

LA INTERVENCIÓN DEL NOTARIO EN EL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO GALLEGO

Marcos A. López Suárez

Sumario: I. Introducción.- II. La competencia territorial del Notario.- 1. Preliminares.- 2. Restricciones a la actuación notarial dentro del distrito.- 2.1. Planteamiento.- 2.2. El término municipal.- 2.3. El denominado «régimen de zonas».- 3. Ampliación de la competencia territorial más allá del distrito.- 3.1. Planteamiento.- 3.2. Prolongación de la competencia territorial por razones de urgencia.- 3.3. Habilitaciones.- 4. Consecuencias de la infracción del régimen de competencia.- 4.1. Planteamiento.- 4.2. Actuación notarial fuera del distrito.- 4.3. Actuación «invasora» dentro del propio distrito.- III. Funciones del Notario.- 1. Ideas previas.- 2. La identificación de los testadores.- 3. El juicio sobre la capacidad de los testadores.- 4. El requerimiento de testigos.- 5. La redacción del testamento.- 6. La lectura del testamento.- 7. La autorización del testamento.- 8. La unidad de acto.- 9. La apertura de la sucesión y la copia del testamento.- IV. Breves consideraciones sobre la responsabilidad civil del Notario.- 1. Planteamiento.- 2. Presupuestos.- 3. Naturaleza jurídica.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo está conformado por el análisis de los principales interrogantes que la figura del Notario plantea en relación con el testamento mancomunado gallego en cuanto testamento abierto. De entrada, es preciso advertir que la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia no prevé, con carácter preceptivo, la presencia del Notario en el otorgamiento del testamento conjunto¹. Sin embargo, la necesaria intervención del fedatario público en dicho otorgamiento se colige directamente de la forma que ha de revestir esta modalidad testamentaria.

En efecto, si el testamento mancomunado se configura como abierto notarial, al acto de otorgamiento debe concurrir, junto con los testadores, el Notario encargado de autorizar el instrumento. A este entendimiento coadyuva la propia noción de testamento abierto contenida en el artículo 679 del Código civil, puesta en conexión con lo dispuesto en el artículo 694 del mismo Cuerpo legal. De acuerdo con el primero de los preceptos citados el testamento es abierto «(...) siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone»². A su vez, el referido artículo 694 -precisando el

1 La Ley de Derecho civil de Galicia fue publicada en el DOGA núm. 107, de 6 de junio, págs. 4.171 y ss. y en el BOE núm. 152, de 27 de junio, págs. 19.241 y ss.

2 En este sentido, como señala BLOCH RODRÍGUEZ, J.M., («Los testigos en los testamentos notariales», en RDN, núm. XVII, 1957, pág. 317) el hecho de que el artículo 679 del Código civil contemple la autorización del testamento abierto por una pluralidad de personas («en presencia de las personas que deben autorizar el acto») no implica que el número de éstas en cada otorgamiento tenga que ser «forzosamente»

ámbito subjetivo del precepto anteriormente transcrito- prescribe: «*El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario (...)*».

En relación con la forma que ha de revestir el testamento mancomunado gallego, es cierto que la Ley de Derecho civil de Galicia no contiene ningún precepto concluyente al respecto, limitándose a señalar en su artículo 136 lo siguiente: «*El testamento abierto podrá ser individual, mancomunado o por comisario*»³. Sin embargo, pese a la falta de determinación legal expresa, la forma abierta notarial del testamento conjunto podría inferirse de los siguientes datos:

a) En primer lugar, de los antecedentes legislativos, representados por los textos elaborados por el *Consello da Cultura Galega* y la *Comisión non permanente de Dereito Civil de Galicia* en los que el testamento mancomunado se configuraba como un testamento abierto notarial⁴. En este sentido, en la medida en que en la Ley se omitió toda referencia a la forma del testamento mancomunado, pudiera objetarse que la intención del legislador gallego de 1995 era precisamente alterar las pautas establecidas en los proyectos precedentes⁵. Sin embargo, a nuestro juicio, el reproche formulado queda desvirtuado por el examen de la tramitación parlamentaria de la Ley, en la que, en ningún momento, se tomó en consideración la posibilidad en cuestión⁶.

b) En segundo lugar, la configuración del testamento mancomunado como abierto notarial también resultaría de la falta de una manifestación expresa del legislador en sentido contrario⁷; ello unido al hecho de que, como pone de manifiesto PÉREZ

múltiple. En efecto, a juicio del referido autor, el precepto comentado prevé simplemente la posibilidad de que el testamento abierto sea autorizado por distintas personas (piénsese, v. gr., en el Notario o en los funcionarios diplomáticos o consulares que tengan atribuido el ejercicio de la fe pública). En todo caso, a propósito de esta cuestión, se considera oportuno señalar aquí que en los testamentos abiertos no notariales o excepcionales -testamento en inminente peligro de muerte o en caso de epidemia- que se otorgan sólo «*en presencia de*» testigos (cfr. arts. 700 y 701 Cc), éstos no llevan a cabo, en modo alguno, una función autorizante; ello por cuanto que, como pone de relieve TORRES GARCÍA, T., («Comentario al artículo 679 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1.707) en los supuestos indicados, para que el testamento en cuestión no quede ineficaz se requiere que sea elevado a pública escritura y protocolizado según las normas de la Ley de enjuiciamiento civil.

3 En relación con la norma expuesta baste señalar la falta de rigor técnico del legislador gallego al emplear un criterio enunciativo en el que se entremezclan cuestiones jurídicas diversas como son el carácter unipersonal y pluripersonal del testamento, por un lado, y el carácter personal o delegable del mismo, por otro. Para esta opinión, cfr., asimismo, MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «El testamento abierto notarial», en AA.VV., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, págs. 115-116; DÍAZ FUENTES, A., *Dereito civil de Galicia*, Seminario de Estudios Galegos, Santiago de Compostela, 1997, págs. 264 y 267-268; LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1997, pág. 986.

4 El trabajo elaborado por el *Consello* no se refería de manera directa a la forma del testamento mancomunado, aunque la forma abierta notarial de la referida modalidad testamentaria podía colegirse de la interpretación conjunta de los artículos 88 y 89. De acuerdo con el párrafo primero del artículo 89 del citado trabajo -que coincide sustancialmente con el artículo 136 de la Ley gallega- «*O testamento aberto poderá ser individual, mancomunado e por comisario*». A su vez, el artículo 88 del citado trabajo prescribía lo siguiente: «*Os testamentos, no que non estivese regulamentado especialmente nesta Compilación, rexeráse polo disposto no Código Civil*». En cuanto al Proyecto de la *Comisión non permanente*, éste establecía expresamente la forma abierta notarial del testamento mancomunado en su artículo 92 al disponer que «*Los cónyuges podrán testar mancomunadamente en un sólo instrumento, dentro o fuera de Galicia, con las formalidades propias del testamento abierto notarial del lugar del otorgamiento*».

5 Cfr. DÍAZ FUENTES, A., *Dereito civil de Galicia*, cit., pág. 268.

6 Así lo reconoce el propio MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «El testamento abierto notarial», cit., pág. 117.

7 Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 987 y PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «Comentario a los artículos 141 y 142 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, cit., págs. 1.116 y 1.117.

ÁLVAREZ, resulta significativo que la única diferencia sustancial entre la regulación del testamento mancomunado contenido en la Ley de Derecho civil de Galicia y aquella otra que, en el fondo, le sirvió de modelo -la establecida en los hoy derogados artículos 94, 96 y 97 de la Compilación de Derecho civil de Aragón- consista en la no asunción por parte del legislador gallego de la normativa atinente a la forma, en virtud de la cual el testamento mancomunado podría revestir «*cualquier forma común, especial o excepcional [...]*» (art. 94.2 de la Compilación aragonesa).

c) En tercer lugar, la forma abierta notarial del testamento mancomunado se desprende, asimismo, de la regulación que el legislador gallego hace de otras instituciones en sede de sucesiones; en concreto, del usufructo de viudedad, donde identifica testamento mancomunado y escritura pública y, en consecuencia, testamento mancomunado y forma abierta notarial (cfr. art. 118.1 LDCG)⁸ y de la denominada partija conjunta donde el legislador en vez de referirse al testamento conjunto por su nombre lo hace por su forma (cfr. art. 157.3 LDCG)⁹.

d) Finalmente, cabría invocar la virtualidad que la forma abierta notarial posee en relación con determinadas dificultades propias del testamento mancomunado, ya que, por un lado, permite eliminar cualquier asomo de duda sobre la captación de voluntad de uno de los otorgantes por parte del otro -salvo que se admita que la sugestión pueda tener lugar en presencia de quien, por Ley, debe cerciorarse de la espontaneidad

8 El artículo 118.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia, en su inciso segundo, contempla indistintamente como medios válidos para la constitución con carácter recíproco del usufructo voluntario de viudedad el testamento mancomunado, las capitulaciones matrimoniales y «*cualquier otra escritura pública*», dando a entender pues que entre ellos existe una cierta identidad. En este orden de ideas, pudiera cuestionarse si la expresión «*cualquier otra escritura pública*» tiene como único antecedente «*capitulaciones matrimoniales*» o si, por el contrario, se refiere también al «*testamento mancomunado*». Sin embargo tales dudas se disipan por completo a la vista del apartado final del propio artículo 118.1, a tenor del cual el usufructo voluntario viudal podrá constituirse «*con carácter unilateral en cualquier clase de testamento, en capitulaciones matrimoniales o en escritura pública*». Es decir, la desaparición del indefinido «*otra*» cuando se da entrada a la expresión «*cualquier clase de testamento*» acredita, a nuestro juicio, la identificación existente entre el testamento mancomunado y la escritura pública y, en consecuencia, la forma abierta notarial. Para esta opinión, cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «Comentarios a los artículos 141 y 142 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 1.117, nota 67.

9 A tenor del artículo 157.3 de la Ley de 24 de mayo de 1995, cuando los cónyuges hiciesen la partija conjunta «*en documento no testamentario y existiese alguna contradicción con el testamento abierto, prevalecerá la partija realizada en aquél, siempre que se otorgase en documento público de fecha posterior al testamento*». Entre las numerosas dificultades de índole hermenéutica que plantea el artículo transcrito figura la del significado que debe atribuirse a la mención que en el mismo se hace al testamento abierto. En relación con esta cuestión, resulta evidente que una interpretación literal del artículo 157.3 conduciría a resultados absurdos, pues carece de toda lógica que la contradicción existente entre la partija conjunta realizada en un documento no testamentario y el testamento se solvente, en último término, atendiendo a la forma del testamento. Por ello, en nuestra opinión, si se tiene en cuenta: 1.º) Que el artículo 157.3 de la Ley gallega es fiel trasunto del artículo 114 del trabajo elaborado por el *Consello da Cultura Galega*; 2.º) Que en dicho proyecto se contempla la partición conjunta en testamento y en documento no testamentario; 3.º) Que la partija conjunta acordada en testamento sólo se puede formalizar a través del testamento mancomunado; y 4.º) Que la forma de dicho testamento a tenor de los artículos 88 y 89 del propio trabajo ha de ser la abierta notarial, sería posible concluir que la referencia que al testamento abierto se hace en el susodicho artículo 157.3 de la Ley constituye una metonimia por medio de la cual se designa al testamento mancomunado. En relación con esta cuestión, GUTIÉRREZ ALLER, V., («Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia», en AA.VV., *Dereito civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de Maio)*, Revista Xurídica Galega, Santiago de Compostela, 1995, pág. 416) considera igualmente que la intención del legislador gallego era la de referirse al testamento mancomunado, si bien el citado autor trata de solventar el absurdo al que conduce la interpretación literal del mencionado artículo 157.3 acudiendo con carácter supletorio al artículo 1.075 del Código civil (arg. ex art. 3.º1 LDCG) de manera que de existir contradicción entre el testamento (cerrado u ológrafo) y la partija conjunta realizada en documento no testamentario debe prevalecer esta última, salvo que se perjudique la legítima o se presuma otra la voluntad del testador. La incongruencia comentada ha sido también puesta de manifiesto por DÍAZ FUENTES, A., *Dereito civil de Galicia*, cit., pág. 315.

y libertad de las manifestaciones que ante él se realizan- y, por otro lado, al posibilitar el asesoramiento de una persona experta en Derecho, se erige en un instrumento óptimo para garantizar la plasmación de la verdadera voluntad de los testadores, aspecto este último no exento de relevancia habida cuenta de la complejidad que las disposiciones conjuntas pueden entrañar¹⁰.

En suma, acreditado que el testamento mancomunado ha de revestir la forma abierta notarial, se está en condiciones de dilucidar los interrogantes básicos que la intervención del Notario suscita en el otorgamiento del referido testamento. En síntesis, las cuestiones objeto de estudio se concretan en las tres siguientes: en primer lugar, el examen de las normas atributivas de competencia y de las consecuencias que de su infracción se derivan para el instrumento público (cfr. arts. 3.º y 8.º LN y 116 y ss. RN); en segundo lugar, el análisis de las funciones a desempeñar por el Notario tanto en las distintas fases del otorgamiento mancomunado como en el momento de la apertura; y, en tercer lugar, al hilo de la cuestión anterior, el estudio de la responsabilidad en la que pudiera incurrir el fedatario público por la inobservancia de alguna formalidad testamentaria esencial (cfr. art. 687 Cc en relación con el art. 705 Cc).

II. LA COMPETENCIA TERRITORIAL DEL NOTARIO

1. Preliminares

Con fundamento en la normativa contenida en el Reglamento notarial, cabe afirmar que los otorgantes del testamento mancomunado gallego gozan de libertad para elegir al Notario ante quien manifestar su voluntad testamentaria (cfr. art. 3.º RN). Mas, esta libertad de elección no se traduce en la posibilidad de que el referido testamento sea autorizado por cualquier fedatario público. En efecto, se requiere que el Notario en cuestión sea hábil (cfr. art. 694 Cc), esto es, competente por razón del territorio para llevar a cabo la susodicha autorización. Esta exigencia se infiere del artículo 694 del Código civil, conforme al cual «*el testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar de otorgamiento*». Así pues, los testadores tienen derecho a escoger libremente al Notario que haya de autorizar su testamento; pero el contenido de esta facultad de elección ha de conjugarse con la exigencia de que el fedatario elegido sea competente desde un punto de vista territorial. Por ello, a continuación, y siquiera sea de modo somero, se impone efectuar un examen de las normas rectoras de la competencia notarial por razón del territorio.

La competencia del Notario aparece delimitada con arreglo a criterios territoriales en los artículos 3.º y 8.º de la Ley del Notariado y artículos 116 y siguientes del Reglamento que la desarrolla¹¹. En este sentido, de la lectura conjunta de los artículos 3.º y 8.º de la citada Ley cabría colegir como regla general que el denominado distrito nota-

10 Haciéndose eco de las dos primeras virtudes señaladas en el texto de la forma abierta notarial con respecto al testamento mancomunado, cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M.A., «El testamento abierto notarial», cit., pág. 118

11 De acuerdo con ÁVILA ÁLVAREZ, P. (*Estudios de Derecho notarial*, 7.ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, pág. 25) en orden a la delimitación de la competencia del Notario, la Ley del Notariado pudo haber seguido uno de los tres siguientes sistemas: a) el personalista, que atribuiría competencia a los Notarios en todo el territorio nacional; b) el territorialista, que conferiría competencia exclusiva al Notario en una parte del territorio; c) y el mixto, que combinaría los dos criterios anteriores. Así las cosas, como es sabido, la Ley notarial de 1862 se decantó por el segundo de los sistemas señalados, para lo cual se procedió a la división del territorio nacional en distritos notariales, asignándose a cada uno de ellos, en función de criterios de oportunidad y conveniencia, uno o varios Notarios.

rial se erige en el límite espacial de validez de la actuación de los Notarios. En efecto, después de señalar que el «partido judicial constituye distrito de Notariado» (art. 3.º LN), la Ley dispone que dentro del mismo los «Notarios podrán ejercer [su ministerio] indistintamente» (art. 8.º LN). A esta misma limitación geográfica de la competencia territorial del Notario alude, en otros términos, el artículo 116 del Reglamento cuando establece que: «Los Notarios carecen de fe pública fuera de su respectivo distrito notarial (...)».

