

I.-Jurisprudencia comentada

Un dictamen y dos sentencias

POR JOSÉ LUIS-LACRUZ BERDEJO.

Hace años, y a petición del letrado de una de las partes, redacté el informe que sigue. No era oportuno publicarlo entonces en alguna Revista, por hallarse el asunto *sub iudice*, en primera instancia. Más tarde, se me encomendó la defensa de la sentencia de la Audiencia en casación. Publico ahora mi dictamen y las sentencias de segunda instancia y casación: aquél, tal como lo redacté en su momento (y se incorporó al pleito); éstas, sin crítica, que no me parece procedente al haber intervenido, como abogado, en la última etapa de la fase litigiosa. No puedo omitir con todo, dos observaciones elementales, por vía de nota, sobre extremos, a los que no alcanza el dictamen y que por ser de Derecho aragonés, podrían más fácilmente escapar a la atención del lector.

DICTAMEN

PRIMERA CUESTIÓN: INTERPRETACIÓN DE LA VOLUNTAD DE DOÑA AMELIA: A) *Planteamiento*. B) *Las normas sobre interpretación de testamentos*. C) *Verdadera voluntad de doña Amelia*. a) Datos externos. b) El testamento de don Mariano. c) La firma de los cónyuges. d) El testamento de doña Amelia. a') Interpretación literal. b') Incertidumbre de la voluntad testamentaria. c') Interpretación lógica y sistemática. e) Peligros del testamento ológrafo. D) *La sustitución fideicomisaria*.—SEGUNDA CUESTIÓN: VALIDEZ DEL TESTAMENTO «PER RELATIONEM»: A) *Doctrina comparada*. a) Autores franceses. b) Autores italianos. c) Autores alemanes. B) *Inadmisibilidad del testamento per relationem en el Derecho español*. a) Personalidad del testamento. b) Inexcusabilidad de las formalidades testamentarias. c) Argumento derivado del artículo 672 del Código civil. d) Las exigencias formales del testamento ológrafo.—TERCERA CUESTIÓN: ¿TESTAMENTO OLÓGRAFO MANCOMUNADO?: A) *La cuestión en el Derecho alemán*. B) *Posibilidad del testamento ológrafo mancomunado en el Derecho aragonés*. C) *La mancomunidad, en el caso en litigio*.

Hechos

Con letra de don Mariano G. R., y firmado asimismo por su esposa doña Amelia G. B., aparece un documento escrito en un solo folio, del tenor siguiente:

«Yo, Mariano G. R., por el presente documento, expreso mi deseo y última voluntad, de que llegado el fin de mi vida terrena y aunque tal final se produjera por accidente fuera del término de la ciudad de Jaca, sean inhumados mis restos mortales en el cementario de dicha ciudad y en los nichos al efecto adquiridos y destinados. Asimismo deseo la celebración de funerales de primera clase y como sufragios se digan Misas Gregorianas por mi alma en las Parroquias de la Santa Iglesia Parroquial, digo Catedral y Santo Domingo; y en las Iglesias del Carmen y de los P. P. Escolapios, todas ellas de la ciudad de Jaca. De cuantos bienes terrenales, muebles e inmuebles poseyere a mi muerte instituyo heredera universal a mi amada esposa doña Amelia G. B. Si ésta me premuriese—o bien, yo no dispusiere, entre tanto, otra cosa—nombro herederas (igualmente de todos mis bienes muebles e inmuebles) a mis hermanas doña Presentación G. R. y doña Elvira G. R., en tanto se mantengan y permanezcan su actual estado civil de viuda la primera y soltera la segunda. En caso de tomar nuevo estado, ambas o cualquiera de las dos, vendrán entonces obligadas a distribuir la mitad de la parte de herencia que pudiera haberles correspondido a partes iguales, entre mis dos hermanos varones, o sus legítimos herederos, don Martín y don José. No obstante lo dispuesto anteriormente, impongo a mis dos citadas hermanas doña Presentación y doña Elvira las siguientes obligaciones de indeclinable cumplimiento. Primera.—Entregar el 10 por 100 de la herencia líquida percibida, entiéndase, neta, a mis dos hermanos don Martín y don José—o a sus legítimos herederos—a partes iguales entre dichos dos hermanos. Segunda.—Entregar a título de donación gratuita a don Diogeniano B. F. la cantidad de cuatrocientas (400) acciones liberadas de la Sociedad «Eléctricas Reunidas de Zaragoza». Tercera.—Es también mi decidida voluntad y deseo se lleve a consumar la separación de propiedad de la casa número 18 de la calle Mayor, hoy de propiedad indivisa de mi esposa doña Amelia y de su prima doña Beatriz G. L.—y que tal separación o división, se efectúe conforme a nuestro derecho y deseo en el sentido de que, se estime y se cumpla tal deseo y derecho, adjudicando a mi esposa doña Amelia G. B.—y en su defecto a sus herederos—la parte izquierda, hoy así denominada y considerada, del edificio que, en sus bajos comienza con el local y dependencias del establecimiento de farmacia de mi propiedad y titularidad; siguiendo sobre el mismo la existencia de cuatro pisos-vivienda superpuestos: entresuelo, primero, segundo y tercero, respectivamente, que, como antes digo, tienen la denominación y consideración legal actual de «izquierdas». En el llamado «entresuelo izquierda», de ellos, nació mi esposa, vivieron sus padres desde finales del pasado siglo y hemos habitado siempre el matrimonio a que se contraen todas las estipulaciones de este testamento. Cuarta.—Dado y supuesto que tal división quede efectuada y concluida como queda expuesto, dispongo sea formalizada la donación gratuita a don Diogeniano B. F. del piso-habitación «segundo izquierda» del referido inmueble de la calle Mayor, 18, del que ya es inquilino titular siendo de su cuenta los gastos propios de la transmisión de propiedad. Esta donación alcanza también y en iguales condiciones a sus hijos en caso de que,

don Diogeniano llegase a fallecer antes que yo. Quinta.—Instituyo una beca por la suma de cien mil pesetas—para vocaciones sacerdotales—a favor del Seminario Diocesano de Jaca en nombre e intención del matrimonio de don Mariano G. R. y doña Amelia G. B., rogando oraciones por sus almas. Sexta. Hago otra donación de cien mil pesetas a entregar en dinero de curso legal español—a favor del Asilo de Ancianos Desamparados establecido en Jaca—, igualmente, en nombre e intención del matrimonio antes dicho. Séptima.—Ordeno a mis más directos herederos nombrados en este testamento, la entrega—a título modesto recuerdo de sus tíos Mariano y Amelia—de cinco mil pesetas en papel moneda a los sobrinos que a continuación se relacionan y vivan en el momento de cumplir los mandatos del presente testamento: Angelines, Manolo, Pilarín y Luis B. V.; Angel y Gonzalo B. Y.; Fuencisla, Pilarín, Emilita, Guillermito y Mariloli B. G. Así también se entregarán otras cinco mil pesetas a nuestra prima Petra G. A., como regalo de boda. Octava. Constitúyase fondo por la suma de diez mil pesetas en la Parroquia de la Santa Iglesia Catedral de San Pedro Apóstol, de Jaca, para con el producto, de intereses anuales de dicho capital, subvenir al pago de los estipendios corrientes y normales establecidos en cada momento y épocas en la Diócesis para Misas mensuales, en sufragio de las almas del matrimonio formado por don Mariano G. R. y doña Amelia G. B., así como también de las de sus respectivos padres y hermanos, quedando en libertad dicha Parroquia para alterar o reducir la periodicidad de las Misas en razón del valor de los estipendios en cada momento. Encomiendo a don Diogeniano B. F. y ruego al Reverendo don Benigno C. (Párroco de la Santa Iglesia Catedral de Jaca), mi Director espiritual; la labor de ayudar y actuar en mi nombre en la tramitación de estas disposiciones, sin omitir ejercer cuantas actuaciones sean o fueran necesarias hasta llegar a liquidar, a favor de mis herederos, el saldo pendiente del crédito que en su día facilitamos en préstamo con interés a nuestra prima doña Beatriz G. L. y de cuyo hecho, ambos son conocedores. Por cuanto manifiesto al comienzo de este documento, bien se entiende que es mi primordial deseo, morir—conforme también he vivido—en el Seno de nuestra Madre, digo Santa Madre Iglesia Católica Apostólica Romana, por lo que hago especialísima mención de ello, rogando a herederos, familiares y amigos expresamente citados, se cuiden de cumplir todos estos mis deseos de tipo espiritual aun antes que los materiales. Y para que así se cumpla y surta los deseados efectos, firmo, en unión de mi esposa, este testamento, a las veinte horas del día dieciséis de marzo de mil novecientos sesenta y dos. M. G.—Rubricado. Amelia G. Rubricado.»

A continuación, en la misma hoja de papel con letra de doña Amelia G. B., aparece escrito:

«Yo, Amelia G. B., profesando la Religión Católica Apostólica Romana que ha sido cauce y guía por donde desde mi nacimiento ha discurrido mi vida, formulo en estos momentos esta profesión de fe en nuestra Santa Madre Iglesia y pido perdón a Dios por cuanto haya podido ofenderle. Es mi última voluntad el dejar heredero de todos mis bienes muebles e inmuebles a mi querido esposo don Mariano G. R. y doy mi conformidad plena y total de cuantas estipulaciones se consignan en el testamento que de su puño y letra ha escrito a mi presencia en este mismo pliego de papel. Caso de sobrevivirme le encomiendo disponga iguales sufragios para mí, que para él desea y describe. Igualmente confío a mi esposo y herederos directos la entrega de las modestas

joyas que fueron uso de mi querida madre (q. e. p. d.) a la Hermandad de Santa Orosia, según reiterado deseo que ella me manifestó en vida. Para que así se cumpla, firmo este testamento, en Jaca, a las veinte horas del día dieciséis de marzo de mil novecientos sesenta y dos. Amelia G. M. G. Rubricados.»

El día 7 de junio de 1963 fallecían ambos esposos en accidente de automóvil, el dictamen ha de suponer que simultáneamente.

El documento reseñado fue protocolizado como testamento ológrafo.

El régimen económico del matrimonio era el legal en Aragón de comunidad de bienes y ganancias. No había capitulaciones.

No consta que el marido aportase bienes algunos al matrimonio. La mujer aportó bienes cuantiosos, y entre ellos la casa a que hace referencia el testamento (una mitad indivisa), así como acciones de Eléctricas Reunidas de Zaragoza, o Sociedades que se fusionaron con dicha entidad, otros valores, joyas, etc. Las aportaciones fueron realizadas, unas en el momento inicial, y otras constante matrimonio, al fallecimiento de su madre.

Se pregunta:

1.º ¿Puede interpretarse que la voluntad de doña Amelia en su testamento es la de instituir herederos a los hermanos de don Mariano G., en la misma forma, gradación y condiciones que él lo hace?

2.º Supuesto que fuera así, ¿es válida tal forma de disposición a causa de muerte?

3.º ¿Puede considerarse el documento en cuestión como un testamento ológrafo mancomunado válido?

PRIMERA CUESTIÓN: INTERPRETACIÓN DE LA VOLUNTAD DE DOÑA AMELIA

A) *Planteamiento de la cuestión.*

Nótese que se trata de una cuestión previa, pues si se interpreta que doña Amelia no instituyó herederos a los designados por don Mariano, el resto de la argumentación resulta innecesario.

El punto a discutir aquí es si cuando doña Amelia dice «doy conformidad plena y total 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» (se refiere a su esposo don Mariano G.), hay que interpretar que nombra herederos suyos a las hermanas G. R., y luego a los hermanos, etc., en la misma forma en que lo hace el marido, o no.

Este interrogante plantea dos distintos problemas, que estudio sucesivamente:

a) Si las normas sobre interpretación de testamento permiten extender la investigación hasta integrar, en el testamento interpretado, un testamento ajeno.

b) Si caso afirmativo, doña Amelia nombró realmente herederos en su testamento a los sustitutos vulgares designados por don Mariano para él mismo.

B) *Las normas sobre interpretación de testamentos.*

En la interpretación de esa declaración testamentaria hemos de tener en cuenta, primeramente, el artículo 665 del Código civil, según el cual «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda, se observará lo que parezca más conforme a la voluntad del testador, según el tenor del mismo testamento».

De la regla de interpretación subjetiva del testamento proclamada por este precepto, es aplicación y a la vez aclaración el artículo 773, que mantiene la institución de heredero, no obstante el error cometido en el nombre, apellido o cualidades del mismo, cuando de otra manera pueda saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada. Lo importante, pues, es que pueda conocerse la exacta traducción en ideas, según la mente del testador, de las palabras empleadas en el testamento, y aun cuando tales símbolos verbales no correspondan, en absoluto, con cualquier significación ordinaria, mientras tengan una equivalencia ideológica subjetiva cognoscible. Si el testador nombró heredero a Juan pensando en Pedro aunque la palabra *Juan*, objetivamente, no sirve para designar a Pedro, el intérprete, en el caso particular puede realizar esa conversión si se demuestra, sin lugar a duda, que tal era el pensamiento del difunto.

