

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS / IKASGAIEN AMAIERAKO LANA
MASTER UNIVERSITARIO ACCESO A LA ABOGACÍA

**EFICACIA DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA TRAS LA RUPTURA
DE LA CONVIVENCIA CONYUGAL**

Leire Vergara Contreras

DIRECTOR / ZUZENDARIA

María Ángeles Egusquiza Balmaseda

Pamplona / Iruñea

4 de junio de 2021

RESUMEN

Dentro del ámbito del Código Civil se establece para el supuesto de crisis matrimonial el decaimiento ex lege de las atribuciones legales que se realizan en favor del cónyuge. Por el contrario, no se prevé una norma semejante con respecto a las disposiciones de carácter voluntario realizadas en favor de estos.

Ante esta situación, el Tribunal Supremo considera que, conforme al mandato del artículo 675 CC, por la que debe primar la averiguación de la voluntad real del testador, el empleo del término “esposo” para referirse al instituido revela el motivo de la disposición, debiendo en estos casos aplicarse el artículo 767.I por considerar que existe identidad de razón entre los supuestos de imprevisión y el supuesto previsto en el citado artículo. Así, si al momento del fallecimiento del causante se ha producido la extinción de la relación matrimonial, desaparece el motivo que determinaba la disposición, deviniendo la misma ineficaz.

Palabras clave: Crisis matrimonial. Disposición testamentaria. Interpretación. Desaparición del motivo. Ineficacia.

ABSTRACT

It is established within the Civil Code that for the case of marital crises the decline, by virtue of the law, of the legal rights in favour of the spouse. Conversely, it is not envisaged a similar norm with respect to the voluntary dispositions undertaken in the favour of the spouse.

Given this situation and in accordance with the ruling of article 675 CC The High Court considers, that the confirmation of the will of the testator must prevail. Here, the use of the term ‘spouse’ refers to the beneficiary which reveals the cause of the disposition, having to apply in these cases article 767.I given reason of identity exists within the premise of improvidence and assumption made in the aforementioned article. Thus, in the event that the testator is deceased, and the marital relationship has expired, the cause of the disposition disappears, rendering this ineffective.

Key words: Marital crises. Testamentary disposition. Interpretation. Disappearance of the motive. Ineffective.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ART. / ARTS.	Artículo/ artículos
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CIT.	Citada
DIR./DIRS.	Director/ Directores
ED.	Edición
ET. AL.	Y otros
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
NÚM.	Número
OB. CIT.	Obra citada
PÁG. / PÁGS.	Página / Páginas
SAP/SSAP	Sentencia de la Audiencia Provincial/ Sentencia de la Audiencia Provincial
SS.	Siguientes
STS/SSTS	Sentencia/ sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
VOL.	Volumen
VID.	Véase

I. INTRODUCCIÓN	1
II. LA INFLUENCIA DE LA CRISIS MATRIMONIAL EN LA SUCESIÓN DEL CÓNYUGE.....	2
1. La libertad dispositiva mortis causa	2
<i>1.1. La herencia como expresión de la libertad dispositiva mortis causa.....</i>	<i>2</i>
1.1.1. La herencia como institución constitucionalmente garantizada.....	2
1.1.2. El testamento como instrumento de plasmación de la libertad dispositiva del causante	6
<i>1.2. Influencia de las relaciones familiares en la ordenación del patrimonio del causante. Especial mención a la figura del cónyuge.....</i>	<i>7</i>
1.2.1. La tutela de los intereses familiares a través de la normativa sucesoria	9
1.2.2. Presupuestos de los derechos sucesorios viudales.....	12
2. Influencia de la crisis matrimonial en relación con los derechos legales del cónyuge viudo.....	13
<i>2.1. Incidencia del divorcio</i>	<i>14</i>
<i>2.2. Incidencia de la separación.....</i>	<i>15</i>
2.2.1. Separación legal.....	17
2.2.2. Separación de hecho	19
<i>2.3. Derechos sucesorios del cónyuge viudo acontecido el fallecimiento sin haber finalizado el procedimiento de divorcio o separación.....</i>	<i>21</i>
III.EFICACIA E INEFICACIA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS POR RUPTURA DEL MATRIMONIO	24
1. Planteamiento de la cuestión	24
2. Interpretación de la voluntad testamentaria conforme a las reglas del artículo 675 del CC: la revocación como elemento necesario de ineficacia	27
3. Integración de la voluntad testamentaria: ineficacia de las disposiciones por devenir la situación de crisis matrimonial.....	44

3.1. <i>El alcance general de la interpretación integradora del testamento</i>	44
3.2. <i>La incidencia que puede tener en la interpretación la valoración del error: artículo 767.I del Código Civil</i>	48
3.2.1. Delimitación del supuesto de causa falsa	51
3.2.2. La causa falsa relevante.....	57
3.2.3. La prueba de la existencia de un motivo erróneo y determinante de la disposición como presupuesto de la relevancia jurídica del error	60
3.2.4. Eficacia del error vicio determinante	64
3.3. <i>La ineficacia de la disposición testamentaria por la integración de la voluntad testamentaria: planteamiento doctrinal</i>	67
3.3.1. A través de la interpretación integradora.....	68
3.3.2. A través de la aplicación analógica del artículo 767.I CC	68

IV. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN CUANTO A LA VALORACIÓN DE LA CRISIS MATRIMONIAL EN LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS..... 74

1. Postura inicial de los tribunales sobre la materia..... 74

1.1. <i>Pronunciamientos del Tribunal Supremo previos a la creación de doctrina existente en la actualidad</i>	74
1.2. <i>Jurisprudencia menor</i>	75
1.2.1. Resoluciones judiciales a favor del mantenimiento de la eficacia de la disposición testamentaria.....	75
1.2.2. Resoluciones judiciales favorables a la ineficacia de la disposición testamentaria.....	79

2. Estado actual de la cuestión..... 82

2.1. <i>Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de los Civil, Sección 1^a) de 26 de septiembre de 2018</i>	83
2.1.1. Antecedentes de hecho	83
2.1.2. Recurso de casación y decisión de la Sala.....	85

2.2. <i>Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de los Civil, Sección 1ª) de 28 de septiembre de 2018</i>	87
2.2.1. Antecedentes de hecho	87
2.2.2. Recurso de casación y decisión de la Sala.....	88
2.3. <i>La vigente doctrina jurisprudencial</i>	89
2.4. <i>Doctrina aplicable a los supuestos de separación de hecho. Análisis ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 10 julio 2019</i>	90
2.4.1. Antecedentes de hecho	90
2.4.2. Recurso de casación y decisión de la sala	93
V. VALORACIÓN PERSONAL DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN	94
VI. CONCLUSIONES	98
VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	103
VIII. JURISPRUDENCIA	111
1. Tribunal Supremo	111
2. Audiencias Provinciales	112

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto el estudio de las consecuencias de la crisis matrimonial sobre las disposiciones testamentarias realizadas en favor de quien ostentaba la condición de cónyuge una vez fallece el testador sin haber revocado la disposición¹.

Es una práctica testamentaria habitual que el testador, haciendo uso de su libertad dispositiva mortis causa, realice disposiciones testamentarias en favor de quien en ese momento es su cónyuge, ampliando así, de manera voluntaria, los derechos sucesorios que le corresponden legalmente por exigencia del ordenamiento civil español. Sin embargo, la problemática surge cuando se produce una ruptura matrimonial entre el momento del otorgamiento de dicha disposición y el fallecimiento del testador, sin que este haya revocado la disposición original.

A diferencia de lo que ocurre con los derechos sucesorios legales del cónyuge viudo que, por expreso mandato legal, decaen como consecuencia de la extinción de las relaciones matrimoniales, no existe en nuestro Código Civil ninguna norma expresa que haga decaer la disposición voluntaria hecha en favor del cónyuge cuando cesa la convivencia conyugal previamente al fallecimiento del causante.

Ante esta falta de pronunciamiento expreso por parte del legislador español, surge la siguiente cuestión: ¿Conserva su eficacia la disposición testamentaria realizadas en favor del cónyuge cuando la ruptura de la relación matrimonial se ha producido con anterioridad al fallecimiento del testador sin este haber modificado su testamento?

Con el fin de dar respuesta a esta pregunta, conviene estudiar el significado que el legislador español atribuye a las crisis matrimoniales en materia de sucesión legal. Y ello, considerando que la regulación de esta materia parte de la presumible voluntad del

¹ El problema relativo a la eficacia surge cuando la disposición pura y simple, otorgada constante el matrimonio, no se revoca una vez roto este, y no en aquellos casos en los que el causante hubiera condicionado expresamente la institución de heredero o el legado a la persistencia de la condición de cónyuge o si rota esta hubiera revocado el testamento, pues en estos caso decaerían tales disposiciones, en el primer caso por incumplimiento de la condición y en el segundo, por expreso mandato del causante.

causante, voluntad que habrá de tenerse presente a la hora de optar por el mantenimiento o no de la eficacia de la disposición realizada en vida.

Para ello, se hace necesario realizar un análisis de la influencia de las relaciones familiares en la ordenación del patrimonio del causante, depositando especial atención en la figura del cónyuge, pues es este el sujeto beneficiario de la disposición testamentaria en cuestión. Con este fin, se estudian los requisitos para que nazcan los derechos sucesorios legales del cónyuge, así como la influencia del acontecimiento de una crisis matrimonial sobre los mismos.

Analizado estos extremos, se examinan las posturas doctrinales existentes en torno a esta materia, que ante la ausencia de una regla de integración que trate el supuesto de incidencia de las crisis matrimoniales en la sucesión voluntaria, han visto la necesidad de buscar la solución del problema a través de distintas vías recogidas por el Código Civil, ocasionando por este motivo una dicotomía con respecto a la respuesta ofrecida.

Finalmente, se concluye el estudio sobre la materia con el análisis de la evolución del padecer de nuestros tribunales entorno a la cuestión.

II. LA INFLUENCIA DE LA CRISIS MATRIMONIAL EN LA SUCESIÓN DEL CÓNNYUGE

1. La libertad dispositiva mortis causa

1.1. La herencia como expresión de la libertad dispositiva mortis causa

1.1.1. La herencia como institución constitucionalmente garantizada

El apartado primero del artículo 33 de la Constitución Española, en adelante CE, reconoce, junto al derecho a la propiedad privada, *el derecho a la herencia*. Dicho precepto queda incluido dentro de la Sección 2ª, relativa a ‘los derechos y deberes de los ciudadanos’, sección esta comprendida dentro del Capítulo segundo del Título I. Como consecuencia de esta posición, no goza de la tutela jurisdiccional reconocida para los derechos fundamentales en el artículo 53.2 de la CE. No obstante, tanto la propiedad como la herencia son instituciones garantizadas constitucionalmente.

La doctrina entiende que la garantía de la herencia como institución supone “su contemplación no desde la perspectiva de las facultades individuales de los causantes, sino desde la del complejo conjunto de normas ordinarias que se ocupan del derecho a suceder con motivo de la muerte de una persona”².

Así, en palabras de EGUSQUIZA BALMASEDA esta garantía institucional “se dirige al legislador para que regule el Derecho sucesorio conforme a los principios esenciales del ordenamiento y las estructuras constitucionales fundamentales”³.

Según esta autora “hay una garantía de respeto a los aspectos básicos de la institución, pero, fuera de ella, el legislador goza de un amplio marco de libertad para disponer los aspectos técnicos o disciplinas accesorias según los criterios de conveniencia y oportunidad que estime más acordes con la realidad social”⁴. Por ello, es importante delimitar cuál es el núcleo básico indisponible que el legislador debe respetar y que garantizaría la reconocibilidad de la herencia como institución.

Del mismo modo que sucede con otras instituciones garantizadas por la Constitución, la institución de herencia no se encuentra delimitada conceptualmente por la norma suprema⁵. A diferencia de lo que ocurre con la conceptualización del derecho de propiedad que se ha ido formulando a través de la jurisprudencia, en lo que respecta al término herencia, ha pasado inadvertido, por lo que debemos acudir a la doctrina para conocer su alcance.

Es necesario advertir que la regulación conjunta de la herencia con la propiedad muestra el estrecho contexto en que se mueven ambas garantías, por ello, para poder entender la institución de herencia, debemos realizar un análisis conjunto de ambas.

² LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., “La garantía institucional de la herencia”, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 3, 1994, pág. 50.

³ EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A., *Sucesión ‘mortis causa’ de la familia recompuesta (de la reserva viudal a la fiducia sucesoria)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 33

⁴ EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A., *Sucesión ‘mortis causa’*, *Cit.*, pág. 33

⁵ Entiende BARRIO GALLARDO que “en dicha ambigüedad calculada reside el éxito de la CE cuya permeabilidad y adaptación a las nuevas realidades sociales le ha hecho resistir bien el embate del tiempo hasta nuestros días.” BARRIO GALLARDO, A. “Derecho a la herencia y sucesión forzosa en el art. 33 de la constitución española”, en *Conpedi Law Review*, Vol. 4, núm. 1, 2018, pág. 141.

Desde esta perspectiva BARRIO GALLARDO⁶ entiende que la propiedad individual únicamente esta completa cuando es transmisible tanto inter vivos como mortis causa⁷.

Partiendo de esta vinculación de derechos, LÓPEZ Y LÓPEZ⁸ entiende que la previsión de la herencia en el texto constitucional comprende “la preservación de un ámbito privado de transmisión mortis causa” o lo que es lo mismo, el mantenimiento del ámbito de poder del sujeto sobre sus bienes para después de su muerte. De no existir dicha capacidad, para este autor, la garantía quedaría destruida.

Así, “mediante la herencia, la propiedad se perpetua en manos privadas, constituyendo propiedad y herencia de manera igual elementos básicos de un orden patrimonial y social basado en la autonomía privada. En este sentido la herencia puede estimarse incluso como un apartado de la garantía de la propiedad.”⁹

Por tanto, se puede afirmar que la previsión constitucional de herencia hace entender que el concepto constitucional de la propiedad abarca no solo la facultad de aprovechar, sino también la de transmitir de manera permanente¹⁰.

Partiendo de estas manifestaciones, la doctrina entiende que el término “herencia” empleado por la Constitución garantiza el derecho del *de cuius* a decidir sobre el destino de su patrimonio para después de su muerte¹¹.

⁶ BARRIO GALLARDO, A, *Ob. Cit.*, Pág. 140

⁷ En este sentido, autores como EGUSQUIZA BALMASEDA consideran que el derecho a la herencia y el alcance de su significado están directamente vinculados al de propiedad por el hecho de que en su evolución histórica ambos derechos se han venido uniendo considerando que el derecho de herencia es el apéndice del derecho de propiedad. Vid. EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A., *Sucesión ‘mortis causa’*, *Cit.*, pág. 28

⁸ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., *Ob. Cit.*, págs. 50 y 51.

⁹ LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *Ob. Cit.*, págs. 50 y 51.

¹⁰ Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *Ob. Cit.*, Pág. 52. En el mismo sentido DE BARRÓN ARNICHES quien considera que se “reconoce un ámbito de poder del individuo sobre sus bienes, no sólo en vida, sino también más allá de su muerte, de modo que la Constitución considera la garantía de la herencia como una consecuencia del reconocimiento de la propiedad privada. La posición de propietario incluye la facultad de disponer de los bienes inter vivos y también la de disponer para después de la propia muerte”. DE BARRÓN ARNICHES, P., “Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2016, pág. 6

¹¹ Vid. VAQUER ALOY, A., “Libertad de testar y condiciones testamentarias”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2015, pág. 4.

Teniendo presente esta delimitación, BARRIO GALLARDO¹² considera que es factible que el citado precepto conlleve conceder, dentro de la ordenación sucesoria del causante, un papel principal al principio de autonomía privada. Esta idea exige la existencia de una exigua libertad de disponer en el ámbito de la sucesión, pues de no existir esta facultad, la garantía quedaría extenuada.

De esta forma, se considera que la voluntad individual alcanza su máxima cota de libertad en el Derecho de Sucesiones, donde la autonomía de la voluntad se denomina *libertad dispositiva mortis causa*.

Por lo expuesto, se puede afirmar que la Constitución garantiza la existencia del derecho a la sucesión *mortis causa*, implicando esta garantía una libertad dispositiva del causante.

El legislador español ha dado cumplimiento al mandato constitucional a través de la proclamación del Título III del Libro Tercero del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, en adelante CC, donde se regula la materia de Derecho sucesorio aplicable en el Derecho común.

Dicho cuerpo normativo no recoge expresamente la terminología “libertad de disposición mortis causa”. A pesar de ello, esta idea se desprende de lo dispuesto por el artículo 658 del CC, pues dicho precepto regula la preeminencia de la voluntad del causante manifestada en testamento sobre la designación legal de los sucesores en los bienes y demás relaciones jurídicas transmisibles.

De la interpretación de este precepto, podemos afirmar que existe la facultad, que no la obligación, de que las personas puedan decidir el destino que van a tomar sus bienes tras su muerte con preferencia a la designación que ordena el legislador, operando esta última en este caso como subsidiaria de la sucesión realizada por la persona.

¹² Vid. BARRIO GALLARDO, A, *Ob. Cit.*, Pág. 140

1.1.2. El testamento como instrumento de plasmación de la libertad dispositiva del causante

La forma que nuestro legislador ha previsto para hacer uso de la libertad dispositiva *mortis causa* garantizada por la Constitución es el otorgamiento de testamento¹³. Así, el testamento es el instrumento a través del cual el causante recoge una manifestación sobre el destino de su propiedad privada, entre otras posibles manifestaciones, para después de su muerte. La voluntad del testador, en este caso manifestada en testamento, es ley en materia de sucesión testamentaria.

No obstante, cabe remarcar que el testamento es un acto jurídico formal, por lo que no toda declaración de voluntad manifestada por el causante disponiendo de los bienes para después de su muerte es válida y jurídicamente eficaz.

Para que lo dispuesto en el testamento opere como ley de sucesión, será necesario que la voluntad del causante se manifieste en alguna de las formas legalmente previstas por el ordenamiento, afirmándose por el artículo 687 del CC que será nulo el testamento que no haya observado las formalidades establecidas por el Código para las distintas modalidades testamentarias en su otorgamiento. Así mismo, se exige que dicha voluntad se exprese de manera libre, siendo nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude¹⁴.

Cumplidas con las exigencias legales, tal y como manifiesta BLASCO GASCÓ, “en el marco de las normas imperativas, la voluntad del testador [manifestada en el testamento] es la ley de la sucesión mortis causa.”¹⁵

¹³ Así se desprende directamente del artículo 658 del CC, donde se establece que la sucesión se defiere por la voluntad del hombre plasmada en testamento y, a falta de este por la sucesión legal. Así, y a diferencia de lo que ocurre en diversos ordenamientos forales, el ordenamiento civil español parte de la prohibición de los denominados pactos sucesorios o contratos *post mortem*, siendo el artículo 1271.2 de la norma civil el precepto encargado de regular tal prohibición al establecer que “sobre la herencia futura no se podrá celebrar otros contratos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.” Tan solo en casos puntuales y tasados es admitido el pacto sucesorio en el ámbito del Derecho común, tal y como se recoge en los arts. 826, 827, 831, 1056.2 y 1341.2 CC.

¹⁴ Así se dispone por el artículo 673 del CC.

¹⁵ BLASCO GASCÓ, F., *Instituciones de derecho civil: derecho de sucesiones*, Tirant lo Blanch [recurso electrónico en línea], Valencia, 2018, pág. 52. [Última consulta: 10/05/2021]. Disponible en: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788491907534?showPage=0>

Como quiera que esta voluntad del causante, manifestada en testamento, va a ser la ley que rija en su caso la sucesión del fallecido para el caso de su muerte y, por lo tanto, tiene eficacia *post mortem*, este es revocable *ad libitum usque ad mortem*, es decir, es esencial y libremente revocable en todo momento y hasta la muerte del testador¹⁶. De esta forma, se le da la posibilidad al causante de que el testamento recoja la voluntad más precisa y cercana que este tenía a su muerte.

En palabras de MIQUEL GONZÁLEZ, “la revocabilidad del testamento proporciona al testador un medio para controlar el ajuste del testamento a las nuevas situaciones”¹⁷. Por lo tanto, debemos presuponer que el testamento vigente en el momento del fallecimiento del causante es aquel testamento que mejor recoge la última voluntad de este, pues de no ser así, tuvo la oportunidad de poder modificarlo.

1.2. Influencia de las relaciones familiares en la ordenación del patrimonio del causante. Especial mención a la figura del cónyuge.

Históricamente, el Derecho de Sucesiones en España aparece muy vinculado a la familia, pudiendo afirmarse que se trata de un Derecho de tradición familiar. Ello justifica que a la hora de la sucesión *mortis causa* se aplique lo que se conoce como el *principio de vinculación familiar del patrimonio*.

Ello se debe a razones “de índole religiosa (a la familia quedaban confiados los *sacra* del difunto), económica (la propia familia había contribuido a la creación, mantenimiento o acrecentamiento del patrimonio titulado por el causante), alimenticia (el patrimonio del causante era el sustento del grupo familiar)... Todo ello ha determinado la existencia de un ingrediente familiar en el Derecho sucesorio *mortis causa*.”¹⁸

¹⁶ Así lo dispone el artículo 737 del CC al establecer que “Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas” y ello, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas, teniéndose por no puestas las disposiciones que se expresen en tal sentido.

¹⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Notas sobre ‘la voluntad del testador’” en *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, núm. 6, 2016, pág. 181. Recuperado a partir de <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6242>

¹⁸ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., *Ob. Cit.*, pág. 32

En cuanto a su justificación, es necesario advertir que la Constitución Española no garantiza tal vinculación, no obstante, sí que existe un mandato constitucional de “protección de la familia”, el cual se encuentra previsto en el artículo 39 del mismo cuerpo normativo.

En palabras de AGUILAR DÍAZ, “el hecho de que en nuestros días se mantenga un estrecho vínculo entre herencia y familia descansa en un principio de ‘*solidaridad intergeneracional, informador del sistema sucesorio español*’.”¹⁹ Entiende esta solidaridad intergeneracional como el apoyo mutuo entre los miembros de una misma familia que pertenecen a diversas generaciones.

Sin embargo, otros autores como EGUSQUIZA BALMASEDA encuentran tal vinculación justificada como forma de expresión de la función social que debe cumplir la institución de herencia por expreso mandato constitucional. Así, manifiesta que de esta función social se deriva “una obligación a que la herencia cubriera las necesidades que en el terreno asistencial precisaran los parientes en línea recta y el cónyuge; como expresión del deber que el causante tiene de compartir sus bienes con los miembros próximos de su familia, a los que acaso estaba obligado actual o eventualmente a prestar alimentos.”²⁰

Independientemente de la justificación que se le dé, la doctrina entiende que el Derecho de Sucesiones debe conciliar la libertad dispositiva mortis causa del artículo 33 de la CE con la obligación de protección de la familia exigida por el artículo 39.

A este respecto, cabe citar la STC de 11 de diciembre 1992, que manifiesta que “corresponde a la libertad de configuración del legislador articular los instrumentos, normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivos tal mandato constitucional —art. 39 CE—sin que ninguno de ellos resulte a priori constitucionalmente obligado.”

¹⁹ AGUILAR DÍAZ, R. “De la libertad para testar con la legítima” en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 6, 2015, pág. 76.

²⁰ EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª A., *Sucesión Legal y Voluntaria del Cónyuge en las Crisis Matrimoniales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pág. 27

1.2.1. La tutela de los intereses familiares a través de la normativa sucesoria

Debido a la vinculación existente, y pese al principio de libertad dispositiva imperante en el derecho sucesorio español, la libertad del causante no aparece como una facultad absoluta, existiendo límites a la libertad dispositiva del causante consistentes en la imposición legal, por parte del legislador español, de reserva, respecto de una determinada cuota de la herencia, en favor de determinados familiares o parientes²¹. Este límite de la libertad dispositiva se concreta en el *sistema de legítimas hereditarias*²².

Como consecuencia de la existencia de esta institución, aunque en la sucesión testamentaria es el causante el que decide cual va a ser el destino de su patrimonio para después de su muerte, siempre deberá tener en cuenta a los legitimarios, debiendo respetarles a través de las cuotas reservadas imperativamente por la ley.

Es en la delimitación que realiza el Código Civil de los legitimarios donde se observa con mayor reflejo la vinculación existente entre el Derecho de Familia y el Derecho de Sucesiones imperante en el ordenamiento. Así, el artículo 807 del CC establece como legitimarios a los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes, a los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes y al viudo o viuda del causante.

De la lectura de este precepto podemos observar como el legislador “‘reserva’ la legítima a unas personas que se hallan íntimamente ligadas al causante por ciertos vínculos, familiares unos, como el parentesco, jurídicos otros, caso del matrimonio”²³.

²¹ Vid. FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., “La libertad de testar del causante como protección sucesoria del cónyuge viudo en el siglo XXI”, en *Las legítimas y la libertad de testar: Perfiles críticos y comparados*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pág. 494.

²² Entiende BARRIO GALLARDO que “la legítima puede ser una forma de tutelar a la familia que la CE mando proteger ex art. 39 CE, pero no se antoja tan claro que la *norma normarum* la imponga necesariamente. La CE dista mucho de concretar cómo debe materializarse tal protección a este grupo social en el art. 39.” BARRIO GALLARDO, A., *Ob. Cit.*, pág. 294. En favor de esta misma tesis se postula PARRA LUCAN, “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 2009, págs. 481 a 554 y ZUBERO QUINTANILLA, S., en “Ponderación de las limitaciones legales a la libertad de testar del causante. El sistema de legítimas en Aragón y en el Código civil” en *Revista de Derecho Civil*, Vol. 4, núm. 2, 2017, pág. 56.

²³ IRURZUN GOICOA, D. ¿Qué es la legítima para el Código Civil español? [Internet]. Notarios y Registradores. 2015 [citado: 25/11/2020]. Disponible en:

En definitiva, el presupuesto de hecho que justifica la aplicación de la institución mencionada es la conservación, al momento de la apertura de la sucesión, de efectivas y ciertas relaciones personales y familiares con el causante²⁴.

Esta vinculación mencionada también puede desprenderse del propio fundamento de la legítima misma, pues se trata de “una institución cuyo fundamento radica en los vínculos familiares que unen a descendientes y ascendientes y a los cónyuges entre sí y esos vínculos descansan sobre una realidad sociológica que requiere la existencia de relaciones de afectividad entre los mismos”²⁵.

Dentro de los sujetos a los que se pretende proteger, destaca la figura del cónyuge, pues a diferencia de lo que ocurre con el resto de legitimarios, no existen entre el causante y este vínculos de sangre, sino vínculos afectivos derivados de la relación matrimonial existente. Ostentan, por consiguiente, una especial condición que, como se verá, es la generadora de dichos derechos.

Desde esta perspectiva, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL entiende que la legítima viudal supone “proveer a las necesidades de quien estuvo unido al testador por un vínculo tan estrecho como el del matrimonio”²⁶. Este entiende que “a pesar de que el matrimonio no genera parentesco entre los cónyuges, estos son los fundadores de la familia [...], de ahí que al establecer el sistema legitimario el legislador deba incluir forzosamente al cónyuge viudo, porque también frente a él debe responder el premuerto de sus deberes familiares.”²⁷

La vinculación existente entre el Derecho de Familia y el Derecho Sucesorio español también se desprende de la regulación prevista en el Código Civil para *la sucesión*

<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/que-es-la-legitima-para-el-codigo-civil-espanol/#>

²⁴ Vid. DE LA IGLESIA PRADOS, E., “La ineficacia de las disposiciones testamentarias entre cónyuges por crisis matrimonial”, en RAMOS PRIETO y HORNERO MÉNDEZ *Derecho y fiscalidad de las sucesiones "mortis causa" en España: una perspectiva multidisciplinar*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pág. 171

²⁵ BARRIO GALLARDO, A., “El ocaso de las legítimas largas”, en *Las legítimas y la libertad de testar: Perfiles críticos y comparados*. Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pág. 667

²⁶ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A., *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en la nulidad, la separación y el divorcio*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 44 y 45

²⁷ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A., *Ob. Cit.*, pág. 45

abintestato donde la sucesión se ordena conforme a los criterios de clase²⁸, línea de parentesco²⁹ y grado de parentesco³⁰, teniendo en cuenta que “el pariente más próximo en grado excluye al más remoto”³¹.

Entiende la doctrina que los llamamientos previstos legalmente en la sucesión intestada tienen su fundamento en la idea de una voluntad presunta del causante, es decir, se construye sobre la suposición de lo que una persona media o típica hubiera querido en relación con el destino *post mortem* de sus bienes de haberse manifestado su voluntad en este sentido³².

En lo que se refiere a la figura del cónyuge, buena parte de la doctrina considera que “el derecho a suceder abintestato tiene su fundamento en una presunción de afecto hacia el llamado que es consecuencia, en estos casos, de la convivencia y no de la existencia de matrimonio, como así lo demuestra el artículo 945 CC al incluir entre las causas de exclusión del derecho a suceder a la separación de hecho entre los cónyuges al tiempo del fallecimiento de uno de ellos.”³³

Como se puede observar de la lectura de los artículos encargados de regular la institución, y así lo entiende la doctrina mayoritaria, el legislador ha optado por aplicar la teoría familiar a la hora de regular el llamamiento en la sucesión intestada. Según esta teoría, se atribuyen derechos sucesorios a aquellas personas que se encuentran más próximas al causante. “Podría pensarse que el llamamiento en favor de la familia eliminaría al cónyuge de la sucesión, pues la familia es una comunidad de sangre, de tal suerte que solo los consanguíneos del difunto tendrían derecho a sucederle. Sin embargo,

²⁸ Parentesco, matrimonio y llamamiento residual del Estado, tal y como se recoge en el artículo 913 CC. El parentesco al que se refiere el artículo 915 CC es el de consanguinidad. Esto es, el basado en la pertenencia a un círculo de personas unidas entre sí por existir vínculos de filiación con un tronco común

²⁹ Línea recta o directa, distinguiéndose entre ascendentes y descendentes y línea colateral (art. 916 CC).

³⁰ Según establece el art. 915 CC “la proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones. Cada generación forma un grado.”

³¹ Artículo 921 del CC.

³² Vid. FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., *Ob. Cit.*, págs. 509 y 510; PÉREZ ESCOLAR, M., “Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español. Revisión de fundamentos y planteamiento de futuro” en *Anuario de derecho civil*, Vol. 60, núm. 4, 2007, pág. 1644 y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado [recurso electrónico en línea], 2016, pág. 352 [Última consulta: 10/05/2021]. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2016-46

³³ PÉREZ ESCOLAR, M., *Ob. Cit.*, pág. 1645

autores partidarios de esta teoría consideraban que la familia, más que constituir una comunidad de sangre, constituye una comunidad de vida, en la que cada miembro asume determinados deberes en favor del grupo. Así, admitido que el concepto de familia se apoya en la intimidad de las relaciones y del vínculo que une a sus miembros, es indiscutible la preferencia del derecho del cónyuge, pues no hay unión más plena que la que impone el matrimonio.”³⁴

En este sentido, afirma CASTÁN TOBEÑAS que los defensores de esta teoría “entienden que la familia es una comunidad de deberes, entre los cuales son esencialísimos los que existen recíprocamente entre los cónyuges; y puesto que la asistencia mutua entre marido y mujer es de derecho natural, tiene que serlo igualmente la sucesión entre cónyuges”³⁵.

Por tanto, se puede afirmar que tanto los derechos legitimarios como el llamamiento abintestato del cónyuge se justifican en la comunidad de vida creada entre estos de la que deriva una presunción de *affectio maritalis*.

1.2.2. Presupuestos de los derechos sucesorios viudales

Como puede observarse de la lectura de los preceptos 834, 913 y 944 del CC, donde al reconocer los derechos sucesorios viudales se hace alusión a la condición de cónyuge o viudo, para que puedan nacer los derechos sucesorios legales que le corresponden al cónyuge viudo, es necesario ostentar la *condición de cónyuge*, condición esta que se adquiere a través de la celebración de un matrimonio válido. Así, “el ser cónyuge al tiempo del fallecimiento es el hecho futuro e incierto que debe cumplirse para la efectividad de la atribución, siendo un requisito legal para su eficacia”³⁶. Por tanto, “la vigencia del matrimonio actúa como una condición natural que forma parte del juego de los derechos sucesorios viudales”³⁷.

³⁴ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A., *Ob. Cit.*, págs. 30 y 31

³⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J., “La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales” en *Biblioteca de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 63, núm. 126, Madrid, 1915, pág. 24

³⁶ MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., *Ob. Cit.*, pág. 44.

³⁷ MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., *Ob. Cit.*, pág. 44.

Junto con la condición de cónyuge, para la efectividad de los derechos sucesorios viudales, tanto por el artículo 834 del CC como por el artículo 945 del mismo cuerpo normativo, se exige la *integridad y normalidad de las relaciones matrimoniales* en el momento del fallecimiento, entendiendo como tal la existencia de *affectio maritalis* o amor entre los cónyuges deriva de la comunidad de vida marital construida en común.

Por último, es requisito indispensable para que nazcan tales derechos sucesorios que el cónyuge *no* haya sido *justamente desheredado*, para el caso de la legítima, así como que este *no* esté *incurso en causa de indignidad para suceder*.

Aun cuando el cónyuge viudo conserve la condición de cónyuge por existir matrimonio válido, los derechos sucesorios reconocidos legalmente pueden ser excluidos de concurrir alguna de las causas de indignidad para suceder recogidas en el artículo 756 del CC, que privan al indigno de cualquier derecho sucesorio, o porque el testador haya excluido, mediante manifestación en su testamento de la concurrencia en la persona del cónyuge de alguna de las causas de desheredación tasadas por el artículo 855 del CC³⁸.

2. Influencia de la crisis matrimonial en relación con los derechos legales del cónyuge viudo

Constatado por los cónyuges el fracaso de su proyecto de vida en común, estos pueden optar por poner fin a su unión conyugal, adoptando algún tipo de medida que evidencie la ruptura³⁹. Las consecuencias derivadas de la crisis pueden ser, en cierta medida, graduadas por estos, a través de la elección del expediente jurídico que estimen más adecuado a su situación emocional, personal y de pareja, pudiendo la pareja optar por divorciarse o separarse, ya sea de manera legal o de hecho. Lo que es evidente es que, “cuando se llega al extremo de solicitar la separación o divorcio se constata la existencia

³⁸Este supuesto “se trata de una sanción al heredero forzoso que, incurso en alguna de las causas que establece el Código Civil, queda privado, por voluntad del testador, de lo que le correspondería en concepto de legítima”. MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., *Ob. Cit.*, pág. 34.

