

## EL TESTAMENTO MANCOMUNADO ARAGONÉS\*

Alfredo SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA

*Profesor Titular de Derecho civil*

### RESUMEN

El testamento otorgado por más de una persona –pluripersonal o mancomunado– es una institución tradicional del Derecho civil aragonés, aunque también está documentada su práctica en todo el Reino de España hasta que lo prohibiera el Código civil a finales del siglo XIX. Este trabajo analiza la naturaleza y características más relevantes del testamento mancomunado y en particular su regulación en el Derecho histórico de Aragón y en el actual, en el que continúa plenamente vigente, con especial atención a sus problemas más relevantes, entre los que merecen cita expresa en este lugar los que suscita la distinta vecindad de los testadores, la naturaleza y régimen de las disposiciones de los otorgantes recíprocamente vinculadas –correspectivas– y la revocación por uno solo de los testadores de su testamento otorgado en forma mancomunada.

**Palabras clave:** Testamento mancomunado, disposiciones correspectivas, revocación del testamento.

### ABSTRACT

Wills granted by more than one person –multi-personal or joint wills– are a traditional institution in civil Aragonese Law, although granting of these types of

---

\* El autor ha enmarcado este estudio en sus aportaciones al grupo IDAA (Investigación y Desarrollo del Derecho Aragonés), financiado con fondos del Gobierno de Aragón y de la Unión Europea.

wills is documented in all of the Kingdom of Spain until it was prohibited by the Civil Code at the end of the 19th Century. This document analyses the nature and more relevant characteristics of the joint will and in particular its regulation in the historical Law of Aragón and in current Law, where it is still in force, focusing on its more relevant problems. The problems that deserve special mention are the ones related to the different vicinities of the grantors, the nature and regime of the provisions of the grantors that are reciprocally linked –co-respective– and the revocation by only one of the testators of the will granted in a joint manner.

**Keywords:** joint will, co-respective provisions, will revocation.

## SUMARIO

I. APROXIMACIÓN AL TESTAMENTO MANCOMUNADO. 1. TERMINOLOGÍA. 2. CONCEPTO. II. ORIGEN Y RELEVANCIA DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO EN LA SOCIEDAD ARAGONESA. 1. EL TESTAMENTO MANCOMUNADO EN LOS FUEROS Y OBSERVANCIAS. 2. SU REGULACIÓN EN EL APÉNDICE. 3. EL TESTAMENTO MANCOMUNADO EN LA COMPILACIÓN. 4. LA LEY DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE Y EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN. III. NATURALEZA JURÍDICA. IV. ELEMENTOS PERSONALES. 1. NÚMERO DE TESTADORES Y RELACIÓN ENTRE ELLOS. 2. CAPACIDAD DE LOS OTORGANTES. 3. VECINDAD CIVIL. EL ARTÍCULO 417.2 DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN. V. LA FORMA DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO. 1. EL TESTAMENTO MANCOMUNADO CERRADO. 2. EL TESTAMENTO MANCOMUNADO OLÓGRAFO. VI. CONTENIDO. 1. INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE OTORGANTES. 1.1. *La sustitución legal preventiva de residuo*. 2. DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS. 2.1. *Concepto y requisitos de la correspectividad*. 2.2. *Régimen legal*. VII. REVOCACIÓN Y MODIFICACIÓN DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO. 1. REVOCACIÓN EN VIDA DE AMBOS TESTADORES. 2. REVOCACIÓN POR EL SOBREVIVIENTE. 3. DISPOSICIÓN INTER VIVOS DE BIENES AFECTOS A DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS.

## 1. APROXIMACIÓN AL TESTAMENTO MANCOMUNADO

### 1. TERMINOLOGÍA

El testamento otorgado por más de una persona ha recibido distintas denominaciones según el tiempo y el lugar. En Aragón, heredado de los textos legales inmediatamente anteriores (Apéndice y Compilación), en el Código de Derecho Foral de Aragón, que refundió la Ley de sucesiones por causa de muerte y recoge el derecho positivo vigente, recibe el nombre de testamento mancomunado que, sin embargo, no era el utilizado de modo uniforme antes de promulgarse el

Apéndice en 1925, como se advierte en las conclusiones del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-81 donde la pregunta del Tema III del Capítulo dedicado a sucesiones se formulaba en los siguientes términos: «¿*Deben conservarse los testamentos mutuos o recíprocos, y los conjuntos, vulgarmente llamados de hermandad?*», poniendo de manifiesto que *mancomunado* no era el término que servía para designar el testamento que nos ocupa.

En derecho navarro es conocido como testamento de hermandad (Ley 199 FN) y como testamento *congiuntivo o recíproco* en el *Codice* italiano, mientras otros textos se limitan a describir el hecho de testar dos o más personas en un solo acto, absteniéndose de asignarle un *nomen iuris*, como en el artículo 968 del Code francés o en el artículo 4º del Convenio de La Haya de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, que alude a las «*disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo documento por dos o más personas*» sin utilizar siquiera la denominación «*testamento conjunto*», generalizada en Derecho internacional privado.

Cuando el artículo 669 CC dice que «*no podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento...*», el uso de la disyuntiva «o» en el precepto, si se entiende en la acepción que denota diferencia y no equivalencia, mueve a pensar que testar mancomunadamente sea algo diferente a testar varias personas en un mismo instrumento y que el precepto aluda a algún requisito de contenido como la institución recíproca entre testadores o la vinculación entre las disposiciones de ambos. Aunque posibles y frecuentes, este tipo de disposiciones no son consustanciales a esta variedad de testamento, por lo que, independientemente de que puedan incluirse en él, el testamento mancomunado no requiere nada más que lo que resulta de su factura externa: otorgarse por más de una persona.

## 2. CONCEPTO

Con esta misma orientación, vigentes los Fueros y Observancias, decía ISÁBAL que testamento mancomunado es el que convienen en otorgar más de una persona en un mismo acto, siendo accidental el hecho de establecer la sucesión a favor de un tercero o en recíproco favor de los otorgantes (ISÁBAL, M., *Enciclopedia Jurídica*) y promulgado el Apéndice, su artículo 17 entendía por tal el testamento hecho por los cónyuges «*en un mismo acto u otorgamiento, ya lo verifiquen en provecho recíproco, ya en beneficio de tercero*».

Tras promulgarse la Compilación en 1967, la opinión de MERINO coincide también con la de ISÁBAL (MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Comentarios al Código Civil y...*, 1987, p. 95) y, haciendo suyas las palabras de IBÁÑEZ CEREZO, entendía bastante caracterizar el testamento mancomunado como el acto de disposición *mortis causa* otorgado por dos o más personas «*en un solo momento, en un solo documento*» (IBÁÑEZ CEREZO, A., *El testamento mancomunado*, 1943, p. 251). Vigente la Ley de sucesiones, para GARCÍA VICENTE el testamento mancomunado queda definido en ella, en primer lugar porque lo otorgan dos personas y en segundo término por el carácter vinculante de las disposiciones correspectivas, si las hay (GARCÍA

VICENTE, F., *El testamento mancomunado*, RDCA, V-1999-1º, p. 67); pero la posibilidad de que el testamento no contenga disposiciones de esta clase hace de su otorgamiento por dos personas la única característica que necesariamente debe concurrir en el testamento mancomunado. Abundando en esta idea, la STS 13 de febrero de 1984 dice que el testamento mancomunado es «*aquel que contiene en un solo acto o instrumento las declaraciones de última voluntad de dos personas, y caracterizado, por tanto, por su unidad instrumental no por su contenido*».

El testamento mancomunado, dice el artículo 406.3 CDFR, es «el acto naturalmente revocable por el cual dos personas ordenan en un mismo instrumento, para después de su muerte, con o sin liberalidades mutuas y disposiciones correspondientes, el destino de todos sus bienes o de parte de ellos»; texto vigente que, al admitir la eventual inexistencia de disposiciones correspondientes o recíprocamente vinculadas –que existan o no liberalidades mutuas entre los testadores no es trascendente– coincide con la noción expuesta, de suerte que, en el ordenamiento sucesorio aragonés vigente, testamento mancomunado es el que otorgan dos personas en un mismo instrumento, cualquiera que sea el sentido de sus disposiciones y la dependencia o independencia entre ellas.

Incluso para los códigos que lo prohíben, el testamento mancomunado se caracteriza por su factura externa de testamento otorgado por varias personas, y así el artículo 968 del *Code* dispone que «*un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes*» y el artículo 589 del *Codice*, rubricado *testamento congiuntivo o reciproco*, impide testar a «*due o più persone nel medesimo atto*»; sólo el artículo 669 CC, como hemos visto, al prohibir testar a dos o más personas «*mancomunadamente o en un mismo instrumento*» puede suscitar la duda acerca de si la disyuntiva *o* indica aquí diferencia o equivalencia, aunque no parece que esta forma de expresarse pretenda tener un significado distinto a otorgar testamento conjuntamente.

## II. ORIGEN Y RELEVANCIA DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO EN LA SOCIEDAD ARAGONESA

El testamento mancomunado es una creación consuetudinaria que resulta de la práctica testamentaria a la que durante siglos han recurrido los aragoneses –general, aunque no necesariamente, cónyuges– carente de regulación en los textos normativos, salvo algún precepto puntual. En muchos de los casos de frecuente cita las normas del derecho histórico más que regular el testamento mancomunado tenían por objeto la institución recíproca entre cónyuges, y así sucede con el precedente que en el derecho castellano algunos consideran el más antiguo de esta forma de testar que es la Ley IX del Título VI, Libro III, del Fuero Real, sobre «*como el marido y la muger pueden hazer hermandad*».

En Aragón el mancomunado es la forma testamentaria a la que mayoritariamente han recurrido en toda época los cónyuges, y en algún caso quienes no lo

eran. Los archivos documentales ponen de manifiesto que hasta el siglo XII todos los cónyuges testaban en forma mancomunada, ya que no se encuentran testamentos unipersonales otorgados por personas casadas (DELGADO ECHEVERRÍA, J., *El testamento mancomunado...* 1994, p. 291); según MOUTON «*el testamento en mancomún es de uso frecuentísimo en el territorio aragonés, y sus resultados siempre han sido excelentes*» (MOUTON Y OCAMPO, L., *Derecho...*, 1911, p. 235) y BELLOD, cuya obra es de consulta imprescindible en la materia, (*El testamento mancomunado...*, Zaragoza, 1997) da cuenta del elevado número de testamentos de esta clase otorgados en toda época. Sin embargo, en el plano normativo sólo la Observancia 1ª, *de testamentis*, se ocupó puntualmente del testamento mancomunado, regulando su revocabilidad en función de la forma en que los testadores hubieran expresado su última voluntad.

Fuera de Aragón también parece sentida –especialmente por los cónyuges– la necesidad de testar conjuntamente, como ponen de manifiesto los datos estadísticos de los testamentos que, según refiere el notario CASTIELLA, otorgan ambos cónyuges ante Notarios de toda España en la misma fecha e idénticos términos, con números de protocolo correlativos (CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., *El testamento mancomunado...*, 1993, p. 48-50), y según el también notario GARCÍA GRANERO, las ventajas que proporciona la ordenación simultánea y mancomunada de la sucesión *mortis causa* de ambos cónyuges son realmente importantes y en ocasiones el único medio de dar adecuada solución a problemas prácticos que son realmente insolubles dentro del estrecho marco del Código Civil (GARCÍA GRANERO, J., *Comentarios al Código...*, pp. 219 y 220).

## 1. EL TESTAMENTO MANCOMUNADO EN LOS FUEROS Y OBSERVANCIAS

Según LACRUZ, el origen del testamento mancomunado se encuentra probablemente en las donaciones *post-obitum* que ambos cónyuges solían dejar dispuestas de consuno (LACRUZ BERDEJO, J. L., *El régimen matrimonial...*, 1946, p. 106) aunque lo cierto es que en los Fueros no podemos encontrar regulación alguna, y sólo la citada Observancia 1ª *de testamentis* se ocupaba de él en los siguientes términos: «*si el marido y la mujer hacen juntos su testamento, ya sea hablando ambos y disponiendo de los bienes conjuntamente, ya sea hablando cada uno de ellos por su parte, haciendo sus propios legados y otros actos, el superviviente, en lo que atañe a sus propios bienes, puede cambiar el testamento. Lo contrario ocurre si solamente uno de ellos dispone de los bienes o hace testamento y el otro no habla o no hace testamento sino que consiente en la disposición o testamento hecho por el otro. Entonces el que consiente no puede contravenir al testamento*». Estamos, en suma, ante una creación consuetudinaria regulada durante siglos por la propia costumbre en todos sus aspectos y requisitos, sin otra norma escrita hasta la promulgación del Apéndice al Código civil que la relativa a la revocabilidad contenida en la Observancia citada.

## 2. SU REGULACIÓN EN EL APÉNDICE

Como queda dicho, el primer texto escrito que contiene una regulación más amplia del testamento mancomunado secularmente otorgado por los aragoneses

es el Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón, aprobado por RD de 7 de diciembre de 1925 (que MONEVA Y PUYOL prefería denominar «Cuaderno Foral de Aragón»), introduciendo en el régimen de la revocación una novedad extraña a la tradición aragonesa, aunque en sintonía con los principales motivos que determinaron su prohibición en el Código civil, en concreto la preocupación por la deslealtad que podía suponer –y a veces suponía– la revocación de su testamento por el testador supérstite tras la muerte del otro testador.

El Apéndice dedicó tres artículos al testamento mancomunado, disponiendo el artículo 17 en su primer párrafo que «Los cónyuges pueden testar de mancomún, en un mismo acto u otorgamiento, ya lo verifiquen en provecho recíproco, ya en beneficio de tercero; ora expresen juntos las disposiciones, ora lleve uno solo la palabra y el otro se limite a aceptar y consentir las manifestaciones; ora cada testador ordene lo concerniente a sus respectivos bienes», texto que refleja las dos posibles formas tradicionales de expresar la última voluntad aludidas en la Observancia de reiterada cita; dedicó los dos párrafos restantes de este artículo a disponer que ya se otorgue dentro o fuera de Aragón, bien como testamento ordinario en sus diversas formas, ya militar o marítimo, se admita siempre que los cónyuges aragoneses puedan otorgar testamento mancomunado. Iniciando una línea normativa que ha llegado hasta hoy, el artículo 18 del Apéndice dispuso la pérdida de eficacia del testamento mancomunado si en vida de los testadores se declara «la nulidad del matrimonio, se decreta la separación conyugal o se entabla demanda de divorcio o querrela de adulterio, de la existencia de la cual sea sabedor el cónyuge al morir».