Con todo, la regla apuntada no debe ser entendida en términos absolutos: en ocasiones, se excluye del ámbito de actuación del Notario determinadas zonas del distrito en el que, en teoría, es competente; otras veces, en cambio, se faculta al Notario para intervenir válidamente fuera de su distrito. De lo primero son buena muestra lo que GONZÁLEZ PALOMINO denomina «zonas legales fijas» (cfr. arts. 117 y 118 RN) y «zonas polémicas facultativas» (cfr. arts. 121-123 RN). De la actuación fuera del distrito notarial son claros exponentes, tanto la «prorrogación» de competencia por casos urgentes imposibles de tramitación previa (cfr. art. 119 RN), como los supuestos en los que tienen lugar sustituciones o habilitaciones especiales (cfr. art. 120 RN en relación con el art. 49 del mismo Cuerpo reglamentario y arts. 6.º y 10 del Anexo IV del referido Reglamento)¹².

2. Restricciones a la actuación notarial dentro del distrito

2.1. Planteamiento

Con el objeto de fijar la competencia territorial del Notario, la Ley del Notariado, así como el Reglamento dictado en su desarrollo, configuran el distrito notarial como la demarcación o circunscripción de referencia (cfr. arts. 3.º y 8.º LN y 116 y ss. RN). Dicho de otro modo, de acuerdo con la normativa vigente, los Notarios adscritos a un determinado distrito notarial son, con carácter general, competentes para actuar en todo el territorio que integra dicho distrito (cfr. arts. 8.º LN y 116 RN). Ahora bien, la regla expuesta no está exenta de excepciones. A este respecto, el propio Reglamento notarial prevé la posibilidad de que en los distritos integrados por varias Notarías existan áreas reservadas a la actuación de un único fedatario público. De hecho, así sucede con el término municipal de residencia del Notario, por un lado (cfr. arts. 117 y 118 RN) y con las zonas que resultan de la división del propio distrito a instancia de uno de los Notarios que lo sirven, por otro (cfr. arts. 121-123 RN).

2.2. El término municipal

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 117 del Reglamento notarial, el término municipal correspondiente al domicilio del Notario representa una barrera cuasi infranqueable en orden a la actuación de los restantes fedatarios públicos adscritos al mismo distrito. En efecto, a tenor del referido precepto, los Notarios «sólo podrán autorizar instrumentos públicos en el término municipal correspondiente al lugar del domicilio de otro Notario, cuando éste sea único (...)» en una serie de supuestos tasados y con las condiciones establecidas en el artículo 118 del Reglamento notarial. En relación con estas hipótesis, y desde la perspectiva del testamento mancomunado, puede afirmarse que la intervención notarial en el término municipal de residencia de un Notario por parte de los demás fedatarios del mismo distrito sólo resulta procedente, bien en los casos de imposibilidad física permanente o accidental de los otorgantes, bien en los supuestos de imposibilidad física o incompatibili-

¹² Cfr. GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Instituciones de Derecho notarial*, Tomo I, Reus, Madrid, 1948, págs. 175-176.

dad del Notario para autorizar el acto (cfr. art. 117, párr. 2.º y 3.º RN)¹³. Además, para que ello sea así, es preciso que concurran los siguientes requisitos: en primer lugar, que exista previo y especial requerimiento¹⁴; en segundo lugar, que se deje constancia del referido requerimiento en el propio instrumento; y, en tercer lugar, que el Notario remita a la Junta directiva del Colegio «*los documentos justificativos del previo requerimiento y del motivo de éste*» (cfr. art. 118 RN)¹⁵.

2.3. El denominado «régimen de zonas»

Una segunda salvedad de índole restrictiva en orden a la correlación existente entre distrito notarial y competencia territorial se produce en aquellos supuestos en los que al menos uno de los Notarios pertenecientes a un mismo distrito notarial solicita la división de éste en zonas de competencia (cfr. arts. 121-123 RN)¹⁶. En estos casos, al Notario que efectúa la referida solicitud se le asigna un área, conformada por términos municipales contiguos, de la que queda excluida toda actuación -por tanto, también la autorización del testamento mancomunado- por parte de los restantes fedatarios públicos del distrito (cfr. art. 123 RN).

No obstante, de la regla expuesta se exceptúan -con idénticos requisitos- los supuestos en los que procede la intervención notarial en el término municipal correspondiente al domicilio de otro Notario (cfr. arts. 117 y 118 RN). Es decir, dentro de su distrito -y pese a la división de éste en las denominadas zonas facultativas- cualquier Notario podrá llevar a cabo la autorización del testamento mancomunado, bien en caso de imposibilidad física de los otorgantes o del Notario al que le ha sido conferida la zona, bien en aquellos supuestos en los que este fedatario no pueda intervenir por razones de incompatibilidad (cfr. art. 117, párr. 2.º y 3.º RN).

3. Ampliación de la competencia territorial más allá del distrito

3.1. Planteamiento

Es cierto que, con carácter general, la competencia territorial del Notario se circunscribe al distrito notarial que tiene asignado (cfr. arts. 8.º LN y 116 RN). Sin embargo, como señala GONZÁLEZ PALOMINO, razones de oportunidad, subordinadas a la conveniencia del mejor servicio público, pueden incidir en una relajación de las normas fundamentales en esta materia¹⁷. De este modo, sucede que, mediando determinadas cir-

13 El artículo 117 del Reglamento notarial contempla asimismo, entre las excepciones reseñadas, los supuestos «*de verdadera importancia por vencimiento de plazo legal o contractual*»; sin embargo, a nuestro juicio, en materia testamentaria esta causa no sería susceptible de ser invocada. Un breve estudio del artículo 117 del Reglamento notarial puede verse en PRU BURÓN, C.M.ª, «El nuevo artículo 117 del Reglamento notarial», en *Bol. Gr.*, julio, 1982, págs. 1.054-1.058.

14 El requerimiento en cuestión no es necesario en aquellos supuestos de Notarías demarcadas servidas por Notarios sustitutos (cfr. art. 118, párr. 3.º, RN). En cualquier caso, como señala GONZÁLEZ PALOMINO, no se trata de una auténtica excepción ya que el lugar de residencia del Notario sustituto se corresponde con el de la Notaría de la que es titular y, en consecuencia, no concurre el presupuesto de actuar en el lugar de residencia de otro Notario (cfr. GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Instituciones de Derecho notarial*, Tomo I, cit., pág. 177).

15 En este sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su resolución de 30 de septiembre de 1891 (en *JC*, Tomo 70, núm. 48), consideró irrelevante, a los efectos de la validez del instrumento, que en el mismo no se explicita la causa por la que el Notario ha sido requerido, siendo suficiente con que se deje constancia de tal requerimiento.

16 La división en cuestión, que podrá ser solicitada por cualquiera de los Notarios adscritos al distrito (cfr. art. 121 RN), se llevará a cabo por las Juntas directivas previo informe de todos los Notarios interesados (cfr. art. 122 RN). Y en ningún caso va a implicar, con respecto a los demás Notarios, la parcelación del resto del distrito (cfr. art. 121 RN).

17 Cfr. GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Instituciones de Derecho notarial*, Tomo I, cit., págs. 180-181.

cunstancias, el Notario está facultado para actuar válidamente fuera de su distrito notarial (cfr. arts. 119-120 RN y arts. 6.º y 10 del Anexo IV del mismo Cuerpo reglamentario). En concreto, de lo dispuesto en la normativa notarial, ello acontece en los dos casos siguientes: 1.º) en aquellas hipótesis en las que la competencia del Notario fuera de su distrito se justifica por razones de urgencia; 2.º) en aquellos otros casos en los que la ampliación competencial consiste en una habilitación encaminada a garantizar la continuidad en la prestación de los servicios notariales.

3.2. Prolongación de la competencia territorial por razones de urgencia

De acuerdo con el artículo 119 del Reglamento notarial, el Notario está facultado, entre otras funciones, para autorizar el testamento del que se halle «gravemente enfermo» en términos municipales contiguos al suyo y pertenecientes a otro distrito notarial. Ahora bien, para que esta ampliación competencial tenga lugar constituye un requisito *sine qua non* que en el término municipal en el que se produzca la intervención no resida Notario o éste se halle oficialmente ausente¹⁸. Así las cosas, no habría que descartar, *a priori*, la hipótesis de un testamento mancomunado autorizado válidamente por un Notario ajeno, desde un punto de vista competencial, al distrito en el que interviene cuando los testadores estuviesen afectados por una enfermedad grave¹⁹.

3.3. Habilitaciones

Al margen del supuesto comentado de prolongación de competencia territorial por razones de urgencia, en el Reglamento notarial se contemplan otras dos hipótesis en las que la actuación del Notario puede exceder del marco estricto del distrito. Dejando al margen los casos de habilitación especial para asuntos electorales (cfr. arts. 6.º, párr. 1.º y 10, párr. 1.º, del Anexo IV del Reglamento notarial)²⁰ cabría referirse a aquellos otros supuestos en los que la prestación de la función notarial se ve interrumpida por muerte, jubilación, traslado, ausencia o cualquier otra causa similar -de carácter permanente o temporal- que no hubiese sido prevista en el «Cuadro de sustituciones» (cfr. art. 120 RN)²¹.

18 Sobre el régimen de ausencias, cfr. los artículos 43 y 44 del Reglamento notarial.

19 En estos casos, tratándose del testamento mancomunado, cabría preguntarse si la circunstancia que justifica la intervención del Notario fuera de su distrito -esto es, la grave enfermedad del otorgante- ha de concurrir forzosamente en ambos testadores o si, por el contrario, es suficiente con que lo haga en uno sólo de ellos. En relación con este interrogante, las legislaciones que regulan el otorgamiento del testamento mancomunado en inminente peligro de muerte se limitan a exigir que la circunstancia reseñada concorra en uno sólo de los otorgantes (cfr. art. 94.2 LSCM de Aragón y ley 199, párr. 3.º, CDCFN). Sin embargo, la Ley de Derecho civil de Galicia no contiene ninguna previsión al respecto.

20 Conforme al párrafo primero del artículo 6.º del Anexo IV del Reglamento notarial: «*Los Decanos, atendidas las circunstancias de hecho y conforme a las informaciones recibidas, procederán a habilitar de oficio, en cualquier momento del período electoral, al Notario o Notarios que se estime conveniente para asegurar la prestación de la función en materia electoral en distrito o distritos notariales distintos del suyo dentro del territorio del Colegio. Estas habilitaciones tienen carácter obligatorio para los Notarios, salvo excusa admitida*». A su vez, a tenor de lo establecido en el párrafo primero del artículo 10 del referido Anexo IV: «*Todos los Notarios con residencia demarcada dentro de una circunscripción electoral quedan habilitados, sin necesidad de investidura especial, para actuar en materia electoral en todo el territorio de aquélla durante el día de la votación*».

21 En concreto, el artículo 120 del Reglamento notarial dispone expresamente lo siguiente: «*Además de los casos de habilitación especial para asuntos electorales, cuando un distrito quede sin Notario en activo servicio por muerte, jubilación, traslado del titular, ausencia o cualquier otra causa que imposibilite permanente o temporalmente para el ejercicio del cargo y no estuviese previsto el caso en el Cuadro de sustituciones, el Decano del Colegio Notarial habilitará a otro de distrito colindante, procurando elegir el más inmediato, dando cuenta a la Dirección General, que podrá ratificar o modificar la habilitación a favor de otro, atendiendo siempre al servicio público*».

En las situaciones precitadas será el Decano del Colegio Notarial el encargado de designar a los fedatarios habilitados para intervenir -y por tanto, para autorizar el testamento conjunto- y para ello atenderá básicamente a dos factores: la inmediatidad o proximidad territorial, por un lado; el mejor desempeño del servicio público, por otro. Con todo, no resulta ocioso recordar aquí que, a tenor de la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, el criterio preferente para la habilitación de Notario de distrito colindante será el de la atención del servicio público, constituyendo la regla de la proximidad o inmediatez una simple recomendación²².

Una vez vistas las excepciones que en la identidad competencia territorial-distrito notarial se contienen en el Reglamento notarial ya se está en disposición de acometer el análisis de la controversia que, en orden a la validez del instrumento público -y por derivación, del testamento mancomunado- plantea la falta de competencia del Notario autorizante.

4. Consecuencias de la infracción del régimen de competencia

4.1. Planteamiento

En relación con los efectos que se siguen de la vulneración del régimen de competencia territorial expuesto, se considera necesario efectuar un tratamiento diferenciado en función del ámbito espacial en el que se produce el ejercicio de la función notarial; es decir: habría que distinguir, previamente, si la actuación del Notario tiene lugar fuera de su distrito o, por el contrario, dentro de él. Ello por cuanto que, a nuestro juicio, las consecuencias que para el instrumento público en cuestión -el testamento mancomunado- se van a derivar en uno y otro supuesto son radicalmente opuestas.

4.2. Actuación notarial fuera del distrito

Excepción hecha de las hipótesis de prolongación y de habilitación (cfr. arts. 119 y 120 RN y arts. 6.º y 10 del Anexo IV del RN), el Notario carece de competencia para autorizar un instrumento público fuera de los límites territoriales del distrito al que está adscrito (arg. *ex art. 8.º LN a contrario*). En otros términos, más allá de su distrito, el Notario no es «hábil» para autorizar ningún instrumento público, incluido el testamento mancomunado.

Por tanto, dado que para la validez del referido testamento se exige que el fedatario público que lo autorice sea competente -«hábil», en los términos del artículo 694 del Código civil- a nuestro juicio, la intervención del Notario fuera del distrito que tiene asignado conllevaría la nulidad del instrumento -esto es, del testamento conjunto- por no haberse observado en el otorgamiento una formalidad esencial (cfr. art. 687 Cc)²³.

22 Cfr. la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de noviembre de 1989, en *Código Notarial*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 189.

23 Con carácter general, sin referirse de modo específico al testamento mancomunado, también se han inclinado por la nulidad del instrumento público en estos casos: GIMÉNEZ-ARNAU, E., *Derecho notarial español*, Vol. III, Universidad de Navarra, Pamplona, 1965, pág. 199 y GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 694 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 1.º-B, cit., 1987, pág. 15. En contra, GONZÁLEZ PALOMINO, J. (*Instituciones de Derecho notarial*, Tomo I, cit., pág. 182) quien, a pesar de reconocer que el criterio expuesto no sólo es conforme con una interpretación literal del Reglamento sino que, además, es el que prevalece en la práctica, se muestra partidario de aplicar las sanciones disciplinarias previstas para los supuestos de «invasión» dentro del distrito notarial.