Más la aplicación de las reglas de hermanéutica tiene un límite en las reglas de forma, que exigen, para la efectividad de la voluntad *mortis causa*, que ésta se contenga en los moldes del testamento (o, en su caso, del contrato sucesorio). Eso mismo pretende indicar el final del artículo 675-1.º, cuando se remite, en la duda, a la intención del testador, *pero según el tenor del propio testamento*. KRETZSCHMAR exige que la voluntad «haya encontrado en el documento una expresión reconocible desde el punto de vista del propio testador».

Se concilian, así, la indudable preponderancia que en los negocios jurídicos por causa de muerte ha de concederse a la voluntad del otorgante; aunque se halle expresada de modo deficiente, con la regulación formalista de los actos de última voluntad en el Código civil, a virtud de la cual una voluntad no expresada en el testamento o contraria a lo manifestado en él no puede tener relieve si no se declara en la forma requerida por el Ordenamiento jurídico. La interpretación no puede sustituir la voluntad declarada del causante por otra no declarada en absoluto, aunque más real, y si sólo averiguar el verdadero alcance de esa «voluntad declarada», integrándola, e incluso contrariando su tenor literal.

Con esto tenemos delimitado el *campo* en que puede operar la actividad interpretativa, problema distinto de *los medios* de que puede valerse el intérprete.

Es en esta materia de elementos interpretativos donde si con los que suministra el propio testamento no puede desarrollarse su sentido cabe recurrir a otros extraños a él (los llamados «medios extrínsecos de prueba»). Más por razón del carácter de acto formal o solemne que tiene el testamento, es preciso que el sentido averiguado y desenvuelto merced a tales elementos tenga una expresión, cuando menos incompleta, en sus cláusulas, y pueda así la declaración formal ser considerada por sí sola como expresión del contenido de la voluntad del testador (S. 8 julio 1940).

La posibilidad de la *prueba extrínseca* ha dado lugar a cierta polémica, en la cual, acaso, el desacuerdo es más aparente que real. Pues quienes ex-

chuyen, en la interpretación del testamento, la posibilidad de aducir elementos extraños a él (DE DIEGO; en parte OSORIO MORALES), únicamente pretenden impedir que se acepte como última voluntad la que no se halla declarada en el instrumento: restringen propiamente *el campo*, pero no *los medios*. En cuanto a éstos, nadie duda de la posibilidad de explicar exactamente las expresiones testamentarias con ayuda de los actos del testador anteriores, coetáneos y posteriores al otorgamiento del testamento (cfr. art. 1.282 del Código civil), e incluso de recurrir al uso del país (art. 1.287) para aclarar el sentido de las expresiones ambiguas usadas por el testador (no, desde luego, para suplir omisiones en las cláusulas testamentarias). Es en este sentido, como la jurisprudencia acepta, para averiguar el contenido de las disposiciones a causa de muerte, el recurso a circunstancias externas al testamento (por ejemplo, SS. 6 diciembre 1952 y 6 noviembre 1962: sobre todo, 8 julio 1940), «todas las circunstancias del caso, para dar a las palabras el sentido que sea más conforme a la situación, ideas y hábitos del testador» (R. 3 junio 1942).

JORDANO explica muy bien esta doble faceta de la cuestión. «El carácter formal del testamento—dice—no impide el recurso a los llamados medios de prueba *extrínsecos*, sino que provoca la irrelevancia en sede interpretativa de una voluntad totalmente inexpressada o inconciliable con la declaración testamentaria». «El artículo 675—añade—circunscribe el objeto (voluntad declarada), pero no los materiales (intrínsecos o extrínsecos) de la interpretación testamentaria, como además se desprende del artículo 773, que no pone ninguna restricción en cuanto a los medios utilizables para indagar la voluntad real del declarante». O sea, que, como dice el propio autor, «a consecuencia del carácter formal (art. 687) y personalísimo (art. 670) de la declaración testamentaria, está vedado al intérprete adicionar o completar el contenido del testamento. El Juzgado debe considerar como insanablemente nulas, por ejemplo, las disposiciones en que el testador deje en blanco el nombre de la persona contemplada o el objeto de la atribución siempre que la laguna no pueda ser colmada a través de otros pasajes del testamento, por más convincente que sea la prueba extrínseca relativa a la persona o al objeto tenidos en vista por el declarante. Con gran acierto ha dicho el Tribunal Supremo, que no es lícito al sentenciador bajo pretexto de función interpretadora o integrativa, forjar la intención [del testador] y construir el acto jurídico con elementos ajenos a la declaración (S. 8 julio 1940)».

Tras estas consideraciones, queda claro que la materia objeto de nuestra interpretación son unas palabras que se refieren a otro testamento, pero en las cuales no se encuentra directamente mención de quiénes sean los herederos nombrados. No nos hallamos aún en la hipótesis de que haya aquí una designación de heredero, con unos nombres equivocados, sino con la ausencia de nombres, sustituidos (en tal hipótesis) por una simple referencia. No parece que, entonces, la mención de los herederos en el testamento de don Mariano sea un simple medio extrínseco de prueba en la discriminación del sentido del testamento de su esposa, de modo que no cabría, a título de interpretación, incluir una designación testamentaria que no se ha hecho realmente en el testamento, y que, por tanto, no puede ser corregida porque no existe. Aun cuando fuera real voluntad de doña Amelia nombrar sustituto vulgar a las hermanas G., esa voluntad carece ya de relieve, previamente a cualquier otra irregularidad, en sede interpretativa, pues la intención del testador sólo puede averiguarse, siquiera con medios extrínsecos, *según el tenor del propio testamento*.

C) *Verdadera voluntad de doña Amelia.*

Suponiendo, ahora, contra lo dicho hasta aquí, que las normas sobre interpretación permitan relacionar la voluntad de doña Amelia con los nombres escritos por su marido en su propio testamento, se nos plantea la siguiente *quaestio voluntatis*: ¿Las palabras de doña Amelia en su testamento, indican claramente, sin lugar a duda, que los herederos (por sustitución vulgar) de dicha doña Amelia, son precisamente los que como tales herederos suyos (igualmente por sustitución) nombra don Mariano en su testamento?

a) *Datos externos.*

Ignoro si hay algunos datos externos que demuestren la voluntad de doña Amelia en favor de dichos herederos. Como dato en contra, ha de estimarse el de que tratándose de una fortuna, la de doña Amelia, recibida por donación o herencia, es decir, proveniente de generaciones anteriores, y teniendo dicha señora parientes de sangre, lo normal es que tales bienes vayan a parar a sus propios parientes (descendientes del origen de la fortuna) y no a una rama distinta, con despojo de los descendientes de quienes ganaron lo que sirvió de base económica al matrimonio.

b) *El testamento de don Mariano.*

La averiguación del significado exacto de la cláusula por la que doña Amelia da su conformidad plena y total a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento de su marido, nos obliga, antes de nada, a examinar el aludido testamento de don Mariano. Pero bien entendido que, a su vez, la inteligencia exacta del testamento de don Mariano exige tener muy presente el de su esposa. Veámoslo.

Don Mariano dispone alternativamente, para dos supuestos diferentes y contradictorios.

1.º O premuere él a su esposa, y entonces tras disponer sobre su entierro y sufragios, nombra a dicha señora heredera universal de sus bienes, con lo cual termina el testamento sin hacer otra manifestación de voluntad o, a lo más, disponiendo pequeños recuerdos y mandapias (a partir de la cláusula 7ª es posible que pueda entenderse obligada la esposa, si hereda a su marido).

2.º O bien, le premuere su esposa, y entonces, hechas las mismas prevenciones sobre funeral y sufragios, nombra herederos, sustitutos vulgares de su esposa, a sus hermanas; condiciona resolutoriamente parte del contenido de la institución, nombrando entonces herederos o legatarios de parte alicuota condicionales (más parece lo segundo) a sus hermanos; y por último, impone a sus hermanas una larga serie de obligaciones y legados o cargas, en favor de diversas personas.

El testamento de don Mariano, que es sólo de dicho don Mariano y no de su esposa, según se evidencia en todo su tenor literal con el uso continuo del pronombre y verbo en primera persona, parece olvidar un posible evento que, sin embargo, pudo darse en nuestro caso: la comoriencia de los cónyuges. Es precisamente ese evento de comoriencia el que, al interpretar el testamento de don Mariano, puede crear problemas. No así los de premoriencia, pues:

1.º En el de premoriencia del marido, hereda la mujer y no hay más disposiciones: el resto del testamento no está escrito para ese caso.

2.º En el de premoriencia de ella rigen todas las restantes y complicadas cláusulas del testamento, pero lo que está claro es que don Mariano dispone siempre, entonces, sobre bienes propios, pues el presupuesto para que se pongan por obra todas las obligaciones impuestas a sus hermanas, e incluso para que hereden éstas, es que el testador, a su vez, haya heredado a su esposa, y, por tanto, recibido todos los bienes de ella. Así se explican todas las disposiciones de don Mariano, que no versan sobre bienes de su esposa, sino sobre bienes que antes fueron de su esposa, pero que ahora ya son suyos.

El testamento de don Mariano puede considerarse, así, como muy coherente; muy bien estudiado, salvo la previsión del caso de la comoriencia, tan raro que es natural que pasara inadvertido; y en relación con el de su esposa muy ventajoso para él, pues la institución de heredero que cada cónyuge hace en favor del otro por cálculo de probabilidades debía favorecerle a él, ya que era varios años más joven que su mujer.

Ahora bien: en el presente dictamen hemos de partir de que el evento que parecía irrealizable se ha realizado; y que la situación de comoriencia (no atendida en el testamento, sin duda por su extrema rareza) se ha producido. Nos hallamos ahora así, de seguirse la tesis de que ha habido comoriencia, ante un testamento cuyas cláusulas no prevén ese caso.

¿Cuál sería, en tal supuesto, la interpretación del testamento de don Mariano? Dificil problema éste de la interpretación integradora, en el que no voy a entrar porque no se me pide dictamen sobre él. Apuntaré simplemente que en todo caso las disposiciones pueden mantenerse en pie, pues, o no se trata de legados de cosa ajena, sino de cargas, o bien, a lo más, los legados son de cosa ajena genérica. Tal sería, por ejemplo, el de las 400 acciones de Eléctricas, al que en principio no se aplicarían las reglas del legado de cosa ajena, sino el artículo 875 del Código: «el legado de cosas muebles genéricas será válido aunque no haya cosas de su género en la herencia». Y de la cláusula cuarta claramente se ve que no es un legado de cosa ajena, sino un modo o carga impuesto a las herederas, ya que no se concede el derecho directamente a don Diogeniano, el cual lo recibe sólo a través de una donación que le hacen dichas herederas después de adquirir la propiedad.

c) *La firma de los cónyuges.*

Mas si el testamento de don Mariano tiene el significado ahora expuesto, es decir, que es enteramente unipersonal y destinado a atribuir exclusivamente sus bienes (pues a los de la mujer se refiere en el supuesto de heredarlos), ¿qué significado tiene la firma de la esposa al pie del mismo? Y, correlativamente, ¿qué significa la firma de don Mariano en el testamento de doña Amelia?

Para los que crean que los testamentos de don Mariano y doña Amelia se han escrito también pensando en la comoriencia de ambos cónyuges la cuestión es sencilla, y desde luego la solución no favorece en absoluto la tesis de que la mujer quiso testar en favor de los herederos del marido. Doña Amelia interviene en el testamento de su esposo exclusivamente para confirmar aquellas disposiciones de don Mariano que se refieren a bienes propios suyos (de doña Amelia), es decir, para validar unos legados y cargas que, en otro caso, ofrecerían dificultades de cumplimiento a las herederas.

Y la firma de don M. en el testamento de doña A. se podría explicar sencillamente, porque la testadora dispone de las joyas que fueron de su madre, y esas joyas, como bienes muebles, se habían hecho ya comunes (supongo que no hay cuestión de aventajas): entonces la firma de don M. viene a corroborar la voluntad de doña A.

