio 1969), núm. LXIV.
- MEREA: «Sobra a revogabilidade das doações por morte. Notas complementaris, II: Doações post obitum e doações reservato usufruto», en *Estudios de Direito Hispánico Medieval*, I (1952), págs. 195 y sigs.
- MERINO HERNÁNDEZ: «Revocación *post mortem* del testamento mancomunado aragonés y de hermandad navarro», en *RCDI*, I (1974).
- «Comentarios a los artículos 89-118 de la Compilación aragonesa», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), t. XXXIV, vol. 1.º, Madrid, 1987.
- MIAJA DE LA MUELA: *Derecho Internacional Privado*, II, Madrid, 1987.
- Mucius SCAEVOLA: *Código Civil*. Comentado, concordado y revisado por MORENO MOCHOLI, t. XII, 2.ª ed., Madrid, 1950.
- NAGORE YARNOZ: «Del testamento mancomunado y su especialidad en el Derecho privado foral de Navarra», en *ADA* (1968-1971), págs. 237 y sigs.
- ORTIZ DE LA TORRE: «Comentarios al artículo 733 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir.: ALBALADEJO), t. IX, vol. 2.º, Madrid, 1983.
- PALA MEDIANO: «El testamento mancomunado aragonés», en *ADA* (1946).
- PELLA Y FORGAS: *Código Civil de Cataluña*, t. III, Barcelona, 1918.
- PÉREZ VERA: «Un caso reciente de Derecho Internacional Privado: la sucesión de un argentino en España. Nota sobre la STS de 27 de mayo de 1968», en *REDI*, vol. XII (1969).
- *Derecho Internacional Privado*, 4.ª ed., Madrid, 1992.
- PINTOS: «De la revocabilidad del testamento mancomunado», en *RCDI*, I (1974).
- PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. 2.º, Barcelona, 1977.
- PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho civil español*, t. IV, vol. 2.º, Madrid, 1966.
- RAMS ALBESA: *La sociedad de gananciales*, Madrid, 1992.
- ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, t. II, Madrid, 1948.
- ROYO MARTÍNEZ: *Derecho de sucesiones*, Sevilla, 1951.
- RUBIO: «Donaciones post obitum y donaciones reservato usufructo en la Alta Edad Media de León y Castilla», en *AHDE* (1932).
- SAMPER POLO: «La disposición *mortis causa* en el Derecho romano vulgar», en *AHDE*, t. XXXVIII (1968).
- SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, t. VI, vol. 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1910.
- SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL: «El testamento navarro de hermandad: su arraigo en las costumbres y su régimen en el Fuero», en *ADA* (1945).
- SANTOS DE OTTO: *Derecho foral*, Barcelona, 1945.
- SIMÓ SANTONJA y LÓBER BURCKHARD: «Herencias de extranjeros en España. Un estudio de Derecho Internacional Privado orientado fundamentalmente a los problemas que plantea la sucesión de alemanes en España», en *RDN* (enero-marzo 1977), núm. XCV.

SIMÓ SANTONJA: *Derecho sucesorio comparado*, Madrid, 1968.

— «Normas de Derecho civil internacional privado sobre donaciones y sucesiones», en *Estudios sobre el título preliminar del Código Civil*, t. I, vol. 2.º, Jaén, 1977.

TEIXEIRA GRACIANETA: «El testamento mancomunado aragonés», en *ADA* (1963-1964).

TRAVIESAS: «El testamento», en *RDP*, t. XXII (1955).

VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, t. V, Parte especial, 4.ª ed., Valladolid, 1939.