Las normas sobre revocación fueron la principal novedad del Apéndice, al disponer su artículo 19 que en vida de ambos testadores el testamento podía ser revocado por los dos en la misma forma que lo otorgaron, o por uno solo de ellos respecto de sus propias disposiciones, previa notificación notarial al otro de su intención de hacerlo; pero muerto uno de los otorgantes el sobreviviente sólo podría modificar lo dispuesto de mancomún sobre sus propios bienes si renunciaba «*enteramente*» a los beneficios que le provinieran de las disposiciones del finado, de suerte que una vez aceptada por el supérstite cualquier liberalidad a su favor concedida en el testamento mancomunado quedaban para él «*irrevocablemente obligatorias todas las condiciones y disposiciones del testamento que fueran originariamente lícitas*», deviniendo el testamento para el supérstite irrevocable.

La regulación del artículo 19 del Apéndice era consecuencia de considerar que todas las disposiciones recíprocas entre los testadores eran correspectivas –aunque tal término no figurase en su texto– dando lugar a consecuencias injustas y según LACRUZ «*sembró la consternación entre los juristas aragoneses*» (LACRUZ BERDEJO, J. L., *Revocabilidad del testamento...*, p. 352), al propiciar sentencias de la AT de Zaragoza que declaraba nulos posteriores testamentos del viudo, incluso cuando solo había disfrutado el usufructo viudal, derecho de origen legal y naturaleza familiar, ya que era la celebración del matrimonio la que, según el artículo 63 del Apéndice, atribuía viudedad a los cónyuges «*por ministerio de la ley*», o como la STS 4 de diciembre de 1986, que resolviendo sobre la impugnación de enajenaciones realizadas por la testadora supérstite, una a título oneroso y dos por donación, confirmó la sentencia recurrida de la AT de Zaragoza de 16 de diciembre de 1983, a su vez confirma-

toria de la sentencia de primera instancia, declarado nulas tres enajenaciones, una por compraventa y dos donaciones, y las inscripciones registrales causadas por ellas, con fundamento en que la enajenante había otorgado en 1951 testamento mancomunado con su premuerto esposo concediéndose recíprocamente viudedad universal «incluso de los bienes muebles», derecho al que ella no había renunciado, y que no es según la sentencia un «usufructo legal» u *ope legis*, sino un «usufructo universal» concedido precisamente en el testamento.

### 3. EL TESTAMENTO MANCOMUNADO EN LA COMPILACIÓN

Cinco artículos dedicó la Compilación de Derecho civil de Aragón de 1967 a regular el testamento mancomunado, siendo su innovación más importante sustituir el riguroso régimen de revocación del artículo 19 de Apéndice por otro que, conservando la libre revocabilidad en vida de los testadores, tanto por ambos como unilateralmente por cada uno de ellos en cuanto a sus propias disposiciones (art. 96), incorpora al texto el concepto de correspectividad, rotulando el artículo 97 «*disposiciones correspectivas*», que su primer apartado define como «*aquellas disposiciones que, por voluntad declarada de ambos en el mismo testamento o en documento público, estén recíprocamente condicionadas*».

El artículo 97.3 mantuvo la imposibilidad de que muerto uno de los cónyuges el sobreviviente pudiera revocar o modificar las disposiciones correspectivas que se hallasen en vigor, pero esta disposición solo afectaba ya a las disposiciones que tuvieran tal carácter por así disponerlos los testadores. En vida de ambos, la revocación unilateral debía hacerse en testamento abierto ante Notario, y este notificar al otro cónyuge –ya no con carácter previo, como en el Apéndice, sino dentro de los ocho días hábiles siguientes– el mero hecho de que tales disposiciones habían sido revocadas o modificadas. La revocación unilateral del testamento producía la ineficacia total de las disposiciones correspectivas.

Como novedad, el artículo 95 dispuso que, salvo declaración en contrario, la institución mutua y recíproca entre cónyuges producía los mismos efectos que el «*pacto al más viviente*», manteniendo el artículo 98.1 el criterio del artículo 18 del Apéndice sobre los efectos de las crisis matrimoniales y, a su tenor, las sentencias de nulidad matrimonial, divorcio y separación hacían ineficaces las liberalidades que se hubieran concedido los cónyuges en el testamento mancomunado, y también todas las disposiciones correspectivas. Ineficacia que no producía por sí sola la pendencia de estos procesos, ya que en caso de fallecer uno de los testadores encontrándose en trámite, el apartado 2 del citado artículo 98 permitía que pudieran continuarse hasta su fin por los herederos de un cónyuge, dejando mientras en suspenso la efectividad de tales disposiciones y liberalidades.

### 4. LA LEY DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE Y EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN

La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte contenía la vigente regulación del testamento mancomunado y, en general, la regulación

de las sucesiones regidas por el derecho aragonés, preceptos hoy refundidos en el Código del Derecho Foral de Aragón tras la promulgación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo. Sin perjuicio del estudio detallado que seguirá, resaltemos aquí sus novedades, de las que quizá sea la principal suprimir la exigencia de que los otorgantes sean cónyuges, no requiriendo tampoco que sean parientes entre sí, por lo que el testamento mancomunado puede otorgarse por cualesquiera dos personas.

La Ley cambió el sentido de la presunción legal cuando los otorgantes se instituyen herederos recíprocamente, de suerte que bajo su vigencia ya no produce los efectos del pacto al más viviente, «*salvo declaración en contrario*» como disponía el artículo 95 de la Compilación, produciéndolos sólo en caso de que así lo establezcan los testadores.

La Ley mantuvo en líneas generales el régimen de revocación introducido por la Compilación, entendiendo que la lealtad debida entre los testadores exige que toda revocación unilateral se notifique al otro testador para que, si así lo desea, pueda obrar en consecuencia, y ello aunque el testamento no contenga disposiciones correspectivas.

Incorporó una nueva norma destinada a regular las consecuencias que se siguen de la enajenación de bienes hecha en vida por los testadores cuando afecte a la eficacia de las disposiciones correspectivas cuyo objeto fuera precisamente el destino *post mortem* de tales bienes, y son también novedad los dos artículos (95 y 96) que regulan el testamento mancomunado cerrado y el ológrafo, lo que constituye una excepción en una Ley que ha dejado la regulación de la formas testamentarias a la aplicación supletoria del Código civil (art. 1º.2 CDFR), excepción que se justifica por el hecho de que el Código civil no regula el testamento mancomunado, al prohibirlo su artículo 669.

Como queda dicho, el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón (BOA del 29 de marzo), aprobó, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, entre ellas la de Sucesiones por causa de muerte, manteniendo su texto, salvo alguna modificación que para regularizar, aclarar o armonizar autorizaba el apartado 2 de la Disposición final de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, que autorizaba al Gobierno de Aragón a refundir la leyes vigentes en el citado Código.

### III. NATURALEZA JURÍDICA

Determinar la naturaleza del testamento mancomunado es una cuestión relevante, dadas las peculiares circunstancias que concurren en él: la intervención de dos testadores en un acto que, en cuanto testamento, ha sido siempre unilateral; la eventual vinculación de la voluntad de ambos testadores; la restricción a la li-



bre revocabilidad en algún supuesto, y el tenor de disposiciones legales, como el derogado artículo 95 de la Compilación y el 419.1 CDFA, que relacionaban el testamento mancomunado que contuviera institución recíproca entre los otorgantes con el «pacto al más viviente», a fin de cuentas una de las especies de contrato sucesorio.

Es probable que referirse a él siempre en singular induzca la errónea creencia de que se trata de un testamento único en el que dos testadores disponen conjuntamente de un mismo patrimonio, cuando un somero análisis pone de manifiesto la existencia de dos testamentos –*testamenta mere simultanea*– en los que cada uno de sus autores dispone de lo que será *su* propia herencia, es decir del patrimonio relicto que quede sin titular cuando *él* fallezca: nunca dispone uno de los bienes del otro testador y solo la coincidencia temporal e instrumental permite hablar de «el testamento» y no hacerlo de «los testamentos», pese a que materialmente se trate de dos testamentos otorgados formalmente en un solo acto. Cada testador dispone el destino *post mortem* de sus propios bienes y derechos; incluso cuando el artículo 238 CDFA regula la disposición por causa de muerte a expensas del patrimonio consorcial –disposición que también cabe hacer en testamento unipersonal– cualquiera que sean los términos que emplee el testador limita su disposición a «su participación en el patrimonio común», a su «mitad indivisa», o bien condiciona la efectividad de la disposición a que los bienes objeto de ella formen parte del lote correspondiente a su herencia cuando se liquide el patrimonio común.

Las respectivas sucesiones de los testadores se abren independientemente una de otra cuando fallece cada uno de ellos, lo que –salvo el caso excepcional de comoriencia– ocurre en momentos diferentes y a veces distantes en el tiempo; es posible, incluso, que cada sucesión esté regida por un ordenamiento distinto si el más viviente cambió de vecindad civil, pues a tenor del artículo 9.8 CC es la ley de la vecindad del causante al tiempo de fallecer la que regule su sucesión. La independencia de ambas sucesiones se resalta también en el artículo 418 CDFA cuando dispone que «*al morir el primero de los testadores se abre su sucesión y producen sus efectos las disposiciones del testamento mancomunado reguladoras de la misma*», añadiendo que no son accesibles aún «*las disposiciones que sólo afecten a la sucesión del otro testador*», de las que el Notario no puede expedir copia.

En otro orden de cosas, la libre revocabilidad por cada uno de los testadores en la generalidad de los supuestos confirma el carácter y naturaleza testamentaria y no de pacto sucesorio que tiene el testamento mancomunado. Sin embargo, aunque la práctica ha desechado modernamente la forma de testar conjunta en la que un testador dispone y el otro asiente, caso en que para la Observancia 1<sup>a</sup> *de testamentis* el testamento era irrevocable, la vigente Ley de sucesiones mantiene que las disposiciones correspondientes no pueden ser revocadas por uno de los testadores tras la muerte del otro, salvo previsión en contrario de los propios testadores (art. 421.3 CDFA); y habrá que convenir que únicamente en este caso desaparece la nota diferencial entre el testamento y el pacto sucesorio que es la revocabilidad, bien entendido que sólo respecto de las disposiciones correspondientes, que en la actual regulación sólo tienen este carácter por voluntad de los tes-

tadores, y únicamente desde que fallece uno de ellos. No obstante, los requisitos de edad (mayoría de edad para el pacto, según el artículo 378 y catorce años para el testamento, salvo el ológrafo) y de forma (escritura pública para el pacto, según el art. 377 CDFA) diferencian testamento y pacto y, aunque contenga disposiciones correspectivas, no son de aplicación al testamento mancomunado los requisitos más rigurosos previstos para el pacto sucesorio.

#### IV. ELEMENTOS PERSONALES

##### 1. NÚMERO DE TESTADORES Y RELACIÓN ENTRE ELLOS

En el otorgamiento del testamento mancomunado concurre por definición más de una persona; en la mayor parte de las épocas y lugares el número de testadores ha sido de dos y generalmente cónyuges, pero al tratarse de una creación consuetudinaria no regulada en Aragón por el derecho escrito hasta el Apéndice de 1925 tampoco se encuentran en el derecho histórico reglas que limitasen el número máximo de testadores, aunque no existe noticia de ningún testamento de esta clase otorgado por más de tres personas y, siendo el número de estos otorgamientos realmente escaso, frecuentemente uno de los testadores es clérigo que testa con su hermano o hermana y el cónyuge de éste. En su investigación de cinco siglos de protocolos notariales aragoneses, de 993 testamentos mancomunados BELLOD encontró que únicamente en 33 los otorgantes no eran cónyuges, y únicamente en cinco de éstos los testadores eran tres: dos que otorgaban tres hermanos; uno de padre con dos hijos; uno de padre con hijo y nuera; y otro de los cónyuges con un clérigo hermano de la esposa; lo que no aparece es un solo testamento mancomunado otorgado por dos auténticos extraños (BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, M. E., *El testamento mancomunado...*, pp. 109-114). Antes de la promulgación del Código civil, fuera de Aragón también se encuentra algún testamento otorgado por tres personas, como el de un abad y sus dos sobrinas fechado en Ginzo de Limia el 24 de abril de 1853, que fue objeto del pleito resuelto por la STS de 13 de diciembre de 1870.

Que la Observancia 1<sup>a</sup> *de testamentis* comience «*si vir et uxor...*» es revelador de que quienes habitualmente otorgaban el testamento mancomunado eran cónyuges, pero no es menos cierto, como acabamos de poner de manifiesto, que los protocolos notariales contienen un número –escaso pero apreciable– de testamentos mancomunados en que los otorgantes no eran cónyuges, aunque sí parientes consanguíneos o afines, lo que demuestra que bajo la vigencia de los Fueros y Observancias no era un requisito inexcusable que los otorgantes fueran cónyuges, aunque de cónyuges hablaban siempre los foristas, como BARDAJÍ, LA RIPA, BAGES, LISSA y SESSÉ. No obstante, hay que tener en cuenta que, como indica TEIXEIRA GRACIANETA, cuando PORTOLÉS habla del testamento mancomunado otorgado por los «consortes», no se refiere necesariamente a cónyuges sino a los miembros de la comunidad de bienes de origen sucesorio conocida como «con-

sorcio foral» (TEIXEIRA GRACIANETA, A. *El testamento mancomunado aragonés*, ADA, 1963-64, p. 45), que son parientes y no cónyuges.

A partir de la promulgación del Apéndice de 1925 sólo pueden testar en mancomún los cónyuges aragoneses (art. 17), exigencia que mantiene el artículo 94.1 de la Compilación de 1967 y también tras la reforma de 1985, siendo derogada por la Ley de sucesiones por causa de muerte de 1999, cuyo artículo 102.1, hoy artículo 417.1 CDFA, dispuso que «*Los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón*», por lo que pueden otorgar testamento mancomunado cualesquiera dos personas sin necesidad de que exista entre ellas relación familiar o cuasi-familiar alguna, lo que hacía innecesario el artículo 15 de la Ley aragonesa de 26 de marzo de 1999, relativa a parejas estables no casadas, según la cual «*los miembros de la pareja estable no casada podrán testar de mancomún de conformidad con lo dispuesto en la legislación sucesoria aragonesa*», precepto que, como dice MARTÍNEZ BLÁZQUEZ (*El testamento mancomunado: evolución...*, p. 508) reiteraba lo obvio y resultaba difícilmente justificable habida cuenta que dicha Ley fue promulgada después de la de sucesiones por causa de muerte y entró en vigor siete meses más tarde que ella, según resulta de las disposiciones finales de ambas. Este precepto se suprimió al refundir en su articulado el Código del Derecho Foral de Aragón la Ley 6/1999 relativa a parejas estables no casadas.

Durante la vigencia del Apéndice y la Compilación la necesidad de que los testadores fueran cónyuges limitaba indirectamente su número a dos, y aunque actualmente no se requiere que sean matrimonio, el artículo 406.3 CDFA limita también hoy a dos el número testadores.

