

Participación de Navarra en la Semana de Derecho Aragonés de Jaca

A partir de 1942, y cada año con mayor concurrencia y mayor interés científico, vienen celebrándose en la Universidad de Verano de Jaca las llamadas Semanas de Derecho Aragonés, destinadas a estudios e investigaciones sobre las instituciones jurídicas de Aragón.

Las organiza el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, filial del Consejo Superior de Investigaciones científicas, y el éxito que han alcanzado desde su iniciación se pone en evidencia por los anuarios que se han publicado con la recopilación de los trabajos de cada Semana, siendo el último publicado el correspondiente a la Semana III (1944), copioso volumen de 560 páginas, lleno de originalísimos y profundos estudios y gan variedad de aportaciones de todo género.

La IV Semana (1945) ha ofrecido una particularidad muy interesante para nosotros. Requeridas las representaciones navarras para colaborar en ella, habida cuenta de las afinidades del Derecho de ambas regiones, han enviado representación a esta Semana la Excm. Diputación de Navarra, el Colegio de Abogados de Pamplona y la Delegación Territorial de Navarra para el Congreso Nacional de Derecho civil. Se ha dedicado un día, con sesiones de mañana y tarde a la presentación de las comunicaciones de los semanistas navarros, y en honor a Navarra la Mesa presidencial se ha constituido en estas sesiones conjuntamente por los ilustres semanistas don Miguel Sancho Izquierdo (Rector magnífico de la Universidad de Zaragoza), don Juan Monera Pujol y don José Gascón y Marín.

La acogida cordialmente efusiva hecha a la representación navarra y su participación activa en los trabajos de la Semana ha establecido un nexo de colaboración que cada año irá reforzándose y que será de gran utilidad para los estudios jurídico-sociales de ambas regiones.

Vamos a publicar las comunicaciones presentadas a la Semana por los semanistas navarros, por el orden en que fueron expuestas, dando cabida en este número a la de don José Luis Santamaría de Cristóbal, representante del grupo post-universitario, y continuando en números sucesivos con las demás.

I

El Testamento de Hermandad**EL TESTAMENTO NAVARRO DE HERMANDAD: SU ARRAIGO EN LAS COSTUMBRES Y SU REGIMEN EN EL FUERO**

(Comunicación presentada a la IV Semana de Derecho Aragonés de Jaca, por José Luis Santamaría de Cristóbal, Licenciado en Derecho).

El testamento de Hermandad. Sus ventajas inconvenientes. Su arraigo en las costumbres de Navarra: Relación de testamentos de Hermandad otorgados durante los últimos cinco años.

Una de las manifestaciones más interesantes y arraigadas del espíritu de unidad y de armonía que reina en las familias navarras es el testamento de hermandad.

Llámase así aquella disposición testamentaria por virtud de la cual dos o más personas, ligadas ordinariamente entre sí por vínculos de muy próximo parentesco, disponen para después de su muerte, y en un mismo instrumento, del todo o parte de sus bienes, estableciendo recíproca causalidad entre sus respectivas instituciones.

Se desprende de este concepto que el elemento característico del testamento de hermandad, en el que radica la esencia del mismo, no es el formal, institución conjunta, sino el material y sustantivo, el contractual que la disposición testamentaria reviste, al configurarse un tipo de disposición mortis causa en el que la institución de cada uno de los testadores está condicionada por la institución del cotestador.

Esta causalidad recíproca se entiende establecida por el mero hecho del otorgamiento conjunto en un solo acto, sin que sea necesaria explícita declaración.

De aquí el carácter complejo de este testamento que se funda en

una bilateralidad que no se admite en los testamentos de Derecho común, y que expresamente se halla prohibida en el Código civil por el precepto que anula las disposiciones captatorias (art. 794).

Casi simultáneamente a esta corriente de opinión contraria al carácter contractual de las disposiciones testamentarias en el Derecho común, se produjo otra análoga en el Derecho foral respecto del testamento de hermandad. Dos son las manifestaciones más destacadas de esta corriente de opinión, inspiradas ambas en un inmoderado afán de aproximación al Código civil: Morales en su Memoria, y la nota 8 del Apéndice del Ilustre Colegio Notarial de Pamplona, aun cuando ésta última formula grandes salvedades.

Dice Morales: (1) ...hay dos poderosas consideraciones que nos deciden a no pedir su subsistencia como especialidad en Navarra; la primera, las captaciones y sugerencias de que puede ser objeto, así como el premio de uniones desiguales y sin más fin que el reprobado de un grosero interés; y la segunda, que con su desaparición no se priva de poder disponer del mismo modo en el fondo, aunque con la diferencia en la forma de hacerse en dos testamentos, y la mayor facilidad en la revocación, lo cual debe favorecerse..."

Respecto de la primera consideración que, según Morales, induce a pedir la desaparición de esta forma de estar en Navarra, hemos de decir que estas captaciones y sugerencias a que alude, no tienen lugar por el mero hecho de otorgar los testadores conjuntamente un testamento, pues la captación o sugestión podría tener lugar antes del acto, y por tanto, caso de que existiesen, lo mismo se darían en testamentos separados. Esta consideración no es más que una traslación de la dificultad a otro lugar, lo cual no supone ninguna solución práctica.

La segunda tiende a sustituir el testamento de hermandad por el doble testamento, para permitir una mayor facilidad en la revocación.

