

Revocación *post mortem* del testamento mancomunado aragonés y de hermandad navarro

1. INTRODUCCION

El testamento mancomunado o de hermandad es una de las piezas sobre las que se asientan las más importantes de nuestras legislaciones forales.

Es en materia de Derecho familiar y sucesorio donde se han cimentado siempre en nuestra patria las más importantes diferencias dentro de los distintos Ordenamientos jurídicos regionales. En otro tiempo regionales; hoy, éstos en contraposición al nacional, común o castellano.

Y dentro del Derecho sucesorio, las características formas testamentarias, incluso las variedades dentro de las formas que podríamos considerar comunes, son las que siempre han diferenciado netamente nuestros Derechos forales entre sí y frente al Derecho común.

Especialidades testamentarias nacidas al amparo de la más genuína y sabrosa tradición, que hunde sus profundas raíces en los oscuros siglos del Medievo, en el origen mismo de nuestros reinos peninsulares.

Es esta tradición, unida a una real y sentida vivencia entre nuestras gentes, la que ha inducido siempre al legislador al mantenimiento de los Ordenamientos jurídicos forales, de día en día enriquecidos por mor de la permanente atención de los estudiosos foráneos y la práctica, permanentemente renovada y atenta a la evolución de los tiempos, de ilustres profesionales, que en todas las épocas han sabido acomodar la siempre fría aplicación de las leyes al espíritu y sentir del pueblo, en cada circunstancia y momento.

Porque «la fidelidad al espíritu de la propia tradición jurídica es una de las condiciones esenciales para la personalidad de los pueblos» (1).

Pero tradición que no significa petrificación. Tradición evolutiva, tradición vitalizada. «Porque todo Derecho, para ser realmente vivo, no puede reducirse a un petrificado cuerpo de leyes, sino que debe nutrirse constantemente de su propio y genuino espíritu, seguir progresando y adoptar nuevas formas ante las realidades y problemas de cada momento..., adaptando el antiguo Derecho a las exigencias de la vida y de la ciencia jurídica actuales» (2).

2. DERECHO NAVARRO

I. SEGÚN ALBAREDA (3), históricamente, tanto en Aragón como en Navarra, el Derecho sucesorio parecía estar centrado en la sucesión exclusivamente abintestato. El ser entonces heredero dependía de la mera pertenencia a la familia. En una primera época, la disposición *mortis causa* se usaba solamente *pro anima* o bien para asignar a los hijos cosa cierta o designarlos, pocas veces para desheredarlos.

En efecto, en los textos legales aragoneses y navarros antiguos nada se encuentra relativo a las formas de otorgar testamento. Así ocurre con la Compilación aragonesa de Huesca de 1247, donde se regula lo relativo a la legítima formal, pero nada se dice del testamento, menos aún del mancomunado.

La regulación en Navarra del testamento de hermandad es relativamente reciente.

Ello no significa, sin embargo, que no existiera en la vida real. Y no solamente en territorios de Aragón y Navarra, sino en otros donde hoy rige el Código civil. El propio Fuero Real (4) acogió esta modalidad de testamento, otorgado conjuntamente por marido y mujer.

La práctica consuetudinaria parece que introdujo ciertas instituciones,

(1) Palabras con que comienza el prólogo a la Recopilación Privada del Derecho Foral de Navarra, Diputación Foral, Pamplona, 1971.

(2) Idem.

(3) MANUEL ALBAREDA Y HERRERA: «Algunas instituciones de Derecho aragonés y navarro», *Anuario de Derecho Aragonés*, 1951-52, págs. 21 a 62.

(4) Ley 9.ª, título 6.º, libro 3.º: «Sie el marido y la mujer fizieren hermandad de sus bienes, de que fuese el año pasado que casaren en uno, no habiendo fijos de consuno, ni de otra parte que hayan derecho de heredar, vala tal hermandad; e si despues que fizieren la hermandad hobieren fijos de consuno, no vala la hermandad; ca no es derecho que los fijos que son fechos por casamientos, sean desheredados por esta razón.»

hoy interpretadas por los estudiosos (5) como verdaderos antecedentes del testamento mancomunado, como fueran las donaciones *post-obitum* y las *reservaciones* de usufructo, otorgadas conjuntamente por ambos cónyuges.

Pero centrando el tema en lo que a revocación se refiere, en el capítulo 4 del Fuero General de Navarra se dice textualmente que «...maguera viviendo ambos, bien pueden enmendar o mejorar otra vez, que a todo fidalgo vale el postrimero destin».

De lo que se desprende claramente la posibilidad de revocar el testamento de hermandad por ambos testadores en vida.

Más tarde, en la Ley 41 de las Cortes de Navarra de 1766, se aclara todavía más dicha posibilidad, en cuanto que ésta se admite con respecto incluso a uno solo de los cónyuges: «...que pueda cualquiera de los cónyuges, en vida de ambos, revocar el testamento de hermandad en sus propios bienes, con noticia y sabiduría del otro cónyuge».

Sin embargo, fallecido uno de los cónyuges, la posibilidad de revocación desaparece totalmente.

Así, en el capítulo 4, título 4.º, libro II, del Fuero General, se lee que «...si el uno deylos moriés, el otro non puede desfazer el destin».

Los términos del Fuero son claros y taxativos.

Tradicionalmente se ha afirmado que el testamento de hermandad navarro es propiamente un contrato, participa de la naturaleza y carácter contractual sucesorio.

Este carácter lo adquiere, sin embargo, al fallecimiento de uno de los testadores. He ahí la diferencia esencial con el propio contrato sucesorio: en éste, los instituyentes se obligan con los herederos desde el instante mismo de su otorgamiento. Los testadores, sin embargo, pueden todavía en vida revocar el testamento reordenando su voluntad sucesoria.

SANTAMARÍA DE CRISTÓBAL se quejaba de esta rigurosa regulación histórica del testamento de hermandad, y afirmaba que quizá debería estudiarse la posibilidad de introducir en la legislación navarra un criterio semejante al del Derecho aragonés del Apéndice, es decir, la posibilidad de que el supérstite revoque el testamento en tanto en cuanto no se haya beneficiado del propio testamento (6).

Otras voces se alzaron también en contra de esta irrevocabilidad del testamento de hermandad. Así, cuando MORALES, vocal navarro que formó parte de la Comisión de Codificación, con arreglo al Decreto de 2 de febrero de 1880, propugnaba la abolición de esta clase testamentaria,

(5) ANTONIO TEIXEIRA GRACIANETA: «El testamento mancomunado aragonés», A. D. A., 1963-64, pág. 20.

(6) «El testamento navarro de hermandad», A. D. A., 1945, págs. 187 y sigs.

decía en su informe que «con su desaparición no se priva de poder disponer del mismo modo en el fondo, aunque con la diferencia en la forma de hacerse en dos testamentos, y la mayor facilidad en la revocación, lo cual debe favorecerse, y más en una legislación en la que las donaciones por causa de matrimonio pueden comprender todos los bienes, siendo irrevocables, y pudiendo organizarse la familia y su porvenir tan libérrimamente, y en la que respecto de los esposos hay la libre facultad de heredarse salvo en ciertos casos...».

Parece, sin embargo, que la irrevocabilidad del testamento de hermandad, fallecido uno de los testadores, ha sido la nota que ha presidido todos los Apéndices y Proyectos de la legislación navarra.

Así, el Apéndice de 1900: «La muerte de uno de los testadores extingue para los demás la facultad de revocar el testamento de hermandad» (art. 681). Y en igual o parecido sentido, los Apéndices de 1929 (artículo 45), 1930 (art. 40) y 1945 (art. 46).

E incluso el Tribunal Supremo, como lo confirma la sentencia de 16 de diciembre de 1943, al decir que «el capítulo 4, título 4.º, libro II, del Fuero General de Navarra, proclama irrevocable el testamento de hermandad falleciendo uno de los otorgantes».