Mas si, como es prácticamente seguro, los cónyuges no tuvieron en cuenta, al testar, la posibilidad de morir simultáneamente, tampoco el hecho de la firma conjunta carece de explicación.

a') Seguramente lo que tal firma representa es un intento, desde luego fallido por falta de forma (según veremos más adelante), de testamentificación mancomunada. En vista de la institución recíproca de heredero, cada uno de los cónyuges firma el testamento del otro. Cabe imaginar, incluso, que con esa firma, y lo que se imaginan ser testamento mancomunado, los esposos pretenden evitar la revocación unilateral de dicha institución recíproca de heredero, especie de «casamiento al más viviente» en testamento ológrafo. Sólo esta institución es lo vinculante, pues don M., que instituye sustitutos vulgares, se reserva en el testamento la facultad de cambiarlos, y doña A., como no realiza ninguna institución de heredero para el caso de no serlo su marido, conserva para ese mismo caso las manos libres (pues la mancomunidad, salvo que se exprese lo contrario en el testamento, nunca vincula a mantener el orden de la sucesión intestada).

b') La firma de cada cónyuge en el testamento del otro puede también tener la finalidad de manifestar con ella la aceptación de la herencia, de igual modo que en la sucesión contractual aragonesa, y pese al artículo 991 del Código civil.

d) *El testamento de doña A.*

Sentadas las bases para explicar la cláusula del testamento de doña A. desde fuera, es decir, desde el testamento de don M., llega ahora el momento de analizarla en sí misma y en relación con las otras disposiciones del testamento de dicha señora.

a') *Interpretación literal.*—Si partimos del tenor literal de la cláusula, nada hay en ella que indique una institución *per relationem*. La testadora da su conformidad plena y total a las disposiciones de su marido, con lo cual lo que quiere decir es que le parecen bien, pero no que ella haga otra disposición semejante. Mera aprobación, pues, de una disposición ajena que continúa siendo ajena.

Mas, ¿por qué esa aprobación que no era necesaria desde el momento en que don M. dispone sobre bienes propios?

Creo que debe desecharse la explicación de que las expresiones de doña A. atienden al supuesto de la comoriencia. Lo más probable es que, aunque dicha señora ya ha instituido heredero a su marido, sin embargo se cree, en el caso de aprobar las disposiciones de éste, que mantienen definitivamente en la familia de su esposo, haciéndoles cambiar de tronco, unos bienes que antes fueron de sus ascendientes. Como si la testadora se diera cuenta de que aquella forma de disponer desviaba los bienes de su cauce natural, e hiciera constar expresamente su conformidad con ello, habida cuenta que lo más corriente es que, aun en la institución recíproca de herederos entre cónyuges,

una vez fallecido el último de ellos, los bienes remanentes se partan por mitad entre los parientes de uno y otro, o bien los de cada rama vuelvan a su tronco.

b') *Incertidumbre de la voluntad testamentaria.*—Las hipótesis posibles son infinitas. Y lo que con esa multiplicidad se demuestra es que, en cualquier caso, falta en la cláusula discutida la certeza precisa y exigida insistentemente por las normas de Derecho sucesorio para que pueda surtir efecto.

Se podrá decir que es posible que la cláusula refleje la intención de doña A. de instituir herederas a las hermanas de don M., pero no que sea segura. Y, en la duda, el Código no concede, en ningún caso, la preferencia a la institución testamentaria dudosa. Véanse los artículos 762 y 763; el artículo 762-2.º exige, cuando se haya omitido el nombre del heredero, que se le designe «de modo que no pueda dudarse quién sea el instituido». Aquí la duda es todavía más grave: se duda de si hay o no institución. Por tanto, con mayor razón, la cláusula no debe tener efecto institutorio.

En la lucha entre dos instituciones testamentarias, ninguna sería eficaz (artículo 763-2.º). Pero aquí la alternativa se establece entre una testamentaria dudosa y la intestada, y, en la duda, prevalece siempre la intestada. Si el testador quiere disponer en favor de determinados herederos, debe hacerlo con suficiente claridad. Máxime en este caso, en el que los supuestos herederos no son parientes de sangre, cuando hay otros *ab intestato* que—por ello—lo son.

Ciertamente, la interpretación debe tender a que el negocio jurídico produzca afecto. La aplicación del artículo 1.284 del Código civil se limita, como dice JORDANO BAREA, a reforzar el principio de la conservación del testamento en su conjunto; en todo lo demás, no tiene aplicación en el testamento, lo cual es muy comprensible, porque si una cláusula contractual no produce efecto, el efecto queda sin producir; mientras que si no lo produce una cláusula testamentaria, hay otro efecto sucedáneo que se produce siempre, siquiera sea distinto, es decir, el ingreso del sucesor *ab intestato*.

Además, en el Derecho sucesorio prima sobre el artículo 1.284 la exigencia de certeza absoluta en las disposiciones *mortis causa*, de modo que, por ejemplo, si se duda a cuál de dos personas ha designado heredero un causante, ninguna lo será.

Por último: es discutible que la cláusula tenga diversos sentidos, ambos objetivamente admisibles. O sea, que no se trata aquí de una expresión verbal a la que claramente se pueda interpretar en dos formas distintas, cada una de ellas inequívoca, si no fuera porque existe la otra. No: aquí se ha de negar que la cláusula en litigio tenga la interpretación que se pretende, aunque no se le contraponga ninguna otra, porque ni del sentido gramatical de la palabra, ni del lógico y sistemático, se desprende nada semejante.

Por lo demás, todavía a la interpretación pretendida se opondría el artículo 1.239: cuando el contrato fuera gratuito, la duda se resolverá en favor de la menor transmisión de derechos e intereses.

c') *Interpretación lógica y sistemática.*—La interpretación lógica y sistemática muestra con especial nitidez los puntos débiles de la tesis que combatimos.

Por de pronto, la remisión al testamento de don M. en el de doña A. choca con la posibilidad de revocación de aquél. ¿Qué ocurriría si don M.,

en el uso de la facultad de modificar su testamento, cambiase a los sustitutos vulgares y nombrase otros? ¿Se entiende que, premuriendo don M. y no modificando sus disposiciones doña A., heredan a ésta los del antiguo o los del nuevo testamento? Y si son los de antiguo (pues referirse a los del nuevo representaría una forma de fiducia sucesoria en vida, absolutamente ilegal), ¿qué motivo hay para instituirlos, ahora que el marido ha prescindido de ellos?

Si del testamento de don M. pasamos al de doña A., del texto que rodea a la cláusula deducimos que dicha señora no pensó nunca que bastase la mera aprobación, *in complexu*, del testamento de su marido, para que se entendiera que hacía suyas sus disposiciones, caso de sobrevivir.

En realidad, el testamento de doña A. está hecho exclusivamente para el supuesto de premorir ella a su esposo, ya que, para ese evento, le instituye heredero; luego, además, le encomienda los sufragios y le confía la entrega de las joyas de su madre a la Hermandad de Santa Orosia. Y nada más.

¿Y si sobrevive a su marido? Nada hay, en el testamento, directamente orientado a ese acontecimiento. Es absurdo pensar que, precisamente entonces, es decir, cuando por no herederla su marido tiene mayor necesidad de particularizar sus disposiciones, doña A. se limite a subrogarse mediante una ambigua cláusula en el lugar de aquél, de modo que donde él dice que instituye, manda o lega, se entienda que lo dice ella. En particular: si la testadora encarga sufragios para el caso de premorir a su marido, ¿por qué no los encarga para el caso de sobrevivirle? Porque no ha entendido disponer, sino en el supuesto de premoriencia; para el otro, nada ha dicho todavía: si sobrevive a su marido, entonces dirá, pues sólo entonces será preciso hablar.

Aún más: encarga a su marido o *herederos directos* la entrega de las joyas. Yo pienso que se refiere a los «herederos directos» de su marido, pero siempre sobre la base de premorir ella, rogándoles entonces que si muere su marido dejando el encargo incumplido, sean ellos quienes lo cumplan. Es decir, que se refiere a herederos que no son los suyos.

Mas si con las palabras «herederos directos» ha querido designar doña A. a sus propios herederos, sin duda indica a los *ab intestato*; a sus parientes de sangre, pues tal expresión es inadecuada para designar a quienes ni son parientes, ni están nombrados herederos por ella directamente, ni lo están por su marido en primer lugar.

e) Peligros del testamento ológrafo.

La necesidad de ser cauto en la apreciación de la voluntad del testador urge más cuando, como aquí, se trata de un testamento ológrafo, hecho sin testigos ni notario. En él es mucho más posible la violencia; lo es más la captación de voluntad; lo es más el engaño. Fácilmente se pueden explotar el temor o la ignorancia del testador; si ese testamento ológrafo se otorga juntamente con otro en un mismo papel, y si los dos otorgantes son cónyuges, el peligro sube de punto. Entonces todas las precauciones que se tengan al discriminar la voluntad de los cónyuges, y al apreciar la posible influencia o engaño de uno sobre otro, serán pocas.

D) La sustitución fideicomisaria.

Se podría plantear, en este mismo terreno de interpretación, si en el testamento de don M. hay una sustitución fideicomisaria, de modo que, here-

dando doña A., por premoriencia de don M., los bienes dejados a dicha señora pasarán a su fallecimiento a las hemanas y hermanos de aquél. La cuestión es ociosa: el artículo 783 del Código civil es tajante: «para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria deberán ser expresos». Igualmente concluyente el artículo 785-1.º: «no sustirán efecto las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero».

SEGUNDA CUESTIÓN: VALIDEZ DEL TESTAMENTO «PER RELATIONEM».

A) *Doctrina comparada.*

La posibilidad de testar una persona, refiriéndose a papeles privados, suyos o de otros, anteriores o posteriores al testamento, es muy antigua. Históricamente, se admitió con diversa amplitud, según se tratara de referencia a papeles propios o ajenos y según estuvieran escritos antes o después de la referencia. El hecho es que el Código de Napoleón termina en Francia con esta posibilidad; como la termina en Italia el Código de 1865, y en Alemania el B. G. B., de tal modo que la cuestión ya no se discute en este momento, y hay muchos autores que ni se ocupan de ella.

a) *Autores franceses.*

Buscando entre los del pasado siglo, vemos que la Jurisprudencia general de DALLOZ, a la cuestión de si se puede testar válidamente por relación a un acto no revestido de las formas reglamentarias, contesta con una negativa rotunda. (*Voz Donations entre vifs et testaments*, tomo XVI, pág. 712, número 2491. París, 1856). MERLIN—dice—establece netamente la negativa, sea según las Leyes romanas sanamente entendidas, sea según la antigua jurisprudencia, sea según la nueva legislación (se refiere al Código de Napoleón). Esta doctrina nos parece poco susceptible de dificultad: en efecto, está en la intención evidente de la Ley que sea en el testamento mismo, y no en un acto extraño, donde el testador haga sus disposiciones. Si, en su testamento, reenvía a un acto separado, no regular a su vez como testamento (hay que entender que propio, pues el autor no imagina la referencia a un testamento ajeno), deroga el artículo 893 (*se puede disponer de los bienes por testamento*); y no es posible, mediante una cláusula testamentaria, liberar un acto que no forma parte del testamento, de las formas a las que el testamento mismo quedaría sometido».

«Esta opinión se enseña, asimismo, por VAZELLE, DURANTON y COIN-DE-LISLE... DURANTON hace la suposición de un acto público, con las formas testamentarias, pero conteniendo sólo la declaración de que es voluntad del otorgante que las disposiciones que ha hecho en tal documento queden ejecutadas; el designio de la Ley no queda cumplido si el documento no estaba revestido de las formas testamentarias». «Conforme a esta doctrina, cuando un testador instituye por herederos, sin nombrarlos, a los que ha instituido precedentemente por un primer testamento nulo, esta institución no es válida» (sen-

tencia de 21 de noviembre de 1814): en el caso, un testador había instituido a sus sobrinos, y el testamento era nulo por defecto de mención de la lectura al testador en presencia de los testigos.

LAURENT (*Traité de Droit Civil*, tomo XIII, núm. 130, pág. 130, Bruselas, 1874) señala que no toda disposición emanada del difunto es un testamento; para que valga como disposición de última voluntad, es preciso que el testador haya observado la forma del testamento que ha escogido: testamento ológrafo, o por acto público, o secreto; y concluye que los escritos a los que el testador remite en su testamento deben estar revestidos de las formas prescritas para el testamento mismo.

El propio autor se pregunta si es necesario que el primer escrito, al cual el testador se refiere, sea un testamento. «Creemos que es preciso distinguir entre el testamento ológrafo y el auténtico. En el testamento ológrafo, el testador interviene solo; la esencia de este testamento es que el testador lo escriba; pero no es indispensable que lo escriba sobre una sola hoja...; bastará, por consiguiente, que haya escrito el acto al cual se refiere, y no es necesario que este acto sea un testamento; por la relación, este acto deviene una cláusula, una parte integrante del testamento ológrafo. Al haber dispuesto el testador en la forma querida por la Ley, su testamento debe ser válido». En el testamento por acto público, en cambio, no vale ninguna referencia a papeles del testador.