Cierto que con esto no se priva a los testadores de poder disponer del mismo modo en el fondo, pero, en el doble testamento, quebrantada gravemente la irrevocabilidad, es antepuesto el interés del individuo al de la familia, que es precisamente lo que en el testamento de hermandad se trata de evitar mediante la irrevocabilidad, por lo

(1) Antonio Morales y Gómez, "Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho Civil de Navarra que deben quedar subsistentes como excepción del Código general; y los que pueden desaparecer viniendo a la unificación". Pamplona. Imprenta Provincial. 1884. Págs. 68 y 69.

cual lo hemos considerado al principio como una de las manifestaciones más arraigadas del espíritu de unidad y de armonía que reina en las familias navarras.

El propio Morales (2) al hablar de la supresión del testamento de hermandad en el Código, reconoce: "No encontramos fundamento legal para ello, y únicamente se alegan razones de conveniencia y el deseo de evitar sugerencias y violencias". Pero, ¿si en efecto fuesen tantas las sugerencias y violencias a que da lugar este testamento de hermandad, no sería el pueblo el primero en mostrarse retraído hacia el uso de una institución tan embarazosa?

Poco se corresponden estas consideraciones científicas con la realidad jurídica, como luego veremos.

Las corrientes jurídicas modernas no acogen la prevención con que nuestros codificadores trataron al testamento mancomunado. El Código alemán lo admite entre cónyuges (ERBVERBRÜDERUNG); el austríaco lo permite incluso entre los simplemente prometidos, y entre nuestros autores, Castán reconoce que en las legislaciones más modernas hay una reacción favorable a los testamentos mancomunados citando textos de la Exposición de motivos del Código alemán y del Código de Venezuela.

Por su parte el Apéndice del Ilustre Colegio Notarial de Pamplona, en su nota 8 consigna el voto de esta Corporación a favor de la supresión de este testamento, cuya subsistencia—dice—lleva consigo gravísimos inconvenientes.

A continuación transcribimos la parte que nos interesa de esta nota ocho citada: "El grave inconveniente, del cual se derivan todos los demás, estriba en la revocación.

Con arreglo al fuero, es necesario que la revocación se haga con noticia y sabiduría del cotestador.

Es, pues, necesario que la notificación sea personal. Si existen casos en que los otorgantes están ausentes, no se resuelve la dificultad estableciendo que se haga la notificación por acta notarial de requerimiento a su mujer, hijos, criados, etc., ni tampoco ha de producir validez la que se haga en acto conciliatorio sin asistencia del que ha de ser notificado, porque en todos estos casos, la falta de comparecencia puede ser debida a causas no imputables a ausencia, a enfermedad, etc.

La notificación en todos estos casos no es personal, falta la sabiduría a que el fuero se refiere y dar validez a estas imperfectas noti-

(2) Antonio Morales y Gómez, Ob. citada, pág. 67.

ficaciones produciría la enormidad de que el revocante otorgase nuevo testamento válido, mientras el cotestador o cotestadores, ignorantes de la revocación, estiman que el estado jurídico creado por el testamento de hermandad subsiste y al amparo de esta creencia, mantienen vigentes disposiciones testamentarias que tal vez revocarían si conocieran lo que, por falta de personal notificación, ignoran.

Y el remedio a este mal no se evita estableciendo que la revocación por uno invalida el testamento para todos, porque entonces, los cotestadores que desconocen la notificación, pueden morir intestados contra su voluntad.

Pero aún hay más.

La irrevocabilidad de estos testamentos dice relación a facultad de disponer por testamento; es decir, muerto uno de los cotestadores, se hace irrevocable para todos el testamento de hermandad, lo cual quiere decir que el cotestador sobreviviente pierde la facultad de disponer por actos intervivos, de sus privativos bienes, con lo que los efectos de la irrevocabilidad pueden desaparecer si el sobreviviente, para burlarla, enajena sus bienes propios, haciendo así imposible que estos se apliquen en la forma dispuesta por el testamento.

Y si para evitar los actos del sobreviviente que conducen a burlar las disposiciones testamentarias de hermandad se le negase toda facultad de disposición, una prohibición semejante equivaldría a declarar inalienables los bienes de los testadores sobrevivientes y por huir de un inconveniente caeríamos en otro, tal vez de mayor gravedad."

Como puede apreciarse son dos los inconvenientes, derivados ambos de la condición de su irrevocabilidad, que se hacen constar en la presente, nota: I.º La dificultad de la notificación personal en algunos casos: ausencia, enfermedad, etc. 2.º La posibilidad de que el supérstite pueda realizar enajenaciones en fraude del heredero.

Pero ninguno de estos dos inconvenientes son, a nuestro parecer, muy graves en la realidad: El primero porque, además de que sólo puede ocurrir en casos muy excepcionales, el riesgo es inherente a toda clase de notificaciones y, en suma, hemos de entender que la noticia y sabiduría del cotestador se logra en derecho con las notificaciones por edictos, por lo cual, bastaría que en el caso, nada probable, de la ausencia en ignorado paradero del cotestador, se aplicase un procedimiento determinado, del que hablaremos al desarrollar el epígrafe "Revocación."

El segundo, a nuestro parecer, tampoco puede ser empleado como argumento para combatir el testamento de hermandad, pues a la posibilidad de fraudes por actos de disposición inter-vivos realizados por el sobreviviente, no escapa ningún modo de sucesión contractual, aparte de que no es razón suficiente combatir el uso por el abuso.

Remedios a estos fraudes existen en todas las legislaciones que admiten la sucesión contractual, en las cuales se prohíben todas las disposiciones a título lucrativo, salvo las donaciones módicas a título de recompensa u otro análogo.