Con ello llegamos a la Recopilación privada de 1971, redactada por los señores GARCÍA-GRANERO, NAGORE, AIZPÚN, D'ORS, LÓPEZ JACOISTE, ARREGUI, SANTAMARÍA ANSÁ y SALINAS QUIJADA.

Un notable cambio de sentido hemos apreciado en las Leyes 199 a 205, reguladoras del testamento de hermandad, dentro del capítulo 5, del título 5.º, del libro II.

No obstante, y como quiera que la regulación de esta materia en la citada Recopilación privada ha pasado íntegra y sin alteración a la vigente Compilación de Derecho civil foral de Navarra, aprobada por Ley de 1 de marzo de 1973, preferimos pasar al estudio de ésta.

II. COMPILACIÓN.—Creo reflejar el sentir de la mayor parte de los juristas al afirmar que hemos recibido con notable satisfacción la publicación de la novísima Compilación navarra.

Incluso los detractores de los Derechos forales reconocerán las ventajas que esta promulgación va a tener para un mejor y más adecuado conocimiento de las instituciones navarras.

La materia que nos ocupa en el presente trabajo viene regulada en las Leyes 199 a 205, al igual que en la antes citada Recopilación privada.

Manteniendo su tradicional criterio, la Compilación denomina a esta forma de testar conjunta testamento de hermandad.

Pero prescindiendo de otras consideraciones de no menos importancia, y centrando la atención en la materia referente a la revocación de este

testamento tras la muerte de uno de los testadores, hallamos su regulación en la Ley 202, a cuyo tenor, «fallecido alguno de los testadores, el testamento de hermandad será irrevocable, salvo que en él se hubiera establecido otra cosa».

Y en su párrafo segundo se añade:

«Sin embargo, podrán excepcionalmente revocarse y ordenarse de nuevo por el sobreviviente:

Uno.—En todo caso, las disposiciones a favor de persona que hubiera devenido incapaz o hubiese premuerto, sin perjuicio de los derechos de representación y de acrecer cuando deban tener lugar.

Dos.—Las disposiciones que en cualquier concepto hubiere establecido sobre su propia herencia y que no tengan causa en las disposiciones de otro de los testadores.»

La Ley 202 comienza por afirmar algo que fue tan tradicional y estuvo tan arraigado en el Derecho navarro: la irrevocabilidad del testamento de hermandad. «Fallecido alguno de los testadores, el testamento de hermandad será irrevocable...»

Pero la firmeza de este criterio ha cedido con el devenir de los tiempos, y la Compilación así lo recoge. La primera gran excepción a esa irrevocabilidad es la disposición en contrario de los testadores y en el propio testamento.

Ahora bien, fijémonos que este primer párrafo de la Ley 202, a diferencia de lo que establece el párrafo segundo, número dos, está refiriéndose al testamento todo y no a las disposiciones del supérstite.

Entiendo que la facultad de revocación que se prevé para el sobreviviente está referida a todo el testamento, es decir, también a las disposiciones del premuerto. Nos encontraríamos entonces más bien en presencia de un supuesto de fiducia sucesoria.

Como quiera que esta posibilidad de revocación debe nacer de la propia voluntad de los otorgantes, manifestada expresamente en el testamento, de sus declaraciones podrá colegirse con claridad cuál es el alcance que han querido dar a esa facultad de revocación.

Las dudas podrán surgir cuando en el testamento solamente se diga que el supérstite podrá revocar libremente éste. Se podrá dudar si la facultad se refiere sólo a sus propias disposiciones o también a las del premuerto.

Insisto que, a mi juicio, y dada la relación de ese párrafo primero con el siguiente dentro de la propia Ley 202, y dada también la propia dicción del texto, que habla de *testamento*, es ese todo, en su caso, el que podrá revocarse. En efecto, la palabra *testamento* abarca todo el contenido dispositivo de éste y no sólo una parte del mismo.

Por ello, el citado párrafo primero de la ley está refiriéndose a supuesto distinto de los que regula el párrafo segundo en sus dos apartados, y especialmente en el segundo.

En el primero de éstos se está haciendo referencia a un caso similar al del párrafo primero, pero más limitado. Ya no se habla de la posibilidad de revocar todo el testamento de hermandad, sino solamente aquellas de sus disposiciones que estén referidas a personas que hubieran devenido incapaces o que hubiesen premuerto.

Aquí, la facultad de revocación no emana ya de la voluntad de los otorgantes, sino de la propia disposición legal. Y, en cualquier caso, de la voluntad del sobreviviente.

Hay, sin embargo, una serie de cuestiones dudosas que plantea este precepto.

En primer lugar, está haciendo referencia, como excluyente de la facultad revocatoria, al derecho de representación. Y es que, efectivamente, la Compilación de Navarra, con su sentido innovador, puesto de manifiesto en tantos aspectos, y saliendo al paso del criterio doctrinal predominante, que niega la representación en la sucesión testada, admite de forma expresa el citado derecho de representación en este tipo de sucesión.

En el título XV del libro II regula este derecho, dentro de las Leyes 308 a 311. La Ley 309 dice que «el derecho de representación se dará siempre que lo hubiere establecido el causante, quien podrá también excluirlo en cualquier caso». Y el párrafo segundo añade que «a falta de disposición del causante, el derecho de representación se dará, tanto en la sucesión legal como en la voluntaria, a favor de sus descendientes sin limitación, y a favor de los descendientes de sus hermanos hasta el cuarto grado a contar del propio causante».

La propia Exposición de Motivos del nuevo texto legal navarro expresa claramente este criterio innovador, al decir que «el derecho de representación... excede en Navarra el ámbito de la sucesión legal, con lo que se reduce mucho el derecho de acrecer».

Lo que resulta extraño es que la Ley 202 no haya previsto también el supuesto de sustitución en sus diferentes modalidades.

Parece entonces que, caso de premoriencia o incapacidad sobrevenida de un instituido, el o los testadores supérstites podrán variar las disposiciones testamentarias afectadas, con tal que no se dé el derecho de representación o el de acrecer, pero y aunque esté prevista alguna sustitución, siendo así que, en especial, la sustitución vulgar entra precisamente en juego en caso de que el instituido premuera, no quiera o no pueda

aceptar la liberalidad (Ley 223, párrafo primero, de la Compilación navarra).

Otra duda, emanada del citado párrafo segundo de la Ley 202, es la relativa a cuándo deben haberse producido las circunstancias de incapacidad o premoriencia de que habla, para que la revocación o modificación por el supérstite pueda tener lugar. No se dice si han debido ocurrir antes o después del fallecimiento del primero de los testadores conjuntos.

Parece que la lógica inclina a interpretar este precepto en el sentido de que tales eventos hayan acaecido después de fallecer alguno de los testadores. Sin embargo, puede ocurrir que tal incapacidad o premoriencia hayan ocurrido antes, y nada se hubiese hecho por el premuerto de los testadores respecto de las disposiciones afectadas. Podría pensarse, pues, que la facultad de revocación se amplía para cualquiera de las dos eventualidades.

Lo que el precepto no especifica es el destino que el revocante haya de dar a los bienes objeto de esta revocación. Parece lógico que si falla, por inexistente, la representación o el acrecimiento, el testador supérstite tenga la más absoluta libertad para disponer de tales bienes en favor de las personas que estime más conveniente.

Por supuesto, el resto de las disposiciones testamentarias quedará inalterado de no concurrir alguna de las demás circunstancias que autorizan a su revocación.

Ahora bien, para todos los supuestos de revocación estudiados hasta aquí, es decir, el emanado de la propia autorización concedida en el testamento y el surgido como consecuencia de incapacidad o premoriencia de algún instituido, surge cierta complicación derivada de la propia especialidad del testamento de hermandad en Navarra.