³⁹CASTILLA BAREA, M., “Capítulo 12. La separación” en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.) y CUENA CASAS, M., *Tratado de derecho de la familia*, Vol. II, 2.ª ed., Aranzadi: Thomson Reuters [recurso electrónico en línea], Cizur Menor, 2017, pág. RB-2.1 [Última consulta: 27/04/2021]. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/monografias/165451639/v2/page/RB-2.1>

de una fractura de la relación entre los esposos en la que se hace imposible imponer una vida en común, que ya no es querida.”⁴⁰

Como consecuencia de ese hecho, el legislador español, desde la perspectiva de la presumible voluntad del causante, ha determinado que el acontecimiento de la misma lleva consigo la *pérdida de la efectividad de los derechos sucesorios* que derivan de la condición de cónyuge. Ello se debe a que la asignación de los derechos sucesorios “se halla vinculada a cuestiones que trascienden el ámbito sucesorio, ya que implican al matrimonio y a las relaciones que de ahí surgen”⁴¹ y, por ello, cuando estas relaciones se rompen, desaparecen las relaciones afectivas que fundamentan dichos derechos.

2.1. Incidencia del divorcio

Por expreso mandato del artículo 85 del CC, el divorcio produce la disolución del matrimonio válidamente celebrado. Por ello, la sentencia, decreto o escritura pública que declare el divorcio⁴² tiene el efecto de llevar consigo la disolución del matrimonio hasta entonces válido.

Como consecuencia de dicha solución se produce “la recuperación de la libertad de vínculo y la decadencia del impedimento de ligamen (*ex art. 46.2.º CC*).” Se trata, en definitiva, de que los cónyuges, una vez divorciados, dejan de ostentar la condición de tales, con la consiguiente posibilidad de contraer nuevas nupcias⁴³. Consecuentemente,

⁴⁰ EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a, A., *Sucesión Legal*, *Cit.*, págs. 19 y 20.

⁴¹ EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a, A., *Sucesión Legal*, *Cit.*, pág. 21

⁴² “A partir de la Ley 15/2015 el divorcio ha dejado de ser monopolio de los órganos judiciales, para convertirse en monopolio de un grupo más variado de ‘órganos públicos’ a los que el legislador ordinario ha querido ampliar la competencia para declarar el divorcio en determinados supuestos. Y así, junto al Juez, dotado de una potestad jurisdiccional que no siempre tiene que ejercer en materia de divorcio, la LJV ha dado entrada en la función de declarar el divorcio a otros ‘operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales [actualmente denominados Letrados de la Administración de Justicia] (y), Notarios’ que tienen en común entre sí la cualidad de ser fedatarios públicos”. CASTILLA BAREA, M., “Capítulo 13. La disolución del matrimonio. El divorcio” en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. (Dir.), *Tratado de derecho de la familia*, Vol. II, 2.^a ed., Aranzadi: Thomson Reuters [recurso electrónico en línea], Cizur Menor, 2017 [Última consulta: 27/04/2021]. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/monografias/165451639/v2/page/RB-3.3>

Cabe advertir que, tal y como exige el artículo 87 del CC por expresa remisión al artículo 82 del mismo cuerpo normativo, para poder optar por la disolución matrimonial a través de la escritura pública notarial o decreto del Letrado de la Administración de Justicia será necesario que los cónyuges no tengan hijos menores no emancipados o mayores con capacidad modificada judicialmente, así como que estén de acuerdo en divorciarse y en las medidas que deben regir la nueva situación resultante de tal decisión.

⁴³ Vid. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A., *Ob. Cit.*, pág. 244.

dejan de producirse los beneficios reconocidos por la Ley hacia el cónyuge, entre los cuales se encuentra las expectativas de derechos en la sucesión del cónyuge (arts. 834 y 945 del CC).

Así pues, tras el divorcio y consiguiente disolución del vínculo matrimonial, cesa toda expectativa de sucesión entre los ex cónyuges, ya que el cónyuge divorciado ha perdido el título o fundamento que le da derecho a suceder⁴⁴.

2.2. Incidencia de la separación

Para la efectividad de los derechos sucesorios del cónyuge, además de la existencia de un matrimonio válido, se precisa la normalidad de las relaciones conyugales al momento de abrirse la sucesión. Así, tanto el artículo 834 como el 945 del CC exigen para la efectividad de los derechos del cónyuge viudo que este no se halle separado legalmente o de hecho⁴⁵.

Por separación matrimonial, en sentido amplio, debemos entender “toda situación jurídica caracterizada por la ruptura o cese efectivo de la convivencia conyugal”⁴⁶, sin

En el mismo sentido CASTILLA BAREA para quien “cualquiera que sea la causa motriz de la disolución, el matrimonio deja definitivamente de serlo y los esposos recuperan un estado civil que, si no es idéntico al de soltero, se le asemeja bastante en lo que respecta a la posibilidad de contraer matrimonio sin el obstáculo técnico del impedimento de ligamen.” CASTILLA BAREA, M., “El divorcio”, *Cit.*, pág. RB-3.1

⁴⁴ Como se observaba en la lectura de los preceptos 834, 913 y 944 del CC, para que puedan nacer los derechos sucesorios es necesario ostentar la condición de cónyuge.

⁴⁵ Es necesario advertir que, la regulación contenida en estos preceptos es consecuencia de la modificación efectuada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en adelante Ley 15/2005, que posteriormente fue ratificada por la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV), aunque esta última ley, a los efectos que aquí importan, únicamente modifica el término judicial por el legal, con el objetivo de incluir las nuevas modalidades existentes de separación y divorcio.

Las modificaciones operadas por la Ley 15/2005 tuvieron como objetivo la desaparición de la separación causal, obligando a modificar aquellos preceptos, como son el caso del 834 y 945, que conforme a la regulación anterior de separación tomaban en consideración el hecho de la culpa para, en nuestro caso, no privar de sus derechos sucesorios al cónyuge que se encontraba separado por culpa del causante.

Así mismo, la citada Ley hace contemplar, en la actualidad, como causa de exclusión de los derechos del cónyuge viudo tanto la separación legal como la separación de hecho. De esta forma, se dio fin a los problemas interpretativos que existían entre el anterior artículo 945, en materia de sucesión legal, en relación con el artículo 834, relativo a la legítima viudal, puesto que el primero de estos preceptos supeditaba los derechos viudales a la ausencia de separación por sentencia firme o separado de hecho por mutuo acuerdo que constara fehacientemente; mientras que el segundo de los preceptos establecía la persistencia de la legítima salvo que existiera separación judicial decretada y esta lo hubiera sido por culpa del difunto, no considerando la separación de hecho como causa de no adquisición del derecho. Vid. CASTILLA BAREA, M., “La separación”, *Cit.*, pág. RB-2.14

⁴⁶ CASTILLA BAREA, M., “La separación”, *Cit.*, pág. RB-2.14

ruptura del vínculo matrimonial. Sin embargo, ¿qué es lo que justifica en estos casos, donde perdura el vínculo matrimonial, la decisión del legislador?

Como sabemos, los derechos sucesorios del cónyuge, a pesar de que para que nazcan sea necesario ostentar la condición de cónyuge, “tienen un presupuesto convivencial [...] que deriva de la existencia de una presunción de afecto en el caso de la sucesión intestada y de un supuesto deber moral de asistencia en el caso de la legítima que desaparecen ante cualquier situación de ruptura de los cónyuges”⁴⁷, supuestos ambos que se generan como consecuencia de la convivencia marital.

Desde esta perspectiva, entiende EGUSQUIZA BALMASEDA que la pérdida de los derechos sucesorios del cónyuge “por separación de hecho y [legal] salvaguarda los presumibles afectos del causante y la propia base de atribución de ese derecho que reside en el vínculo vivo de la relación conyugal”⁴⁸.

Por ello, la exclusión de los derechos en el caso del cónyuge separado se justifica sobre la idea de excluir al cónyuge “que esta desligado del causante en cuanto a sus afectos e intereses, puesto que el cónyuge carece de vínculos de sangre con el fallecido y, por ende, su llamamiento, a diferencia de los parientes, proviene de los lazos jurídicos que nacen con el matrimonio, relación esta que exige la convivencia y el socorro mutuo, conforme al artículo 68 del Código Civil”. De esta manera se entiende que “la falta de primer elemento, vivir juntos, ya implica una anormalidad en el desarrollo de la afección propia de ese nexo que es causa jurídica para heredar”⁴⁹.

Por tanto, el decaimiento de los derechos sucesorios del cónyuge tras el acontecimiento de la separación son consecuencia de la desaparición del fundamento que justifica la sucesión del supérstite, la *affectio maritalis*, como consecuencia de la cesación de la vida en común de los cónyuges⁵⁰.

⁴⁷ PÉREZ ESCOLAR, M, *Ob. Cit.*, pág. 1673

⁴⁸ EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a, A., *Sucesión ‘mortis causa’*, *Cit.*, pág. 52.

⁴⁹ DE LA IGLESIA PRADOS, E., *Ob. Cit.*, pág. 171.

⁵⁰Vid. LÓPEZ MAZA, S., “Comentario al artículo 945”, en BERCOVITZ (Dir.) *Comentario al Código Civil*, Tomo V, Tirant lo Blanch [recurso electrónico en línea], 2013, pág. 6883. [Última consulta: 29/04/2021]. Disponible en: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788490337356#ulNotainformativaTitle>.

2.2.1. Separación legal

En lo que respecta a la separación legal, es necesario advertir que previamente a las modificaciones operadas por la Ley 15/20015, cabía entender como términos sinónimos la separación legal y la separación judicial⁵¹ debido a que la intervención judicial resultaba imprescindible para decretar esta modalidad de ruptura matrimonial. Por el contrario, en la actualidad, tras la modificación del Código Civil operada por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, se ha producido una diversificación de tipos de separación legal, dándose “entrada a la tramitación como expedientes de jurisdicción voluntaria”, pudiendo tramitarse, en la actualidad, la separación ante el Juez⁵², ante el Letrado de la Administración de Justicia, en adelante, LAJ o ante el Notario.

Así, en la actualidad, las distintas modalidades existentes de separación reciben la denominación de separación legal, como contrapuesta a la separación de hecho y distinguiéndose de la separación denominada judicial, esta última relativa a la modalidad de separación operada ante el juez⁵³.

Desde esta perspectiva, la separación legal supone “la ruptura conyugal que ha obtenido el refrendo de una sentencia del Juez o que se declara mediante un decreto del [LAJ] o en una escritura pública notarial que, reconociendo la pervivencia del vínculo

En el mismo sentido se ha manifestado PÉREZ ESCOLAR, M, *Ob. Cit.*, pág. 1673

⁵¹ Ambos términos como distintos y contrapuestos a la separación de hecho

⁵² “Los órganos jurisdiccionales del Estado –más concretamente los del orden civil y, en ciertos supuestos, algunos de la jurisdicción penal – son los únicos competentes para dictar en estos casos una sentencia de separación o divorcio, con independencia de que el matrimonio se celebre en su día en forma civil o religiosa.” CASTILLA BAREA, M., “La separación”, *Cit.*, pág. RB-2.15

Cabe advertir de que “en caso de que estemos ante un supuesto de Violencia contra la mujer, sujeto a la LO 1/2004, la competencia para conocer de la demanda de separación corresponderá al Juzgado de Violencia sobre la Mujer ante el que se estén tramitando las actuaciones correspondientes.” MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Comentario al artículo 81” en CAÑIZARES, LASO, A., DE PABLO, CONTRERAS, P. (Dirs.) [et.al.], *Código Civil Comentado*, 2.ª ed., Vol. I, Aranzadi: Thomson Reuters [recurso electrónico en línea], Cizur Menor, 2016, pág. RL-1.81 [Última consulta: 1/05/2021]. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/codigos/167404565/v2/page/RL-1.81>

⁵³ “De hecho, en el plano terminológico, es el propio legislador el que ha establecido para lo sucesivo la sustitución entre las expresiones ‘separación judicial’ –entendida antes como referente de toda separación declarada por sentencia- y ‘separación legal’, ya que la LJV establece en el número 2 de su *Disposición adicional primera. Referencias contenidas en la legislación* que: ‘Las referencias que figuren en normas de fecha anterior a esta Ley a separación o divorcio judicial se entenderán hechas a separación o divorcio legal. En el mismo sentido las referencias existentes a ‘separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente’ deberán entenderse a la separación notarial.’” CASTILLA BAREA, M., “La separación”, *Cit.*, pág. RB-2.14

matrimonial, establecen la suspensión de determinados efectos del matrimonio sustituyéndolos por los establecidos en la propia sentencia, decreto o escritura”⁵⁴.

De acuerdo con lo establecido por los artículos 81 y 82 del CC, la separación legal no precisa de causa alguna que la justifique, bastando para ello la voluntad de separarse de ambos cónyuges o uno solo de ellos. Para que esta sea procedente se precisa el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio⁵⁵.

Actualmente, existen dos cauces para obtener la separación, la vía notarial y la vía procesal, distinguiéndose en este último caso, la separación judicial de la realizada ante el LAJ.

Para que los cónyuges puedan optar por una separación ante Notario o LAJ, los cónyuges deben estar de acuerdo en solicitar la separación, así como en la formulación del convenio de regulación, tramitando así el procedimiento de mutuo acuerdo. Asimismo, no deben concurrir hijos menores de edad no emancipados o con capacidad modificada judicialmente dependientes de los cónyuges. Por último, cuando existan hijos mayores de edad o menores emancipados que carezcan de ingresos propios y convivan en el domicilio familiar, deberán consentir las medidas que les puedan afectar.

Por su parte, habrá de acudir a la separación judicial en aquellos casos en los que 1) exista una falta de acuerdo entre los cónyuges, bien respecto de la propia separación, bien respecto a las medidas del convenio regulador; 2) existan hijos menores no emancipados o con capacidad judicialmente modificada que dependan de los progenitores; 3) exista falta de consentimiento por parte de los hijos mayores de edad o emancipados con respecto a las medidas que les afecten; o 4) exista lesividad, en opinión del Notario o LAJ, en el convenio regulador.

Independientemente de la modalidad de separación que se trámite, la separación legal no extingue el vínculo matrimonial, que sigue subsistiendo pese a la ruptura acontecida. Sin embargo, y por expreso mandato del artículo 83 del CC, “la sentencia o

⁵⁴ CASTILLA BAREA, M., “La separación”, *Cit.*, pág. RB-2.14

⁵⁵ Este límite o requisito temporal se ve exceptuado en aquellos supuestos en los que la separación se solicite por uno solo de los cónyuges en caso de existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos.

decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine producen la suspensión de la vida común de los casados”, entendiéndose este efecto en el sentido de cese de la obligación de convivencia previsto por el artículo 68 del CC. Empero, lo más habitual es que dicha convivencia haya cesado con anterioridad, pues el artículo 102.1 del CC recoge la posibilidad de los cónyuges de vivir separados, cesando así la presunción de convivencia conyugal, con la mera interposición de la demanda. De esta forma, se produce el cese efectivo de la convivencia conyugal.

2.2.2. Separación de hecho⁵⁶

No fue hasta la reforma operada por la Ley 15/2005 que la separación de hecho fue considerada, de modo general, como causa de exclusión de los derechos legales del cónyuge, aunque se producía la pérdida del llamamiento del cónyuge en la sucesión abintestato desde la reforma operada por la Ley 11/1981.

Por separación de hecho se entiende el cese efectivo de la convivencia conyugal que se produce y se desarrolla al margen de todo proceso matrimonial⁵⁷.

El concepto jurídico de separación de hecho implica, por norma general, dos elementos. Por un lado, un elemento objetivo, denominado como *corpus* y que consiste en la desaparición de la convivencia física⁵⁸ y, por otro, un elemento subjetivo, denominado *animus*, consistente en la ausencia de voluntad de uno o ambos cónyuges de mantener una comunidad de vida matrimonial, de compartir el proyecto de vida en común que implica el matrimonio, implicando dicha situación una falta o desaparición de la *affectio maritalis*⁵⁹.

⁵⁶ Con carácter general, y más concretamente, en el ámbito jurídico-civil, con la calificación de una situación como ‘de hecho’ se pretende destacar que dicha situación no ha sido consecuencia de “un concreto refrendo legal o judicial a través del cual esa misma situación puede alcanzar un reconocimiento jurídico pleno.” CASTILLA BAREA, M., “La separación”, *Cit.*, pág. RB-2.3.

⁵⁷Vid. CASTILLA BAREA, M., “La separación”, *Cit.*, pág. RB-2.3. En este mismo sentido se ha manifestado la SAP de Huelva de 29 de abril de 2010

⁵⁸ A estos efectos se puede citar la SAP de Barcelona de 17 de octubre que declara que “la falta de convivencia es un indicio importante de la existencia de una situación de separación de hecho, máxime cuando consta que los cónyuges residen en domicilios diferentes”. En el mismo sentido pueden citarse la SAP de Madrid de 26 de septiembre de 2013 y la SAP de Jaén de 19 de septiembre de 2017.

⁵⁹ Vid. LÓPEZ MAZA, S., *Ob. Cit.*, pág. 6883.

Tal y como se establece en los artículos 68 y 69 del CC, los cónyuges están obligados a vivir juntos y se presume, salvo prueba en contrario, que lo hacen. Sin embargo, “este deber de convivencia no significa la constante compañía física de los consortes, sino su voluntad de desarrollar una vida en común. Por tanto, la separación de hecho debe equipararse a la cesación definitiva de la vida en común.”⁶⁰ Por este motivo, la acreditación de la mera falta de convivencia no puede considerarse en todo caso como una prueba de su separación de hecho, pues dicha distancia puede obedecer a motivos diversos que nada tengan que ver con una falta de armonía conyugal, como, por ejemplo, motivos médicos, laborales...

A estos efectos es muy representativa la SAP de Jaén de 19 de septiembre de 2017 que establece que “no basta [el mero] cese [de convivencia] sino que es necesaria una voluntad efectiva e inequívoca de romper la relación conyugal. La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la relación marital si obedece a motivos laborales, profesionales o cualesquiera otros de naturaleza análoga (tal y como establecía el antiguo art. 87.2). Lo decisivo es no tanto el ‘corpus’ -el vivir en distintos sitios como el ‘animus’ -el no querer vivir juntos (así lo indica el notario Sr. Muñoz de Dios Sáez), el querer romper los vínculos que supone el matrimonio. Por ende, pese a la conclusión de la convivencia no podremos entender que existe una separación de hecho si los cónyuges mantienen sus vínculos afectivos y económicos que supone el matrimonio”.

Lo mismo sucede en sentido inverso, no puede juzgarse por sí sola la permanencia bajo el mismo techo como una prueba evidente de la convivencia conyugal. Y ello, puesto que “la mera proximidad de cuerpos, la continuidad de la residencia conjunta en el mismo hogar, no excluye en absoluto que los cónyuges hayan puesto fin a su vida en común, pues es perfectamente posible y bastante frecuente –más aún en épocas de crisis económica– que los esposos hayan dejado de comportarse como tales viviendo vidas separadas, aunque permaneciendo en el mismo domicilio.”⁶¹

Por ello, lo fundamental para el legislador, a efectos del decaimiento de los derechos sucesorios legales del cónyuge viudo “es la existencia, al tiempo del

⁶⁰ LÓPEZ MAZA, S., *Ob. Cit.*, pág. 6883.

⁶¹ CASTILLA BAREA, M., “La separación”, *Cit.*, pág. RB-2.5

fallecimiento del causante, de una situación de separación de hecho entendida como cese efectivo de la convivencia conyugal que se produce ante la desaparición de la voluntad de una o ambas partes del continuar su relación marital y, consecuentemente, de la *affectio maritalis*⁶² que fundamentan tales derechos sucesorios.

En todo caso, para que decaigan los derechos sucesorios del cónyuge viudo, será necesario que la separación de hecho quede bien acreditada, debiendo quedar probada la inequívoca intención de los cónyuges de poner fin a la convivencia conyugal, pudiendo utilizarse para ello cualquier medio de prueba admitido en Derecho⁶³.

2.3. Derechos sucesorios del cónyuge viudo acontecido el fallecimiento sin haber finalizado el procedimiento de divorcio o separación

Sin diferenciar entre las distintas vías abiertas tras la modificación operada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria para llevar a cabo la ruptura matrimonial, tanto el artículo 83 del CC, para el supuesto de separación, como el 89, para el supuesto de divorcio, manifiestan que los efectos derivados de tales instituciones, entre los que se encuentran la pérdida de los derechos sucesorios del cónyuge, se producirán “desde la firmeza de la sentencia o decreto que así la declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública”.

Observamos que ambos preceptos establecen el carácter constitutivo de la resolución que declara la separación o divorcio, en su caso, estableciendo que los efectos derivados de dichas instituciones no se producen en tanto en cuanto no adquiera firmeza la resolución. La firmeza de la sentencia se produce en el plazo de veinte días contados desde el siguiente a su notificación (art. 458 de la LEC), siempre y cuando esta no sea

⁶² PÉREZ ESCOLAR, M., *Ob. Cit.*, pág. 1674. En el mismo sentido CASTILLA BAREA, M., “La separación” *Cit.*, pág. RB-2.5; TORRES GARCÍA, T. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Legítima del cónyuge viudo” en GETE-ALONSO Y CALERA, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Aranzadi S.A.U. [recurso electrónico en línea], 2011, pág. 7 [Última consulta: 29/04/2021]. Disponible en: Repositorio Aranzadi y VAQUER ALOY, A., “Comentario al artículo 945” en CAÑIZARES, LASO, A., DE PABLO, CONTRERAS, P. (Dirs.) [et.al.], *Código Civil Comentado*, 2.^a ed., Vol. II, Thomson Reuters: Aranzadi [recurso electrónico en línea], Cizur Menor, 2016, pág. RL-1.337 [Última consulta: 29/04/2021]. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/codigos/167406189/v2/page/RL-1.337>

⁶³ En este sentido se ha manifestado la SAP de Salamanca de 19 de noviembre de 2019.

En la actualidad, han desaparecido los requisitos necesarios para que fuera considerada como un presupuesto de no atribución del derecho del cónyuge a ser heredero intestado, que fuera de mutuo acuerdo y que constara fehacientemente. Vid. PÉREZ ESCOLAR, M., *Ob. Cit.*, pág. 1673

recurrida, mientras que la firmeza del decreto se produce desde el mismo momento en que este se dicta por el LAJ, al no ser acto recurrible, por expreso mandato del artículo 777.10 de la LEC. Por su parte, en los supuestos separación o divorcio ante Notario, la eficacia se produce desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública.

Ante esta regulación, se nos plantea el siguiente problema: ¿Qué sucede si en el momento del nacimiento de los derechos del cónyuge se encuentra pendiente el procedimiento de divorcio o separación? ¿Cuáles son los efectos de esta situación sobre los derechos del cónyuge?

A diferencia de lo que ocurre en algunos de los derechos forales existentes a lo largo del territorio nacional, donde los derechos sucesorios del cónyuge decaen incluso encontrándose el procedimiento de separación o divorcio en trámite⁶⁴, el régimen recogido por nuestro Código Civil no recoge la pérdida de los derechos en tales circunstancias.

Ante esta situación, es necesario tener en cuenta que el artículo 88 del CC establece la extinción de la acción de divorcio con la muerte de uno de los cónyuges. Ello se debe a que la acción de divorcio es personalísima, perteneciendo en exclusiva a los cónyuges, por lo que el fallecimiento de uno de ellos extingue el pleito de divorcio iniciado⁶⁵. Como consecuencia de esta extinción, con el fallecimiento de uno de los cónyuges con anterioridad a la sentencia de divorcio, el matrimonio se disuelve por la muerte del causante, adquiriendo el cónyuge superviviente la condición de cónyuge viudo y,

⁶⁴ Como ejemplo de ello, encontramos el artículo 276.2 del Código del Derecho Foral de Aragón (“Se extingue también por la admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio o nulidad, interpuesta por uno o ambos cónyuges [...]”) y el 531 del mismo cuerpo normativo (“El llamamiento al cónyuge sobreviviente no tendrá lugar si al fallecimiento del causante [...] se encontraran en trámite [...] los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación [...]”), así como el artículo 442-6 del Código Civil de Cataluña (“El cónyuge viudo no tiene derecho a suceder abintestato al causante si en el momento de la apertura de la sucesión [...] estaba pendiente una demanda de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación [...]).

⁶⁵ Vid. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A., *Ob. Cit.*, pág. 249 y RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones común: estudios sistemáticos y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch (recurso electrónico en línea), Madrid, 2020, pág. 1698. [Última consulta: 20/04/2021]. Disponible en: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413367584?showPage=0>

por consiguiente, ostentando la condición necesaria que da lugar al nacimiento de los derechos sucesorios en cuestión.

En lo que respecta al procedimiento de separación, no encontramos a lo largo del Código una norma semejante al artículo 88⁶⁶. Actualmente, pese a la inexistencia de una norma semejante, la continuidad del procedimiento de separación no es posible, y ello, debido a que la acción de separación es personalísima, así como por el hecho de que el matrimonio ha quedado ya disuelto por la muerte de uno de los cónyuges, tal y como se prevé por el artículo 85 del CC, adquiriendo en este caso el cónyuge superviviente también la condición de cónyuge viudo.

De lo expuesto, se puede afirmar que el superviviente, en ambas situaciones, será un cónyuge viudo y no un cónyuge divorciado o separado, dando lugar, en principio, al nacimiento de los derechos sucesorios en cuestión.

Decimos en principio, puesto que entiende la doctrina que, tras la reforma efectuada por la Ley 15/2005 donde se recoge la separación de hecho como supuesto que suprime los derechos sucesorios del cónyuge viudo, tanto en la sucesión intestada (art. 945 del CC) como en la sucesión forzosa (art. 834 del CC), se ha facilitado la resolución de los conflictos que podían surgir relativos a la sucesión de los cónyuges que se encontraban en trámites de un procedimiento de separación o divorcio.

Recordemos que la separación de hecho supone un distanciamiento afectivo de los cónyuges, que, en algunas ocasiones, va aparejado del distanciamiento físico también. En este sentido, hay autores, entre los que cabe citar a RIVAS MARTÍNEZ que entienden que “por más que el Código no exija causa para solicitar el divorcio, lo cierto es que cuando éste se solicita es porque existe un distanciamiento afectivo de los cónyuges, tanto que están dispuestos a dar por terminada su relación matrimonial.”⁶⁷ Este distanciamiento afectivo también es de suponer en la separación legal.

⁶⁶ Recordemos que previamente a la reforma efectuada por la Ley 15/2005 el artículo 835 del CC, en su párrafo primero, establecía que en caso de fallecer uno de los cónyuges pendiente el pleito de separación había que esperar al resultado del mismo, regla este que se vio suprimido por la citada Ley.

⁶⁷ RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Ob. Cit.*, pág. 1696. En el mismo sentido FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL en FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A., *Ob. Cit.*, págs. 256 y 257

En este punto, además es necesario recordar la presunción recogida en el artículo 102 del CC donde su inciso primero establece que, admitida la demanda, tanto de separación como de divorcio, cesa la presunción de convivencia conyugal, por lo que la doctrina entiende que bastaría con alegar que la exclusión de los derechos se produce como consecuencia de existir separación de hecho⁶⁸.

Por tanto, podemos afirmar que los cónyuges inmersos en un procedimiento de divorcio o de separación, lo más seguro es que se encuentren separados de hecho. Sin embargo, esta situación deberá de ser acreditada.

Por todo ello, “los derechos sucesorios del cónyuge viudo cuando la muerte del otro cónyuge acaece estando pendiente pleito de divorcio en el que todavía no ha recaído sentencia, serán los correspondientes al cónyuge separado de hecho, que según los arts. 834 y 945 carece de todo derecho en la sucesión del premuerto”⁶⁹, pero siempre y cuando pueda probarse la separación de hecho⁷⁰.

III.EFICACIA E INEFICACIA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS POR RUPTURA DEL MATRIMONIO

1. Planteamiento de la cuestión

En la práctica testamentaria es muy habitual que el testador, haciendo uso de su libertad dispositiva *mortis causa*, realice disposiciones testamentarias en favor de quien en ese momento es su cónyuge, ampliando así, de manera voluntaria, los derechos sucesorios que le corresponden legalmente por exigencia del ordenamiento civil español. Sin embargo, puede ocurrir que, desde el otorgamiento de dicha disposición, y antes del momento de la apertura de la sucesión testamentaria con el fallecimiento del testador, haya tenido lugar la disolución del vínculo matrimonial o la separación de los cónyuges⁷¹.

⁶⁸ Vid. TORRES GARCÍA, T. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Ob. Cit.*, pág. 3

⁶⁹ RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Ob. Cit.*, pág. 1697. En el mismo sentido MANZANO FERNÁNDEZ, en MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., *Incidencia de las crisis matrimoniales en la sucesión del ex cónyuge*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pág. 57.

⁷⁰ Vid. LÓPEZ MAZA, S., *Ob. Cit.*, pág. 6883. En el mismo sentido VAQUER ALOY, A., “Comentario al artículo 945”, *Cit.*, pág. RL-1.337

⁷¹ Es preciso advertir que el supuesto de hecho que se plantea tiene como partida disposiciones testamentarias otorgadas con anterioridad al acontecimiento de la crisis matrimonial. Es evidente que en los casos en los que la disposición se haga con posterioridad al acontecimiento de la crisis conyugal o en el

En estos casos, la disposición testamentaria, como consecuencia de una alteración sobrevinida e imprevista de las circunstancias del testador, no se encuentra en total consonancia con las circunstancias existentes en el momento del otorgamiento que sirvieron para determinarla.

A diferencia de lo que ocurre con los derechos sucesorios legales, donde estos, por expreso mandato legal, decaen como consecuencia de la ruptura matrimonial, no existe en nuestro Código Civil ninguna norma expresa que prive de eficacia a las disposiciones testamentarias hechas en favor del cónyuge viudo cuando el matrimonio se encuentra incurso en una crisis matrimonial al momento de la apertura de la sucesión, ni tampoco que contemple como supuesto de revocación tácita de dichas disposiciones el acontecimiento de una crisis conyugal, como si se recoge para los poderes y consentimiento en los artículos 102.I.2º y 106.II del CC⁷².

Es destacable que nuestro entorno jurídico, tanto a nivel interno como externo, prevén el decaimiento de las citadas disposiciones testamentarias. Así sucede con la mayoría de los Derechos civiles autonómicos (el art. 422-13 del Código Civil de Cataluña, el 208 de la Ley de Derecho civil de Galicia, el 438 del Código de Derecho Foral de Aragón, el 28.3 de la Ley de Derecho Civil Vasca y la Ley 200 del Fuero Nuevo de Navarra) que recogen, con ciertas particularidades entre sí, la presunción *iuris tantum* del

trámite de la misma, no cabra cuestionar la voluntad del causante, puesto que otorga dicha disposición con plena consciencia de la ruptura conyugal existente, debiendo estarse a su declaración. Así, el cónyuge divorciado o separado de hecho “deja de pertenecer al grupo familiar al que se le reconoce una especial posición [...] para hacer depender del querer del causante cualquier atribución ‘mortis causa que se le asigne’.” Cabe advertir que “el hecho de que alguien haya mantenido una relación conyugal que posteriormente se ha visto truncada, no introduce parámetros legales denostativos del sujeto, que impidan al testador instituirle heredero o legatario de sus bienes”, no introduciendo la ruptura del vínculo conyugal ningún criterio de indignidad sucesoria. Vid. EGUSQUIZA BALMASEDA, *Sucesión legal, Cit.*, págs. 107 a 109.

⁷² Cabe advertir que el Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013 preveía la modificación del artículo 102.4 del Código Civil el cual se iba a encargar de regular los efectos derivados de la admisión a trámite de la demanda en los supuestos de crisis matrimonial en el sentido de recoger como efecto la ineficacia de las disposiciones testamentarias efectuadas a favor del cónyuge consignando que “quedarán sin efecto, salvo voluntad expresada por el testador, las disposiciones testamentarias que uno de los cónyuges hubiera establecido en favor del otro”. Sin embargo, “el día 27 de octubre de 2015 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Decreto de disolución de las Cortes y de convocatoria de elecciones generales para el 20 de diciembre, sin que la Ley llegara a ver la luz. El Anteproyecto llegó a ser informado por el Consejo General del Poder Judicial (2013) y por el Consejo Fiscal (2013) y el Consejo de Estado emitió su correspondiente Dictamen (2014).” MUÑOZ NARANJO, A., “El anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio” en *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol. 15, núm. 1, 2015, pág. 40

decaimiento de las disposiciones testamentarias realizadas en favor del cónyuge si, después de otorgadas, acontece una crisis matrimonial, extendiéndose incluso la solución, en determinados ordenamiento, a los supuestos de separación de hecho⁷³.

También en la órbita del Derecho comparado se recogen consecuencias del acontecimiento de una crisis matrimonial sobre las disposiciones testamentarias realizadas en favor del cónyuge, siendo ejemplo de ello, entre otros ordenamientos extranjeros, el ordenamiento alemán (párrafo 2077 del BGB), el portugués (art. 2317.d del Código Civil)⁷⁴ o el inglés (sección 18.A de la Will Act)⁷⁵.

Ante la falta de una regla semejante en el ordenamiento español, surgen la siguiente cuestión: ¿Debe conservar su eficacia la disposición testamentaria realizadas en favor del cónyuge cuando la ruptura de la relación matrimonial se ha producido con anterioridad al fallecimiento del testador sin este haber modificado su testamento?⁷⁶

Con el objeto de dar una respuesta a la cuestión planteada, y desde la perspectiva del panorama legislativo actual de inexistencia de normativa expresa en la materia, los autores entienden que “el cambio de circunstancias debe ser resuelto conforme a los mecanismos articulados dentro del Código Civil.”⁷⁷

El carácter unilateral y esencialmente revocable del testamento exige que los posibles cambios de la voluntad inicial del testador puedan adecuarse mediante la modificando de las disposiciones otorgadas, facultando el Código a todo testador a que, en cualquier momento, pueda modificar su última voluntad. Teniendo como base esta regulación, en principio, estas cláusulas, mientras no sean revocadas con las solemnidades

⁷³ Esta misma solución se extiende, con la única excepción de la compilación vasca, a aquellas hipótesis en las que al momento de la muerte haya pendiente una demanda de separación o divorcio.