La modificación legislativa operada por la Ley de sucesiones por causa de muerte suprimiendo el requisito de que los testadores sean cónyuges exige una referencia al derecho transitorio aplicable a las sucesiones regidas por testamentos otorgados bajo la vigencia de las normas ya derogadas, pues no es impensable que puedan suscitarse problemas de esta naturaleza incluso respecto de sucesiones abiertas antes de entrar en vigor la Ley (el 23 de abril de 1999, según su disposición final segunda) pendientes aún de realizar las operaciones sucesorias, desde la aceptación a la adjudicación del caudal, ya que el usufructo universal del viudo aragonés sobre todos los bienes del cónyuge premuerto propicia el retraso de estas operaciones dado el escaso interés de los herederos por adjudicarse bienes o porciones indivisas de ellos en nuda propiedad mientras vive el usufructuario.

Según la norma general de la disposición transitoria 13<sup>a</sup> CDFA –antigua DT 1<sup>a</sup> de la Ley de sucesiones– «*Las sucesiones por causa de muerte se regirán por la ley vigente en el momento de apertura de la sucesión*», por lo que las disposiciones del actual Libro Tercero del Código sólo se aplican a las sucesiones abiertas después de la entrada en vigor de la Ley refundida y como a tenor de la DT 14<sup>a</sup>.2 CDFA «*... serán válidos los... testamentos otorgados... antes del 23 de abril de 1999 que lo sean con arreglo a este Código, aunque no lo fueran según la legislación anterior, siempre que la apertura de la sucesión se produzca a partir de dicha fecha*» los testamentos que pudieran haber otorgado durante la vigencia del Apéndice o la Compilación

testadores aragoneses que no fueran cónyuges son válidos para regir sus respectivas sucesiones si fallecen tras la entrada en vigor de la Ley de sucesiones por causa de muerte pero, abierta la sucesión en momento anterior, habrán de aplicarse las normas de la Compilación o del Apéndice, entre las que no existía una disposición transitoria del tenor de la últimamente citada.

La ausencia de la condición de cónyuges en los testadores cuando era exigible puede tener su origen en la invalidez del matrimonio, y para el caso de declaración de nulidad matrimonial los textos legales hoy derogados sí contenían normas, como la del artículo 18 del Apéndice, a cuyo tenor «*el testamento mancomunado perderá su eficacia si antes de la muerte de uno de los cónyuges se declara la nulidad del matrimonio*», lo que suponía la ineficacia total del testamento; no obstante, la muerte de uno de los testadores antes de la declaración de nulidad del matrimonio es un supuesto que no contempla el precepto y que probablemente permitiría considerar eficaz el testamento de acuerdo con la figura del matrimonio putativo, que en la redacción del Código civil vigente cuando se promulgó el Apéndice regulaba el artículo 69 CC («*El matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo*») y hoy el artículo 79 CC, siendo la apertura de la sucesión un efecto «*ya producido*», si bien como decía TEIXEIRA sería precisa buena fe de ambos contrayentes, que se presume tanto en el antiguo artículo como en el actual (TEIXEIRA GRACIANETA, A., *El testamento mancomunado...*, p. 73).

Bajo la vigencia de la Compilación, según el artículo 98.1, la sentencia de nulidad matrimonial hacía ineficaces las liberalidades que los cónyuges se hubieran concedido en el testamento mancomunado y todas las disposiciones correspondientes, pero ni era causa de invalidez de todo el testamento ni afectaba a otras disposiciones del mismo que no fueran las mencionadas.

## 2. CAPACIDAD DE LOS OTORGANTES

Según el artículo 409.1 CDFA, el testamento mancomunado puede revestir cualquiera de las formas admitidas por la ley, siendo la forma elegida por los testadores la que determina los requisitos de capacidad para otorgarlo, que no son otros que los comunes para cualquier testamento recogidos en los artículos 408.1 y 408.2 CDFA: ser mayor de catorce años y no carecer de capacidad natural; requiriéndose mayoría de edad para otorgar testamento ológrafo.

La capacidad exigida debe concurrir en ambos testadores, pues según el artículo 408.3 CDFA la falta de capacidad en uno de ellos, sea la general o la especialmente requerida para una variedad concreta de testamento, impide otorgarlo en forma mancomunada, de suerte que para el ológrafo, además de no carecer de capacidad natural como se exige para cualquier testamento, ambos testadores deben ser mayores de edad. La exigencia del precepto legal es precisamente la *mayoría de edad* y no la de haber alcanzado una edad concreta por tener cumplido un número determinado de años –hoy dieciocho– de suerte que si ambos testadores o alguno de ellos es un aragonés legalmente casado, aunque sea menor de dieciocho años tiene la condición de mayor de edad, según dispo-

ne el artículo 4.1.b) CDFA, y no la de «*menor emancipado*» como sucedería si su ley personal fuera el Código civil, pudiendo otorgar testamento ológrafo tanto mancomunado como unipersonal.

Las restricciones que derivan de limitaciones físicas, sensoriales o cognoscitivas que puedan afectar a uno de los testadores, como el caso del ciego o de quien no sabe o no puede leer, se extienden al testamento en su conjunto, y la aplicación supletoria del artículo 708 CC por ausencia de norma propia aragonesa impide que el testamento mancomunado pueda otorgarse en tal caso bajo la forma de testamento cerrado. Entiendo que por la mismas razones que inspiran la norma del artículo citado, aunque no exista precepto legal que así lo disponga, el ciego o quien no sabe o no puede leer no puede otorgar testamento mancomunado ológrafo redactado por el otro testador, pues la firma y la concisa nota de conformidad manuscrita previstas en el artículo 411.1 CDFA podría extenderlas un invidente o un analfabeto sin que ello asegure que conoce cumplidamente y aprueba el contenido del documento de ajena redacción. No es posible encontrar una norma en la regulación del testamento ológrafo en el Código civil que pueda aplicarse con carácter supletorio, porque al admitir el Código únicamente el testamento unipersonal, cuando este se otorga como ológrafo es forzoso que el testador sepa leer y pueda escribir el contenido del documento que expresa su última voluntad.

### 3. VECINDAD CIVIL. EL ARTÍCULO 417.2 CDFA

La vecindad civil de los otorgantes es una condición de especial trascendencia en el testamento mancomunado, y por ello dispone el artículo 417.1 CDFA que «*Los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón*», norma dirigida así a *los aragoneses*, como es congruente con el hecho de que, salvo muy contadas excepciones entre las que no se encuentra la testamentifacción, el derecho civil aragonés es un fuero personal de los aragoneses más que un derecho territorial de Aragón. Ser aragonés a estos efectos es ostentar vecindad civil aragonesa, disponiendo el artículo 14.1 CC que «*La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil*», para cuya asignación originaria el artículo 14.2 CC acude al criterio del *ius sanguinis*.

En la práctica, el problema se plantea cuando uno de los testadores no ostenta vecindad civil aragonesa, habida cuenta que el mancomunado es una forma testamentaria objeto de regulación divergente en los ordenamientos civiles que la aceptan y frontalmente rechazada por otros, como el Código civil. El problema, que no es baladí por las consecuencias que se siguen de la invalidez de un testamento que sería nulo según el artículo 6.3 CC por infringir una norma prohibitiva, tampoco es en modo alguno improbable, pues el testador que a lo largo de su vida ha cambiado de residencia pudo perder su vecindad civil sin ser consciente de ello, dada la adquisición *ex lege* de vecindad –y correlativa pérdida de la anterior– que el artículo 14.5.2º CC asocia a la residencia decenal sin que medie declaración en contra del interesado. Muchos aragoneses de origen en esta situación pueden pensar que continúan siendo tales, y más si han regresado

a Aragón y testan mancomunadamente antes de completar los diez años de residencia después del retorno; creencia errónea que puede abrigar también quien hace menos de diez años contrajo matrimonio con un aragonés, fijando su residencia en Aragón, donde está empadronado, donde vota y cuyo derecho civil regula incluso el régimen económico de su matrimonio (art. 9.2 CC). El testador en tales circunstancias –que pueden concurrir incluso en ambos testadores si en el ejemplo anterior se tratase de un matrimonio retornado a Aragón– es posible que otorgue de buena fe un testamento mancomunado que el Código civil le prohíbe, porque su ignorada vecindad real es la llamada «de derecho común».

El legislador aragonés pretendió dar solución al problema en el artículo 102.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte, hoy 417.2 CDFA, al disponer que un testador aragonés puede otorgar testamento mancomunado con otro testador de distinta vecindad civil, siempre que éste *no lo tenga prohibido por su ley personal* y, por tanto sin necesidad de que la ley personal del testador que no ostente vecindad civil aragonesa se lo permita expresamente.

Algunos autores consideran que este precepto es inconstitucional, en cuanto aspira a regular la actividad de un testador no aragonés y la validez del testamento mancomunado «mixto» otorgado fuera de Aragón, invadiendo con ello la competencia normativa reservada al Estado por el artículo 149.1.8ª C. E. en la promulgación de «*normas para resolver los conflictos de leyes*», ya que la legislación aragonesa no puede dar solución unilateral a un problema en el que juegan los dos factores externos citados al estar involucrado otro ordenamiento territorial y un testador de vecindad que no es la aragonesa (ZABALO ESCUDERO, M. E., *Conflictos interregionales...*, 2001, p. 121), aunque no es menos cierto que en las normas del Título Preliminar del Código civil tampoco se encuentra solución al problema, por lo que FONT SEGURA achaca al legislador estatal «*dejación de la función constitucional que tiene encomendada*» al no haber promulgado las normas necesarias para resolver estas cuestiones (FONT SEGURA, A., *La sucesión hereditaria*, p. 60). Por su parte, MERINO considera que la constitucionalidad del precepto es «*discutible y discutida*» (MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Comentarios al Código Civil y ...*, 2002, p. 722).

Puesto que el derecho civil de Aragón no puede regular el régimen legal del testamento de un otorgante que no ostenta vecindad aragonesa, es patente que el precepto que nos ocupa no puede tener a este testador como destinatario, quedando su alcance limitado a regular los requisitos y condiciones del otorgamiento del testador aragonés, para lo que a todas luces bastaría disponer, en los términos que lo hace el artículo 417.1 del Código aragonés, que «*los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón*» sin que les afecte la eventual prohibición para otorgar este testamento que pueda pesar sobre el otro testador ya que, según dispone el artículo 430.2 del propio Código, la nulidad del testamento mancomunado por causas que afecten a un testador no afecta al del otro, no viéndose comprometida la validez del otorgamiento del testador aragonés porque a él no le alcanza la prohibición que afecta únicamente al testador sujeto al derecho común. La validez o invalidez del otorgamiento del testador no aragonés conforme a las normas del derecho aragonés

solo será relevante para regir su sucesión si fuera el ordenamiento aragonés el que la rige porque al tiempo de abrirse su sucesión ostente la vecindad aragonesa adquirida o recuperada después de testar; pero si fallece manteniendo la vecindad que ostentaba al otorgar el testamento, su sucesión se regirá por el ordenamiento correspondiente a esta vecindad, cuyas normas determinarán la validez o invalidez del testamento (su invalidez, si prohibía esta forma testamentaria) pero no habrá intromisión del derecho aragonés fuera de los límites constitucionales.

La norma del artículo 417.2 CDFA lejos de facilitar el otorgamiento del testamento mancomunado, como parece ser el espíritu que inspira su redacción, restringe las facultades que el testador aragonés tiene según el apartado 1 del mismo artículo, pues si el otro testador tiene prohibido por su ley personal testar mancomunadamente el tenor del precepto que nos ocupa supone que tampoco el aragonés puede testar en mancomún con él, y que también será inválido su testamento si lo otorga infringiendo esta norma.

Cuando los testadores no son cónyuges y la ley personal del que no ostenta vecindad aragonesa exige que los testadores lo sean, hay que decidir si por no concurrir este requisito debe entenderse que tiene prohibido testar mancomunadamente. Las opiniones pueden decantarse a favor de cualquiera de las dos soluciones posibles: que su ley personal no lo prohíbe, o que existe prohibición cuando los testadores no están casados, porque sólo admite el testamento mancomunado otorgado por cónyuges. A mi juicio, la literalidad del precepto parece dirigida exclusivamente a los casos en que la ley personal de causante contenga una prohibición categórica del mancomunado como la de los códigos civiles español, francés o italiano, entre otros que se pronuncian en términos semejantes y, en consecuencia, en el supuesto contemplado puede entenderse que no existe prohibición.

Se plantea un conflicto móvil de derecho interregional cuando otorgado testamento mancomunado siendo uno o ambos testadores de vecindad civil «común» adquieren vecindad aragonesa después del otorgamiento, vecindad que ostentan al fallecer, habida cuenta que el artículo 9.8 CC dispone que *«la sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento»*, norma de derecho internacional privado del capítulo IV del Título Preliminar del Código civil, a la que remite el artículo 16.1 CC para resolver los conflictos de Leyes surgidos de la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional.

El conflicto móvil tendrá distinta solución según la que previamente se adopte acerca de si la posibilidad de otorgar testamento mancomunado es cuestión de fondo o de forma, pues si el testamento mancomunado se ha otorgado en Aragón y entendemos que se trata de una cuestión de forma cabe aplicar el artículo 11.1 CC y considerar que es válido, ya que según este precepto *«las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la Ley del país en que se otorguen»*, solución no aplicable si el testamento se otorgó fuera de Aragón.

Se inclinan por considerar que estamos ante una cuestión sustantiva quienes estiman que la intervención de dos voluntades en un solo acto de disposición hace que la naturaleza del testamento mancomunado no esté muy lejana del pacto sucesorio (ZABALO ESCUDERO, M<sup>a</sup> E., *El testamento conjunto...*, 1989, p. 6359) o quien cree que su contenido provoca unos efectos distintos a los del testamento unipersonal, «debido a la vinculación entre los testadores surgida a raíz del hecho de testar conjuntamente» (FONT SEGURA, A., *La sucesión hereditaria*, p. 37). Sin embargo, como quedó dicho, la presencia de dos testadores que disponen *mortis causa* en un solo acto no implica otorgamiento de un testamento sino de dos –*testamenta mere simultanea*– uno de cada testador, porque en la regulación actual la vinculación entre ellos solo se produce en las disposiciones correspondientes, que no son contenido necesario del testamento mancomunado ni, según el artículo 420 CDFA, se presume que tenga tal carácter ninguna disposición testamentaria, porque el carácter correspondiente exige «voluntad declarada por ambos en un mismo testamento». No puede tomarse la parte por el todo y atribuir al testamento mancomunado aragonés como figura genérica unas características que en cuanto tal no le corresponden en su actual regulación, salvo si existen disposiciones correspondientes y que sólo a ellas afecta, por lo que debe entenderse que, al menos para determinar el ordenamiento aplicable en el ámbito del derecho interregional, estamos ante un asunto susceptible de ser tratado como cuestión de forma testamentaria.