En tanto que en Aragón el testamento mancomunado sólo puede ser otorgado por cónyuges, en Navarra, y de conformidad con la Ley 199 de la Compilación, que ha recogido el sentido tradicional en esta materia, el testamento de hermandad puede ser formalizado por dos o más personas, incluso aunque no sean parientes entre sí, ya que el texto legal nada especifica al respecto. «Es testamento de hermandad el otorgado en un mismo instrumento por dos o más personas.»

Se plantea entonces la cuestión de si en la revocabilidad de ese testamento, y para caso de estar otorgado por más de dos personas, habiendo fallecido alguna de ellas y sobreviviendo, al menos, dos, habrán de intervenir todos los supérstites y en qué forma.

Estimo que para el primer supuesto, y si en la autorización de revocación concedida en el testamento no se ha especificado la posibilidad

de que sólo un testador revoque, la modificación del testamento deberá hacerse conjuntamente por todos los sobrevivientes, actuando por unanimidad, y ello en aras del principio de unidad que rige esta forma de testar.

Para el supuesto de incapacidad o premoriencia, con mayor razón habrán de ser todos los testadores supérstites los que intervengan en el nuevo destino a dar a las disposiciones que se revocuen.

El número dos del párrafo segundo de la Ley 202 recoge el tercer supuesto de revocación del testamento de hermandad fallecido uno de los testadores.

Autoriza a que el supérstite pueda revocar o modificar las disposiciones que hubiera establecido sobre su propia herencia y que no tengan causa en las disposiciones de otro de los testadores.

En primer lugar, sería conveniente aclarar qué se entiende por *propia herencia*. La idea general es que se trata de las disposiciones hechas acerca de sus propios bienes.

Para caso de tratarse de testadores matrimonio puede surgir la duda de si la expresión *propia herencia* comprende también su parte en los consorciales. Por lo que diremos más adelante acerca del testamento mancomunado aragonés, estimo que en la expresión legal deben entenderse comprendidos tanto los bienes propios como la porción correspondiente de los consorciales.

De otra parte, la Compilación de Navarra ha venido a introducir el mismo caballo de batalla de la Compilación aragonesa, a saber, la noción de correspectividad. La primera no usa propiamente esta expresión, sino la de disposiciones que tengan su causa en otras, es decir, que estén condicionadas a otras.

El problema fundamental será el de determinar qué disposiciones tienen su causa en otra, si para su descubrimiento habrá de acudirse a una inducción del testamento siguiendo un criterio puramente objetivo o si, por el contrario, habrá de estarse a la voluntad de los testadores manifestada de forma expresa en el propio testamento.

Para aclarar esta cuestión, que en términos semejantes se plantea en el Derecho aragonés, nos remitimos a lo que más adelante se dirá acerca de éste.

La única diferencia esencial a tener en cuenta con el testamento mancomunado aragonés, es que mientras en éste la correspectividad o condicionamiento de las disposiciones de un testador la tienen con respecto al otro, al cónyuge, en el testamento de hermandad navarro este condicionamiento no tiene por qué estar referido a todos los demás testadores, sino que basta que lo estén con respecto a las disposiciones de sólo algunos de ellos.

Por el momento, y para concluir este capítulo, bástenos, con referencia al Derecho navarro, con indicar esta sustancial modificación experimentada en materia de revocación del testamento de hermandad después de fallecido uno de los testadores.

Frente a la absoluta irrevocabilidad preconizada por la legislación anterior, el criterio opuesto se abre camino en la Compilación vigente.

Y ello, aunque parezca subsistente el criterio opuesto, cuando la Ley 202 comienza por decir, según hemos visto, que «fallecido alguno de los testadores, el testamento de hermandad será irrevocable». Es éste un principio que queda prácticamente desvirtuado por las manifestaciones que siguen.

En primer lugar, la voluntad en contrario, manifestada en el testamento por los propios testadores.

Por otra parte, el supérstite puede reordenar las disposiciones testamentarias que estén referidas a persona que hubiere devenido incapaz o hubiese premuerto, así como las disposiciones referentes a sus propios bienes, siempre que éstas no tengan su causa en las de otro de los testadores.

Estimo, pues, que la solución a que está llegando la legislación navarra, o mejor, a la que ha llegado por el momento en la recién estrenada Compilación, es casi idéntica, con algunas variantes, a la aragonesa actual.

Cuando SANTA MARÍA DE CRISTÓBAL propugnaba en 1945 un acercamiento al Derecho aragonés de entonces, el del Apéndice de 1925, quizá no podía pensar este autor que ese acercamiento se había de producir posteriormente, pero no al Derecho aragonés del Apéndice, sino al actual de la Compilación de 1967.

Las diferencias esenciales entre testamento de hermandad navarro y mancomunado aragonés están, pues, desapareciendo. Al menos, en lo referente a la revocación, han desaparecido ya prácticamente.

3. ARAGON

1. Con respecto a esta región, la doctrina científica parece unánime al afirmar que tradicionalmente el testamento mancomunado era esencialmente revocable en cualquier momento, incluso fallecido uno de los cónyuges.

Este era también el criterio legal establecido en la observancia primera, *De testamentis*, conforme a la cual *superster quatenus tangit bona sua potest illud mutare*.

«La tradición jurídica aragonesa—dice GARCÍA ATANCE—establecía la revocación esencial del testamento mancomunado sin trabas ni limitaciones» (7).

Incluso parece que la excepción a esta revocación establecida en la observancia primera estaba realmente en desuso (8).

La excepción se refería al testamento mancomunado, en el que uno de los cónyuges dispone y el otro presta su consentimiento a las disposiciones del primero.

IBÁÑEZ CEREZO (9) distinguía varias formas de testamento mancomunado:

- El testamento en el que ambos testadores disponen conjuntamente.
- El testamento, también mancomunado, en el que cada testador dispone separadamente de sus propios bienes.
- Aquel en que uno dispone y el otro manifiesta su adhesión y consentimiento a las disposiciones del primero.

Parece que para la observancia primera es este último testamento el que tenía carácter irrevocable. Se suponía que el que consentía someter su voluntad a la del disponente, no pudiendo entonces revocarla por considerarse producto de un pacto.

En sentido similar, SUELVE justificaba esta excepción diciendo que el consentimiento del que permite que otro disponga de sus bienes obtiene fuerza de contrato (10).

BAGÉS decía que el que consiente no es testador, y lo que «le agradó una vez no puede desagradarle ya» (11).

Ya hemos indicado, sin embargo, cómo esta excepción legal había caído en desuso, atacada por una práctica consuetudinaria en contrario.

II. GÉNESIS DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO.—Intercalo aquí este apartado, antes de dar paso a la evolución legal experimentada en Aragón en esta materia, porque creo de interés centrar la atención en lo que realmente es en la práctica el testamento mancomunado.

Según IBÁÑEZ CEREZO (12), la esencia del testamento mancomunado es la mutualidad, es decir, el hecho de que los testadores tengan uno o varios herederos o legatarios comunes.

(7) MANUEL GARCÍA ATANCE: *Revocación del testamento mancomunado*, Segunda Semana de Derecho Aragonés de Jaca, 1943, págs. 256 a 261.

(8) Obra citada en nota anterior.

(9) AURELIO IBÁÑEZ CEREZO: *El testamento mancomunado*, Segunda Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1943, págs. 251 a 273.

(10) Semic. I, Const. 18, número 12 (citado por TEIXEIRA).

(11) ANTICH DE BAGÉS, citado por TEIXEIRA en A. D. A., 1963.

(12) Obra citada.

Desde luego, lo que sí es cierto es que el testamento mancomunado no es una mera forma de disposición *mortis causa*. Su valor hemos de buscarlo más allá de su propia exteriorización.

Esta forma de testar conjuntamente marido y mujer está reflejando claramente la idea de unidad familiar que preside las relaciones entre ambos.

Y que ello es así se puede comprobar en la práctica. Aquellos matrimonios desunidos difícilmente se reunirán para testar conjuntamente. Lo normal será que lo hagan por separado o, simplemente, que no testen.