El autor se refiere a una hipótesis de DEMOLOMBE, «Un testador dice en su testamento: *quiero que las disposiciones que he hecho mediante tal acto escrito por un tercero y firmado por mí... sean válidas en virtud de este testamento y como si ellas estuviesen contenidas en él*. Es evidente, dice DEMOLOMBE, que esta disposición sería nula». Y LAURENT añade: «esto es, en efecto, tan evidente, que no comprendemos que se pueda plantear semejante cuestión». En otro lugar, insistiendo en el mismo orden de ideas, vuelve a plantear la cuestión de un testador, que dice: *quiero que se ejecute como mi voluntad todo lo que está contenido en tal escrito hecho por mano de F.* «Este testamento sería nulo, dice TROPLONG. Y bien, ¿quién ha dudado jamás de ello? No vale la pena hacer distinciones para lo que está claro como el día, porque resulta del principio de la solemnidad».

Los autores franceses modernos ya no se refieren a esta cuestión, que sin duda, ha devenido ociosa. Concretamente, a partir de principios de siglo (el gran tratado de BAUDRY-LACANTINERIE), se pierde el rastro del problema: véanse el gran tratado de PLANIOL, el COLIN Y CAPITANT, el BEUDANT, etc. Los autores se sitúan en un plano mucho más general, y se limitan a indicar, como BAUDRY-LACANTINERIE (*Trattato di Diritto civile, Donazione fra vivi e testamenti*, trad. ital., vol. 2.º, pág. 16, Turín, 1918), que «la primera limitación al poder soberano de los Jueces en la interpretación del testamento es que, bajo pretexto de interpretar la voluntad del testador, no lleguen hasta crear esta voluntad, teniendo por adquiridas indicaciones que, en realidad, el testamento no suministra. Cuando el testamento no permite, con suficiente seguridad, determinar si el testador ha querido legar, qué es lo que ha querido legar, y a quién se ha propuesto legar o instituir heredero, entonces no cabe buscar fuera del testamento, sea en documentos o actos extraños a éste, sea en testimonios, el significado verdadero y el alcance exacto de la intención del testador. Admitiendo la posibilidad de determinarla de tal modo, quedaría siempre que esta voluntad no se ha manifestado en las formas establecidas por la Ley, y por consecuencia se debe considerar como no manifestada».

b) Autores italianos.

VITALI (*Successioni*, tomo I, Turin, 1923, págs. 127 y sigs.) hace notar que ni el Código italiano ni el francés han tenido que abolir expresamente el testamento por relación. En cuanto al Código italiano, «en línea de máxima, la doctrina y la jurisprudencia se han encontrado de acuerdo en entender que dicha forma de testamento es inconciliable con todo el sistema de formalidades escritas establecido para los testamentos por las actuales legislaciones, según el cual es principio que, «cualquiera que sea la forma establecida, debe contener en sí el elemento intrínseco y sustancial del acto, y su objeto, o sea, una disposición, o bien una liberalidad a favor de una o varias personas». Refiriéndose al testamento ológrafo, en el que no se menciona el nombre del heredero, reservándose indicarlo en otro acto, dice que, omitir hacerlo en el mismo ológrafo, es otorgar un testamento que no contiene el elemento intrínseco. VITALI distingue entre aquellos casos en los cuales la designación requiere medios extrínsecos que concreten la persona del heredero o la cosa dispuesta, y aquellos en los que virtualmente la designación se encuentra ya en el testamento, y se trata de una investigación externa para identificar la persona del heredero o la cosa enunciada en la disposición a causa de muerte: por ejemplo, si se nombra heredero al alcalde de la ciudad de Londres o al hijo natural habido en la unión con Ticia. «El testamento—dice, por su parte, STOLFI (*Trattato di Diritto civile*, vol 6.º, *Diritto delle successioni*, Turin, 1934, pág. 458)—es un acto solemne, y por tanto debe ser redactado por escritos *solemnitatis, non probationis causa*, de donde deriva que no puede venir completado por otro acto que no tenga todos los requisitos formales del testamento *per relationem*». Y cita la sentencia de apelación de Catania de 7 de marzo de 1932, y la opinión de COVIELLO (*Successioni*, vol. 2.º, págs. 359 y sigs.). Ello no impide que, para la certeza de la persona del instituido, no sea indispensable que el heredero se individualice ni incluso en la mente del testador, sino que basta que pueda individualizarse *per relationem*, es decir, en relación a un determinado acontecimiento que el testador tenía presente, aunque hubiera de realizarse luego de su muerte. Así se entienden válidas las disposiciones, instituyendo heredero al nieto que haya sido nombrado inspector de Hacienda o a aquel de los parientes que consiga el premio extraordinario en el Doctorado de Derecho antes de los veintidós años, o al sirviente que asista al testador en su última enfermedad (página 594).

Finalmente, CICU (*Il testamento*, Milán, ed. 1929, págs. 68 y sigs.), después de definir el testamento *per relationem* como aquel en el que el testador, en lugar de manifestar cumplidamente su voluntad en él, se remite o reenvía a otro hecho o acto suyos o de otro (con lo cual quedan comprendidos, no sólo la memoria testamentaria o el documento anterior y complementario del propio testador, sino los documentos anteriores y posteriores de otro), afirma que no es admisible que la voluntad testamentaria consiga eficacia si no se respetan las formas prescritas por la Ley. Y si bien estima válidas aquellas instituciones en las que no se indica la persona, cuando el testador señala en el testamento el hecho o circunstancia que deberá determinar a ésta (por ejemplo, el que vencerá en tal carrera), considera caso distinto aquel en el que el testador se refiere a sus manifestaciones de voluntad, orales o escritas, y aquel otro en el que, sin remitirse a una voluntad ajena, señala declaraciones o datos provenientes de otras personas, contenidos en otros actos o escritos.

El autor va planteándose sucesivamente el caso del testador que, no pudiendo

recordar el nombre del beneficiario, indica el libro del cual es autor como medio de encontrarlo; o la tarjeta de visita conservada en determinado lugar; o el apunte que ha tomado de tal nombre en un cuaderno o lugar cualquiera (bien se entiende que cuando no haya incertidumbre sobre el dato señalado). El caso típico del testamento *per relationem* es aquel en el cual el testador escribe: *dispongo de mis bienes en el modo indicado en tal hoja o tal cuaderno*. Siendo cierto tal dato, no se podrá hablar aquí de ineficacia por incertidumbre de la voluntad. Surge, en cambio, la cuestión de la forma. En los casos de escrito autógrafo del testador sin fecha o firma, o escrito de otro, o nombre mecanografiado o impreso, las soluciones pueden ser diversas, según se estime que el escrito referido en el testamento debe tener, a su vez, todas las formas de un testamento, o bien pueda ser considerado como parte integrante del testamento que lo indica, o bien, finalmente, como un simple dato no testamentario que sirve para determinar la voluntad manifestada en la disposición a causa de muerte. Pero entre estos casos, y los de designación del heredero por circunstancias extrínsecas casuales, existe la diferencia de que aquí hay en el testamento referencia a un dato de hecho y allí a una voluntad. Precisamente por eso, surge aquí la cuestión de la validez de la forma de manifestación de la voluntad. Se trata, por ende, de ver si la forma ha sido respetada, cuestión que debe resolverse negativamente para el caso del escrito no autógrafo. En definitiva, para cualquier escrito en relación con el testamento ológrafo, el autor exige la autografía.

c) *Autores alemanes.*

Con referencia al Código civil alemán, STAUDINGER (*Kommentar zum B. G. B.*, V. Berlín, 1931, pág. 451) afirma que «en lo relativo al *testamentum mysticum*, esto es, a un documento independiente del testamento en el cual se designa al heredero o la cuota se le asigna, tal disposición, en el Código civil, está sometida, en todo caso, a las prescripciones generales sobre el testamento. Si no las cumple, no existe una válida forma de completarlo». En parecido sentido, los comentarios de los Jueces y Magistrados del Tribunal Supremo (*Das bürgerliches Gesetzbuch*, Berlín, ed. 1928, tomo V; pág. 196).

B) *Inadmisibilidad del testamento «per relationem» en el Derecho español.*

Por lo que se refiere a España, no he encontrado la cuestión, planteada en ningún autor. El caso más próximo a ella es el del artículo 672, que constituye una aplicación especial del principio prohibitivo del testamento *per relationem*. Es curioso que los autores en general, y los comentaristas en particular, no se han preocupado de extender la doctrina del artículo 672 a otros casos posibles, que no examinan, sin duda, por su rareza. La inadmisibilidad de tal testamento *per relationem* en el Derecho español es, sin embargo, indudable.

a) *Personalidad del testamento.*

En cierto modo, podría hacerse derivar de los preceptos sobre personalidad del testamento (especialmente, art. 670 del C. c.): no, por supuesto, en la referencia a documentos propios, pero sí en la referencia a documentos ajenos.

Desde luego, lo que prohíbe el artículo 670 es, fundamentalmente, la intervención de una voluntad ajena en el acto dispositivo, pero acaso podemos derivar también del requisito de la personalidad, la necesidad de que el testamento se otorgue con independencia, es decir, en forma que la determinación de la voluntad se verifique sin interferencias ajenas, de modo que el contenido mental reflejado en el testamento sea absolutamente personal y sin referencia a otra voluntad, aunque esté ya expresada. En nuestro caso, esta exigencia tiene un evidente fundamento: evitar la captación de voluntad del testador más débil.

Se dirá que en Aragón está admitido el testamento mancomunado. Pero este testamento ha de otorgarse en las formas permitidas por el Derecho, en las cuales precisamente la captación de voluntad resulta más difícil. No se trata aquí, naturalmente, de un argumento definitivo, pero debe tenerse en cuenta.

b) *Inexcusabilidad de las formalidades testamentarias.*

Mas la razón fundamental de la nulidad del *testamentum per relationem* estriba en que, mediante él, se sustrae una parte de la disposición a causa de muerte a la forma testamentaria. No importa, insisto, que la relación se haga a otro testamento de diferente persona, pues no hay duda de que esa otra persona no habría podido testar por doña A. (salvo la fiducia sucesoria, que aquí no existe); así, en cualquier caso, el testamento de doña A., en el momento en que (por hipótesis), para nombrar heredero, hace relación a otro testamento, se ha sustraído a la forma testamentaria propia. Doña A. pudo hacer depender el nombramiento de herederos de una condición; pudo indicar el nombre del heredero, de modo que sólo resultara cierto mediante determinada circunstancia de hecho (el ganador del premio, el primero que nazca en tal pueblo a partir de tal fecha, etc.), pero no pudo hacer depender la identificación del instituido de un negocio jurídico ajeno o de uno propio que no fuera testamentario.

No es cuestión de certeza de la voluntad testamentaria: aunque hubiera dicho al disponer, «nombro herederos a los herederos que acaba de nombrar mi marido en su testamento», igualmente habría infracción de las disposiciones en materia de forma testamentaria, sometida a la sanción del artículo 687 del Código civil. Esta severidad de las reglas de forma, no se dirige sólo a conseguir que las disposiciones queden expresadas, y aun acuñadas, con la máxima certeza, sino además, y sobre todo, a salvaguardar la libre y reflexiva emisión de la voluntad. Y hasta tal punto vela la jurisprudencia, en vista de ello, por el absoluto cumplimiento de las formalidades testamentarias que, por ejemplo, en materia de testamento ológrafo, la simple equivocación cometida en la fecha, en cuanto se pruebe, acarrea su nulidad total. No se trata tanto, pues, de conseguir, mediante la forma, certeza en la designación de sucesor, como de observar un cauce en la manifestación de la última voluntad que, por las razones que fuesen, y que no procede discutir en un informe de estricto Derecho positivo, el Ordenamiento jurídico considera insustituible.