A mayor abundamiento, la independencia entre ambas sucesiones se pone de manifiesto porque se abren en momentos distintos, a veces distantes en el tiempo, y que pueden incluso estar regidas por diferentes ordenamientos si los causantes no ostentan la misma vecindad al tiempo de fallecer; tampoco estamos ante una cuestión de capacidad, pues la posibilidad de que cualquiera de los testadores pueda otorgar testamento mancomunado no depende de su aptitud para testar, que no difiere de la requerida para el unipersonal según la clase elegida, sino sólo de que el ordenamiento aplicable considere que es una forma testamentaria válida para disponer su sucesión, lo que también desde este enfoque supone una cuestión formal.

Aunque lo cierto es que el artículo 16 CC remite concretamente a las normas del Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil y no genéricamente a las normas de derecho internacional privado, hay autores que estiman procedente aplicar también a los conflictos de derecho interregional el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre formas testamentarias, que en el ámbito del derecho internacional ha desplazado la aplicación del artículo 11.1 CC (ZABALO ESCUDERO a favor, FONT SEGURA en contra de la aplicabilidad), cuyo artículo 1<sup>o</sup>.b) aporta criterios de conexión adicionales que permitirán calificar como válido el testamento si resulta serlo de acuerdo con otros ordenamientos, y lo es en concreto cuando «responde a la ley personal del testador ... en el momento de su fallecimiento», esto es, la misma que designa el artículo 9.8 CC.



## V. LA FORMA DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO

Dispone el artículo 409.1 CDFa que el testamento mancomunado puede revestir cualquier forma, común, especial o excepcional, admitida por la ley, en tanto sea compatible con los requisitos establecidos para cada una de ellas; formas testamentarias que con carácter general no regula la Ley aragonesa, aunque sí contenga algunas normas sobre el testamento mancomunado cerrado y ológrafo, además de las que en los artículos 412 a 415 CDFa sobre idioma y testigos afectan a todos los testamentos, incluidos los unipersonales. En lo no regulado por estas normas, la forma del testamento mancomunado se rige, igual que la del testamento unipersonal, por las normas del Código civil sobre la materia, que se aplican como derecho supletorio conforme a lo dispuesto en el artículo 1º.2 CDFa

Entre las normas comunes a los testamentos unipersonales y mancomunados, el artículo 412 CDFa dispone que tanto si se otorga bajo forma notarial como si es ológrafo podrá redactarse en cualquiera de las lenguas o modalidades lingüísticas de Aragón elegidas por los testadores, debiendo estar presente e intervenir un intérprete si el notario autorizante, los testigos si concurren, o demás personas intervinientes en el otorgamiento no conocieran la lengua o modalidad lingüística elegida. El intérprete, que debe firmar el documento, no es indispensable que posea titulación oficial y será designado por los testadores y aceptado por el autorizante. Esta norma y la del artículo 382 CDFa, de idéntico contenido sobre idioma de los pactos sucesorios, no figuraban en el Proyecto de la Ley de sucesiones por causa de muerte, y fueron incorporados a consecuencia de una enmienda instada por los diputados de Chunta Aragonesista, partido integrado en el Grupo Mixto de las Cortes de Aragón, que prosperó a pesar de no existir al tiempo de promulgarse la Ley ninguna norma que determinase cuáles son esas «*lenguas o modalidades lingüísticas de Aragón*» a que se refiere el precepto, por lo que habrá que entenderlo referido a las que tradicionalmente se han hablado en Aragón, aunque hoy el uso de algunas de ellas sea minoritario como el cheso, la fabla, el fragatino, el catalán ... etc. MERINO, muy crítico con este artículo, cree muy dudosa su constitucionalidad (MERINO HERNÁNDEZ J. L., *Comentarios al Código Civil y compilaciones*, 2002, pp. 683 a 692).

En el testamento notarial otorgado en Aragón –deberá entenderse otorgado en Aragón *por testadores aragoneses*, porque solo a ellos es aplicable esta norma– dispone el artículo 413 CDFa que no será precisa la intervención de testigos, salvo que concurren circunstancias especiales en un testador o expresamente lo requieran uno de los testadores o el notario autorizante; circunstancias especiales que, según el apartado 2 del propio artículo, concurren cuando el testador declara que no sabe o no puede firmar el testamento y cuando, aunque pueda firmar, sea ciego o declare que no sabe o no puede leerlo por sí, previendo finalmente que si el testador que no sabe o no puede leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento a presencia del notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada por el testador.

El Código foral aragonés contiene también normas sobre el número y condiciones de idoneidad de los testigos para los casos en que sea necesaria su inter-

vención, disponiendo que serán dos, que no es preciso que sean rogados ni que conozcan a los testadores ni tampoco que tengan su misma residencia; únicamente exige que los testigos sepan firmar y entiendan a los testadores y al notario o persona ante quien se otorgue el testamento. El artículo 415 CDFa recoge los supuestos de incapacidad para ser testigo en términos similares, aunque no idénticos, a los artículos 681 y 682 CC: la edad se fija en los catorce años, con criterio congruente con la tradición aragonesa sobre capacidad por razón de edad; son incapaces los que no pueden testar por falta de capacidad natural, en particular los totalmente sordos, los ciegos, y los mudos que no sepan escribir; también son inhábiles los favorecidos en el testamento, los facultativos, intérpretes y expertos que intervengan en él, así como el cónyuge y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del heredero instituido, de los legatarios, del notario o persona ante quien se otorgue el testamento y de los facultativos, intérpretes y expertos que, en su caso, intervengan en el otorgamiento.

Se consideran formas testamentarias comunes el testamento abierto, el testamento cerrado y el ológrafo. Para el testamento mancomunado abierto no existe ninguna norma especial en la normativa sucesoria aragonesa, por lo que se aplicará en todos sus aspectos la regulación del Código civil, debiendo comparecer ambos testadores ante el notario autorizante y realizar cada uno de ellos en un mismo acto lo que el Código civil prevé para el testamento abierto unipersonal.

La única norma aragonesa respecto del testamento abierto especial o excepcional es la del artículo 409.2 CDFa, a cuyo tenor «basta que concurren en uno de los testadores las circunstancias requeridas por cualquier forma especial o excepcional de testamento para que se pueda otorgar mancomunadamente», por lo que si uno de ellos se encuentra en peligro de muerte el testamento mancomunado puede otorgarse por ambos de acuerdo con el artículo 700 CC, o basta que uno de ellos esté en campaña para acudir a las reglas del testamento militar de los artículos 716 CC y siguientes. Es evidente que aunque la Ley no lo exija para ambos en otros casos las circunstancias especiales afectarán de hecho a ambos testadores, como en el testamento marítimo, el otorgado en el extranjero y el que lo sea en tiempo de epidemia.

## 1. EL TESTAMENTO MANCOMUNADO CERRADO

De aplicación preferente a las que regulan este mismo testamento en el Código civil, el artículo 410 CDFa contiene algunas normas sobre el testamento mancomunado cerrado que en sus tres párrafos se refieren, respectivamente, a la elaboración del testamento o fase privada, a la fase notarial u otorgamiento y a la custodia del testamento. Sobre la confección del testamento permite que esté escrito de mano de uno de los testadores, por un medio mecánico o por un tercero a ruego de alguno de ellos; deberá firmarlo en todas sus hojas y al pie el testador que no lo haya escrito de su mano, o únicamente al final si lo ha escrito él. El precepto no prevé la posibilidad de que sea firmado por un tercero a ruego del testador que no sepa o no pueda firmar, como prevé el penúltimo inciso del artículo 706 CC, que no obstante entiendo aplicable como supletorio, al no

estar previsto el caso en el Código aragonés y ser posible que se presente esta eventualidad. La obligación de salvar las palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones que impone en su inciso final el artículo 706 CC, no tiene paralelo en nuestra legislación y, si bien es admisible que así se haga, la falta de esta salvedad antes de la firma no será causa de invalidez del testamento mancomunado aragonés otorgado como testamento cerrado.

La prohibición de otorgar testamento cerrado en quienes concurran las circunstancias del artículo 708 CC, y las reglas a que se debe acomodar el testamento cerrado de quienes no puedan expresarse verbalmente pero sí escribir, prevenidas en el siguiente artículo 709 CC se aplican al testamento cerrado aragonés otorgado en forma mancomunada cuando uno cualquiera de los testadores se encuentre en esas circunstancias.

El artículo 410.2 CDFa regula el otorgamiento o fase notarial, disponiendo que «ambos testadores comparecerán ante el Notario y manifestarán de forma expresa que el sobre que presentan contiene su testamento mancomunado, expresando también la forma en que se halla escrito y firmado». El acta notarial deberá extenderse en la forma prevenida en el artículo 707 CC, norma supletoria que completa y no contradice la aragonesa, siendo necesario que la plica o sobre que contiene el testamento quede perfectamente identificado sobre su cubierta ya que, como seguidamente veremos, puede salir de poder del notario, aunque la custodia por este sea la posibilidad que el Código foral contempla con carácter preferente.

El testamento mancomunado cerrado debe depositarse en poder del notario autorizante para que lo guarde en su archivo, dice el artículo 410.3 CDFa, «*de donde sólo podrá ser retirado por ambos testadores*». Frente a la triple alternativa que contempla el Código civil, de encomendar la custodia al notario, a un tercero o conservarlo el propio testador, parece que el legislador aragonés se habría inclinado por encomendar la custodia necesariamente al notario, aunque la posibilidad de que ambos testadores puedan retirarlo, evidentemente en vida de ambos, supone que a partir de ese momento el sobre puede quedar en poder de ellos, de uno solo de ellos o de un tercero al que se lo hayan confiado, y en tal caso cuando uno fallezca tendrá el otro obligación de presentarlo y, en general, será de aplicación el régimen de los artículos 712 a 714 CC.

## 2. EL TESTAMENTO MANCOMUNADO OLÓGRAFO

La concurrencia de dos testadores y la imprescindible autografía del documento son elementos que se compatibilizan con notable dificultad, por lo que constata BELLOD, citando a LACRUZ, que esta forma de testar carece de precedentes en el derecho aragonés (BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, M<sup>a</sup> E., «La sucesión testamentaria», en *Manual...*, 2006, p. 569). A diferencia del Derecho navarro, en el que la Ley 199 FN prohíbe el testamento de hermandad ológrafo, en Aragón nunca estuvo prohibido expresamente y como en la forma de los testamentos se ha aplicado supletoriamente el Código civil, antes de la promulgación de la Ley de sucesiones por causa de muerte se entendía que no era una forma ex-

cluida, si bien difícilmente accesible, diciendo al respecto LORENTE SANZ que en los trabajos del Seminario aragonés preparatorios de la Compilación se llegó a la conclusión, no reflejada en el texto legal, de que para su otorgamiento sería preciso que cada testador redactase el testamento íntegramente de su mano, firmando cada uno su propia redacción y la del otro testador (LORENTE SANZ, J., *El testamento mancomunado...*, 1968-69, p. 43). En sentencia de 14 de febrero de 1969 el Tribunal Supremo revocó la dictada por la Audiencia Territorial de Zaragoza de 30 de noviembre de 1967 y aceptó la validez de un testamento ológrafo otorgado por cónyuges bajo la vigencia del Apéndice, en el que el marido redactó el texto y la esposa manifestó de su puño y letra la adhesión al mismo, firmando ambos cónyuges (estas sentencias están comentadas por LACRUZ BERDEJO, J. L., en *Un dictamen y...*, 1969, pp. 1642 ss.).

Según el que fuera apartado V del Preámbulo de la Ley de sucesiones por causa de muerte, hoy apartado 33 del Preámbulo del CDFA, el precepto que indica los requisitos de forma del testamento mancomunado ológrafo exige aquellos que al legislador han parecido los mínimos imprescindibles «*para posibilitar en la realidad el otorgamiento de estos testamentos, sin mengua de la seriedad y libertad de la voluntad de ambos testadores*». El precepto en cuestión es hoy el artículo 411.1 CDFA a cuyo tenor basta que el testamento esté «*escrito todo él por uno de los testadores, con expresión del año, mes y día, y que el otro declare también por escrito de su puño y letra, antes de las firmas de ambos, que valga igualmente como testamento suyo y firme en todas sus hojas y al pie del mismo*»; forma la descrita que no debe considerarse en ningún caso como la única posible para otorgar el testamento mancomunado ológrafo, pues si el texto legal dice que «basta» que se haga de este modo quiere decir tanto como que es suficiente con hacerlo así, pero podrá hacerse también de alguna otra forma que cumpla al menos con estos requisitos formales que, por ejemplo, la doble redacción antes citada cumplirá también.

Siendo el testamento del Código civil necesariamente unipersonal y obligado que el ológrafo esté redactado de puño y letra del otorgante resulta de todo punto lógico que el Código no prohíba otorgar esta clase de testamento al testador ciego o al que no sepa o no pueda leer, porque tales limitaciones le impiden de hecho otorgar testamento ológrafo; pero les prohíbe expresamente otorgar testamento cerrado, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 708. La *ratio* de esta norma reside en la imposibilidad de que el testador que se encuentre en tales circunstancias pueda tener la seguridad de que el pliego que se introduce en el sobre o plica contiene realmente la expresión de su voluntad, razón que concurre en el testamento mancomunado ológrafo redactado en los términos prevenidos en el artículo 411.1 CDFA por uno de los testadores, pues si el otro no sabe o no puede leerlo aunque lo pueda firmar y expresar conformidad escrita mediante la breve fórmula que el precepto exige –quizá copiándola– concurre la misma inseguridad sobre la concordancia entre lo escrito y la voluntad del testador que no puede leerlo por sí mismo que propicia la prohibición de otorgar testamento cerrado y debe aplicarse por analogía al supuesto que nos ocupa.

Carente el ordenamiento aragonés de normas al respecto, la adveración deberá ajustarse al procedimiento prevenido en los artículos 689 a 693 CC, si bien

como cada sucesión se abre cuando fallece uno de los testadores el artículo 411.1 CDFA dispone que al fallecer el primer testador se adverbará y protocolizará el testamento mancomunado ológrafo «*con la necesaria participación del otro otorgante que sobreviviere*», norma que a mi entender no limita la adverbación y protocolización a las disposiciones del testador fallecido sino que alcanza a la totalidad del testamento aunque una vez protocolizado le afecte la norma del artículo 418 CDFA que impide expedir copia que incluya disposiciones que sólo afecten a la sucesión del testador sobreviviente. Es también de esta opinión MERINO, quien precisa que en el trámite de adverbación deberá comprobarse la autenticidad de la letra y firma del fallecido mediante la pertinente prueba caligráfica y se recogerá la declaración del supérstite (MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Comentarios al Código Civil y ...*, 2002, p. 681) con lo quedará adverbada la doble autoría y se protocolizará el testamento completo; por el contrario, a juicio de MARTÍNEZ CORTÉS, el testamento debería adverbarse al fallecimiento de cada uno de los testadores, no bastando hacerlo únicamente a la muerte del primero (MARTÍNEZ CORTÉS, J., *Ley de Sucesiones. Comentarios...*, 1999, p. 73); aunque no aporta argumento alguno en apoyo de esta postura. Si solo se tratase de comprobar la autoría del testamento del primeramente fallecido carecería de objeto la «*necesaria participación*» del otorgante supérstite que ordena la norma legal.