En todo caso serán los Tribunales los que decidan acerca de la validez o nulidad de los pretendidos actos en fraude del heredero, teniendo en cuenta las circunstancias que concurrieron a su celebración, pues de la contingencia del fraude, como hemos dicho, no está libre ninguna institución contractual.

En definitiva, ¿cuál es la opinión que el pueblo sostiene y practica, a través de sus actos, en relación con la conveniencia de esta forma de testar? Veámoslo.

De los antecedentes obrantes en el Ilustre Colegio Notarial de Pamplona, hemos podido formar la siguiente relación estadística: (3)

Años	Total de testamentos otorgados en Navarra	Total de testamentos de Hermandad
1940	1608	398
1941	1688	471
1942	1647	465
1943	1616	415
1944	1634	462

Como quiera que la relación anterior se refiere al número de testamentos y cada testamento de hermandad supone cuando menos dos testadores, podemos traducir la estadística precedente en otra relativa al número de testadores:

(3) Aprovechamos gustosos la ocasión para dar las más expresivas gracias a! Ilustre Colegio Notarial de Pamplona por las facilidades que nos ha dispensado para la búsqueda de estos datos.

Años	Total de testadores	Otorgaron testamento de hermandad
1940	2006	796
1941	2159	830
1942	2112	930
1943	2031	924
1944	2096	942

Calculando las proporciones por ciento en las anteriores cifras, obtenemos los siguientes resultados, con una aproximación por defecto :

TANTOS POR CIENTO

Años	De testamentos de hermandad, respecto del total de testamentos	De testadores que otorgaron testamento de Hermandad, respecto del total de testadores
1940	24,75	39,68
1941	27,90	43,63
1942	28,23	44,03
1943	25,68	40,86
1944	28,27	44,08

Creemos que este es el argumento más contundente para probar la acogida favorable de este testamento de Hermandad entre los navarros.

II

Régimen Foral Navarro

Régimen foral Navarro del testamento de hermandad. Testadores. Forma. Contenido. Revocación y rescisión. Derecho internacional e interregional.

TESTADORES.—*Quiénes pueden otorgar testamento de hermandad en Navarra: El cap. 4.^o, tít. 4.^o, libro II del Fuero General. La ley 41 de las Cortes de 1765 y 1766. Los Apéndices de 1900, 1929, 1930 y 1945.*

Breve referencia al Derecho foral aragonés (art. 18 del Cuaderno foral).

¿Puede sostenerse la validez de un testamento de hermandad otorgado en Navarra entre dos cónyuges que legalmente no lo eran al momento del otorgamiento, en razón a que lo habían hecho como si fueran "cualesquiera otras personas"?

En un principio este testamento de hermandad se otorgaba exclusivamente por cónyuges, como ocurre actualmente en Aragón conforme al art. 17 del Cuaderno foral, hasta tal punto que Armendáriz (4) escribía en sus comentarios a las leyes de Navarra: "*De testamentis conyugum*"; así en este sentido, el texto del cap. 4.^o, tít. 4.^o, libro II del Fuero General (*Et si marido et muger fazen destin en uno...*). Después fue extendiéndose la costumbre de que esta forma de testar fuese usada por otras personas, y así se consignó en el pedimento de ley que formularon las Cortes de Navarra en el año 1766, en el cual se habla del "*testamento de Hermandad de marido y mujer, o de cualesquiera otras personas.*"

Alonso (5) entiende que el testamento de hermandad entre cualesquiera otras personas, se halla admitido en la ley 41 de las Cortes de 1765 y 1766. En cambio Lacarra (6) teniendo en cuenta que el Decreto pronunciado a dicho pedimento de ley, se refería exclusivamente

(4) "Adiciones sive annotationes licentiatii Armendariz ad suam Recopilationem Legum Regni Navarrae", folios 201 vuelto y 202. Citado por Victoriano Lacarra y Mendiluce en su obra "Instituciones de Derecho Civil Navarro", tomo II, pág. 97.

(5) José Alonso. "Recopilación de los Fueros y Leyes de Navarra", pág. 367.

(6) Victoriano Lacarra y Mendiluce, Ob. citada, pág. 97.

al testamento de hermandad entre cónyuges, opina que fué admitido de ser otorgado por toda clase de personas, aún cuando como es lógico, sea más usado por los cónyuges.

Y al parecer, en este punto ya no se presentan más dificultades a diferencia de lo que ocurre en Aragón, en donde por ser un privilegio exclusivo de los cónyuges se hace preciso estudiar otros problemas relativos a la legitimidad y validez del matrimonio que han de concurrir necesariamente al momento de otorgar el testamento para que éste sea eficaz, pasado por alto el de la separación, que al decir del Sr. Lorente carece de importancia, pues es de presumir que dos cónyuges *separados* no tendrán el propósito de otorgar *juntos* un testamento. (7)"

Sin embargo se plantea una cuestión. Si en Navarra se llegase a dar el caso de ser impugnado de ineficaz un testamento otorgado entre cónyuges por estar faltos de este carácter los otorgantes, en razón a haber llegado a declararse nulo dicho matrimonio, entendemos que no podría sostenerse su validez al amparo de que lo habían hecho fuera de su condición de cónyuges, pues, además de faltar lo esencial del motivo que impulsó a los otorgantes a hacer juntos un testamento, la solución de validez del testamento, ni cumple a la finalidad ética del mismo, ni es justa, pues hemos de entender que no está conforme a la intención de los testadores al tiempo de otorgar el testamento.