Tal es absolutamente el sentido de nuestra jurisprudencia. «Uno de los dogmas fundamentales de la sucesión *mortis causa*—dice la sentencia de 10 de julio de 1944—es que la forma es esencial al acto testamentario, el cual, para que tenga existencia jurídica y produzca sus efectos propios, ha de ajustarse rigurosamente a las solemnidades establecidas por la Ley». «Son tan esenciales las solemnidades exigidas por la Ley para la eficacia de las últimas voluntades

—había dicho la sentencia de 24 de mayo de 1927—, que la falta de cualquiera de ellas es por sí sola suficiente para privar de eficacia al acto». Y así se declara nulo el testamento cuando uno de los testigos presta servicios retribuidos en casa del Notario, aun cuando no haya duda sobre la certeza y firmeza de la voluntad del testador (sentencias de 8 de mayo de 1912, 6 de julio de 1914, 1 de diciembre de 1927, 18 de noviembre de 1935); se declara que la intervención de los testigos instrumentales en número y calidad no es sólo exigible en razón a su testimonio, sino precisamente como rigurosa y rígida solemnidad formal, por lo que el defecto extrínseco que a la misma se refiere se transforma en vicio esencial que anula radicalmente el testamento (sentencia de 10 de julio de 1935); se declara nulo el testamento en que uno de los testigos es menor de edad (sentencia de 30 de noviembre de 1906; lo contrario, en circunstancias especialísimas, sentencia de 21 de noviembre de 1898), o en que no es vecino, aunque accidentalmente residiera en casa del testador (sentencia de 19 de octubre de 1953); lo mismo cuando faltan los testigos de conocimiento, aunque no quepa duda sobre la identidad del testador (sentencia de 1 de junio de 1901), etc.: véase también lo que se expone más adelante sobre nulidades formales del testamento ológrafo.

c) *Argumento derivado del artículo 672 del Código civil.*

Queda por examinar la aplicabilidad al caso, *de minore ad maius*, del artículo 672 del Código civil. Y, en relación con ella, las particulares causas de nulidad de la *relatio* en un testamento ológrafo.

El artículo 672 fue formulado para atender a un supuesto concreto de carácter histórico—la eliminación, en el nuevo Derecho, de las llamadas memorias testamentarias, en cuanto tales—, y no se preocupa de los otros supuestos de *relatio* que, aun cuando alguna vez pueden plantearse de hecho en la práctica, aparecen con gran rareza. Ahora bien: si el Código niega validez testamentaria a los papeles o cédulas del testador que no reúnan todas y cada una de las características de un testamento ológrafo, con tanta mayor razón ha de ser aplicable esta norma a aquel escrito que ni siquiera ha sido redactado por el testador. Las razones para aplicarla son idénticas. El hecho de que la cédula o papel privado del testador sea realmente suyo, no convalidaría una institución de heredero hecha con referencia a él, aunque conste absolutamente la procedencia del papel y resulte evidente la voluntad testamentaria. Ni siquiera si el papel es autógrafo, faltándole firma o fecha.

Está claro que entonces el Ordenamiento jurídico no se preocupa de si la voluntad testamentaria consta o no, sino de si es realmente testamentaria, por cumplir la forma prescrita, o no.

d) *Las exigencias formales del testamento ológrafo.*

Por lo demás, lo que falta en nuestro caso es precisamente el requisito más grave del testamento ológrafo, a saber, la autografía. Faltando ella, no hay posibilidad de considerar como disposición testamentaria de doña A. a unos nombres que han sido escritos por su marido. Es como si en el testamento de doña A. su marido escribiera uno de los párrafos: la parte escrita por éste carecería de toda eficacia, aunque doña A. aludiera luego a ella. Como es ineficaz, aunque consten, sin lugar alguno a duda la autenticidad del escrito y la seria intención de testar de quien lo escribe, el testamento

ológrafo en el que hay una equivocación en la fecha, comprobada por la de emisión del papel sellado en que se extendió (sentencia de 20 de diciembre de 1913), o, salvo casos muy concretos, un testamento que aparece autorizado solamente con el nombre de pila del causante (sentencia de 5 de enero de 1924); o aquel en el cual el testador, por pura equivocación, ha puesto una fecha 24 horas posterior al momento de su muerte (sentencia de 5 de diciembre de 1927), etc. Hasta tal punto que no se puede acudir, para precisar la fecha, si del documento no resulta con claridad, a los medios ordinarios que sirven para acreditar las formalidades de otros otorgamientos (sentencia de 13 de mayo de 1942).

Queda claro, pues, que la autografía del testamento no es un simple requisito de certeza del mismo, del cual se pueda prescindir cuando esa certeza existe sin autografía. Al contrario, la autografía ha de ser total, y además, aunque no se exija en el ológrafo unidad de acto (sentencia de 17 de noviembre de 1898), si ha de haber unidad de escrito, sin que la voluntad del testador pueda deducirse de otros documentos diferentes, ni aun suyos: mucho menos si ajenos. Y esto porque a la notable facilidad que proporciona el testamento ológrafo para expresar la última voluntad, ha de corresponder una aplicación sumamente rigurosa de las escasas normas formales que lo protegen.

TERCERA CUESTIÓN: ¿TESTAMENTO OLÓGRAFO MANCOMUNADO?

A) *La cuestión en el Derecho alemán.*

Lo dicho bajo el epígrafe anterior sufriría una notable excepción si pudiera demostrarse que en Aragón es posible el testamento ológrafo mancomunado en la misma forma en que lo admite el Código civil alemán, es decir, pudiendo escribir las disposiciones uno de los cónyuges, y limitarse el otro a declarar que tal testamento debe valer como el suyo propio. En la nueva regulación alemana, incluso es suficiente la firma del testador que no escribe, bajo la declaración común manuscrita por el otro.

Sin embargo, ha de advertirse que ni siquiera con arreglo al Derecho alemán el testamento ológrafo objeto de este dictamen sería válido. El párrafo 28 de la Ley sobre otorgamiento de testamentos y contratos sucesorios establece que el cónyuge que no escribe debe firmar «la declaración común», entendiéndose, pues, que la declaración ha de ser escrita en primera persona del plural, y disponiendo sobre los bienes de ambos cónyuges. Por ejemplo, como dicen los comentaristas VOGELS y SEYBOLD (*Gesetz über die Errichtung vom Testamenten und Erbverträgen*, Berlín, 1949, pág. 215) «la simple firma concurrente del otro cónyuge sólo es suficiente cuando la declaración principal está formulada como declaración *mancomunada*. La declaración principal debe, por consiguiente, contener disposiciones de ambos cónyuges: por ejemplo, *nos instituímos recíprocamente herederos*. Otro ejemplo: *a la muerte del marido debe ser heredero su hermano y a la muerte de la mujer debe ser heredera su hermana*. Si la declaración principal contiene sólo disposiciones de una de las partes, no existe entonces ninguna declaración mancomunada, y la simple firma concurrente no basta para hacer del testamento un testamento mancomunado».

De modo que, en cierto sentido, si la ley alemana de testamentos de 1932

ha dado mayores facilidades para el otorgamiento del testamento ológrafo mancomunado, también ha puesto de relieve con mayor vigor la exigencia absoluta de mancomunidad real. Esta exigencia, por lo demás, venía ya afirmada por todos los autores de la fase anterior a la reforma. «Las expresiones *de acuerdo o aprobado* pueden bastar—dicen los comentarios de los magistrados y jueces del Tribunal Supremo (edición 1928, tomo V, pág. 317), cuando del texto mismo del testamento resulta sin más la mancomunidad de las disposiciones, y en particular cuando ambos cónyuges se expresan conjuntamente (nosotros determinamos...). Según esto, dos testamentos de texto idéntico que contienen una institución de heredero recíproca, y de los cuales ha escrito un ejemplar el marido, firmado por él y por su mujer, y el otro documento lo ha escrito la mujer, firmando ella y el marido, son inválidos en cuanto testamento mancomunado». «Con la declaración de asentimiento del cónyuge—dice STRAUDINGER (*Kommentar*, pág. 812)—debe quedar visible en forma suficientemente clara su voluntad de otorgar un documento mancomunado». Este autor pone, como ejemplo mínimo de declaración de adhesión de un cónyuge al testamento escrito por el otro, el siguiente texto: *este testamento debe ser considerado como mi propio testamento*. Probablemente la declaración de adhesión de doña Amelia no cumple las condiciones mínimas de claridad requeridas, y admite diversas interpretaciones; de modo que, aun en el sistema alemán, serían objetables los testamentos de don Mariano y doña Amelia en cuanto único ológrafo mancomunado.

B) *Posibilidad del testamento ológrafo mancomunado en el Derecho aragonés.*

Pero es que en el Derecho aragonés las exigencias de un hipotético testamento ológrafo mancomunado serían, en todo caso, completamente distintas y mucho más severas. Téngase en cuenta que la forma ológrafa de testar no se ha establecido en el Derecho español pensando en el testamento mancomunado (al contrario, el Código civil, a la vez que establece aquélla, prohíbe éste), y que en Aragón el testamento ológrafo no ha existido, propiamente, hasta que lo introdujo el Código civil. De ahí que el testamento ológrafo que existe en Aragón sea precisa y únicamente el del Código civil, y no pueda ser ningún otro ni puedan buscarse adaptaciones que lleguen a infringir alguna de las normas establecidas, para dicha forma testamentaria, por el Código.

Es por esto por lo que yo, en mis notas al libro de BINDER, he visto tan difícil la posibilidad del testamento ológrafo mancomunado en Aragón. Es preciso cumplir todos y cada uno de los requisitos del Código, y a la vez es preciso conservar la mancomunidad. «En cuanto a la forma—digo allí—será muy difícil el otorgamiento de un testamento mancomunado ológrafo; y aún, dada la estricta regulación de la forma testamentaria ológrafa en el Código civil—que la introdujo exclusivamente para el testamento unipersonal—, puede ello estimarse imposible, puesto que hay que prescindir de la autografía total o de la unidad del instrumento. Si se prescinde de la primera el testamento es nulo, y si de la segunda no es mancomunado, como no lo serían dos testamentos abiertos otorgados por unos cónyuges, distribuyendo cada uno sus bienes en consideración a las disposiciones del otro: sólo cabe limitar la libre revocabilidad mediante el instrumento único (testamento o contrato sucesorio).

LORENTE SANZ (*El testamento mancomunado*, en «Primera Semana de Derecho aragonés», Zaragoza, 1942, pág. 131), advierte que en el Derecho español, atendiendo sólo al formalismo en que el Tribunal Supremo se inspira en materia testamentaria, es aventurado aconsejar la forma ológrafa para las disposiciones mancomunadas, como no sea escribiendo dos veces el texto, una por cada testador, con fecha duplicada y firma de ambos. Pienso yo ahora que tratando de conciliar el formalismo ineludible en materia testamentaria con los intereses de los cónyuges, acaso sería posible el testamento de mancomún en esta forma apuntada por LORENTE; pero lo que, a mi modo de ver, no puede discutirse, es que ésta sea, en todo caso, la única fórmula posible. Por su parte el Seminario y la Comisión redactores del anteproyecto y proyecto de Compilación foral aragonesa, decidieron no derogar ninguna de las exigencias formales del Código en orden al testamento ológrafa, limitándose a advertir en el artículo 43 del proyecto que «el testamento podrá revestir cualquier forma, común, especial o excepcional, en tanto se cumplan los requisitos establecidos para cada una de ellas por las disposiciones vigentes». Primero el Seminario, y luego la Comisión, ante el problema de la adaptación del testamento mancomunado a las formas testamentarias del Código civil, aceptaron la conservación de todos los requisitos establecidos por este cuerpo legal (por ende, en cuanto al ológrafa, autografía, fecha y firma), sin prejuzgar sobre la posibilidad o imposibilidad de que tales requisitos sean cumplidos en cada forma testamentaria, y planteándose expresamente (y exclusivamente, según creo), en lo que al ológrafa atañe, el caso de un testamento escrito dos veces (mejor en un solo pliego) disponiendo mancomunadamente ambos cónyuges, de manera que primero escriba el texto íntegro con fecha y firma, y además la firma de la mujer, el marido; y luego la mujer vuelva a reproducir la totalidad del texto con su fecha y firma, y la firma del marido (o a la inversa).

No habiendo acuerdo total en el Seminario (en la Comisión el problema fue poco discutido, aceptándose literalmente la solución dada por el anteproyecto) sobre si procedía formular una regla expresa para admitir, exclusivamente en esa versión el testamento ológrafa, y como su adaptación a otros supuestos de testamentos especiales y extraordinarios hubiera requerido una regulación demasiado extensa, se decidió proclamar, como principio, la vigencia del Código civil, cerrándose así el paso a cualquier testamento mancomunado ológrafa que revista forma distinta de la ahora indicada, y dejando a la apreciación judicial si esa cumple o no las exigencias del artículo 688 del Código civil.

C) *La mancomunidad, en el caso en litigio.*

Como he dicho antes, yo creo que, en nuestro caso, realmente los cónyuges quisieron testar de mancomún, si bien, dadas las dificultades enormes de forma, no acertaron con la que, al menos, tenía aspiraciones de validez.

Ahora bien: esa misma intención de testar de mancomún, manifestada tan claramente por la firma de cada cónyuge al pie del testamento del otro, evidencia que la voluntad de doña Amelia no pudo estar dirigida a la institución de sus cuñadas, cosa que hubiera tenido para ella consecuencias muy perjudiciales.

