



TESIS DOCTORAL

**REPERCUSIÓN DE LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO EN LA EFICACIA DE
LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS A FAVOR DEL CÓNYUGE VIUDO**

JOAQUÍN RAMÓN OJALVO LLEDÓ

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

Conformidad de la Directora:

MARINA INÉS MARQUEÑO DE LLANO

2015

SUMARIO - ESQUEMA

INTRODUCCIÓN.

- A).- Presentación.
- B).- Objeto.
- C).- Justificación.

CAPÍTULO PRIMERO.-

I.- ESTADO LEGISLATIVO ACTUAL, SUS DEFICIENCIAS Y NECESIDADES.

- A).- Norma legal expresa.
- B).- Ausencia de normativa respecto a las disposiciones en testamento.
- C).- Proyecto fallido de Código Civil general en España.
- D).- Problemas que se suscitan.
- E).- La desjudicialización y la necesidad de normativa expresa.
- F).- Resumen.

II.- LA LIBERTAD DE DISPONER INCLUSO DESPUÉS DE LA MUERTE.

- A).- Facultad de disponer.
- B).- Documento formal de la disposición.
- C).- Limitaciones: régimen de legítimas.
- D).- Efectos sociales de los derechos legitimarios respecto a la libertad de disponer por testamento.
- E).- Revisión de la legítima y, por ende, de la libertad de testar.
- F).- Inexistencia de absoluta libertad de testar en el Derecho Comparado.
- G).- Vigencia de los derechos legitimarios.

H).- Un caso práctico.

I).- Compatibilidad entre sucesiones testada e intestada.

J).- Conclusión.

III.- CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERES DEL TESTAMENTO.

A).- Concepto.

B).- Naturaleza.

C).- Caracteres.

a).- Principios básicos.

b).- Estudio sobre la revocabilidad.

1.- Generalidades.

2.- Clases de revocación:

2.1.- Expresa.

2.2.- Tácita.

2.3.- Real.

2.4.- Por ministerio de la Ley.

3.- Coexistencia de disposiciones testamentarias.

4.- Prioridad del acuerdo unánime entre los llamados a la herencia.

5.- Eficacia o ineficacia del testamento anterior.

IV.- LA INEFICACIA DEL TESTAMENTO.

A).- Ausencia de normas específicas.

B).- Clases de ineficacia.

C).- Posiciones sobre la ineficacia.

D).- Incidencia de las crisis de convivencia.

E).- Análisis del Código Civil.

F).- Derecho Comparado.

G).- Derechos Forales.

V.- DERECHOS LEGITIMARIOS DEL CÓNYUGE VIUDO.

A).- Datos históricos.

B).- El Código Civil.

C).- Conclusión.

CAPÍTULO SEGUNDO.-

I.- LA IMPORTANCIA DEL MATRIMONIO.

II.- INCIDENCIA DE LOS AVATARES MATRIMONIALES EN LA DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO.

A).- Nulidad del matrimonio.

B).- Separación judicial o de hecho.

C).- Divorcio.

D).- Interpuesta demanda de nulidad, separación o divorcio.

E).- Reconciliación.

CAPÍTULO TERCERO.-

I.- CONCRECIÓN DE LA LEY REGULADORA DE LA SUCESION MORTIS CAUSA.

A).- Preámbulo.

B).- Legislación aplicable.

- C).- Adquisición y cambio de la vecindad civil.
- D).- Incidencia en los derechos legitimarios.
- E).- Normativa común europea.

II.- LA INTERPRETACIÓN DE LOS TESTAMENTOS ABIERTOS QUE ATRIBUYEN DERECHOS SUCESORIOS A LOS EXCÓNYUGES.

- A).- Problemática.
- B).- Criterios para la interpretación.
- C).- Conclusión.

CAPÍTULO CUARTO.-

ESTADO DE LA CUESTIÓN.

- A).- Preámbulo.
- B).- Desde el punto de vista legal.
 - a).- Derecho común.
 - b).- Derechos forales:
 - b.1.).- Aragón.
 - b.2.).- Cataluña.
 - c).- Derecho comparado.
- C).- Desde el punto de vista doctrinal.
 - a).- Interpretación integradora del testamento.
 - b).- Error del testador.
 - c).- Desaparición sobrevenida de la causa.
 - d).- Indignidad sucesoria del cónyuge.
- D).- Desde el punto de vista jurisprudencial.
 - a).- Tribunal Supremo.

b).- Audiencias Provinciales.