Unidad profunda en el ser y en el querer. Unidad de corazones y voluntades, que llevará, en efecto, a una misma disposición sucesoria.

Pero unidad que no significa necesariamente igualdad. Unidad en la variedad. Las modernas corrientes feministas, que, mal enfocadas, exigen una igualdad de trato y consideración al hombre y a la mujer a todos los niveles, es precisamente lo más opuesto al testamento mancomunado aragonés.

En un reciente artículo (13), VALLET DE GOYTISOLO afirma que «las esencias más íntimas, las raíces más profundas del Derecho foral, se hallan en grave peligro de decadencia». «Las verdaderas causas (de ello) —dice el autor— son de tipo psicológico.» Y cita fundamentalmente el desarraigo, el predominio de los puntos de vista ciudadanos, el impacto de los medios masivos de comunicación audiovisuales y, en suma, la masificación creciente, que se extiende por doquier.

Todas estas motivaciones sociales, enlazadas las unas con las otras, son las que van poco a poco socavando las raíces más profundas de la forma de ser y sentir de nuestro pueblo.

Unas con otras, y todas en conjunto, van produciendo una paulatina asimilación en los medios rurales—cuna de las más fecundas tradiciones forales—de esos puntos de vista ciudadanos, carentes, en general, de todo valor histórico, producto siempre de esa masificación en las ideas, de ese seguir la corriente impuesta desde fuera, de ese unificar los modos y las modas.

Y, como bien dice VALLET (14), «en general, suele faltar al Derecho de masas una visión social y plena y una perspectiva histórica dilatada y orientada hacia el futuro. Casi siempre obedece a dos puntos de vista antitéticos y antagónicos. En general, arranca de un ideal abstracto de igualdad; pero muchas veces sólo trata de resolver empíricamente las necesidades nuevas actuales...».

(13) JUAN VALLET DE GOYTISOLO: «Plenitud y equilibrio de la percepción sensorial en las antiguas fuentes del Derecho foral», *Anuario de Derecho Civil*, 1970, páginas 459 y sigs.

(14) *Obra citada*, pág. 518.

En este orden de cosas, y como decíamos, las modernas corrientes, en aras de esa mal entendida equiparación feminista, pretenden romper bruscamente con el pasado imponiendo sus nuevos criterios.

Pero, como bien dice PAUL BOURGET (15), «cada generación no supone una eterna vuelta a empezar».

Y WEIL (16), «la oposición entre el porvenir y el pasado es absurda. El porvenir no nos trae nada, no nos da nada: somos nosotros que para construirlo debemos darle todo, incluso nuestra propia vida. Pero para dar es preciso poseer, y nosotros no poseemos otra vida, otra savia, que los tesoros heredados del pasado y digeridos, asimilados, recreados por nosotros. De todas las necesidades del alma humana, ninguna es más vital que el pasado».

Y en este pasado se enraíza profundamente la esencia toda del testamento mancomunado.

El matrimonio rural aragonés suele ser amante y respetuoso con la concepción más tradicional de la unidad patriarcal de la familia. En ella hay un cabeza, el marido, que rige los destinos todos de los miembros a él acogidos dentro de este círculo natural.

Pues bien, es sobre esta base donde creo se sustenta y se ha sustentado siempre el testamento mancomunado aragonés.

Pero si hemos hablado de esa primacía del varón en la familia ha sido para destacar la idea—por otra parte, comprobada en la práctica—de que en los testamentos mancomunados que actualmente se otorgan en los medios rurales suele darse con frecuencia esa forma, que hemos ya mencionado, de adhesión de la esposa a las disposiciones del marido. Aunque luego, a la hora de plasmar ambas voluntades en el documento, en ningún momento hagamos constar los Notarios semejante circunstancia. En la redacción de los actuales testamentos mancomunados aragoneses se aprecia una como declaración conjunta de ambos esposos, como si los dos hubieran manifestado las suyas al unísono.

Siendo ello así en la práctica, estimo un verdadero absurdo la prohibición, emanada del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880, del testamento en que sólo uno de los cónyuges habla y el otro consiente.

III. Precisamente en ese Congreso de 1880 se adoptó, congruentemente con la tradición aragonesa, el principio de libre revocabilidad. Su conclusión cuarta decía literalmente: «Conforme al principio general *ambulatoria est voluntas hominis usque ad mortem*, serán revocables aun aquellos (testamentos) en los que se haya consignado la cláusula de irrevocabilidad.»

(15) *Reflexions sur l'heritage*, París, 1929 (citado por VALLET).

(16) SIMONE WEIL: *Le déracinement*, París, 1849 (citado por VALLET).

Igual criterio presidió la adición al Proyecto de FRANCO Y LÓPEZ de 1890.

El llamado Proyecto Ripollés de 1899 decía textualmente en su artículo 49 que «los cónyuges podrán otorgar última voluntad en un mismo acto o instrumento: lo dispuesto en ella será siempre revocable por los otorgantes juntamente o por cada uno de ellos respecto a sus bienes, viva o no su conjunto».

Una vez más, el posterior Proyecto de Apéndice de GIL BERGES de 1904 proclamaba que «muerto un consorte, no tendrá facultades el supérstite para modificar el testamento mancomunado más allá que en lo tocante a sus bienes peculiares, y renunciando a los beneficios que el prefallecido le hubiese señalado en los suyos».

Como vemos, y aunque la idea parece ser la misma, hay, sin embargo, en este Proyecto un radical cambio de sentido. La revocación sigue abierta para el cónyuge supérstite, pero a partir de ahora condicionada a que éste renuncie a los beneficios que el premuerto le hubiese dejado en sus propios bienes.

Como ya indicaba TEIXEIRA (17), las reglas de este nuevo Proyecto estaban orientadas fundamentalmente en el Derecho alemán.

En efecto, el actual Código civil alemán, en su párrafo 2.271, párrafo segundo, dice: «El derecho a la revocación se extingue a la muerte del otro cónyuge; el sobreviviente puede, sin embargo, invalidar su disposición si repudia lo a él atribuido.»

La identidad de criterio es clara.

Y precisamente sobre la base de esta nueva orientación, extraña al tradicional Derecho aragonés, la idea pasaría al Apéndice de 1925.

Así, el párrafo segundo del artículo 19 decía: «Después de morir uno de los otorgantes, el sobreviviente no podrá modificar lo dispuesto de mancomún acerca de sus propios bienes si no renuncia enteramente a los beneficios que le provengan de las disposiciones del finado. Para los efectos de lo estatuido en este párrafo se deberá liquidar y definir el caudal propio de cada cónyuge testador, si no constare definido formalmente con anterioridad.»

IV. La primera cuestión que plantea esta nueva regulación es el por qué de esta asimilación a un Derecho tan extraño, en principio, al nuestro, como es el alemán.

El profesor LACRUZ BERDEJO (18) afirma que llegado el momento de redactar el Apéndice foral, la Comisión encargada, en búsqueda de una

(17) *Obra citada*, pág. 126.

(18) «Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge y viudedad universal», *A. D. A.*, 1963-64, págs. 351 y sigs.

fórmula para evitar el fraude que suponía, en ciertas ocasiones, la revocación unilateral del testamento mancomunado, a veces inmediata a su otorgamiento, tiene la desgracia de fijarse en el Derecho alemán y de no entenderlo bien.

Es este mismo autor quien después, y con respecto a la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón, va a defender la inspiración de sus redactores—entre los que se encuentra él—en Derechos extranjeros y especialmente el alemán. Aunque justificará esta mirada hacia lo foráneo manifestando que no se trata de extranjerizar nuestro Derecho, sino de aprovechar experiencias e ideas ajenas para interpretar o formular mejor el propio (19).

De «monstruo no aragonés» calificaba GARCÍA ATANCE al transcrito artículo 19 del Apéndice (20).

PALÁ MEDIANO, afirmando esa inspiración germánica del Apéndice, estimaba que tales novedades habían de acabar con el testamento mancomunado en Aragón (21).