⁷⁴ En este caso nos encontramos ante un supuesto de caducidad y no de ineficacia.

⁷⁵ La legislación anglosajona parte, en estos supuestos, tiene al cónyuge supérstite como premuerto.

⁷⁶ Es evidente, que este problema no se plantearía si el causante hubiera condicionado expresamente la institución de heredero o el legado a la persistencia de la condición de cónyuge (arts. 790 y ss. del CC) o si rota esta hubiera revocado el testamento, bien de manera expresa (art. 738 del CC), bien de manera tácita (art. 739 del CC), pues en estos caso decaerían tales disposiciones, en la primera de ellas por incumplimiento de la condición y en el segundo de los casos, por expreso mandato del causante. Por tanto, el problema relativo a la eficacia surge cuando la disposición pura y simple, otorgada constante el matrimonio, no se revoca una vez roto éste.

⁷⁷ EGUSQUIZA BALMASEDA, *Sucesión legal*, *Cit.*, pág. 109

exigidas para testar, deben mantener su eficacia en virtud del principio *favor testamenti*, pues contienen la voluntad del testador.

Puesto que la voluntad del testador manifestada en testamento es la ley de la sucesión mortis causa, se presume que lo dispuesto en el tenor literal de la disposición recoge su real voluntad. Sin embargo, esta afirmación no puede considerarse absoluta y debe dejarse resquicios a la interpretación, pues lo que debe primar en materia sucesoria, por expreso mandato del artículo 675 del CC, es la supremacía de la voluntad del testador, aun cuando esta no sea conforme con el tenor literal del testamento, como se tendrá oportunidad de analizar con posterioridad.

Partiendo de esta regulación, en el caso expuesto se produce un problema de interpretación de la voluntad del causante, surgiendo preguntas de complicada respuesta en el plano jurídico: ¿Ha de valorarse el silencio del testador y la no revocación del testamento como reflejo de la voluntad del causante de mantener la eficacia de la disposición? ¿Ha existido una imprevisión por parte del testador a la hora de realizar la disposición? ¿Hubiera querido el causante que quien al tiempo de otorgar testamento era su cónyuge conservase los derechos hereditarios, tras el acontecimiento de una crisis?

En este tema la doctrina se debate entre el planteamiento de quienes se muestran favorables al mantenimiento de la eficacia de la disposición mientras la misma no sea revocada por el propio testador; y los que propugnan su ineficacia en atención a la interpretación integradora de la voluntad testamentaria y, singularmente, la intelección del art. 767.I CC. El elemento fundamental, en ambos casos, es la indagación de la voluntad testamentaria a la que se le ofrece un sentido diverso según la postura que se adopte en cuanto a la aplicación de las reglas previstas en el Código Civil, como a continuación se verá.

2. Interpretación de la voluntad testamentaria conforme a las reglas del artículo 675 del CC: la revocación como elemento necesario de ineficacia

Para determinar el alcance preciso de las disposiciones insertas en el negocio testamentario se precisa su interpretación, siendo la *finalidad* principal de dicha

interpretación *averiguar la voluntad real del testador*⁷⁸, teniendo para ello como elemento primordial el propio testamento⁷⁹. Así, la labor interpretativa recae sobre el objeto del testamento, conformado este por las distintas cláusulas donde se plasma la declaración de voluntad del causante⁸⁰. En determinados casos, “la interpretación se limitará a señalar la coincidencia entre su claro sentido aparente y el real; en otros, descubrirá un sentido real distinto del aparente, y, en algunos completará la expresión insuficientemente desarrollada en su tenor literal o lo hará valer frente a situaciones nuevas e imprevistas.”⁸¹

La labor interpretativa en materia testamentaria se dificulta por el hecho de que “esa actividad tiene lugar una vez fallecido el testador, lo que imposibilita que pueda intervenir en el proceso interpretativo”⁸², siendo otro sujeto el que debe colocarse idealmente en la posición del testador para tratar de reconstruir lo efectivamente querido por este. Como consecuencia de esta circunstancia, así como del hecho de que el testamento es un negocio jurídico con eficacia sobre situaciones jurídicas *post mortem*, la labor interpretativa tiene una trascendencia muy importante, de tal forma que es preciso comprender la voluntad del causante de manera adecuada para que se produzcan los efectos verdaderamente queridos por el testador.

⁷⁸ Esta doctrina ha sido reiterada por la jurisprudencia, a cuyos efectos cabe citar las SSTS de 3 de abril de 1965, 24 de mayo de 2002, 21 de enero y 9 de octubre de 2003, 18 de julio, 15 de diciembre y 20 de diciembre de 2005, 29 de septiembre y 19 de diciembre de 2006, 3 de marzo de 2009, 22 de junio de 2010 y la más reciente sentencia de 3 de marzo de 2021, entre otras.

⁷⁹ Vid. STS de 9 de octubre de 2003.

⁸⁰ “No se trata de interpretar una voluntad cualquiera, sino únicamente una voluntad testamentaria. La forma testamentaria, aunque no es lo único sobre lo que recae la interpretación, sí es un requisito imprescindible para que la voluntad de un sujeto pueda ser tomada en consideración a su fallecimiento. [...]” GONZÁLEZ ACEBES, B., *La interpretación del testamento*, Tirant lo Blanch [recurso electrónico en línea], Valencia, 2012, pág. 12. [Última consulta: 10/03/2021] Disponible en: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788490047606?showPage=0>

En este mismo sentido se ha manifestado GARCÍA PÉREZ quien manifiesta que “en esta materia es imprescindible que la voluntad que se interpreta este contenida en testamento, ya que existe un límite infranqueable, cual es el de la forma esencial del testamento. Una voluntad no reflejada en este vehículo formal, no es voluntad testamentaria pues no se halla dentro de los moldes del testamento, que es lo que viene a decir el art. 675 CC en su última parte: ‘En caso de duda se observara lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.’” GARCÍA PÉREZ, C. L., “El albaceazgo y la interpretación del testamento”, en LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), JIMÉNEZ MUÑOZ, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ [et. al.], *El derecho de sucesiones contemporáneo: aspectos civiles y fiscales*, Tirant lo Blanch [recurso electrónico en línea], Valencia, 2020, pág. 258 [Última consulta: 12/03/2021] Disponible en: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413367163?showPage=0>

⁸¹ RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Ob. Cit.*, pág. 715

⁸² RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Ob. Cit.*, pág. 715

Debido a las especiales características del negocio testamentario, la interpretación del mismo presenta peculiaridades frente al resto de los negocios jurídicos⁸³. Así, en materia testamentaria rige el *principio de supremacía de la voluntad real del testador*, operando una interpretación exclusivamente subjetiva de las declaraciones de última voluntad⁸⁴. De esta forma, el intérprete debe dirigir su labor a averiguar la verdadera voluntad del causante, sin que este puede verse constreñido por las declaraciones o palabras utilizadas en el testamento, prevaleciendo, la intención del causante sobre las palabras⁸⁵.

En nuestro ordenamiento jurídico el único precepto que se refiere directa y genéricamente a la labor interpretativa testamentaria es el párrafo primero del artículo 675 del CC⁸⁶. En comparación con las normas de interpretación recogidas por el Código Civil en materia contractual, en materia testamentaria existe escasa normativa, aceptándose tanto por la doctrina⁸⁷ como por la jurisprudencia⁸⁸ la “aplicación analógica

⁸³ “La interpretación contractual y, en general, la de los negocios jurídicos *inter vivos* esta guiada no solo por el principio de voluntariedad, sino también por el de la autorresponsabilidad del declarante (o declarantes) y por el de confianza o *fides* del declaratario o destinatario de la declaración, principios ambos derivados de la buena fe en sentido objetivo, que implican parciales e importantes desviaciones o restricciones a un pretendido dogma voluntarista único, de signo exclusivamente subjetivo, llegando a imponer en no pocas ocasiones un significado objetivo.” JORDANO BAREA, J. B. *El testamento y su interpretación*, Comares, Granada, 1999, págs. 47 y 48.

⁸⁴ Este principio ha sido desarrollado por la doctrina jurisprudencial. Destaca a estos efectos la clásica e importante STS de 3 abril de 1965 en la que se manifiesta que “a diferencia de lo que ocurre con los negocios jurídicos *inter vivos*, en que al interpretarlos debe tratarse de resolver el posible conflicto de intereses entre el declarante y el destinatario de la declaración, la interpretación de los actos testamentarios, aunque tenga también un punto de partida basado en las declaraciones del testador, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real, exacta o al menos probable de dicho testador, a causa precisamente de que no cabe imaginar un conflicto de intereses entre los sujetos de la relación sucesoria, es decir, el causante y sus sucesores”. Esta doctrina ha sido reiterada por las SSTs de 23 de junio de 1998 y 9 de octubre de 2003, entre otras.

⁸⁵ En este sentido se manifestó el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de marzo de 1944 al establecer que “toda interpretación, y, por consiguiente, tanto de las normas como de los negocios jurídicos, al ir dirigida a indagar el significado efectivo y el alcance de una manifestación de voluntad, exige, fundamentalmente, captar el elemento espiritual, la voluntad e intención de los sujetos declarantes contenida en la Ley o en el acto jurídico, *sin limitarse al sentido aparente e inmediato que resulte de las palabras*”.

⁸⁶ El citado precepto establece que “Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento.”

⁸⁷ En este sentido se ha manifestado VICENTE DOMINGO, E., “Comentario al artículo 675” en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentario al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 794

⁸⁸ A estos efectos podemos citar la STS de 23 de junio de 1998 que manifiesta que “la jurisprudencia ha mantenido sólo la aplicación de alguno de éstos -artículos 1281, 1282, 1283, 1284 y 1285-, como complementarios o auxiliares de la recién reseñada regla singular, y, asimismo, tiene declarado el rechazo de los artículos 1286 a 1289 a ese fin, en cuanto contienen reglas de interpretación objetiva y se inspiran en los principios de autorresponsabilidad del declarante y confianza del declaratario”.

de las reglas de los contratos de carácter subjetivo, pues se debe tener en cuenta que en cualquier caso han de regir los principios que se encuentran en la misma estructura del acto testamentario al ser un acto unilateral, gratuito y no recepticio que será eficaz al fallecimiento del testador, lo que conduce a que no todas las normas relativas a la interpretación de los contratos resultan aplicables al testamento y no lo serán las reglas de interpretación objetiva al estar inspiradas en los principios de autorresponsabilidad y confianza en la declaración.”⁸⁹

Comenzando a analizar las reglas de interpretación recogidas por el citado precepto, de la lectura del mismo se observa que “si el texto de las cláusulas testamentarias es claro y expresivo, de suerte que baste la simple lectura para colegir por modo inequívoco el propósito e intención del testador, habrá el juzgador que atenerse a ese literal contexto”⁹⁰. Se desprende así que la *regla general* en materia interpretativa testamentaria es la *interpretación literal o gramatical*, consistente en ceñirse al literal texto del documento⁹¹.

No obstante la regla general, como consecuencia del principio imperante en materia testamentaria de primacía de la voluntad del testador, el precepto precisa que “cuando existe duda respecto de alguna [disposición testamentaria], no es conveniente detenerse en el puro y simple sentido literal, si resulta que fue otra la voluntad del testador, debiendo observarse lo que aparezca más conforme con la intención de éste”.⁹² De tal forma que, la literalidad de la disposición únicamente prevalecerá cuando no exista razón para dudar de que la voluntad real ha quedado perfectamente expresada en esa literalidad.

Una lectura superficial del artículo 675 del CC “podría hacer creer que dicho precepto solo manda atender a la intención del testador *en caso de duda* sobre la

⁸⁹ CAÑIZARES, LASO, A. “Comentario al artículo 675” en CAÑIZARES, LASO, A., DE PABLO, CONTRERAS, P. (Dir.) [et.al.], *Código Civil Comentado*, 2.ª ed., Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi [recurso electrónico en línea], Cizur Menor, 2016, pág. RL-1.67 [Última consulta: 11/03/2021]. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/codigos/167406189/v2/page/RL-1.67>

En el mismo sentido, ALVENTOSA DEL RÍO, J., COBAS COBIELLA, M. E., (Dir.) [et al.], “Capítulo II. Aspectos sustantivos del derecho hereditario”, en *Derecho de sucesiones*, Tirant lo Blanch [recurso electrónico en línea], Valencia, 2017, pág. 491 [Última consulta: 13/03/2021] Disponible en: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788491690368>

⁹⁰ RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Ob. Cit.*, pág. 716

⁹¹ Esta doctrina es mantenida por la jurisprudencia del TS en su sentencia de 1 de marzo de 2013.

⁹² RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Ob. Cit.*, pág. 716. Favorable a esta doctrina se han mostrado las SSTS de 18 de julio de 2005, 20 de diciembre de 2005, 29 de septiembre de 2006 y 22 de junio de 2010.

interpretación del testamento”⁹³, operando la interpretación ajustada a la real voluntad del testador únicamente cuando las cláusulas objetivamente oscuras, ambiguas o equívocas.

Y ello porque se parte de la idea de que “cuando basta leer para entender lo que quiso el testador, sin existir más dudas sobre el particular, puede admitirse como cierto que las cláusulas claras no requieren interpretación”⁹⁴, siendo de aplicación el principio *in claris non fit interpretatio*. Dicho principio “trata de impedir que, bajo pretexto de interpretación, sea tergiversado el sentido literal cuando es fiel expresión de la voluntad real del declarante.”⁹⁵ No obstante, esta máxima requiere alguna matización consistente en que “para determinar si una cláusula aparentemente clara lo es en verdad, hay antes que haberla interpretado, de manera que el brocardo, rectamente entendido, presupone ya acabada la tarea interpretativa.”⁹⁶

Por ello, tal y como ha dejado manifestado JORDANO BAREA, “ante una disposición aparentemente clara hay *siempre* que averiguar si su sentido literal coincide o no con el que pretendió atribuirle el testador”⁹⁷.

Pese a la apreciación planteada, podemos afirmar que la primera regla interpretativa recogida por el artículo 675 del CC es la de la literalidad, con la presunción de que las palabras utilizadas por el testador reproducen fielmente su voluntad⁹⁸, siendo necesario para que nazca otra distinta, la concurrencia de datos o elementos que demuestren de manera clara que fue otra la voluntad del causante⁹⁹.

En caso de existir oscuridad o ambigüedad y, por consiguiente, duda entre la voluntad e intención del testador y el sentido literal de las palabras empleadas, con el fin de aclarar la voluntad real del testador debe acudir a diversos métodos hermenéuticos

⁹³ JORDANO BAREA, J. B., *Ob. Cit.*, pág. 86

⁹⁴ RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Ob. Cit.*, pág. 740

⁹⁵ JORDANO BAREA, J. B., *Ob. Cit.*, pág. 87

⁹⁶ RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Ob. Cit.*, pág. 741

⁹⁷ JORDANO BAREA, J. B., *Ob. Cit.*, pág. 87. En este mismo sentido se ha manifestado RIVAS MARTÍNEZ al establecer que “lo primero que hay que examinar es si existe en ella la debida claridad posible, o por el contrario, aparecen circunstancias que permitan suponer que fue otra la intención que se propuso el otorgante.” RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Ob. Cit.*, pág. 723

⁹⁸ Vid. STS de 18 de julio de 2005 y 19 de diciembre de 2006.

⁹⁹ Esta postura ha sido mantenida por la jurisprudencia en las STS de 18 de julio, 15 de diciembre y 20 de diciembre de 2005, 29 de septiembre de 2006 y 22 de junio de 2010, entre otras.

“entre los que se encuentra [...] lo que el artículo 675 CC denomina ‘el tenor del mismo testamento’, es decir, el conjunto de las cláusulas testamentarias en lo que puede denominarse el canon de la totalidad, de modo que no se trata solo de interpretar una cláusula aisladamente de su contexto, sino de examinarla y darle sentido en el entero documento.”¹⁰⁰

Así, como establece la STS de 31 de diciembre de 1992¹⁰¹, “el testamento constituye pues una unidad, donde está plasmada la voluntad del causante en sus distintas disposiciones, siendo necesario interpretarlas armónicamente, en el sentido de evitar las posibles contradicciones que puedan presentarse, producto de la separada utilización de una sola vía interpretativa (Sentencias de 6 de abril de 1991, recogiendo la doctrina de las Sentencias de 5-6-8-2-1980, 4-1-1981, 9-3-1984, 9-6-1987, 28-4-1989, 30-11-1990, 18-7-1991, etc.), así como la de 29 de diciembre de 1997, que ratifica y reitera esta doctrina jurisprudencial.”

Cabe advertir que el precepto citado no recoge una enumeración sistemática ni cerrada de medios para la interpretación, ni tampoco establece un orden de prelación entre ellos. Así, en el proceso de averiguar la voluntad real del causante, también podrá acudir a la interpretación lógica¹⁰², así como al método teleológico o finalista, a través del cual se trata de buscar cuál fue el verdadero motivo que impulsó al testador a realizar la disposición testamentaria.

¹⁰⁰ Manifestación recogida en la STS de 33 de marzo de 2009. En este sentido ya se había manifestado la STS de 27 de diciembre de 1997 que disponía que “Es reiterada la doctrina jurisprudencial de que la interpretación del testamento ha de hacerse con un criterio subjetivista, aspirando siempre a descubrir la voluntad del testador, pues aunque la primera regla del art. 675 CC sea la literalidad, debe acudir al conjunto del testamento, tratando de armonizar en lo posible las diferentes cláusulas del mismo, teniendo en cuenta que constituye una unidad que requiere la integración armónica de sus diversos apartados.”

¹⁰¹ Esta doctrina ha sido seguida por la DGRN pudiendo citarse a estos efectos la Resolución de 3 de julio de 2019.

¹⁰² “El intérprete deberá tener en mente cuál es la finalidad de los testamentos: manifestar la voluntad de un sujeto en orden a cómo éste desea que se regulen sus situaciones patrimoniales cuando fallezca. De esta manera debe intentarse dar a las cláusulas testamentarias confusas la interpretación que nos conduzca a algún resultado práctico, el más satisfactorio. Este es el sentido del principio ‘favor testamenti’: buscar algún sentido a la declaración ambigua, antes que dejarla sin efecto. Es obvio que el testador, aunque expresándolo defectuosamente, tuvo una voluntad que intentó plasmar. Por ello, ‘conservar’ el testamento, intentar desentrañar el significado de una cláusula dudosa, se ajustará más a la voluntad del disponente”. GONZÁLEZ ACEBES, B., *Ob. Cit.*, pág. 41

En este sentido, es pacífica la jurisprudencia que entiende que “no pueden aislarse unos y otros criterios interpretativos por más que entren en juego sucesivamente, ni ser escalonados, como categorías o especies diversas de interpretación, pues no son más que medios o instrumentos que se han de poner en juego dentro de un proceso interpretativo unitario, razón por la cual el citado artículo 675 no impone, porque no podía hacerlo, un orden sucesivo de prelación en que deban utilizarse dichos criterios, de suerte que no se excluye el que para determinar si hay una clara voluntad del testador que obligue a no dar a sus palabras su sentido literal o apreciar que hay cuando menos motivos de duda, se deba utilizar, conjunta y combinadamente, los instrumentos todos de la interpretación.”¹⁰³

Siguiendo esta doctrina, la jurisprudencia entiende que “el Código Civil establece los principios o reglas de interpretación que tienen carácter general, dando una norma a los juzgadores para que se ajusten, si no son oscuras y ambiguas las cláusulas, a la interpretación gramatical; en otro caso se debe acudir al elemento lógico si se ha dudado entre la letra y el espíritu y además al conjunto armónico de las disposiciones, o sea, al elemento sistemático en unión del elemento teleológico”¹⁰⁴.

Asimismo, tal y como ha dejado apuntado CAÑIZARES LASO, “desde hace ya mucho tiempo se admite por doctrina y jurisprudencia¹⁰⁵ el recurso a medios extrínsecos¹⁰⁶ al testamento con la finalidad de hallar la voluntad real del testador.”¹⁰⁷

En este sentido, la generalidad de la doctrina entiende que el carácter formal del testamento limita el objeto de la interpretación de la voluntad testamentaria, pero no los

¹⁰³ Manifestación recogida por la STS de 10 de febrero de 1986. En este mismo sentido se ha manifestado con posterioridad el TS en su sentencia de 3 de marzo de 2009.

¹⁰⁴ RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Ob. Cit.*, pág. 717.

¹⁰⁵ Así podemos citar la reciente STS de 3 de marzo de 2021 que establece que “Cuando a la vista del sentido gramatical de las cláusulas testamentarias surjan dudas sobre la verdadera voluntad declarada por el causante en su testamento, para ponerla de manifiesto y descubrirla, además del análisis de la literalidad del texto del testamento, puede acudirse a la prueba extrínseca, es decir a otros medios ajenos al propio testamento, en particular a los actos del testador previos o posteriores al otorgamiento”. A su vez, podemos citar entre otras sentencias las SSTs de 21 de enero de 2003 y 19 de diciembre de 2006.

¹⁰⁶ Entendiendo por medios extrínsecos las circunstancias exteriores al testamento.

¹⁰⁷ CAÑIZARES, LASO, A., “Comentario al artículo 675”, *Cit.*, pág. RL-1.67. En el mismo sentido se ha manifestado JORDANO BAREA al establecer que “el intérprete debe encarar siempre la declaración de última voluntad desde el ambiente y desde el punto de vista del testador, pudiendo valerse de todos los elementos, intrínsecos o extrínsecos, para descubrir la voluntad real del declarante, la cual rige, en principio, el sentido decisivo del testamento.” JORDANO BAREA, J. B., *Ob. Cit.*, pág. 86

medios que cabe utilizar para llevar a cabo la misma¹⁰⁸. Por su parte, la jurisprudencia ha admitido desde la STS 8 julio 1940 hasta la actualidad (entre muchas otras, la más reciente, STS 3 marzo 2021) que la voluntad real del testador se revela además de analizando el texto del testamento, con las circunstancias exteriores al testamento.

Autores como JORDANO BAREA¹⁰⁹ o CAÑIZARES LASO entienden que “la admisión legal de la prueba extrínseca encuentra su base en la conexión del art. 675 CC y el art. 773 CC en virtud del cual es posible salvar el error en la designación cuando de otra manera pueda saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada; y en el art. 1282 CC que en su aplicación analógica conduce a la posibilidad de acudir a otros actos del testador para averiguar el sentido de su declaración, lo que supone que se pueda recurrir a los actos anteriores, coetáneos y posteriores al testamento.”¹¹⁰

Pese a la admisión de la prueba extrínseca como medio para averiguar la voluntad real del testador, no podemos olvidar que esta voluntad indagada de alguna manera tiene que tener alguna expresión en el testamento, “esto es, que resulte de alguna manera, aunque sea implícitamente de lo expresado por el testador.”¹¹¹ De esta forma, no podrá tenerse como voluntad real del testador la voluntad averiguada que únicamente se encuentre manifestada fuera del testamento. Así, para que pueda tenerse en cuenta, debe tener una expresión, cuando menos, incompleta en el documento.

Así lo ha declarado el TS en su sentencia de 8 de julio de 1940 que estableció que “si bien no hay obstáculo legal que impida al juzgador acudir, para la interpretación del contenido de las disposiciones testamentarias, a circunstancias exteriores al testamento

¹⁰⁸ En este sentido, CAÑIZARES, LASO, A., “Comentario al artículo 675”, *Cit.*, pág. RL-1.67. En el mismo sentido GARCÍA PÉREZ, C. L., *Ob. Cit.*, pág. 262

¹⁰⁹ “El art. 773, párrafo 1.º, y el apartado 2 del párrafo 1.º del art. 675 enfocan aspectos distintos del problema de la interpretación: de un lado, se trata de fijar los elementos de que puede valerse el intérprete para descubrir la voluntad real del testador, y esta cuestión la resuelve el art. 773 en términos que pueden y deben, conforme a la *ratio* del precepto, ser generalizados a todo el dominio de la interpretación de los testamentos; de otro lado, se trata de establecer qué relación debe mediar entre la voluntad real del declarante y la declaración emitida para que aquella tenga relevancia en la interpretación del testamento, y este otro aspecto lo aborda el art. 675, párrafo 1º, ap. 2, en términos que también cumple aplicar, por la generalidad y espíritu de la norma, a todas las cláusulas testamentarias, cualquiera que sea su contenido.” JORDANO BAREA, *Ob. Cit.*, pág. 102

¹¹⁰ CAÑIZARES, LASO, A., “Comentario al artículo 675”, *Cit.*, pág. RL-1.67. En el mismo sentido GARCÍA PÉREZ, C. L., *Ob. Cit.*, pág. 262

¹¹¹ CAÑIZARES, LASO, A., “Comentario al artículo 675”, *Cit.*, pág. RL-1.67.

(los llamados medios de prueba ‘extrínsecos’), es menester, por razón sobre todo del carácter de acto formal o solemne que tiene el testamento y que aparece consagrado en el artículo 687, que el sentido averiguado y desenvuelto por la interpretación tenga una expresión, cuando menos incompleta, en el documento y pueda así la declaración formal ser configurada, por sí sola, como una declaración del contenido de la voluntad del testador.”¹¹²

Por último, cabe advertir que, la interpretación testamentaria debe referirse al tiempo de su otorgamiento y no al tiempo de su muerte, siendo esta afirmación doctrina pacífica¹¹³. Ello se debe a que el testamento, como negocio unilateral y no recepticio, se perfecciona en el momento de su otorgamiento, mediante la emisión de la declaración de voluntad respetando las formalidades exigidas por la ley¹¹⁴. Esta doctrina ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹¹⁵. De esta forma, cualquier otra voluntad posterior que no se encuentre manifestada con las formalidades legalmente previstas para testar carece de relevancia jurídica, aun cuando esté plenamente demostrada y encaje en el tenor literal del testamento¹¹⁶.

Siendo de aplicación esta doctrina, y como consecuencia de “la distancia que suele mediar entre [la confección del testamento] y el momento en que comienza a tener [este] eficacia puede llegar a frustrarse la finalidad principal de este documento que no es otra que el que esa ordenación se corresponda absolutamente con la voluntad de su autor.”¹¹⁷

Para poder remediar este hecho, y como quiera que esta voluntad del causante, manifestada en testamento, va a ser la ley que rijan la sucesión del fallecido para el caso de su muerte, el testamento, tal y como precisa el artículo 737 del CC, es revocable¹¹⁸ *ad*

¹¹² Esta doctrina ha sido reiterada con posterioridad en las SSTS de 6 de marzo de 1944, 9 de octubre de 2003 y 1 de marzo de 2013.

¹¹³ Vid. ALVENTOSA DEL RÍO, J., COBAS COBIELLA, M. E., (Dir.) [et al.], *Ob. Cit.*, págs. 487 y 493 y JORDANO BAREA, *Ob. Cit.*, pág. 23

¹¹⁴ Vid. STS de 29 de diciembre de 1997.

¹¹⁵ En este sentido cabe citar las SSTS de 29 de diciembre de 1997, 23 de enero de 2001, 19 de diciembre de 2006 y 31 de mayo de 2010.

¹¹⁶ Vid. JORDANO BAREA, *Ob. Cit.*, pág. 23. En el mismo sentido GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pág. 345

¹¹⁷ GONZÁLEZ ACEBES, B., *Ob. Cit.*, pág. 9

¹¹⁸ La revocación supone la pérdida de eficacia del testamento plenamente valido por una declaración de voluntad en tal sentido por parte del testador.

libitum usque ad mortem, es decir, es esencial y libremente revocable, en todo momento y hasta la muerte del testador¹¹⁹. De esta forma, de producirse un cambio de la voluntad del causante tras el otorgamiento del testamento, el testador siempre puede revocarlo y otorgar nuevo testamento hasta el instante mismo de su muerte.

Desde esta perspectiva, autores como LÓPEZ FRÍAS, IMAZ ZUBIAUR y GALICIA AIZPURÚA¹²⁰, se muestran favorables al mantenimiento de la eficacia de la disposición testamentaria realizada en favor del cónyuge, a pesar de haber acontecido una crisis matrimonial, mientras la misma no sea revocada.

Parten su argumentación de la concepción del testamento como negocio eminentemente formal, de tal forma que este no puede ser revocado sino con las solemnidades necesarias para testar, ni tampoco cabe declarar la ineficacia del mismo sino es en los casos expresamente previstos por el Código. Como consecuencia de lo manifestado, recuerdan que no “se puede atribuir a la circunstancia sobrevenida al otorgamiento del testamento como es el divorcio del cónyuge instituido la declaración de nulidad del matrimonio o la separación firme, efectos revocatorios ex lege, [puesto que] para ello hubiera sido preciso que la propia norma así lo estableciera como si lo hace en los artículos 102.2 y 106 CC con la revocación de consentimientos y de poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado”¹²¹.

¹¹⁹ Y ello puesto que la voluntad del causante es variable hasta el supremo momento de la muerte. A estos efectos, cabe citar la STS de 17 de junio de 2010 donde se señala que “la revocabilidad del testamento es inherente a su concepto, ya que recoge la última voluntad del testador, sólo la última y ésta es variable hasta el momento mismo de la muerte, lo que ya se proclamaba en el Derecho romano: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* y se reconoce en el Código civil artículos 737 y siguientes.”

¹²⁰ Forman también parte de este movimiento doctrinal, entre otros, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “Incidencia de las crisis matrimoniales en el Derecho de sucesiones”, *Actualidad Civil*, núm. 13, 2006, pág. 1547 y 1548; LLOPIS GINER, J. M., “La incidencia de las rupturas matrimoniales en el derecho de sucesiones”, *Revista General de Derecho*, núm. 645, 1998, págs. 7065 y 7066 y LUQUE TORRES, G., *Crisis matrimoniales: consecuencias registrales y sucesorias*, Comares, Granada, 2002, págs. 219 a 225. Si bien es cierto que este último autor se muestra partidario de la eficacia de la disposición, al final de su exposición admite que podría recurrirse a la vía de los artículos 767.I y 675 del CC, no obstante, no llega a analizar tal supuesto.

¹²¹ TORRES GARCÍA, T. F., “Disposiciones testamentarias y vicisitudes del matrimonio” en *Estudios de derecho civil: homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2004, págs. 25 y 27

Por ello, ante la ausencia de una normativa en tal sentido, para estos autores la única posibilidad que existe para declarar la ineficacia de la disposición testamentaria es la revocación.

Entiende esta doctrina que, conforme a lo dispuesto por el artículo 675 del CC, lo primordial en materia testamentaria es la voluntad real del testador. En base a esta idea argumentan que en estos supuestos la voluntad que ostentaba el testador a la hora de disponer, momento este único relevante a la hora de realizar la labor interpretativa, era disponer en favor de quien en ese momento era su cónyuge por simple liberalidad y sin condicionar la disposición de manera alguna. Por ello, en estos casos no cabe ninguna interpretación diferente a la manifestada en la disposición, pues en la mayoría de los supuestos que se plantean en la práctica testamentaria el tenor literal de las disposiciones es claro y conciso, no existiendo duda de que la voluntad e intención del testador es la manifestada en la disposición. Por este motivo, la interpretación se agota “ante la nitidez que revela el tenor habitual de dichas atribuciones”, debiendo primar la voluntad del testador plasmada, de forma clara, en el tenor del testamento y que consiste en favorecer a quien en ese momento era su cónyuge¹²².

Así, acontecido un cambio sobrevenido de las circunstancias existentes en el momento de otorgar el testamento, como puede ser la pérdida de *affectio maritalis*, solo podrá hablarse de disposición ineficaz cuando el testador haya revocado la disposición que no se adecue a su actual voluntad, y ello, puesto que no es posible recoger una voluntad del testador posterior a la del otorgamiento del testamento, que es lo que entienden estos autores que sucede en el caso planteado, que como consecuencia de la crisis matrimonial la voluntad inicial del causante sufre una variación consistente en ya no querer favorecer a su ex cónyuge.

De tal forma que, si acontecido dicho cambio el testador no ha revocado la disposición, cabe entender que su voluntad fue mantener la misma, debiendo respetarse dicha voluntad, pues el testamento es el título de la sucesión hereditaria.

¹²² Vid. IMAZ ZUBIAUR, L., “Algunas reflexiones en torno a la eficacia de las disposiciones testamentarias ante un cambio sobrevenido de las circunstancias. Incidencia de la crisis de pareja en la atribución sucesoria otorgada con anterioridad” en *Revista de Derecho privado*, núm. 96, julio-agosto, 2012, pág. 68

En defensa de esta postura, estos autores dedican parte de su narrativa a exponer la inoperatividad de la interpretación integradora del testamento como medio para justificar la ineficacia de la disposición testamentaria. A estos efectos, podemos citar a GALICIA AIZPURÚA¹²³ quien manifiesta ser partidario del uso de la interpretación integradora del testamento en estos supuestos, pero, sin embargo, se muestra crítico con la doctrina que emplea el mecanismo como medio para declarar la ineficacia de la disposición.

Como base de su crítica, el autor recuerda que para que esta interpretación pueda operar es necesario concluir, en primer lugar, que existe una laguna en la voluntad testamentaria del causante. Este autor entiende que quienes defienden el uso de la interpretación integradora parten de la hipótesis de que el causante realiza la disposición a favor de su cónyuge motivado y determinado exclusivamente por dicha circunstancia, configurando la supuesta falta de previsión del acontecimiento de una crisis matrimonial como una laguna en la declaración testamentaria que debe colmarse por la interpretación integradora¹²⁴.

Frente a esta idea, recuerda que la exigencia impuestas por el artículo 675 del CC obliga a “averiguar la voluntad real del testador *en concreto* y no la de uno cualquiera, por muy medio o ideal que sea; es decir, ha de averiguarse la voluntad *exacta* de aquella persona cuyo testamento se esté interpretando.”¹²⁵ Como consecuencia de este mandato

¹²³ GALICIA AIZPURÚA, G., “Institución hereditaria en favor del cónyuge y ulterior divorcio. Comentario a la STS de España, núm. 539/2018, de 28 de septiembre” en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 28, 2019, págs. 498 a 513.