FORMA.—Su tratamiento en los Apéndices de 1900, 1929, 1930 y 1945. Forma ológrafa: sus inconvenientes. Testamento abierto. Testamento cerrado. Testamentos especiales y extraordinarios. Posibilidad del testamento de hermandad ante el Párroco.

por la costumbre. Sea de ello lo que quiera, el resultado es el mismo: por su parte los Apéndices no dejan lugar a dudas, tanto el de 1900, como los de 1929, 1930 y 1945.

Por consiguiente, el testamento de hermandad en Navarra pue-

El Apéndice de 1900 dice textualmente en su art. 678: "El testamento de hermandad únicamente se puede otorgar ante Notario con las solemnidades prescritas en la sección 5.^a". (testamento abierto).

El de 1929 en su art. 42: "Dos o más personas pueden en un mismo testamento abierto otorgar ante Notario: 1.^o Instituirse mutuamente por herederos. 2.^o Nombrar heredero a un tercero para después de los días de los testadores mutuamente instituidos."

(7) José Lorente Sanz, "El testamento mancomunado en el Apéndice Foral Aragonés", en Primera Semana de Derecho Aragonés. Jaca, 1942.

El de 1930 en su art. 37: y el de 1945 en su art. 42: "Este testamento no requiere otras solemnidades que las exigidas para el unipersonal."

Parece ser, según esto, que en los dos últimos Apéndices se ha introducido un criterio más extensivo, aunque esto no aparezca muy claro como luego veremos.

Por otra parte, los dos primeros Apéndices excluían la forma característica de testamento ante el Párroco para el testamento de hermandad. Veamos las diferentes cuestiones que se suscitan en cada una de las formas conocidas.

Testamento ológrafo. — Como queda dicho, parece ser que esta forma de testar no está expresamente excluida para el testamento de hermandad en los Apéndices de 1930 y 1945, contrariamente a lo que ocurre en los dos anteriores. Sin embargo hemos de decir que ofrece muchas dificultades el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Código para la forma ológrafa, dificultades emanadas de la dualidad de testadores, y aunque una solución muy razonable, respecto de su escritura, es la formulada por el Sr. Lorente (8) consistente en escribir dos veces el texto, una por cada testador, con fecha duplicada y firma de ambas, en tal caso no sería propio hablar de un solo testamento, ya que en realidad había dos y no uno.

De otro lado el criterio rigurosísimo seguido por el Tribunal Supremo en materia de formalidades testamentarias, hace prácticamente inútil esta forma de testar para el testamento de hermandad.

Finalmente nos parece impropio en extremo conectar una forma de testar genuina del derecho común, con otra privativa de la legislación foral.

Testamento abierto. — Es el modo de testar admitido en todos los Apéndices. A nuestro parecer es la forma más adecuada para el testamento de hermandad. Respecto de la manera de expresar sus voluntades los testadores ante el Notario no hay ninguna regla expresa en los Apéndices; por eso creemos muy acertadas y susceptibles de aplicación en Navarra las contenidas en el art. 17 del Cuaderno foral aragonés, en virtud del cual los testadores pueden expresar juntos las disposiciones o llevar uno solo las palabras y el otro limitarse a aceptar o consentir, u ordenar cada testador lo concerniente a sus respectivos bienes.

(8) José Lorente Sanz, Ob. citada.

Resta decir que los testadores están facultados para hacer uso del derecho concedido en el art. 696 del Código civil, por virtud del cual pueden presentar por escrito sus disposiciones testamentarias, siendo indiferente en tal caso que de los dos testadores sea uno solo el autor material del escrito.

Testamento cerrado. — Es aplicable esta forma de testar al testamento de hermandad siempre y cuando se cumpla las formalidades exigidas por el Código para la citada forma testamentaria. Sin embargo en la práctica es casi desconocido el testamento cerrado de hermandad.

En conclusión, podemos sentar como principio general que el testamento de hermandad puede asumir la forma de cualquiera de los testamentos conocidos siempre que no sean incompatibles con la propia naturaleza de aquél.

Testamentos especiales. — Cabe discutir si el testamento de hermandad¹ puede revestir alguna de las formas especiales o extraordinarias: en peligro de muerte, ante el párroco, en tiempo de epidemia, militar, marítimo, etc. Realmente no se compagina bien, en la mayor parte de los casos, con la dualidad o pluralidad de testadores, la forma prevista para casos anormales. Así en relación con el Derecho Aragonés el Sr. Ibáñez Cerezo (9) limita el testamento mancomunado a los casos normales. Aparte de ello el testamento de hermandad es un testamento de previsión y de prudencia, no de improvisación y de urgencia. Estimamos por tanto que las formas especiales y extraordinarias no le son de aplicación, salvo en cuanto se refiere, por vigencia supletoria del Código civil, a las reglas complementarias relativas al sordo y al ciego.

En cambio no vemos inconveniente en que el testamento de hermandad se otorgue ante el Párroco, pues éste hace el oficio de Notario, y no hay dificultad alguna en que dos o más testadores dispongan conjuntamente ante él su última voluntad.

CONTENIDO,—En razón a su contenido, es decir, a las disposiciones de bienes que se establecen en el testamento de hermandad puede éste afectar diversos tipos. Los principales son los siguientes:

2) Testamento recíproco con institución común.

A y B se instituyen recíprocamente herederos y a la vez instituyen a sus descendientes si los tienen, y a cualquier persona que se crea

(9) Aurelio Ibáñez Cerezo, "El testamento mancomunado" en Segunda Semana de Derecho Aragonés. Jaca, 1943.

con derecho a la herencia, en la legítima foral de cinco sueldos febles y una robada de tierra en los montes comunes, fórmula foral de apartamiento de la sucesión.