Desde luego, las repulsas a la innovación fueron manifiestas. Lo que no hemos podido encontrar es el sentido que tuvo dicha innovación, el por qué de esta copia de un Código extranjero, siendo así que Aragón, y según hemos visto, contaba ya con una rica tradición jurídica en materia de testamento mancomunado.

Si lo que se pretendía era evitar esos posibles fraudes denunciados por LACRUZ, quizá se pudiera haber llegado a una solución por caminos distintos.

Sin embargo, y a pesar de todo, no fue el Apéndice quien terminó con el testamento mancomunado, como temía GARCÍA ATANCE.

V. Otra cuestión importante era, con relación al Apéndice, la de determinar el alcance de esos beneficios a renunciar por el supérstite, a los que hacía referencia el artículo 19.

A raíz de la publicación del texto legal se sucedieron las aclaraciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto.

Así, la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 10 de diciembre de 1953 declaró que la renuncia podía hacerse antes o en el mismo testamento revocatorio del mancomunado.

TEIXEIRA (22) afirmaba que si el beneficio a favor del supérstite no procedía del propio testamento, sino de capitulaciones matrimoniales, su aceptación no impediría la revocabilidad de aquél.

(19) *Obra citada*, pág. 321.

(20) *Obra citada*, pág. 261.

(21) FRANCISCO PALÁ MEDIANO, *A. D. A.*, 1946.

(22) *Obra citada*, pág. 140.

Mucho más si, como en el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 23 de diciembre de 1952, se demostraba que el supérstite no había recibido ningún beneficio del premuerto, por pertenecer todos los bienes de la casa a aquél, con lo que holgaba definir y liquidar el caudal propio de cada testador.

La cuestión quizá más espinosa se suscitaba a propósito de la viudedad. El Apéndice sólo preveía una viudedad parcial, al excluir los bienes muebles de la misma. Este derecho limitado de usufructuar determinados bienes, concedido por la ley a favor del cónyuge sobreviviente, no se consideró normalmente como un beneficio al que éste debiera renunciar para poder revocar el testamento. Y ello era así porque en el propio artículo 19 del Apéndice se hablaba textualmente de «beneficios que provengan de las disposiciones del finado». Es decir, de beneficios emanados de la propia voluntad del premuerto, manifestada en el testamento mancomunado.

Sin embargo, empezó a ser costumbre muy común en Aragón el que ambos cónyuges se concedieran en el testamento la viudedad universal. Significaba ello una ampliación del derecho asignado legalmente, ampliación referida a los bienes muebles.

LORENTE SANZ (23) opinaba que esa concesión no debía reputarse beneficio.

Sin embargo, TEIXEIRA (24) decía que «ello podrá ser una aspiración dentro del terreno del Derecho constituyente, no del constituido, pues tal como está redactado el precepto, toda liberalidad o beneficio que provenga por estar contenido en el otorgamiento mancomunado, entendemos que mientras el precepto no se reforme, su aceptación hace irrevocable el testamento».

Por mi parte, estimo que se podría mantener una solución intermedia, más acorde quizá con lo expuesto hasta ahora y con la realidad misma de las cosas. Si legalmente el cónyuge aragonés ya tenía una cierta viudedad, limitada a los inmuebles, el hecho de que en testamento se le ampliase también a los muebles no significa que a partir de esta concesión todo el derecho de viudedad fuese un beneficio otorgado. Lo sería en lo referente a los muebles, pero no en lo concerniente a los inmuebles. Por ello, estimo que si el cónyuge supérstite renunciaba a la viudedad universal, aceptando, sin embargo, la limitada otorgada legalmente, no se había producido ninguna aceptación de beneficios de las previstas en el artículo 19 del Apéndice.

(23) JOSÉ LORENTE SANZ: *El testamento mancomunado*, Primera Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1942, págs. 127 a 155.

(24) *Obra citada*, pág. 139.

La limitación expuesta se interpretaba también por la doctrina en el sentido de que quien no podía revocar el testamento mancomunado otorgando nuevo testamento, tampoco podía disponer *inter vivos* vendiendo o donando, pues iría contra el respeto de la voluntad manifestada de mancomún en el testamento (25).

En este mismo sentido se manifestó la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 28 de septiembre de 1949, la cual declaró que en una venta de bienes a favor de un hijo con reserva de usufructo hay donación *mortis causa* que, por estar ligada la vendedora por un testamento mancomunado, debe ser tachada de causa ilícita.

Los autores entendieron que la renuncia válida para la revocación del testamento suponía la previa no aceptación de beneficio alguno.

TEIXEIRA se planteaba, no obstante, el problema de que aceptado un beneficio se renunciase después a él, dando a esta renuncia efecto retroactivo, devolviendo cuanto se hubiese percibido, con sus frutos e intereses. Y admitía la posibilidad de su admisión (26).

Quizá la solución fuese acertada, ya que lo que el Apéndice pretendía es que el cónyuge sobreviviente, si quería revocar el testamento mancomunado, no se aprovechara de lo dejado a él por su consorte. Además, del propio texto legal podría defenderse este criterio, ya que el Apéndice sólo hablaba de renunciar, pero para nada mencionaba, ni en pro ni en contra, esa posible previa aceptación del supérstite.

El profesor LACRUZ BERDEJO (27) defiende el criterio de que aunque la viudedad universal fuese una liberalidad cabría renunciar a ella, aun después de haberla aceptado, con tal que no se hayan percibido los frutos.

Para la defensa de su postura comienza por afirmar que la viudedad es un derecho de naturaleza familiar, aunque se conceda en testamento (28), y que la universal, siempre que sea recíproca, tiene carácter oneroso, por lo que no es propiamente una liberalidad. Será una liberalidad en caso de concesión unilateral, y no recíproca.

También aquí el profesor LACRUZ expuso su criterio (29) partiendo del estudio de la naturaleza jurídica de la renuncia. Afirma que ésta no

(25) TEIXEIRA, obra citada, pág. 140.

(26) Obra citada, pág. 148.

(27) Obra citada, pág. 260.

(28) En las Jornadas de Derecho Aragonés de Jaca, celebradas durante el pasado verano de 1972, en comunicación presentada a las mismas, mantuvimos un criterio opuesto al del profesor LACRUZ, argumentando a favor de un derecho de viudedad aragonés de naturaleza sucesoria y no de Derecho de Familia. Dicha comunicación será objeto de publicación (quizá haya sido ya publicada cuando salga a la luz este trabajo) en la *Revista de Derecho Notarial*, bajo el título de «Extensión del Derecho foral aragonés de viudedad».

(29) Obra citada, pág. 261.

es un negocio jurídico transmisivo, sino abdicativo de derechos. Dice que cuando la renuncia versa sobre el usufructo viudal que no ha llegado a ejercitarse, aunque se hubiese aceptado, la renuncia es aquí un acto exactamente contrario a la aceptación: deja las cosas tal como estaban antes de ella. Y ello, dada la especial naturaleza de la viudedad foral como derecho real sobre cosa ajena, que al renunciarse sin haber sido ejercitado, se reabsorbe con la propiedad, como si nunca se hubiese aceptado.

Por último, la Audiencia Territorial de Zaragoza consideró, en su sentencia de 8 de octubre de 1951, que la violación del artículo 19 del Apéndice determinaba la nulidad absoluta del segundo testamento, sin que éste pudiera ser convalidado por la aceptación del mismo por parte del heredero a quien éste perjudicaba. La Audiencia admitió la impugnación del segundo testamento, formulada por una hija del heredero aceptante.

VI. Todas estas consideraciones relativas al Apéndice foral siguen teniendo vigencia, ya que, conforme a la disposición transitoria 6.ª de la actual Compilación, «las normas sobre renovación o modificación unilateral del testamento mancomunado sólo serán aplicables a los que se otorguen bajo su vigencia».