¹²⁴ En este mismo sentido IMAZ ZUBIAUR quien entiende que la interpretación integradora “podría tratarse de un remedio oportuno, en el marco del ordenamiento español, para la falta de sintonía entre la voluntad declarada en testamento y el contexto vital del testador a la apertura de la sucesión si, efectivamente, lo manifestado entonces ofreciera un reflejo de cual habría sido su voluntad ante una eventual disolución del vínculo marital. Lo que resultará hartamente complicado demostrar en las alocuciones más típicas (“... *instituyo heredar a mi mujer Dña. Rosa en la tercera parte de mi herencia; ... lego a mi esposo D. Ramon el apartamento en la costa*”). De ahí que los autores más apostados en la ineficacia de tales atribuciones testamentaria (vía integración) incluyan, bajo esta función, las hipótesis de ausencia absoluta de previsión o representación por parte del testador sobre una futura crisis matrimonial; considerando irrelevante la forma en la que éste designa a su consorte y si en tal fórmula de nombramiento cabe o no percibir la sombra de una ‘implícita’ condición resolutoria (tomando el posterior divorcio como evento condicional).” IMAZ ZUBIAUR, L., *Ob. Cit.*, págs. 70 y 71

¹²⁵ “Esto es, que el que un causante *tipo* no tenga más motivos para hacer una atribución legítima al intérprete a integrar en el sentido expresado la declaración testamentaria de un testador concreto en ausencia de otros datos que, complementariamente a la mención de dicha cualidad, corroboren una tal idea, porque la que ha de indagarse es, repito, su voluntad y no la de un testador ideal. [...]De otro modo, cualquier expresión mínimamente descriptivo-afectiva empleada por el causante respecto del favorecido debería ser

legal, este autor entiende que no es correcto, sin mediar dato alguno que lo justifique¹²⁶, alegar que no pudo haber más razón para el otorgamiento de la disposición a favor del cónyuge la concurrencia del vínculo conyugal. Así pues, para este, mientras dicha situación no sea exteriorizada por el testador, no tendrá relevancia jurídica¹²⁷.

Asimismo, y pese a mostrarse favorable al uso de la interpretación integradora en los casos en los que se constate una verdadera laguna en la disposición, no se muestra conforme con la privación de eficacia de la disposición¹²⁸ a través de este mecanismo. Y no se muestra conforme porque considera que “si hay una directriz clara en sede de interpretación testamentaria, esta consiste en que el intérprete ha de buscar, siempre, la máxima eficacia a la declaración de voluntad del testador, directriz que encuentra plasmación en criterios tales como el *favor testamenti*, la *benigna interpretatio* y la exclusión, únicamente, de aquellas cláusulas que sean contradictorias entre sí o por

considerada como un móvil determinante de la disposición, móvil que debería llevar a su decaimiento supuesta una alteración sobrevenida de las circunstancias no prevista por aquel. Así, por ejemplo, si el testador instituyera a “su amigo” don X o a “su socia” doña Y, la ulterior ruptura de la relación de amistad o de la relación negocial por desavenencias y quiebra de la confianza con el designado debería legitimar igualmente al intérprete para tener por decaída la disposición, pues ¿no sería esa también la voluntad virtual imputable a un causante medio? ¿Y no habría también en estas hipótesis una laguna a integrar en la declaración?”. GALICIA AIZPÚRUA, *Ob. Cit.*, pág. 509. En tal sentido IMAZ ZUBIAUR, *Ob. Cit.*, pág. 71

¹²⁶ Ya que entiende que “nada impide que de la interpretación de la *real voluntas testatoris* del momento en que otorgó el testamento pueda concluirse, con los medios hermenéuticos mencionados, que el de *cuius* no habría hecho la institución de haber sabido que el vínculo conyugal con la instituida no subsistiría y que eso quería expresar al mencionar en la disposición la condición de esposa de la beneficiaria”. Sin embargo, es esta una conclusión que “no cabe presumir” y que ha de extraerse a base de utilizar todos aquellos medios [lo que solo es posible hacer judicialmente, “en procedimiento contradictorio”, y con una fase probatoria que así lo permita”. GALICIA AIZPÚRUA, *Ob. Cit.*, pág. 510

¹²⁷ En el mismo sentido IMAZ ZUBIAUR al establecer que “Los autores que, guiados por la “lógica” y la “experiencia”, califican así el supuesto en que la disposición testamentaria no guarda una coherencia formal con el tipo de vínculo que une al testador con la persona favorecida al abrirse la sucesión (consorte entonces, ex cónyuge ahora), no deben obviar que, el dato, por sí solo, no invita, necesariamente, a deducir que se trata, en todo caso, de una contingencia que el *de cuius* ha olvidado insertar en su diseño. El cambio de estado civil existe, sin duda. La falta de ligazón en los términos exactos de la designación se constata, en efecto, una vez fallecido el causante: ya no está casado con la persona favorecida. En consecuencia, la tarea del interprete, ante las pretensiones de los interesados para que se declare la ineficacia de la atribución favorable al ex cónyuge, debe comenzar por investigar el alcance de la disposición litigiosa [...]. Puede que el testador no vislumbrara al testar la posible disolución posterior del vínculo marital y que, a raíz de tal imprevisión, la cláusula testamentaria no resulte conforme con aquella voluntad en el momento de su fallecimiento. Sin embargo, también es posible que el causante dispusiese en prode su cónyuge con plena consciencia de esta eventualidad y sin concederle mayor trascendencia. La falta de una regla específica en el Código civil que dirija este tipo de atribuciones hacia la ineficacia [...] y la obligación de analizar individualmente cada testamento en su particular contexto *ante y post mortem*, sugieren, por tanto, prudencia y precisión.” IMAZ ZUBIAUR, *Ob. Cit.*, pág. 67

¹²⁸ Disposición esta, recuerda, que es “plenamente regular y válida, la cual, además, no adolece de ambigüedad ni oscuridad alguna”.

completo ininteligibles.”¹²⁹ Esto último, junto con la idea de que lo que se pretende lograr con la interpretación integradora es “conseguir la realización de la voluntad del testador y del fin expresado en el testamento acomodando los medios por él escogidos a las nuevas e imprevistas circunstancias, es de todo punto contradictorio [con] que el resultado obtenido por su medio sea justamente el opuesto, esto es, privar de eficacia al testamento o a una cláusula contenida en él”¹³⁰.

Por su parte, a modo de respuesta a la imperante doctrina mayoritaria, esta línea doctrinal manifiesta que no consideran que sea aplicable analógicamente a este supuesto de hecho el precepto 767.I CC, por entender que el mismo no puede extenderse a supuestos de error sobre hechos futuros y mucho menos, supuestos de imprevisión, pues no existe identidad de ratio entre ambas situaciones, tal y como exige el artículo 4.1 del CC para que opere la analogía¹³¹.

Según GALICIA AIZPÚRUA no existe dicha identidad de ratio debido a que el mencionado precepto está pensado para un supuesto de *voluntad viciada*, es decir, toma en consideración un supuesto en el que el causante ha emitido una declaración a partir de un defectuoso conocimiento de la realidad y, por ende, su voluntad ha sido irregularmente formada a nivel interno¹³², situación que no se da en los supuestos de simple imprevisión por parte del testador. No niega este autor que la suposición de circunstancias futuras puede perfilar las pretensiones del testador de la misma forma que las presentes o pasadas, “de manera que su intervención en el proceso de formación de la voluntad se refleje en el testamento con igual certeza y seguridad que las representaciones relativas a hechos actuales o pretéritos.” Pero considera que los hechos futuros no pueden ser objeto de una

¹²⁹ GALICIA AIZPÚRUA, *Ob. Cit.*, pág. 511

¹³⁰ GALICIA AIZPÚRUA, *Ob. Cit.*, pág. 511. En el mismo sentido IMAZ ZUBIAUR “lo cierto es que los mismos valedores de la ineficacia de esta suerte de atribuciones acaban arrinconando la integración como herramienta jurídica para obtenerla, alegando que la esencia de la función integradora reside en *conservar la fuerza* de tales disposiciones, amoldándolas a las nuevas circunstancias (*favor testamenti; benigna interpretatio*” en IMAZ ZUBIAUR, L., *Ob. Cit.*, pág. 70

¹³¹ En palabras de GALICIA AIZPÚRUA “la analogía constituye un método de integración de la norma por el que se incorpora al supuesto de hecho de la ley un caso que naturalmente no se encuentra incluido en ella, operación que solo es procedente, a tenor del art. 4.1 CC, cuando exista semejanza entre el supuesto de hecho regulado y aquel que está ayuno de previsión normativa. En otras palabras, debe existir identidad de razón entre ambos, de forma que presenten iguales merecimientos para de esta guisa quedar sometidos a idéntica consecuencia jurídica.” GALICIA AIZPÚRUA, *Ob. Cit.*, pág. 506

¹³² El testador estaba en la convicción de que existía una concreta circunstancia que hacía al sujeto merecedor de la disposición mortis causa, condición que, sin embargo, nunca ha existido.

errónea representación, puesto que el error significa un falso conocimiento de la realidad, por lo que el ámbito material del mismo se limita a circunstancias presentes o pasadas, pero no a circunstancias futuras. Error este que, en los casos de imprevisión, ni siquiera existe, puesto que ni siquiera se ha pensado en tal posibilidad¹³³.

A pesar de lo expuesto, de considerarse aplicable por analogía este precepto al supuesto de hecho que se está analizando, IMAZ ZUBIAUR entiende que la exigencia de que la esencialidad de la causa deba desprenderse del tenor del testamento hace que no pueda declararse la ineficacia de la disposición.

Así, para esta, es el propio rigor solemne que impera en la voluntad testamentaria el que impide que la esencialidad se deduzca de la propia declaración en la mayoría de las cláusulas favorables al cónyuge puesto que generalmente dichas disposiciones no ofrecerán pistas al respecto. “Darlo por hecho en toda designación favorable al cónyuge es el ‘salto’ que no puede sustentarse sobre la base del absoluto respeto a la voluntad real del causante al momento de testar. Se generaría, cimentada en la ‘lógica’, una nueva disposición. Recurso terminantemente prohibido con base, precisamente, en aquella máxima.”¹³⁴

Asimismo, considera que esta argumentación es extensiva a la perspectiva de la causa, pues entiende que, en la práctica, se produce una objetivación de los motivos que empujan al testador, al considerar los autores partidarios de la aplicación del artículo 767 del CC que la atribución en favor del consorte esta realizada, siempre, con el único motivo de dicha condición, así como que se produce un sobrevenido decaimiento de tal motivación a raíz de una presupuesta expectativa futura (consciente, inconsciente o ausente) que no se cumple. Sin embargo, para esta autora, “no puede concluirse que los testadores disponen a favor de sus consortes, en todo caso, por el mero hecho de que lo sean (para eso tienen a su alcance la posibilidad de condicionar su atribución); ni puede alegarse, aun en esa hipótesis, que dicha motivación (pretérita) deje de existir debido a

¹³³ Esta misma postura es acogida por IMAZ ZUBIAUR, quien manifiesta que la extensión en estos supuestos está impedida por la dogmática del error, para lo cual analiza los antecedentes del citado precepto para llegar a la conclusión de que el error vicio contemplado en el mismo, siguiendo la tradición jurídica, se encuentra ceñido a hechos pasados o presentes. Vid. IMAZ ZUBIAUR, L., *Ob. Cit.*, pág. 74

¹³⁴ Vid. IMAZ ZUBIAUR, L., *Ob. Cit.*, pág. 75

un cambio sobrevenido de las circunstancias. [...] Si ante un divorcio posterior cambia la voluntad del testador respecto de su ex consorte (con relación a dicha atrición patrimonial), no es porque aquella otra deje de existir, sino porque se ha generado una nueva.”¹³⁵ Considera que para contemplar esa segunda voluntad existe, precisamente, la revocación del testamento.

De esta forma, para que se pueda proceder a la impugnación de la disposición con base en el artículo 767.I del CC, y con pleno respeto de la última voluntad del testador, que es en definitiva lo que se busca por parte de la doctrina mayoritaria, esta autora opina que la esencialidad de la motivación pretérita deberá quedar reflejada en el testamento.

Pese a encontrarse dentro de movimiento doctrinal, es necesario precisar que LÓPEZ FRÍAS¹³⁶ distingue según la forma en que se haya expresado el testador en la disposición. Así, en los casos en los que el testador *se haya referido al cónyuge, además de con la condición de tal, con el nombre y apellidos de este* debe mantenerse la eficacia.

En este punto el autor se cuestiona cuál hubiera sido la voluntad del testador de conocer las vicisitudes por las que iba a pasar su matrimonio. Para dar una respuesta a esta situación insiste en que el criterio a seguir por el intérprete “es hallar la voluntad del causante, aunque ésta pueda no coincidir con las expresiones vertidas en el testamento, pero es fundamental también tener en cuenta y resaltar que el intérprete no puede inventar nada y que precisamente su marco de actuación, y a su vez su límite, es el propio testamento”. Así, y pese a que comparte el criterio jurisprudencia del uso de la prueba extrínseca en el ámbito de la interpretación testamentaria, recuerda que esta debe basarse en indicios encuadrados en el propio testamento. Y es esta última idea la que le lleva a abogar por el mantenimiento de la eficacia de la disposición pues “en estos casos, resulta que el hermeneuta no tiene a su alcance más que conjeturas, voluntades hipotéticas o presuntas (lo que se entiende hubiera querido el ‘hombre medio’). Pero que, en realidad, no cuenta con apoyo alguno en la declaración y en el tenor del testamento. Y no puede

¹³⁵ Vid. IMAZ ZUBIAUR, L., *Ob. Cit.*, pág. 75 y 76

¹³⁶ LÓPEZ FRÍAS, M. J., “La voluntad hipotética del testador en crisis matrimoniales sobrevenidas: estado legal y jurisprudencial”, en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm. 5, 2012, págs. 61 a 81.

acudir a la interpretación integradora porque no hay nada en lo que se pueda apoyar, ya que si el testador ni imaginó ni sospechó tal posibilidad, mal podrá haberla reflejado.”¹³⁷

Por el contrario, cuando *únicamente se hace mención a la condición de cónyuge en la disposición*, sin realizar expresa mención al nombre y apellidos de este, este autor distingue entre los supuestos de divorcio, donde entiende que la disposición decae por haberse disuelto el vínculo matrimonial; mientras que en los supuestos de separación, “sólo la revocación del testamento puede hacer ineficaz la designación, pues no existe norma específica que la excluya como sí ocurre para la sucesión abintestato y para la legítima.”¹³⁸

A favor de esta distinción también se muestra LUQUE TORRES¹³⁹, quien igualmente distingue distintos supuestos dependiendo de la forma de designación del cónyuge utilizada, pero, en este caso, sin entrar a realizar la distinción entre los supuestos de separación y divorcio realizada por LÓPEZ FRÍAS. Según este autor “esta afirmación podría dar lugar a situaciones tan injustas como, cuando los cónyuges que viven juntos poco tiempo, se separan (o divorcian) y rehacen su vida con otra persona, (o se casan de nuevo) con la que realmente llegan a compartir la vida. Sin embargo, está al alcance del testador, el evitar estas situaciones revocando alguna de las circunstancias previstas en el C.c a tales efectos.” Finalmente, entiende que en los casos en los que únicamente se haga referencia al nombre del cónyuge, sin alusión alguna a la condición de cónyuge de este, debe mantenerse la eficacia de la misma por ser clara la intención del testador.

¹³⁷ LÓPEZ FRÍAS, *Ob. Cit.*, pág. 65

¹³⁸ LÓPEZ FRÍAS, *Ob. Cit.*, pág. 64. Como argumento de esta postura alega que “el legislador ha estimado necesaria la vigencia de un artículo para descartar al consorte separado como sucesor abintestato; y ello, porque dicho sujeto sí reúne la cualidad de cónyuge a pesar de la separación, por lo que, de no existir el art. 945, quedaría incluido en el llamamiento legal que el precepto anterior hace al cónyuge sobreviviente. Algo similar ocurre en el ámbito de la legítima. [...] A la vista de lo anterior, parece que tiene sentido pensar que en la sucesión testada, hoy por hoy, las atribuciones en beneficio del cónyuge no reciben el mismo tratamiento en los supuestos de nulidad y divorcio (inexistencia o desaparición del vínculo) y en los de separación (subsistencia del mismo), habida cuenta de que para esta último ámbito no existe actualmente ningún precepto que deje sin efecto la designación como heredero o legatario del cónyuge, que sigue siéndolo aun después de la separación matrimonial.”

¹³⁹ Vid. LUQUE TORRES, *Ob. Cit.*, págs. 220 a 222.

Por último, cabe advertir que autores como LLOPIS GINER¹⁴⁰, ÁLVAREZ ÁLVAREZ¹⁴¹ o LUQUE TORRES¹⁴² entienden que en caso de que en el testamento figure el cónyuge como legitimario respecto de su cuota legal, en estos casos, la disposición devendrá ineficaz, y ello porque entiende que la disposición se realiza cumpliendo con el mandato legislativo que realiza el Código Civil, quien establece unos derechos sucesorios para quien se encuentra unido por un vínculo matrimonial y con unas relaciones afectivas en el momento del otorgamiento, por lo que “las circunstancias posteriores alteran esta situación, perdiendo los excónyuges su respectivo derecho legitimario en los casos de nulidad y divorcio” y, añadido¹⁴³, separación por expreso mandato legislativo¹⁴⁴.

3. Integración de la voluntad testamentaria: ineficacia de las disposiciones por devenir la situación de crisis matrimonial

3.1. El alcance general de la interpretación integradora del testamento

La interpretación del artículo 675 del CC en el sentido señalado no ha impedido que se haya venido aceptando la interpretación integradora del testamento tanto por la doctrina española¹⁴⁵ como por la jurisprudencia¹⁴⁶. Este es un mecanismo que permite

¹⁴⁰ Vid. LLOPIS GINER, *Ob. Cit.*, pág. 7063

¹⁴¹ Vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Ob. Cit.*, pág. 1547

¹⁴² Vid. LUQUE TORRES, *Ob. Cit.*, pág. 220

¹⁴³ En el momento en que se redactó este artículo doctrinal la separación no hacía decaer en todos los casos los derechos sucesorios del cónyuge separado, sin embargo, esta situación ha cambiado tras la nueva redacción dada al precepto 834 por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por lo que, con la actual redacción, es entendible que, con base en la argumentación que se da para los casos de nulidad y divorcio que actualmente se equiparan a la separación en lo que a derechos sucesorios se refiere, consideramos que este autor hubiera tenido a bien esta extensión de su argumentación.

¹⁴⁴ En este mismo sentido se manifiesta GONZÁLEZ ACEBES, quien manifiesta con rotundidad que “Si el cónyuge aparece designado en el testamento en la condición de legitimario por su cuota viudal usufructuaria no tendríamos problemas de interpretación puesto que la propia ley ya ha dispuesto la pérdida de este carácter para el excónyuge e incluso para el cónyuge separado judicialmente o de hecho.” GONZÁLEZ ACEBES, A., *Ob. Cit.*, pág. 55

¹⁴⁵ Vid. VAQUER ALOY, A., *La interpretación del testamento*, Calamo, Barcelona, 2003, págs. 85 y ss.; MORENO QUESADA, B., “Interpretación del testamento” en SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER, [et. al.], *Curso de Derecho Civil IV: Derechos de Familia y Sucesiones*, 9ª Ed., Tirant lo Blanch [recurso electrónico en línea], 2019, pág. 621. [Última consulta: 18/01/2021] Disponible en: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413139586?showPage=0>; JORDANO BAREA, J. B., *Ob. Cit.*, pág. 113 y ss.; CAÑIZARES, LASO, A., “Comentario al artículo 675”, *Cit.*, pág. RL-1.67.

¹⁴⁶ En este sentido es un referente la STS de 6 de marzo de 1944: “el caso de duda a que se refiere el propio artículo [675] puede nacer, no sólo de que las cláusulas del testamento sean oscuras o ambiguas, sino también de que sean en algún punto inexpresivas, ya que la ley no excluye esta posibilidad y, por consiguiente, admite implícitamente que el sentido literal de las disposiciones del testamento, insuficientemente expresado, pueda ser desenvuelto e integrado por el Juez, siempre que para ello se parta de las propias declaraciones del documento testamentario, o, lo que es igual, del «tenor del mismo testamento» del cual pueda extraerse, por modo claro, la verdadera y completa voluntad del disponente,

adecuar los medios ordenados por el causante en su testamento con la que se cree sería la voluntad de este de haber conocido en dicho momento el cambio sobrevenido de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de efectuar la disposición¹⁴⁷.

Esta deviene necesaria cuando aparece una *laguna*¹⁴⁸ en la voluntad del testador. Esta laguna se produce como consecuencia de la imprevista variación de las circunstancias fácticas tenidas en cuenta en el momento de realizar la disposición o por un desarrollo distinto del previsto de dichas circunstancias, modificación esta que provoca un resultado distinto de la finalidad que perseguía el causante con la disposición realizada¹⁴⁹. Se habla de la existencia de una laguna puesto que de haber previsto el testador esta variación, el contenido de la disposición hubiera sido distinto al verdaderamente recogido, pues habría sido consciente que las cláusulas testamentarias no conseguirían la finalidad que con ellas se había propuesto alcanzar¹⁵⁰.

En los supuestos en los que cabe aplicar la interpretación integradora, “la voluntad del testador esta completa, en el sentido que contiene una regulación a priori suficiente de todas las consecuencias jurídicas que desea se produzca teniendo en cuenta las circunstancias presentes en el momento de testar. Lo que sucede es que se produce un cambio en las circunstancias que él no pudo o supo prever y que tiene como resultado que determinados fines que se proponía conseguir con su testamento no vayan a lograrse.”¹⁵¹

como así lo ha declarado ya la doctrina de esta Sala, en Sentencias de 8 de julio de 1940, y 3 de junio de 1942.” En el mismo sentido se manifiesta la STS de 26 de noviembre de 1974.

¹⁴⁷Es necesario diferenciar la interpretación integradora del testamento y la integración del testamento, mecanismo este que se encuentra unánimemente excluido como consecuencia del carácter personalísimo y formal del testamento. Y ello, porque la integración supone “completar o adicionar el contexto del testamento con elementos ajenos a las declaraciones hechas por el testador.” Por el contrario, la interpretación integradora no supone crear una voluntad nueva del testador para supuestos no previstos, sino adecuar la voluntad manifestada a las circunstancias sobrevenidas de tal forma que se garantice su efectiva realización. Vid. RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Ob. Cit.*, pág. 735; VAQUER ALOY, A., *La interpretación, Cit.*, pág. 92 y CAÑIZARES LASO, A., “Comentario al artículo 675”, *Cit.*, pág. RL-1.67.

¹⁴⁸ Pese a que algunos autores consideran que el supuesto de hecho consiste en la ‘inexpresión’ en algún punto del testamento, para VAQUER ALOY resulta más acertado el término laguna, entendido este desde la perspectiva de que el testador no ha contemplado la producción de un determinado hecho. Ello, porque considera que, si el testamento fuera en algún punto inexpresivo, no cabría integrar la voluntad del causante, pues en estos casos se estaría creando una cláusula nueva no prevista por el testador. Vid. VAQUER ALOY, A., *La interpretación, Cit.*, pág. 86.

¹⁴⁹ Esta variación de las circunstancias es un cambio objetivo, ajeno a la voluntad del testador. Vid. VAQUER ALOY, A., *La interpretación, Cit.*, pág. 92

¹⁵⁰ Vid. VAQUER ALOY, A., *La interpretación, Cit.*, págs. 86 a 88.

¹⁵¹ VAQUER ALOY, A., *La interpretación, Cit.*, pág. 87

Entienden los autores defensores de la aplicación de la interpretación integradora del testamento que la misma es consecuencia del criterio subjetivista imperante en el proceso de interpretación testamentaria en el que se encuadra esta modalidad interpretativa¹⁵².

Así, en palabras de VAQUER ALOY “si hay que realizar la verdadera voluntad del testador [...] esto implica necesariamente la readecuación entre los medios escogidos por el testador y el fin que pretendía alcanzar con tales medios, pero que se han tornado inidóneos por razón de un cambio imprevisto en las circunstancias o por una deficiente previsión del desarrollo de tales circunstancias.”¹⁵³

Por lo expuesto, deviene de suma importancia conocer el fin testamentario, siendo indiferente que el mismo se exprese en el testamento o que este se deduzca del contenido de la declaración de última voluntad.

Conocida esta finalidad perseguida por el testador, se observa que los medios utilizados por este son inidóneos para la misma como consecuencia del cambio sobrevenido de las circunstancias. De lo que se trata con la interpretación integradora, por tanto, es de “determinar que medios hubiera escogido el testador de haber contemplado las nuevas circunstancias a las que debe acomodarse su sucesión y, por consiguiente, eliminar la discrepancia entre medios y fin.”¹⁵⁴

Por tanto, en estos supuestos no estamos ante a una voluntad manifestada explícitamente en testamento, sino frente a una voluntad deducida del testador de acuerdo con el fin que se había propuesto este. Esta voluntad se conoce con el nombre de voluntad hipotética o presunta, pues esta voluntad no se encuentra declarada específicamente en el testamento ni tampoco está presente el testador para aclarar cual hubiera sido su voluntad de haber conocido que las circunstancias serían otras distintas a las contempladas.

¹⁵² En este sentido podemos citar a JORDANO BAREA para quien “El mismo fundamento técnico-jurídico que justifica el principio *voluntas es spectanda*, orientador de la interpretación del testamento, impone también en este caso, o sea en la actividad de colmar tales lagunas, que el intérprete persista y prosiga en la misma dirección psicológica o subjetiva de la interpretación (ahora en función integradora), reconstruyendo la presumible voluntad del disponente: aquella voluntad virtual que, con base en la propia voluntad real y línea de pensamiento, ya que suponer se habría formado el disponente si se hubiera propuesto la hipótesis no prevista.” JORDANO BAREA, J. B., *Ob. Cit.*, pág. 114

¹⁵³ VAQUER ALOY, A., *La interpretación, Cit.*, pág. 88

¹⁵⁴ VAQUER ALOY, A., *La interpretación, Cit.*, pág. 89

Debemos entender, por consiguiente, que “la adecuación de los medios a las nuevas circunstancias es la voluntad que implícita y verosímilmente se deriva del fin que se pretendía conseguir.”¹⁵⁵

Cabe advertir que la interpretación integradora del testamento no puede dar cabida a la entrada en el testamento de una voluntad posterior del testador no manifestada con las formalidades solemnes exigidas para el testamento¹⁵⁶. La interpretación integradora para adecuar los medios expresados en el testamento al cambio sobrevenido de las circunstancias únicamente tiene en cuenta la voluntad que el testador tenía en el momento de la otorgación del testamento¹⁵⁷.

Mediante la interpretación integradora “el intérprete busca la consecución del fin testamentario, y este fin es el que el testador expresó al testar. En definitiva, se trata de proyectar una voluntad pretérita pero actual – la que el testador inserto en la forma testamentaria y única que constituye la ley de la sucesión – a las circunstancias – futuras para el testador y presentes para el intérprete – que aquel no pudo contemplar o que contempló deficientemente. Es una voluntad hipotética, sí, pero la voluntad hipotética del causante en el momento de emitir su declaración de voluntad testamentaria.”¹⁵⁸

A pesar de que se trate de una voluntad hipotética, se exige que el resultado interpretativo tenga apoyo en el texto testamentario¹⁵⁹. Las solemnidades exigidas por el ordenamiento delimitan el objeto de la interpretación, por lo que el requisito formal no

¹⁵⁵ VAQUER ALOY, A., *La interpretación*, *Cit.*, pág. 89: “A la vista de este objetivo que pretendía conseguir el causante con su ordenación testamentaria no se inventa o crea una voluntad ajena a él, sino que se adecua su declaración al fin perseguido e igualmente declarado, con lo que se respeta perfectamente la voluntad – declarada – del testador.”

¹⁵⁶ Según VAQUER ALOY “la modificación de las circunstancias fácticas contempladas por el causante en el momento de otorgar el testamento es un cambio objetivo, ajeno a su voluntad; los meros cambios de opinión del testador [...] no pueden ser tenidos en cuenta.” VAQUER ALOY, A., *La interpretación*, *Cit.*, pág. 92. En el mismo sentido RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Ob. Cit.*, pág. 735.

¹⁵⁷ En este sentido CAÑIZARES LASO manifiesta que “se trata de averiguar lo que el testador habría querido presumiblemente en el momento de hacer testamento de haber conocido esas circunstancias, encontrándose un indicio en la voluntad testamentaria, es decir, en el testamento. [...]. Entendemos que la única voluntad que puede valorarse es la declarada, de una u otra manera, en el momento de hacer testamento, no creemos que se pueda atender a la llamada voluntad real última del testador, no cabe a nuestro juicio valorar la voluntad más que la referida al momento de la declaración.” CAÑIZARES LASO, A., “Comentario al artículo 675”, *Cit.*, pág. RL-1.67.

¹⁵⁸ VAQUER ALOY, A., *La interpretación*, *Cit.*, pág. 91. En el mismo sentido, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Ob. Cit.*, pág. 735

¹⁵⁹ Vid. VAQUER ALOY, A., *La interpretación*, *Cit.*, pág. 100 y CAÑIZARES LASO, A., “Comentario al artículo 675”, *Ob. Cit.*, pág. RL-1.67.

puede ser vulnerado. Por ello, “no se interpreta la voluntad del testador, se interpreta la voluntad declarada por el testador cumpliendo con los requisitos de forma impuestos legalmente.”¹⁶⁰ De esta forma, la obligación de que la voluntad hipotética sea reconducible al testamento actúa como medio de garantizar el cumplimiento de la voluntad efectiva del testador.

Así pues, la voluntad interpretada, “aun tratándose de una voluntad no expresada directamente por el causante, [...] es una voluntad incluida en el testamento en la medida en que se deduce necesariamente de otra que si se halla expresada. Y esta otra voluntad explícita en el testamento es el fin que el testador, como mayor o menor claridad, ha manifestado perseguir.”¹⁶¹

Por último, para estos autores, y como consecuencia de que la finalidad de esta modalidad interpretativa es “conseguir la realización de la voluntad del testador y del fin expresado en el testamento acomodando los medios por él escogidos a las nuevas e imprevistas circunstancias, sería contradictorio que el resultado de la integración fuera justamente lo contrario, esto es, privar de eficacia al testamento.”¹⁶² Por ello, la interpretación integradora no debe conducir a la ineficacia testamentaria.

3.2. La incidencia que puede tener en la interpretación la valoración del error: artículo 767.I del Código Civil

Para que el testamento, como declaración de voluntad unilateral y personalísima que es, sea válido y eficaz y, por consiguiente, sirva como ley de sucesión, es necesario que la voluntad manifestada en el mismo por parte del testador se halle efectuada con pleno conocimiento de las circunstancias y efectivo querer de las mismas, no debiendo

¹⁶⁰ VAQUER ALOY, A., *La interpretación, Cit.*, pág. 100

¹⁶¹ VAQUER ALOY, A., *La interpretación, Cit.*, pág. 90. En el mismo sentido, JORDANO BAREA, quien entiende que “el juzgador debe tener los ojos constantemente puestos en la línea volitiva trazada en el testamento, para de ese modo aplicar al caso, cuya regulación le incumbe fijar, el mismo régimen que el propio testador le aplicaría, si por ventura fuera llamado a regularlo”. JORDANO BAREA, J. B., *Ob. Cit.*, pág. 115

¹⁶² VAQUER ALOY, A., *La interpretación, Cit.*, pág. 102

resultar afectada por vicio alguno, pues de lo contrario pueden resultar invalidas e invalidarse conforme a lo dispuesto por el artículo 673 del CC¹⁶³.

Cuando en el proceso de formación de la voluntad tuviera injerencia el temor (violencia) o el falso conocimiento de la realidad, ya sea espontáneo (error) o provocado (dolo o fraude), este proceso de formación de la voluntad pasa a estar viciado y, por consiguiente, la voluntad plasmada en el testamento no puede ser eficaz para ordenar la sucesión.

Centrándonos en el supuesto de error, por ser este el vicio que considera la doctrina que opera en el supuesto de hecho al que se intenta dar respuesta, cabe comenzar diciendo que se puede diferenciar entre error vicio y error obstativo¹⁶⁴. El error que a nuestros efectos interesa y, por consiguiente, va a ser analizado es el error vicio.

En los casos en los que opera el error vicio, la voluntad del testador aparece determinada por una incorrecta representación de la realidad, operando el error, en estos casos, “en el proceso interno de formación de la voluntad”¹⁶⁵. Es ese el motivo que da razón de ser a la denominación del error vicio, puesto que “la voluntad se forma a impulsos del error”¹⁶⁶, o lo que es lo mismo, la voluntad aparece viciada como consecuencia de la incorrecta representación de la realidad.

Nuestro ordenamiento, bajo la denominación causa falsa, dedica el artículo 767 del Código Civil, párrafo primero, a la regulación general del error en los motivos,

¹⁶³ Vid. GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador*, *Cit.*, pág. 21; GORDILLO CAÑAS, A., “El error en el testamento” en *Anuario de Derecho civil*, Vol. 36, núm. 3, 1983, pág. 766; EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a A., *Sucesión Legal*, *Cit.*, pág. 117; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Notas sobre ‘la voluntad del testador’”, *Cit.*, pág. 154 y 169; ALBIEZ DOHRMANN, K. J. “Comentario al artículo 767” en BERCOVITZ, R. *Comentarios al Código Civil*, T. IV, Tirant lo Blanch [recurso electrónico en línea], Valencia, 2013, pág. 5676 [Última consulta: 02/02/2021]. Disponible en: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788490337356#ulNotainformativaTitle>

¹⁶⁴ El error obstativo, también conocido como error en la disposición, es el error producido en la exteriorización de la voluntad válidamente constituida. El error opera en estos casos en el proceso de plasmación de la voluntad.

¹⁶⁵ GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador*, *Cit.*, pág. 71.

En el mismo sentido, GORDILLO CAÑAS quien entiende por error vicio aquel supuesto en el que “se declara lo querido, pero eso que se quiere y se declara se quiere por error.” GORDILLO CAÑAS, A., “El error en el testamento”, *Cit.*, págs. 791 y 792.

¹⁶⁶ GORDILLO CAÑAS, A., “El error en el testamento”, *Cit.*, pág. 792.

recogiendo en el inciso final de dicho párrafo el supuesto de error vicio¹⁶⁷. El mismo establece que “la expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, *a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa*”.

De la lectura del citado precepto observamos que la regla general consiste en la *irrelevancia* de la expresión de la causa falsa, es decir, cuando el motivo designado por el testador como causa para designar al heredero o legatario sea incierto, dicho motivo se tendrá por no puesto. Queda así recogido en este precepto el principio de larga trayectoria jurídica de Derecho romano *falsa causa non nocet*¹⁶⁸.