4.3. Actuación «invasora» dentro del propio distrito

Mayor dificultad presenta, en cambio, el análisis de los efectos que para el testamento mancomunado se siguen de la intervención del Notario en el término de residencia o en una zona reservada a otro fedatario del mismo distrito. Ello se debe a que el supuesto objeto de estudio, contemplado únicamente en el Reglamento notarial, parece suponer una modificación de carácter restrictivo a la regla general de atribución de competencia establecida en la Ley del Notariado.

En efecto, de acuerdo con el artículo 8.º de la referida Ley, los fedatarios públicos podrán ejercer su ministerio en todo el territorio que integra el distrito notarial sin que, al respecto, se establezca límite alguno de índole territorial. Sin embargo, el Reglamento notarial parece matizar la regla de competencia expuesta al restringir esas posibilidades de actuación, tanto en los términos municipales de residencia de otros Notarios, como en las denominadas «zonas notariales» (cfr. arts. 117-118 y 121-123 RN).

Así las cosas, cabría preguntarse si la actuación del Notario en esas zonas de actuación restringida conforme a la normativa reglamentaria supone una auténtica extralimitación competencial. Dicho de otra manera, habría que dilucidar si en las zonas referenciadas, a pesar de lo dispuesto en el artículo 8.º de la Ley del Notariado, el Notario carece de competencia. La respuesta al interrogante planteado ha de ser, a nuestro juicio, negativa. Ello por las siguientes razones:

En primer lugar, porque considerar que el Notario no es competente en la totalidad del territorio que integra el distrito notarial que tiene asignado supondría negar la primacía material que la Ley ostenta frente al Reglamento. En otros términos, implicaría otorgar prevalencia a la regulación contenida en una norma de rango inferior y, en última instancia, equivaldría a asumir, implícitamente, la vulneración del principio de jerarquía normativa, sancionado con rango constitucional en el artículo 9.º³ de la Constitución española de 1978.

En segundo lugar, porque así resulta también de la propia naturaleza de las normas objeto de debate. En nuestra opinión, las normas reglamentarias que restringen el ámbito espacial de la intervención del Notario en su propio distrito (cfr. arts. 117-118 y 121-123 RN) no serían normas de competencia en sentido estricto sino «normas de reparto de negocios»²⁴. En efecto, a través de estas disposiciones no se trataría de determinar qué concreto Notario resulta competente para intervenir en un espacio geográfico determinado de suerte tal que, en ese marco, quedase excluida la actuación de los demás fedatarios públicos. Antes bien, las normas en cuestión responderían, simplemente, a un intento de repartir el trabajo, de manera racional, entre órganos con idéntico ámbito competencial.

Y, en última instancia, porque el principio del *favor testamenti*, en cuanto principio que debe presidir la labor exegética, llevaría a descartar la aplicación de la más rígida de las disposiciones en concurso; esto es, la norma reglamentaria que limita, en el término municipal de residencia y en las zonas notariales, la competencia territorial del Notario.

24 Sobre la distinción entre «normas de competencia» y «normas de reparto», que ha sido trazada con meridiana claridad en la doctrina procesalista, pueden confrontarse, entre otros, GÓMEZ COLOMER, J.L., «La competencia», en MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1993, págs. 388-390 y DE LA OLIVA SANTOS, A., «Competencia, reparto, cambio de tribunal y derecho al juez predeterminado por la Ley (En torno a un caso de controvertida aplicación del art. 15 L.J.C.A.)», en AA.VV., *Estudios de Derecho procesal en honor de Víctor Fairén Guillén*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 124.

De este modo, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, sería posible concluir que el Notario, aun actuando en una zona reservada a otro fedatario concreto, es competente dentro de su distrito (arg. *ex art.* 8.º LN); y, por tanto, el resultado de su actuación debe reputarse válido²⁵. Ahora bien, cuestión distinta es que su intervención no haya sido correcta desde el punto de vista de las normas internas que rigen el ejercicio de la función notarial; de ahí que, en los supuestos comentados, al Notario que inter venga en áreas reservadas a otros fedatarios de su mismo distrito se le pueda imponer - además de una corrección disciplinaria (cfr. arts. 348 y 349 en relación con el art. 352 RN)- una sanción pecuniaria consistente en la pérdida total de los honorarios percibidos o del doble de los mismos en caso de reincidencia (cfr. art. 125 RN)²⁶.

III. FUNCIONES DEL NOTARIO

1. Ideas previas

Desde una perspectiva estrictamente notarial, el otorgamiento del testamento mancomunado gallego no difiere, en esencia, del de cualquier otro testamento abierto. Sin embargo, esta circunstancia no significa que las funciones a desarrollar por el fedatario público, en uno y otro caso, sean idénticas. A nuestro juicio, en el ámbito objeto de estudio, el otorgamiento del testamento mancomunado vendría singularizado, básicamente, por las dos notas siguientes:

En primer lugar, como consecuencia directa de la pluralidad de sujetos otorgantes, cabría destacar la duplicidad de determinadas actividades. En efecto, en el otorgamiento del testamento conjunto, el Notario tiene que proceder a la identificación de dos testadores, debiendo pronunciarse, además, sobre la capacidad legal de cada uno de ellos para realizar el acto jurídico pretendido (cfr. art. 685 Cc).

Y, en segundo lugar, habría que significar la ampliación en el contenido del susodicho «juicio de capacidad». Ciertamente, en el caso del testamento mancomunado gallego, cabe ya adelantar que el referido enjuiciamiento notarial no sólo se reduce a la verificación de la edad y del «cabal juicio» de los testadores (cfr. art. 685 Cc en relación con los arts. 662 y 663 Cc), sino que comprende, asimismo, la comprobación de la vecindad civil de los propios otorgantes y de la existencia entre éstos de un vínculo matrimonial (arg. *ex art.* 137 LDCG).

Efectuadas estas consideraciones de carácter general, se está en disposición de analizar las diversas funciones a desempeñar por el Notario en el proceso de otorgamiento del testamento mancomunado gallego y posterior apertura de la sucesión.

2. La identificación de los testadores

Entre los cometidos específicos del Notario en el otorgamiento del testamento abierto, y por tanto, también del testamento mancomunado gallego (cfr. art. 3.º1 LDCG), el Código civil contempla el atinente al conocimiento de la identidad de los

25 Ésta parece ser también la opinión, entre otros, de GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Instituciones de Derecho notarial*, Tomo I, cit., pág. 176 y BLANQUER UBEROS, R., «Comentario al artículo 694 del Código civil» en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., pág. 1.753.

26 En este sentido, nos parece plenamente oportuna la observación formulada por GONZÁLEZ PALOMINO en relación con el tenor del artículo 125 del Reglamento notarial al considerar que hubiese sido más eficaz que el precepto dijese «honorarios percibidos o dejados de percibir» en vez de referirse sólo a los primeros (cfr. GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Instituciones de Derecho notarial*, Tomo I, cit., págs. 178-179).

otorgantes. En efecto, de acuerdo con el párrafo primero del artículo 685 del referido Cuerpo normativo: «*El Notario deberá conocer al testador y si no lo conociese se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas*»²⁷. La finalidad que se persigue con esta medida parece evidente: se trata de evitar suplantaciones en la personalidad de los testadores y, con ello, de modo mediato, asegurar la autenticidad del instrumento público en el que la voluntad testamentaria queda plasmada²⁸.

Así las cosas, a la vista del precepto transcrito, el Notario dispone de hasta tres medios diferentes para poder identificar a los testadores del testamento conjunto: el conocimiento directo y personal del propio fedatario, la intervención de testigos de conocimiento y la utilización de documentos oficiales²⁹. Ahora bien, el recurso a estos sistemas de identificación no reviste un carácter totalmente alternativo. De la propia literalidad del artículo 685 del Código civil («*si no lo conociese*») cabe ya deducir que la identificación a través del conocimiento directo y personal del Notario, comúnmente denominado «fe de conocimiento», se constituye en el medio de identificación prioritario³⁰. En este sentido, para comprender el alcance exacto de este sistema identificativo, conviene tener presente los dos extremos siguientes:

27 A pesar de lo categórico de los términos empleados en la redacción del artículo 685 del Código civil («*El Notario deberá conocer*»), lo cierto es que sobre el Notario no pesa un auténtico deber de conocer al testador, sino simplemente de identificarlo. Tal es la opinión de ALBALADEJO, M., («Algunos extremos de la regulación de los testamentos modificados por la reciente Ley de 20 de diciembre de 1991», en AC, núm. 24, 1992, pág. 348, nota 2) para quien, en su sentido literal, el referido artículo 685 es inexacto «porque no es que el «Notario deberá conocer al testador», sino que si lo conoce, ya basta para identificarlo, pero deber de conocerlo no tiene, sino que no conociéndolo, lo que es perfectamente posible y legal, habrá de recurrir a los otros procedimientos de identificación que recoge la ley».

28 Así lo ha venido entendiendo la generalidad de doctrina científica, pudiendo confrontarse, entre otros autores, MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 685 y 686 del Código civil», en QUINTUS MUCIUS SCÆVOLA, *Código civil*, Tomo XII, 2.ª ed., Reus, Madrid, 1950, págs. 341-342; MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a, «Comentario al artículo 685 del Código civil», en *Comentarios al Código civil español*, Tomo V, 2.ª ed., Reus, Madrid, 1950, pág. 489; VENTOSO ESCRIBANO, A., «La fe de conocimiento, antecedentes y estado actual de la cuestión en Derecho español», en RDN, núm. 96, abril-junio, 1977, pág. 372; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo V, Vol. 2.º, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1977, pág. 65; LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Comentario a los artículos 685 y 686 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 1.º-A, cit., 1990, pág. 350; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto otorgado ante Notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991*, Dykinson, Madrid, 1993, pág. 26; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., «Comentario al artículo 685 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 1.025; MARTOS CALABRÚS, M.^aA., *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, Comares, Granada, 2000, pág. 136.

29 A estas formas de establecer la identidad de los otorgantes también alude la legislación notarial. En concreto, el artículo 23 de la Ley del Notariado señala: «*Los Notarios darán fe (...) de que conocen a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las Leyes y Reglamentos*», contemplando entre dichos medios (junto con la identificación de una de las partes por la otra -siempre que de esta última hubiese dado fe de conocimiento el Notario- y el cotejo de firmas con la de un instrumento público anterior en el que se hubiese dado por el Notario fe de conocimiento del firmante) tanto los testigos de conocimiento como los documentos expedidos por autoridades públicas con el objeto de identificar a las personas. A su vez, el artículo 187 del Reglamento notarial dispone: «*La identidad de las personas podrá constar al Notario directamente o acreditarse por cualquiera de los medios supletorios previstos en el artículo 23 de la Ley*».

30 La expresión «fe de conocimiento», de honda tradición notarial, carece de un significado unívoco. En un sentido amplio, por tal locución se entiende la identificación de los otorgantes con independencia del medio empleado en ello; en un sentido estricto, en cambio, la «fe de conocimiento» hace referencia a la identificación de los otorgantes únicamente a través del conocimiento directo y personal de Notario. Por ello, a fin de evitar equívocos, se ha estimado pertinente, de acuerdo con ÁVILA ÁLVAREZ, P. («Posibles reformas en la reglamentación del instrumento público», en RDN, núm. 75, enero-marzo, 1972, págs. 25-26), reservar la expresión en cuestión para la identificación inmediata por el Notario y emplear el término «identificación» para aludir al significado amplio.

En primer lugar, la denominada «fe de conocimiento» abarca sólo la identidad del otorgante. De este modo, quedan excluidas de aquélla circunstancias tales como la edad, el estado, la profesión o la vecindad civil (cfr. art. 187, párr. 3.º, RN).

En segundo lugar, el conocimiento objetivo de la identidad de los testadores por parte del Notario no puede ser entendido en términos absolutos; de hecho, la certeza última acerca de la identidad de una persona implicaría un seguimiento constante de la misma por parte del Notario, lo cual, en la práctica, resulta materialmente imposible³¹. Por ello, a los efectos de la referida identificación, la doctrina considera suficiente que el fedatario público llegue al convencimiento -con independencia del momento exacto en que lo haga³²- de que los sujetos que ante él comparecen son tenidos en el tráfico jurídico por quienes dicen ser³³.

Sin embargo, puede suceder que el Notario, por sí mismo, no adquiriera la convicción necesaria acerca de la identidad de los otorgantes del testamento mancomunado. En estos casos, conforme a lo dispuesto en el mismo artículo 685 del Código civil, el fedatario público ha de proceder a la identificación de los testadores recurriendo, bien a los testigos de conocimiento, bien a documentos oficiales. La utilización de uno u otro sistema depende única y exclusivamente de la voluntad del Notario, de suerte tal que, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad a la reforma de 1991 en materia de testamentos, la identificación testifical no va a prevalecer, en modo alguno, sobre la documental³⁴.

31 En este sentido resultan ciertamente expresivas las palabras -no exentas de ironía- de NUÑEZ LAGOS, R. («Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial», en *AAMN*, Tomo I, 1944, pág. 470) cuando afirma que «para que el Notario tuviera la evidencia, *de visu, et auditu suis sensibus*, de que el compareciente era la personalidad física y jurídica que se afirmaba, haría falta que como tal notario presenciara el hecho del parto y la identidad permanente del nacido desde el alumbramiento hasta la comparecencia». En la misma línea se manifiesta, entre otros, DÍEZ PASTOR, J.L., «Fe de conocimiento», en AA.VV., *Ponencias presentadas a los Congresos internacionales del Notariado Latino*, Tomo I, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1975, pág. 326.

32 Cfr. LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Comentario a los artículos 685 y 686 del Código civil», cit., págs. 351-352 y RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., «Comentario al artículo 685 del Código civil», cit., pág. 1.028. Este criterio es asimismo mantenido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de mayo de 1914 (en *JC*, Tomo 130, abril-junio, núm. 80, Cdo. 4.º) en la que señala: «nuestro Código civil nada dice ni distingue sobre si el conocimiento por el fedatario ha de ser adquirido anticipadamente, ó en el momento mismo de otorgarse el testamento». En todo caso, el conocimiento de los testadores por el Notario debe haberse adquirido con anterioridad a la firma o autorización del instrumento pues, como señala VENTOSO ESCRIBANO («La fe de conocimiento...», cit., pág. 369), «en éste se ha manifestado por el Notario que conocía a los comparecientes y además se ha dado juicio de capacidad que sin basarse en la identificación de los interesados parece un tanto desprovisto de base». En el mismo sentido se manifiesta DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Notario latino y su función», en *RDN*, núm. 76, abril-junio, 1972, pág. 233, nota 159.

33 Cfr., entre otros, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «El Notario latino y su función», cit., págs. 232-233; DÍEZ PASTOR, J.L., «Fe de conocimiento», cit., págs. 325 y ss.; VENTOSO ESCRIBANO, A., «La fe de conocimiento...», cit., págs. 362-369; LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Comentario a los artículos 685 y 686 del Código civil», cit., pág. 351; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 28; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., «Comentario al artículo 685 del Código civil», cit., pág. 1.028. En todo caso, como ha señalado el Tribunal Supremo, la «fe de conocimiento» no cabe concebirse en términos tan lasos como para entender que una mera identificación previa -a través del carnet de identidad- puede constituir un medio suficiente para que el Notario adquiriera el conocimiento directo en que dicha «fe de conocimiento» consiste. En efecto, como ha tenido ocasión de puntualizar el Alto Tribunal, «conocer no significa [...] que el notario haya visto una vez a una persona y le haya solicitado su carné de identidad, sino que por su habitualidad en el trato (v.g. cliente de la notaría) u otras razones, notoriedad de la persona, no puede ofrecer a éste dudas, según el común de la experiencia, de la identidad de ésta» (STS de 2 de diciembre de 1998, *RJA* 9156, FJ 2.º).