1.- Nulidad del matrimonio.

2.- Separación de hecho.

3.- Separación judicial.

4.- Divorcio.

5.- Interposición de la demanda de separación o divorcio.

c).- La Dirección General de los Registros y del Notariado.

CAPÍTULO QUINTO.-

CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA AL ENFRENTARSE A UNA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA.

A).-Fecha del fallecimiento.

B).- Nacionalidad y vecindad civil.

C).- Última y vigente voluntad.

D).- Circunstancias sobrevenidas.

E).- Examen de la disposición.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

REPERCUSIÓN DE LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO EN LA EFICACIA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS A FAVOR DEL CÓNYUGE VIUDO

INTRODUCCIÓN

A).- PRESENTACIÓN

Podemos definir una tesis doctoral como aquel trabajo de investigación que lleve a analizar, ampliar o profundizar en los conocimientos y teorías existentes y, al mismo tiempo, formular nuevas doctrinas sobre cualquier rama de la actividad humana, que permitan mejorar ésta.

Naturalmente en este concepto se comprenden los temas jurídicos, siempre de gran interés general, y hoy mucho más por las normas que de continuo aparecen, y por la variedad de interpretaciones que de ellas se hacen.

B).- OBJETO.

Todo trabajo de investigación debe tener una finalidad teórica y una correlativa aplicación práctica.

O sea, ha de inducir a una reflexión profunda sobre el tema objeto de estudio, provocando la crítica o su adhesión a anteriores opiniones fundamentadas y, ante todo, ha de servir para mejorar el servicio prestado, por los profesionales del Derecho en nuestro caso, a los ciudadanos y para solucionar los problemas que pueda plantear la aplicación de las normas jurídicas a determinadas situaciones de la vida diaria.

Por sus finalidades teóricas y prácticas, y personalizando en los temas del Derecho, la exposición de lo investigado y de las conclusiones requiere no sólo el empleo de un lenguaje técnico, sino que el autor se esfuerce por ofrecer un texto comprensible para el gran público y para los profanos en la materia, que posibilite su consulta rápida y aporte una respuesta contundente y satisfactoria al problema que se plantee.

Es preocupante la estadística suministrada por el Consejo General del Poder Judicial, según la cual el porcentaje de personas que han tenido relación con la Justicia y que han declarado que no han entendido bien ni lo que leyeron ni lo que escucharon se aproxima al ochenta y dos (82) por ciento.

La expresión técnica es evidentemente necesaria, pues el estudio debe dirigirse, por supuesto y en especial, a los operadores jurídicos, porque, como bien decía ROCA SASTRE en una conferencia pronunciada en 1943 en la Academia Matritense del Notariado ("Sobre la necesidad de diferenciar lo urbano y lo rural en el Derecho Sucesorio"), las sucesiones son la parte del Derecho menos estudiada, sobre todo en España en los territorios llamados de Derecho común, donde rige el Código Civil; o, como lamentaba Don Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ¹, una de las ramas peor conocidas del Derecho Civil -exceptuándose el gremio de los Notarios- es el Derecho sucesorio.

Y, por supuesto, debe dirigirse a los Juzgados y Notarías, que constituyen el espacio natural y genuino en el que se plantean, dilucidan y resuelven las controversias sucesorias².

C).- JUSTIFICACIÓN.

Este trabajo pretende estudiar una cuestión sobre la que el Código civil español y algunos Derechos forales, vigentes en nuestro país, ofrecen soluciones totalmente diferentes, e incluso antagónicas.

Nos referimos a la eficacia o ineficacia de las disposiciones otorgadas por los cónyuges en testamento abierto cuando, con posterioridad a la formalización de éste, tiene lugar una situación de crisis conyugal, ya sea motivada por la separación, judicial o de hecho, ya sea por el divorcio o por la declaración de nulidad del matrimonio, y, acaecido el fallecimiento del testador, permanece inalterada su última voluntad por olvido, dejadez, ignorancia o, lo que es peor, presunción errónea de que, extinguido el vínculo matrimonial, desaparecen también todas las relaciones jurídicas habidas entre ellos.