Y como quiera que la Compilación de Derecho civil de Aragón data de 1967, son muchos aún, y lo serán por bastante tiempo, los testamentos mancomunados otorgados bajo la vigencia del anterior Apéndice que pretendan ser objeto de revocación unilateral por el cónyuge superviviente.

Además, en la práctica, esta pretensión de revocación suele ser bastante frecuente. El fallecimiento de uno de los testadores suele provocar en el sobreviviente una alteración sustancial de su psiquismo y de su forma de vida.

Mientras ambos cónyuges viven, la situación familiar suele permanecer inalterada. Parece como si el uno al otro se apoyasen mutuamente en sus ideas, ya manifestadas testamentariamente.

Pero, ya decimos, al fallecimiento de uno de los consortes, y más en caso de testadores ancianos, suele producirse un cambio notable en el sobreviviente, que le induce a modificar lo primeramente otorgado, variando sensiblemente su voluntad sucesoria.

Lo triste es que, a veces, ese cambio está motivado por ciertas captaciones de voluntad por parte de los descendientes, generalmente del menos favorecido. Pero lo cierto es que la realidad es ésta y debemos atenderla.

VII. COMPILACIÓN.—Y con todo ello llegamos a la formulación actual relativa al tema que tratamos, recogida en los artículos 96 y 97 de la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón de 8 de abril de 1967.

Dice el primero que «el testamento mancomunado puede ser revocado o modificado por ambos cónyuges en un mismo acto u otorgamiento, y por uno de ellos en cuanto a sus propias disposiciones».

El artículo 97, en su apartado 3, establece que «muerto un cónyuge, no podrá el otro revocar o modificar las disposiciones correspectivas que se hallan en vigor».

Para una mejor interpretación de estos preceptos legales conviene seguir paso a paso sus distintas formulaciones a través de los diferentes Anteproyectos que fueron elaborados desde 1961, y que sirvieron de base para la definitiva redacción de la Compilación.

Así, en el Anteproyecto redactado por el Seminario de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses, nombrada por el Ministerio de Justicia, y que lleva fecha de 1961, en sus artículos 48 y 49 se lee:

«48. *Revocación.*—Cualquiera de los cónyuges puede revocar sus disposiciones en el testamento mancomunado.

Solamente se aplicará a éstas lo dispuesto en los artículos siguientes cuando de declaraciones expresas y conjuntas en el mismo testamento o en documento público resulte que todas o algunas de las disposiciones eran correspectivas.»

«49. *Disposiciones correspectivas.*—...fallecido uno de los cónyuges quedarán irrevocables las disposiciones correspectivas del sobreviviente en el testamento mancomunado no revocado de mancomún o unilateralmente en vida de ambos cónyuges.»

Como se puede apreciar, ya en este primer Anteproyecto se habla de disposiciones correspectivas, pero sin dar un concepto de ellas.

Cierto que no corresponde a un cuerpo legal el dar definiciones. Esto lo hemos oído siempre. Pero cierto también que si una ley pretende introducir un nuevo concepto, parece lógico que en algún lugar de la propia ley se nos explique qué significa el tal concepto.

Además, ya de esta primera formulación legal de la cuestión se nos va a plantear otro problema en relación con la correspectividad, a saber: es éste un concepto a deducir del propio testamento o ha de ser determinado de forma expresa por los cónyuges testadores. Y caso de ser esto último, lo que los otorgantes pueden hacer es establecerla determinantemente o, por el contrario, excluirla también de forma expresa.

Pero sigamos adelante.

El Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses, de julio de 1962, regulaba la cuestión en los artículos 49 y 50. Este, el más

importante al respecto, decía textualmente: «Art. 50. La revocación o modificación unilateral, otorgada por un cónyuge en vida del otro, producirá la ineficacia total de las disposiciones correspectivas contenidas en el testamento mancomunado, entendiéndose tales aquellas que, por declaración de ambos en el mismo testamento o en documento público, se hallan recíprocamente condicionadas.

«La revocación o modificación que de sus propias disposiciones otorgue el cónyuge sobreviviente, no afectará a las disposiciones del testamento mancomunado declaradas correspectivas que se hallan en vigor.»

A mi entender, de todas ha sido ésta la mejor redacción que se haya propuesto en torno al problema que nos ocupa.

La Compilación, al igual que en el Anteproyecto de 1961, y según hemos visto, habla de las disposiciones correspectivas, pero sin aclarar qué se entiende por tales.

El Anteproyecto de 1962 especificó claramente dos cuestiones sobre el particular:

Primera: Que son correspectivas aquellas disposiciones que se hallen recíprocamente condicionadas.

Segunda: Que tales disposiciones, para que determinen la irrevocabilidad del testamento por el supérstite, han de estar expresamente declaradas como tales disposiciones correspectivas por ambos cónyuges testadores.

Con este segundo punto se aclaraba una cuestión muy importante, a la que ya hemos aludido, cual es la de determinar si la correspectividad debería inducirse del propio testamento o, por el contrario, habría de estarse a una declaración expresa de los testadores. Esta última parece ser la solución adoptada.

Pero del precepto transcrito surgía una nueva duda. Al decir que son disposiciones correspectivas aquellas declaradas como tales por los testadores en el mismo testamento o en documento público, y que estén contenidas en el testamento, podemos encontrarnos con algún testamento mancomunado en el que no se formule declaración alguna en este sentido y, sin embargo, contener disposiciones correspectivas, declaradas así por los propios cónyuges en otro documento público aparte.

Es más. Podrá ocurrir que esta declaración de correspectividad la realicen los testadores en un documento público anterior al testamento y con referencia a éste. Pero podrá ocurrir también que la declaración la efectúen con posterioridad al propio testamento.

Nos encontraremos entonces en presencia de un documento notarial (si restringimos a éste lo de documento público) en el que se produce una aclaración a un testamento anterior.

Creo que no será forzar demasiado las cosas el pensar que ese tal documento lo que está produciendo es una alteración del contenido testatorio, violando con ello el principio jurídico general de que para modificar un testamento se precisa del otorgamiento de un nuevo testamento o, al menos, otro documento público de carácter *mortis causa*, pero no cualquier documento público.

Un paso más y nos encontramos con el Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses de julio de 1963. La formulación es igual a la del Anteproyecto anterior.

«Art. 46. La revocación o modificación unilateral, otorgada por un cónyuge en vida del otro, producirá la ineficacia total de las disposiciones correspondientes contenidas en el testamento mancomunado, entendiéndose tales aquellas que, por declaración de ambos en el mismo testamento o en documento público, se hallen recíprocamente condicionadas.

La revocación o modificación que de sus propias disposiciones otorgue el cónyuge sobreviviente, no afectará a las disposiciones del testamento mancomunado declaradas correspondientes que se hallen en vigor.»

No ha habido, pues, variación de criterio.

La primera variación sustancial la encontramos por vez primera en el primer Anteproyecto redactado por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, fechado en Madrid en julio de 1965.

«Art. 95. El testamento mancomunado puede ser revocado o modificado por ambos cónyuges en un mismo acto u otorgamiento, y por uno de ellos en cuanto a sus propias disposiciones.»

«Art. 96, 1. La revocación o modificación unilateral, otorgada por un cónyuge en vida del otro, producirá la ineficacia total de aquellas disposiciones que, por voluntad declarada de ambos en el mismo testamento o en documento público, estén recíprocamente condicionadas.

2. La revocación o modificación deberá hacerse en testamento abierto ante Notario, quien notificará al otro cónyuge, dentro de los dos días hábiles siguientes, el mero hecho de haber quedado revocadas o modificadas tales disposiciones.

3. Muerto un cónyuge, no podrá el otro revocar o modificar las disposiciones correspondientes que se hallen en vigor.»

Esta redacción habrá de ser ya definitiva. El Anteproyecto de la Sección Especial de mayo de 1966, redactado en los mismos términos que el anterior, será definitivamente aprobado, primero por el Pleno de la Comisión General de Codificación, a su vez aceptado por el Gobierno y presentado a las Cortes como Proyecto de Ley, y después por las

propias Cortes en forma de Ley, actual Compilación de Derecho civil de Aragón.