34 En efecto, con anterioridad a la Ley 11/1990, de 20 de diciembre, entre los medios de identificación que en la actualidad revisten el carácter de supletorios con respecto a la denominada «fe de conocimiento» existía una cierta jerarquía, ya que la identificación por medio de los documentos oficiales sólo tenía lugar en defecto de los demás sistemas identificativos. Además, la naturaleza residual de la identificación documental también se ponía de manifiesto en el supuesto de que se suscitase un pleito al respecto, pues en tales casos se producía la inversión de la carga de la prueba y, por tanto, la demostración de la autenticidad de la identidad correspondía a quien mantenía la validez del testamento.

La identificación a través de los denominados testigos de conocimiento consiste en la acreditación de la identidad de los testadores por medio de dos personas que los conozcan³⁵ y que sean, a su vez, conocidos del Notario³⁶. En este sentido, al objeto de evitar reiteraciones innecesarias, se consideran reproducibles aquí las observaciones realizadas a propósito del alcance de la «fe de conocimiento». En consecuencia, sería posible colegir: en primer lugar, que el conocimiento de los testigos por el Notario, así como el conocimiento de los testadores por los primeros, tiene que versar exclusivamente sobre la identidad de unos y de otros; en segundo lugar, que dicho conocimiento no debe ser entendido en términos categóricos³⁷.

Por lo que se refiere a la identificación documental, el Código civil no contiene una enumeración de los documentos a los que el Notario puede recurrir a fin de identificar a los testadores. El reseñado artículo 685 se limita a señalar, por un lado, que los documentos en cuestión han de ser expedidos por una autoridad pública; y, por otro, que han de tener como finalidad la de identificar a las personas. Sin embargo, a nuestro juicio, no son éstas las únicas notas características que han de reunir los referidos documentos. En efecto, en nuestra opinión, es preciso, además, que los documentos identificativos contengan el retrato y la firma -o, en defecto de ésta, la huella digital- del otorgante (cfr. art. 23, párr. 2.º, letra c, LN y art. 187, párr. 2.º, RN). Estos últimos requisitos no son exigidos directamente por el Código civil, pero sí están previstos, en cambio, en la legislación notarial, que sería aplicable al caso concreto por su carácter supletorio (cfr. art. 143, párr. 2.º *in fine*, RN)³⁸. Así pues, con los antecedentes expuestos, no habría dificultad alguna, en nuestra opinión, para admitir como documentos identificativos a los efectos del artículo 685 del Código civil el documento nacional de identidad, el pasaporte y el permiso de residencia³⁹.

Finalmente, en lo concerniente a la identificación de los otorgantes del testamento notarial y, por tanto, también del mancomunado, el Código civil contempla un sistema subsidiario o de cierre. Ciertamente, en caso de que el Notario no haya podido identificar a los testadores con arreglo a alguno de los sistemas examinados deberá hacer constar esta circunstancia, «*reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo*» (cfr. art. 686 Cc). En cualquier caso, no debe obviarse que, en estos supuestos, no se ha producido una identificación autén-

35 En relación con esta materia, el Tribunal Supremo, en un primer momento, consideró que los testigos de conocimiento debían ser conocidos «del testador, de los instrumentales y del Notario» (STS de 27 de mayo de 1914, *JC*, Tomo 130, núm. 80, Cdo. 1.º). Sin embargo, en resoluciones posteriores, el propio Tribunal modifica su posición inicial y declara que el conocimiento en cuestión no tiene que ser recíproco; dicho en otros términos, que no es preciso que los testigos sean conocidos, a su vez, por los propios testadores. Cfr., entre otras, las SSTs de 20 de junio de 1923 (en *JC*, Tomo 159, núm. 103, Cdo. 2.º) y de 15 de abril de 1980 (en *RJA* 1418).

36 Precisamente al hilo de esta circunstancia, RIVAS MARTÍNEZ, J.J., (*El testamento abierto...*, cit., pág. 33) considera ilógico exigir que los testigos sean conocidos del Notario. Su razonamiento, basado en el aforismo de que «quien puede lo más, puede lo menos», se concreta en los siguientes términos: «si hoy el Notario puede identificar al testador (que es lo más) mediante documentos oficiales, no se entiende bien por qué no puede identificar del mismo modo a los testigos de conocimiento (que es lo menos)».

37 De la misma opinión son DÍEZ PASTOR, J.L., «Fe de conocimiento», cit., pág. 329 y VENTOSO ESCRIBANO, A., «La fe de conocimiento...», cit., págs. 382-383.

38 En idénticos términos se pronuncian, entre otros, DÍEZ GÓMEZ, A., «La supresión de los testigos en los testamentos», en *RJN*, núm. 2, abril-junio, 1992, pág. 53, nota 7; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 31; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., «Comentario al artículo 685 del Código civil», cit., pág. 1.025.

39 Mayores dudas suscita, en cambio, la admisión del carnet de conducir, pues si bien se trata de un documento expedido por una autoridad pública con una finalidad esencialmente identificativa, no reúne las garantías suficientes para asegurar la verdadera identidad de su titular. Una exposición de los argumentos que se pueden esgrimir a favor y en contra de la consideración del referido documento como un medio idóneo de identificación puede verse en RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 32.

tica y que, por tanto, no existe una presunción de veracidad acerca de la identidad de los otorgantes. En consecuencia, si el testamento se impugna por ese motivo, se origina una inversión de la carga de la prueba correspondiendo la misma a quien defienda la validez del testamento (cfr. art. 686 Cc, párr. 2.º).

Hasta aquí se han expuesto, de modo sucinto, los distintos sistemas de los que el Notario dispone para identificar a los testadores del testamento conjunto. Este «deber» de identificación que incumbe al Notario ha de completarse con la obligación de plasmar este extremo en el documento testamentario (cfr. art. 696 Cc). Sin embargo, atendiendo a razones sistemáticas, este aspecto concreto será objeto de estudio en el marco de la cuestión relativa a la redacción del instrumento público.

3. El juicio sobre la capacidad de los testadores

La dinámica propia del otorgamiento del testamento notarial conduce a que, con carácter previo al mismo, el Notario, además de identificar a los testadores, tenga que pronunciarse sobre su capacidad para testar mancomunadamente. Dicha obligación, impuesta tanto en la legislación civil (cfr. art. 685 Cc) como en la notarial (arg. *ex* art. 145, párrafo 2.º, *ab initio*, RN) encierra, al igual que el deber de identificación, un doble aspecto⁴⁰: uno de carácter sustantivo, consistente en el juicio en sí mismo considerado y al que nos referiremos a continuación; otro de índole instrumental (cfr. art. 696 Cc y arts. 156.8º y 167 RN) sobre el que se hará hincapié al tratar el tema de la redacción del testamento.

Con estos antecedentes, desde la vertiente estrictamente sustantiva, la cuestión estriba básicamente en concretar el contenido del «juicio de capacidad». Dicho en otros términos, se trata de delimitar los aspectos que integran la «capacidad legal necesaria para testar» a la que se refiere el artículo 685 del Código civil. En este sentido, de manera pacífica, la doctrina ha venido considerando que la locución empleada en el precitado artículo 685 -«capacidad legal necesaria para testar»- no equivale sino a la testamentifacción activa⁴¹. Siendo ello así, en buena lógica, habría que concluir que el juicio de capacidad a efectuar por el Notario, con antelación al otorgamiento del testamento mancomunado, deberá versar no sólo sobre la edad y la aptitud mental de los testadores (cfr. art. 663 Cc) sino, además, sobre la vecindad civil y la existencia entre los propios otorgantes de un vínculo matrimonial (cfr. art. 137 LDCG).

Así las cosas, la verificación de estas circunstancias, dada su heterogeneidad, no supone para el fedatario público el mismo grado o nivel de exigencia. Quiere indicarse con ello que, a pesar de los términos categóricos en los que está redactado el artículo 685 del Código civil («deberá asegurarse»), el Notario no puede acreditar del mismo modo la totalidad de los extremos que integran el «juicio de capacidad»⁴². En este sen-

40 Así lo han entendido también RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., «Comentario al artículo 685 del Código civil», cit., pág. 1.038 y ROVIRA PEREA, J.M., «Forma, capacidad y unidad de acto en los testamentos», en *La Ley*, 1992-2, págs. 998-1.000. Asimismo, la doble dimensión del juicio de capacidad aparece claramente establecida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: cfr., entre otras, la sentencia de 21 de junio de 1986 (*RJA* 3788).

41 Cfr., entre otros, MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 685 y 686 del Código civil», cit., pág. 351; LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Comentario a los artículos 685 y 686 del Código civil», cit., pág. 361; TORRES GARCÍA, T., «Comentario al artículo 685 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., pág. 1.727; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., «Comentario al artículo 685 del Código civil», cit., págs. 1.040-1.041.

42 Un breve estudio sobre las distintas clases de juicios notariales puede verse en BALLARÍN MARCIAL, A. «Naturaleza y clases de “juicios” del Notario», en *AAMN*, Tomo XXXV, págs. 527-543.

tido, bien pudiera decirse que el juicio de capacidad en cuestión posee, por razón de su objeto, una naturaleza mixta: en lo atinente a la edad y a la existencia del matrimonio se trataría de un juicio de mera constatación; en lo concerniente a la vecindad civil y al «cabal juicio» sería, en cambio, un juicio de valoración⁴³.

En efecto, la confirmación de la edad y de la existencia del matrimonio entre los otorgantes apenas le plantean al Notario incertidumbre alguna. A los fines de acreditar la edad, el fedatario público podrá solicitar a los testadores la exhibición, bien de los documentos de identificación oficiales, bien del pertinente certificado de la partida de nacimiento. En lo que se refiere a la existencia del matrimonio, será suficiente con la presentación por parte de los otorgantes del Libro de Familia, pues en éste consta, con valor de certificación, la realidad de la mencionada unión matrimonial (cfr. art. 75 LRC).

Mayores problemas plantea, en cambio, la apreciación de la vecindad civil. Ello se debe a que, como ha puesto de relieve tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros y del Notariado en reiteradas ocasiones, la vecindad civil «puede operar al margen de toda constancia documental, e incluso sin la actividad voluntaria del adquirente»⁴⁴. De hecho basta con la residencia continuada durante diez años sin declaración expresa en contrario para que de forma automática se adquiera la vecindad civil correspondiente al lugar de residencia (art. 14.5.2.º Cc). Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 160 del Reglamento notarial, para acreditar la vecindad civil el fedatario público deberá tomar como referencia, tanto las declaraciones de los otorgantes, como aquello que se desprenda de sus documentos de identidad. En concreto, el referido precepto establece lo siguiente: «*Las circunstancias de profesión y vecindad se expresarán por lo que conste al Notario o resulte de las declaraciones de los otorgantes y de sus documentos de identidad*».

Finalmente, el Notario debe también asegurarse de que los testadores se hallan en su «cabal juicio», es decir que reúnen la aptitud necesaria para entender y querer lo que el acto de testar mancomunadamente supone⁴⁵. En relación con este cometido, hay que tener en cuenta que la materia referente al estado mental del testador -según se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo- es de naturaleza fáctica y su apreciación corresponde, en todo caso, a la Sala de instancia⁴⁶. Ahora bien, no debe obviarse que el juicio del Notario acerca de la capacidad del testador adquiere una extraor-

43 En el mismo sentido, aunque refiriéndose al testamento unipersonal se manifiesta BADOSA COLL, F., «Comentario al artículo 696 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil*, cit., pág. 1.096.

44 STS de 20 de febrero de 1995 (RJA 2771). En esta misma idea insisten, entre otras, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de junio de 1964 (RJA 3844), de 3 de julio de 1967 (RJA 4361) y de 17 de febrero de 1969 (RJA 4153).

45 La fórmula «cabal juicio» -empleada en el artículo 663 del Código civil- no constituye, dada su amplitud, un modelo de precisión. En cualquier caso, la doctrina científica, de modo unánime, viene subrayando la existencia, dentro del término «cabal juicio», de dos elementos que, aunque perfectamente diferenciados, son inseparables: el primero de ellos, de carácter intelectual, se circunscribe a la capacidad de conocer el significado y el alcance del acto de testar; el segundo, de naturaleza volitiva, se concreta en la capacidad de querer verdaderamente las disposiciones testamentarias que se otorgan. Cfr., entre otros, SANCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, 2.ª ed., Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910, pág. 215; BELTRÁN DE HEREDIA, P., «Incapacidad de testar del que "habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio"», en RDP, Tomo L, 1966, pág. 249; VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1984, pág. 30; CASTÁN, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo VI, Vol. 1.º, 9.ª ed., Reus, Madrid, 1989, pág. 478; ALBALADEJO, M., «Comentario a los artículos 662-666 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 1.º-A, cit., 1990, págs. 77-79; TORRES GARCÍA, T., «Comentario al artículo 663 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., pág. 1.671.

46 Cfr., entre otras, las SSTS de 12 de mayo de 1998 (RJA 3570), de 27 de noviembre de 1995 (RJA 5603) y las citadas en esta última resolución.

dinaria relevancia; hasta tal punto ello es así, que dicho juicio constituye una presunción de certidumbre sólo susceptible de ser desvirtuada por una evidente prueba en contrario⁴⁷.

Al hilo de la función notarial comentada, si bien sea sucintamente, cabría referirse a las formalidades específicas que el fedatario público debe observar en aquellos supuestos en los que uno de los otorgantes del testamento conjunto -o ambos- estuviese incapacitado. En este sentido, el artículo 665 del Código civil prescribe lo siguiente: «Siempre que el incapacitado en virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad». Así pues, dejando al margen la circunstancia de que la sentencia de incapacitación no establezca nada sobre la testamentifacción⁴⁸, la norma transcrita supedita el otorgamiento del testamento hecho por una persona incapacitada al cumplimiento de las exigencias siguientes: a) en primer lugar, se requiere que el testamento sea otorgado en presencia de Notario⁴⁹; b) en segundo lugar, es preciso también que el fedatario público designe a sendos facultativos para que informen sobre la aptitud del testador⁵⁰; c) y, en tercer lugar, la autorización notarial del testamento tendrá lugar sólo si los dictámenes médicos son favorables (cfr. art. 665 Cc *in fine*).