En efecto, mediante la mancomunidad, cada cónyuge queda vinculado, al

fallecimiento del otro, en su disposición, a menos que no haya aceptado los beneficios que le provienen del testamento del difunto. Si se estima que la disposición de doña Amelia está encaminada a instituir a las hermanas y demás familia de don Mariano, resulta que esta señora, sobreviviendo a su marido, quedaba incapacitada para disponer ni de cinco céntimos, pues todos sus bienes se hallaban definitivamente vinculados, y por cierto, a personas que no eran parientes suyos. En cambio, la voluntad de don Mariano en el peor de los casos, queda vinculada en la institución a sus más próximos parientes y herederos; pero aun así esto es muy discutible, pues en su testamento se ocupa de advertir que el nombramiento de herederos—mediante sustitución vulgar—es si «yo no dispusiese, entre tanto, otra cosa», con lo que queda don Mariano en libertad para rectificar, caso de sobrevivir a su esposa, sus disposiciones por las que reconduce todos los bienes suyos y de su esposa a su propia familia, y esa señora (cuyos bienes, si sobrevive a su marido, están todos vinculados a extraños, con preterición de sus parientes de sangre), no.

Lo excesivo de estas consecuencias demuestra que no las pudieron querer los cónyuges. Más pensando que si querían la mancomunidad, hemos de entender que la esposa no asumió como suyas propias las disposiciones de su marido, pues, al menos, entonces, hubiera hecho una salvedad en su testamento, reservándose la facultad de modificarlo.

CONCLUSIONES

De todo lo expuesto, deduzco las siguientes conclusiones:

1.ª De la interpretación del testamento de doña Amelia no se deduce que quisiera instituir a los herederos nombrados por su marido en el testamento ológrafo otorgado por él en el mismo pliego que el de su esposa, ni a las personas que designase su marido ulteriormente, como herederos suyos.

2.ª Aun de aceptarse que doña Amelia entendió instituir herederos a los nombrados por su marido, tal institución es nula de pleno derecho, por contrariar el artículo 672 del Código civil, aplicable al caso por analogía; por no cumplir las condiciones de forma en la designación del heredero; y, en particular, por faltarle la autografía exigible en el testamento ológrafo.

La nulidad de esa cláusula testamentaria, caso de aceptarse que contiene una institución *per relationem*, no perjudica al restante contenido del testamento de doña Amelia.

3.ª Los testamentos de los cónyuges don Mariano y doña Amelia no constituyen un testamento mancomunado, aunque tal fuera la intención de los testadores, por no cumplir los requisitos en la forma testamentaria elegida, y en especial por faltarles la autografía requerida por el artículo 688 del Código civil para el testamento ológrafo.

4.ª Por consiguiente, habiendo fallecido don Mariano sin llegar a ser heredero de doña Amelia, procede abrir la sucesión abintestato de dicha señora, que se deferirá, con arreglo a las normas del Apéndice fóral aragonés, y en su defecto a las del Código civil. Todo ello sin perjuicio de la validez del restante contenido de su testamento.

Tal es mi parecer, que someto gustoso a otro mejor fundado.

Zaragoza, 6 de febrero de 1965.

II. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA DE ZARAGOZA

En 30 de noviembre de 1967 la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza (ponente, Ilmo. Sr. D. Ricardo Mur Linares), revocando la del Juzgado de Jaca, pronunció la siguiente sentencia:

Considerando: Que en atención al principio de rogación, que informa a todo proceso civil, la Ley de Enjuiciamiento dispone en el artículo 359 que «las sentencias deben ser congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito», con lo cual quiere significar, como dispone la sentencia de 22 de noviembre de 1965, en relación con las de 12 de abril de 1961 y 5 de marzo de 1956, que la congruencia ha de referirse no sólo a la pretensión del actor, sino también a la oposición del demandado, ya que las actividades de ambos litigantes delimitan el proceso, pues para eso el legislador habla en ese precepto de «demanda y demás pretensiones» empleando la voz en plural, como en plural usa también la palabra «litigante», toda vez que si el fallo ha de pronunciarse *jura allegata et probata*, será evidente también que *ultra quod in judicio deductus est, protestas judicis excedere non potest*, por constituir dichas máximas principios generales del Derecho que por ser absolutos determinan la incongruencia de la sentencia y el juzgador, por los motivos que fueren, se apoya en fundamentos de hecho que fueron alegados por las partes; y como del examen de los autos se revela que la sentencia recurrida declara, en su 11 Considerando, la nulidad del traspaso o venta de la farmacia que poseía como usufructuaria doña Petra, B. L., madre de doña A. G. B., causante de los actores, a favor de su hijo político, don M. G. R., causante de sus hermanos demandados, es evidente que tal cuestión, cualquiera que fuese su ineficacia, por simulación o nulidad contractual, no puede examinarse y resolverse en esta *litis*, porque ninguna de las partes ha impugnado dicho contrato ni solicitado pronunciamiento alguno sobre la ineficacia de aquél, y en su virtud procede estimar, en cuanto a este extremo, la adhesión a la apelación promovida por los demandados y estimarse incongruente, en cuanto a este extremo, la sentencia recurrida, cualesquiera que fueran las circunstancias concurrentes en el expresado contrato.

Considerando: Que la excepción de falta de personalidad en los demandados, doña B. G. L. y don F. G. L., alegada por los codemandados, hermanos G. R. y don D. B. F., en el Fundamento 8 del escrito de contestación, por estimar que «nada se ventila frente a aquéllos, aun cuando prosperaran las peticiones de la demanda», ha de ser rechazada por la Sala la excepción promovida, como lo fue también en la sentencia apelada, y reproducida en la adhesión el recurso por los motivos siguientes: 1.º, porque la diversa naturaleza de los dos conceptos, comprendidos en el número 4.º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, obliga al que formula la excepción de falta de personalidad a concretar el hecho en que la misma se funda, requisito incumplido por el demandado, pues sólo así podrá determinarse en cuál de dichos conceptos está comprendido; 2.º, porque la contestación a la demanda identifica, confundiéndolas, la falta de acción y la falta de personalidad; y la cuestión de si afecta a los demandados señores G. L., o no les afecta, los pronunciamientos que solicita la actora al ejercer su acción de petición de herencia, es un problema que afecta al título o causa de pedir y

sólo puede repercutir en la acción promovida en el pleito, lo que constituye cuestión de fondo a resolver en la sentencia mediante la estimación o desestimación de la acción ejercida, y 3.º, porque según dispone la sentencia de 31 de marzo de 1952, reiterando anterior doctrina legal, las excepciones procesales son medios de defensa que los demandados pueden oponer a las acciones de los demandados, por lo que carece de finalidad y eficiencia su ejercicio, dirigido a combatir a intervención de un codemandado; y en su virtud procede, de conformidad con la sentencia recurrida, desestimar la excepción alegada, y en consecuencia el segundo motivo de la adhesión al recurso de apelación.

Considerando: Que, en cuanto al fondo del pleito de las alegaciones de las partes y pruebas practicadas a su instancia, resultan acreditados los siguientes hechos básicos en que fundar esta resolución: 1.º Los cónyuges don M. G. R. y doña A. G. B., llamados a sucederse testamentariamente entre ellos, fallecieron, casi simultáneamente, en accidente de automóvil, ocurrido el 7 de julio de 1963, en las proximidades de Ayerbe (Huesca), existiendo en los autos un estado de duda sobre la premoriencia del uno, frente al otro. 2.º Que las certificaciones de defunción de ambos, procedentes del Registro Civil, acreditan el mismo día y hora en el fallecimiento de los expresados cónyuges. 3.º Que el matrimonio referido carece de herederos forzosos y no otorgó escritura de capitulaciones matrimoniales, siendo un hecho muy digno de tenerse en cuenta por la Sala, que la casi totalidad de los bienes procedían de la esposa, ya con carácter privativo, ya comunes o ya troncales. 4.º Que ambos cónyuges otorgaron testamento ológrafo con institución recíproca de herederos en un mismo pliego de papel, redactando el testamento, primero el marido y después la mujer, y fechando ambos testamentos en el mismo día y hora. 5.º Que los testamentos otorgados en forma ológrafa se hallan redactados con el uso continuo de pronombre y verbo en primera persona del singular y son totalmente distintos en cuanto al ámbito de las disposiciones patrimoniales y sustituciones hereditarias, sin más puntos de coincidencia que el de otorgarse ambos bajo el supuesto de premoriencia de un cónyuge frente al otro. 6.º Que el testamento otorgado por M. G. R. contiene las siguientes cláusulas fundamentales: A) Que instituye heredero universal a su esposa, doña A. G. B., con sustitución vulgar a favor de los hermanos del testador, doña P. y doña E. G. R., y llamamiento en tercer grado a los hermanos varones del testador, don M. y don J., y en su defecto a los herederos de éstos respecto a la mitad de la herencia que hubiere correspondido a las hermanas herederas, siempre que permanezcan éstas en el mismo estado civil y reservándose el testador la facultad de variar los llamamientos; B) que, según expresa el testador, para la eficacia de las cláusulas testamentarias firma el testamento en unión de su esposa que, efectivamente, estampa también su firma después de haber firmado el testador; 7.º Que el testamento otorgado por doña A. G. B. contiene también dos cláusulas fundamentales: 1) Que da conformidad plena y total a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento de su esposo (a quien nombra heredero), escrito de su puño y letra en el mismo pliego de papel en que escribe su testamento la otorgante y a presencia de la misma. 2) Que confía a su esposo o herederos directos la entrega de joyas a determinada Obra Pía, y que para que así se cumpla, firma el testamento en el mismo día y hora que el otorgado por su marido, y después de firmado aparece la firma del marido testador, sin que del contexto del testamento se pueda desprender la causa, motivo o funda-

mento de esa firma adicionada y que no ha sido salvada por la testadora. 8.º Que mediante el oportuno procedimiento judicial, los anteriores testamentos fueran adversados y ordenada su protocolización por Auto que dictó el Juzgado de Primera Instancia de Huesca el día 31 de julio de 1963, protocolización que se cumplió por Acta Notarial librada en 2 de agosto siguiente. 9.º Que por escritura notarial de aceptación de herencia y de ratificación de cuaderno particional, otorgado en 21 de abril de 1964 por doña P. y doña E. y don José G. R., este último por sí y en representación voluntaria de su hermano don M. y don D. B. F., los otorgantes procedieron a formalizar las sucesiones hereditarias de *ambos* cónyuges, aceptando las herencias de ambos y adjudicándose a las herederas instituidas, doña P. y doña E. G. R., la totalidad de bienes que, por uno u otro título, pertenecían a ambos cónyuges causantes de la herencia. 10.º Que don M. y don J. G. R. percibieron por partes iguales el 10 por 100 de la herencia líquida percibida por sus hermanas, sin perjuicio de lo dispuesto en las sustituciones hereditarias y a título de regalo, e igualmente percibió por este título don D. B. F. el legado de 400 acciones de Eléctricas Reunidas, que no se acredita fueran bienes privativos de don M.

Considerando: Que el problema de la premoriencia o de la comoriencia entre los cónyuges don M. y doña A., llamados a sucederse testamentariamente y de quienes los litigantes traen su causa, ha de ser resuelto, conforme a la tesis de la comoriencia, sustentada por la sentencia apelada e impugnada por los recurrentes; porque en el caso a que se refiere el artículo 33 del Código civil, a saber: la existencia de un estado de duda sobre cuál de las dos personas llamadas a sucederse haya muerto primero, aquellos que sostengan la muerte anterior de una u otra son los que deben justificarla; pero quienes afirman la comoriencia, y, consiguientemente, la intransmisión de los derechos sucesorios entre las mismas, no tienen que probar otra cosa que tal estado de duda existe, porque supuesta tal situación, la comoriencia es una presunción legal, y las presunciones establecidas por la Ley relevan de toda prueba a los favorecidos por ellas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.250 del Código civil y doctrina legal sobre la carga de la prueba en el proceso.

Considerando: Que los recurrentes intentan probar la premoriencia del marido testador a través de artículos de Prensa y testimonio de las declaraciones prestadas en sumarios, medios absolutamente ineficaces a los efectos probatorios en un proceso civil; por los artículos de Prensa, amparados en el anonimato, sólo pueden revestir, en el mejor de los supuestos para los recurrentes, el carácter de prueba *meramente* indiciaria que está proscrita en todo procedimiento civil, y el testimonio de las declaraciones prestadas en vía criminal no tienen carácter de prueba documental ni el de presunciones, pues en realidad es una prueba testifical a la que se le despoja de las garantías propias de este medio de pruebas, de que tenga lugar en el mismo pleito en que ha de tener efecto y con intervención en ella de la parte contraria, presenciándola, pudiendo formular repreguntas y alegar tachas; razonamiento que cobra acusado relieve si se tiene en cuenta la prueba propuesta como pericial por los propios recurrentes y aportada a autos como diligencia para mejor proveer, consistente en el Informe de la Escuela de Medicina Legal de la Universidad de Madrid, terminantemente se dice «que no hay razón científica, por los datos que constan, para poder afirmar la premoriencia de un cónyuge frente al otro, pues no existe prueba objetiva».

y ante ello hay que estimar probado ese estado de duda e incertidumbre base de la presunción legal, por lo que procede declarar la comoriencia de ambos cónyuges.