2) Testamento recíproco con institución común.

Puede a su vez afectar diferentes formas:

a) A y B se instituyen herederos recíprocamente y para el caso de conmorienza instituyen heredero a C (generalmente a sus hijos si los tienen, por partes iguales). Dejan también la legítima foral en el modo antes expresado.

b) A y B se instituyen herederos recíprocamente otorgando al sobreviviente la facultad de disponer libremente, por acto intervivos de los bienes del premuerto y estableciendo que a la muerte del sobreviviente los bienes que resten (esto es el patrimonio de residuo) pasarán a C. Se instituyen en la legítima foral como en los casos anteriores.

c) A y B se instituyen herederos recíprocamente, con plena disposición inter-vivos y mortis causa, y para el caso de muerte del sobreviviente sin haber dispuesto mortis-causa designan un heredero o varios herederos para ambas herencias o herederos distintos para los bienes de sus herencias respectivas. La institución de legítima foral como en los casos anteriores.

3) Testamento con institución común. A y B designan como heredero común a C.

Estas formas admiten además combinaciones mixtas, pero podemos decir que la forma que casi en su totalidad afectan los testamentos de cónyuges es la de vocación recíproca con institución de legítima foral para los descendientes, o sea la primera.

Como tipo de esta forma tan usual como exenta de complicaciones, revelación de la mutua confianza de los cotestadores hemos recogido la que sigue:

Forma más usual de redacción de los testamentos de hermandad

...comparecen: Los cónyuges D. y D.^a.....

Aseguran tener y tienen a mi juicio y al de los testigos instrumentales rogados, según estos manifiestan, capacidad legal bastante para otorgar este TESTAMENTO DE HERMANDAD, y previa advertencia que yo el Notario les hago de que no podrá revocarse por uno de ellos sin conocimiento y sabiduría del otro, manifiestan su propósito deliberado de hacerlo y lo ordenan en las siguientes cláusulas:

PRIMERA. (Profesión de Fe Católica, Apostólica, Romana, y en su caso disposiciones sobre entierro y exequias).

SEGUNDA. Advertencia del Notario a los testadores sobre mandas pías y manifestación de que por ahora no ordenan ninguna especial.

TERCERA. Manifestación de que de su matrimonio, que lo es en primeras nupcias, tienen los hijos que expresan, a los cuales, así como a sus respectivos descendientes, instituyen los testadores en la legítima foral de Navarra, de cinco sueldos febles y una robada de tierra en los montes comunes. • •

CUARTA. En el total de sus bienes, derechos y acciones, se instituyen los testadores recíprocamente, esto es: D., instituye por única y universal heredera a su esposa D.^a., y esta señora instituye por su único y universal heredero a su citado esposo D. /ambos en pleno dominio y libre disposición.

Estos testamentos suscitan una interesante cuestión, ya tratada por el Sr. Lorente (10) respecto de Aragón y que tiene sobre todo relieve en el aspecto fiscal en orden a la liquidación del Impuesto de Derechos reales, en el caso de que exista un heredero común, en combinación con una institución recíproca: Si los bienes de A pasan a B y a la muerte de éste se transmiten al heredero común C, se hace preciso determinar si C los hereda de A o de B, esto es, si se trata de una institución o de una sustitución. Nos parece muy acertada la solución del Sr. Lorente: "Los terceros heredan del testador cuyos eran los bienes, haya muerto el primero o el último". Hemos tenido ocasión de conocer un caso reciente ventilado en la Oficina Central de Liquidación de Derechos reales de la Diputación foral de Navarra y se ha resuelto en este sentido.

La forma de la institución recíproca, pura y simple es como hemos dicho la más corriente, sobre todo tratándose de cónyuges e incluso hemos conocido un testamento otorgado en esta forma por seis hermanos. En cuanto al alcance de esta institución es interesante la sentencia de la Audiencia de Pamplona de 25 de octubre de 1943, según la cual, el heredero instituido en un testamento de hermandad sin limitación expresa está facultado para disponer inter-vivos de los bienes recibidos del cotestador, sin que sea obstáculo la existencia de un heredero común.

(10) José Lorente Sanz, Ob. citada.

REVOCACION Y RESCISION.—*Revocación en vida de los otorgantes: conjunta y unilateral. Revocación en caso de muerte. Rescisión.*

Procedimiento para la notificación.

Una de las cuestiones más debatidas que se presentan dentro del testamento de hermandad es la de su revocación. Si seguimos a través de los Cuerpos legales antiguos la evolución histórica de este testamento, echamos de ver enseguida cómo en un principio sólo era revocable en vida de los testadores obrando ambos conjuntamente, pero habiendo muerto uno de ellos el sobreviviente no podía revocarlo.

Es precisamente esta irrevocabilidad la razón que justifica el testamento de hermandad, pues su carácter contractual permite asegurar situaciones futuras, que es lo que se busca mediante él.

En el año 1766 los tres estados de Navarra juntos y congregados en Cortes solicitaron interpretación del citado cap. 4.^o del Fuero General. Se formuló un Decreto accediendo a los deseos expresados en el pedimento, y desde entonces se admitió la revocación del testamento de hermandad por uno solo de los cónyuges (y por ende hemos de entender nosotros que por uno solo de los testadores cuando se trate de un testamento de hermandad entre cualesquiera otras personas), respecto de sus propios bienes, y en vida de ambos (o de todos los testadores) y mediante notificación.