VIII. Hemos preferido exponer la evolución experimentada por los artículos 96 y 97 de la Compilación, a través de los sucesivos Anteproyectos, porque entendemos que su exposición puede dar cierta luz a la hora de interpretar la cuestión de las disposiciones correspectivas.

Desde luego, se ha de hacer notar, en primer término, que la idea de la correspectividad no es nueva, ya que los autores regnicolas hablaban de ella. Así, GARCÍA ATANCE, y con respecto al Apéndice anterior, dice que los testadores solían salvar la irrevocabilidad del artículo 19 del texto legal, bien reservándose el derecho de revocación, bien declarando en el testamento mancomunado que las cláusulas de éste no eran correlativas (30).

La Compilación parte en su artículo 96 por admitir, conforme al criterio tradicional aragonés, la libre revocación del testamento mancomunado, por ambos cónyuges en un mismo acto u otorgamiento o por uno de ellos unilateralmente en cuanto a sus propias disposiciones.

Pero después de promulgar este criterio legal positivo, en el artículo siguiente establece que el cónyuge supérstite no puede revocar o modificar las disposiciones correspectivas que se hallen en vigor.

Y en el apartado uno de ese mismo precepto se habla de disposiciones que, por voluntad declarada de ambos en el mismo testamento o en documento público, estén recíprocamente condicionadas.

Desde luego, de atenerse el intérprete exclusivamente al texto de la ley, y tratando de aclarar la cuestión de la posibilidad o no de revocar el supérstite el testamento mancomunado, surgiría un primer gran problema a la hora de determinar qué son disposiciones correspectivas.

La Compilación no las define.

El párrafo primero del artículo 97 tampoco dice que esas disposiciones a que se refiere sean las correspectivas. Además de que dicho primer párrafo está referido a la revocación viviendo ambos cónyuges, y no al caso de revocación por el supérstite.

Por ello, habrá que acudir a la interpretación integral del precepto y, sobre todo, a su interpretación histórica a través de los Anteproyectos anteriores para llegar a la conclusión, según lo visto, de que disposiciones correspectivas son aquellas que estén recíprocamente condicionadas.

El preámbulo de la Compilación marca también este sentido al decir que son disposiciones correspectivas aquellas que, por voluntad decla-

(30) *Obra citada*, pág. 258.

rada de ambos cónyuges, en el mismo testamento o en documento público, estén recíprocamente condicionadas.

IX. Por otra parte, la Compilación, siguiendo los textos redactados por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, ha suprimido del precepto en estudio la dicción de que tales disposiciones correspectivas estén contenidas en el propio testamento, como expresamente decían los Anteproyectos de 1962 y 1963 elaborados por los juristas aragoneses.

No obstante, en este punto, la interpretación del precepto no puede ofrecer dudas, ya que no a otras, sino a las disposiciones correspectivas contenidas en el testamento que se pretende revocar puede estar referida esa norma relativa a la revocabilidad.

X. Sigue subsistiendo el problema de la admisibilidad, ahora por la Compilación, de que la declaración de correspectividad esté formulada por los testadores no en el propio testamento, sino en otro documento público cualquiera.

Me parece que esta admisibilidad rompe la unidad propia del testamento mancomunado, al introducir otro documento público con el que haya de contarse para la acertada interpretación del propio testamento.

En ningún momento, ni los Anteproyectos ni la Compilación, deberían haber admitido esta declaración extratestamentaria de correspectividad.

Creo que éste debería ser uno de los puntos importantes a tener en cuenta en una futura revisión de la Compilación.

Porque el declarar si unas determinadas disposiciones del testamento son o no correspectivas, creo que es trascendental y sustancial al testamento mismo. No se ve, pues, cómo ese contenido testamentario pueda dejarse para un documento público, incluso no *mortis causa*, separado del propio testamento.

No obstante, y desde el punto de vista práctico, creo que a cuantos nos toca la labor de interpretar un testamento mancomunado debe bastarnos con examinar el propio testamento y deducir de él exclusivamente si contiene o no disposiciones correspectivas.

Sin embargo, esa posibilidad legal nos puede llegar a plantear serios problemas en caso de revocación de testamentos mancomunados por quienes, en otros documentos públicos, hayan declarado irrevocable dicho testamento por consecuencia de la correspectividad establecida.

XI. Una cosa es cierta en todo caso, que la correspectividad debe ser establecida expresamente por los testadores. Desde luego, que, según la propia Compilación, no hace falta que la correspectividad esté estable-

cida de una forma muy específica y tajante por los testadores. Pero sí, que quede establecida por ellos.

Con ello se alteran los criterios existentes en cierto sector de la doctrina científica aragonesa, según la cual, para salir de la duda, lo fundamental es que los testadores digan en el testamento mancomunado si sus cláusulas son o no correspectivas (31).

Si los testadores desean revocar su testamento después de fallecido uno de ellos, no hará falta que hagan declaración alguna en este sentido, pues para la Compilación hay disposiciones correspectivas si son declaradas como tales por los testadores. Luego si éstos nada dicen sobre el particular, es que no han querido la correspectividad.

No estoy de acuerdo con LORENTE SANZ, quien expresó su criterio en el sentido de que para evitar dudas habrían de emplearse fórmulas transparentes, tanto si se quiere la correspectividad con todas sus consecuencias como si no se quiere (32).

Y, por el contrario, me parece que la cuestión la puso claramente de manifiesto PALÁ MEDIANO, al decir que en la Compilación se ha rechazado la presunción de que todas las disposiciones por testamento mancomunado son correspectivas, que no se ha querido que la correspectividad hubiera de ser probada por presunciones o conjeturas y que la tal correspectividad habría de ser declarada por ambos cónyuges y conjuntamente (33).

Parece, pues, que la norma general ha de ser la de libre revocación del testamento mancomunado por el supérstite, y la excepción, la no revocación en caso de haber disposiciones correspectivas.

XII. Desde luego, y conforme al apartado 3 del artículo 97 de la Compilación, la irrevocabilidad afecta exclusivamente a las disposiciones correspectivas que se hallen en vigor.

Quiere ello decir, en primer término, que si los testadores han declarado sólo correspectivas algunas de sus disposiciones, solamente a éstas alcanzará la irrevocabilidad. Las otras serán libremente revocables o modificables.

Y en segundo lugar, que sólo son irrevocables las correspectivas en vigor. Con ello se viene a admitir la posibilidad de que establecida en el testamento mancomunado la correspectividad de ciertas o de todas las disposiciones, posteriormente haya desaparecido dicha correspectividad.

Esa desafección puede ocurrir, desde luego, por la propia voluntad de

(31) JOSÉ LORENTE SANZ, *obra citada*.

(32) *Obra citada*.

(33) *Obra citada*.

los testadores declarada en posterior testamento, en el que se deje subsistente el anterior en todo o parte.

Cabría incluso un posterior testamento, en el que sólo se hiciera constar esa voluntad en contrario a la corespectividad, sin otro contenido de tipo patrimonial (34).

En cuanto a que esta nueva declaración, rectificadora de la anterior, la verifiquen los testadores en otro documento público distinto del testamento o documento *mortis causa* público, estimo que la criticada admisibilidad de la Compilación lo ha de ser sólo, si acaso, para el establecimiento de la corespectividad, pero no para suprimirla. Y ello porque tratándose, a mi juicio, de una norma odiosa, debe interpretarse muy restrictivamente.

Para LORENTE SANZ esto es incuestionable (35).

(34) Tema éste interesante a enlazar con la validez de los testamentos sin contenido patrimonial, y que en España se ha originado, fundamentalmente, con el reconocimiento de los hijos naturales en testamento.