## VI. CONTENIDO

El testamento mancomunado puede contener las mismas disposiciones *mortis causa* que el testamento unipersonal, incluso las atípicas o no sucesorias que tradicionalmente se incluyen en los testamentos, como nombramiento de tutor, reconocimiento de hijos, reconocimiento de deudas, consejos y recomendaciones a hijos, descendientes, cónyuge y allegados... etc., ya que no existe ninguna norma que limite o condicione el contenido del testamento mancomunado.

La práctica testamentaria pone de manifiesto, sin embargo, algunos contenidos que frecuentemente se incluyen en el testamento mancomunado, como la institución recíproca de heredero entre los otorgantes o el nombramiento de fiduciario que, también con carácter recíproco, suelen hacer los testadores, especialmente si se trata de cónyuges. Ambos son objeto de regulación en el ordenamiento de la sucesión voluntaria aragonesa, tanto en el Código y en la refundida Ley como en los textos legales que les precedieron, siendo especialmente relevante la institución recíproca entre los testadores, conocida como institución «*al más vivientes*».

### 1. INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE OTORGANTES

Aunque en opinión de COSTA no era frecuente que los cónyuges aragoneses otorgasen testamento mancomunado, forma testamentaria que a su juicio enrai-

zaba en la costumbre castellana (COSTA MARTÍNEZ, J., *Derecho consuetudinario y...*, 1984, p. 231-232), advierte DELGADO que estas manifestaciones sólo podían referirse al Alto Aragón donde lo habitual era heredar por pacto, generalmente otorgado junto a los capítulos matrimoniales del heredero instituido, y que es evidente el notorio incremento del testamento mancomunado frente a la sucesión contractual, tanto dentro como fuera de capítulos (DELGADO ECHEVERRÍA, J., *El testamento mancomunado aragonés...*, p. 298). En 1944 decía SOLANO que, «dentro de lo poco que se usa» –hay que entender que en el Alto Aragón, a cuyo ámbito geográfico se circunscribe el trabajo en el que esto escribe– el testamento mancomunado se otorgaba sobre todo por cónyuges sin hijos con objeto de instituirse recíprocamente herederos (SOLANO NAVARRO, M., «*Mi contribución...*», 1944, p. 347), poniendo así de relieve que la institución recíproca fue contenido habitual del testamento mancomunado entre cónyuges, que eran los únicos testadores posibles hasta la promulgación de la Ley de sucesiones por causa de muerte.

La existencia de una modalidad de pacto sucesorio, significativamente conocida como «*pacto al más viviente*»; la aparente proximidad con los pactos de un testamento otorgado por dos personas y el respeto a la legítima cuando sobreviven descendientes a la apertura de la sucesión, propició que desde la promulgación del Apéndice al Código civil de 1925 todos los textos legales aragoneses incluyeran normas que, con mayor o menor alcance, regulan la institución recíproca entre testadores en el testamento mancomunado, ya para asimilarla ya para distinguirla del pacto con institución recíproca entre otorgantes.

El artículo 20 del Apéndice foral, en su escueta regulación, contemplaba únicamente el supuesto de institución recíproca –que denomina *mutua*– cuando además se designan otras personas en las que ulteriormente deben recaer los bienes, supuesto cuya eficacia, salvando que otra cosa se haya podido expresar por los otorgantes, se limita a atribuir al cónyuge sobreviviente «*el usufructo tan sólo de los bienes del finado*», usufructo que respecto de los sitios no necesitaba de esta atribución voluntaria, pues correspondía al viudo aragonés por ministerio de la Ley según lo dispuesto en el artículo 63 del Apéndice. El usufructo legal recaía únicamente sobre los inmuebles, a los que dicho precepto extendía la denominada «viudedad legal», de suerte que la mayor extensión resultante de que el artículo 20 incluyera todos los bienes del difunto, configuraba un supuesto de «viudedad universal» de mayor extensión que aquella. Caso de no existir designación de personas en las que ulteriormente debieran recaer los bienes, el supérstite no quedaba sujeto a esta limitación de los efectos de su institución hereditaria.

Afirma SAPENA que aunque se utilice en muchos casos esta denominación, la institución mutua y recíproca de heredero otorgada por los cónyuges en testamento mancomunado no integra en todo caso bajo la vigencia del Apéndice la variedad contractual consuetudinaria del «casamiento al más viviente» porque la cualidad de revocable que acompaña al testamento mancomunado basta para diferenciarlo con claridad del pacto sucesorio al más viviente (SAPENA TOMÁS, J. *El pacto sucesorio...*, 1954, p. 774).

Bajo la rúbrica «Institución recíproca entre cónyuges», el artículo 95 de la Compilación disponía que «Se entenderá, salvo declaración en contrario, que la

institución mutua y recíproca entre cónyuges produce los mismos efectos que el «pacto al más viviente» regulado en esta Compilación», siendo el artículo 108 el que en la redacción originaria de la Compilación, promulgada por Ley (estatal) 15/1967, de 8 de abril, disponía en los siguientes términos: «Pacto al más viviente. Artículo 108.1. La recíproca institución hereditaria entre cónyuges, o pacto al más viviente, no surtirá efecto cuando el premuerto haya dejado hijos de anterior matrimonio. 2. Habiendo hijos comunes a la disolución del matrimonio, el pacto equivale a la concesión de viudedad universal y de la facultad de distribuir la herencia»; artículo que modificó la Ley (aragonesa) 3/1985, de 21 de mayo, sustituyendo en el apartado I la mención final «cuando el premuerto haya dejado hijos de anterior matrimonio» por «cuando al momento de la apertura de la sucesión sobrevivan hijos no comunes», manteniendo la redacción del apartado 2, y añadiendo un tercer párrafo del tenor siguiente: «3. No habiendo hijos, o fallecidos todos ellos antes de llegar a la edad para poder testar, el sobreviviente heredará los bienes del premuerto. En tal caso, fallecido a su vez aquél sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, pasarán los que quedaren a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido».

La remisión del artículo 95 de la Compilación a los efectos del pacto sucesorio con institución recíproca entre los otorgantes, o «pacto al más viviente», no convertían el testamento mancomunado –salvo alguna opinión minoritaria en contra– en un pacto sucesorio irrevocable, según ya hemos visto sostenía SAPENA antes de promulgarse la Compilación, porque la remisión se hacía únicamente a los efectos específicos de su artículo 108 pero sin desvirtuar su condición esencial de testamento y en cuanto tal revocable (DELGADO ECHEVERRÍA, *El testamento mancomunado...*, p. 299), opinión con la que muestra su coincidencia MERINO HERNÁNDEZ (*Comentarios...*, 1987, p. 254).

La modificación del artículo 108.1 de la Compilación operada en 1985, resultaba obligada porque la ya vigente Constitución española igualaba la condición de todos los hijos, mientras el texto de 1967 solo tenía en cuenta los hijos fruto de anterior matrimonio («legítimos», según las categorías al uso) sin aplicar el precepto cuando quedaban hijos no matrimoniales, pasando tras la reforma a considerarse a estos efectos únicamente si los hijos no eran comunes de ambos testadores, sin atender a la condición –ya irrelevante– de ser hijos matrimoniales.

En la Ley de sucesiones de 1999 la institución recíproca entre otorgantes continuó siendo objeto de atención dentro de la regulación del testamento mancomunado, si bien cambiando el sentido de la norma que, aunque subordinando siempre los efectos previstos en ella a la voluntad de los otorgantes, en el texto de la Compilación se aplicaban los del pacto al más viviente *salvo declaración en contrario*, según disponía su artículo 95, mientras que el actual artículo 419.1 CDFA prevé que «Si los testadores no establecen los efectos del «pacto al más viviente», las disposiciones sucesorias recíprocas entre ellos producirán los que les son propios, sin perjuicio, en su caso, de los derechos legitimarios», o lo que es lo mismo, que en caso de silencio o falta de previsión de los otorgantes, tras la entrada en vigor de la Ley de sucesiones por causa de muerte no se aplican tales efectos. Los artículos

395 y 396 CDFA regulan hoy el pacto al más viviente en sede de sucesión contractual, tomando en consideración la posible existencia de descendientes de cualquier grado del causante, y no solo de hijos, como hacía el derogado texto de la Compilación.

El artículo 419.1 CDFA deja a salvo los derechos legitimarios de los descendientes de cada testador, si los hubiera, en términos acordes con la regulación de la legítima que introdujo la Ley de sucesiones por causa de muerte y mantiene el actual Código, en la que a los legitimarios, que según el artículo 487.1 CDFA en Aragón lo son todos los descendientes y únicamente ellos, se les puede atribuir la legítima «*por cualquier título lucrativo*», ya que el apartado 2 del mismo artículo dispone que «*la existencia de legitimarios no impide al disponente instituir, de forma clara y explícita, heredero a un extraño*». Por otra parte, la referencia que hacía el texto de la Compilación a la condición de comunes o no comunes a los testadores que pudieran tener sus descendientes que queden al fallecer cada uno de ellos es hoy menos congruente en cuanto no exige que los testadores sean cónyuges ni convivientes *more uxorio*, por lo que la eventual descendencia de cada uno de ellos puede ser totalmente independiente de la descendencia del otro. Sin perjuicio de la solución que los artículos 395 y 396 CDFA prevén para el pacto al más viviente, la regla aplicable al testamento mancomunado es que si quedan descendientes y no está satisfecha la legítima por liberalidades *inter vivos* o en virtud de legado dispuesto en el testamento, la institución de heredero a favor del testador superviviente es plenamente válida y eficaz, asistiendo a los legitimarios las pertinentes acciones de reclamación por lesión cuantitativa o cualitativa que arbitran los artículos 494 a 502 CDFA.

Con notable frecuencia, la institución recíproca entre otorgantes va acompañada de la ulterior institución de otras personas a las que se instituye para que hereden sucesivamente, al modo de la sustitución fideicomisaria, supuesto que como hemos visto contemplaba el artículo 20 del Apéndice y, aunque la Compilación no contenía norma expresa sobre el caso, vuelve a ser objeto de regulación en el artículo 419.2 CDFA cuando dispone que «*Los terceros designados herederos o legatarios en los bienes que quedaren al fallecer el último de los testadores sucederán en los procedentes del primeramente fallecido directamente de éste, como sustitutos de aquél, salvo previsión contraria en el testamento.*», sucesión directa del causante y no sucesión del primer heredero, que responde al criterio que adoptó la Ley de sucesiones aragonesa no solo para este caso sino también para el del número 3 del propio artículo, del que seguidamente nos ocupamos, y para los concordantes: artículo 395.3 CDFA, relativo al pacto al más viviente; artículo 531.2 CDFA en la sucesión legal del cónyuge; e incluso en el acrecimiento en el consorcio foral por fallecimiento de un consorte sin dejar descendencia, que regula el artículo 374 CDFA.

### 1.1. *La sustitución legal preventiva de residuo*

El artículo 419.3 CDFA, con redacción similar a la del derogado artículo 95.3 de la Compilación pero adaptada a lo previsto en los apartados precedentes, en



los que la existencia de hijos o descendientes a la apertura de la sucesión no afecta ya a la eficacia de la institución recíproca, salvo previsión en contrario de los testadores, dispone que «*Si no hubiera ulterior llamamiento a tercero, fallecido el testador supérstite sin haber dispuesto por título alguno de los bienes procedentes del primeramente fallecido, pasarán los que de ellos quedaren a los parientes llamados, en tal momento, a la sucesión legal de éste, como herederos suyos y sustitutos de aquél. A falta de estos parientes, tales bienes quedarán integrados en la herencia del sobreviviente*».

Esta consecuencia, ya prevista en la Compilación para la institución recíproca en el testamento mancomunado y en el pacto sucesorio al más viviente, la ha extendido el artículo 531.2 CDFA a la situación subsiguiente al supuesto de sucesión legal a favor del cónyuge, con la peculiaridad de que en este caso se tratará de testadores necesariamente casados entre sí, pues esta cualidad es la que funda el llamamiento a la sucesión legal del causante, mientras los otorgantes del pacto al más viviente o quienes se instituyen recíprocamente en testamento mancomunado no es necesario que estén unidos por vínculo matrimonial. El efecto, regulado por el artículo 419.3 CDFA, se conoció como «*fideicomiso legal de residuo*» y recientemente con la denominación más descriptiva, propuesta por SERRANO y generalmente aceptada, de «*sustitución legal preventiva de residuo*», que rotula este epígrafe (SERRANO GARCÍA, J. A., *La sustitución legal...*, 2000, p. 203 ss.).

Aunque con mínimas diferencias en los textos, la sustitución legal preventiva de residuo persigue la misma finalidad en el artículo 419.3 CDFA que nos ocupa y en los artículos 395. 3 y 531.2 CDFA; en todos ellos el testador mancomunado y el otorgante del pacto que sobreviven, de igual modo que el cónyuge viudo, son herederos sin ninguna limitación ni condicionamiento, por lo que, como señaló la STSJA de 30 de septiembre de 2005 en relación con un supuesto al que era aplicable la Compilación, el instituido «*se hace dueño absoluto de los bienes de su premuerto consorte y puede disponer de ellos a su arbitrio por cualquier título, inter vivos o mortis causa, oneroso o gratuito; se está, pues, en presencia de un supuesto normal de sucesión hereditaria*», de lo que resulta que no se trata de una reserva legal que según el artículo 464.3 CDFA el ordenamiento sucesorio aragonés nunca establece sino por disposición voluntaria del causante de suerte que, igual que sucede en toda sucesión, el heredero puede disponer de los bienes heredados como tenga por conveniente sin estar obligado a reservarlos a favor de nadie, y es únicamente cuando no haya dispuesto de ellos por cualquier título cuando la norma legal decide su destino, no a favor de sus propios herederos, sino de quienes en ese momento fueran herederos legales del primeramente fallecido.