El artículo 665 del Código civil no contiene, en cambio, ninguna referencia a aquellos otorgantes que, siendo incapaces de hecho, no están judicialmente incapacitados. Esta exclusión de los perturbados *de facto* del supuesto de hecho del citado artículo

47 Cfr., entre otras, las SSTs de 10 de abril de 1987 (RJA 2549), de 21 de junio de 1990 (RJA 9031), de 24 de julio de 1995 (RJA 5603), de 27 de noviembre de 1995 (RJA 8717), de 12 de mayo de 1998 (RJA 3570) y de 19 de septiembre de 1998 (RJA 6399)

48 El pronunciamiento en la sentencia de incapacitación sobre la aptitud para otorgar testamento podría presentar dos contenidos diferentes: a) la declaración de capacidad del sujeto incapacitado para el otorgamiento de testamento; b) la declaración de incapacidad total del sujeto en cuestión. En el primer caso, apenas se plantearían problemas dignos de mención, ya que el testador -incapacitado- podría otorgar testamento sin necesidad de acudir a los cauces del artículo 665 del Código civil (cfr., entre otros, ALBALADEJO, M., «Los cambios introducidos en el artículo 665 por la Ley de modificación del Código civil en materia de testamentos», en RDP, 1992 -septiembre-, pág. 719; ROCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 665 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil*, cit., pág. 950; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 46). Mayores dificultades plantea, en cambio, la denegación de la testamentifacción activa en la sentencia de incapacitación. En este sentido, la doctrina se sitúa en torno a dos posiciones diferentes: algunos autores, con base en una interpretación literal de la ley, consideran que en los supuestos descritos el incapacitado judicialmente no puede otorgar testamento (cfr., entre otros autores, RÓCA TRÍAS, E., «Comentario al artículo 665 del Código civil», cit., pág. 950 y RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 44); por el contrario, otros autores estiman que, a pesar del pronunciamiento negativo contenido en la sentencia de incapacitación, el incapacitado gozaría de la posibilidad de testar conforme al artículo 665 del Código civil (cfr., entre otros, LUNA SERRANO A., «Las disposiciones a causa de muerte», en LACRUZ, J.L., *Elementos de Derecho civil*, Tomo V, 5.ª ed., Bosch, Barcelona, 1993, pág. 176 y ALBALADEJO, M., «Los cambios introducidos en el artículo 665...», cit., págs. 719-720).

49 En principio, dado los términos del artículo 665 del Código civil, no habría ningún obstáculo para que el incapacitado testase ante Notario tanto en la forma abierta como en la cerrada. Sin embargo, a nuestro juicio, esta última posibilidad debe ser descartada ya que, en el caso del testamento cerrado, la redacción de las disposiciones testamentarias tiene lugar en un momento anterior a aquél en el que se procede a la constatación de la capacidad del testador (cfr. art. 666 Cc). En esta línea se han pronunciado, entre otros autores, OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 51; BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., «Incapacidad de testar...», cit., págs. 255-256; ALBALADEJO, M., «Comentarios a los artículos 662-666 del Código civil», cit., págs. 89-90. En sentido contrario, cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, cit., págs. 218-219. En cualquier caso, conviene tener presente que la hipótesis comentada no es susceptible de plantearse en relación con el testamento mancomunado gallego, toda vez que éste -según se ha indicado- ha de revestir la forma abierta notarial.

50 Aunque el artículo 665 del Código civil nada dice al respecto, sería aconsejable que los facultativos fuesen especialistas en psiquiatría o en otras materias afines. Para esta opinión *vid.*, entre otros, BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., «Incapacidad de testar...», cit., págs. 255-256.

lo, no sólo resulta paradójica si se atiende a una de las finalidades del mismo -garantizar la capacidad de los otorgantes- sino que además conduce a resultados absurdos⁵¹. Así cabría calificar la hipótesis de que al incapacitado judicialmente sólo se le permita testar acudiendo a la forma notarial, mientras que el incapaz de hecho, en teoría, puede hacer uso de cualquier forma testamentaria, incluida la ológrafa⁵². De cualquier manera, los problemas que pudiera plantear el testamento mancomunado gallego que tuviera por testador a un incapaz de hecho quedan relativizados en la práctica. La razón principal estriba en que el referido testamento ha de revestir la forma abierta notarial y en consecuencia ha de ser otorgado en presencia de quien, conforme a la ley, está obligado a «asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar» (cfr. art. 685 Cc). Asimismo, como garantía adicional en estos casos en los que, cuando menos, uno de los otorgantes del testamento conjunto es incapaz de hecho, cabría señalar la intervención de testigos impuesta por el artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia.

4. El requerimiento de testigos

Como regla general, la Ley de Derecho civil de Galicia excluye del otorgamiento de los testamentos notariales abiertos, y en consecuencia del testamento mancomunado, el requisito relativo a la intervención de testigos (cfr. art. 136 LDCG). Sin embargo, se exceptúan una serie de casos en los que dicha participación es necesaria, bien porque concurre alguna circunstancia especial en la persona del testador⁵³, bien porque así lo solicita este último o el Notario⁵⁴.

En este orden de ideas, la Ley de Derecho civil de Galicia no contiene ningún dato concreto acerca de los rasgos definitorios del requerimiento de testigos -por el expreso deseo del Notario- en el acto de otorgamiento del testamento abierto notarial (cfr. art. 136, letra a, LDCG)⁵⁵. Pese a ello, es opinión común en la doctrina que la soli-

51 Con anterioridad a la reforma del Código civil de 1991 en materia de testamentos, y en la medida en que el tenor del artículo 665 se refería expresamente al «demente», la doctrina se preguntaba por el alcance de este precepto; en concreto, la duda que se suscitaba era si el artículo 665 aludía sólo a los incapacitados o comprendía también a los dementes de hecho. En este sentido, la doctrina mayoritaria (cfr., entre otros, OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 50 y BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., «Incapacidad de testar...», cit., págs. 249-250) y la jurisprudencia (cfr., *inter alia*, las SSTs de 10 de junio de 1897, en *JC*, Tomo 81, núm. 116; de 25 de octubre de 1901, en *JC*, Tomo 92, núm. 91; de 22 de enero de 1913, en *JC*, Tomo 126, núm. 28; y de 18 de abril de 1916, en *JC*, Tomo 136, núm. 39) se mostraban partidarias de identificar «demente» e «incapacitado judicial». Sin embargo, lo cierto es que una interpretación teleológica y literal de la norma abonarían la tesis contraria. Una exposición detallada de los argumentos en favor de una concepción amplia del término «demente» puede verse en ALBALADEJO, M., «Comentarios a los artículos 662-666 del Código civil», cit., págs. 82-85.

52 Cfr. ALBALADEJO, M., «Comentarios a los artículos 662-666 del Código civil», cit., págs. 85-86.

53 A tenor del artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia, «cuando el testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir» estaría justificada la intervención de testigos en el otorgamiento del testamento abierto notarial.

54 En la práctica, la hipótesis en la que el Notario demande la presencia de testigos para el otorgamiento del testamento notarial abierto no será demasiado frecuente. De todos modos, a título de ejemplo, GARCÍA VICENTE enuncia una serie de supuestos en los que, a su juicio, el Notario va a solicitar aquella intervención; a saber: a) en aquellos casos en los que no está seguro de la identidad del testador, ya sea porque no lo conoce, ya sea porque carece de documentos que acrediten su personalidad; b) cuando se desconozca la edad del testador; c) en caso de duda sobre el cabal juicio del testador cuando no sea posible que intervengan peritos médicos; d) en caso de grave alteración social, que haga presumir riesgo de que el protocolo notarial sea destruido (cfr. GARCÍA VICENTE, F., «Comentario al artículo 90 de la Compilación de Derecho civil de Aragón», en AA.VV., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, Vol. III, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1997, pág. 75).

55 Este supuesto está regulado, igualmente, en todas las legislaciones civiles que coexisten en España excepción hecha de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra. Sin embargo, como quiera que en Navarra -con las particularidades establecidas en las leyes 186, párrafos 2.º y 3.º, y 190 de la citada

ciudad objeto de análisis está singularizada básicamente por dos notas⁵⁶: en primer lugar, por el hecho de revestir carácter discrecional y, por tanto, no ser necesario que esté justificada⁵⁷; en segundo lugar, porque -según se deduce del tenor del artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia *a contrario sensu*- una vez instada, el cumplimiento de esta formalidad es preceptivo para los sujetos intervinientes en el acto de otorgamiento⁵⁸.

La solicitud de testigos a instancia del Notario suscita una última cuestión. En concreto, cabría preguntarse por el modo en que ha de proceder el Notario ante la hipotética negativa de los testadores al requerimiento de la intervención de los testigos por él efectuado. En otros términos, el problema consiste en dilucidar si el Notario debe autorizar el otorgamiento haciendo constar expresamente esa circunstancia -la negativa de los testadores- o si, por el contrario, debe denegar el ministerio⁵⁹. En nuestra opinión, con fundamento en los artículos 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia y 687 y 705 del Código civil sería esta última solución por la que habría que decantarse. En efecto, como hemos señalado, conforme al primero de los artículos señalados, la presencia de testigos al acto de otorgamiento -aun cuando obedezca a la petición del Notario- constituye una formalidad de inexcusable cumplimiento. Asimismo, de acuerdo con el artículo 687 del Código civil cabría reputar nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hubiesen respetado las formalidades exigidas por la Ley⁶⁰. Por otra parte, conforme a lo establecido en el artículo 705 del Código civil, el Notario será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan a la declaración de nulidad del testamento abierto notarial por no haberse observado las solemnidades establecidas cuando la causa de nulidad le

Compilación- en materia de testigos rige el Código civil, la excepción apuntada es meramente formal. En este sentido, cfr. el artículo 697.3.º del Código civil; el artículo 107, párrafo 1.º *in fine* del Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña; el artículo 52 d) de la Compilación del Derecho civil de Baleares; el artículo 30 de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco; el artículo 98.1 *in fine* de la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón.

56 Cfr. LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pág. 995. Desde la perspectiva del Derecho aragonés -referido en principio a la normativa contenida en la Compilación pero igualmente aplicable a la regulación efectuada por la Ley de sucesiones por causa de muerte- cfr. MERINO HERNÁNDEZ, J.L., «Comentario al artículo 90 de la Compilación de Derecho civil de Aragón», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXIV, Vol. 1.º, cit., 1987, pág. 29 y GARCÍA VICENTE, F., «Comentario al artículo 90 de la Compilación de Derecho civil de Aragón», cit., págs. 75-76. En relación con el régimen del Código civil es de la misma opinión BADOSA COLL, F., «Comentario al artículo 697 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil*, cit., pág. 1.099.

57 No obstante, existen voces discrepantes como la de GARCÍA VICENTE, para quien sería conveniente indicar quién ha sido la persona que ha solicitado la presencia de testigos y el motivo que le ha inducido a ello (cfr. GARCÍA VICENTE, F., «Comentario al artículo 90 de la Compilación del Derecho civil de Aragón», cit., pág. 75). En contra DÍEZ GÓMEZ, para quien no resulta oportuno, cuando la presencia de testigos en el otorgamiento del testamento abierto obedezca a una petición del testador o del Notario, que se indique a petición de quien interviene ni el motivo por el que lo hace, «porque es indiscutible que el otorgamiento de un testamento puede ser presenciado por cualquier persona que desee el testador y el hecho de que así se diga e incluso que lo firme tal persona no puede afectar a su validez» (DÍEZ GÓMEZ, A., «La supresión de los testigos en los testamentos», cit., pág. 59).

58 Así lo ha entendido también, en relación con el artículo 697.3.º del Código civil, ALBALADEJO, M., («Algunos extremos de la regulación de los testamentos...», cit., pág. 355), para quien la concurrencia de testigos cuando ha sido solicitada «constituye un requisito tan de solemnidad como cuando los exige la ley obviamente». En el mismo sentido se manifiestan FERNÁNDEZ COSTALES, J., «Nulidad de testamento abierto, alcance del principio de unidad de acto en la Ley de 20 de diciembre de 1991 y en la anterior redacción del Código civil», en *La Ley*, 1992-2, pág. 336 y BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Comentario al artículo 681 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil*, cit., pág. 957.

59 Cfr. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 82.

60 En concreto, el artículo 687 se refiere a las formalidades establecidas en el Capítulo I, del Título III del Libro IV del Código civil. Sin embargo, con fundamento en el artículo 3.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia, habría que estimar aplicable la normativa en cuestión al incumplimiento de las formalidades testamentarias previstas en la Ley de Derecho civil de Galicia.

fuese imputable. En consecuencia, sobre la base de las premisas apuntadas, se comprende que, en vez de acceder al otorgamiento de un testamento viciado de nulidad y de incurrir, por tanto, en la citada responsabilidad, el Notario deniegue la autorización del testamento en cuestión y no se limite a hacer constar la negativa de los testadores a que concurren los testigos.

5. La redacción del testamento

La redacción del testamento mancomunado gallego, en cuanto testamento abierto notarial, constituye otro de los cometidos a desarrollar por el Notario encargado de su autorización. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 695 del Código civil, el fedatario público, una vez que ha conocido -bien oralmente, bien por escrito a través de la correspondiente minuta- la última voluntad de los testadores, ha de proceder, con arreglo a la misma, a la redacción del testamento.

En este sentido, a los fines de delimitar el contenido de la función objeto de estudio, conviene señalar, de entrada, que la redacción en cuestión no consiste, en modo alguno, en la mera transcripción de puño y letra por parte del Notario de las distintas disposiciones testamentarias⁶¹. Antes bien, la redacción notarial del testamento conjunto requiere una tarea previa de indagación e interpretación de la verdadera voluntad de los otorgantes para, a continuación, adecuar dichas pretensiones a las formalidades previstas en el Ordenamiento jurídico (cfr. art. 147 RN)⁶².

Así las cosas, en lo que a los requisitos formales se refiere, al Notario, con carácter general, se le impone el deber de redactar el instrumento público haciendo uso de un estilo puro, claro, preciso, de tal manera que «(...) *la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma*» se erijan en reglas de obligada observancia (cfr. art. 148 RN)⁶³. Por otra parte, ya como formalidades específicas -sin las cuales el mismo documento y, por derivación el negocio testamentario, serían nulos (cfr. art. 687 Cc)- el fedatario público ha de hacer constar en el propio instrumento las cuatro menciones siguientes:

En primer lugar, el Notario debe indicar en la comparecencia del instrumento el lugar del otorgamiento (cfr. art. 695 Cc y arts. 24 LN y 156.1.º RN), entendiéndose por tal la población o ciudad donde el negocio testamentario se autoriza⁶⁴. Se trata con ello,

61 De la misma opinión son, entre otros, MORENO MOCHOLÍ, «Comentario de los artículos 694, 695 y 696 del Código civil», en QUINTUS MUCIUS SCÆVOLA, *Código civil*, Tomo XII, cit., págs. 452-453; OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., págs. 82-83; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 89. A juicio de estos autores la formalidad relativa a la redacción del testamento por parte del Notario se vería plenamente satisfecha con tal que el documento testamentario fuese escrito a partir de un simple texto elaborado por el fedatario en cuestión.

62 Incluso en el supuesto de que la voluntad testamentaria le hubiese sido manifestada por escrito, el Notario tratará de indagar las intenciones de los testadores sin limitarse a plasmar de manera literal la minuta presentada (cfr. art. 147, párr. 2.º, RN). Para esta opinión, cfr., asimismo, MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 694, 695 y 696 del Código civil», cit., págs. 460-461.

63 Una exposición en clave irónica de los distintos estilos notariales («barroco», «romántico-sentimental», «clásico-moderno» y «neo-clásico») puede verse en GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Instituciones de Derecho notarial*, Tomo I, cit., págs. 466-477.

64 En este sentido, de acuerdo con el artículo 156.1.º del Reglamento notarial, si la escritura se otorga fuera de una población, el Notario deberá indicar «*la aldea, caserío o paraje, con expresión del término municipal*». Sin embargo, lo cierto es que, a nuestro juicio, con fundamento en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1901, cabe entender que en los supuestos de referencia será suficiente con indicar en la escritura el municipio donde tiene lugar el otorgamiento prescindiendo de cualquier otra indicación geográfica. En concreto, el considerando segundo de la precitada resolución establece expresamente que «para cumplir el art 695 del mencionado Código, en cuanto exige que se exprese el lugar donde se otorgue el testamento, basta expresar el nombre de la población sin necesidad de consignar el sitio ó paraje de

por un lado, de comprobar la competencia del propio Notario y, por otro, de determinar la legislación que debe regir las formas del acto⁶⁵.