Se parte, por tanto, de que “la causa falsa expresada por el testador no fue determinante de su voluntad, sino algo meramente accesorio o secundario (*falsa demonstratio non nocet*), tal ocurre cuando el testador hubiera dispuesto de la misma manera aun de haber tenido una exacta representación de la realidad”¹⁶⁹.

¹⁶⁷ No obstante, existen otros preceptos a lo largo del cuerpo normativo precitado “que establecen reglas particulares respecto a concretos errores en los motivos o en las razones por las que el testador opta por disponer de determinada manera como pueden ser el error sobre la propiedad de lo legado (art. 862, entre otros), sobre la inexistencia de descendientes (art. 814.II) o sobre la concurrencia de una causa para desheredar a un legitimario (art. 851) [...]. El Código Civil también toma en cuenta la imprevisión del testador acerca de hechos futuros, en cuanto puede ser determinante de ciertas disposiciones testamentarias”. GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador, Cit.*, pág. 71.

¹⁶⁸ El principio de irrelevancia de la causa falsa “cuentan con una larga tradición jurídica. Así, en el Digesto se preveía la indicación de una causa falsa en el legado, que era valorada en principio como simple *demonstratio* irrelevante (D.35.1.17.2), a no ser que se enunciara como condición (D. 35.1.72.6). Las Partidas disponían en la misma línea (P. VI, título 9, ley 20). [...] el Proyecto de 1851 rompió con el criterio tradicional de irrelevancia de la falsedad de la causa en los legados, estableciendo en términos generales que ‘toda disposición testamentaria a título universal o particular fundada en una causa falsa, quedará sin efecto si el interesado no probase que el testador tuvo para hacer la disposición otra causa tan atendible como la expresada’ (art. 721); se partía pues, de la eficacia invalidante de la causa falsa, salvo prueba de su carácter no determinante. Sin embargo, el Anteproyecto de 1882, en su art. 768.1 [...] retomó la solución tradicional, pasando a regular la cuestión en términos análogos a los del actual art. 767.I CC, que son justamente los contrarios a los del Proyecto de 1851.” GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador, Cit.*, págs. 72 y 73.

¹⁶⁹ GÓMEZ CALLE, E., “Artículo 767. Causa falsa de la institución de heredero o legatario” en CAÑIZARES LASO, A. [et. al.] (Dirs.), *Código Civil Comentado*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pág. RL-1.159 [última consulta: 06/02/2021]. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/codigos/167406189/v2/document/167406189/anchor/a-167406189>

En el mismo sentido, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *Ob. Cit.*, pág. 5677: “[...] se salva de la nulidad la expresión de la voluntad *mortis causa*, presumiendo que la alusión a los móviles es simplemente anecdótico y no sustancial”.

No obstante, el precepto recoge una excepción a la irrelevancia del error. Dicha excepción opera cuando la causa falsa hubiera sido determinante para el testador “de forma que no hubiera dispuesto del mismo modo de no haber mediado aquel; estaríamos entonces ante un error esencial y, como tal, jurídicamente relevante y con eficacia invalidante, por haber viciado la voluntad del testador”¹⁷⁰. Es en este punto cuando la doctrina habla de error vicio, pues recordemos que se trata de aquel error que es capaz de viciar la voluntad del causante.

3.2.1. Delimitación del supuesto de causa falsa

De la lectura del precepto se observa la conveniencia de fijar con precisión la conceptualización de determinados términos que ayudan a trazar los supuestos en los que debe operar la excepción de la regla de la irrelevancia de la causa falsa.

A) La causa de la disposición testamentaria

El primer término con el que nos encontramos y al que es necesario dotar de contenido es el término *causa*, término este que en este punto dista del significado técnico jurídico¹⁷¹ empleado por la doctrina¹⁷².

Para realizar una conceptualización del término *causa* en el sentido del artículo 767.1 podemos partir de la definición realizada en Las Partidas (P. VI, t. 9, Ley 21¹⁷³), entendiendo así la causa como la *razón* o el *motivo concreto* que tuvo el testador para realizar la disposición testamentaria en favor de quien la hizo y en la forma en que la hizo¹⁷⁴. El término *causa* empleado en este caos, por tanto, es la causa en sentido subjetivo.

¹⁷⁰ GÓMEZ CALLE, E., “Artículo 767”, *Cit.*, RL-1.159

¹⁷¹ El término *causa* en el sentido técnico se refiere a la función caracterizadora de cada negocio, o lo que es lo mismo, aquello que hace distinguir un negocio de otros. Nos referimos, por tanto, al significado objetivo del término *causa*.

¹⁷² ALBALADEJO, “De nuevo sobre el error de las disposiciones testamentarias” en *Revista de Derecho Privado*, Vol. 7, núm. 2, 1954, pág. 324

¹⁷³ “[...] los fazedores de los testamentos ponen razones en las mandas cuando las fazen. E a esta razón llaman en latín *causa*. E esto es como cuando dice el testador, mando a fulano a cien maravedís por servicio que me fizo”.

¹⁷⁴ Vid. GORDILLO CAÑAS, A., “Comentario al artículo 767.I”, en ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. X, Vol. 1.º, EDERSA, 1987, pág. 338; “El error en el

B) Falsedad de la causa o causa falsa

El segundo término al cual debemos dotar de contenido es el referente a la causa *falsa* (o *falsedad* de la causa), cuyo significado también puede ser ambivalente. Según entiende GORDILLO CAÑAS “el contenido de la regla establecida en el primer párrafo del artículo 767 ayuda a atribuir su preciso significado a las expresiones *causa falsa* o *falsedad de la causa* en el distinto lugar en que respectivamente se emplean. El precepto en estudio, efectivamente, establece una norma cuyo enunciado lógico-gramatical se articula en la formulación de una regla y la indicación de una expresión.”¹⁷⁵ Esto supone que bajo el mismo término se encierran significados jurídicos distintos.

Así, en palabras del citado autor “la más vaga *causa falsa* que se considera no escrita puede abrazar tanto la causa errónea no determinante”, es decir, cualquier incorrecta representación de la realidad que no coaccione la voluntad testamentaria del causante “como cualquier otra posible forma de falsedad en la causa: también la causa mentida o simulada¹⁷⁶.” Es evidente que quien simula una causa y, por consiguiente, falta conscientemente a la realidad, no actúa determinado por la falsedad de la causa al disponer, por ello, la voluntad del causante prevalece sobre la motivación fingida y ello porque existe la certeza de la expresada voluntad dispositiva¹⁷⁷.

Por su parte, la causa falsa que da lugar a la aplicación de la excepción y llega a producir la ineficacia de la disposición testamentaria, únicamente se refiere a la causa errónea o al error en la causa, entendiendo por error la “inexacta representación de la realidad que determina la pulsión y formación de la voluntad dispositiva”¹⁷⁸, debido a que

testamento”, *Cit.*, pág. 796; ALBALADEJO GARCÍA, M, *Ob. Cit.*, págs. 324 y 325 y GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador*, *Cit.*, pág. 73

¹⁷⁵ GORDILLO CAÑAS, A., “El error en el testamento”, *Cit.*, pág. 793 y ss. y “Comentario al artículo 767.I” *Cit.*, pág. 339. En el mismo sentido ALBALADEJO, *Ob. Cit.*, pág. 330

¹⁷⁶ “El testador puede faltar conscientemente a la verdad al mencionar los motivos por los que nombra a alguien heredero o legatario, porque puede querer justificarse ante otras personas, o desear disimular ante ellas la verdadera razón de la disposición; el motivo falso por mentido debe entonces tenerse por no puesto conforme al art. 767.I CC, valiendo la disposición en sus propios términos, puesto que el favorecido está perfectamente designado y el motivo aducido no es sino algo accesorio en la disposición e intrascendente para el testador al conocer el mismo su inexactitud; el motivo aducido no es, en fin, la razón por la que el testador dispuso como lo hizo, y el mismo es consciente de ello.” GÓMEZ CALLE, E., “Artículo 767...” y *El error del testador*, *Cit.*, págs. RL-1.159 y 74, respectivamente.

¹⁷⁷ En este sentido GÓMEZ CALLE, E., “Artículo 767”, *Cit.*, pág. RL-1.159 y *El error del testador*, *Cit.*, pág. 74

¹⁷⁸ GORDILLO CAÑAS, A., “Comentario al artículo 767.I”, *Cit.*, pág. 343

el supuesto se circunscribe únicamente a los supuestos en que resulte del testamento que el causante no hubiera dispuesto como lo hizo de haber conocido la falsedad de la causa.

Es preciso apuntar que “el motivo erróneo es el derivado del errado conocimiento de los hechos objetivos sobre los que se asientan; no se refiere, en cambio, a la torcida valoración por el testador de una realidad, por hipótesis, fielmente conocida. [...] El error en que consiste la causa falsa o el motivo erróneo reside solo [...] en la representación mental de la realidad. La valoración de esta, en cuanto motivo de la voluntad, es cuestión subjetiva, ajena propiamente, a la problemática del error invalidante de la disposición testamentaria.”¹⁷⁹

Por último, cabe advertir que para poder encontrarnos dentro de la aplicabilidad de la norma recogida por el artículo 767.I del CC es necesario que el error sea espontáneo, es decir, que se produzca sin intervención o estímulo exterior, ya que, de lo contrario, de encontrarse el testador inducido por un tercero, nos encontraríamos dentro del supuesto de hecho de los artículos 673 y 674, por mediar dolo o fraude en la voluntad testamentaria del causante, siendo en estos casos indiferente el carácter determinante del error o no.

C) Extensión de la causa falsa

- Error sobre hechos futuros: inexistencia de la causa

En el negocio testamentario es perfectamente posible que el testador realice las disposiciones testamentarias determinado, además de por hechos pasados o presentes, por representaciones acerca del provenir, como, por ejemplo, el mantenimiento de la situación existente en el momento de disponer o la producción de un determinado suceso o cambio¹⁸⁰. Lo importante aquí es determinar si el no cumplimiento de esa representación mental sobre hechos futuros incide en la eficacia de la disposición, surgiendo así la

¹⁷⁹ GORDILLO CAÑAS, A., “Comentario al artículo 767.I”, *Cit.*, pág. 343

En este mismo sentido ALBALADEJO, *Ob. Cit.*, págs. 328 y 329: “el error debe recaer sobre la existencia del motivo y no basta el error en la valoración de este. Es decir, el error se refiere a la existencia o inexistencia de un hecho considerado por el testador como inexistente o existente. Es indiferente, pues, la corrección o incorrección con que el testador haya juzgado los hechos cuando haya tenido exacto conocimiento de estos”; GÓMEZ CALLE, E. “Artículo 767”, *Cit.*, pág. RL-1.159 y *El error del testador*, *Cit.*, pág. 85

¹⁸⁰ Vid. GÓMEZ CALLE, E., “Artículo 767”, *Cit.*, pág. RL-1.159 y *El error del testador*, *Cit.*, pág. 117.

cuestión sobre si es aplicable los efectos dispuestos por el artículo 767.I del CC en los casos en que exista error sobre hechos futuros.

Según entiende la doctrina mayoritaria¹⁸¹ el error constitutivo de la causa falsa puede tener como partida tanto circunstancias presentes o pasadas, como *futuras*. Y ello porque consideran que es evidente que la voluntad del testador puede quedar determinada de igual forma que por las representaciones de hechos presentes o pasadas, por la previsión de circunstancias futuras, puesto que los hechos futuros son susceptibles de una representación errónea¹⁸². Además, cabe advertir que “su intervención en el proceso de formación de la voluntad puede reflejarse en el testamento con igual certeza y seguridad que las representaciones relativas a hechos presentes o pasados”¹⁸³.

Pese a esta concepción mayoritaria doctrinal, existen autores que no consideran extensible el precepto a hechos futuros. Si bien es cierto que parten de la idea de que los hechos futuros pueden llegar a determinar con igual certeza que los hechos presentes o pasados una disposición, opinan que estos hechos futuros no suponen un caso de falsa representación de la realidad y, por ende, no puede aplicarse el artículo en cuestión.

Para estos, el precepto habla de una causa ‘falsa’, “la cual, para serlo, ha de consistir en un acontecimiento ya ocurrido, una cualidad ya existente, etc., pues, si ha de sobrevenir, no puede decirse *actualmente* que la causa sea verdadera ni falsa.”¹⁸⁴

¹⁸¹ En este sentido GÓMEZ CALLE, E., “Artículo 767”, *Cit.*, pág. RL-1.159 y *El error del testador*, *Cit.*, pág. 117; GORDILLO CAÑAS, A., “El error en el testamento”, *Cit.*, págs. 797 y 798 y “Comentario al artículo 767.I”, *Cit.*, págs. 342 y 343; CAÑIZARES LASO, A., “Disposición testamentaria en favor del cónyuge y divorcio posterior” en *Persona y Estado en el umbral del Siglo XXI*, Facultad de Derecho de Málaga, Málaga, 2001, pág. 118; GONZÁLEZ ACEBES, B., *Ob. Cit.*, pág. 60, entre otros.

¹⁸² En este mismo sentido se postula CAÑIZARES LASO quien entiende que “Debe tenerse en cuenta que la representación que el testador se haga de las circunstancias no necesariamente debe ir referida a circunstancias de presente, sino también a circunstancias relativas al pasado o al futuro y, en ese sentido, tanto unas como otras son susceptibles de conformar una voluntad que estará viciada por error en los motivos en cuanto a la representación que de las circunstancias se haya hecho el testador y que han conducido a la disposición testamentaria. En esos términos, nos hallaremos en presencia de la causa contemplada por el art. 767 CC como la razón o motivo que lleva al testador a realizar la institución de heredero, causa falsa que como motivo erróneo hace ineficaz la disposición testamentaria.” CAÑIZARES LASO, A., “Disposición testamentaria”, *Cit.*, pág. 118

¹⁸³ GORDILLO CAÑAS, A., “El error en el testamento”, *Cit.*, págs. 797 y 798 y “Comentario al artículo 767.I”, *Cit.*, págs. 342 y 343.

¹⁸⁴ GALICIA AIZPURÚA, G., *Ob. Cit.*, pág. 506

Asimismo, consideran que el precepto parte de una voluntad *viciada* debido a que ha sido irregularmente formada, entendiéndose como tal que el causante ha emitido una declaración a partir de un defectuoso conocimiento de la realidad. Partiendo de esta idea, los autores que se muestran en contra de la extensión entienden que los hechos futuros no pueden ser, en ningún caso, objeto de errónea representación de la realidad, puesto que el futuro aún no se ha hecho realidad. Si bien es cierto que el devenir puede ser vaticinado mediante representaciones, la exactitud de estas solo podrá cerciorarse con posterioridad, cuando el objeto de esa representación se haga realidad, faltando, por tanto, entre la esperanza y el suceso esperado, la simultaneidad característica del error.

Por tanto, para esta vertiente doctrinal, como consecuencia de que el error supone un falso conocimiento de la realidad, el ámbito material de este vicio queda limitado a circunstancias actuales o pasadas.

La doctrina mayoritaria comparte en cierta manera estas últimas manifestaciones, pues sí que entiende que, al momento de testar, momento en el cual hay que valorar si verdaderamente existía o no una voluntad viciada como consecuencia de un error, no se puede decir exactamente que el testador estuviera en un error, puesto que no es posible saber cómo se desarrollarían los acontecimientos. Sin embargo, el hecho de no acontecer los hechos tal y como fueron previstos por el causante a la hora de disponer, dejan sin causa la disposición testamentaria, pues finalmente no se produce el hecho que motiva la disposición. En estos casos la disposición no estaría viciada desde el principio, “sino que devendría ineficaz por desaparecer [o no acontecer] las circunstancias que le sirvieron de base y que actuaron como motivo determinante de la misma”¹⁸⁵.

- Equiparación del error positivo e imprevista inexistencia de la causa

Entre el momento en el que el testador otorga testamento hasta que efectivamente se produce la apertura de la sucesión, puede transcurrir un periodo largo de tiempo, durante el cual puede producirse un cambio *imprevisto* por el causante en las circunstancias existentes y tenidas en cuenta en el momento del otorgamiento.

¹⁸⁵ GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador*, Cit., pág. 117

En el terreno conceptual, el error en sentido estricto, como juicio erróneo que existe positivamente, se distingue de la ignorancia, entendiendo esta como desconocimiento que se traduce en mera imprevisión. Sin embargo, en la práctica será difícil deslindar estas situaciones¹⁸⁶.

Es cierto que en los supuestos de inexistencia sobrevenida de la causa no cabe hablar de error como tal, puesto que, al momento de testar no se podía saber cómo iban a desarrollarse los acontecimientos, por lo que no es posible que el testador estuviera en un error y que, por lo tanto, su voluntad se hallara viciada. No obstante, la imprevista variación sobrevenida de las circunstancias existentes al momento de testar pueden dejar sin causa la disposición mortis causa¹⁸⁷. Por lo que, a pesar de que la misma no estuviera viciada desde el principio, sí que devendría ineficaz por haber desaparecido las circunstancias que motivaron determinadamente la misma¹⁸⁸.

Para GORDILLO CAÑAS, si el artículo 767.I establece la ineficacia de la disposición cuando la causa determinante de la misma y manifestada en el testamento resulta ser falsa, dándose así “relevancia al hecho de que el testador yerre sobre un hecho pasado o presente que le sirve de motivo para disponer”, no cabría entender que la posterior variación de las circunstancias que motivaron al testador a realizar la disposición quedara sin ningún efecto. Por lo que, entiende que deben asimilarse ambas situaciones. Y ello, porque en ambas situaciones se parte de que la causa que motiva la disposición y que es tenida en cuenta por el testador a la hora de disponer no existe en el momento en que tiene que ser eficaz, bien porque no ha existido nunca, o bien porque ha desaparecido sobrevenidamente *a posteriori*.

¹⁸⁶ Vid. GORDILLO CAÑAS, A., “Comentario al artículo 767.I”, *Cit.*, pág. 340 y ss. y “El error en el testamento”, *Cit.*, pág. 799 y ss.

¹⁸⁷ Ello porque una disposición puede estar determinada por una causa falsa por existir la creencia o convicción de que determinada situación va a perdurar en el tiempo y esta posteriormente queda interrumpida, pues interrumpida esta lo querido deja de tener apoyo en la voluntad real del declarante por haberse fundado la misma en previsión de una situación de permanencia. Vid. en GORDILLO CAÑAS, A., “Comentario al artículo 767.I”, *Cit.*, pág. 341 y “El error en el testamento”, *Cit.*, pág. 799 y 780.

¹⁸⁸ En estos casos, por tanto, es preferible hablar de “inexistencia de la causa o motivo determinante de la disposición por desaparición de la misma después del otorgamiento del testamento y a resultas del cambio imprevisto de las circunstancias existentes en aquel momento”. GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador*, *Cit.*, pág. 118 y 119.

Por tanto, y partiendo de la dificultad de deslinde práctico de los supuestos planteados, la doctrina mayoritaria entiende que el término causa falsa es extensible a la imprevista inexistencia de causa. Así, para estos el precepto 767 del CC comprende tanto el error positivo como la imprevista inexistencia de la causa, y ello, puesto que la eficacia de la voluntad está supeditada tanto a la verdad como a la existencia de su causa.

GORDILLO CAÑAS¹⁸⁹ no cree que pueda utilizarse como argumento en contra de esta extensión la falta de expresión testamentaria de la simple ignorancia y de su alcance determinante. Y ello, porque el Código en otros supuestos somete a la misma disciplina del error, la ineficacia de la disposición, supuestos de imprevisión o simple ignorancia, como es el claro ejemplo del artículo 757, donde se regulan las causas de indignidad sucesoria, las cuales operan en tanto sean desconocidas por el testador, ya que de conocerse tales circunstancias por el testador al tiempo de hacer el testamento dejan de producir efecto.

3.2.2. La causa falsa relevante

A) Error determinante o esencial

El artículo 767.I recoge la irrelevancia de la causa falsa “a no ser que [...] el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa”.

En principio, la causa falsa debe tenerse como no escrita, al considerarse esta como no determinante de la voluntad del causante. Esto ocurre cuando el testador hubiera dispuesto de la misma forma en que lo hizo, aun de haber tenido una concepción correcta de la realidad, por existir otros motivos para realizar tal disposición, aunque estos no hayan sido manifestados.

Sin embargo, la regla se excepciona cuando el error hubiera sido determinante para el causante, es decir, cuando exista una relación de causalidad entre el error padecido y la disposición otorgada, de tal forma que esta no se hubiera dispuesto de la misma forma

¹⁸⁹ Vid. GORDILLO CAÑAS, A., “Comentario al artículo 767.I”, *Cit.*, pág. 341 y “El error en el testamento”, *Cit.*, pág. 799 y 780.

en que se dispuso de haber tenido conocimiento de ese error. En estos casos el error se convierte en esencial y, por consiguiente, relevante jurídicamente. Ello se debe a que el error ha viciado la voluntad del testador puesto que el mismo se ha visto movido a disponer por una falsa representación de la realidad¹⁹⁰.

Por tanto, para que opere la excepción de la regla prevista en el artículo citado es necesario que el error sea determinante, entendiendo como tal aquel error que mueve al testador a disponer.

Por último, cabe advertir que la esencialidad o el carácter determinante del error “debe valorarse adoptando el punto de vista del testador, a la luz de sus apreciaciones personales e independientemente de si estas responden o no a lo que puede considerarse objetivamente razonable o conforme a la forma de actuar o de pensar de una persona normal media.”¹⁹¹

B) Error motivo y error en los motivos

Para precisar el ámbito de actuación en el que puede entenderse que el error determinante puede tener relevancia se hace necesario diferenciar el término *error en los motivos* del término *error motivo*.

En sentido estricto, error en los motivos se refiere a las motivaciones personales y subjetivas que determinan la voluntad de una persona, recayendo sobre circunstancias ajenas al esquema y estructura negocial. Por su parte, el error motivo se refiere al motivo que recae sobre el objeto o el sujeto del negocio jurídico, siempre que dicho error de lugar a la celebración del mismo. De esta distinción, se puede decir que el error motivo coincide con el *error vicio*, siendo el error que influye en la formación de la voluntad con tal entidad que determina el acto de disposición¹⁹².

Como se ha dejado expuesto al inicio de este apartado, el término causa empleado por el artículo 767.I CC debe entenderse como la razón o el motivo incorporado al acto

¹⁹⁰ Vid. GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador*, *Cit.*, pág. 78 y 79.

¹⁹¹ GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador*, *Ob. Cit.*, pág. 81. Asimismo, esta misma autora en “Artículo 767”, *Ob. Cit.*, pág. RL-1.159 y GORDILLO CAÑAS, “El error en el testamento”, *Ob. Cit.*, págs. 803 y 804.

¹⁹² Vid. GORDILLO CAÑAS, A., “El error en el testamento”, *Cit.*, pág. 801 y 802

de disponer. Partiendo de esta definición, ¿tendremos que ceñirnos únicamente al error en los motivos en sentido estricto?, ¿es irrelevante el error que, aun determinante, recae sobre el objeto o sujeto del testamento?

Circunscribir la relevancia prevista por el precepto únicamente al error en los motivos en sentido estricto, según la doctrina mayoritaria, no parece conforme con la redacción del artículo 767.I del CC. Para ello se basan en que, de la lectura del inciso final del precepto, pese a referirse únicamente a la causa, resulta una concepción amplia de la causa a la que alude, pues concede relevancia al error siempre que el testador no hubiera dispuesto tal y como lo hizo de haber tenido una concepción de la realidad exacta. Esto significa que se reconoce relevancia al “*error sobre cualquier circunstancia con tal de que la misma haya sido determinante para el testador*”¹⁹³.

Así, para GORDILLO CAÑAS, el artículo 767 comprende ambos. Para este, “es claro [...] que el error sobre el objeto o sobre la persona puede *dar motivo*, o ser *causa principal* del negocio en medida no inferior al error en el puro motivo. Las condiciones de la cosa o las cualidades de la persona, aun cuando lógicamente referibles a los elementos objetivos y personales del negocio, se integran en la causación del acto de voluntad concreta que, referido al objeto y a la causa en su competición inescindible da lugar al negocio jurídico.”¹⁹⁴

Por ello, el artículo 767.I contempla el error en los motivos en sentido amplio, regulando así tanto el error en los motivos en sentido estricto como el error sobre los elementos estructurales del negocio, es decir, el error motivo¹⁹⁵.

Por todo lo expuesto, para eludir al error determinante a efectos de este precepto, también cabría referirse a él como error en los motivos en sentido amplio, error motivo o error vicio.

¹⁹³ GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador*, *Cit.*, pág. 81.

¹⁹⁴ GORDILLO CAÑAS, A., “El error en el testamento”, *Cit.*, pág. 802

¹⁹⁵ Vid. GORDILLO CAÑAS, A., “El error en el testamento”, *Cit.*, págs. 801 a 803; GÓMEZ CALLE, E., “Artículo 767”, *Cit.*, pág. RL-1.159 y *El error del testador*, *Cit.*, págs. 79 a 81 y ALBALADEJO, *Ob. Cit.*, pág. 328.

3.2.3. La prueba de la existencia de un motivo erróneo y determinante de la disposición como presupuesto de la relevancia jurídica del error

Para que opere la excepción recogida en el precepto analizado es necesario probar, en primer lugar, que el causante dispuso movido por un *motivo*; en segundo lugar, que el mismo fue *determinante*; y, en tercer y último lugar, que el mismo resulto ser *falso*.

La doctrina admite comúnmente que la falsedad de la causa puede probarse a través de cualquier medio probatorio admisible en Derecho¹⁹⁶. Lo que se trata de constatar en este punto es que la representación mental que tenía el causante a la hora de realizar la disposición testamentaria no coincidía con la realidad.

Por el contrario, y debido al formalismo imperante en el negocio testamentario, se imponen restricciones a la manera de expresión o de constancia de la existencia y determinabilidad del error¹⁹⁷. Así se puede observar de la lectura del ya citado artículo 767, donde se exige que el motivo debe *expresarse en el testamento* y que el carácter determinante del mismo debe *resultar del testamento*. Es en la interpretación de estos presupuestos, concretamente, en la determinación de cuáles son los medios de prueba admisibles a la hora de acreditar la causa y su valor determinante, donde la doctrina discrepa. De esta forma, nos podemos encontrar con autores que entienden que únicamente es admisible la prueba intrínseca¹⁹⁸ y con autores que entienden admisible, además de la prueba intrínseca, la prueba extrínseca¹⁹⁹, siendo estos últimos la doctrina dominante.

¹⁹⁶ Así ALBALADEJO, *Ob. Cit.*, pág. 331 y GÓMEZ CALLE, E., “Artículo 767”, *Cit.*, pág. 684 y *El error del testador*, *Cit.*, pág. 88.

¹⁹⁷ Vid. GORDILLO CAÑAS, A., “El error en el testamento”, *Cit.*, págs. 806 y 807

¹⁹⁸ Partidario de esta postura se muestra ALBALADEJO para quien la exigencia por el precepto de la expresión en el testamento de la causa, así como que con la expresión de que la determinabilidad resulte del testamento, se está admitiendo únicamente la prueba intrínseca, aunque admite que de *lege ferenda* sería razonable admitir la prueba extrínseca. No obstante, entiende que no es necesario que el testador manifieste “explícitamente en el testamento que de haber conocido la verdad no hubiera dispuesto como lo hizo”. Entiende que dicho formalismo “esta fundado [...] en la seguridad que [...] se ha querido dar a las disposiciones testamentarias, pretendiendo cortar posibles ataques a las mismas, cuando aquel del que proceden no puede ni defender su validez ni expresar cual fue su verdadera voluntad, ni repetirlas.” ALBALADEJO, *Ob. Cit.* págs. 331 y 332

¹⁹⁹ Se encuentran a favor de esta teoría: GORDILLO CAÑAS, A., “El error en el testamento”, *Cit.*, págs. 808 a 811 y “Comentario al artículo 767.I”, *Cit.*, págs. 348 y 350; GÓMEZ CALLE, E., “Artículo 767”, *Cit.*, pág. RL-1.159 y *El error del testador*, *Cit.*, pág. 89 y 90; JORDANO BAREA, *Ob. Cit.*, págs. 67 a 69; CAÑIZARES LASO, A., “Disposición testamentaria”, *Cit.*, pág. 119

Los partidarios de la admisión de la prueba extrínseca rechazan la lectura literal del artículo 767.I del CC²⁰⁰, alegando que dicho artículo se encuentra subordinado al artículo 675 del mismo cuerpo normativo, por lo que no es necesario la constancia íntegra del motivo en el tenor del testamento, ni tampoco que el carácter determinante o esencial de este resulte de su solo contexto.

Ante esta dicotomía doctrinal, debemos partir de la idea de que el precepto emplea términos distintos para referirse al reflejo del motivo y del carácter determinante del mismo, puesto que utiliza el vocablo ‘*resultar del testamento*’ para referirse al carácter determinante del motivo, mientras que emplea la locución ‘*expresión en el testamento*’ para referirse al motivo. Esta diferencia terminológica puede inducir a pensar que revisten un tratamiento diferenciado desde el punto de vista de la prueba.

Partiendo de esta lectura del precepto, para GORDILLO CAÑAS son cosas distintas la exigencia de constancia expresa y el mandato de resultar del testamento. De tal forma que, para éste “la invocación de la causa exigida por la ley puede traducirse en la mera alusión a una circunstancia cuya conexión psicológica con la voluntad del declarante puede desprenderse del fluir de la cláusula, sin necesidad de que venga explícitamente enunciada en el tenor del testamento. Siendo ello así claro que el *resultar del testamento* no debe impedir el recurso a la prueba extrínseca.”²⁰¹

Así, para este autor, la forma del testamento debe servir como vehículo de conocimiento de la voluntad del testador, siendo necesario que la voluntad del causante quede suficientemente reflejada en el mismo. De hecho, la función del testamento es esta, servir como vehículo para conocer la verdadera voluntad del testador, “función que plenamente cumple cuando se le entiende al servicio de la voluntad que manifiesta y no como límite o barrera de la intención no expresamente indicada, aunque si suficientemente manifestada. El testamento cumple su función cuando en él la voluntad encuentre algún reflejo.”²⁰²

²⁰⁰ Lectura esta que es defendida por los partidarios de la admisión única de la prueba intrínseca.

²⁰¹ GORDILLO CAÑAS, A., “El error en el testamento”, *Cit.*, págs. 810 y 811 y “Comentario al artículo 767.I”, *Cit.*, pág. 349.

²⁰² GORDILLO CAÑAS, A., “El error en el testamento”, *Cit.*, págs. 810 y 811 y “Comentario al artículo 767.I”, *Cit.*, pág. 349.

Por su parte, JORDANO BAREA²⁰³, quien no distingue entre el motivo y su esencialidad, manifiesta que el artículo 767 del CC se encuentra subordinado a la norma recogida por el artículo 675 del mismo cuerpo normativo. De esta forma, previamente a la valoración del error, deben aplicarse los criterios fundamentales de interpretación de la voluntad, donde prima la voluntad real del testador que se encuentre reflejada suficiente en el testamento, aunque no se encuentre perfectamente expresada en el mismo. Para ello, pueden servirse también en este caso, por coherencia, de la utilización de cuantos medios puedan iluminar sobre la exacta y real voluntad del causante²⁰⁴.

Ciertamente, son muy estrechos los vínculos de la doctrina del error y la doctrina de la interpretación del testamento, pues solo tras resolverse un problema de interpretación puede plantearse y resolverse la cuestión del error y de sus consecuencias jurídicas.

De esta forma, JORDANO BAREA entiende que tanto el motivo como la esencialidad del mismo deben resultar del testamento, pudiendo utilizar para ello los medios de prueba extrínsecos. Así, la interpretación ha de intervenir “para puntualizar: 1.º *Si el motivo resulta del testamento* (cuando no es declarado abiertamente, pues todavía puede ser inducido por vía interpretativa, recurriendo incluso a la prueba extrínseca, con tal de que dicho motivo tenga alguna *expresión*, aun incompleta, en el mismo documento testamentario); 2.º *Si el carácter determinante del motivo resulta del testamento*, porque a través de su propio contexto o *aliunde*, pero en todo caso con algún apoyo textual, siquiera imperfecto, puede demostrarse que el motivo fue determinante de la voluntad, en el sentido de que, en su falta, el sujeto no habría hecho la disposición.”²⁰⁵

Para este autor, de no admitirse el uso de los medios de prueba extrínsecos, se estaría poniendo en grave crisis la interpretación subjetivista imperante en nuestro ordenamiento jurídico, así como el valor de la prevalencia de la voluntad real del causante

²⁰³ JORDANO BAREA, *Ob. Cit.*, págs. 67 a 69

²⁰⁴ Según este autor la doctrina seguida por ALBALADEJO “implica un fuerte contrasentido, pues o se admite por igual la posibilidad del recurso a la prueba extrínseca en los dominios del error y de la interpretación, o se niega también por igual: no puede afirmarse en el de esta y negarse en el de aquel sin desconocer las inescindibles relaciones que median entre error e interpretación en la teoría del negocio jurídico.” JORDANO BAREA, *Ob. Cit.*, págs. 68

²⁰⁵ JORDANO BAREA, *Ob. Cit.*, págs. 68

frente la declaración testamentaria. Y ello, puesto que la declaración surtiría efectos pese a estar errada, olvidando que la exigencia de forma no puede servir de medio para validar declaraciones de voluntad invalidas²⁰⁶.

Por su parte, GÓMEZ CALLE entiende que el término empleado para referirse al motivo (*expresión de una causa falsa*) no es obstáculo para que pueda bastar una referencia implícita en el testamento, pudiendo valer con la alusión a una determinada cualidad del instituido o a una característica del objeto de la disposición. Basta, por lo tanto, con que pueda deducirse el motivo y su carácter esencial de la interpretación del testamento, pudiendo valerse para ello, como sostienen JORDANO BAREA y GORDILLO CAÑAS, incluso de medios extrínsecos, únicamente siendo necesario que tengan apoyo en el tenor del testamento, aunque no se encuentre declarados de manera abierta en el mismo²⁰⁷.

Por lo tanto, la necesidad del reflejo en el testamento del motivo y de su carácter determinante es pura derivación del carácter formal del testamento, pero su ratio alcanza a “la constancia cierta de que el error motivante se integra en el contenido del acto de la voluntad [...], no necesita en cambio, ni la ley exige, la expresión directa del error ni la indicación explícita de su fuerza esencialmente motivante o determinante”²⁰⁸.