No estamos ante una nueva –y, sin duda, anómala– apertura de la sucesión del primer causante, sino ante una delación sucesiva o de segundo grado: primero se definió la herencia en favor del instituido con carácter recíproco que sobrevive al otro testador y, una vez fallecido este sin haber dispuesto de los bienes heredados de aquel, se defiere en favor de los herederos legales del premuerto, al que suceden como sustitutos del segundo causante en el sentido que la «sustitución legal» tiene en el ordenamiento sucesorio aragonés, similar al «derecho de representación» que regula el Código civil. Es así como lo entiende la jurisprudencia del TSJA, que en sentencia de casación de 13 de junio de 2007 dice:

«conforme al pacto, heredó el esposo; pero, una vez fallecido éste, la sucesión se defiere de nuevo, esta vez respecto de los familiares de la esposa premuerta a la que ya había heredado el esposo», y añade, para justificar que no se abre nuevamente la sucesión de la fallecida, que «los llamados en la segunda vocación como herederos de la primera fallecida no son aquellos a quienes pudiera corresponder esta condición en el momento del óbito de la causante. Precisamente porque la determinación de herederos de ésta quedó hecha al tiempo de su fallecimiento con toda claridad y no por título legal, sino por causa testamentaria: el heredero en aquel momento fue uno solo, su esposo. Si se volviera a abrir la sucesión, ello conllevaría declarar herederos a los que les habría correspondido serlo en el momento de muerte del primer fallecido». En el caso que dio lugar a la sentencia del TSJA de 22 de junio de 2009 se cuestionaba la aplicabilidad de la Compilación aragonesa o de la Ley de sucesiones por causa de muerte, al haber fallecido el primer causante antes de la entrada en vigor de esta Ley y el segundo con posterioridad a ella, resolviendo que la única apertura de la sucesión tuvo lugar cuando muere el primer causante y la muerte del segundo «no nos sitúa ante una segunda apertura de la sucesión, sino ante una delación pluripersonal o múltiple en la que el cónyuge supérstite es llamado en el momento de la apertura de la sucesión, en tanto que los parientes del cónyuge premuerto lo son, en su caso, en un momento posterior: cuando se produce el fallecimiento del cónyuge supérstite –apertura única y delación sucesiva–». BAYOD y otros autores aragoneses lo entienden también así (BAYOD LÓPEZ, C., *Ana y el artículo ...*, 2008, p. 117 ss.).

La condición de que el heredero no haya dispuesto por algún título de los bienes procedentes del primeramente fallecido, limita el derecho de sus sustitutos a recibir los que procedentes de aquel queden *in natura* en el patrimonio de este, para lo que será necesaria su cumplida identificación. Si el primer heredero dispone de ellos por causa de muerte a título universal, nada quedará como residuo susceptible de pasar a los sustitutos, pues la disposición legal no limita la facultad de disponer a los actos *inter vivos*, causando baja también los bienes procedentes de la herencia de los que disponga por legado. Entiende SERRANO GARCÍA que no se produce subrogación real de los bienes adquiridos con el precio obtenido por enajenación de los heredados o permutados por ellos, con la probable excepción de los supuestos de expropiación forzosa, concentración parcelaria o reparcelación urbanística (SERRANO GARCÍA, J. A., *La sustitución legal ...*, p. 231) en los que no cabe atribuir a la voluntad del heredero la disposición de los bienes. Respecto a los bienes muebles fungibles que se hayan confundido con los propios del heredero no será posible establecer la identidad de los que proceden del primer causante para integrarlos en el residuo objeto de la sustitución, como dice la STSJA de 1 de diciembre de 2008 en relación con el dinero metálico que el heredero haya hecho suyo confundiéndolo con fondos propios, salvo que lo mantenga en depósitos distinguibles del resto de su patrimonio.

Sólo si quedan parientes llamados a la sucesión legal del primer causante cuando fallece el segundo tendrá lugar la delación a su favor de los bienes que integran el «residuo», pues el inciso final del artículo 419.3 CDFA dispone que a falta de tales parientes los bienes se integrarán en la herencia del sobreviviente, lo que supone que se deferirán junto al resto del caudal relicto en favor de sus propios herederos.

## 2. DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS

En el testamento mancomunado las disposiciones de un otorgante pueden ser totalmente independientes de las del otro pero es innegable que cuando dos personas deciden testar en mancomún, sean o no cónyuges o parientes, algún tipo de relación existirá entre ellas que les ha movido a proceder de este modo, y con mucha frecuencia esa misma relación es la causa de que las disposiciones testamentarias de uno y otro testador estén vinculadas, relacionadas entre sí, o recíprocamente condicionadas.

Han sido precisamente los problemas que plantea la revocabilidad unilateral, que en cuanto testamento es facultad individual de cada testador, y la protección de la confianza que el otro depositó en él al otorgar disposiciones vinculadas o condicionadas lo que ha planteado siempre los problemas más importantes en la regulación del testamento mancomunado y lo que en buena medida sirvió a sus detractores para apoyar la prohibición de que es objeto en el Código civil, como cuando GARCÍA GOYENA, comentando el artículo 557 del Proyecto de 1851, dice que *«lo mejor es prohibir una forma incompatible con la buena fe ó con la naturaleza de los testamentos y que por otra parte daba lugar á sugerencias y violencias»* (GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias...*, 1974, p. 300-301) o las opiniones contrarias a esta forma de testar de Benito GUTIÉRREZ y Felipe SÁNCHEZ ROMÁN que, incluso dentro de Aragón, sirvieron de apoyo a la crítica del testamento mancomunado del notario GARCÍA ATANCE, aunque su criterio no ha sido compartido por la gran mayoría de sus compañeros de profesión (GARCÍA ATANCE, M., *Aspectos concretos...*, pp. 13 a 23).

Probablemente ha contribuido a esta corriente de opinión adversa al testamento mancomunado el último inciso de la Observancia 1<sup>a</sup> *de testamentis* cuando dispone que *«...si solamente uno de ellos dispone de los bienes o hace testamento y el otro no habla o no hace testamento sino que consiente en la disposición o testamento hecho por el otro. Entonces el que consiente no puede contravenir al testamento»*, queda el testamento irrevocable para uno de los testadores. En el Apéndice, la revocación del testamento mancomunado tras el fallecimiento del otro testador requería la renuncia total por el sobreviviente a los beneficios que le provinieran de las disposiciones del finado, añadiendo su artículo 19 que, aceptada por el supérstite cualquier liberalidad a su favor contenida en el otorgamiento mancomunado, el testamento quedaba para él irrevocable.

### 2.1. *Concepto y requisitos de la correspectividad*

A partir de la Compilación del Derecho civil de Aragón, promulgada en 1967, comienza a distinguirse de forma expresa en los textos legales entre las disposiciones del testamento mancomunado que son independientes de cada testador y las que están vinculadas entre sí, o cláusulas correspectivas, que en su artículo 97.1 definía la Compilación como *«aquellas disposiciones que, por voluntad declarada de ambos en el mismo testamento o en documento público, estén recíprocamente condicionadas»*. La Ley de sucesiones por causa de muerte perfiló más el concepto en el

artículo 105.1, según el cual «*son correspectivas entre sí las disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente condicionada, sean en beneficio mutuo o de tercero*».

Mientras el Apéndice consideraba correspectivas –aunque sin emplear este término en su redacción– únicamente a las disposiciones hechas por los testadores en beneficio mutuo (pues sólo a ellas había que renunciar para poder revocar las propias disposiciones tras el fallecimiento del otro testador, quedando irrevocables cuando el sobreviviente ya hubiera disfrutado algún beneficio testamentario procedente del primer fallecido) la Compilación consideró correspectivas las que por voluntad declarada de los testadores estuvieran recíprocamente condicionadas, y la Ley de sucesiones por causa de muerte, a partir de la misma idea, precisa que es condición necesaria de las disposiciones correspectivas que tengan contenido patrimonial, pudiendo contener liberalidades a favor de terceros distintos del otro testador, lo que en la Compilación probablemente estaba implícito pero no expreso.

Disposición correspectiva no equivalía en la Compilación ni equivale a partir de la promulgación de la Ley de sucesiones por causa de muerte a disposición recíproca pues, aunque en la doctrina alemana autores como KIPP y BINDER equiparaban correspectividad y reciprocidad, según dice BELLOD, en la doctrina aragonesa tanto PALÁ como LORENTE señalaron, vigente el Apéndice, que la interdependencia entre las disposiciones de uno y otro testador es lo que permite calificarlas como correspectivas y no el hecho de que el beneficiario de cada una de ellas sea precisamente el otro testador (BELLOD, M. E., *La correspectividad...* RDCA, 1997-1, pp. 92-94), entendiendo DELGADO que incluso la institución recíproca de herederos entre testadores puede no tener carácter correspectivo si así lo manifiestan los otorgantes en su testamento (DELGADO ECHEVERRÍA, J., *El testamento...*, p. 14). La correspectividad supone, como dice GARCÍA VICENTE, el equilibrio que establecen los testadores entre las disposiciones a las que asignan esta naturaleza, de forma que las de uno son fundamento causal de las del otro, que sin aquellas no hubiera otorgado las suyas propias (GARCÍA VICENTE, F., *Comentarios...*, p. 235).

Concluye el artículo 420.1 CDFA (antes art. 105.1 LSCMA) diciendo que «*la correspectividad no se presume*», luego de haber dispuesto anteriormente que la correspectividad se origina «*por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento*», suprimiendo la posibilidad contemplada en el correlativo artículo 97.1 de la Compilación de que esta declaración de voluntad pudiera hacerse también en documento público distinto y no precisamente en el testamento mancomunado. De esta regulación resulta que no cabe una correspectividad presunta, excluida expresamente en el precepto legal, sino que debe ser producto de la voluntad de los testadores declarada en el propio testamento, aunque sin llegar al extremo de requerir el empleo sacramental del vocablo «correspectivo/correspectiva», bastando que la voluntad de los testadores se exprese claramente en el sentido de querer condicionar recíprocamente la eficacia de las disposiciones a las que quieran asignar este carácter. Así lo entiende la generalidad de la doctrina,

entre ellos los autores ya citados LORENTE SANZ y GARCÍA VICENTE, y también TOBAJAS GÁLVEZ (*El testamento mancomunado...*, 2000, p. 702).

## 2.2. Régimen legal

Además de las normas especiales que regulan la revocación de las disposiciones correspondientes, el artículo 420.2 CDFA dispone que «*La nulidad o anulación de una disposición produce la ineficacia total de la correspondiente. Sin embargo, la ineficacia sobrevinida de una disposición no produce la de su correspondiente, que dejará de tener ese carácter*».

Aunque no es éste lugar para adentrarnos en un análisis pormenorizado de la disciplina de la invalidez, en la interpretación del precepto hay que distinguir entre disposiciones inválidas, o que adolecen de un vicio o defecto, que en la clásica teoría dualista reflejada en el texto transcrito pueden ser nulas o anulables, y disposiciones ineficaces que son las que no producen efectos, sean válidas o no, pues aunque la carencia de efectos suele ser consecuencia de la invalidez, puede servirnos como ejemplo de que esta correlación no se da siempre la institución recíproca entre testadores, en la que la disposición del supérstite instituyendo heredero universal al primeramente fallecido es válida, pero resulta ineficaz por premoriencia del instituido.

Como quiera que nulidad de pleno derecho y anulabilidad no son otra cosa que distintos procedimientos para invalidar una disposición aparentemente válida, la declaración de nulidad de una disposición por una u otra causa produce la ineficacia total de la disposición correspondiente, lo que supone que no produce efecto alguno aunque ella misma no sea inválida, como es inválida aquella.

El segundo inciso del artículo 420 CDFA tiene como supuesto de hecho la ineficacia *sobrevinida* de una disposición testamentaria correspondiente de otra disposición del cotestador, ineficacia que sobrevendrá no solo en el supuesto de premoriencia en caso de institución recíproca –que nos ha servido en el anterior ejemplo– sino en todos aquellos en que siendo un tercero el beneficiario de la disposición a título universal o particular no resulte eficaz por su premoriencia, ausencia declarada, indignidad o repudiación. Salvo que la causa de ineficacia sea la repudiación, supuesto que el artículo 341 CDFA excluye de la sustitución legal, en los demás casos mencionados tiene lugar la sustitución en la sucesión voluntaria, según previsión del artículo 336 CDFA, lo que no permitirá considerar que la disposición correspondiente ha sido ineficaz, pese a que el beneficiario no sea el designado por el testador sino su sustituto legal.

La consecuencia legal prevista para el caso de ineficacia sobrevinida no afecta a la validez ni a la eficacia de la disposición correspondiente, sino únicamente a su condición de correspondiente que se pierde, lo que permite al otro testador revocarla sin limitación alguna, como seguidamente veremos, pues sólo las disposiciones correspondientes son irrevocables tras la muerte del otro testador.

Aplicable a todos los testamentos y, en consecuencia, también al mancomunado, el artículo 438 CDFA dispone que, «salvo que del testamento resulte que

la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspondientes entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin».

## VII. REVOCACIÓN Y MODIFICACIÓN DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO

El testamento mancomunado es revocable, como lo es cualquier otro testamento, siendo esta cualidad la que principalmente le diferencia del pacto sucesorio, además de la mayoría de edad y la escritura pública exigidas para otorgar válidamente el pacto. Si ambos otorgantes revocan o modifican de consuno el testamento mancomunado que otorgaron estaremos ante un supuesto que planteará escasos o nulos problemas, pero la revocación unilateral de sus disposiciones por uno de los que testaron en mancomún es un asunto «*digno de meditación*» que «*inspiró siempre dudas de consideración*» como dijera en su informe el abogado oscense VIDAL TOLOSANA, poco antes de la promulgación del Apéndice foral aragonés y en función del mismo (*Informe elevado...*, 1924, p. 26).

En la medida en que el otorgamiento de un testamento unipersonal válido tiene efectos revocatorios de las propias disposiciones del testamento mancomunado anterior y puede lesionar la confianza depositada por cada testador en el otro, el legislador ha entendido necesario darle a conocer el hecho del otorgamiento posterior, aunque no de enterarle del contenido del nuevo testamento; obligación de informar que, sin embargo, no se extiende a los supuestos en que se dispone entre vivos a favor de tercero de bienes afectos a disposiciones del testamento, incluso correspondientes, que quedan ineficaces al privarlas de contenido. El artículo 422 CDFA –que más tarde estudiamos– regula los efectos que producen estas disposiciones, pero no establece la obligación de informar de ellas al otro testador.

La revocación unilateral de su testamento hecha por el sobreviviente tras la muerte del otro testador ha sido objeto de regulación desde el Apéndice, impidiéndola o sujetándola a algunas limitaciones, como también disponía la Ley de sucesiones por causa de muerte hoy refundida, razón por la que, según ya anunciaba su Preámbulo, el artículo 406.3 CDFA define el testamento mancomunado como acto *naturalmente revocable*, a diferencia del testamento unipersonal considerado *esencialmente revocable* por el apartado 2 del mismo artículo.

Como queda dicho, la revocación simultánea por ambos testadores no plantea especiales problemas. Según el artículo 421.1 CDFA «*El testamento mancomunado puede ser revocado o modificado por ambos testadores en un mismo acto u otorgamiento*», es decir, con la misma libertad con la que ambos pudieron otorgar su

testamento en mancomún pueden modificarlo o revocarlo posteriormente. El precepto se refiere a un «acto u otorgamiento» revocatorio, y no necesariamente a un nuevo testamento mancomunado, porque el pacto sucesorio otorgado por ambos testadores también tendrá efecto revocatorio del testamento mancomunado anterior.