¹ De la Cámara Alvarez, Manuel. "Compendio de Derecho Sucesorio".- Advertencia preliminar, página 1.

² Ferrer Vanrell, María del Pilar; Lledó Yagüe, Francisco; y Torres Lana, José Ángel.- Prólogo en la Obra "El patrimonio sucesorio.- Reflexiones para un debate reformista". Tomo I.

CAPÍTULO PRIMERO

I.- ESTADO LEGISLATIVO ACTUAL, SUS DEFICIENCIAS Y NECESIDADES

A).- NORMA LEGAL EXPRESA.

Uno de los efectos fundamentales de la nulidad, separación o divorcio del matrimonio es la revocación, por ministerio de la ley, de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiere otorgado al otro (cfr. artículo 102.2º del Código civil).

B).- AUSENCIA DE NORMATIVA RESPECTO A LAS DISPOSICIONES EN TESTAMENTO.

En contraposición a lo anterior, no existe previsión legal para las disposiciones testamentarias, de lo que sí se hacen eco algunos de nuestros ordenamientos territoriales, como Aragón y Cataluña, y varios países de nuestro entorno, lo que se debe, en opinión de varios autores, al interesante movimiento de innovación y reforma en el Derecho civil acometido por los legisladores forales, a la experiencia y a la reflexión profunda, a su alto grado de técnica jurídica y, sobre todo, al proceso de actualización continua y adecuada a la realidad social que se observa en tales territorios, lo que suscita la pregunta de si muchas de las soluciones propugnadas por nuestros Derechos forales serían perfectamente extrapolables a toda España, como, por ejemplo, argumentó el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de octubre de 1992, a propósito de la innecesariedad de la intervención del albacea contador-partidor en la partición de las herencias de dos causantes en la que concurría el consentimiento unánime de todos los interesados en ambas sucesiones.

C).- PROYECTO FALLIDO DE CÓDIGO CIVIL GENERAL EN ESPAÑA.

Muy lejos quedan ya las esperanzas, apuntadas en las Conclusiones del Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Zaragoza entre los

días 3 a 9 de octubre de 1946, de llegar a la elaboración de un Código Civil general español que evitara la dispersión legislativa, que aglutinara las propuestas formuladas por los legisladores civiles y que evitara los conflictos de Derecho Interregional que en esta materia, inexplicablemente, tienen lugar.

Este Congreso, que fue promovido por el Consejo de Estudios del Derecho aragonés, tuvo por finalidad estudiar el fenómeno de la coexistencia en España de diferentes legislaciones civiles.

Entre sus Conclusiones, la PRIMERA proponía la redacción de un "Código General de Derecho Civil" que recogiera las instituciones del Derecho común, las de los Derechos territoriales o forales y las peculiares de algunas regiones, teniendo en cuenta su espíritu y su forma tradicional, su arraigo en la conciencia popular y las exigencias de la evolución jurídica y social.

Hoy en día, pasados casi setenta años desde su celebración, el distanciamiento entre el Código Civil y los Derechos Forales, sobre todo el aragonés y el catalán, es total y absoluto en materias tan importantes como la que es objeto del presente estudio.

D).- PROBLEMAS QUE SE SUSCITAN.

Es indudable, a la vista de lo antes expuesto, que el jurista que se enfrenta a este problema no tiene claro si la solución propugnada por los Derechos forales, entre los cuales también existen algunas diferencias como luego se verá, es más justa y más adecuada a la realidad social actual o, por el contrario, el Código civil es más coherente con los orígenes de nuestro Derecho y con nuestra tradición histórica, a la que, sin embargo, se puede tachar de anacrónica y anquilosada, dado que la legislación, en este aspecto concreto, ha sufrido escasa, por no decir inapreciable, modificación.

Pero la cuestión se convierte en un asunto más espinoso cuando la controversia surge entre los ciudadanos, que no entienden:

1º.- Por qué los aragoneses, catalanes o navarros, por ejemplo, tienen plena capacidad para legislar sobre esta materia en sus respectivos Parlamentos autonómicos, mientras que los andaluces, extremeños o madrileños tienen que someter el debate a las Cortes Generales en las que, por cierto, los foralistas ostentan los derechos de voz y voto.