A este respecto, recuerdo una conversación privada mantenida con el profesor LACRUZ, en la que éste me hacía notar el absurdo de los testamentos en los que sólo se contiene estos reconocimientos. Me decía este autor que él ponía en duda la validez de estos instrumentos. Me hacía notar que si el testamento es un acto de carácter esencialmente *mortis causa*, no se veía cómo podía contener disposiciones encaminadas a surtir efecto en vida de los testadores. Y esta afirmación parece dirigida no solamente a los testamentos cuyo contenido lo es exclusivamente el reconocimiento de un hijo natural, sino incluso a aquellos otros en los que se contienen también genuinas disposiciones patrimoniales de naturaleza sucesoria.

Desde luego, en este aspecto estoy de acuerdo con el profesor LACRUZ. Lo normal sería que el tal reconocimiento no surtiera efecto, como el resto de las disposiciones testamentarias, sino después del fallecimiento de los testadores.

Sin embargo, nuestra legislación y, lo que es más importante, la práctica actual en nuestra Patria están decididamente encaminadas a admitir la validez del reconocimiento en testamento, y desde el momento mismo del otorgamiento.

Apoya este criterio el hecho de que el reconocimiento de un hijo natural no puede ser posteriormente revocado, y se mantiene aunque se revoque o modifique el testamento que lo contenía.

Por otra parte, no debe olvidarse que si la forma usual hoy en España de reconocer hijos naturales es precisamente el testamento, se debe fundamentalmente a la economía y rapidez de la misma, pues mientras el reconocimiento manifestado en cualquier otro documento público exige la aprobación judicial, el hecho en testamento no la precisa.

Al paso de estas consideraciones estimo de interés hacer notar las dudas que en la práctica judicial están originando los reconocimientos hechos en acta notarial. Más de un Juez amigo me ha manifestado su criterio opuesto a éstas por entender que lo que el Código civil exige, aparte del testamento, es la escritura pública. Sin embargo, y contradiciendo estas opiniones, estimo que no es esto lo que el Código dice. El artículo 131 habla de acta de nacimiento, testamento u otro documento público. La expresión *documento público* no puede comprender sólo la escritura notarial, siendo así que tan documento público es la escritura como el acta. Creo que si el legislador hubiera querido limitar el reconocimiento a la escritura, lo hubiera dicho expresamente.

(35) *Obra citada.*

Creo que la desaparición de la corresponsividad podría tener lugar incluso por el advenimiento de algún acontecimiento establecido por los testadores, como condición de esa corresponsividad, en el propio testamento.

Una de las formas de extinción de la corresponsividad es la establecida en el artículo 98, párrafo primero, de la Compilación, al disponer que «las sentencias de nulidad de matrimonio y de separación personal hacen ineficaces las liberalidades que los cónyuges se hubieran concedido en el testamento mancomunado y todas las disposiciones corresponsivas» (36).

XIII. Una cuestión importante es la de determinar si la revocación admitida por la Compilación para uno solo de los cónyuges se refiere a las disposiciones relativas exclusivamente a sus bienes privativos o también se admite respecto de su parte en los consorciales.

Para el Derecho anterior a la Compilación, decía IBÁÑEZ CEREZO (37) que al disponer los testadores de los bienes comunes es que se trata de una sola personalidad jurídica, distinta de la física de cada uno de ellos, y que lo dispuesto de mancomún acerca de tales bienes no puede modificarse de ninguna manera. Y especificando al respecto, añadía que cuando en el testamento mancomunado los cónyuges no hacen distinción de bienes propios y consorciales, la irrevocabilidad debe afectar a todos los bienes, incluso los privativos.

En sentido similar, BARRACHINA Y PASTOR, también con relación al Derecho aragonés del Apéndice, decía con relación a los bienes consorciales que éstos son distintos de los privativos de cada cónyuge, que en la sociedad conyugal existe cierta personalidad y que las disposiciones contenidas en el testamento mancomunado sobre tales bienes son irrevocables (38).

Sin embargo, ya TEIXEIRA GRACIANETA discrepó de estos pareceres. Al decir de este autor, ni la observancia ni la doctrina lo han entendido así. Que la expresión *bona sua* de la primera se refería a bienes del testador, pero tanto a los privativos como a su parte en los consorciales, pues tan suyos son los unos como los otros (39).

Confirma este criterio la sentencia de 20 de junio de 1882.

La Compilación parece haber resuelto el problema, pues, a diferencia del Apéndice, que hablaba de bienes del testador, el nuevo texto legal

(36) Precepto éste que plantea interesantes problemas en orden a la validez y subsistencia del testamento después de declarada la nulidad del matrimonio o la separación de los cónyuges.

(37) *Obra citada*.

(38) FEDERICO BARRACHINA Y PASTOR: *Derecho Foral Español*, Castellón, 1912 (citado por TEIXEIRA).

(39) *Obra citada*.

habla de revocar las «propias disposiciones». Y estas disposiciones propias del testador revocante pueden y suelen estar referidas no sólo a sus bienes privativos, sino también a su porción en los consorciales.

XIV. Dice LORENTE SANZ que pasará mucho tiempo hasta que los aragoneses no juristas «digieran» el concepto de correspectividad (40).

Estoy con el autor. Creo que va a ser realmente difícil hacer llegar al pueblo llano el sentido de ese nuevo concepto legal. Y más que difícil, imposible. Como bien advertía DI PIETRO, «la razón ha elaborado *per se* tratados inmensos, ha traído larguísima leyes, ha compilado Códigos aparentemente perfectos, y una vez elaborados ha querido imponerlos a la realidad, y las más de las veces los mismos no han resultado sino vacías entelequias, que se han desfondado en cuanto se pretendía su más mínima aplicación» (41).

Lo que sí resulta curioso es cómo los que estamos diariamente en contacto con la realidad jurídica aprovechamos algunas de esas instituciones, que los «laboratorios jurídicos» nos presentan en forma de leyes, para acomodarlas al querer y sentir de las gentes, ese querer y sentir que no siempre encuentra su adecuada formulación legal.

Digo esto a propósito de la noción de correspectividad, noción que empieza por afirmar, y con ello no hago sino repetir lo dicho por los propios elaboradores del nuevo concepto, que se halla lejos de ser una emanación espontánea y tradicional del pueblo.

La gente, los otorgantes de un testamento mancomunado, desconocen de modo absoluto qué sea eso de la correspectividad. No piensan en ella, ni siquiera en su sentido y significado. No piensan normalmente que las disposiciones de uno puedan estar condicionadas a las del otro.

Sin embargo, sí hay algo, en relación con esto, de gran trascendencia, y que se encuentra en el más profundo sentir de muchos testadores: su deseo de que a su fallecimiento el testamento no sea modificado por el supérstite. Que lo que ahora disponen los dos no sea después alterado por el otro.

A mi modo de ver, y según he podido comprobar en la práctica, este sentimiento tiene su raíz más bien en una idea de contractualidad del testamento mancomunado, de obligatoriedad de mantener lo pactado, y no de los otorgantes para con los beneficiarios del testamento, sino de los propios testadores entre sí.

Nada tiene que ver esto con la correspectividad. Nada tiene que ver

(40). *Obra citada.*

(41). ALFREDO DI PIETRO: *Verbum Iuris*, Buenos Aires, 1968 (citado por VALLET).

con que si las disposiciones de un testador dependan o estén condicionadas a las del otro.

No es corresponsividad, sino contractualidad, lo que existe.

Pero a falta de una regulación legal, similar a la navarra antigua, que recoja este sentir del pueblo, la labor del Notario está precisamente en dar vida a este querer de los otorgantes, utilizando esa fórmula extraña que la legislación vigente nos depara.

Por ello, y ante la pretensión del matrimonio testador de que su testamento mancomunado se mantenga siempre, aun fallecido uno de los consortes, este Notario suele echar mano de la corresponsividad y hace notar en el testamento que todas las cláusulas contenidas en el mismo, y por expresa declaración de ambos testadores, tienen carácter corresponsivo.

JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ
Notario