La revocación unilateral del testamento mancomunado es la que plantea mayor número de problemas, dadas las diferentes variantes que presenta, y que resultan de la combinación de los siguientes supuestos:

- a) Revocación unilateral en vida de ambos testadores y tras la muerte de uno de ellos.
- b) Revocación del testamento y revocación de las disposiciones correspondientes.
- c) Revocación formal por otorgar nuevo testamento y modificación material al disponer *inter vivos* de los bienes afectos a una disposición correspondiente, bien a título oneroso o bien a título lucrativo.

#### 1. REVOCACIÓN EN VIDA DE AMBOS TESTADORES

Sin distinguir si la modificación afecta a disposiciones correspondientes o a las que no lo son, el artículo 421.4 CDFa establece las reglas que deben observarse en «*toda revocación o modificación unilateral*» del testamento mancomunado en vida del otro testador, cuyo primer requisito es que se haga «*en testamento abierto ante Notario*»; el segundo es que el otorgante manifieste al Notario autorizante «*la existencia del anterior testamento y el domicilio del otro otorgante*» y finalmente que el Notario notifique al otro testador dentro de los ocho días hábiles siguientes «*el mero hecho del nuevo otorgamiento*». Concluye el párrafo estableciendo las consecuencias de la infracción de alguna de estas normas, disponiendo que «*sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, la falta de esas manifestaciones del otorgante o de la notificación no afectará a la eficacia de la revocación o modificación*», aunque la consecuencia que se sigue de que el testamento no se otorgue como testamento notarial abierto, según exige el precepto, entiendo que sí afecta a su validez, al no estar incluido en el párrafo transcrito.

No parece lógico que la norma imponga precisamente la forma de testamento abierto en lugar de limitarse a exigir únicamente forma notarial, que incluiría también el testamento cerrado, pues mediante la notificación notarial no se trata de dar a conocer al otro testador el contenido del nuevo testamento sino únicamente el hecho de su otorgamiento, todo lo cual es posible también si el testamento se otorgase con las formalidades del testamento cerrado apto para el testamento mancomunado, que es objeto de regulación específica en el artículo 410 CDFa; ello no obstante, la forma claramente exigida por el precepto que nos ocupa es la de testamento notarial abierto, por lo que si no se ajusta a esta prescripción estaremos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho, dado que el artículo 423.1.a) CDFa dispone que son nulos «*los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los requisitos esenciales prescritos por la ley para los testadores, el contenido o la forma del testamento otorgado*», y existiría inobservancia de un requisi-

to esencial de forma legalmente prescrito; en caso de entenderse que no se trata de un requisito esencial, el testamento sería también nulo conforme a lo dispuesto en el apartado b) del propio artículo 108.1, que sanciona la inobservancia de *los restantes requisitos y formalidades requeridos por la ley*, con la única diferencia de que en este caso la acción de invalidez no sería imprescriptible como en aquél, al prescribir según dispone el artículo 426.2 CDFA en el plazo de quince años a contar de la fecha de fallecimiento del testador.

Decía el Preámbulo de la Ley de sucesiones por causa de muerte, que es la lealtad debida al otro otorgante la que motiva que haya que darle a conocer la revocación *«para que obre, si quiere, en consecuencia»*. La notificación fue introducida en el ordenamiento aragonés por el primer párrafo del artículo 19 del Apéndice foral, a cuyo tenor *«El testamento otorgado de mancomún puede ser revocado, no sólo por ambos cónyuges en esta misma forma, sino también por voluntad de uno de ellos, con tal que antes de verificarlo haya notificado su intención por medio de Notario al otro cónyuge»*, notificación que debía ser previa al otorgamiento del testamento revocador o modificador del mancomunado. La Compilación, desde su primera redacción de 1967, recogió en el artículo 97.2 la misma norma del actual artículo 421.4 CDFA, salvo que aquel texto no imponía expresamente al otorgante la obligación de hacer saber al Notario la existencia del anterior testamento y el domicilio del otro otorgante, aunque de hecho fuera indispensable, dada la necesidad de llevar a cabo la notificación en los mismos términos y en el mismo plazo que establece el precepto hoy vigente.

La norma es aplicable a todo otorgamiento de un testamento individual por quien anteriormente había otorgado testamento mancomunado, sin necesidad de atender a su contenido, dado que a tenor del inicio del artículo 432 CDFA *«el testamento anterior queda revocado por el pacto sucesorio o testamentos posteriores perfectos»*, siendo excepcional que del mismo se infera la subsistencia total o parcial del anterior testamento. Si se otorgó testamento mancomunado pero ha fallecido el otro testador, no concurre el supuesto de hecho del artículo 421.4 CDFA y el sobreviviente no está sujeto a sus previsiones, pudiendo testar nuevamente en la forma que prefiera, sin obligación de hacer manifestación alguna al autorizante, si lo otorgase en forma notarial, y sin necesidad de notificar a nadie el otorgamiento.

Según la letra del precepto que nos ocupa, al otorgar el testamento unipersonal posterior el testador debe manifestar al Notario el hecho de haber otorgado anteriormente testamento mancomunado y el domicilio del otro otorgante. La norma no exige una identificación más precisa del testamento anterior que no sea el hecho de su existencia, y habrá que entenderse también de su subsistencia, pues no es lógico aplicar estas cautelas si el anterior testamento mancomunado estuviera ya revocado, por ejemplo por ambos testadores. Respecto a los datos del otro testador, el texto exige únicamente *el domicilio*, aunque habrá de entenderse que el otorgante deberá facilitar también al Notario al menos su nombre y apellidos, de todo punto imprescindibles para poder practicar la notificación.

Al comentar este artículo, dice MERINO que el Notario debe partir necesariamente de la manifestación del otorgante, requisito indispensable para practicar



la notificación prevista por el precepto, sin poder servirse de información ajena a tal manifestación, ya proceda de terceros ya de su propio conocimiento, incluso cuando el testamento anterior hubiera sido autorizado por él mismo. Estima indispensable que en todo otorgamiento de un testamento unipersonal –especialmente cuando el testador por su nacionalidad o vecindad civil hubiera podido otorgar anteriormente testamento mancomunado– el Notario le pregunte sobre estos extremos, como parte de la autorización notarial del testamento, aunque no venga así impuesto por una norma positiva (MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Comentarios...*, 2002, p. 755).

Advierte MERINO (*Comentarios...*, 2002, p. 756), citando a TEIXEIRA GRACIANETA (*El testamento mancomunado...*, p. 133), que la finalidad perseguida por esta notificación sólo será eficaz cuando el testador destinatario de ella se encuentre en condiciones de poder testar, pues si estuviera incapacitado para hacerlo, o ausente, su situación sería equiparable al supuesto de que ya hubiera fallecido.

De que la notificación llegue a realizarse y se lleve a cabo dentro del plazo de ocho días legalmente previsto será responsable el Notario autorizante del testamento unipersonal, del propio modo que pesa sobre el otorgante y eventualmente sobre sus herederos la responsabilidad derivada de haber omitido comunicar al Notario los extremos que exige el precepto legal, aunque en ninguno de estos casos se invalidaría el otorgamiento ni su efecto revocatorio o modificador del testamento mancomunado anterior, pese a la ausencia de notificación, porque así lo prevé expresamente la norma.

La responsabilidad del Notario, cuando le es atribuible, tendrá su fundamento en el artículo 1.902 CC; la del otorgante que oculta la información puede asentarse en el mismo precepto, pues no siendo un contrato lo que otorgó con el otro testador no cabe entender que se trate de responsabilidad contractual, añadiendo GARCÍA VICENTE que cuando la ocultación pueda calificarse de fraudulenta podría constituir una maquinación tendente a impedir que el otro testador modifique su testamento, si así lo desea, subsumible en los apartados f) y g) del artículo 328 CDFA que consideran indigno de suceder al que con fraude impidiera revocar o modificar el pacto sucesorio, testamento o acto de ejecución de la fiducia que tuviese hechos (GARCÍA VICENTE, F., *Ley de sucesiones. Comentarios...*, 1999, p. 98).

## 2. REVOCACIÓN POR EL SOBREVIVIENTE

Dispone el artículo 421.2 CDFA que cada testador puede revocar o modificar unilateralmente sus propias disposiciones no correspectivas. Fallecido uno de los testadores, no será precisa –porque ya no es posible– la notificación prevista en el apartado 4 del mismo artículo, de que el sobreviviente ha otorgado nuevo testamento.

Con la misma impropiedad que se advierte en la redacción de otros preceptos de la normativa sucesoria, el artículo 421.3 CDFA parece disponer en qué casos un testador puede y en cuáles no puede revocar sus disposiciones

correspectivas, cuando lo que hace realmente es regular la validez de la revocación en los diferentes supuestos que contempla: cualquiera de los testadores *puede* revocar su testamento y todas las disposiciones del mismo en cualquier momento, lo que la norma sanciona es la validez y la eficacia de esta revocación. En vida del otro testador ya hemos visto cuál es el régimen de modificación o revocación de las disposiciones testamentarias, sean o no correspondientes, y también la revocación de las disposiciones que no lo son, después de la muerte de uno de los testadores. Resta por ver el régimen de revocación de las disposiciones correspondientes por uno de los testadores después de la muerte del otro.

Salvo que en el testamento mancomunado se hubiera previsto otra cosa, fallecido un testador, el sobreviviente no podrá revocar sus propias disposiciones correspondientes salvo que concurra «*alguna causa de las que posibilitan la revocación unilateral de los pactos sucesorios*», remisión del artículo 421.3 CDFA al régimen del artículo 401 del propio Código que contempla tres causas, de las que en la práctica sólo una resulta útil a los efectos que nos ocupan, pues es obvio que si en el propio testamento mancomunado se facultó al testador para revocar sus disposiciones correspondientes después de la muerte del otro tal disposición sería eficaz sin necesidad de apoyarla en este precepto; en segundo lugar, no cabe incumplimiento de cargas y prestaciones impuestas al instituido, o que éste impida con su conducta la normal convivencia familiar pactada, sencillamente porque el instituido no tiene intervención alguna en el otorgamiento del testamento –aunque puede tenerla en el pacto, para el que está pensado el artículo 401 CDFA– y no puede haber aceptado carga, prestación o convivencia alguna; quedando en consecuencia únicamente aplicable el último supuesto del artículo 401 CDFA que permite revocar cuando el beneficiario de la disposición ha incurrido en causa de indignidad o en situación que si fuera legitimario pudiera fundar su desheredación. Si el testador superviviente revocase sus disposiciones correspondientes por concurrir esta causa, se produce la ineficacia total de las que sean correspondientes en el otorgamiento del testador fallecido, y fuera de este supuesto incurrirán en causa de nulidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 424.1 CDFA las cláusulas del testamento otorgado tras la muerte del otro testador que revoquen las disposiciones correspondientes del mancomunado, por ser esencialmente determinadas por un motivo contrario a la ley, aunque la nulidad no alcanzará al resto de las cláusulas del testamento ulterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 424.3 CDFA.

### 3. DISPOSICIÓN *INTER VIVOS* DE BIENES AFECTOS A DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS

*Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*, decía ULPIANO, y es un hecho que el disponente por causa de muerte puede ejecutar su cambio de decisión tanto revocando sus disposiciones testamentarias como –de forma indirecta– enajenando en vida los bienes de los que había dispuesto en el testamento a favor de persona distinta de quien en éste figura como beneficiario *mortis causa*. El ordenamiento reconoce al testador libertad para hacerlo así, dado que en el régimen general de los legados el artículo 869 CC, aplicable

como derecho supletorio a falta de norma aragonesa, dispone que si el testador enajena la cosa legada el legado quedará sin efecto.

Sin embargo, la Ley de sucesiones aragonesa introdujo normas destinadas a regular los supuestos en que la revocabilidad de las disposiciones por causa de muerte está limitada, condicionada o sencillamente no es posible, como sucede en el pacto sucesorio –por naturaleza irrevocable– o en relación con las disposiciones correspectivas del testamento mancomunado, después de la muerte de uno de los testadores. Salvo en el pacto sucesorio con institución de presente –variedad en desuso que implica la transmisión actual del patrimonio al instituido– el instituyente conserva en todo caso la facultad de disponer a título oneroso, teniéndola también, según el artículo 398 CDFA, para hacerlo a título gratuito si la institución paccionada es a favor de tercero, aunque si fuera a favor de contratante debe contar con el consentimiento del instituido, salvo que se trate de liberalidades usuales o de escaso valor, según dispone el artículo 393.2 CDFA.

Tratándose de disposiciones correspectivas en testamento mancomunado los Cuerpos legales aragoneses anteriores a la Ley de sucesiones por causa de muerte no contenían normas reguladoras de las consecuencias que produce la enajenación entre vivos de bienes afectados por ellas, pese a que tanto el artículo 19 del Apéndice como el artículo 97.3 de la Compilación prohibían revocar o modificar las disposiciones correspectivas tras la muerte del otro testador –entonces necesariamente su cónyuge– no obstante estas enajenaciones las hicieran ineficaces *de facto*. La solución al problema quedaba al arbitrio judicial y la jurisprudencia, dice GARCÍA VICENTE, fue más rigurosa en relación con las disposiciones correspectivas que con lo que resultaría de aplicarles lo dispuesto para el pacto sucesorio, llegando a considerar anulable todo acto dispositivo *inter vivos*, incluso a título oneroso, hasta que comenzó a orientarse en el sentido que más tarde lo haría la Ley de sucesiones, permitiendo las disposiciones *inter vivos* a título oneroso aplicándoles el principio de subrogación (GARCÍA VICENTE, F., «Ley de sucesiones ...», *RDCA-1999-V*, p. 79).

La Ley de sucesiones por causa de muerte incorporó al ordenamiento sucesorio aragonés una regulación positiva de los actos de disposición o gravamen dispuestos en vida por los testadores que afecten a los bienes vinculados por sus disposiciones correspectivas en testamento mancomunado para evitar, como dice su Preámbulo, que puedan vaciarse de contenido dichas disposiciones y quedar indirectamente sin efecto, pero procurando no entorpecer el tráfico de los bienes ni afectar a la seguridad de los terceros adquirentes. Estas normas están recogidas hoy en el artículo 422 CDFA que, rubricado «*Disposición de bienes entre vivos*», establece un principio general de libertad de disposición por los testadores, no obstante puedan producirse las que denomina *excepciones y modalidades*, a semejanza de los efectos de la revocación formal del testamento, cuando la disposición o alteración sustancial se realiza por un testador después del fallecimiento del otro.

Como corresponde a la naturaleza *mortis causa* del testamento, que no despliega sus efectos sino después de fallecer el causante, su otorgamiento no debe

limitar la facultad de los testadores para disponer de su patrimonio mientras vivan del modo que tengan por conveniente, por lo que el artículo 422.1 CDFA comienza proclamando que «*aunque el testamento mancomunado contuviere cláusula en contrario, cada uno de los testadores podrá disponer entre vivos de sus bienes, a título oneroso o gratuito, aun después del fallecimiento del otro*». Como se advierte en el precepto, frente a este principio no prevalece siquiera la voluntad en contrario de los testadores ya que la norma legal deroga lo que pudieran haber previsto los interesados en contra de la libre disponibilidad, siguiendo el mismo criterio con que, en otro orden de cosas, el artículo 431.1 y 3 CDFA tiene por no escritas las cláusulas *ad cautelam* o de renuncia a la revocabilidad del testamento.