2º.- Y por qué esta materia propia del Derecho de Familia, de gran sensibilidad para toda la población, se regula de diferente manera según las distintas regiones, lo que puede originar, como así está sucediendo, el trasvase de ciudadanos de unas Comunidades Autónomas a otras, no sólo por las ventajas fiscales y prebendas de las que algunas disfrutaban y que no son objeto de nuestro estudio, sino también porque ser vecino civil aragonés, catalán o navarro puede resolver el problema de una forma más conveniente para el madrileño, andaluz o extremeño.

Ello está motivando unos cambios de vecindad civil que incluso podrían estar rozando el fraude de ley; es una especie de "turismo jurídico", por el que se persigue el acogimiento a la legislación que mejor se adapta a la situación personal de cada individuo.

Es, además, preocupante que ese "turismo jurídico" pueda resolver, de forma interesada, problemas de difícil solución; piénsese, por poner un ejemplo, en el testador sujeto al Derecho civil común que, vigente su matrimonio, otorga testamento abierto en el que instituye único heredero a su cónyuge, del que luego se separa, judicialmente o de hecho, o se divorcia por causa de una incapacidad sobrevenida de aquél que imposibilita la convivencia y que le impide revocar la disposición testamentaria.

En este caso, el tutor designado judicialmente en la sentencia de incapacitación, y que incluso podría resultar beneficiado por la ineficacia del testamento y la consiguiente apertura de la sucesión intestada, tendría la tentación de proponer el cambio de vecindad civil del incapacitado a un territorio foral, con el que no tiene vínculo alguno pero cuya regulación le soluciona el problema, para que no surta efecto la institución de heredero ordenada por el futuro causante, con lo que se frustra la previsión sucesoria, quizá realmente querida por éste a pesar de la crisis matrimonial.

Esta diferencia de criterio, esta discrepancia abismal entre legislaciones españolas, no debe ser permitida por el legislador, puesto que es fuente continua de litigios y pleitos en unos ámbitos, como el familiar y el sucesorio, tan delicados y tan necesitados de tranquilidad y seguridad jurídica.

E).- LA DESJUDICIALIZACIÓN Y LA NECESIDAD DE NORMATIVA EXPRESA.

Es evidente la congestión que sufre nuestra Administración de Justicia y la preocupación que, desde todos los estratos sociales, se palpa acerca de su lógica lentitud y de su falta de medios.

Pero también es notoria la necesidad imperiosa, exigida por las principales asociaciones de juristas, de desjudicializar la vida española, sobre todo en temas tan importantes como son la familia y la sucesión por causa de muerte, en los que la sensibilidad está a flor de piel y la conflictividad se atisba en todo momento, debido, en parte, al debilitamiento de la autoridad de los padres, al alejamiento físico y afectivo entre los miembros de la familia y, en suma, al ataque inmisericorde que viene sufriendo en nuestro tiempo la institución familiar tradicional.

Un profesional del Derecho al que se le encargue la interpretación de una concreta disposición testamentaria para determinar el alcance de su eficacia o ineficacia, como cuestión previa a la formalización de la partición de la herencia de un fallecido en situación de crisis conyugal, no debería consentir que se acudiera al Juzgado para solucionar un problema de ámbito exclusivamente familiar (es bien sabida por todos la frase atribuida a DON JOAQUÍN COSTA, "Notaría abierta, Juzgado cerrado"), por muy encontradas que sean las posturas de los distintos interesados en la sucesión.

El Derecho español debe ofrecer respuestas claras, contundentes e igualitarias para todos los ciudadanos, a fin de eludir los obstáculos que puedan surgir en el reparto y adjudicación de los bienes hereditarios, sin que tal solución se haga depender de una circunstancia susceptible de cambios como es la vecindad civil del causante.

Debemos evitar, en la medida de lo posible, acudir a la Administración de Justicia para solucionar un asunto familiar y sucesorio, con lo que lograremos erradicar, siquiera en parte, la gravísima situación por la que atraviesan nuestros Tribunales y, sobre todo, conseguiremos establecer como principio básico en nuestro Ordenamiento Jurídico el de la desjudicialización, fundamentalmente en dos ramas del Derecho tan precisadas de respeto e intimidad, como son el Derecho de Familia y el de Sucesiones.