Considerando: Que, abordando el problema de la naturaleza jurídica del testamento mancomunado, desde el plano doctrinal, pero con especial referencia al Derecho positivo, al que necesariamente ha de contraerse la sentencia, el actor científico más autorizado ve en él un «negocio colectivo u acto jurídico complejo» constituido por dos declaraciones de voluntad, unitariamente conjuntas en el vínculo del consentimiento, que persiguen iguales intereses, se dirige a un mismo fin y allí se funden en el asentimiento conjunto o mancomunado; de tal suerte, que ambas declaraciones de voluntad se encuentran, al producirse el consentimiento, *una al lado de la otra y no una frente a la otra*, como en el contrato sucede al perseguir las partes intereses opuestos o cuando menos distintos; razonamientos que conducen a proclamar que toda cuestión que afecte a la mancomunidad testamentaria implica, no una forma de testar, como erróneamente se atribuye por la sentencia recurrida, sino una modalidad del consentimiento de los testadores como lo revela el fundamento de la prohibición que establecen los artículos 679 y 733, en relación con el 1.264 y 11 del Código civil; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 2, del expresado Código, respecto a los Derechos forales de Aragón, Navarra y Vizcaya, que incorporaron a su Ordenamiento jurídico aquella modalidad del consentimiento testamentario.

Considerando: Que, respecto a la eficacia del testamento ológrafo otorgado en mancomún, habrán de observarse de modo *conjunto*, haciéndolas compatibles, las solemnidades que exigen el Derecho común y el Derecho foral, sin que las partes puedan ni sustituirlas ni modificarlas, porque todas y cada una de ellas son igualmente esenciales en el otorgamiento de esa forma testamentaria mixta, anómala y excepcional, como lo revelan los artículos 687 y 688 del Código civil en relación con los artículos 17 del Apéndice Foral y 94 de la Compilación Aragonesa; y del contexto de los preceptos citados resulta la exigencia *ad substantiam* de tres requisitos: 1.º ***Autografía total y firmas por ambos testadores***, con expresión del año, mes y día en que se otorgue el testamento o testamentos de autos, requisitos incumplidos en ambos testamentos, porque las firmas del marido en el testamento de su mujer y la firma de la mujer en el testamento de su marido han sido puestas por quienes no han escrito el respectivo testamento, y, en su virtud, carecen dichas firmas de fuerza y de valor. 2.º ***Unidad de acto y otorgamiento*** que exige el Derecho foral para testar en mancomún, cualquiera que sea la forma de su otorgamiento, requisito que, a su vez, se desdobra en otros tres: unidad de asunto, unidad de tiempo y unidad de lugar; y, en su virtud, sólo podrá estimarse cumplido cuando desde la fecha del otorgamiento, momento inicial del acto, hasta la firma del mismo, momento final del acto, ambos testadores hayan escrito y firmado todo el testamento, y cláusula tras cláusula o ya línea tras línea, porque las cláusulas o las líneas son simples *partes* de un *todo* y la unidad ha de recaer sobre éste y no sobre aquéllas; requisito igualmente incumplido en autos al tratarse de dos testamentos sucesivos y no simultáneos, aunque hayan sido escritos en el mismo pliego de papel, distintos en cuanto a su contenido por los actos de disposición patrimonial, llamamientos hereditarios y revocabilidad testamentaria. 3.º ***Declaración conjunta de voluntad en mancomún***, requisito inexistente en autos, según se evidencia en todo su tenor literal por el uso continuo del pronombre y verbo

en primera persona del singular, todo lo cual revela que existe, no una voluntad *conjunta*, sino dos voluntades *autónomas* que, por su paralelismo, no podrían nunca unirse, fundiéndose, por más que se prolongara el proceso interpretativo.

Considerando: Que, respecto de las firmas de los cónyuges en los testamentos de ambos, de ningún modo pueden significar la existencia de una voluntad conjunta, pues, a más de dar por reproducidos los razonamientos del Considerando anterior, es lo cierto que la firma de cada cónyuge en el testamento del otro sólo podría significar una institución de heredero *reciprocity causa*, y entonces sería nula, a tenor de lo dispuesto en los artículos 687 y 672 del Código civil en relación con el artículo 26 de la Ley del Notariado, que estima aplicable al testamento ológrafo la sentencia de 4 de abril de 1895 en relación con la de 9 de abril de 1908, 25 de octubre de 1947 y 19 de febrero de 1956, preceptos legales y doctrina de indudable vigencia en los territorios forales cuando en los mismos se elige por los testadores algunas de las formas testamentarias prescritas en el artículo 676 del expresado Código; o bien la firma de cada cónyuge tendría como finalidad la de manifestar con ella la aceptación de la herencia del otro, y entonces adolecería de nulidad radical, conforme dispone el artículo 991 del Código civil, ya que nadie puede aceptar una herencia sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia; o, finalmente, la firma del marido en el testamento de la mujer podría *significar* la aprobación o conformidad a que la testadora disponga privativamente de bienes muebles que se habían hecho comunes, y la firma de la mujer en el testamento del marido, podría significar que el testador dispone de bienes comunes a la sociedad conyugal o privativos de su esposa, a tenor de lo preceptuado en el artículo 49, párrafo 3, del Apéndice Foral de Aragón; y, en último supuesto, la simple aprobación, conformidad o visto bueno de una persona a un acto realizado por otra, no podría significar, mucho menos en materia de testamentos, que haga suyo, y como propio aquel acto absolutamente ajeno a la persona que lo aprueba, y que continúa siendo ajeno, cuando quien lo aprueba no observa las formalidades prescritas por la Ley; y, en su virtud, hay que estimar inoperantes las firmas de cada cónyuge en el testamento otorgado por el otro a los fines de una pretendida mancomunidad.

Considerando: Que, respecto al testamento ológrafo otorgado por don M., es evidente que, si bien en su sentido literal sólo comprende su otorgamiento el supuesto de premoriencia respecto a su esposa, en su sentido espiritualista es evidente la eficacia del mismo en el supuesto de comoriencia de ambos cónyuges, toda vez que, en ambas hipótesis se produce la misma consecuencia; la falta de supervivencia del heredero frente al testador, y esa consecuencia estaba amparada por la voluntad real de quien otorgó el testamento y según el tenor del propio testamento sin que adquiriera relevancia el problema que las recurrentes plantean *in voce* en el acto de la vista, sobre una hipotética nulidad de la cláusula revocatoria del testamento de mancomún, sin renunciar el otorgante a los beneficios que le provinieran de las disposiciones del cónyuge premuerto, pues negado que ha sido por la Sala el carácter de testamento mancomunado es superfluo alegar la infracción del artículo 19 del Apéndice Foral de Aragón, pues sólo bajo aquella hipótesis podría alegarse, y mucho más cuando fallecidos simultáneamente ambos cónyuges, nunca podría darse tal supuesto de infracción.

Considerando: Que, respecto al testamento otorgado por doña A., todo el problema suscitado por los litigantes gira en torno a la eficacia o ineficacia de dos cláusulas fundamentales: A) la de otorgar conformidad plena y total a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento de su marido, escrito en el mismo pliego que el de la testadora y a presencia de ésta; B) la interpretación que haya de darse a la cláusula testamentaria de institución de heredero «a favor de mi esposo o herederos directos», toda vez que, por la carencia del pronombre posesivo, lo mismo podría significar que se trata de herederos del marido que de herederos *ab intestato* de la mujer, y en el primer supuesto, de igual modo podría extenderse la interpretación a los instituidos y a los sustitutos en primero y segundo término; y para resolver ambas cuestiones hay que tener muy presente las siguientes normas interpretativas: 1.^a Que la interpretación literal de las disposiciones testamentarias, a la que se refiere el artículo 665 del Código civil, sólo tiene en el aspecto *positivo* un valor *provisional*, en virtud de una interpretación que excede del ámbito de la propia interpretación gramatical, como lo es la interpretación lógica de la voluntad real del testador, según el contexto del testamento; mas en su aspecto *negativo* tiene un valor *fundamental*, al señalar los límites de una interpretación teleológica o sistemática, como lo revelan los términos del artículo 675, al limitar el resultado de la interpretación al tenor que resulte del propio testamento. 2.^a Que le está vedado al juzgador, bajo el pretexto de función *interpretativa*, investigar la intención del testador fuera del acto otorgado y colmar lagunas en el testamento cuando la voluntad real de aquél no ha sido expresada en la forma requerida por la Ley, como dispone el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de noviembre de 1962, reiterando doctrina establecida en las de 6 de diciembre de 1952, 12 de noviembre de 1948 y 8 de julio de 1940, porque a consecuencia del carácter formalista del testamento, que proclama el artículo 687 del Código civil, y de su naturaleza personalísima, que le impone el artículo 670 del expresado Código, le está vedado al intérprete adicionar o completar el contexto del testamento. 3.^a Que si a tenor de la voluntad del testador, *expresada en el propio testamento*, no hay absoluta certeza en la institución sucesoria, sea a título universal o particular, principal o subsidiaria, se produce entonces la apertura de la sucesión intestada, como revela la interpretación sistemática de los artículos 753, 772 y 773 en relación con lo dispuesto en el artículo 912, preceptos todos del Código civil; toda vez que, cuando el testamento no permite mostrar *por sí solo*, y con absoluta seguridad, si el testador ha querido instituir, qué es lo que ha querido instituir y a quién se ha propuesto instituir, es inoperante pretender encontrar su voluntad real en un acto, o actos totalmente extraños al mismo y a la forma *ad solemnitatem* que el Código civil exige.

Considerando: Que la cláusula, de conformidad plena de la testadora al testamento preexistente de su marido, revela indudablemente una disposición *per relationem*, toda vez que la testadora, en lugar de manifestar cumplidamente su voluntad en el testamento otorgado, se remite a un acto ajeno, como es el testamento del marido, aun cuando esté contenido en el mismo pliego; unidad de pliego que es irrelevante cuando en él se contienen dos declaraciones de voluntad autónomas; y las cláusulas *per relationem* infringen el principio de la personalidad de los testamentos, en cuanto suponen la intervención de una voluntad ajena al acto dispositivo, que establece el artículo 670 del Código civil y el principio formalista que proclama el artícu-

lo 672 del expresado cuerpo legal; pues si bien en su interpretación literal, conforme a sus preceptos históricos, sólo se extiende su ámbito a las antiguas memorias testamentarias, en su interpretación teleológica, la prohibición alcanza también a las cláusulas *per relationem*, *mysticas* o «en blanco», desprovistas de contenido propio en virtud del acto remisorio, toda vez que si el Código civil niega validez testamentaria a los papeles y cédulas del testador que no reúnan todos y cada uno de los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo, con mayor razón ha de ser aplicable el precepto legal a aquellos escritos o papeles que, como en autos sucede, ni siquiera han sido redactados autógrafamente por quien otorgó el testamento.

Considerando: Que la cláusula de institución sucesoria, que establece la testadora «a favor de mi esposo o *herederos directos*», sólo alcanzaría eficacia, en su caso, respecto del primero y no respecto a los segundos; porque según el tenor del propio testamento, al omitir la testadora los pronombres posesivos, «sus» o «mis», que de ningún modo puede completar el intérprete, hay incertidumbre absoluta sobre si se refiere aquélla a los *herederos del marido*, designados en primero y en segundo término, dada la facultad revocable que se reserva aquél y la posibilidad de una fiducia sucesoria en vida absolutamente ilegal; o los *herederos de la mujer*, o herederos *ab intestato*, y entonces la expresión testamentaria sería inadecuada para designar a los demandados en el pleito que ni son parientes, ni están nombrados directamente herederos por ella, ni lo están por su marido en primer lugar; y como la duda recae no sobre la persona a quien se ha instituido heredero, aunque con infracción palmaria del artículo 672 del Código civil, sino sobre la existencia misma de la institución hereditaria, es claro que procede la apertura de la sucesión intestada respecto de la herencia de doña A., a tenor de los preceptos legales citados del Código civil en relación con el artículo 34 y concordantes del Apéndice Foral de Aragón, sin perjuicio de la sucesión testamentaria de don M. respecto a su propia herencia y en cuanto a sus bienes privativos y comunes que pueden corresponderle, previa liquidación en forma, de la sociedad conyugal, que se llevará a efecto en período de ejecución de sentencia.