En segundo lugar, en el documento testamentario también habrá de consignarse la fecha y la hora del otorgamiento (cfr. art. 695 Cc y arts. 25 LN y 156.2.º RN). De este modo, no sólo resulta posible enjuiciar la capacidad de los testadores (cfr. art. 666 Cc) y, en su caso, la idoneidad de los testigos (cfr. art. 683 Cc) sino que, además, en los supuestos de pluralidad de testamentos⁶⁶, la mención referida constituye un criterio decisivo para determinar la prevalencia de los mismos (cfr. art. 739 Cc)⁶⁷. Normalmente, la fecha (día, mes y año) se suele indicar en el inicio del documento, a continuación del lugar, en tanto que la hora, por la propia mecánica del otorgamiento, suele plasmarse al final del instrumento⁶⁸.

En tercer lugar, el Notario también debe dejar constancia en el instrumento público de la fe de conocimiento o, en su defecto, de la pertinente identificación de los otorgantes (cfr. art. 696 Cc y art. 156.7.º RN). Con anterioridad a la reforma de 1991 en materia de testamentos, la fe de conocimiento o su equivalente debía plasmarse, necesariamente, al final del documento testamentario. En efecto, el derogado artículo 699 del Código civil, en su párrafo 2.º, establecía lo siguiente: «*El Notario dará fe, al final del testamento, de haberse cumplido todas las dichas formalidades y de conocer al testador (...)*». Sin embargo, en la actualidad, esa exigencia ha desaparecido del articulado del Código, razón por la cual cabría suscitarse la cuestión atinente a la ubicación de la citada mención. En este sentido, la respuesta al interrogante planteado la ofrece el propio Reglamento notarial (arg. *ex* art. 143.2 RN), que confiere al Notario dos posibilidades: consignar la fe de conocimiento bien en el momento de la comparecencia, lo que, a nuestro juicio, es lo más probable (cfr. art. 156.7º RN), o bien al final de la escritura

la misma en que el acto se verifique; porque sobre no exigir la ley tales detalles, de suyo accidentales, entiéndese por regla general en derecho como cosas sinónimas, población y lugar, para todos los efectos legales (...)» (STS de 30 de septiembre de 1901, en *JC*, Tomo 92, núm. 59). En la doctrina son de la misma opinión, entre otros, GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 695 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 1.º-B, cit., pág. 69 y RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 90; en contra de la posición dominante parece manifestarse, en cambio, BLANQUER UBEROS, R. («Comentario al artículo 695 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., pág. 1.758) para quien sería recomendable «que la precisión individualizada del lugar de otorgamiento se realice con referencia concreta al domicilio (calle, número, planta, puerta, etc.) o al establecimiento (hospital, prisión, hotel, etc.)».

65 Así lo ha puesto de relieve la generalidad de la doctrina. Cfr., entre otros, MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 694, 695 y 696 del Código civil», cit., pág. 450; MANRESA Y NAVARRO, J.M.ª, «Comentario a los artículos 695 y 696 del Código civil», en *Comentarios al Código civil español*, Tomo V, cit., págs. 539-540; OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 85; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 90; MARTOS CALABRÚS, M.ªA., *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, cit., pág. 226.

66 Sobre este tema resulta de consulta inexcusable el trabajo del profesor DÍEZ-PICAZO, L., «La pluralidad de testamentos» publicado inicialmente en la *RDN*, Tomo 27, 1960, págs. 7-97 y reeditado, posteriormente, en sus *Estudios de Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980, págs. 329-378.

67 Esta opinión sobre la finalidad perseguida con la indicación de la fecha y de la hora es sustentada por la doctrina de manera pacífica. Cfr., entre otros, MORENO MOCHOLÍ, M., «Comentario de los artículos 694, 695 y 696 del Código civil», cit., pág. 450; MANRESA Y NAVARRO, J.M.ª, «Comentario a los artículos 695 y 696 del Código civil», cit., pág. 540; OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., págs. 84-85; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 695 del Código civil», cit., págs. 69-70; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 90; MARTOS CALABRÚS, M.ªA., *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, cit., págs. 227 y 230.

68 En todo caso, como señala GONZÁLEZ PORRAS, J.M. («Comentario al artículo 695 del Código civil», cit., pág. 68, nota 37) nada impide que la hora se haga constar junto con la fecha y el lugar de otorgamiento en la cabecera del documento. Para ello, a juicio del citado autor, el Notario dejará un espacio en blanco que deberá cubrir posteriormente, una vez firmado el instrumento, cuando se perfecciona la voluntad testamentaria.

(cfr. art. 188 RN). En todo caso, resulta imprescindible que en el instrumento conste efectivamente y de manera singular esta mención⁶⁹.

Y, en cuarto lugar, el Notario debe indicar en el instrumento público que, a su juicio, los otorgantes tienen la capacidad suficiente para testar. A tal fin, y desde una perspectiva estrictamente formal, no es necesario que el extremo indicado se haga constar en párrafo separado y especial ni tampoco que se empleen los mismos términos del artículo 696 del Código civil. Lo decisivo, en este caso, será que el Notario se pronuncie expresamente en el documento testamentario sobre la capacidad de los otorgantes⁷⁰.

En suma, a la vista de las observaciones expuestas, sería posible afirmar, a modo de conclusión, que la redacción del testamento mancomunado por parte del Notario consiste, básicamente, en la plasmación de la auténtica voluntad testamentaria de los otorgantes con arreglo a las exigencias formales previstas en los artículos 695 y 696 del Código civil.

Por último, tras haber perfilado el contenido de la función atinente a la redacción del testamento mancomunado por parte del fedatario público, cabría realizar, a nuestro juicio, unas breves consideraciones finales sobre el idioma en el que han de quedar plasmadas las disposiciones de los otorgantes. En este sentido, no resulta ocioso recordar aquí que en la Comunidad Autónoma de Galicia tanto el castellano como el gallego ostentan el rango de lenguas cooficiales y que, por tanto, corresponde a los poderes públicos promover y garantizar el uso normal y oficial de ambas lenguas (cfr. arts. 3.º CE y 5.º EAG).

Así las cosas, cabría señalar, de entrada, la inadecuación existente entre la normativa inicialmente aplicable a la redacción de los documentos notariales (cfr. art. 25 LN y arts. 148-149 RN) y los mandatos constitucionales y estatutarios tendentes a asegurar la igualdad de trato entre idiomas cooficiales (cfr. arts. 3.º CE y 5.º EAG). Ciertamente, tanto la Ley del Notariado, como el Reglamento dictado en su desarrollo, configuran la redacción de los instrumentos públicos en una lengua distinta de la castellana con un carácter meramente marginal. El párrafo primero del artículo 25 de la Ley del Notariado -e igualmente el inciso inicial del artículo 148 del precitado Cuerpo reglamentario- se limita a imponer la redacción de dichos instrumentos en castellano. A su vez, el artículo 149 del Reglamento notarial prevé la doble redacción del instrumento, pero lo hace sólo en aquellos supuestos en los que concurren las siguientes circunstan-

69 Antes de la reforma del Código civil de 1990, en materia de testamentos, se discutía si la fe de conocimiento o equivalente debía expresarse de manera específica o si, por el contrario, la misma podía entenderse subsumida en la fórmula general de dar fe el Notario de haberse cumplido todas las formalidades testamentarias. En este sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en diversas resoluciones (cfr., entre otras, la resolución de 17 de enero de 1876, en *JR*, Tomo I, años 1862-1882) consideraba imprescindible la dación específica de la fe de conocimiento; el Tribunal Supremo, en cambio, en más de una ocasión mantuvo el criterio opuesto (cfr., entre otras, las SSTS de 25 de febrero de 1881 -en *JC*, Tomo 45, núm. 80- y de 27 de junio de 1917 -en *JC*, Tomo 140, núm. 140-).

70 Así lo ha entendido también la generalidad de la doctrina a partir de las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril y de 24 de diciembre de 1896 (*JC*, Tomo 79, núm. 6 y *JC*, Tomo 80, núm. 90, respectivamente). En la primera de estas resoluciones se establece expresamente que «la ley no exige que la mencionada importante manifestación se haga en párrafo especial y con las palabras precisas é insustituibles, á su juicio, porque esta locución ó frase equivale á la de su opinión, á su parecer, en su sentir», criterio éste que aparece confirmado en la segunda de las sentencias precitadas al establecer que no es necesario que «esta importante manifestación del Notario se consigne en párrafo separado y con las palabras precisas é insustituibles de á su juicio, bastando que de cualquier otro modo, ó con locución distinta, exprese clara y evidentemente su parecer ú opinión respecto á la capacidad legal del testador para otorgar testamento». Cfr., entre otros, MANRESA Y NAVARRO, J.M.ª, «Comentario a los artículos 695 y 696 del Código civil», cit., pág. 546; OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 88; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 695 del Código civil», cit., págs. 110-111.

cias: a) que el otorgamiento tenga lugar en un territorio donde se hable una lengua propia; b) que al menos uno de los otorgantes sea natural de dicho territorio; c) que la redacción en la lengua vernácula sea solicitada por los interesados; y d) que el Notario entienda suficientemente el idioma y así lo declare.

Sin embargo, lo cierto es que, en lo tocante a la Comunidad Autónoma gallega, la Ley 3/1983, de 15 de junio, de normalización lingüística ha venido a sustituir de manera genérica la regulación notarial mencionada⁷¹. Ello toda vez que, conforme al artículo 8.º de la citada disposición legal, los documentos públicos otorgados en Galicia podrán ser redactados, indistintamente, en gallego o en castellano, empleándose ambas lenguas únicamente a falta de acuerdo entre las partes.

En este orden de ideas, es importante destacar que la normativa autonómica debe completarse con lo establecido de manera específica para el testamento notarial abierto en el párrafo primero del artículo 684 del Código civil (arg. *ex art.* 3.º1 LDCG)⁷². De acuerdo con este precepto, en los supuestos en que el testador «*exprese su voluntad en lengua que el Notario no conozca, se requerirá la presencia de un intérprete, elegido por aquél que traduzca la disposición testamentaria a la oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el Notario. El documento se escribirá en las dos lenguas con indicación de cuál ha sido la empleada por el testador*»⁷³. En este sentido, debe tenerse en cuenta que en tales hipótesis el intérprete tiene que concurrir, además, al otorgamiento (art. 698 Cc).

En definitiva, a tenor de los datos precedentes, cabría colegir lo siguiente. En primer lugar, la redacción del testamento mancomunado gallego puede realizarse en cualquiera de las dos lenguas oficiales en Galicia. En segundo lugar, sólo para el supuesto de que exista discrepancia entre otorgantes y Notario se procederá, conforme a lo dispuesto en el artículo 684 del Código civil, a la redacción del instrumento en cuestión en ambos idiomas⁷⁴.

71 La citada Ley de normalización lingüística ha sido publicada en el *DOGA* núm. 84, de 14 de julio y en el *BOE* núm. 213, de 6 de septiembre, págs. 24.579 y ss.

72 El recurso al Código civil se justifica en la medida en que la Ley de Derecho civil de Galicia, en contraste con la mayor parte de las legislaciones de Derecho civil que coexisten en España (cfr. la ley 192 CDCFN, el art. 109 CSCM, el art. 15 LDCFPV y el art. 97 LSCM) no contiene precepto alguno sobre el idioma en que debe ser redactado el testamento.

73 En relación con el inciso final del párrafo primero del artículo 684 del Código civil, LOIS PUENTE, J.M. («La modificación del Código civil en materia de testamentos», en *Revista Xurídica Galega*, núm. 1.º, 1992, pág. 28) ha subrayado la trivialidad de hacer constar cuál ha sido el idioma empleado por el testador cuando las lenguas del documento testamentario son ambas españolas; y ello porque siendo el castellano la única lengua oficial en todo el territorio español sólo la no oficial en el lugar del otorgamiento podrá corresponder al otorgante. La observación formulada por LOIS PUENTE se refiere exclusivamente a aquellos supuestos en que el testamento se redacta en una lengua española no oficial en el lugar del otorgamiento; sin embargo, a nuestro juicio, podría llegarse a la misma conclusión en aquellos casos en los que otorgándose el testamento en una de las lenguas cooficiales el Notario no tiene conocimiento de la misma.

74 A nuestro juicio, dado el carácter supletorio que reviste la normativa notarial (cfr. art. 143, párr. 2.º RN), en caso de ser necesaria la doble redacción -en castellano y gallego- el Notario deberá redactar el testamento «*a doble columna, para que simultáneamente puedan leerse y apreciarse ambas redacciones, procurando que gráficamente se correspondan en cuanto sea posible, a cuyo efecto deberá tachar las líneas que por ello queden en blanco a la terminación de la columna que resulte menor*» (art. 149 RN). Por este motivo, *mutatis mutandi*, no se comparte la opinión de LOIS PUENTE, J.M., («El llamado testamento en lengua extranjera», en *RDP*, Tomo LXII, 1988, pág. 985) quien, en relación con el testamento en lengua extranjera regulado en el anterior artículo 684 del Código civil, rechazaba la necesidad de la doble columna por no exigirla el artículo en cuestión de manera expresa.

6. La lectura del testamento

Una vez redactado el testamento, el Notario ha de proceder indefectiblemente a su lectura; «*lo leerá el Notario*» dice literalmente el artículo 695 del Código civil⁷⁵. Es cierto que conforme al referido precepto a los testadores les asiste un derecho a leer por sí mismos el documento testamentario; sin embargo, el ejercicio de esa facultad no obsta para que, a nuestro juicio, y a tenor de los términos imperativos en los que está redactada la norma del Código civil, la lectura notarial deba tener lugar aún en esos casos.

En este sentido, pudiera objetarse que en la legislación notarial la lectura del testamento, por el Notario y por los otorgantes, se concibe con carácter alternativo, de manera que la lectura por parte de estos últimos haría innecesaria la del fedatario público. En efecto, así resulta de los artículos 25, párrafo 3.º de la Ley del Notariado y 193.1 del Reglamento notarial, a tenor de los cuales el Notario debe dar fe, bien de haber leído la escritura íntegra, bien de haber permitido a los testadores o a los testigos instrumentales que la lean. Ahora bien, en nuestra opinión, la circunstancia reseñada no puede estimarse concluyente para excluir la lectura del testamento por parte del Notario. La razón estriba en que, de acuerdo con la propia legislación notarial, los testamentos y las demás disposiciones *mortis causa* quedan excluidos, con carácter general, de su ámbito de aplicación (cfr. arts. 29 LN y 143, párr. 2.º RN). Y, si bien es cierto que la normativa reglamentaria mencionada puede regir con carácter supletorio, no lo es menos que sólo podrá hacerlo en tanto en cuanto no suponga una modificación de lo dispuesto en el Código civil (cfr. art. 143, párr. 2.º, *in fine* RN). Por ello, a nuestro juicio, la interpretación literal del artículo 695 del Código civil, que contempla la lectura notarial con carácter obligatorio no puede quedar desvirtuada por la regulación que a este respecto se contiene en la Ley y en el Reglamento notariales⁷⁶.