Así, el motivo puede entenderse expresado mediante la alusión de alguna cualidad o característica del designado o del objeto, siendo la labor del interprete averiguar, a través de los medios interpretativos, si dicha expresión tuvo valor de causa para el causante, siendo en este momento donde se puede hacer uso de los medios extrínsecos de prueba²⁰⁹. Por su parte, será suficiente con que de la expresión quepa deducir, de alguna

²⁰⁶ Vid. JORDANO BAREA, *Ob. Cit.*, pág. 69

²⁰⁷ Vid. GÓMEZ CALLE, E., “Artículo 767”, *Cit.*, pág. RL-1.159 y *El error del testador*, *Cit.*, pág. 92. En el mismo sentido, GALICIA AIZPURÚA, G., *Ob. Cit.*, pág. 501

²⁰⁸ GORDILLO CAÑAS, A., “El error en el testamento”, *Cit.*, pág. 811 y “Comentario al artículo 767.I”, *Cit.*, pág. 350. En el mismo sentido, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *Ob. Cit.*, págs. 5677 y 5678; ESPEJO LERDO DE TEJADO, M., “Comentario al artículo 767”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, LEX NOVA, Valladolid, 2010, pág. 877 y GONZÁLEZ ACEBES, B., *Ob. Cit.*, pág. 62.

Esta postura también ha sido mantenida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Destacando las SSTs de 8 de julio de 1940, 6 octubre 1964...

²⁰⁹ Vid. GÓMEZ CALLE, E., “Artículo 767”, *Cit.*, pág. RL-1.159 y *El error del testador*, *Cit.*, pág. 92

manera, la existencia de una relación entre la disposición y la cualidad o acontecimiento aludido.

Estas exigencias tienen la función de evitar especulaciones sobre la voluntad del causante y de lo que quiso y hubiera podido no querer de haber conocido la realidad de las cosas. Armoniza, además, con el formalismo y el carácter unilateral del negocio testamentario²¹⁰.

3.2.4. Eficacia del error vicio determinante

Como se observa de la lectura del precepto analizado, este únicamente recoge la consideración como no escrita de la causa falsa no determinante, no especificando los efectos jurídicos de la causa falsa considerada como determinante. De la lectura en sentido contrario de dicha regla, cuando se pruebe que existe error esencial, *habrá de tenerse en cuenta* que el testador expresó una causa falsa al realizar la disposición testamentaria. Pero, ¿qué debemos entender por tener en cuenta?

Parte de la doctrina entiende que no puede darse carácter invalidante al error. Basan su razonamiento en la idea de que el artículo 743 del CC establece que el testamento devendrá ineficaz solo en los casos expresamente previstos por el propio Código, siendo que el artículo 673 del cuerpo normativo precitado ordena la nulidad de los testamentos únicamente en los supuestos de violencia, dolo o fraude.

Pese a esta vertiente doctrinal, la doctrina mayoritaria entiende que el artículo 673 no trata de enunciar de manera completa y sistemática los vicios de la voluntad testamentaria. Por ello “el art. 743 no debe leerse en modo aislado y con la sola conexión del 673, sino con cuantos preceptos valoran el error como causa de invalidez de las disposiciones testamentarias dentro del Código, entre los que el 767 acaso sea el más general y representativo, pero no el único (vid., p. ej., arts. 796.II y 862)”²¹¹.

Como modo de justificar la ausencia del error en dicho precepto, la doctrina advierte que el supuesto de error se desligada de la perspectiva del artículo 673, pues la

²¹⁰ Vid. ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *Ob. Cit.*, págs. 5677 y 5678.

²¹¹ ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *Ob. Cit.*, pág. 5676 y 5677. En este mismo sentido, GORDILLO CAÑAS, A., “El error en el testamento”, *Cit.*, págs. 776 y 777.

intención de este último es “garantizar la libertad de testamentifacción y proteger al otorgante de cualquier influjo exterior o manipulación que pudiera interferir en la libre formación de su voluntad”²¹². De esta forma, es totalmente comprensible la separación de preceptos, y ello, como consecuencia de que a diferencia de lo que ocurre con los supuestos de dolo, violencia y fraude, el error se produce de manera espontánea, sin intervención o estímulo exterior. Y justamente, es el carácter espontáneo del error el que hace situar al error fuera del ámbito de actuación del precepto. De admitirse esta exposición, nada puede justificar que el error deje de tenerse en cuenta en nuestro ordenamiento como vicio de la voluntad testamentaria.

Por consiguiente, y a pesar de que nada se diga al respecto en el artículo 767.I CC, el efecto de la existencia de error determinante deberá ser el de la ineficacia o invalidez de la disposición testamentaria realizada por error²¹³.

Llegados a este punto, la cuestión más problemática es determinar el tipo de invalidez que origina el error previsto por el artículo 767.I²¹⁴.

Ante esta situación, un importante sector de nuestra doctrina²¹⁵ se ha manifestado favorable a la nulidad absoluta. Esta doctrina se posiciona a favor de la nulidad absoluta

²¹² ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *Ob. Cit.*, pág. 5676. En el mismo sentido GORDILLO CAÑAS, A., “Comentario al artículo 767.I”, *Cit.*, págs. 336 y 337 y “El error en el testamento”, *Cit.*, págs. 776 a 778.

²¹³ A favor de esta doctrina se han mostrado: GORDILLO CAÑAS, A., “Comentario al artículo 767.I”, *Cit.*, pág. 350; GÓMEZ CALLE, E., “Artículo 767”, *Cit.*, pág. RL-1.159 y *El error del testador*, *Cit.*, pág. 95; CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, reimpresión, Civitas, Madrid, 1991, pág. 350; ESPEJO LERDO DE TEJADO, M., *Ob. Cit.*, pág. 877 y MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., *Ob. Cit.*, pág. 89

²¹⁴ Según manifiesta GÓMEZ CALLE “el tema se ha situado con frecuencia en el marco, más amplio, de los vicios de la voluntad del testador, discutiéndose si los mismos son causa de nulidad absoluta o causa de anulabilidad (nulidad relativa) del testamento afectado (o, en nuestro caso, de la disposición errónea). [...] Conviene recordar que, para buen número de autores, los vicios del consentimiento constituyen causa de anulabilidad o nulidad relativa del testamento; de esta manera, se dice, tales vicios serían tratados de forma similar en el negocio testamentario y en los contratos, desatando parecidos efectos. Sin embargo, que la anulabilidad sea el recurso adecuado para tratar los vicios del consentimiento en o los contratos y negocios, no es razón para que también lo sea en los testamentos, dadas las peculiaridades de estos.” GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador*, *Cit.*, pág. 95

²¹⁵ Entre los que destacan GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador*, *Cit.*, pág. 98 y “Artículo 767”, *Cit.*, pág. 684; MIQUEL GONZÁLEZ, “Anulabilidad”, en MONTROYA MELGAR, A. (Dir.) *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1995, pág. 476; CASTRO Y BRAVO, *Ob. Cit.* págs. 158, 503 y 504; CASANUEVA SÁNCHEZ, *La nulidad parcial del testamento*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, pág. 134 y DIEZ PICAZO Y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, T. 2, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, pág. 144. Este último autor entiende que “la anulabilidad es acción que no tiene encaje en los testamentos, pues protege al contratante que ha sufrido el vicio (art. 1.302). El testador carece de ella, la protección de sus intereses se atiende mediante el poder de revocar el testamento viciado que en todo momento ostenta. Luego sus sucesores no están legitimados para actuar una acción que él no tenía.”

por considerar que la anulabilidad es una modalidad de invalidez que no tiene cabida en los testamentos²¹⁶. La anulabilidad trata de proteger al sujeto que ha sufrido el vicio, siendo este el único que se encuentra legitimado para hacer valer la acción de la anulabilidad y capaz de convalidar el negocio anulable. Sin embargo, el testamento no puede ser impugnado en vida del testador, pues se trata de un negocio *mortis causa*, siendo únicamente revocable por el propio testador. Como consecuencia de este hecho, el testador carece de acción, no existiendo “la característica limitación de la acción propia de la anulabilidad”²¹⁷. Por el contrario “la facultad de pedir la nulidad del testamento se ha pensado que correspondería a cualquiera que ostente un interés legítimo en ello.”²¹⁸

Por último, la doctrina encuentra justificación de su postura en el hecho de que el propio Código Civil, en su artículo 673 del CC, declara la nulidad de los testamentos otorgados con vicios de la voluntad, por lo que parece coherente que se consideren nulas las disposiciones otorgadas por el otro vicio de la voluntad previsto en el artículo 767.I.

Como consecuencia de que el efecto que se deriva de la aplicación de la excepción del artículo 767.I del CC es la nulidad absoluta, la acción para pedir la declaración de nulidad de la disposición es *imprescriptible*. Pese a ello, en la práctica, dicha acción puede verse, en cierta medida, condicionada por otras cuestiones como pueden ser el plazo de prescripción de la acción de petición de herencia o la posible usucapión por el heredero aparente de bienes de la herencia.

La admisión del efecto de nulidad absoluta de la disposición supone la innecesidad de la revocación de la disposición, y ello, puesto que las disposiciones nulas no pueden ser convalidadas. De esta forma, no debiera interpretarse como confirmación de la voluntad expresada en la disposición la inactividad del testador que descubre con posterioridad su error²¹⁹.

²¹⁶ Vid. GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador*, *Cit.*, págs. 98 a 101 y DIEZ PICAZO Y GULLÓN, *Ob. Cit.*, pág. 144.

²¹⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, “Anulabilidad”, *Cit.*, pág. 475.

²¹⁸ CASTRO Y BRAVO, *Ob. Cit.* pág. 503

²¹⁹ Vid. GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador*, *Cit.*, págs. 99 a 100. En este mismo sentido también se ha manifestado MIQUEL GONZÁLEZ para quien “no debe importar una voluntad ulterior del testador no manifestada en testamento, porque las disposiciones testamentarias ineficaces no se convalidan por no ser revocadas. El testador solamente necesita revocar disposiciones validas, las invalidas no se convalidan por no revocarse”. MIQUEL GONZÁLEZ “Notas sobre ‘la voluntad del testador’”, *Cit.*, pág. 177

3.3. La ineficacia de la disposición testamentaria por la integración de la voluntad testamentaria: planteamiento doctrinal.

Los autores que se postulan a favor de la ineficacia de la disposición echan de menos, a lo largo del cuerpo normativo del Código Civil, una regla que declare la ineficacia de la disposición otorgada en favor del cónyuge para los casos en los que del testamento no quepa deducir la voluntad del causante de mantener la disposición pese a la disolución o crisis de la relación matrimonial.

Para enfatizar la conveniencia de dicha norma aluden a que el propio legislador español ha atribuido relevancia en los casos de sucesión forzosa (art. 834) y de sucesión legal (art. 945), desde la perspectiva de la presumible voluntad del causante, a las crisis matrimoniales sobre los derechos sucesorios del cónyuge. Relevancia esta que, en su opinión, también debería de darse en la sucesión voluntaria²²⁰.

Asimismo, ahondan en la necesidad de una regla específica apoyándose en los artículos 102.I.2.º y 106.II del CC donde se recoge la revocación ex lege de los poderes y consentimientos otorgados al cónyuge con la simple admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio; así como en la regla prevista por el artículo 1343 del CC donde se observa la crisis matrimonial como incumplimiento de la carga impuesta al donatario o como supuesto legal de ingratitud en el marco de una donación por razón del matrimonio²²¹.

A falta de una regla específica, los autores defensores de esta postura razonan en torno a las vías judiciales que pueden servir para canalizar la ineficacia dichas disposiciones, siendo dos las sendas jurídicas elegidas por estos.

²²⁰ Expresa esta idea MIQUEL GONZÁLEZ. Así, tras afirmar el paralelismo existente entre el nacimiento de un hijo después de otorgado el testamento y el divorcio, nulidad o separación, señala que “Si la alteración de las circunstancias conduce a la apertura de la sucesión intestada (preterición no intencional, art. 814.1º y 2º), parece que el criterio que proporcionan los llamamientos a dicha sucesión puede ser utilizado como argumento de analogía. Si la ley no llama ni a los *ex* cónyuges ni a los separados en los casos del art. 945 [...] tampoco debe entenderse que los llamaría quien dispuso sin prever esos acontecimientos. Esta es al menos la clara valoración que la ley hace. [...] cuando se trata de la sucesión que depende de la voluntad del testador, esas circunstancias y su valoración por la ley, parecen decisivas para excluir el llamamiento voluntario” en “Notas sobre ‘la voluntad del testador’”, *Cit.*, pág. 189. En el mismo sentido, GÓMEZ CALLE, *El error del testador*, *Cit.*, pág. 315.

²²¹ Vid. IMAZ ZUBIAUR, *Ob. Cit.*, pág. 58.

3.3.1. A través de la interpretación integradora

A favor de la interpretación integradora del testamento como vía para justificar la ineficacia de la disposición se ha mostrado VAQUER ALOY²²², quien parte de la manifestación de que esta modalidad interpretativa se encuentra admitida por la jurisprudencia. Como consecuencia de esta admisión jurisprudencial, entiende que no puede existir impedimento alguno para que se pruebe, a través del empleo de cuantos medios de prueba admitidos en derecho sean necesarios, que el causante no hubiera realizado la disposición en favor de quien en aquel entonces era su cónyuge de haber conocido que se perdería dicha condición o que se rompería la relación afectiva y convivencia conyugal.

Pero para que entre a operar la interpretación integradora, en primer lugar, deberá probarse la existencia de una laguna en la regulación testamentaria. Este autor parte de la idea de que cuando el testador dispone en favor de su cónyuge, no es porque sí, sino que normalmente desempeña una función objetivable. “El matrimonio supone una conjunción de esfuerzos, ambos miembros deben contribuir a las cargas familiares, y aunque rija en el aspecto económico la más estricta separación de bienes, de algún modo ambos cónyuges colaboran [...] en la formación de los respectivos patrimonios.”²²³ Así, para este, a través de la disposición el testador garantiza el bienestar del sobreviviente. Por ello, cuando se produce la crisis matrimonial la finalidad perseguida por el testador desaparece, perdiendo de esta forma la atribución su razón de ser²²⁴.

3.3.2. A través de la aplicación analógica del artículo 767.I CC

Entre los autores que forman parte de este movimiento doctrinal nos encontramos con CAÑIZARES LASO, GÓMEZ CALLE y GONZÁLEZ ACEBES, entre otros²²⁵. Estos autores

²²² Vid. VAQUER ALOY, “Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio” en *Anuario de Derecho civil*, Vol. 56, núm. 1, 2003, págs. 67 a 100, en concreto, págs. 98 a 100.

²²³ VAQUER ALOY, A., “Testamento”, *Cit.*, pág. 88

²²⁴ Vid. VAQUER ALOY, A., “Testamento”, *Cit.*, págs. 87 y 88

²²⁵ Son parte de esta doctrina dominante MANZANO FERNÁNDEZ, M^a. M., *Incidencia de las crisis matrimoniales en la sucesión del ex cónyuge*, Aranzadi, 2018, págs. 90 y ss.; MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Sucesión testamentaria: expresión de causa falsa en la institución de heredero: ineficacia como heredero del cónyuge del testador cuando en el momento de la apertura de la sucesión se había producido el divorcio: Comentario a STS (Sala de lo Civil, Sección 1^a) núm. 539/2018 de 28 septiembre (RJ 2018, 4071)”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 110, 2019, pág. 143 a 160 y MIQUEL GONZÁLEZ, “Notas

que se han manifestado a favor de la ineficacia de la disposición son aquellos que consideran que el supuesto de error previsto por el artículo 767 del CC, analizado con anterioridad, es extensible a los supuestos de imprevisión generados como consecuencia de los cambios sobrevenidos de circunstancias existentes y tenidas en cuenta por el testador a la hora de disponer.

Para estos autores, el supuesto de crisis matrimonial acontecida con posterioridad al otorgamiento de la disposición comporta una variación no prevista de la cualidad personal del sujeto tenida en cuenta por el testador, pues este deja de ser su cónyuge o dejan de existir las relaciones afectivas existentes en el momento en que dispuso. Por tanto, nos hallamos “ante una disposición cuya razón de ser a los ojos del testador y de acuerdo con lo que el mismo quería al tiempo de testar (o hubiera querido de haberse plantado la posibilidad de que la situación variase), no existe en el instante en que debe ser eficaz, sea porque no ha existido nunca (error actual sobre la validez del matrimonio, por ejemplo), o sea porque ha desaparecido sobrevenidamente (error sobre hechos futuros – el testador estaba convencido al testar de que nunca se iba a divorciar o a separar de su cónyuge – e imprevisión – el testador ni se había planteado la posibilidad de una crisis matrimonial –)”²²⁶.

Por ello, para estos autores el precepto 767.I del CC permite dar una respuesta al supuesto de hecho en cuestión, puesto que queda justificada la ineficacia de la disposición como consecuencia de la desaparición de la causa motivante de la disposición, la condición de cónyuge y la existencia de las relaciones afectivas existente, por el

sobre ‘la voluntad del testador’”, *Cit.*, págs. 179 a 190, para quien la doctrina del artículo 814.II del CC relativa a la preterición de los hijos debe ser compartida y servir de pauta adecuada para resolver problemas de cambios de circunstancias posteriores al otorgamiento del testamento, debiendo valorarse como relevantes dichos cambios a efectos de su eficacia. En concreto, entiende que puede ser aplicable para determinar la incidencia de la crisis matrimonial sobre las disposiciones testamentarias hechas en favor del cónyuge. Como, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto de la preterición no intencional de un hijo, en el cambio sobrevenido de las circunstancias de la relación marital no hay una norma expresa, este supuesto, según este autor, tiene cabida a través del artículo 767.I del CC, pues es de carácter general.

También parece admitir la posibilidad de aplicar al caso el art. 767.I CC, aun partiendo de la eficacia de la disposición a favor del cónyuge en tanto no se revoque y no concurra en el sucesor ninguna causa de indignidad el autor TORRES GARCÍA. Vid. TORRES GARCÍA, *Ob. Cit.*, págs. 23 y ss. Asimismo, MAESTRE RODRÍGUEZ parece manifestarse a favor de esta aplicación cuando, haciendo referencia a la RDGRN 26.11.1998, afirma que a pesar de que no es un caso de error, es necesario averiguar si el motivo que llevo a establecer la institución fue determinante. MAESTRE RODRÍGUEZ, M^a L., *La interpretación testamentaria*, Universidad de Murcia, 2003, págs. 172 y 173

²²⁶ GÓMEZ CALLE, *El error del testador*, *Cit.*, pág. 341

imprevisto cambio de las circunstancias existentes en el momento del otorgamiento de la disposición (acontecimiento de divorcio, separación legal o de hecho)²²⁷.

Los defensores de esta postura parten de la idea de que es irrelevante la situación psicológica en la que se encontrara el testador al momento de disponer con respecto al devenir de su matrimonio, pues para estos es indiferente que el causante tuviera la convicción de que seguiría unido a su consorte y junto a este hasta el momento de su fallecimiento²²⁸ o que ni siquiera hubiera llegado a pensar en tal acontecimiento²²⁹. Y ello, porque consideran que son situaciones que son deslindables en un plano teórico, pero que en la práctica, su distinción, deviene un tanto complejo por ser muy difícil demostrar cual era el pensamiento del causante con respecto a la evolución de su matrimonio en el momento de realizar la disposición. Parten de esta irrelevancia porque consideran que entre ambas situaciones “hay similitudes suficientes como para producir los mismos efectos jurídicos, pues en ambas situaciones, en todo caso, lo que ocurre es que la situación es o los acontecimientos se desarrollan de una forma con la que el testador no había contado y que viene a dejar sin justificación la disposición inicialmente hecha.”²³⁰

Como consecuencia de que es aplicable a estos supuestos el precepto citado, para que opere la excepción y, por consiguiente, la disposición pueda ser declarada ineficaz, es necesario que exista una voluntad testamentaria viciada. Por ello, habrá que acreditar en primer lugar que el testador dispuso movido por un motivo; en segundo lugar, que dicho motivo fue el determinante de la disposición y, en tercer y último lugar, que se ha producido un cambio sobrevenido de las circunstancias que han dejado la disposición sin causa.

²²⁷ Pese a admitir que el supuesto de hecho no es técnicamente un supuesto de error, entienden que no por ello no puede aplicarse el precepto 767.I del CC cuando no exista regla especial aplicable preferentemente de manera analógica. Vid. GÓMEZ CALLE, *El error del testador*, *Cit.*, págs. 118 a 121 y CAÑIZARES LASO, A., “Disposición testamentaria”, *Cit.*, pág. 118

²²⁸ En esta situación, cuando se produzca el divorcio o la separación, independientemente de la modalidad de esta, estaríamos ante un error sobre hechos futuros; mientras que, de producirse la nulidad matrimonial, el error sería actual de desconocer este de la invalidez de su matrimonio al momento de realizar la disposición testamentaria.

²²⁹ En este caso se trata de un supuesto de imprevisión, más que de error.

²³⁰ GÓMEZ CALLE, *El error del testador*, *Cit.*, pág. 318. En el mismo sentido, CAÑIZARES LASO, “Disposición testamentaria”, *Cit.* págs. 117 a 119 y CASAS VALLES, “Las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1993, págs. 1773 y 1774 y GORDILLO CAÑAS, “El error en el testamento”, *Cit.*, págs. 799 y 812.

Según estos autores, “la causa falsa determinante, en nuestro caso [...] consiste en la creencia de la subsistencia del vínculo matrimonial en las mismas circunstancias en que se encontraba en el momento del otorgamiento del testamento”²³¹, siendo, por tanto, necesario llegar a la conclusión a través de la interpretación de que el testador a la hora de realizar la disposición pensó que seguiría casado y en normal convivencia hasta su fallecimiento.

Los autores que defienden esta tesis, por lo general, parten de que tanto el matrimonio como el mantenimiento de la convivencia conyugal son el motivo determinante de la disposición realizada en favor del cónyuge, siendo que el sujeto fue llamado por el testador en atención al vínculo matrimonial existente entre ambos, de tal forma que, de haber conocido el desenvolvimiento de su relación, no hubiera dispuesto en favor de este²³². Según esta doctrina, estas circunstancias pueden deducirse a través de la prueba extrínseca; “entre ellas, cual fuera la situación del matrimonio al tiempo de otorgarse el testamento (así, v. gr. Que en ese momento nada hiciera vislumbrar una crisis en el horizonte del testador), ciertos hechos posteriores (las posibles declaraciones del testador, por ejemplo, acerca de la necesidad de variar a su testamento, pueden tener relevancia para la interpretación de su disposición en cuanto sean manifestación de la misma línea volitiva expresada en el testamento)[...]”²³³.

Por su parte, en cuanto a la exigencia de reflejo del motivo y de su carácter determinante en el testamento, consideran que basta con la simple alusión a la cualidad de cónyuge²³⁴.

²³¹ GONZÁLEZ ACEBES, B., *Ob. Cit.*, pág. 64.

²³² En este sentido, ROMERO COLOMA, A. M., “Disposición testamentaria y divorcio posterior” en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 90, enero -marzo 2021; GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador*, *Cit.*, pág. 341; MANZANO FERNÁNDEZ, *Cit.*, pág. 90 y VAQUER ALOY, A., “Testamento”, *Cit.*, pág. 87 y 88. Este último autor, pese a considerar que es aplicable la interpretación integradora para solucionar el problema, parte de la idea de que el causante no dispone en favor de su cónyuge porque sí, sino que cumple una función objetivable: siendo una forma de reconocer los esfuerzos por contribuir a la familia y garantizar el bienestar del sobreviviente. Por ello, producido el divorcio o la separación, deja de tener sentido la disposición realizada.

²³³ GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador*, *Cit.*, pág. 342 y 343

²³⁴ Así lo ha manifestado ROMERO COLOMA, quien entiende que “la mención, cuando se hace, al término de ‘esposo’ o ‘esposa’ revela el motivo por el que la testadora nombraba al mismo como su heredero” afirmando que “ello no puede entenderse como una mera descripción de la relación matrimonial existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación de la persona, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos”. ROMERO COLOMA, A. M., *Ob. Cit.*

En cuanto a la forma en que el testador haya designado a su cónyuge, entiende GÓMEZ CALLE que la misma no desempeña un papel decisivo “y, en concreto, si a la referencia a aquella cualidad ha añadido o no su identificación nominal, pues en ambos casos parece claro que está pensando en favorecer a quien es su pareja al tiempo de testar”. No obstante, admite que en este último caso será necesario averiguar cuál es la determinante, si la condición de cónyuge, la identificación nominal del mismo o la combinación de estas. Sin embargo, considera que en estos casos hay que partir de la idea de que el testador favorece al designado por su nombre, precisamente por ostentar este la condición de cónyuge, contando con que seguirá siéndolo a la apertura de la sucesión. Asimismo, manifiesta que “incluso si en la disposición únicamente se mencionaran el nombre y los apellidos de quien fuera cónyuge del testador al tiempo de testar sin hacerse referencia alguna a dicha cualidad, tampoco creo que ello será un argumento definitivo para sostener que la voluntad del causante fue favorecer a esa persona al margen de cual fuera la situación del matrimonio al abrirse la sucesión; y ello porque no puede obviarse que el designado solo por su nombre era, al tiempo del testamento, el esposo o la esposa del testador, y lo normal es que tal condición haya sido tenida en cuenta por el testador.”²³⁵

Cabe advertir que, GÓMEZ CALLE alega que, a pesar de que el supuesto podría contemplarse desde la perspectiva de la interpretación integradora del testamento, esta autora rechaza su aplicación por concebir este mecanismo como medio para “salvar la eficacia de la disposición testamentaria hecha, adecuándola a la nueva situación para alcanzar el fin pretendido por el causante”²³⁶. Así, entiende que “la interpretación integradora tiene todo su sentido cuando no solo es posible concluir que el testador no habría hecho una determinada disposición, sino que, además, cabe averiguar cómo habría dispuesto de haber tenido una correcta representación de la realidad y de lo que podía ocurrir más tarde”²³⁷. No siendo esto posible, según esta autora, en los casos analizados.

²³⁵ GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador*, Cit., pág. 319

En contra de esta manifestación se muestra ROMERO COLOMA quien entiende que “cuando el testador solo menciona el nombre y apellidos del heredero-legatario, sin aludir en ninguna parte del testamento a la condición de esposo o pareja, parece que cabría presumir que dicha condición no ha constituido motivo de la atribución, a menos que se prueba lo contrario. [...] Si, por el contrario, el testador refiere que dispone a favor de su consorte o pareja, sin identificarle en ninguna parte del testamento por su nombre y apellidos, se puede sostener que dicha condición era motivo de la disposición.” ROMERO COLOMA, A. M., *Ob. Cit.*

²³⁶ GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador*, Cit., pág. 343

²³⁷ GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador*, Cit., pág. 344

Por último, los autores que defienden la aplicación de este precepto como medio para declarar la ineficacia de la disposición alegan que no es necesario en estos supuestos la revocación de la disposición, en primer lugar, porque de lo que se trata es de determinar la existencia o no de un error referente al momento en que se realiza la disposición, no teniéndose en cuenta en ningún momento la voluntad posterior del causante²³⁸.

Asimismo, entienden que no sería necesaria la revocación de esta disposición puesto que los efectos previstos por el artículo 767.I para los casos de error determinante, según la doctrina mayoritaria, son los de la nulidad absoluta. De esta forma, tal y como expresa MIQUEL GONZÁLEZ “no debe importar una voluntad ulterior del testador no manifestada en testamento, porque las disposiciones testamentarias ineficaces no se convalidan por no ser revocadas. El testador solamente necesita revocar disposiciones validas, las invalidas no se convalidan por no revocarse.”²³⁹

Cuando una disposición deviene nula por haber sido otorgada por error determinante, esta no admite confirmación, por lo que, la inactividad del testador que descubre con posterioridad su error no debe interpretarse como confirmación de la voluntad manifestada en el testamento, y ello, porque la voluntad expresada no vale por estar está viciada, siendo irrelevante el tiempo transcurrido entre la crisis matrimonial y la apertura de la sucesión²⁴⁰.

Como consecuencia de ser de aplicación este precepto, estos autores consideran que la revocación sirve de manera contraria a la aludida por la doctrina que aboga por el mantenimiento de la eficacia, de tal forma que “el testador que, descubierto el error, cambie de opinión y quiera que valga lo que en su día expreso, movido por un error esencial, en su testamento, deberá manifestarlo en la forma exigida para testar, aunque en el último testamento no haga sino reiterar lo que ya manifestó en el anterior”²⁴¹.

²³⁸ Vid. GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador*, *Cit.*, pág. 306.

²³⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, “Notas sobre ‘la voluntad del testador’”, *Cit.*, pág. 177

²⁴⁰ GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador*, *Cit.*, pág. 309; VAQUER ALOY, A., “El testamento”, *Cit.*, págs. 86 y 88 y CASAS VALLES, *Ob. Cit.*, pág. 1780.

²⁴¹ GÓMEZ CALLE, E., *El error del testador*, *Cit.*, pág. 99

IV. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN CUANTO A LA VALORACIÓN DE LA CRISIS MATRIMONIAL EN LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

1. Postura inicial de los tribunales sobre la materia

1.1. Pronunciamientos del Tribunal Supremo previos a la creación de doctrina existente en la actualidad

Previamente a la doctrina sentada por Tribunal Supremo en el año 2018, el Alto Tribunal ya se había pronunciado sobre esta misma materia, aunque sin sentar doctrina, y, en este caso, en sentido contrario al ahora manifestado.

Ante la ausencia de una norma que regulara la cuestión, la STS de 29 de diciembre de 1997 declaró la eficacia de la sustitución fideicomisaria establecida en favor de la esposa del primer fideicomisario, había sido identificada esta tanto por su condición de cónyuge de este último como por su nombre y apellidos, a pesar de que la misma se encontraba divorciada en el momento en que debía suceder al fideicomitente, conociendo este último la separación de estos al tiempo de otorgar testamento.

A estos efectos, el TS manifiesta que “siendo el testamento un negocio jurídico mortis causa, que se perfecciona con la emisión de voluntad del testador y despliega su eficacia en el momento de la muerte, la voluntad real del testador es la del momento en que emitió su declaración, es decir, de cuando otorgó el testamento; tras este momento, pudo haber cambio de circunstancias, pero el testador siempre puede revocarlo y otorgar nuevo testamento hasta el instante mismo de su muerte. El testamento no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento; y pensar en su voluntad real, por unos hechos posteriores a la muerte del testador, es ya caer en el absurdo”.

Así, considera absurda la afirmación recogida en la sentencia recurrida consistente en que “‘no la hubiera nombrado heredero’ de haber conocido los hechos – posteriores a la muerte del testador— que motivaron el divorcio”, y ello porque considera que “es ilógico que exprese que la condición de esposa determina el llamamiento a la herencia, cuando viene designada por nombre y apellidos y siendo así que era tal esposa a la muerte del testador”. Finaliza su alegato afirmando que el interpretar el testamento conforme a hechos posteriores es contrario al artículo 675 del CC.

1.2. Jurisprudencia menor

La ausencia de una expresa regulación en la materia, así como la inexistencia hasta el año 2018 de una doctrina jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo, ha impedido la existencia de una doctrina pacífica de las Audiencias Provinciales, de tal forma que, de igual modo que ocurre con la doctrina científica, la jurisprudencia menor se ha encontrado dividida entre el mantenimiento de la eficacia de la disposición y la declaración de la ineficacia de la misma.

1.2.1. Resoluciones judiciales a favor del mantenimiento de la eficacia de la disposición testamentaria

Algunas Audiencias Provinciales, siguiendo la tesis expuesta por la sentencia del Tribunal Supremo precitada, se han mostrado favorables al mantenimiento de la eficacia de la disposición testamentaria.

Argumentan a tal efecto que, conforme al artículo 675 del CC, el momento en que debe averiguarse la voluntad del causante es el momento de otorgamiento del testamento. Por ello, no es relevante la voluntad posterior o el cambio de opinión sufrido por el testador como consecuencia de la posterior crisis matrimonial. Según estas Audiencias Provinciales, esta alteración de circunstancias encuentra su adecuado tratamiento en la revocabilidad esencial del testamento, pudiendo el testador en cualquier momento otorgar una nueva disposición testamentaria²⁴² en aquellos casos en los que este considere que el cambio sobrevenido ha modificado su voluntad, adecuando así la disposición a las nuevas circunstancias.

Claro ejemplo de esta argumentación la encontramos en la SAP de Madrid de 9 de marzo de 2017, donde se declara la eficacia del legado ordenado en favor de la que en el momento de apertura de la sucesión del causante se encontraba separada legalmente de este, habiendo transcurrido, a fecha del fallecimiento del testador, 14 años desde dicha separación. En este mismo sentido ya se había manifestado la SAP de Madrid de 13 de diciembre de 2013 declarando la eficacia de la institución hereditaria realizada en favor

²⁴² Siempre y cuando se cumplan las solemnidades requeridas para testar

de quien en el momento de otorgar testamento era su cónyuge, y de quien con posterioridad se había divorciado, pese a haber manifestado a sus hermanas su voluntad de realizar un nuevo testamento antes de su fallecimiento, sin llevar a cabo dicha voluntad.

En esta misma línea cabe citar la SAP de Alicante de 30 de marzo de 2007 donde se declara la eficacia del legado realizado en favor del esposo, a pesar de no ostentar la condición de cónyuge a la apertura de la sucesión testamentaria, por considerar que la testadora “tuvo más de seis años para revocar el testamento en su totalidad o en particular sobre el legado, [...], lo que permite entender que si durante esos años no dispuso la revocación fue porque esa era su voluntad, sin que acudiendo a la prueba extrínseca podamos afirmar que la voluntad de la testadora sería distinta a la literalidad de la disposición testamentaria”.

Asimismo, las Audiencias Provinciales favorables al mantenimiento de la eficacia manifiestan que no es de aplicación el artículo 767 del CC puesto que dicho precepto exige la prueba de que medió error determinante de la causa, siendo este supuesto únicamente reconducible a los supuestos en los que la causa sea falsa en el momento de la disposición y no a las circunstancias o acontecimientos sobrevenidos.

En este sentido se ha manifestado la ya citada SAP de Madrid de 9 de marzo de 2017 y la SAP de Valencia de 20 de enero de 2016²⁴³ que declara la subsistencia de la institución de heredero en favor del esposo cuando con posterioridad al otorgamiento ha mediado disolución matrimonial por divorcio.