Considerando: Que, respecto a la reconvencción promovida por la demandada, doña B. G. L., sobre el carácter troncal de determinados bienes que reivindica, hay que tener muy presente que las normas de carácter procesal que hacen referencia a la adecuación del procedimiento son de orden público; y así, las sentencias de 23 de noviembre de 1963, en relación con las de 29 de abril de 1950 y 5 de enero de 1956, terminantemente declaran que la Ley determina el procedimiento que ha de seguirse para resolver las cuestiones litigiosas, sin que las partes puedan ni sustituir aquellas normas, ni modificarlas; y como del examen de los autos, aparece que en la reconvencción promovida, al amparo del artículo 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no ejercita la reconveniente, frente a la demandante, ningún derecho privativo con fuerza bastante para anular o modificar los efectos posibles de la acción ejercitada en la demanda, sino que, alterando los términos de la *litis* y la posición de las partes en el proceso, sólo persigue los pronunciamientos de condena que solicita frente a los otros codemandados, y no frente a la actora, contra los que realmente se promueve la reconvencción, es evidente la inadecuación del procedimiento para el examen y resolución de las cuestiones planteadas, y, en su virtud, se impone la absolución en la instancia.

de esos codemandados contra los que se pretende pronunciamiento de condena, sin haber sido oídos ni vencidos en juicio.

Considerando: Que, respecto a la reconvencción promovida por los demandados hermanos G. R. y don D., procede acceder al primer pedimento de la misma en cuanto solicita el carácter de bien propio de la sociedad conyugal de la farmacia de autos, pues del examen de los autos aparece probado: A) Que don M. adquirió por traspaso de su madre política, doña P., la explotación de la farmacia de autos, titulada «Viuda de T. G.», que en su origen perteneció a los padres de la actora. B) Que en la fecha del traspaso la transmisión era usufructuaria de la totalidad de los bienes que constituyen la empresa farmacéutica y nuda propiedad de la mitad indivisa de los mismos, correspondiendo la otra mitad a doña A., esposa de don M., quien la aportó con tal carácter al matrimonio contraído. C) Que hasta el momento de la disolución del matrimonio ambos cónyuges poseyeron conjuntamente la farmacia en cuestión, sin perjuicio de la titularidad administrativa y mercantil de la empresa que giraba bajo el nombre «Farmacia Viuda de T. G., Sucesor M. G.», mas del examen de los autos aparece también la improcedencia de los restantes extremos de la reconvencción, pues el primero, dirigido a que se declara la adquisición exclusiva de la farmacia por don M., es inadmisibile, tanto en su modo originario de adquirir, porque la usucapión no puede darse entre condóminos, como en su modo derivativo de adquisición, tradición y contrato, en virtud de los razonamientos que preceden; y en cuanto al segundo extremo, por el que se pretende se declare «que el actual propietario, don J. G. R., lo es por justo y legítimo título de herencia de su hermano don M.», hay que tener muy presente que la adjudicación de la farmacia al reconviniente se hizo unilateralmente por sus hermanos, sin la previa liquidación de la sociedad conyugal con doña A. o sus herederos, por lo que es ineficaz dicha adjudicación.

Considerando: Que, declarada por la Sala la ineficacia como testamento mancomunado de las declaraciones de última voluntad expresadas en forma ológrafo por ambos cónyuges y la invalidez del testamento ológrafo otorgado por doña A.; y declarada tan sólo la eficacia del testamento por don M., en cuanto a sus bienes privativos y los comunes que puedan corresponderle, es claro que faltan todos y cada uno de los presuntos de la adquisición de la herencia aceptada; al ser ineficaz el testamento mancomunado de que se deriva y, por tanto, la *delación* u *oferta* de la herencia, en los términos prescritos por el artículo 658 del Código civil, es ineficaz el efecto transmisorio del *título hereditario* causado por la *aceptación*, respecto del documento en sí mismo y respecto al contenido del documento, ineficacia que arrastra la nulidad del *modo de adquirir*, que se plasma en el cuaderno particional, por haber sido hecha la partición sin el consentimiento ni de la demandante ni de los otros codemandados, puesto que los artículos 1.057 y 1.449 del Código civil son un obstáculo insuperable para que se pueda conceder a un grupo de herederos, como lo son los demandados hermanos G. R., la facultad de decidir, por sí solos, cuanto se refiera a la disposición del caudal relicto, sin la ratificación de todos los demás coherederos; y, a mayor abundamiento, como en la partición de bienes, figuran algunos que no eran propiedad de don M., por serlo de su esposa doña A., y otros que, por su carácter troncal, no podían integrar la herencia ni de aquél ni de ésta, es claro que procede la nulidad de actos de disposición realizados por los herederos demandados y la nulidad de las inscripciones registrales causadas a favor de

aquéllos, toda vez que el causante de aquéllos ni era dueño, ni podía serlo respecto de todos los bienes que fueron objeto de la partición, cuya nulidad igualmente se interesa.

Considerando: Que, en méritos de lo expuesto, procede la estimación parcial de la demanda promovida por doña E. B. L., en cuanto solicita la nulidad del testamento mancomunado otorgado por ambos cónyuges; la ineficacia de la cláusula testamentaria, por la que la testadora doña A. aprobaba el testamento otorgado por su esposo, causante de los demandados hermanos suyos; la nulidad de actos de disposición, realizados por los demandados, con la declaración de ineficacia de los títulos de adquisición e inscripciones registrales, y, finalmente, la reivindicación de bienes y frutos en los términos que se expone en el fallo; se estima parcialmente la reconvencción promovida por los hermanos G. R., y se declara que la farmacia de autos constituye un bien común de la sociedad conyugal; y, finalmente, se estima también, en parte, la reconvencción implícita contenida en el pedimento 6 de la contestación a la demanda formulada por doña B. G. L. respecto a los bienes troncales por línea paterna que se acrediten en período de ejecución de sentencia; desestimando todos aquellos pedimentos de la demanda y reconvencciones que no hayan sido reconocidos expresamente en la parte dispositiva de esta resolución y de los que se absuelve a aquellos contra quienes se dirigen; todo ello, sin especial pronunciamiento en cuanto a imposición de costas en ambas instancias a ninguna de las partes litigantes.

III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El 14 de febrero de 1969, la Sala Primera del Tribunal Supremo (ponente: Excelentísimo señor don Antonio de Vicente-Tutor y Guelbenzu) casa la sentencia de Zaragoza.

Considerando: Que descartado el problema de la premoriencia de alguno de los cónyuges respecto del otro, al dar por probado la sentencia de instancia que ambos fallecieron a la vez y no hubo, por ende, transmisión de herencia entre ellos, que no ha sido combatida en el recurso, el primer problema que el pleito presenta es el de determinar si es o no posible en Aragón y por personas aragonesas el otorgamiento de testamento mancomunado en forma ológrafa; y sin desconocer las teorías doctrinales que niegan tal posibilidad con base en la dificultad de cumplir en el testamento mancomunado los requisitos que el ológrafo requiere conforme a las normas que lo regulan en el Código civil, unido a la falta de existencia y arraigo de tal forma de determinar las sucesiones en el Derecho tradicional y en el positivo de dicha Región; lo cierto y positivo es que el artículo 17 del Apéndice al Derecho civil correspondiente a Aragón de 1925, que rige por razón del tiempo el testamento debatido, al regular el testamento mancomunado no limita en modo alguno la forma de su otorgamiento, y en su consecuencia y dado el principio general y básico que sustenta todo el Derecho especial de Aragón de la primacía total de la voluntad de los otorgantes *standum est chartae*, se debe concluir con la posibilidad del otorgamiento del testamento mancomunado en forma ológrafa en Aragón; máxime si se tiene en cuenta que la nueva compilación de dicho Derecho de 1967 en su artículo 94 estatuye de un modo termi-

nante que el testamento mancomunado podrá revestir cualquier forma común, especial o excepcional, con tal de que sea compatible con los requisitos establecidos, para cada uno de ellos, en las disposiciones vigentes; y lo mismo sucede en Alemania, uno de los pocos países cuya legislación admite el testamento mancomunado, que en su Código civil y párrafos 2.265 y 2.267 regula su otorgamiento en forma ológrafa, dándola plena validez si está escrito por uno de los cónyuges y si el otro añade la declaración de que debe valer también como suyo, escrita y firmada de su propia mano.

Considerando: Que sentada la anterior doctrina, surge el problema de determinar si en el testamento en cuestión se han cumplido o no los requisitos que la Ley exige para su validez y más concretamente en el otorgado por la mujer, ya que respecto del marido no ofrece duda ni a las partes, ni a la sentencia recurrida, sobre su total eficacia.

Considerando: Que se impugna el testamento de la esposa con base en que no están escritas de su puño y letra aquellas cláusulas de disposición de bienes, salvo en la que nombra heredero universal a su esposo y se limita literalmente a consignar; «y doy conformidad plena y total a cuantas estipulaciones se consignent en el testamento que de su puño y letra ha escrito—se refiere a su marido—a su presencia en este mismo pliego de papel», firmando ambos cónyuges los dos testamentos como modo de autenticar su contenido; y comoquiera que el artículo 17 del Apéndice ya citado estatuye que en el testamento mancomunado podrán los cónyuges expresar juntos las disposiciones o llevar uno solo la palabra y limitarse el otro a aceptar y consentir las manifestaciones del otro cónyuge (1), es evidente que la esposa expresó en la forma más clara y contundente que cabe su conformidad con la disposición de bienes hecha por el esposo, ratificando el contenido de su testamento, y procede declarar la validez y eficacia del mancomunado de referencia en toda su extensión; sin que sea obstáculo para ello el párrafo en que la testadora dice: «Igualmente confío a mi esposo o herederos directos la entrega de las modestas joyas que fueron de uso de mi querida madre (q. e. p. d.) a la Hermandad de Santa Orosia, según reiterado deseo que ella misma manifestó en vida», ya que en nada contradice la institución de herederos anterior y constituye un encargo de confianza sobre cosas de poco valor según manifiesta la propia testadora.

Considerando: Que también se impugna el testamento de la esposa por existir incertidumbre en la designación de sus herederos, dada la forma en que hace la suya el marido al emplear el pronombre «mío» y el verbo «nombro» en primera persona y en singular, siendo así que de tratarse de testamento mancomunado debió decir «nuestros» refiriéndose a los bienes y «nombramos» en relación a los herederos; y comoquiera que, aparte de los defectos de redacción que se observan en casi todos los testamentos ológrafos no otorgados por peritos en Derecho, la mujer da en el suyo plena y total conformidad

(1) El artículo 17 del Apéndice copia casi literalmente la observancia primera *De testamentis*. Es decir: no es un texto hecho en contemplación al testamento ológrafo, sino precisamente en un régimen legal que sólo conocía el testamento abierto y el cerrado: en él, según la observancia, si los cónyuges hablan juntos o cada uno dispone por sí, el testamento mancomunado era revocable; *secus si alter eorum tantum disponat seu testetur et alter non loquatur seu testetur sed consentiat dispositioni seu testamento facto per alium, quia tunc consentiens non potest contravenire*. De la traducción al castellano de este precepto deduce la S. que en Aragón no es precisa la autografía total del testamento ológrafo mancomunado.

a cuantas estipulaciones se consignen en el testamento de su marido; es indudable que hace suyas las instituciones de heredero y ratifica totalmente sus disposiciones en la forma autorizada en el artículo 17 del Apéndice ya citado.

Considerando: Que sentados los anteriores razonamientos, debe prosperar el recurso en su totalidad, estando encuadrados los cuatro motivos en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denunciar la violación del principio de Derecho y artículos citados y del 665 del Código civil al no existir incertidumbre en cuanto a la institución de herederos de la mujer; así como del artículo 12 del mismo Código en su párrafo 2.º, y 13, al ser los otorgantes personas sujetas al Derecho especial de Aragón; y basado también en la aplicación indebida de los artículos 667 y 662 del Ordenamiento sustantivo, que no son aplicables en dicha Región foral conforme a los artículos 17 y 29 del Apéndice.

En la segunda sentencia hay un Considerando muy particular:

Considerando: Que si bien no puede accederse a la declaración de que determinados bienes de la herencia tienen carácter troncal, con la consiguiente adscripción a los herederos directos a quienes correspondan, al no haber sido afortunadamente dirigida la petición reconvencional, debe respetarse tal carácter y reservar a tales herederos sus derechos que podrán ejercitar en la vía y ante la jurisdicción que corresponda (2).

(2) Reserva inútil, contradictoria con el resto de la S. que declara válido el testamento y existente una institución universal de heredero hecha—asintiendo—por doña Amelia. Si no hay sucesión intestada, ni troncalidad (propia sólo de ésta), no hay «herederos directos» ni posibilidad alguna de reserva.