Sin embargo, cuando los bienes enajenados estaban afectos a disposiciones correspectivas del testamento mancomunado que hubiera otorgado el disponente, el ejercicio de la libertad de disposición produce ciertas consecuencias aunque no se traduzcan en prohibir o limitar la facultad de disponer. El artículo 422.2 CDFA regula la disposición de estos bienes cuando se hace en vida de ambos testadores, y el artículo 422.3 CDFA la disposición por el sobreviviente, una vez fallecido el otro testador.

Hay que precisar en primer lugar el contenido de las disposiciones correspectivas de que se trata en estos casos, y cuál sea la naturaleza y entidad de los actos a cuya realización afectan las disposiciones de este artículo, ya que según el texto legal se trata de «*bienes comprendidos en una disposición correspectiva*» y el acto dispositivo del testador deberá implicar la «*revocación o modificación sustancial*» de la misma.

Mientras respecto al pacto sucesorio para después de los días del instituyente en el que el instituido es el otro contratante, el artículo 393 CDFA se refiere en sus dos apartados a la disponibilidad «*de los bienes objeto de la institución*», el artículo 398 CDFA refiere la libre disponibilidad del instituyente en el pacto a favor de tercero a «*sus bienes*» sin otra precisión o referencia a que sean o no objeto de la institución paccionada; expresiones de distinto alcance que cuando la disposición correspectiva es la institución universal de heredero pueden suscitar la duda sobre si es todo el patrimonio del testador el que queda afectado por el artículo 422.2 y 3 CDFA en la medida en que todo él integrará el caudal relicto si lo conservase hasta su fallecimiento, y habrían de aplicarse en tal caso sus normas a la enajenación o gravamen de cualquiera de los bienes que lo integran. Me inclino con BELLOD (*Manual...*, 2007, p. 574) por la negativa dado que, por su carácter universal, la institución de heredero no atribuye bienes concretos al instituido, por lo que habremos de partir del hecho de que la disposición correspectiva a la que estén afectos los bienes cuya enajenación integra el supuesto de hecho del precepto que nos ocupa será un legado del bien en cuestión, o institución hereditaria *ex re certa* en la que, según el artículo 466.3 CDFA, el instituido tiene la consideración de legatario.

Los actos que determinan la aplicación de estas normas, según el artículo 422.2 CDFA aplicable a las disposiciones en vida del otro testador, son las disposiciones de bienes entre vivos (rúbrica del art. 422 CDFA) que impliquen revocación o modificación sustancial de la disposición del testador supérstite corres-

pectiva de otra u otras del fallecido, mientras el párrafo 3 del propio artículo solo habla de «actos de disposición» realizados después de la muerte del otro testador, aunque debe entenderse que ambos párrafos se refieren a los mismos actos, en cuanto produzcan los efectos descritos en el primero de ellos. Estaremos ante el supuesto de hecho de estas normas cuando de trate de enajenaciones entre vivos, sean a título oneroso o gratuito, y también si se trata de actos de gravamen del bien en cuestión que modifiquen sustancialmente la disposición correspondiente a que esté afecto.

Plantea y no resuelve MERINO HERNÁNDEZ la pregunta de qué debe entenderse por alteración sustancial y qué baremo ha de medir tal sustancialidad (MERINO, *Comentarios ...*, 2002, pp. 767-768), problemas que a mi entender pueden salvarse con una interpretación sistemática pues, siendo requisito necesario que tengan contenido patrimonial las disposiciones del testamento mancomunado para que tengan la condición de correspondientes según la definición del artículo 420.1 CDFR, y debiendo responder en último término el donatario o los herederos del testador ante el beneficiario perjudicado del valor actualizado de la lesión, cabe aplicar pautas o criterios del derecho de daños y considerar que causa el perjuicio indemnizable cualquier acto de enajenación o gravamen del bien afecto a la disposición correspondiente que produzca una disminución sustancial de su valor material, es decir, que no sea ínfima, mínima o inapreciable, disminución de valor de cuyo importe deben responder ya el donatario ya los herederos del testador, en sus respectivos casos.

La solución legal es distinta si la disposición entre vivos que entraña revocación o modificación sustancial se realiza en vida de ambos testadores o tras el fallecimiento de uno de ellos. En el primer caso, dispone el artículo 422.2 CDFR que «*en vida de ambos otorgantes, la disposición de bienes comprendidos en una disposición correspondiente que implique su revocación o modificación sustancial produce la ineficacia total de la correspondiente del otro*», solución que se aparta de la que resultaría de aplicar la regla general y produce consecuencias anómalas; en efecto, en caso de enajenación del bien legado a falta de norma aragonesa reguladora del supuesto se aplica como derecho supletorio el artículo 869 CC, a cuyo tenor el legado queda sin efecto cuando se enajena la cosa legada, lo que en otros términos supone la ineficacia sobrevenida de la disposición que ordena el legado, que en el régimen que resulta de la aplicación de la norma general del artículo 420.2 *in fine* no produciría la ineficacia de la disposición correspondiente, sino únicamente que dejase de tener ese carácter, no obstante lo cual seguiría siendo una disposición eficaz. Sin embargo, aplicando como procede la norma especial del artículo 422.2 CDFR, la enajenación *inter vivos* en vida de ambos testadores del bien afecto a una disposición correspondiente que suponga su revocación o modificación sustancial produce la ineficacia total de la disposición correspondiente del otro testador, quedando privadas de efecto ambas disposiciones correspondientes por el acto unilateral de uno de los testadores, que no sólo priva de eficacia a su propia disposición testamentaria sino que produce también la ineficacia de las correspondientes del otro testador, sin contar con su voluntad, y posiblemente contra ella.

Al amparo del artículo 422.3 CDFa también puede el otorgante sobreviviente disponer entre vivos de los bienes comprendidos en una disposición correspectiva después de la muerte del otro testador, con distintas consecuencias si la disposición es a título lucrativo o a título oneroso; en el primer caso, la persona a quien el testamento atribuía dichos bienes podrá, una vez fallecido el disponente, pedir a los donatarios o sus herederos el valor actualizado del bien enajenado; y si la disposición fuera a título oneroso y supusiera la ineficacia de la disposición correspectiva, el valor actualizado podrá reclamarlo a los herederos del testador que dispuso en vida de los bienes.

El precepto no confiere al acreedor derecho a obtener la entrega del bien afecto a la disposición correspectiva, sino que genera un crédito pecuniario a favor del beneficiario de la disposición que queda vacía de contenido o menguada de forma sustancial por el importe de la lesión producida a consecuencia de la disposición *inter vivos* del testador, que podrá ser total o parcial, y a cargo de quienes señala el precepto como deudores, según la naturaleza onerosa o gratuita del acto dispositivo, debiendo tenerse en cuenta en el primer caso que el artículo 355 CDFa limita la responsabilidad del heredero en la sucesión aragonesa a los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no haga inventario, por lo que la obligación que nos ocupa quedará afectada a esta limitación de responsabilidad.

Por «valor actualizado» no debe entenderse en este caso el valor que tenía el bien al tiempo de enajenarse actualizado al tiempo de fallecer el causante pues, tratándose de una disposición por causa de muerte, el beneficiario de la disposición correspectiva no tendría derecho a recibir el bien hasta que fallecido el testador se abre la sucesión, por lo que entiendo que el valor a computar es que tenga el bien en ese momento –ya que en ningún otro momento anterior tendría el beneficiario derecho a recibirlo– y la actualización del valor será la que corresponda desde la apertura de la sucesión hasta el pago de la deuda.

En su inciso final, el artículo 422.3 CDFa señala plazo para el ejercicio de la acción de reclamación en los supuestos que regula este artículo, disponiendo al efecto que «*estos derechos caducan en el plazo de dos años contados desde el fallecimiento del disponente*», plazo sin duda alguna de caducidad, no de prescripción, dada la literalidad del precepto.

## BIBLIOGRAFÍA

- BAYOD LÓPEZ, C., «Ana y el artículo 216-2 Lsuc. Momento de aplicación de la norma y sucesión que regula. Problemas prácticos de aplicación». *RDCA*, XIV, 2008, pp. 117-141.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., *El testamento mancomunado: Estudios de documentos notariales aragoneses desde el siglo XVI hasta la actualidad*. El Justicia de Aragón, Zaragoza 1997.
- , «La correspectividad del testamento mancomunado: estado de la cuestión». *RDCA*, 1997-1, pp. 85-106.
- , «La sucesión testamentaria», en *Manual de Derecho civil de Aragón*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006. 2ª Edición, Zaragoza, 2007.
- BERJANO Y ESCOBAR, G., «Diferencias, en materia de sucesión testamentaria, entre el Código civil y las legislaciones de Aragón, Navarra y Cataluña». *Discurso leído en la solemne apertura del curso académico 1895-1896*. Establecimiento tipográfico de Adolfo Brid, Oviedo, 1895.
- CASTIELLA RODRÍGUEZ, J. J., «El testamento mancomunado, institución exportable al Código civil», *Revista Jurídica de Navarra*, nº 15, 1993.
- COSTA MARTÍNEZ, J., *Derecho consuetudinario y economía popular de España, I*. Guara Editorial, Zaragoza, 1984.
- CUADRADO IGLESIAS, M., *El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1983.
- DE LA FUENTE PERTEGAZ, P., *Derecho foral de Aragón*. Conferencias en la Universidad de Zaragoza. Tipografía del Hogar Pignatelli, Zaragoza, 1936.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., «El testamento mancomunado aragonés». *Comunicación a las Setenas Jornades de Dret català a Tossa*. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1994.
- FONT SEGURA, A., «La sucesión hereditaria en derecho interregional», *ADC*, 2000, 1.
- GARCÍA ATANCE, M., «Revocación del testamento mancomunado». *Segunda semana de Derecho aragonés (Jaca 1943)*, pp. 259-262.
- , «Aspectos concretos de la evolución del Derecho aragonés». *Boletín Oficial del Colegio de Abogados de Zaragoza*, Año V, núm. 14, 1964.
- GARCÍA GRANERO, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXVI, Vol. 1º.
- GARCÍA VICENTE, F., «El testamento mancomunado», *RDCA*, V-1999-1º.
- , *Comentarios a la Compilación de Derecho civil de Aragón*, Vol. III. Diputación General de Aragón. Zaragoza, 1996.
- , *Ley de sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil*. Zaragoza, 1999
- GÓMEZ DE VALENZUELA, M., *Testamentos del Valle de Tena (1424-1730)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2002.
- IBÁÑEZ CEREZO, A., *El testamento mancomunado, comunicación a la Segunda Semana de Derecho Aragonés*, Jaca, 1943.
- IZABAL BADA, M., *Enciclopedia Jurídica Española*. Tomo 29º, voz: testamento mancomunado. Seix, Editor, Barcelona, s.d.

- LACRUZ BERDEJO, J. L., «El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón». *ADA*, 1946.
- , «Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge y viudedad universal». *ADA*, Tomo XII.
- , «Un dictamen y dos sentencias», *RCDI*, 1969.
- LORENTE SANZ, J., «El testamento mancomunado en la Compilación del Derecho Civil de Aragón». *ADA*, XIV, 1968-69.
- MARTÍNEZ BLÁZQUEZ, J. A., «El testamento mancomunado: evolución y regulación jurídica a la luz de la Ley de sucesiones por causa de muerte 1/99». *Estudios sobre el ordenamiento jurídico aragonés. Becas del Justicia de Aragón, 1997-2002*. El Justicia de Aragón, Zaragoza 2003. Tomo I, pp. 477-554.
- MARTÍNEZ CORTÉS, J., *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Zaragoza, 1999.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., «La institución recíproca de herederos». *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 13-56.
- MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo XXXIV, Vol. 1º, Edersa, Madrid 1987.
- , *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo XXXIV, Vol. 1º, Edersa, Madrid, 2002.
- , «Revocación post mortem del testamento mancomunado aragonés y de hermandad navarro». *RCDI*, Tomo L, Núm. 500, 1974, pp. 47-73.
- MONTERO RÍOS, E., *Derecho foral aragonés. Capitulaciones matrimoniales. Testamento de hermandad*. F. Góngora y Compañía, Editores, Madrid, 1879.
- MOUTON OCAMPO, L., *Derecho consuetudinario español y europeo*, Madrid, 1911.
- MUÑOZ SALILLAS, J., «Dos interesantes sentencias recaídas en el Juzgado de primera instancia de Tarazona, en autos seguidos ante el mismo (retracto gentilicio; revocación unilateral de testamento mancomunado)». *ADA*, VI, 1951-52, pp. 197-208.
- PALÁ MEDIANO, F., «Derecho de sucesión por causa de muerte. Modos de delación hereditaria. De la sucesión testamentaria. De la sucesión paccionada. De la fiducia sucesoria». *Boletín del REICAZ*, Año VII, Número 26, 1967, pp. 127-144.
- PINTOS, J., «De la revocabilidad del testamento mancomunado». *RCDI* Tomo XXVII, Núm. 311, 1954, pp. 271-275.
- SAPENA TOMÁS, J., «El pacto sucesorio en el Alto Aragón». *RDP*, 1954.
- SERRANO GARCÍA, J. A., «La sustitución legal preventiva de residuo: declaración de herederos legales y troncalidad». *RDCA* VI, núm. 1, Zaragoza, 2000.
- SOLANO NAVARRO, M., «Mi contribución respecto a la sucesión contractual en el Alto Aragón», *ADA*, 1944.
- TEIXEIRA GRACIANETA, A., «El testamento mancomunado aragonés». *Revista Temis*, núm. 3-4, 1958, pp. 137-156, Facultad de Derecho de Zaragoza, Zaragoza, 1958.
- , «El testamento mancomunado aragonés», *ADA*, 1963-64, p. 45.
- TOBAJAS GÁLVEZ, O., «El testamento mancomunado en Aragón», *Actualidad civil*, mayo 2000.
- VIDAL TOLOSANA, L., *Informe elevado a la Subsecretaría del Ministerio de Gracia y Justicia, conforme a la real Orden de 27 de febrero de 1924*. Imprenta Viuda de M. Aguarón, Huesca, 1924.



- VITORIA BURGOA, U., «El Apéndice aragonés y la doctrina de la revocabilidad del testamento mancomunado». *RGL*, Tomo 150, 1927. Editorial Reus, S. A., Madrid, pp. 461-468.
- ZABALO ESCUDERO, M. E., «El testamento conjunto en el Derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés». *RGD*, Valencia, octubre-noviembre, 1989.
- , «Conflictos interregionales en materia de derecho sucesorio aragonés». *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2001.