75 Con anterioridad a la Ley 30/1991 de 20 de noviembre, por la que se modifica el Código civil en materia de testamentos, el tenor literal del artículo en cuestión no indicaba de manera explícita a quién le correspondía efectuar la lectura del testamento; en concreto, el artículo 665 derogado se limitaba a señalar, en impersonal, que el testamento «*se leerá en alta voz*». Esta circunstancia, unida a la doctrina que parece contenerse en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1879, sirvió de base a MORENO MOCHOLÍ, M., («Comentario de los artículos 694, 695 y 696 del Código civil», cit., págs. 454-455) para considerar indiferente el hecho de que el testamento fuese leído por el otorgante o por cualquier otra persona; a su juicio, lo único decisivo era que, tras la lectura, el Notario y el competente número de testigos oyesen del testador decir que ése era su testamento. Sin embargo, ésta no era la opinión de la doctrina mayoritaria, para quien, a pesar del silencio legal, la lectura del testamento debía ser llevada a cabo por el fedatario público: cfr., entre otros, MANRESA Y NAVARRO, J.M.ª, «Comentario a los artículos 695 y 696 del Código civil», cit., pág. 541; OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 83; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo V, Vol. 2.º, cit., pág. 75; BLANQUER ÜBEROS, R., «Comentario al artículo 696 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., págs. 1.761-1.762. Para una exposición detallada de las razones que cabría aducir en favor de la lectura notarial *vid.*, por todos, GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 695 del Código civil», cit., págs. 74-76.

76 En el mismo sentido parece pronunciarse BADOSA COLL. F., («Comentario al artículo 695 del Código civil» en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil*, cit., pág. 1.082) si bien, a juicio de este autor, la obligatoria lectura notarial quedaría excepcionada en aquellos casos en los que el testamento es otorgado por una persona «enteramente sorda» que sabe leer. El razonamiento de BADOSA se puede estructurar en los siguientes términos: por un lado, el citado autor parte de la base de que, en los supuestos objeto de análisis, los únicos destinatarios de la lectura serían los testigos. Por otro lado, BADOSA destaca el hecho de que conforme al artículo 697.2.2.º del Código el supuesto en cuestión no se contempla entre aquéllos en los que es necesaria la presencia de testigos. En consecuencia, dado que los destinatarios de la lectura son los testigos y que, conforme al Código civil, no existe obligación de que concurren, BADOSA concluye que la lectura notarial deviene inútil en estos casos. Sin embargo, en nuestra opinión, la regla por la cual la lectura notarial resulta imprescindible no se vería alterada, ni siquiera en la hipótesis señalada por BADOSA. Ello con fundamento en los dos siguientes argumentos: en primer lugar, porque, como ya se ha indicado, la normativa notarial no puede contravenir las disposiciones del Código; y, en segundo lugar, porque el criterio de la utilidad que preside la argumentación de BADOSA también llevaría a prescindir de la lectura en aquellos casos en los que el testador, haciendo uso de la facultad contemplada en el propio artículo 695 del Código civil, pudiera leer el testamento por sí mismo.

Así las cosas, en relación con esta función notarial, se estima pertinente traer a colación dos ideas básicas. En primer lugar, la lectura del testamento por el Notario persigue, como finalidad inmediata, la constatación por los testadores de la correlación existente entre la voluntad testamentaria manifestada al fedatario público y la versión notarial de la misma⁷⁷. Siendo así, se comprende que los destinatarios principales de la lectura sean los testadores. A este entendimiento también parece coadyuvar el hecho de que la manifestación de voluntad pueda hacerse privadamente sin la presencia de otras personas. Ahora bien, lo anterior no obsta, para que en los supuestos en que deban concurrir testigos a fin de suplir alguna de las carencias de los otorgantes (cfr. art. 697 Cc) aquéllos se conviertan también en receptores de dicha lectura.

En segundo lugar, tampoco debe obviarse que el testamento mancomunado ha de ser leído en su integridad y «*en alta voz*», es decir, de forma tal que sus destinatarios puedan quedar enterados de su contenido⁷⁸. La lectura completa del documento testamentario no se impone expresamente en el Código civil; pero sí, en cambio, en la legislación notarial. En concreto, tanto el artículo 25 de la Ley del Notariado, como el artículo 193 del Reglamento notarial, en su párrafo primero, disponen: «*Los Notarios darán fe de haber leído (...) la escritura íntegra (...)*»⁷⁹. Además, la lectura íntegra del testamento puede colegirse, asimismo, como señala GONZÁLEZ PORRAS, de la configuración de este requisito como presupuesto para la manifestación de conformidad de los testadores con la redacción del testamento realizada por el fedatario público⁸⁰.

7. La autorización del testamento

Tras la lectura del testamento mancomunado, los otorgantes deben manifestar si su última voluntad ha sido fielmente reflejada por el Notario en el documento testamentario y, en caso afirmativo, firmar en el mismo acto el testamento (cfr. art. 695 Cc)⁸¹. Materializadas las firmas, el Notario procederá a la autorización del instrumento. Este requisito, con el que concluye el acto de otorgamiento, no aparece contemplado de manera expresa en la regulación que del testamento abierto se contiene en el Código civil⁸². Sin embargo, como afirma OSSORIO MORALES, es evidente que «el testamento abierto habrá de ser firmado y signado por el Notario, puesto que es esa formalidad la que le confiere autenticidad y carácter de instrumento público»⁸³.

La anterior observación formulada por OSSORIO parece encontrar confirmación en la legislación notarial. En efecto, la Ley del Notariado, después de señalar con carácter general que la escritura deberá ser «*firmada y signada por el mismo Notario*» (art.

77 Al respecto, cfr. RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 91 y MARTOS CALABRÚS, M.^aA., *Las solemnidades del testamento abierto notarial*, cit., pág. 186.

78 Así parece inferirse, también, de la STS de 6 de abril de 1896 (en *JC*, Tomo 79, núm. 6), cuando en su Considerando 3.º afirma que «si bien no se expresa que fuese en alta voz [la lectura del testamento], como debe inferirse que lo realizaría para que se enterasen aquellos que han autorizado con su firma el testamento, semejante omisión no es bastante para invalidarle».

79 De la misma opinión son, entre otros, GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 695 del Código civil», cit., págs. 73 y 77 y RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *El testamento abierto...*, cit., pág. 92.

80 Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 695 del Código civil», cit., pág. 77.

81 En el caso de que alguno de los testadores no sepa o no pueda firmar -y así lo declare- será necesaria la presencia en el acto de otorgamiento de al menos dos testigos (cfr. art. 136 LDCG), uno de los cuales deberá firmar por el testador en cuestión, y a su ruego, el testamento.

82 No sucede lo mismo, en cambio, en relación con el testamento notarial cerrado, pues el artículo 707.5.º, párr. 1.º *in fine*, al referirse al acta de otorgamiento, dispone de forma expresa que «*la autorizará el Notario con su signo y firma*».

83 OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 85.

17, párr. 2.º, LN), establece, de manera específica, que «los Notarios autorizarán todos los instrumentos públicos con su firma y con la rúbrica y signo que propongan y se les dé al expedirles los títulos de ejercicio» (art. 19 LN). En la misma línea, el párrafo 2.º del artículo 196 del Reglamento notarial dispone lo siguiente: «El Notario, a continuación de las firmas de los otorgantes y testigos, autorizará la escritura y en general los instrumentos públicos, signando, firmando y rubricando. Deberá estampar al lado del signo el sello oficial de su Notaría».

Así pues, a tenor de los preceptos transcritos, puede afirmarse que la autorización notarial está integrada por cuatro elementos, cuya omisión determinaría la nulidad del instrumento público (cfr. art. 27,3.º LN) y, consecuentemente, la del testamento mancomunado. Dichos componentes son los siguientes: la firma, la rúbrica, la signatura y el sello. En cuanto a la firma del fedatario público, la legislación notarial no exige una forma determinada. Por ello, a nuestro juicio, sería posible que el Notario firmase haciendo constar bien el nombre y los apellidos (firma entera), bien sólo los apellidos (media firma)⁸⁴; en todo caso, la firma ha de ser manuscrita pues, conforme al artículo 196, párrafo 3.º, del Reglamento notarial, a «ningún Notario se concederá autorización para signar ni firmar con estampilla»⁸⁵. Por lo demás, la única singularidad digna de mención que presentan los restantes elementos integrantes de la autorización estriba en que la rúbrica y el signo, una vez elegidos por el Notario, sólo podrán ser cambiados con la autorización del Gobierno (cfr. art. 19, párr. 2.º, LN).

8. La unidad de acto

El análisis de las diversas funciones a desempeñar por el Notario en el otorgamiento del testamento abierto y, por tanto, del testamento mancomunado gallego (cfr. art. 136 LDCG) requiere efectuar unas breves indicaciones finales sobre el requisito de la unidad de acto. En este sentido, el artículo 699 del Código civil dispone que las formalidades previstas para el otorgamiento del testamento abierto notarial «se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero».

El precepto transcrito establece, pues, la obligación de que las distintas fases o momentos que conforman el otorgamiento testamentario se sucedan, desde la lectura⁸⁶,

84 Estas dos modalidades de firma («firma entera» y «media firma») aparecen contempladas en el artículo 283 del Reglamento notarial, de acuerdo con el cual, las notas de apertura y de cierre del libro indicador foliado al que se alude deben ser autorizadas con firma entera mientras que para la autorización de los asientos será suficiente «media firma».

85 En idéntico sentido, cfr. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 695 del Código civil», cit., págs. 101-102.

86 La redacción dada al artículo 699 del Código civil tras la Ley 30/91, de 20 de diciembre, de modificación del referido Cuerpo legal en materia de testamentos, ha venido a resolver, con carácter definitivo, la polémica suscitada en torno al alcance con que debía concebirse el requisito de la unidad de acto. En síntesis, con anterioridad a la referida reforma, la doctrina discrepaba sobre el momento a partir del cual era preciso que las formalidades testamentarias se sucediesen ininterrumpidamente. Así, mientras que para unos autores (cfr. ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil*, Tomo V, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1989, págs. 218-222 y GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 699 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 1.º-B, cit., 1987, págs. 172 y 173), todas las solemnidades establecidas en la Sección 5.ª del Capítulo I, del Título III del Libro III debían practicarse en un sólo acto -unidad de acto rígida-, para otros, en cambio (cfr. SÁNCHEZ ROMAN, F., *Estudios de Derecho civil*, Tomo VI, Vol. 1.º, cit., pág. 396; OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., pág. 90; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo V, Vol. 2.º, cit., pág. 86), el acto en sí mismo considerado comenzaba con la lectura del testamento y finalizaba con la firma -unidad de acto atenuada-. Este último era también el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias; de entre ellas cabe destacar las de 22 de enero de 1913 (en *JC*, Tomo 126, núm. 28), 29 de diciembre de 1927 (en *JC*, Tomo 179, núm. 119), 31 de mayo de 1961 (*RJA* 3001) y, recientemente, la de 30 de noviembre de 1991 (*RJA* 8582).

sin solución de continuidad. Y ello, a los efectos de garantizar, en último término, la libertad del testador en la ordenación de sus disposiciones de última voluntad⁸⁷. El incumplimiento de este requisito, en cuanto formalidad establecida en el Capítulo I del Título III del Libro III del Código civil, determinaría, conforme al artículo 687 del mismo Cuerpo legal, la nulidad del testamento.

Ahora bien, sentadas las consideraciones precedentes, se impone realizar dos precisiones ulteriores acerca de la unidad de acto. En primer lugar, ésta no debe ser concebida en términos tan estrictos como para descartar la ausencia de toda interrupción durante el proceso de otorgamiento del testamento; de hecho, el propio artículo 699 del Código civil atenúa el rigor del requisito en cuestión al tolerar ciertos recesos cuando éstos sean debidos a «algún accidente pasajero». Y, en segundo lugar, al hilo de la observación anterior, conviene recordar que la expresión «accidente pasajero» constituye un concepto jurídico indeterminado; por esta razón, la calificación de una determinada circunstancia como tal contratiempo deberá hacerse, en su caso, por los Tribunales atendiendo al supuesto concreto⁸⁸.

9. La apertura de la sucesión y la copia del testamento

Una vez acaecida la muerte del testador tiene lugar la apertura de la sucesión, con la que, en principio, se hacen públicas a los interesados las últimas voluntades del causante⁸⁹. Con carácter general, en el testamento abierto la apertura de la sucesión no plantea dificultades para el Notario. Sin embargo, tratándose del testamento mancomunado -dado que existe una pluralidad de testadores y, con frecuencia, sus cláusulas testamentarias suelen estar vinculadas entre sí- dicha apertura podría suscitar un conflicto de intereses entre la necesidad de información de los herederos, por un lado, y el deseo del cónyuge supérstite en mantener en secreto sus propias disposiciones testamentarias, por otro⁹⁰.

En este sentido, la Ley de Derecho civil de Galicia, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones civiles, no contiene ninguna previsión al respecto⁹¹. En cual-

87 Para esta opinión, *vid.*, por todos, OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, cit., págs. 89-90.

88 En este sentido, a título meramente ejemplificativo, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo cabe entresacar que la unidad de acto no se vería afectada por las siguientes circunstancias: por la intervención de facultativos -a requerimiento del Notario- para examinar la capacidad del testador (STS de 16 de noviembre de 1918, en *JC*, Tomo 144, núm. 157); por la salida momentánea por parte del testador de una habitación a otra en la casa del Notario (STS de 28 de diciembre de 1918, en *JC*, Tomo 144, núm. 229); por las pequeñas interrupciones para la ingestión de medicamentos o auxilios urgentes (STS de 27 de septiembre de 1968, *RJA* 5163). Por el contrario, sí quedaría quebrantada dicha unidad cuando el testador, una vez leído el testamento, se limita a expresar su deseo de que la firma se posponga para el día siguiente, sin que en esa fecha manifieste ante los testigos su conformidad con el contenido del testamento (STS de 31 de diciembre de 1904, en *JC*, Tomo 99, núm. 129).

89 Conforme al párrafo 2.º del artículo 226 del Reglamento notarial podrán obtener copia del testamento, fallecido el otorgante, «*además de los herederos instituidos o sus representantes, los legatarios, albaceas, contadores y demás personas a quienes se reconozca algún derecho o facultad; los parientes que, de no existir el testamento o de ser nulo o en que no haya instituidos herederos forzosos, serían los llamados en todo o en parte a la herencia del causante, y los instituidos en testamento revocado*». Para ello es preciso, además, «*haberse acreditado al Notario o constarle de ciencia propia el fallecimiento del testador y, en su caso, el parentesco de los peticionarios o su derecho a obtenerlas, caso de que no resulte justificado en el testamento*» (art. 241 RN *in fine*).

90 Cfr. ALONSO VISO, R., «El testamento mancomunado gallego», en *Revista Xurídica Galega*, núm. 14, 1996, pág. 28.

91 En el Derecho aragonés, la Ley de sucesiones por causa de muerte contempla expresamente la apertura de la sucesión en el caso del testamento mancomunado, estableciendo lo siguiente: «*Los interesados en su sucesión [la del primero de los testadores fallecidos] tendrán derecho a copia del testamento que, sin embargo, no podrá incluir las disposiciones que sólo afecten a la sucesión del otro testador*» (art. 103, inciso 2.º, LSCM). En síntesis, como señala GARCÍA VICENTE, F. («Testamento mancomunado», en AA.VV.,

quier caso, este silencio legal puede suplirse acudiendo, de nuevo, a la legislación notarial (arg. *ex art.* 143, párr. 2.º, RN). En efecto, de acuerdo con el párrafo 2.º del artículo 237 del Reglamento notarial, en las copias de los testamentos mancomunados se omitirá «*cuanto sea disposición especial del otorgante que sobreviva*»⁹². Es decir, siempre que sea posible escindir formalmente las disposiciones del testador premuerto, las disposiciones del testador supérstite no se pondrán en conocimiento de aquellas personas que tienen derecho a la copia del testamento.