En consecuencia podemos distinguir dos casos:

1.^o Revocación conjunta. Se desprende del propio Cap. 4.^o ya citado del Fuero General: "...*maguera viviendo ambos, si les semeyare, que bien non sea fecho el destín, bien pueden emendar, o meyofar otra vez, Que a todo fidalgo vale el postrimero destín.*"

2.^o Revocación unilateral. Está consignada en la ley 41 de las Cortes de 1766: "...*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*" (y lo mismo podemos decir con noticia y sabiduría de los demás cotestadores en el caso de que se trate de un testamento de hermandad entre cualesquiera otras personas).

Como vemos, en este caso, es decir, cuando se trata de la revocación en vida de los testadores, este testamento es siempre revocable mediante la notificación. En este mismo sentido se han pronunciado todos los Apéndices.

Por otra parte entendemos que la revocación hecha por uno solo de los testadores sólo invalida lo por él dispuesto, de acuerdo con el

art. 45 del Apéndice de 1945, nunca la totalidad del testamento como establece el de 1929 en su art. 44, por parecer más conforme a la ya mencionada ley 41 de las Cortes.

En el segundo caso, es decir, tratándose de la revocación por el cónyuge sobreviviente o por alguno de los cotestadores sobrevivientes, no ocurre lo mismo. Aquí la regla general es la irrevocabilidad y la excepción, si es que cabe en algún caso, es la revocabilidad, hasta el extremo de que ordinariamente se hace imposible la revocación, en razón a que la irrevocabilidad en caso de muerte es precisamente la clave de todo el testamento de hermandad, como decíamos más arriba.

En los Cuerpos legales antiguos no encontramos otra disposición relativa a la revocación por el sobreviviente que la contenida en el Capítulo 4.^o, tít. 4.^o libro II del Fuero General, en la cual se le prohíbe terminantemente: *"...si el uno deyllos moriés, el otro non puede desfazer el destín"*

Veamos como en los Apéndices se ha seguido esta misma dirección:

APENDICE 1900: La muerte de uno de los testadores extingue para los demás la facultad de revocar el testamento de hermandad (art. 681).

APENDICE 1929: Por muerte de uno de los testadores se hace irrevocable para todos el testamento de hermandad, (art. 45).

APENDICE 1930: La muerte de uno de los testadores hace irrevocable para todos el testamento de hermandad, (art. 40).

APENDICE 1945: La muerte de uno de los testadores hace irrevocable para todos el testamento de hermandad, (art. 46).

En Aragón existe un caso en que el supérstite podrá revocar el testamento: cuando el difunto no haya establecido en el testamento ninguna disposición en beneficio del que lo revoca (11), pero nada en este sentido se recoge en nuestros Apéndices. La regulación de esta materia en ellos es insuficiente ya que por ser tan importante y esencial en la usadísima forma del testamento de hermandad, merece una mayor atención, sobre todo en lo relativo a la notificación de la revocación unilateral, y a la posibilidad de revocación por el sobreviviente no beneficiado por la disposición del premuerto.

(11) José Lorente Sanz, Ob. citada.

RESCISION.—De la condición de irrevocabilidad que el testamento de hermandad adquiere por la muerte de alguno de los testadores, puede derivarse un daño para el principio de protección familiar, en el caso de que instituido heredero un extraño, el cotestador sobreviviente contrajese nuevo matrimonio del que llegase a tener descendencia. Con sabia previsión el Apéndice de 1900 estableció para este caso la rescisión por superveniencia de hijos, lo mismo que el de 1929 y el actual. No creemos que deba ampliarse la rescisión al caso de nuevo matrimonio sin llegar a tener descendencia, como proponía el Apéndice del Ilustre Colegio Notarial de Pamplona.

PROCEDIMIENTO PARA LA REVOCACION.—Muchas dudas y difíciles cuestiones se han suscitado acerca del procedimiento para notificar la revocación. El Apéndice de 1900 estableció como único procedimiento hábil el de la notificación notarial, pero nada dijo para los casos de no poder practicarse por no ser hallada la persona a quien hubiere de hacerse. El de 1929 previno que la notificación debiera ser personal pero admitió que si alguno de los otorgantes se negare a oírla o la rehuyere en cualquier forma, podría hacerse en acto de conciliación. El de 1930 mantuvo el mismo criterio de la notificación personal, pero en la nota 8 negó que pudiera ser eficaz toda otra notificación, por exigir el Fuero la "noticia y sabiduría del cotestador" con lo que planteaba un problema para el que no proponía solución. Finalmente el de 1945 consigna que la notificación será personal y por escrito.

Por nuestra parte entendemos como decíamos anteriormente que la notificación y sabiduría del cotestador se logra en derecho por los medios adecuados que la ley crea a este efecto, sin lo cual, la vida jurídica se paralizaría a merced de subrepciones o fraudes.

Por tanto somos de la opinión de que la revocación ha de ser en testamento y con notificación personal al cotestador, pero que siempre que esta notificación personal no sea factible, podrá ser sustituida por la notificación judicial hecha por edictos en acto de jurisdicción voluntaria, y anotándose la notificación en el testamento revocado.

DERECHO INTERNACIONAL E INTERNACIONAL

Hemos indicado al principio que la característica del testamento de hermandad radica no en su forma, puesto que la concurrencia de testadores es propiamente un accidente extrínseco, sino en la causalidad recíproca de sus instituciones, es decir, en su contenido. De aquí que es-

timemos que en el orden internacional e interregional la posibilidad de utilizar esta clase de testamento venga determinada por el estatuto personal y no por el principio "locus regit actum."