Cabe citar como ejemplo de esta argumentación también la SAP de Toledo de 11 de julio de 2000, donde la Sala, además, manifiesta que la causa falsa y determinante “debe ser ignorada [por el testador] desde que se hace el testamento y en todo momento posterior hasta la muerte del testador, porque, si bien el testamento abierto se configura

²⁴³ Cabe advertir que esta sentencia fue recurrida en casación resolviéndose dicho recurso a través de la STS de 28 de septiembre de 2018 que va a ser comentada en un apartado posterior, por ser una de las sentencias a través de la cual el TS ha sentado doctrina en la materia.

bajo el principio de unidad de acto, su validez se renueva día a día hasta que produce efectos.”

Así mismo, esta última sentencia argumenta, como motivo favorable al mantenimiento de la eficacia de la disposición, que debido a que “la separación matrimonial no produce la ruptura del vínculo, y por tanto los cónyuges separados siguen siendo cónyuges, no puede argumentarse que la institución de heredero hecha en los siguientes términos: Instituye heredera en todos sus bienes, derechos y acciones en pleno dominio a su esposa doña Victoria C. S., se hiciera con la condición de que fuera y siguiera siendo su esposa, porque de derecho, seguía siendo su esposa cuando falleció, y porque de la redacción del testamento no puede extraerse una condición resolutoria.”

Estas mismas afirmaciones han sido realizadas por la SAP de Vizcaya de 15 de noviembre de 2007, que tras manifestar que en el supuesto enjuiciado la demandada en el momento del fallecimiento del causante seguía siendo su esposa, puesto que únicamente se encontraban separados legalmente, recuerda que “a diferencia de la apreciación del alcance de la separación de los cónyuges en cuanto a la pérdida o conservación de los derechos legitimarios, arts. 834 y 835 del C.C., en donde hay sujeción a lo establecido por la ley, no cabe hablar, por el hecho de separarse judicialmente, de entender revocada por tal causa la disposición testamentaria.”

Otro argumento utilizado por estas Audiencias consiste en recordar que las causas de ineficacia de los testamentos, así como de sus disposiciones testamentarias, tal y como establece el artículo 743 del CC, son tasadas, y que, como establece el artículo 738 del cuerpo normativo precitado, la revocación de los testamentos solamente puede realizarse mediante el otorgamiento de otro testamento posterior otorgado con las solemnidades requeridas para testar, no encontrándose contemplado como causa de presunción tácita de revocabilidad el acontecimiento posterior de una crisis matrimonial.

Como ejemplo de esta argumentación tenemos nuevamente las SSAP de Madrid de 9 de marzo de 2017 y 13 de diciembre de 2013 y la SAP de Valencia de 20 de enero de 2016.

Esta última sentencia se muestra favorable al mantenimiento de la eficacia de la disposición testamentaria, y ello, en primer lugar, por existir un criterio mayoritario en la jurisprudencia menor de mantener la validez de la misma; en segundo lugar, porque la condición nunca se presume y en tercer y último lugar “porque la doctrina mayoritaria se inclina por dar prevalencia al artículo 675 del CC en cuanto establece un criterio de interpretación de las disposiciones testamentarias en el sentido de que habrá que estar a la literalidad de la cláusula, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador.” Así, alega que la cláusula en cuestión no ofrece duda interpretativa alguna y que, atendiendo a su literalidad, la misma no se encuentra sujeta a condición alguna, pudiendo el testador haber revocado la misma por una nueva disposición, sin haberlo hecho, siendo este último hecho relevante a la hora de juzgar la intención de la causante.

Por último, las Audiencias Provinciales favorables al mantenimiento de la eficacia de la disposición rechazan que el empleo de la palabra ‘esposo/a’, ‘cónyuge’ o cualquier otro término con análogo significado para determinar al instituido o legatario sea el reflejo del motivo que lleva al testador a disponer, ni tampoco que dicha expresión condicione la disposición al mantenimiento de la relación afectiva existente en el momento del otorgamiento como requisito de eficacia, pues la condición nunca se presume.

Como ejemplo de sentencia que emplea esta argumentación podemos citar la SAP de Madrid de 15 de abril de 2013, sentencia esta que conserva la eficacia de la institución hereditaria realizada en favor de quien fue su primera esposa, de la que se divorció para contraer nuevo matrimonio con otra persona. Así, la misma argumenta que “aun cuando en la designación hace expresa remisión a ‘su esposa’ Doña Pura, no cabe entender otra cosa que la expresión esposa se hace a efectos identificativos, como también se hace cuando se antepone la palabra ‘hijos’ para designar a los otros herederos, sin que ello implique redundancia, ni como estimamos que con ello se quiera expresar que lo sea también a la muerte del testador. [...] la designación pudo venir dada también en atención a las circunstancias particulares de la designada en sí misma o en relación con el testador además de las propias de su condición de cónyuge, sin que haya de pensarse que siempre el divorcio haya de producir situaciones ‘traumáticas’ y no permite seguir manteniendo relaciones o sentimiento de afectividad, que permitan mantener la liberalidad expresada en testamento”.

1.2.2. Resoluciones judiciales favorables a la ineficacia de la disposición testamentaria

La jurisprudencia menor que se ha mostrado favorable a la declaración de ineficacia de la disposición testamentaria en cuestión entiende que debe distinguirse entre la facultad que ostenta el testador de revocar el testamento o parte del mismo para destruir la eficacia de un testamento válido, y que el testamento, o alguna disposición testamentaria concreta, sea ineficaz por concurrir este en algún tipo de irregularidad que conlleve la ineficacia de la disposición. Partiendo de esta distinción, consideran que en estos casos la cuestión no radica tanto en la inactividad del testador en cuanto a la disposición testamentaria en favor de quien en el momento de testar era su cónyuge, sino en la propia eficacia de dicha disposición tras el acontecimiento de una crisis matrimonial, así como la voluntad encerrada en la disposición en el momento de otorgar testamento.

Así, las Audiencias Provinciales defensoras de la declaración de ineficacia consideran que la disposición que realiza el testador instituyendo heredero o nombrado legatario al cónyuge, en el normal de los casos, padece un error o causa falsa puesto que consideran que lo instituyó en la medida en que tuviera esa condición y pensando que siempre la ostentaría, siendo por consiguiente de aplicación el artículo 676 del CC, “al haber interpretado la doctrina Jurisprudencial dicho precepto en el sentido de que la institución de heredero es nula cuando la liberalidad del causante, que constituye la causa de la misma, se encuentra determinada por un falso conocimiento de la realidad, procedente del propio testador, que invalida la declaración de voluntad prestada al efecto, al ser la determinante de la misma.”²⁴⁴

Claro ejemplo de esta postura la encontramos en la SAP de Málaga de 13 de diciembre de 1999, sentencia esta que declara la ineficacia de la institución hereditaria realizada en favor de la esposa del causante por haberse declarado disuelto el matrimonio, por sentencia judicial de 26 de enero de 1994, con anterioridad al fallecimiento del causante, hecho este acontecido el 10 de abril de 1994. A tales efectos argumenta que “[...] mediante una interpretación integradora y tomando en consideración el artículo 3 del Código Civil en cuanto a la realidad social, el común de los testadores entendería que

²⁴⁴ SAP de Guipúzcoa de 29 de julio de 2008

se instituye heredera a la esposa en tanto en cuanto es su esposa y esta disposición debe entenderse motivada por la consideración a que precisamente es su esposa; si el testador hubiera previsto que no lo sería no hubiera determinado dicha disposición, padeciendo, en consecuencia, de causa falsa de la institución de heredero regulada por nuestro Código Civil en su artículo 767, la disposición testamentaria cuestionada en la presente litis y en este sentido debe declararse ineficaz.”

Esta misma línea doctrinal ha sido seguida por la SAP de Guipúzcoa de 29 de julio de 2008 que declara por medio de la aplicación del precepto 676 del CC la nulidad de la disposición testamentaria tras haberse declarado la nulidad matrimonial. Y ello puesto que considera patente la expresión de una causa falsa en la institución de heredero “pues, habiéndose indicado expresamente en dicho testamento que ‘instituye heredero de todos sus bienes a su marido [...]’, y siendo así que con posterioridad a esa declaración, el matrimonio con el instituido heredero fue declarado nulo y, por ello inexistente desde su inicio, resulta evidente que la liberalidad de dicha causante, expresada en ese testamento, en favor de quien no ostentaba la condición de heredero forzoso, se hallaba determinada por un falso conocimiento de la realidad, cuál era la de considerar al mismo su marido, condición de la que, en realidad [...] carecía.” Así, considera que “la única causa por la que D. Gregorio fue instituido heredero por parte de D^a. Remedios en su testamento fue la existencia del vínculo matrimonial que en esa fecha de su otorgamiento les unía, pero, al haber desaparecido la condición de esposo del mismo, debido a la declaración de nulidad matrimonial [...] de tal manera que éste se tiene por inexistente, estima que la testadora no hubiera verificado dicha institución de heredero en el supuesto de haber conocido que el vínculo que le unía había de desaparecer y que, por ello, el mismo no ostentaba, ni ostentó nunca, esa condición en cuya virtud hacía esa designación.”

En este mismo sentido podemos citar la SAP de Granada de 11 de junio de 2010, que determina la ineficacia de la disposición realizada en favor de su cónyuge de quien con posterioridad se había separado. Argumenta para ello que “la cláusula citada, por su propio contenido y posibilidades que contempla, está pensada para el supuesto de que al morir el testador, su consorte no se hallare separada, manteniendo el derecho al usufructo del tercio destinado a mejora; cuota viudal que no le correspondía al momento del fallecimiento en el caso enjuiciado, al encontrarse separada legalmente.” Para justificar

la inactividad revocatoria del testador, mediando los trece años transcurridos entre la separación y el fallecimiento del mismo, insiste en que, debido al contenido de la disposición, “producida la separación que privaba a la esposa de su cuota legitimaria, así como la disolución de la sociedad legal de gananciales, seguida de su posterior liquidación, es impensable que el esposo creyera que aún le restaban derechos a la esposa ‘mortis causa’.” Así considera que el supuesto enjuiciado “debe resolverse por la vía de la interpretación de la voluntad hipotética. Otorgado el testamento, cuando se encontraba unido a su esposa por el matrimonio, de haber previsto que al momento de su fallecimiento pudiera estar separado de la misma y producido el hecho posteriormente, no la hubiera nombrado heredera y, por tanto, producido el hecho posteriormente, su voluntad, en tal sentido, ya no puede producir efectos. Por tanto, debe hablarse de ineficacia sobrevenida. Pero no deja de ser un problema de voluntad hipotética. No tenemos más normas que determinen los efectos ‘per se’ de una ineficacia sobrevenida.” Finaliza su motivación recordando que “en el C. Civil español, el art. 834, tras la reforma operada en 2005, la separación de hecho es causa de la extinción de los derechos del cónyuge superviviente.”

Finalmente, podemos citar la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2015²⁴⁵ que declara que en el supuesto concreto “concorre la causa falsa o error denunciado, por lo que procede declarar ineficaz el legado concedido a favor de la demandante atendiendo a la verdadera voluntad del causante al tiempo de otorgar el legado pues lo trascendente para el testador era que D^a. Amalia fuese su pareja, como así se consigna en el propio documento, y al no serlo al momento del fallecimiento y haber recibido una compensación en razón del tiempo que duró la convivencia, en el momento mismo del cese de la misma, lo consignado en el testamento no tiene razón de ser.”

La compensación recibida por parte de la demandante, según la Sala, supone una revocación tácita de la disposición testamentaria en cuestión, puesto que “aunque este párrafo no haga alusión directa al legado testamentario ha de entenderse necesariamente que el mismo queda incluido en la voluntad del testador, pues dos cosas resultan

²⁴⁵ Cabe advertir que esta sentencia fue recurrida en casación resolviéndose dicho recurso a través de la STS de 26 de septiembre de 2018 que va a ser comentada en un apartado posterior, por ser una de las sentencias a través de la cual el TS ha sentado doctrina en la materia.

indiscutibles: [...] que [...] el Sr. Basilio establecía el legado por importe de 150.000 euros en forma de compensación a favor de la demandante por la exclusiva razón de ser esta su pareja, pues así se consignaba en el propio documento, y segunda, que al otorgar el posterior convenio notarial en 2009 y entregar la cantidad de 130.000 euros por el motivo de haber cesado la convivencia entre la actora y el finado, se evidencia que la compensación por tal motivo debe entenderse satisfecha, extinguiéndose de este modo cualquier vínculo entre los convivientes [...]”.

2. Estado actual de la cuestión

Tras las SSTS de 26 y 28 de septiembre de 2018, el Tribunal Supremo ha fijado doctrina en cuanto cómo debe resolverse el supuesto de hecho, existiendo en la actualidad jurisprudencia sobre la cuestión por concurrir los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para que exista verdadera jurisprudencia en el sentido del artículo 1.6 del CC²⁴⁶.

Ello es así puesto que, en primer lugar, existen, al menos, dos sentencias en las que se aplica la misma doctrina; tal es así que la ponente emplea el mismo texto en ambas resoluciones, cumpliéndose así el presupuesto de reiteración de sentencias. En segundo lugar, la doctrina aplicada en ambas sentencias ha sido empleado como fundamento de la decisión judicial (*ratio decidendi*). En tercer y último lugar, existe identidad sustancial entre los supuestos resueltos por las sentencias, debido a que los hechos controvertidos son sustancialmente semejantes, siendo que en el primer caso se discute las consecuencias sucesorias de la ruptura de pareja tras el otorgamiento de testamento y en el segundo caso se discute esas mismas consecuencias en el supuesto del divorcio de un matrimonio, es decir, “ambas hipótesis suponen la existencia de un expreso llamamiento sucesorio universal o particular basado en la existencia de un vínculo afectivo *maritalis* o *more uxorio* entre el testador y el beneficiario, esto es, una relación afectiva ya consagrada

²⁴⁶ En este sentido, podemos citar la STS de 7 de julio de 2003 que manifiesta que “es doctrina reiterada de esta Sala de que no basta la cita de una sentencia para acusar una infracción de la doctrina jurisprudencial con eficacia casacional, se requieren por lo menos dos, y que tampoco basta la cita de frases aisladas de la sentencia, sino que hay que probar la sustancial analogía entre los hechos de las sentencias precedentes y los del supuesto sometido al recurso (sentencias de 15 de febrero de 1982 [RJ 1982, 685] y las que se citan en ella).”

legalmente mediante la celebración del matrimonio o no, en el caso de la mera unión de hecho.”²⁴⁷

2.1. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de los Civil, Sección 1ª) de 26 de septiembre de 2018

2.1.1. Antecedentes de hecho

Con fecha de 7 de agosto de 2008 Constantino otorga testamento que contiene una cláusula conforme a la cual lega “a su pareja D.ª Cecilia, en pleno dominio, ciento cincuenta mil euros”.

Un año más tarde, el 16 octubre de 2009, Constantino y Cecilia otorgan, mediante documento notarial, un “convenio regulador de cese de la convivencia”. A través de este, declaran que “han decidido establecer unas normas que regulen la posible futura extinción de su relación de convivencia [...]”.

Así, Constantino, como compensación por el tiempo que ha durado la convivencia, se compromete a entregar a Cecilia la cantidad total de 130.000 euros, recogiendo en dicho convenio el modo de pago de dicha cantidad, quedando como fecha última de liquidación el 31 de diciembre de 2010. Asimismo, se compromete a pagar una cantidad de 1.000 euros mensuales, en tanto en cuanto no se efectúe el pago de la totalidad de la cantidad pactada. Dicho convenio recoge la posibilidad que ostenta Cecilia de continuar en la vivienda, que hasta ese momento había sido el domicilio común, hasta el cumplimiento total de las obligaciones a las que se había comprometido Constantino.

Constantino fallece el 10 de octubre de 2011 habiendo cumplido con el pago pactado.

Tras el fallecimiento de Constantino, la hija de este requiere a Cecilia que abandone la vivienda, requerimiento al que se niega esta última alegando como defensa la inexistencia de ruptura de pareja. De manera conjunta a la negativa, solicita el cobro

²⁴⁷ VELA SÁNCHEZ, A. J., “Institución de heredero o legado y crisis matrimonial o de la pareja de hecho”, en *Diario La Ley*, núm. 9526, 2019, pág. 2

de 17.000 euros correspondientes a las mensualidades de 1.000 € debidas entre los meses de abril de 2010 a octubre de 2011, acordadas en el convenio regulador. Por SAP de Valencia de 3 de mayo de 2013 se estima la demanda de desahucio por precario previo pago a Cecilia de la cantidad debida y no consignada de 17.000 euros.

En el transcurso de dicho procedimiento, el 1 de marzo de 2012 Cecilia interpone demanda contra los herederos de Constantino y los albaceas solicitando el pago de 150.000 euros en concepto del legado dejado en el testamento de Constantino a su favor. Los demandados se oponen a la demanda alegando que el pacto del pago de una cantidad por el cese de la convivencia confirma que Constantino y Cecilia habían dejado de ser pareja y que el legado se hizo en razón del vínculo que les unía por lo que, extinguida la relación, el legado debía declararse ineficaz, a cuyos efectos formulan demanda reconventional.

El Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Valencia, mediante sentencia de fecha 16 de abril de 2014, declaró la validez del legado, por considerar que la relación entre Cecilia y Constantino no se había extinguido en el momento del fallecimiento de Constantino, condenando a los demandados a abonar a Cecilia la cantidad de 150.000 € de los que ya había percibido 130.000 €, puesto que las cantidades ya recibidas debían considerarse a cuenta del legado, dado que si la convivencia no había cesado no debió aplicarse el convenio que reconocía el pago de dichas cantidades, restando, por consiguiente, únicamente 20.000 euros por entregar.

Dicha sentencia fue recurrida en apelación por Cecilia alegando que el Juzgado de primera instancia había apreciado una compensación no solicitada. Por su parte, los hijos de Constantino impugnaron la sentencia de instancia argumentando que el convenio de 2009 y el pago de los 130.000 euros a la demandante, en aplicación del mismo, demuestran que se había extinguido la relación de pareja en razón de la cual se hizo el legado, por lo que la interpretación de la voluntad del testador lleva a declarar su ineficacia.

El recurso se resuelve a través de la SAP de Valencia (Sección 8ª) de fecha 23 de noviembre de 2015 por medio de la cual se desestima el recurso interpuesto por Cecilia y se estima la impugnación presentada por los hijos de Constantino, revocando así la

sentencia de primera instancia, estimándose de esta forma la demanda reconvenzional interpuesta por estos en primera instancia y declarando la ineficacia y nulidad del legado dejado en testamento a favor de Cecilia.

La sentencia admite que al momento de fallecer Constantino la convivencia con Cecilia ya se había extinguido, siendo esta la razón por la que cobró esta última la cantidad de 130.000 € pactada en el convenio notarial de extinción de su relación convivencial. De esta forma, procede a declarar la ineficacia del legado y ello, por considerar aplicable el artículo 767 del CC, puesto que entiende que acontece una causa falsa en el sentido de móvil incorporado al acto de disposición, ya que en opinión de la Sala lo trascendente para Constantino, según se puede inferir del documento, era que Cecilia fuese su pareja, por lo que, al no serlo al momento del fallecimiento y haber recibido una compensación en razón del tiempo que duro la convivencia, lo consignado no tiene razón de ser.

Por último, la Sala entiende que la aplicación de esta doctrina al caso concreto permite valorar de los actos posteriores del testador la voluntad de revocar la disposición testamentaria, pues el convenio de 2009, que regula el cese de la convivencia ya contempla una compensación por el tiempo de convivencia. Y ello puesto que, pese a que el párrafo no haga alusión al legado, es necesario tener en cuenta que el causante establecía el legado en forma de compensación de la convivencia a favor de la demandante y por la exclusiva razón de ser esta su pareja. Por lo que “al otorgar el posterior convenio notarial en 2009 y entregar la cantidad de 130.000 euros por el motivo de haber cesado la convivencia entre la actora y el finado, se evidencia que la compensación por tal motivo debe entenderse satisfecha, extinguiéndose de este modo cualquier vínculo entre los convivientes”.

2.1.2. Recurso de casación y decisión de la Sala

Frente a esta sentencia se interpone por parte de Cecilia recurso de casación en su modalidad de interés casacional por infracción del artículo 675.1º del CC, aunque en el desarrollo del motivo se menciona la infracción también de los artículos 738, 873, 790 y 791 del CC.

Alega para ello que la intención del testador debe encontrarse en la propia declaración testamentaria, donde claramente se observa la intención de atribuir el legado a la demandante, sin someterlo a condición alguna. Asimismo, recuerda que el testamento solo puede ser revocado por otro testamento posterior, habiendo la sentencia recurrida atribuido efectos revocatorios a un convenio posterior de cese de convivencia. Manifiesta en este mismo sentido que el empleo de la expresión ‘pareja’ en el testamento era a simples efectos identificativos, no para establecer una condición. Finalmente, advierte que la causa del legado es la mera liberalidad, diferente de la cantidad pactada por el cese de la pareja, por lo que su compensación supone infracción del art. 873 del CC.

Ante estas alegaciones, la Sala desestima el recurso por considerar en primer lugar que “empleo de la expresión ‘su pareja’ para referirse a la demandante no puede ser entendido como una mera descripción de la relación afectiva existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación de la favorecida, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención a ‘su pareja’ revela el motivo por el que el testador ordenaba un legado a favor de Cecilia, sin que haya razón para pensar que, de no ser su pareja, el testador la hubiera favorecido con un legado. Producida la extinción de la relación de pareja después del otorgamiento del testamento -lo que la sentencia recurrida declara como hecho probado-, la disposición testamentaria a favor de Cecilia quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión.”

Concluye la Sala, por tanto, que la sentencia recurrida no infringe el artículo 675 del CC, pues considera que para tomar dicha decisión la Sala parte de la voluntad real del causante, con apoyo en el tenor literal del testamento, confirmando así la solución fallada por la Audiencia Provincial donde se declaraba la ineficacia de la disposición testamentaria.

Asimismo, considera que la declaración de ineficacia tampoco infringe el artículo 738 del CC, puesto que, y pese a la incorrecta afirmación realizada por la AP consistente en la existencia de una voluntad revocatoria del testador, la ineficacia del legado no deriva de una revocación tácita ni de una presunción de revocación, para lo cual sería necesario el respeto de las solemnidades exigidas, sino la aplicación del citado precepto 767.I.

Tampoco considera infringido el artículo 873 del CC puesto que la solución dada por la Sala no se debe a la imputación de “la liberalidad ordenada en el testamento al pago del crédito nacido a favor de Cecilia en el ‘convenio regulador de cese de la convivencia’, sino que se declara la ineficacia del legado partiendo de la interpretación de la voluntad del testador.”

En último lugar, tampoco considera que la sentencia recurrida infrinja los artículos 790 y 791 del CC, puesto que la misma no basa su decisión en el incumplimiento de una condición prevista por el testador, para lo cual hubiera sido necesario su clara expresión, pues no cabe presumirla, sino en la aplicación analógica del artículo 767.I del CC en relación con el artículo 675 del mismo cuerpo normativo.

2.2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de los Civil, Sección 1ª) de 28 de septiembre de 2018

2.2.1. Antecedentes de hecho

Esteban y Gracia contrajeron matrimonio el 1 de julio de 1967, otorgando esta última testamento el 6 de abril de 1972 por el cual instituía heredero único “a su esposo D. Esteban”. El 26 de mayo de 1994 el matrimonio quedó disuelto mediante sentencia de divorcio, falleciendo Gracia el 2 de febrero de 2011 sin haber revocado el testamento otorgado en 1972.

El 7 de junio de 2012, Consuelo²⁴⁸, hermana de Gracia, interpuso demanda frente a Esteban solicitando la declaración de ineficacia de la institución de heredero y apertura de la sucesión intestada de Gracia. Para ello se fundamentaba en la aplicación del artículo 767 del CC por entender que la institución de heredero estaba condicionada a que el instituido fuera el esposo de la causante al abrirse la sucesión.

Esta demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ontinyent por sentencia de 22 de diciembre de 2014, siendo la misma confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª) mediante sentencia de 20 de enero de 2016 tras ser recurrida por los hijos de Consuelo.

²⁴⁸ Quien fue sustituida en el proceso judicial por sus hijos a su fallecimiento.

Los argumentos que utilizaron los juzgadores en cada una de las instancias fueron los siguientes: 1.º Imposibilidad de deducción de la revocación tácita de la disposición testamentaria derivada del acontecimiento del divorcio por inexistencia en el Código Civil de una norma que recoja tales efectos. 2.º Transcurso de casi 17 años entre el divorcio y el fallecimiento de la causante sin haberse revocado la disposición testamentaria. 3.º Necesidad de ajustarse a la interpretación literal a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador tal y como se exige por el artículo 675.I del CC. 4.º Imposibilidad de presumir la condición en las disposiciones testamentarias en nuestro ordenamiento jurídico, no estableciéndose de manera expresa en la disposición testamentaria en cuestión condición alguna. 5.º La aplicación del artículo 767.I del CC requiere la acreditación de la existencia de un error invalidante, supuesto este no acreditado en el caso concreto, debido a que en el momento del otorgamiento del testamento el instituido era esposo de la instituyente, no existiendo, por tanto, error alguno.

2.2.2. Recurso de casación y decisión de la Sala

Los hijos de Consuelo interpusieron recurso de casación en su modalidad de interés casacional, basado en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. El recurso se fundamenta en un único motivo, en el que se denuncia la infracción del artículo 767 del CC, por considerar que la causante instituyó a su cónyuge como heredero por el simple hecho de serlo, por lo que tras producirse el divorcio quedó sin causa e ineficaz dicha institución.

La Sala estima el recurso de casación anulando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial declarando así la ineficacia de la institución de heredero, abriéndose de este modo la sucesión intestada de Gracia.

Para fundamentar su fallo alega que “El empleo del término ‘esposo’ para referirse al instituido no puede ser entendido como una mera descripción de la relación matrimonial existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación del instituido, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención del término ‘esposo’ revela el motivo por el que la testadora nombraba a Esteban como su heredero, sin que haya razón para pensar que, de no ser su esposo, la testadora

lo hubiera instituido heredero. Producido el divorcio después del otorgamiento del testamento, la institución de heredero quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión.”

2.3. La vigente doctrina jurisprudencial

El Tribunal Supremo, para dar respuesta al supuesto de hecho, parte de la idea de inexistencia en el ordenamiento jurídico español de una regla de “interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en máximas de experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea.”

Pese a ello, y haciéndose de esta forma eco de la doctrina dominante existente en la materia, determina que ante esta ausencia normativa específica debe aplicarse el art. 767.I del CC por razón de analogía, “dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto.” Así pues, el Tribunal Supremo entiende que el artículo 767.I del CC es de aplicación también a la causa sobrevenidamente falsa y no solo a los supuestos de causa originariamente falsa.

De esta forma, considera que en aquellos casos en los que en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias existentes en el momento del otorgamiento del testamento, dando de esta forma lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la disposición devendrá ineficaz.

Partiendo de esta idea de considerar aplicable dicho precepto al supuesto de hecho en cuestión, entiende que, como consecuencia de que la regla esencial en materia de interpretación testamentaria, según establece el artículo 675 del CC, es la averiguación de la voluntad real del testador, la exigencia del artículo 767.I del CC de la ‘expresión’ del motivo de la institución de heredero o del nombramiento de legatario “no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja del testador.” Desde esta perspectiva, considera que

el empleo de la expresión ‘su pareja’ o el término esposo, cónyuge o término con análogo significado, para referirse al instituido o legatario, no puede entenderse como una forma de describir la relación afectiva o matrimonial existente en el momento del otorgamiento del testamento, ni tampoco como forma de identificar al favorecido, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención de dicha condición, según la Sala, revela el motivo por el que el testador ordenaba la institución o legado, sin que exista motivo para creer que, de no haber sido este su cónyuge o pareja, el testador la hubiera favorecido de la forma en que lo hizo.

De esta manera, producida la extinción de la relación existente en el momento del otorgamiento, la disposición testamentaria queda privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión.

2.4. Doctrina aplicable a los supuestos de separación de hecho. Análisis ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 10 julio 2019

Cabe advertir que el Tribunal Supremo considera la doctrina recientemente analizada aplicable a los supuestos en los que ha mediado una separación de hecho. Como ejemplo de ello podemos citar el Auto de 10 de julio de 2019 a través del cual el TS inadmite el recurso de casación interpuesto frente a la SAP de Oviedo de fecha 20 de abril de 2017, por considerar que se trata de una cuestión ya resuelta por el Alto tribunal.

2.4.1. Antecedentes de hecho

D. Gerardo, casado en primeras nupcias con D.^a Noelia y de cuyo matrimonio nacieron dos hijas, tras el fallecimiento de esta primera contrajo nuevas nupcias con D.^a Rosaura, no existiendo descendencia de este último matrimonio.

D. Gerardo fallece el 17 de marzo de 2014, habiendo otorgado testamento en fecha 8 de noviembre de 2010, en el cual legaba “a su esposa D.^a Rosaura el usufructo legal” ordenando el abono en metálico a los herederos.

A la fecha del fallecimiento, D. Gerardo se hallaba en estado de casado con D.^a Rosaura, pese a que en fecha 30 de julio de 2012, estando los cónyuges separados de hecho, el testador había interpuesto demanda de divorcio frente a la demandada.

Dicho procedimiento de divorcio se vio paralizado al presentar D.^a Rosaura una demanda de incapacidad de D. Gerardo, que resultó desestimada en Sentencia de primera instancia, dictándose en grado de apelación la Sentencia de 10 febrero 2014 por la Sección 4^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, en cuyo fallo se declara expresamente la capacitación de D. Gerardo para seguir tramitando la demanda de divorcio.

Tras el fallecimiento de D. Gerardo en fecha de 17 de marzo de 2014 sin haberse podido retomar el procedimiento de divorcio paralizado, D.^a Tania, hija del primer matrimonio de D. Gerardo, interpone demanda contra D.^a Rosaura solicitando que se declare la ineficacia de legado dispuesto por D. Gerardo en su testamento, entre otros motivos, al amparo de lo señalado en el artículo 834 del CC, por considerar que la disposición realizada por el testador recoge una atribución legal y no una mera liberalidad del causante. Para ello alega haberse producido la pérdida de derechos sucesorios de D.^a Rosaura puesto que D. Gerardo se hallaba separado de hecho de esta desde el mes de julio de 2012 y que si bien a la fecha del fallecimiento de aquel ésta continuaba siendo su mujer, lo fue a consecuencia de paralizar el proceso de divorcio entablado.

La parte demandada se opone a la demanda alegando que sus derechos hereditarios aquí cuestionados no se derivan de su condición de esposa del testador, sino de su condición de legataria, siendo intrascendente que se hubiera dictado o no sentencia de divorcio o que existiera una separación de hecho, pues la disposición testamentaria no se encuentra condicionada al mantenimiento de la condición de cónyuge del causante y esta no había sido revocada por el testador. Por consiguiente, considera que no es de aplicación lo dispuesto por el artículo 834 del CC.

La sentencia de primera instancia acuerda, en aplicación de lo dispuesto en el art. 834 del CC, declarar la ineficacia del legado por entender que desde el día 30 julio 2012 existía una separación de hecho en el matrimonio con una ruptura conyugal evidente.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada siendo dicho recurso resuelto por la SAP de Oviedo de fecha 20 de abril de 2017, sentencia esta que afirma que en el supuesto enjuiciado “[...] no nos encontramos ante una disposición voluntaria sino ante una atribución legal consistente en la legítima que por ley le corresponde al cónyuge viudo, la cual viene complementada por una configuración voluntaria como es la orden dirigida a los herederos para que procedan a su abono en metálico.”

Pese a su decisión, analiza el supuesto desde la perspectiva de considerar dicha disposición de carácter voluntaria. Apunta que parte de la doctrina que se ha ocupado de la cuestión entiende que en los supuestos en los que con posterioridad al otorgamiento del testamento acontece la ruptura de la relación conyugal, no cabe entender implícita la condición relativa al mantenimiento del vínculo, pues el hecho de que la cláusula testamentaria aluda a la condición de esposo o esposa del beneficiario no puede ser equiparado al motivo por el que se realiza la institución sino simplemente a un elemento más de identificación de la persona beneficiaria. Para estos, el carácter formal del testamento excluye la posibilidad de realizar presunciones que no estén claramente establecidas.

Sin embargo, la Sala manifiesta no compartir la tesis expuesta. Así, y reiterando la idea de que en el caso presente nos encontramos ante una mera atribución legal del derecho legitimario al cónyuge, “cabe entender verosímil la hipótesis de que al causante le habría de resultar impensable creer que a su esposa le restaran derechos legitimarios tras haber abandonado el testador el domicilio conyugal y haber presentado la demanda de divorcio, operando tales circunstancias como desencadenantes de una ineficacia sobrevenida de la cláusula testamentaria lo que a su vez excusaría de la necesidad de llevar a cabo su revocación expresa.”

Finaliza su argumentación manifestando que “ya consideremos que nos encontramos ante una simple atribución legal del derecho legitimario ya entendamos que se trata de una disposición voluntaria, las consideraciones expuestas conducen a entender que la separación de hecho de los cónyuges acontecida al menos desde la fecha 30 julio 2012 ha convertido en ineficaz, por aplicación de lo dispuesto en el art. 834 C.Civil, la

cláusula testamentaria que nos ocupa, procediendo en consecuencia el rechazo del recurso de apelación en cuanto al extremo examinado”.

2.4.2. Recurso de casación y decisión de la sala

La sentencia es recurrida en casación por D.^a Rosaura. Este recurso se funda en la infracción del art. 675 del CC y se alega la existencia de interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de AP en relación con la eficacia de los legados tras la ruptura matrimonial. Solicita la parte recurrente que se fije doctrina por el TS conforme a la cual las disposiciones testamentarias establecidas a favor del cónyuge no devienen ineficaces por la ruptura matrimonial acaecida con posterioridad a su otorgamiento, siendo para ello necesario su revocación expresa o tácita.

El Tribunal Supremo considera que dicho recurso concurre en una causa de inadmisión por producirse una carencia manifiesta de fundamento “al haber resuelto esta Sala otros asuntos sustancialmente iguales en sentido contrario al pretendido por el recurrente y por inexistencia de interés casacional”. Y ello, porque considera que la cuestión que se suscita en el presente procedimiento ya ha sido resuelta por la Sala en sentencia núm. 531/2018, de fecha 26 de septiembre, la cual pasa a citar.