Para alcanzar esta loable finalidad, el legislador debe decidir si los avatares del matrimonio tienen incidencia, o no la tienen en absoluto, en la eficacia de las disposiciones testamentarias otorgadas por los cónyuges y motivadas, en la mayor parte de los casos, por la existencia de un vínculo

afectivo que desaparece por completo en las situaciones de crisis de la pareja.

Pero, sobre todo, debe decidir, como cuestión de política legislativa, si ha de prevalecer el principio del "favor testamenti" o de conservación de los testamentos, proveniente del Derecho Romano del que bebieron todos nuestros Ordenamientos históricos, o, por el contrario, la ruptura del vínculo conyugal tiene, entre sus efectos automáticos, el de considerar ineficaz la última voluntad de alguno de los que, en su día, fueron esposos.

No se trata de una cuestión baladí, puesto que, además, está provocando un debate de candente actualidad, no sólo porque algún sector de la doctrina pretende exportar la solución propugnada por otros Derechos, por todos el BGB alemán, a nuestro Ordenamiento Jurídico, sino también porque algunas encuestas realizadas a los operadores jurídicos, como la de la Asociación de Profesores de Derecho Civil en 2006 o la efectuada a todos los Notarios de España con motivo de la celebración de los ciento cincuenta años de la promulgación de la Ley Orgánica del Notariado (1862), dan unos resultados abrumadores, manifestándose una amplia mayoría (en torno al 77 por ciento) a favor de que se introduzcan, en el ámbito del Derecho Civil común, normas e instituciones ya acogidas en diversas legislaciones forales y que se declare, por Ley, que quedarán sin efecto las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge si, en el momento de la apertura de la sucesión, éste ha dejado de serlo.

Confluyen aquí, se entrecruzan, principios del Derecho de Familia con aspectos básicos del Derecho de Sucesiones, que provocan, en ocasiones, sobre todo en la mal llamada "jurisprudencia menor", decisiones contradictorias entre sí.

No obstante, en su descargo, conviene señalar que tal contradicción puede venir motivada por la ingente casuística que existe en esta materia, no sólo por los actores que intervienen en la función con muy distinta situación personal (separados, judicialmente o de hecho, divorciados, cónyuges cuyo matrimonio haya sido declarado nulo), sino también por el diferente contenido de las disposiciones testamentarias que han sido objeto de discusión en nuestros Tribunales.

Los efectos y las consecuencias que originan las crisis matrimoniales en los miembros de la pareja enlazan con la necesidad de determinar, con absoluta claridad, los derechos mortis causa que, en su caso, deban ser atribuidos al cónyuge sobreviviente y que chocan frontalmente con el mencio-

nado principio, básico de nuestro Derecho de sucesiones, como es el de conservación de las disposiciones testamentarias.

El legislador debe decidir, insistimos, si da preferencia a la ruptura del vínculo conyugal o, por el contrario, ha de prevalecer este principio, emanado del Derecho Romano, del "favor testamenti".

O, en otras palabras, ¿cómo afectan a una disposición testamentaria las vicisitudes por las que atraviesa cualquier matrimonio? ¿Debe darse el mismo tratamiento jurídico a una separación judicial que a una mera separación de hecho? ¿Son iguales los efectos que origina el divorcio de los cónyuges que los que provoca la ruptura de una pareja de hecho?

Pero, sobre todo, ¿tienen la separación, judicial o de hecho, el divorcio o la nulidad del matrimonio un efecto tan devastador como es el de declarar ineficaz, siquiera parcialmente, un testamento?

F).- RESUMEN.

Este trabajo trata de contestar a los anteriores interrogantes y, en definitiva, ofrecer algo de luz a una materia que, lejos de ser un caso raro de laboratorio, se presenta con relativa frecuencia en los despachos de los distintos operadores jurídicos y en nuestros Juzgados, como se comprobará a lo largo de la exposición, y que merece un estudio sosegado y práctico que delimite las líneas básicas a tener en cuenta para su correcta resolución, sin que influyan en la misma los avatares del matrimonio ni las circunstancias del caso concreto.

II.- LA LIBERTAD DE DISPONER INCLUSO DESPUÉS DE LA MUERTE

A).- FACULTAD DE DISPONER.