Así las cosas, la cuestión estribaría en dilucidar cuándo las disposiciones testamentarias son o no separables. En relación con este tema, resultan ciertamente ilustrativas las reflexiones efectuadas por la doctrina alemana en relación con el § 2.273 del BGB. De acuerdo con estas consideraciones -perfectamente aplicables al Derecho gallego- sería posible sostener la dissociabilidad de las disposiciones testamentarias cuando las mismas estuviesen redactadas lingüísticamente como órdenes individuales y fuesen comprensibles por sí mismas. Por el contrario, serían inseparables las disposiciones en forma de «nosotros» o aquellas que remitiesen o tomasen como referencia las disposiciones del otro testador o cuyo contenido estuviera coordinado por ambos esposos de manera idéntica⁹³.

En definitiva, cabe concluir que en el testamento mancomunado, el interés del supérstite de mantener en secreto sus últimas voluntades está protegido, fundamentalmente, en cuanto se permite separar sus disposiciones, después de la redacción del testamento, de las del causante. Ahora bien, cuando la separación -conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes- no sea posible el conocimiento de las disposiciones que no sean exclusivas del supérstite -por parte de aquellas personas interesadas en la sucesión del primero de los cónyuges fallecidos- resulta inevitable⁹⁴.

IV. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO⁹⁵

1. Planteamiento

En los epígrafes precedentes se ha podido constatar cómo la infracción de las normas de competencia territorial por parte del Notario así como la inobservancia de las formalidades establecidas para el otorgamiento del testamento conjunto acarrear la

Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de derecho Civil, Librería General, Zaragoza, 1999, pág. 86) la solución transcrita, esto es, mantener en secreto las disposiciones individuales del testador supérstite, coincide sustancialmente con la sostenida en el artículo 237 del Reglamento notarial y los §§ 2.274 (*sic*) y 2.300 del BGB relativos a la apertura del testamento mancomunado y del contrato sucesorio respectivamente. Centrando la cuestión en el § 2.273 del BGB, éste, después de establecer como principio general que las disposiciones del cónyuge supérstite, en cuanto puedan distinguirse, no deben notificarse ni ponerse en conocimiento de los interesados, dispone que, tras la copia autenticada de las disposiciones del cónyuge premuerto, el testamento habrá de cerrarse de nuevo y volver a ponerse bajo custodia oficial (cfr. KIPP, Th., «El testamento mancomunado», en ENNECCERUS, KIPP y WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo V, Vol. 1.º, 8.ª ed. -traducida y adaptada por ROCA SASTRE-Bosch, Barcelona, 1951, pág. 203). En otros términos, cabe concluir que siempre que sea posible separar las disposiciones de los testadores se mantendrá en secreto las últimas voluntades del cónyuge supérstite.

92 Cfr., asimismo, en relación con el testamento de hermandad navarro, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de septiembre de 1987, en *Código Notarial*, cit., págs. 372-373.

93 Cfr. EDENHOFER, W. («§ 2.273», en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 54.ª ed., C.H. Beck, München, 1995, pág. 2.077) de acuerdo con el cual serían disposiciones no susceptibles de separación, entre otras, las siguientes: «Nuestro hijo recibe», «Herederlo del supérstite de nosotros es»...

94 Cfr. EDENHOFER, W., «§ 2.273», cit., pág. 2.077.

nulidad del instrumento. Pues bien, el cumplimiento irregular de las obligaciones que le son propias también puede generar en el Notario un deber de reparar los perjuicios ocasionados con su conducta (cfr. art. 705 Cc). Ahora bien, el desempeño anómalo de las funciones notariales no constituye, ciertamente, la única fuente de responsabilidad del fedatario público. De hecho, conforme a la normativa notarial, el referido fedatario - siempre que sea requerido para ello y no exista una justa causa o una imposibilidad física- está obligado a prestar su ministerio, so pena de incurrir en la responsabilidad a que haya lugar con arreglo a las leyes (cfr. art. 2.º LN y arts. 3.º y 145 RN).

En todo caso, sentado lo anterior, conviene subrayar que la circunstancia de que el Notario rehuse injustificadamente el ejercicio de sus funciones es, cuando menos, inusual⁹⁶. Por esta razón se ha considerado oportuno limitar nuestra exposición a la responsabilidad que para dicho Notario pudiera derivarse de su deficiente actuación, en general, y de la inobservancia de las formalidades esenciales en el otorgamiento del testamento mancomunado, en particular (cfr. arts. 694-699 Cc). Delimitado así el objeto de nuestro estudio, serán dos los aspectos sustanciales en los que se hará hincapié: por un lado, se tratará de determinar los presupuestos legales que han de concurrir para que surja la responsabilidad del Notario; por otro lado, se intentará concretar la naturaleza de dicha responsabilidad para especificar, de esta manera, el régimen general aplicable a la misma.

2. Presupuestos

La responsabilidad civil del fedatario público precisa del concurso de una serie de requisitos sin los cuales aquélla no tendría lugar. Los presupuestos aludidos se hallan recogidos en el artículo 705 del Código civil, precepto éste que no deja de ser sino una especificación de las reglas generales para el caso de inobservancia de las formalidades testamentarias de carácter esencial. En efecto, el referido artículo 705 dispone expresamente lo siguiente: «*Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, o de su negligencia o ignorancia inexcusables*».

Así pues, con el precepto transcrito como punto de referencia, cabría señalar como premisas para exigir la responsabilidad civil del Notario por una defectuosa autorización del testamento mancomunado gallego las cuatro que a continuación se exponen⁹⁷: a) Que el testamento en cuestión haya sido declarado nulo y que el motivo de la nulidad consista en la inobservancia de una formalidad esencial⁹⁸; b) que la inobservan-

95 Un tratamiento específico sobre la responsabilidad civil del fedatario público puede verse en GÓMEZ-ACEBO, F., «La responsabilidad civil del Notario», en *RDN*, núm. 6, julio-diciembre, 1954, págs. 311-332 y GUTIÉRREZ JEREZ, J.L., «Función notarial y responsabilidad civil», en *AC*, núm. 39, 1995, págs. 799-811.

96 Para esta opinión, cfr. SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Tomo II, 7.ª ed., Montecorvo, Madrid, 1993, pág. 873.

97 En este sentido, aunque refiriéndose con carácter genérico al testamento notarial abierto, cfr., entre otros, GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 705 del Código civil», en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 1.º-B, cit., pág. 293 y BLANQUER UBEROS, R., «Comentario al artículo 705 del Código civil», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Tomo I, cit., pág. 1.784.

98 En relación con este tema, es comúnmente aceptado en la doctrina que, a los efectos de reclamar la responsabilidad del Notario, no es preciso que éste haya sido parte en el proceso previo por el que se declara la nulidad del testamento (cfr. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 705 del Código civil», cit., pág. 303 y BLANQUER UBEROS, R., «Comentario al artículo 705 del Código civil», cit., pág. 1.783). Tal es también la opinión de la jurisprudencia, pudiéndose señalar al respecto, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1979 (*RJA* 4655) y de 9 de mayo de 1990 (*RJA* 3695).

cia sea fruto de una conducta notarial dolosa o en la que intervenga, cuando menos, culpa o negligencia inexcusables; c) que de la conducta notarial se derive un daño o perjuicio; y d) que entre el daño causado y la conducta notarial determinante del mismo haya un nexo o una relación de causalidad.

3. Naturaleza jurídica

Enunciados ya los presupuestos de la responsabilidad en que a tenor del artículo 705 del Código civil pudiera incurrir el Notario cuando no observa una de las formalidades esenciales del otorgamiento del testamento mancomunado restaría por determinar la naturaleza de dicha responsabilidad. En otros términos, el interrogante que cabría plantearse a continuación consistiría en dilucidar el carácter, contractual o extracontractual, de la responsabilidad civil del Notario. La cuestión no es, en modo alguno, baladí. Ello porque, a pesar de la tendencia actual a la equiparación entre ambas especies de responsabilidad, lo cierto es que entre una y otra existen importantes divergencias⁹⁹. En este sentido, a título meramente ejemplificativo, baste indicar que mientras que en el régimen de responsabilidad contractual el plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios es de quince años (*ex art. 1.964 Cc*), en el sistema de responsabilidad extracontractual, en cambio, dicho plazo es de un año (*art. 1.968. 2.º, Cc*)¹⁰⁰.

La tesis en favor del carácter extracontractual de la responsabilidad civil del Notario se ha venido sustentando, principalmente, sobre la base de negar la existencia, entre el referido Notario y las personas que solicitan sus servicios profesionales, de una auténtica relación contractual. En síntesis, dos son los argumentos que se aducen en apoyo de esta afirmación: por un lado, la condición de funcionario público que determinados textos legales atribuyen al Notario (*cfr. art. 1.º LN*), lo que impediría a éste desarrollar una actividad contractual propiamente dicha; por otro lado, la falta de libertad contractual, que se derivaría de la imposibilidad del Notario de denegar -salvo causa legal o imposibilidad física- el ministerio público cuando así le sea solicitado (*cfr. art. 2.º LN y arts. 3.º y 145 RN*)¹⁰¹.

Las objeciones formuladas no se han juzgado concluyentes, en cambio, por parte de quienes defienden la naturaleza contractual de la responsabilidad notarial. Estos autores, aun admitiendo la observación relativa a la falta de libertad de contratar del

99 Sobre la unificación de regímenes de responsabilidad, *cfr.*, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, M., «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación», en *RCDI*, núm. 603 (marzo-abril), 1991, págs. 443-489 (especialmente págs. 451-453). En síntesis, siguiendo la exposición efectuada por el citado autor en el trabajo referenciado, la confluencia de las dos modalidades de responsabilidad civil podría justificarse atendiendo a un triple orden de razones: a) de carácter sustantivo y de justicia material como sería, por un lado, la necesidad de ofrecer a las personas una protección energética frente al cada vez más complejo estado de las relaciones sociales y, por otro, el hecho de que la realidad del daño desde la perspectiva civil sea la misma; b) de orden sistemático: no en vano, los presupuestos de la obligación de resarcir son comunes en ambas modalidades de responsabilidad y, como tales, deberían ser tratadas en sede de la teoría general de la obligación; y c) de orden práctico, toda vez que, a través de la unificación en cuestión, desaparecerían los problemas de calificación que pueden plantearse en determinados supuestos límite.

100 Para una exposición detallada de los rasgos distintivos de cada una de las modalidades de responsabilidad civil, *cfr.* MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.^a, «La responsabilidad contractual y extracontractual; distinción y consecuencias», en AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial. Responsabilidad civil*, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 59-78.

101 La calificación de la responsabilidad civil del Notario como extracontractual ha sido asumida, entre otros autores, por ÁLVAREZ ROBLES, A., «Guión de un ensayo sobre deontología notarial», en *AAMN*, Tomo VII, 1953, pág. 69 y MOXÓ RUANO, A., «Nulidad y falsedad civil del instrumento público», *AAMN*, Tomo III, 1946, pág. 263.

Notario¹⁰², consideran que entre el fedatario público y sus clientes habría una verdadera relación contractual susceptible de ser incardinada en el esquema típico del arrendamiento de servicios¹⁰³.

Así las cosas, a nuestro juicio, ninguno de los planteamientos expuestos resulta plenamente convincente. Y ello se debe a que la premisa sobre la que se traza la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, esto es, la existencia previa de un contrato, debe ser objeto de matización. En efecto, en el momento actual, es opinión comúnmente aceptada, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que la aparición de la responsabilidad denominada «contractual» no se circunscribe, únicamente, a aquellos supuestos en los que entre el sujeto autor del daño y la víctima del mismo media un contrato previo *stricto sensu*. Por el contrario, el criterio básico para la calificación de la responsabilidad como «contractual» radica en la preexistencia entre las partes de una relación obligatoria, con independencia de cuál sea la fuente de la misma¹⁰⁴; en otros términos, sólo en el caso de que no medie relación alguna entre el causante del daño y el perjudicado la hipotética responsabilidad sería de índole extracontractual¹⁰⁵.

En este orden de ideas, trasladando las afirmaciones efectuadas al ámbito del testamento mancomunado gallego, sería posible formular las dos siguientes conclusiones. Por un lado, en lo tocante a los testadores, dado que entre éstos y el Notario existe una relación obligacional establecida por ley, cabría señalar que la responsabilidad del Notario derivada de la declaración de nulidad del testamento se correspondería con la llamada genéricamente «contractual» (cfr. arts. 1.101 y ss. Cc). Por otro lado, con respecto a las restantes personas que pudieran resultar perjudicadas por la deficiente intervención notarial, la responsabilidad del fedatario emanada de la susodicha declaración de nulidad sería de naturaleza extracontractual (cfr. arts. 1.902 y ss. Cc).

102 No sucede lo mismo, en cambio, con el argumento relativo a la configuración del Notario como funcionario público. En este sentido, debe tenerse presente que el texto legal que atribuye al Notario la condición de funcionario público fue promulgado en una época en la que la propia noción de «funcionario público» no estaba suficientemente elaborada. Además, si a la coyuntura apuntada se suman otras circunstancias tales como la independencia jerárquica, la forma de remuneración o el hecho de que el Notario responda personalmente por los daños y perjuicios irrogados en el ejercicio de su actividad profesional- la idea de que los Notarios no son auténticos funcionarios públicos se vería, si cabe, más reforzada. Al respecto, *vid.*, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R y SÁINZ MORENO, F., *El notario, la función notarial y las garantías constitucionales*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1989, págs. 28-33 e YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989, págs. 110-121.

103 *Vid.*, por todos, SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, Tomo II, cit., pág. 880. Asimismo, cfr., la STS de 6 de mayo de 1994 (RJA 3718, Cdo. 2.º) -de la que ha sido ponente Albácar López- de acuerdo con la cual «la relación que liga al notario con aquél que requiere su actuación, adopta la forma de arrendamiento de servicios...». Con carácter más reciente, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Asturias de 16 de diciembre de 1999 (AC 8006) y de Barcelona de 28 de enero de 2000 (AC 137) también configuran la relación del Notario con sus clientes como un arrendamiento de servicios.

104 Para esta opinión, a nivel doctrinal, cfr., entre otros, GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al artículo 705 del Código civil», cit., págs. 295-296; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 28; YZQUIERDO TOLSADA, M., «La zona fronteriza...», cit., págs. 457-458; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Incumplimiento de la obligación», en LACRUZ, J.L. y otros, *Elementos de Derecho civil*, Tomo II, Vol. 1.º, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, pág. 172; ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil*, Tomo II, Vol. 1.º, 9.ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, pág. 162, para quien, a tenor de lo expuesto sería más correcto hablar de responsabilidad «obligacional». Desde la perspectiva jurisprudencial, pueden confrontarse, asimismo, las SSTs de 2 de julio de 1951 (RJA 1894), de 3 de mayo de 1968 (RJA 2738), de 26 de enero de 1984 (RJA 386), de 9 de julio de 1984 (RJA 3802) y de 10 de junio de 1991 (RJA 4434).

105 A este respecto, *vid.*, por todos, SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil...*, Tomo II, cit., pág. 880.