El Sr. Lasala en su obra "Sistema español de Derecho civil internacional e interregional" dice: "La disposición prohibitiva del artículo 669 del Código español—tomada del artículo 968 del Código francés y 761 del italiano—no es de orden público internacional, sino de orden público interno; es una incapacidad para los españoles, no afecta a los extranjeros por no ser una cuestión de pura forma."

El mismo criterio sienta el propio autor al referirse al Derecho interregional, y el Cuaderno foral aragonés, en su artículo 17 establece un precepto en idéntico sentido.

No participamos de la opinión de Wolff (12) según el cual la validez de tal testamento depende de que se otorgue en un momento en que los testadores pertenecían a un Estado que aceptaba esta forma o en un lugar que la consintiera, pues entendemos que por tratarse de materia relacionada con la capacidad personal y no con las formas extrínsecas, la *lex loci* no tiene competencia sobre la validez del testamento mancomunado, o de hermandad.

III

Textos legales

FUERO GENERAL DE NAVARRA - CAP. 4.º, TIT. 4.º, LIBRO II.

..... Et si marido et muger fazen destín en uno et en-
quara cerran aqueyll destín, si el uno deyllos mories, el otro
non puede desfazer e l destín; maguera bivendo ambos, si les
semeiare que bien non sea fecho el destín, bien pueden emen-
dar o ameiorar otra vez; que á todo fidalgo vale el postre-
mero destín.

LEY 41 DE LAS CORTES DE 1765 Y 1766

Pamplona, año de 1766.

Los tres Estados de este Reyno de Navarra juntos, y congregados en Cortes Generales por orden de V. M. decimos: Que sobre la inteli-

(12) Martín Wolff, "Derecho Internacional Privado", pág. 357.

gencia del cap. 4.º, tít. 4.º, libro II del Fuero General, que habla de los testamentos de Hermandad, y de su irrevocabilidad han ocurrido, y todos los días se ofrecen varias dudas, y pleitos en grave perjuicio de la causa pública, y bien universal del Reyno; y para que en lo sucesivo se eviten, contemplamos ser muy justo, y conveniente, que por declaración, y especificación de dicho capítulo, se establezca, y declare, que de aquí adelante el testamento de Hermandad de marido y mujer, o de cualquiera otras personas, muerto uno de los otorgantes, no se pueda revocar por el sobreviviente, aun en cuanto a sus propios y privativos bienes; y que viviendo los otorgantes tampoco se pueda revocar, por ninguno de ellos sin concurso de todos, de modo, que con la misma conformidad que se otorgó, deberá revocarse, y no de otra suerte, pena de que cualquiera testamento que en otra forma se otorgara sea nulo y de ningún efecto, y quede válido y subsistente, y en su fuerza y vigor, el que de conformidad se hizo.

Suplicamos a V. M. rendidamente se sirva concedernos por declaración, y explicación de dicho Capítulo 4.º del Fuero General lo contenido en este pedimento, que así lo esperamos de la real piedad, y suma justificación de V. M. y en ello, etc.

DECRETO.—Hágase como el Reyno lo pide, con 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, por considerarse en lo contrario algunos inconvenientes, y parecer esto más conforme a la libertad de las últimas voluntades.

APENDICE DE LA COMISION OFICIAL PRESIDIDA POR DON ANTONIO MORALES (1900)

Art. 677. Dos o más personas pueden en un mismo acto o instrumento: 1.º Instituirse mutuamente herederos. 2.º Nombrar heredero a un tercero para después de los días de los mutuamente instituidos en primer término.

Art. 678. El testamento de hermandad únicamente se puede otorgar ante Notario con las solemnidades prescritas en la sección 5.^a

Dicho testamento no requiere mayor número de solemnidades que el unipersonal.

Art. 679. Los testamentos de hermandad son revocados durante la vida de los testadores.

Art. 680. Para que la revocación surta efecto ha de ser notificada a los demás cotestadores, antes o después de dicha revocación, pero siempre en vida del revocante.

Art. 681. La notificación únicamente surtirá efectos legales cuando se practiquen por ministerio de Notario.

Art. 681. La muerte de uno de los testadores extingue para los demás la facultad de revocar el testamento de hermandad.

Pero si éste contuviere llamamientos a favor de terceras personas, quedará sin efecto alguna dicha disposición testamentaria respecto a los bienes del testador sobreviviente, cuando el mismo tuviere con posterioridad hijos legítimos.

En cuanto a los bienes del premuerto se cumplirá lo establecido en el testamento de hermandad.

Art. 682. Las demandas y legados contenidos en los testamentos de hermandad no podrán reclamarse judicialmente hasta después del fallecimiento del último de los herederos mutuamente instituidos, salvo disposición en contrario.

Art. 683. Será válido el testamento de hermandad que los navarros otorguen fuera de Navarra, aunque lo prohiban las leyes del país donde se hubiese otorgado.

APENDICE DE LOS LICENCIADOS ARVIZU Y AIZPUN (1929)

Art. 42. Dos o más personas pueden en un mismo testamento abierto otorgado ante Notario: 1.º Instituirse mutuamente por herederos. 2.º Nombrar heredero a un tercero para después de los días de los testadores mutuamente instituidos.

Este testamento no requiere otras solemnidades que las exigidas para el unipersonal; y está sujeto en sus respectivos casos, a las restricciones de la legítima foral y de la extraordinaria en favor de los hijos de primero y anteriores matrimonios.