Asimismo, considera que “la sentencia recurrida aplica la doctrina establecida por esta Sala en la materia y a la que acabamos de hacer referencia con la consecuencia de que estamos ante una situación equiparable a la pérdida del efecto útil del recurso [...], pues su admisión indiscriminada basada en el mero cumplimiento de los requisitos formales nunca podría llevar a la modificación del fallo; así pues, resulta apreciable la causa de inadmisión de carencia de fundamento pues objetivamente contemplada la sentencia recurrida no se contradice con los criterios jurisprudenciales de esa Sala en la materia. Del mismo modo alegada la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, en la medida que sobre tal cuestión ya se ha pronunciado esta Sala, estableciendo la correspondiente doctrina, la supuesta contradicción entre Audiencias estaría superada, faltando el presupuesto que este tipo de interés casacional comporta.”

V. VALORACIÓN PERSONAL DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Desde un plano teórico, considero que la solución expuesta por la doctrina del Tribunal Supremo puede tener encuadre en el supuesto que nos ocupa. En mi opinión, la aplicación del art. 767.I del CC al supuesto de hecho se produce por aplicación del art. 4.1 del CC, artículo encargado de regular la *analogía legis*.

Si que es cierto que el art. 767 piensa en un supuesto en el que el causante ha emitido una declaración como consecuencia de una errónea representación de la realidad, realidad que para que pueda ser defectuosa solo puede referirse a hechos presentes o pasados, pues la convicción de que una determinada circunstancia persistirá en el futuro no supone un defectuoso *conocimiento* de dicha realidad, sino una defectuosa *previsión* sobre las circunstancias existentes en un próximo momento que aún no ha acontecido; siendo evidente que, en los casos de imprevisión, ni siquiera existe tal error, puesto que ni siquiera se ha pensado en tal posibilidad.

Pero no es menos cierto que el recurso a la analogía sirve para dar respuesta a un extremo concreto que no ha sido contemplado por las normas escritas, exigiéndose para la extensión del precepto identidad de razón entre el supuesto recogido en el mismo y el que precisa de una respuesta. Se entiende que existe tal identidad cuando la norma escrita que quiere ser integrada regula y da respuesta a un supuesto semejante, que no idéntico, al específico que esta última no contempla.

Por ello, considero que la argumentación que da la doctrina que niega la extensión no es correcta, puesto que si se tratara de un supuesto de causa errónea y con encaje perfecto en los términos previstos por la norma del artículo 767.I, no sería necesaria la aplicación analógica, sino la aplicación directa de dicha norma.

Por lo que respecta a la identidad exigida para la aplicación analógica, en mi opinión, en estos casos sí que existe la misma. En primer lugar, puesto que de la misma forma que en el supuesto regulado por el precepto, la causa que motiva la disposición no existe en el momento en que se abre la sucesión, aunque en este caso, la causa inicialmente sí que existe y desaparece de manera sobrevenida resultado del acontecimiento de determinados sucesos no previstos por el causante. Y, en segundo lugar, puesto que el

testador dispone movido por una creencia errónea, aunque en este caso, no sobre un hecho presente o pasado de la realidad, sino sobre cómo se desenvolverá una situación en un futuro, puesto que se realiza la disposición creyendo erróneamente que su relación conyugal subsistirá al tiempo de su fallecimiento.

No obstante, considerar aplicable el citado precepto al supuesto concreto no significa que ello lleve directamente aparejada la ineficacia de la disposición. Más bien, todo lo contrario, pues la regla general recogida por el artículo 767.I consiste en que se tenga la causa falsa por no escrita, siendo excepcional la consecuencia de ineficacia.

Así pues, para que la disposición realizada en favor del cónyuge pueda ser declarada ineficaz, se precisa acreditar, en primer lugar, que el testador dispuso movido por la condición de cónyuge existente en la persona beneficiada; en segundo lugar, que dicho motivo fue el determinante de la disposición, de tal forma que, de haber conocido el cambio sobrevenido de las circunstancias, este no hubiera realizado la disposición testamentaria tal y como la hizo; y, en tercer y último lugar, que incurrió en un error al creer que el vínculo matrimonial subsistiría en las mismas circunstancias en que se encontraba en el momento del otorgamiento del testamento o que dispuso sin ni siquiera plantearse tal posibilidad. Debiendo, además, los dos primeros extremos tener algún reflejo en el texto testamentario.

Por ello, considero que en un plano práctico, la operatividad de este precepto, es más compleja. Estos extremos que hay que acreditar, en muchos casos, no van a poder ser probados, pues, por lo general, son circunstancias que permanecen en el fuero interno del testador sin ser estas exteriorizadas. Así, en la mayoría de los casos únicamente se va a contar con una disposición realizada en favor de una persona identificada por su nombre y apellidos y con la especificación de la condición de cónyuge, disposición esta que, como mucho, puede dar a conocer el motivo que mueve al disponente a disponer, no existiendo pruebas externas del resto de aspectos que deben quedar acreditados.

Por ello, considero que el Tribunal Supremo, guiado por la doctrina mayoritaria y con afán de sentar doctrina de lo que parece sería lógico que un testador medio querría, con las dos sentencias dictadas, realiza una objetivación de los motivos que empujan al

testador cuando dispone en favor de su cónyuge, considerando que el nombramiento de este se realiza siempre con la única razón de tener esta condición.

Así mismo, en mi opinión, también se produce una objetivación de la esencialidad de la causa o motivo, pues se presupone que la hipotética voluntad del testador en el momento de otorgar el testamento es la de que no querría que la disposición se mantuviera en caso de que el vínculo que media entre estos desaparezca. Llegando en ambas sentencias a dicha conclusión, desde mi punto de vista, desde la perspectiva de lo que parece correcto y lógico pensar que haría un testador medio, pero sin probar dichos aspectos en el caso concreto.

Es más, el Tribunal entiende que el empleo de la expresión ‘su pareja’ o el término esposo o cónyuge, para referirse al instituido o legatario, no puede entenderse como una forma de describir la relación afectiva o matrimonial existente en el momento del otorgamiento del testamento, ni tampoco como forma de identificar al favorecido, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. Siendo que para la Sala la mención de dicha condición revela el motivo por el que el testador ordenaba la institución o legado, sin que exista motivo para creer que, de no haber sido este su cónyuge, el testador la hubiera favorecido de la forma en que lo hizo.

Sin embargo, creo que es necesario subrayar que el artículo 675 del CC exige averiguar la voluntad real del testador en concreto, y no la de un causante tipo. Por ello, creo que, a falta de una norma que declare el efecto pretendido, no se puede determinar, sin ningún medio de prueba que así lo demuestre, que no puede haber más razón determinante para el otorgamiento de la disposición que la existencia de dicho vínculo conyugal y que no existe motivo para creer que de no haber ostentado esa condición el testador lo hubiera beneficiado.

No descarto que de la interpretación de la real voluntad del testador del momento en que otorgo el testamento puede concluirse que el testador no hubiera realizado la institución de haber sabido que el vínculo conyugal con el beneficiario de la disposición no subsistiría y que eso quería expresar al mencionar en la disposición la condición de cónyuge. Es más, creo firmemente que la gran mayoría de las disposiciones realizadas en favor de quien en ese momento es su cónyuge están movidas por dicha condición y la

relación de afectividad existente entre los mismos. En estos casos, esa voluntad averiguada debe prevalecer de conformidad con el criterio interpretativo imperante en materia testamentaria. Sin embargo, esta conclusión no cabe presumirla debiendo ser probada de manera precisa, pudiendo utilizarse para ello todos los medios de interpretación existentes, incluidos los medios extrínsecos.

En cuanto a la afirmación de que el reflejo del motivo y su carácter determinante se deduce de la simple alusión a la cualidad de cónyuge, considero que puede ser cuestionable. No obstante, si se llegara a acreditar, a través de los medios interpretativos, la determinabilidad de dicho motivo, pienso que sí que podría servir como modo de cumplir con la exigencia mencionada, pues la finalidad primordial de la labor interpretativa, aunque debe tener un punto de partida en las declaraciones contenidas en el testamento, es la de investigar la voluntad real del testador, puesto que de lo que se trata, en última instancia, es de cumplir con lo que el testador hubiera querido.

Sin embargo, de aceptarse esta afirmación, ello supondría que la aplicación analógica del precepto únicamente pueda operar en los supuestos en los que se designe al cónyuge con la condición de tal, independientemente de si se ha realizado expresión de su denominación o no, pues en caso de que dicha expresión no se realice, no podrá cumplirse con el requisito exigido de constancia en la disposición testamentaria del motivo y, por consiguiente, no podrá más que mantenerse la eficacia de la disposición.

Por último, en mi opinión, en aquellos casos en los que únicamente haya mediado una separación, ya sea de hecho o legal, la prueba del motivo que lleva al testador a disponer se convierte, incluso, más difícil, pues en estos casos, donde ni siquiera se ha perdido la condición de cónyuge que se tiene como motivo para realizar la disposición, habrá que probar que el motivo no fue tanto dicha condición, sino las relaciones afectivas existentes entre los cónyuges, debiendo, al mismo tiempo, probarse que el testador no hubiera realizado la disposición de haber conocido la futura pérdida de afecto, a pesar de no haberse producido la pérdida del vínculo matrimonial.

Además, en estos casos se produce un problema añadido, pues considero que en estos casos es más difícil defender que la expresión de la condición de cónyuge sirve como forma de cumplir con el mandato del legislador de que el motivo debe desprenderse,

siquiera intuirse, del tenor del testamento, pues dicha condición que se expresa, sigue existiendo en el momento de la efectividad del derecho.

Para concluir, a mi parecer, mientras el legislador no introduzca una norma de integración, si se precisa declarar la ineficacia de la disposición, será necesario probar, supuesto por supuesto, que el testador dispuso, de la forma en que lo hizo, movido únicamente por la condición de cónyuge que ostentaba el beneficiario, así como que de haber conocido el acontecimiento de una futura crisis matrimonial no hubiera dispuesto de la misma manera en que lo hizo. Mientras no se acrediten dichas circunstancias, habrá de tener el error como no escrito, manteniéndose la eficacia de la disposición.

VI. CONCLUSIONES

Primera. En el ámbito de la sucesión legal, el Ordenamiento Jurídico español, en concreto, los artículos 834 y 945 del Código Civil, desde la perspectiva de la presumible voluntad del causante, prevé, sobre la base del decaimiento de la *affectio maritalis*, la pérdida de la efectividad de los derechos sucesorios viudales tanto en los casos de separación, ya sea esta legal o de hecho, como en los supuestos de divorcio.

Por el contrario, en el ámbito de la sucesión testamentaria, no existe en nuestro Código Civil una norma semejante por la que se prive de eficacia o se revoque la disposición testamentaria realizada en favor del cónyuge tras el acontecimiento de una crisis matrimonial. Esta cuestión se encuentra, sin embargo, regulada en las legislaciones forales existentes en nuestro territorio, con la única salvedad del Derecho balear que, con carácter general, y a salvo de particularidades concretas de cada ordenamiento, regulan la presunción *iuris tantum* del decaimiento de las disposiciones testamentarias realizadas en favor del cónyuge en los casos en los que, después de otorgadas, acontece una crisis matrimonial.

Segundo. Ante la ausencia de normativa específica en el marco del derecho común, la doctrina se debate entre quienes se muestran favorables al mantenimiento de la eficacia de la disposición y los que propugnan su ineficacia.

Quienes se han mostrado contrarios a la declaración de ineficacia de la disposición entienden que, con la actual regulación imperante en nuestro ordenamiento, no se le puede atribuir a la circunstancia sobrevenida del divorcio o de la separación efectos revocatorios ni tampoco puede ser generador de la ineficacia de la disposición, puesto que para ello hubiera sido necesario una norma que regulara dichos efectos. Consideran que, en la actualidad, la única posibilidad existente para declarar la ineficacia de la disposición testamentaria pasa por la revocación de la misma, mecanismo este que sirve como medio para que el testador ajuste el testamento a las nuevas situaciones, como es el caso del acontecimiento de una crisis matrimonial. Si acontecida la ruptura matrimonial el testador no revocó la disposición, se debe a que la voluntad de este fue mantener la misma, debiendo, por ende, cumplirse con dicha voluntad manifestada en testamento; voluntad, por otro lado, que, para esta doctrina, es clara, bastando para conocerla la simple lectura de la disposición, pues, por lo general, en estos casos, el tenor gramatical de la disposición es claro y sencillo, no cabiendo otra interpretación posible, pues se dispone en favor de quien en ese momento es su cónyuge sin condicionar de manera alguna a que la persona beneficiada siga ostentando dicha condición en el momento de la apertura de la sucesión. Por ello, ante la claridad del tenor literal, conforme al artículo 675 del CC, debe cumplirse con la voluntad plasmada en el testamento.

Por su parte, la doctrina mayoritaria aboga por la ineficacia de la disposición bajo la justificación de existencia de un error vicio en la voluntad del testador. El testador dispone partiendo de una errónea representación sobre lo que ocurrirá en un futuro con su relación matrimonial, creyendo que su matrimonio subsistirá hasta el momento de su fallecimiento, creencia que decae con la crisis matrimonial. Para declarar la ineficacia de la disposición se apoyan en el artículo 767.I del CC, precepto que regula la figura de error en los motivos bajo la denominación de causa falsa.

Debemos entender la causa como la razón o el motivo concreto que tuvo el testador para realizar la disposición testamentaria, mientras que por falsedad de la causa ha de estarse a la inexacta representación por parte del testador de la realidad tenida en cuenta a la hora de testar. Esta inexactitud puede tener lugar además de por hechos presentes o pasados, por hechos futuros que, como consecuencia de una concepción errónea del devenir de los mismos, hace que el motivo desaparezca o no llegue nunca a

existir. Se considera que este precepto comprende los supuestos de imprevisión generados como consecuencia de los cambios sobrevenidos de circunstancias existentes y tenidas en cuenta por el testador a la hora de disponer.

Cabe advertir que la regla general recogida en él es la irrelevancia de la causa falsa, regla esta que se exceptiona cuando la causa falsa expresada en la disposición sea determinante, en cuyo caso la disposición devendrá ineficaz. Por determinante se entiende aquella causa falsa que mueve al testador a disponer de la forma en que lo hizo, siendo que, de haber tenido plena consciencia de la realidad o como acontecerían los hechos en un futuro, no hubiera realizado la disposición en la forma en que lo hizo.

Para que opere la excepción enunciada, tal y como entiende la doctrina mayoritaria, es necesario probar, en primer lugar, que el causante dispuso movido por un motivo, debiendo ese motivo quedar de algún modo reflejado en el testamento; en segundo lugar, que el motivo fue determinante, debiendo desprenderse dicha determinabilidad del tenor del testamento; y, en tercer lugar, que el motivo resulto ser falso, pudiendo utilizarse para ello, todos los métodos interpretativos, incluidos los medios extrínsecos.

El error en el caso analizado a lo largo de este trabajo consistiría en la creencia por parte del testador de la subsistencia del vínculo matrimonial en las mismas condiciones en que se encontraba en el momento del otorgamiento del testamento, debiendo acreditarse este hecho por cualquier medio existente en Derecho.

Por lo que respecta al motivo y al carácter determinable de este, la doctrina defensora de la ineficacia de la disposición entiende que, en estos casos, tanto el matrimonio como las relaciones afectivas derivadas de la convivencia conyugal son el motivo que mueven al testador a disponer, de tal forma que, de haber sabido que se produciría el divorcio o la separación entre ellos, no hubiera realizado la disposición en su favor. Por su parte, en cuanto a la exigencia del reflejo del motivo y de su carácter determinante en el testamento, consideran que basta con la simple alusión a la cualidad de cónyuge.

El supuesto de crisis matrimonial acontecida con posterioridad al otorgamiento de la disposición comporta una variación no prevista de la cualidad personal del sujeto tenida en cuenta por el testador, pues este deja de ser su cónyuge o dejan de existir las relaciones afectivas existentes en el momento en que dispuso, desapareciendo así la causa que llevo al testador a disponer en favor de este y, por consiguiente, debe declararse la ineficacia de la disposición testamentaria.

Tercera. La ausencia de regulación expresa también ha impedido que exista doctrina pacífica de las Audiencias Provinciales, encontrándose la jurisprudencia menor dividida entre el mantenimiento de la eficacia de la disposición y la declaración de la ineficacia de la misma.

El Tribunal Supremo, a través de las SSTS de 26 y 28 de septiembre de 2018, ha sentado doctrina respecto a cómo debe resolverse el supuesto de hecho, terminando así con la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Por medio de esta doctrina se ha posicionado a favor de la doctrina mayoritaria existente en la materia, al entender que debe aplicarse, al supuesto concreto, el artículo 767.I del CC por razón de analogía. Entiende que existe identidad de razón entre el caso de imprevisión al que nos enfrentamos y el supuesto que regula el citado precepto, debiendo extenderse de esta manera la regulación a la causa sobrevenidamente falsa y no solo a los supuestos de causa originariamente falsa.

Así, considera que en aquellos casos en los que en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio en las circunstancias existentes en el momento del otorgamiento del testamento, dando lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la disposición debe devenir ineficaz. En aplicación de esta doctrina, considera que, producida la extinción de la relación matrimonial existente en el momento del otorgamiento, la disposición testamentaria queda privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, debe declararse ineficaz.

Para justificar su decisión, el Tribunal Supremo manifiesta que conforme con el artículo 675 del CC, donde se exige que la interpretación testamentaria debe ir enfocada a la averiguación de la voluntad real del testador, la exigencia prevista en el artículo 767.I

consistente en que el motivo de la institución se exprese en el testamento se obedece mediante el empleo del término esposo o cónyuge para referirse al beneficiario, no pudiendo entenderse como una forma de describir la relación afectiva o matrimonial existente en el momento del otorgamiento del testamento, ni tampoco como modo de identificar al favorecido.

De aceptarse esta afirmación, ello supondría que la aplicación analógica del precepto únicamente pueda operar en los supuestos en los que se designe al cónyuge con la condición de tal, independientemente de si se ha realizado expresión de su denominación o no, pues en caso de que dicha expresión no se realice, no podrá cumplirse con el requisito exigido de constancia en la disposición testamentaria del motivo y, por consiguiente, no podrá más que mantenerse la eficacia de la disposición

Asimismo, considera que no existe motivo para creer que, de no haber sido este su cónyuge, el testador hubiera favorecido a su cónyuge de la forma en que lo hizo, teniendo, por tanto, la condición de cónyuge el carácter de ser el motivo determinante de la disposición.

A través de estas dos sentencias se está realizando una objetivación tanto de los motivos que empujan a los testadores cuando disponen en favor de sus cónyuges como del carácter determinante del motivo. Y ello, puesto que parecen justificar su argumentación desde la perspectiva de lo que parece correcto y lógico pensar que haría un testador medio, sin probar dichos aspectos en el caso concreto. Se concluye así que el testador no hubiera realizado la institución de haber sabido que el vínculo conyugal con el beneficiario de la disposición no subsistiría y que eso quería expresar al mencionar en la disposición la condición de cónyuge. Sin embargo, mientras no exista una regla de integración, esta conclusión no cabe presumirla, debiendo ser probada caso por caso, pues la regla general en materia de causa falsa es la irrelevancia de esta.

VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

AGUILAR DÍAZ, R., “De la libertad para testar con la legítima” en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 6, 2015, págs. 75-84

ALBALADEJO GARCÍA, M, “De nuevo sobre el error de las disposiciones testamentarias” en *Revista de Derecho Privado*, Vol. 7, núm. 2, 1954, págs. 319 -334

ALBIEZ DOHRMANN, K.J. “Comentario al artículo 767” en BERCOVITZ, R. *Comentarios al Código Civil*, T. IV, Tirant lo Blanch [recurso electrónico en línea], Valencia, 2013, págs. 5676-5680 Disponible en: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788490337356#ulNotainformativaTitle>

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “Incidencia de las crisis matrimoniales en el Derecho de sucesiones”, *Actualidad Civil*, núm. 13, 2006, págs. 1525-1554

ALVENTOSA DEL RÍO, J., COBAS COBIELLA, M. E., (Dir.) [et al.], “Capítulo II. Aspectos sustantivos del derecho hereditario”, en *Derecho de sucesiones*, Tirant lo Blanch [recurso electrónico en línea], Valencia, 2017, págs. 487, 491 y 493. Disponible en: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788491690368>

BARRIO GALLARDO, A. “Derecho a la herencia y sucesión forzosa en el art. 33 de la constitución española”, en *Conpedi Law Review*, Vol. 4, núm. 1, 2018, págs. 139-158

- “El ocaso de las legítimas largas”, en *Las legítimas y la libertad de testar: Perfiles críticos y comparados*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, págs. 287-313.

BLASCO GASCÓ, F., *Instituciones de derecho civil: derecho de sucesiones*. Tirant lo Blanch [recurso electrónico en línea], Valencia, 2018. Disponible en: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788491907534?showPage=0>

CAÑIZARES LASO, A., “Disposición testamentaria en favor del cónyuge y divorcio posterior” en *Persona y Estado en el umbral del Siglo XXI*, Facultad de Derecho de Málaga, Málaga, 2001, págs. 113-122

- “Comentario al artículo 675” en CAÑIZARES, LASO, A., DE PABLO, CONTRERAS, P. (Dirs.) [et.al.], *Código Civil Comentado*, 2.ª ed., Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi [recurso electrónico en línea], Cizur Menor, 2016, págs. RL-1.67. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/codigos/167406189/v2/page/RL-1.67>

CASANUEVA SANCHEZ, *La nulidad parcial del testamento*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, pág. 134

CASAS VALLÉS, R. en CASAS VALLÉS, R., “Las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1993, págs. 1747-1784

CASTÁN TOBEÑAS, “La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales” en *Biblioteca de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 64, núm. 126, Madrid, 1915, pág. 24

CASTILLA BAREA, M., “Capítulo 12. La separación” en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.) y CUENA CASAS, M., *Tratado de derecho de la familia*, Vol. II, 2.ª ed., Aranzadi: Thomson Reuters [recurso electrónico en línea], Cizur Menor, 2017, pág. RB-2.1. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/monografias/165451639/v2/page/RB-2.1>

- “Capítulo 13. La disolución del matrimonio. El divorcio” en YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. (Dirs.), *Tratado de derecho de la familia*, Vol. II, 2.ª ed., Aranzadi: Thomson Reuters [recurso electrónico en línea], Cizur Menor, 2017, págs. RB-3.3. Disponible en:

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/monografias/165451639/v2/page/RB-3.3>

CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, reimpresión, Civitas, Madrid, 1991, págs. 158, 350, 503 y 504.

DE BARRÓN ARNICHES, P., “Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2016

DE LA IGLESIA PRADOS, E., “La ineficacia de las disposiciones testamentarias entre cónyuges por crisis matrimonial”, en RAMOS PRIETO y HORNERO MÉNDEZ *Derecho y fiscalidad de las sucesiones "mortis causa" en España: una perspectiva multidisciplinar*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, págs. 167-182

DIEZ PICAZO Y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, T. 2, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, pág. 144

EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª A., *Sucesión Legal y Voluntaria del Cónyuge en las Crisis Matrimoniales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003

- *Sucesión 'mortis causa' de la familia recompuesta (de la reserva viudal a la fiducia sucesoria)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 13-60

ESPEJO LERDO DE TEJADO, M., “Comentario al artículo 767”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, LEX NOVA, Valladolid, 2010, pág. 877

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., “La libertad de testar del causante como protección sucesoria del cónyuge viudo en el siglo XXI”, en *Las legítimas y la libertad de testar: Perfiles críticos y comparados*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A., *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en la nulidad, la separación y el divorcio*, Dykinson, Madrid, 2006

GALICIA AIZPURÚA, G., “Institución hereditaria en favor del cónyuge y ulterior divorcio. Comentario a la STS de España, núm. 539/2018, de 28 de septiembre”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 28, 2019, págs. 498-513.

GARCÍA PÉREZ, C. L., “El albaceazgo y la interpretación del testamento”, en LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), JIMÉNEZ MUÑOZ, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ [et. al.], *El derecho de sucesiones contemporáneo: aspectos civiles y fiscales*, Tirant lo Blanch [recurso electrónico en línea], Valencia, 2020, págs. 229-270. Disponible en: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413367163?showPage=0>

GÓMEZ CALLE, E., “Artículo 767. Causa falsa de la institución de heredero o legatario.” en CAÑIZARES LASO, A. [et. al.] (Dir.), *Código Civil Comentado*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pág. RL-1.159. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/codigos/167406189/v2/document/167406189/anchor/a-167406189>

- *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.

GONZÁLEZ ACEBES, B., *La interpretación del testamento*, Tirant lo Blanch [recurso electrónico en línea], Valencia, 2012. Disponible en: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788490047606?showPage=0>

GORDILLO CAÑAS, A., “Comentario al artículo 767.I”, en ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. X, Vol. 1.º, EDERSA, 1987.

- “El error en el testamento” en *Anuario de Derecho civil*, Vol. 36, núm. 3, 1983, págs. 747-816.

IMAZ ZUBIAUR, L., “Algunas reflexiones en torno a la eficacia de las disposiciones testamentarias ante un cambio sobrevenido de las circunstancias. Incidencia de la crisis de pareja en la atribución sucesoria otorgada con anterioridad” en *Revista de Derecho privado*, núm. 96, julio-agosto, 2012, págs. 47-79

IRURZUN GOICOA, D. ¿Qué es la legítima para el Código Civil español? [Internet].
Notarios y Registradores. 2015 [citado 25 noviembre 2020]. Disponible en:
[https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-
doctrina/que-es-la-legitima-para-el-codigo-civil-espanol/#](https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/que-es-la-legitima-para-el-codigo-civil-espanol/#)

JORDANO BAREA, J. B. *El testamento y su interpretación*, Comares, Granada, 1999

LLOPIS GINER, J. M., “La incidencia de las rupturas matrimoniales en el derecho de sucesiones”, *Revista General de Derecho*, núm. 645, 1998, págs. 265-274.

LÓPEZ FRÍAS, M. J., “La voluntad hipotética del testador en crisis matrimoniales sobrevenidas: estado legal y jurisprudencial”, en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm. 5, 2012, págs. 61 a 81.

LÓPEZ MAZA, S., “Comentario al artículo 945”, en BERCOVITZ (Dir.) *Comentario al Código Civil*, Tomo V, Tirant lo Blanch [recurso electrónico en línea], 2013, págs. 6878-6906.
Disponible en:
<https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788490337356#ulNotainformativaTitle>.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., “La garantía institucional de la herencia”, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 3, 1994, págs. 29-62.

LUQUE TORRES, G., *Crisis matrimoniales: consecuencias registrales y sucesorias*, Comares, Granada, 2002, págs. 219-225.

MAESTRE RODRÍGUEZ, M^a. L., *La interpretación testamentaria*, Universidad de Murcia, 2003, págs. 172 y 173

MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., *Incidencia de las crisis matrimoniales en la sucesión del ex cónyuge*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Comentario al artículo 81” en CAÑIZARES, LASO, A., DE PABLO, CONTRERAS, P. (Dirs.) [et.al.], *Código Civil Comentado*, 2.^a ed., Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi [recurso electrónico en línea], Cizur Menor, 2016,

pág. RL-1.81. Disponible en:
<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/codigos/167404565/v2/page/RL-1.81>

MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Sucesión testamentaria: expresión de causa falsa en la institución de heredero: ineficacia como heredero del cónyuge del testador cuando en el momento de la apertura de la sucesión se había producido el divorcio: Comentario a STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 539/2018 de 28 septiembre (RJ 2018, 4071)”, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 110, 2019, págs. 143-160.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado [recurso electrónico en línea], 2016. Disponible en:
https://boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PR-2016-46&tipo=L&modo=2

MIQUEL GONZÁLEZ, “Anulabilidad”, en MONTROYA MELGAR, A. (Dir.) *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1995, pág. 476

- “Notas sobre ‘la voluntad del testador’” en *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, núm. 6, 2016, págs. 154-190. Recuperado a partir de <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6242>

MORENO QUESADA, B., “Interpretación del testamento” en SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER, [et. al.], *Curso de Derecho Civil IV: Derechos de Familia y Sucesiones*, 9ª Ed., Tirant lo Blanch [recurso electrónico en línea], 2019. Disponible en:
<https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413139586?showPage=0>

MUÑOZ NARANJO, A., “El anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio” en *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol. 15, núm. 1, 2015, pág. 40

PARRA LUCAN, M. A., “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 2009, págs. 481-554.

PÉREZ ESCOLAR, M., “Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español. Revisión de fundamentos y planteamiento de futuro” en *Anuario de derecho civil*, Vol. 60, núm. 4, 2007, págs. 1641-1678.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones común: estudios sistemáticos y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch (recurso electrónico en línea), Madrid, 2020. Recurso disponible en: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413367584?showPage=0>

ROMERO COLOMA, A. M., “Disposición testamentaria y divorcio posterior” en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 90, enero -marzo, 2021

TORRES GARCÍA, T. F., “Disposiciones testamentarias y vicisitudes del matrimonio” en *Estudios de derecho civil: homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2004, págs. 9 a 34

TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Legítima del cónyuge viudo” en GETE-ALONSO Y CALERA, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Tomo II, Aranzadi S.A.U. [recurso electrónico en línea], 2011. Disponible en: repositorio Aranzadi

VAQUER ALOY, “Comentario al artículo 945” en CAÑIZARES, LASO, A., DE PABLO, CONTRERAS, P. (Dirs.) [et.al.], *Código Civil Comentado*, 2.ª ed., Vol. II, Thomson Reuters: Aranzadi [recurso electrónico en línea], Cizur Menor, 2016, pág. RL-1.337. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/codigos/167406189/v2/page/RL-1.337>

- *La interpretación del testamento*, Calamo, Barcelona, 2003
- “Libertad de testar y condiciones testamentarias”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2015

- “Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio” en *Anuario de Derecho civil*, Vol. 56, núm. 1, 2003, págs. 67 a 100

VELA SÁNCHEZ, A. J., “Institución de heredero o legado y crisis matrimonial o de la pareja de hecho”, en *Diario La Ley*, núm. 9526, 2019

VICENTE DOMINGO, E., “Comentario al artículo 675” en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentario al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 794-796

ZUBERO QUINTANILLA, S., “Ponderación de las limitaciones legales a la libertad de testar del causante. El sistema de legítimas en Aragón y en el Código civil” en *Revista de Derecho Civil*, Vol. 4, Núm. 2, abril-junio, 2017, págs. 55-81

VIII. JURISPRUDENCIA

1. Tribunal Supremo

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia de 8 de julio de 1940. RJ\1940\689

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia de 6 de marzo de 1944. RJ\1944\303

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia de 6 de octubre de 1964. RJ\1964\7461

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia de 3 de abril de 1965. RJ\1965\1965

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia de 26 de noviembre de 1974.
RJ\1974\4490

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia de 10 de febrero de 1986. RJ\1986\521

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia de 29 de diciembre de 1997. RJ\1997\9490.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 603/1998 de 23 de junio.
RJ\1998\4746

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 17/2001 de 23 de enero. RJ\2001\997

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) Sentencia núm. 482/2002 de 24 de mayo.
RJ\2002\4459

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) Sentencia núm. 13/2003 de 21 de enero.
RJ\2003\604

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única) Sentencia núm. 687/2003 de 7 de
julio. RJ\2003\4611

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única) Sentencia núm. 947/2003 de 9 de
octubre. RJ\2003\7232

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) Sentencia núm. 629/2005 de 18 de julio.
RJ\2005\5339

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) Sentencia núm. 964/2005 de 15 de
diciembre. RJ\2005\10157

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) Sentencia núm. 984/2005 de 20 de
diciembre. RJ\2006\287

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) Sentencia núm. 902/2006 de 29 de
septiembre. RJ\2006\6513

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) Sentencia núm. 1302/2006 de 19 de
diciembre. RJ\2006\9243

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) Sentencia núm. 133/2009 de 3 de marzo.
RJ\2009\1625

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) Sentencia núm. 325/2010 de 31 de mayo.
RJ\2010\2653

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), sentencia núm. 405/2010 de 17 junio.
RJ 2010\5404

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) Sentencia núm. 327/2010 de 22 de junio.
RJ\2010\4900

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) Sentencia núm. 79/2013 de 1 de marzo.
RJ\2013\7414

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) Sentencia núm. 531/2018 de 26 de septiembre.
RJ\2018\4258

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) Sentencia núm. 539/2018 de 28 septiembre.
RJ\2018\4071

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) Auto de 10 julio 2019. RJ\2019\2829

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) Sentencia núm. 118/2021 de 3 de marzo.
RJ\2021\91646

2. Audiencias Provinciales

Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9.^a) Sentencia núm. 103/2007 de 30 de marzo.
JUR\2008\229514

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17.^a) Sentencia núm. 537/2019 de 17 de octubre.
JUR\2019\305622

Audiencia Provincial de Granada (Sección 5.^a) Sentencia núm. 262/2010 de 11 de junio.
JUR\2010\356370

Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 1.^a) Sentencia núm. 2281/2008 de 29 de julio.
JUR\2009\9443

Audiencia Provincial de Huelva (Sección 3.^a) Sentencia núm. 56/2010 de 29 de abril.
JUR\2010\364243

Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1.^a) Sentencia núm. 509/2017 de 19 septiembre.
JUR\2018\14466

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.^a) Sentencia núm. 144/2013 de 15 abril.
JUR\2013\213081

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.^a) Sentencia núm. 753/2013 de 26 de
septiembre. JUR\2014\4022

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.^a) Sentencia de 13 diciembre 2013.
JUR\2014\63656

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8.^a) Sentencia núm. 99/2017 de 9 marzo.
AC\2017\540

Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.^a) Sentencia núm. 800/1999 de 13 de
diciembre. AC\1999\8478

Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1.^a) Sentencia núm. 569/2019 de 19
noviembre. JUR\2020\89707

Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2.^a) Sentencia núm. 325/2000 de 11 julio.
AC\2000\1593

Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.^a) Sentencia núm. 327/2015 de 23 de
noviembre. JUR\2016\130465

Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.^a) Sentencia núm. 13/2016 de 20 enero.
JUR\2016\145168

Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4.^a) Sentencia núm. 702/2007 de 15 de
noviembre de 2007. JUR\2008\30507