Art. 43. El testamento de hermandad es revocable en vida de todos los otorgantes, siempre que se haga la revocación en otro testamento abierto y que se notifique por medio de acta notarial a los demás testadores el hecho de la revocación. Esta notificación, para que produzca efecto, deberá ser hecha a los mismos interesados, y no a otras personas, aunque pertenezcan a su familia o servidumbre. Si alguno de

los otorgantes se negare a oír la notificación o la rehuyere en cualquier forma, se podrá hacer en acto de conciliación, y surtirá iguales efectos que si fuera hecha ante Notario, aunque el demandado no comparezca.

Art. 44. La revocación por uno de los otorgantes, invalida totalmente el testamento de hermandad. El Notario autorizante del acta de notificación, deberá advertírselo a los demás testadores y hacerlo constar así en dicho documento.

Art. 45. Por la muerte de uno de los testadores se hace irrevocable para todos el testamento de hermandad; pero si éste contuviera llamamientos en favor de personas que no sean herederos forzosos del sobreviviente, se rescindirá dicha disposición testamentaria respecto de los bienes de éste, por el advenimiento de hijos, subsistiendo en cuanto a los demás.

Art. 46. Las mandas y legados contenidas en los testamentos de hermandad no podrán reclamarse hasta después del fallecimiento del último de los herederos mutuamente instituidos, salvo disposición en contrario.

Art. 47. Será válido el testamento de hermandad que los navarros otorguen en otra provincia de España, ante Notario, o de Cónsul o Vicecónsul de la Nación en el extranjero.

APENDICE DEL ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE PAMPLONA (1930)

Art. 37. Podrán testar dos o más personas mancomunadamente o en un mismo instrumento.

Este testamento no requiere otras solemnidades que las exigidas para el unipersonal.

Art. 38. El testamento de hermandad es revocable en vida de los otorgantes, siempre que se haga la revocación por todos ellos.

También podrá cualquiera de los testadores revocarlo, en cuanto a lo por él dispuesto, notificando el propósito o el hecho de la revocación, a los demás. Las notificaciones habrán de hacerse a los interesados.

Art. 39. La revocación por uno de los testadores solo respecto a lo por él dispuesto invalida el testamento, subsistiendo en cuanto a los demás, mientras no lo revoquen.

Art. 40. La muerte de uno de los testadores hace irrevocable pa-

ra todos el testamento de hermandad; pero si éste contuviere llamamientos en favor de personas que no sean descendientes del sobreviviente, se rescindirá dicha disposición testamentaria respecto de los bienes de éste, por el advenimiento de hijos o por nuevo matrimonio, subsistiendo en cuanto a los demás.

Art. 41. El testamento de hermandad no priva a los testadores de la facultad de disponer libremente de sus respectivos bienes, a título oneroso, aún después del fallecimiento de los demás o de alguno de ellos.

Art. 42. Las mandas y legados contenidas en los testamentos de hermandad no podrán reclamarse hasta después del fallecimiento del último de los testadores mutuamente instituidos, salvo disposición en contrario.

Art. 43. Será válido el testamento de hermandad que los navarros otorguen ante cualquier funcionario nacional o extranjero competente en el lugar del otorgamiento.

APENDICE DE LA EXCMA. DIPUTACION FORAL DE NAVARRA (1945)

Art. 42. Podrán testar dos o más personas mancomunadamente o en un mismo instrumento, aunque sus disposiciones sean distintas.

Este testamento no requiere otras solemnidades que las exigidas para el unipersonal.

Art. 43. Los navarros podrán otorgar testamento de hermandad en territorio nacional o extranjero, ante funcionario competente en el lugar del otorgamiento.

El testamento de hermandad posterior perfecto revoca los testamentos de hermandad anteriormente otorgados por los mismos testadores, aunque no contenga cláusula expresa de revocación.

También podrá cualquiera de los testadores revocarlo, en cuanto a lo por él dispuesto, notificando el hecho de la revocación a los demás otorgantes. Las notificaciones deberán constar por escrito y hacerse en la persona de los interesados.

Art. 45. La revocación del testamento de hermandad, hecha por uno de los testadores sólo invalida lo por él dispuesto, permaneciendo válidas las disposiciones de los demás mientras ellos no las revoquen;

y si lo hicieren, no necesitarán notificarlo a los que lo hubieren revocado con anterioridad.

Art. 46. La muerte de uno de los testadores hace irrevocable para todos el testamento de hermandad; pero si éste contuviere llamamientos en favor de personas que no sean descendientes del sobreviviente, se rescindirá dicha disposición testamentaria, respecto de los bienes de éste, por el advenimiento de hijos, subsistiendo en cuanto a los demás testadores si los hubiere.

Art. 47. El testamento de hermandad no priva a los testadores de la facultad de disponer libremente de sus respectivos bienes, por actos o contratos intervenidos a título oneroso, aun después del fallecimiento de los demás otorgantes o de cualquiera de ellos.

Si hubiere institución recíproca, con llamamiento a favor de tercero para después de fallecidos los testadores, este llamamiento se entenderá referido a los bienes que quedaron al fallecimiento del último de ellos.

Art. 48. Las mandas o legados contenidos en los testamentos de hermandad no se podrán reclamar hasta después del fallecimiento del último de los testadores mutuamente instituidos, salvo disposición en contrario.

Los legatorios de cosa específica y determinada podrán exigir el afianzamiento de su derecho.

José Luis SANTAMARIA DE CRISTOBAL