Todos los Derechos, en general, han venido a reconocer a las personas físicas la facultad de disponer de sus bienes para después de su muerte.

Como decía GROCIO, la posibilidad de hacer testamento es una consecuencia del derecho de propiedad: si todo propietario puede disponer de sus bienes durante toda su vida, el Derecho debe permitirle disponer de ellos también para después de su muerte.

Sin embargo, esta facultad ha sido objeto de numerosos vaivenes a lo largo de la historia, que dieron lugar a la instauración de una figura jurídica limitadora de tal libertad, como es la legítima.

Como quiera que todo individuo puede regir en vida su persona y sus bienes en la forma que tenga por conveniente, en aplicación del consagrado principio de autonomía de la voluntad, es lógico que el Derecho también extienda esa facultad de disponer al momento en que el titular ya haya fallecido.

Así, el artículo 33.1 de la Constitución Española reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia; es decir, lo que garantiza este precepto es la libertad de disponer que tiene todo propietario para después de su fallecimiento o, como decía DELGADO ECHEVERRÍA³, el poder de disponer que tiene el propietario respecto de su propiedad; esto es, los bienes de propiedad privada seguirán siendo de propiedad privada cuando fallezca el actual propietario.

B).- DOCUMENTO FORMAL DE LA DISPOSICIÓN.

El vehículo formal adecuado para esta disposición mortis causa es el testamento que, como dice el artículo 667 del Código Civil, es "el acto por

³ Delgado Echevarría, Jesús.- Ponencia presentada en el XI Congreso Notarial Español, celebrado en la Isla de la Toja, 5 a 7 de junio de 2011.

el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos".

Pero esta definición es claramente incompleta, puesto que el testamento, si bien es cierto que es un negocio dispositivo de bienes, puede contener también disposiciones de carácter no patrimonial.

Pensemos, por ejemplo, en el reconocimiento de una filiación (al respecto, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de diciembre de 1964, admitió la validez y la eficacia de un testamento que sólo contenía el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, sin hacerse disposición alguna de bienes, ni ninguna otra mortis causa), el nombramiento de tutores a los hijos, la designación de un sucesor en un título nobiliario (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 julio 2009, que veremos después) o el consentimiento del esposo para que su material reproductor pueda ser utilizado, dentro de los doce meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su cónyuge, produciendo tal generación todos los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial (cfr. artículo 9.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida).

Es decir, es admisible un testamento que sólo contenga disposiciones de carácter no patrimonial e incluso que solamente establezca la revocación de cualesquiera otros testamentos anteriores, porque es una forma de apertura de la sucesión intestada.

Así lo dice expresamente el artículo 422-9.5 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña (en adelante, Código Civil catalán), relativo a las Sucesiones, según el cual "El testamento meramente revocatorio determina que la sucesión se defiera de acuerdo con las normas de la sucesión intestada".

En estos supuestos de falta de testamento, bien porque la persona no haya querido, por abandono o dejadez, bien porque no haya podido, como consecuencia de su incapacidad física o psíquica, bien porque aun formalizado el testamento éste se ha anulado con posterioridad, la Ley actúa mediante la regulación de la sucesión mortis causa (intestada o abintestato).

C).- LIMITACIONES: RÉGIMEN DE LEGÍTIMAS.

En todo caso, la facultad de disponer por causa de muerte no es absoluta en el Derecho Común español, sino que está sujeta a importantes limi-

taciones derivadas de la aplicación del régimen de legítimas, puesto que, como dice el artículo 763 del Código civil, el que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquier persona que tenga capacidad para adquirirlos.

Sin embargo, el que tenga herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones establecidas en cuanto a la legítima que, recordemos, es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos (artículo 806 del Código Civil).

D).- EFECTOS SOCIALES DE LOS DERECHOS LEGITIMARIOS RESPECTO A LA LIBERTAD DE DISPONER POR TESTAMENTO.

El sistema de legítimas en nuestro Derecho común ha sido, y sigue siéndolo, criticado por la doctrina y, sobre todo, por los ciudadanos que acuden a una Notaría para formalizar su testamento, sin duda uno de los actos del ser humano en los que en mayor medida se manifiesta el ejercicio de su libertad privada de actuación (CALATAYUD SIERRA⁴), y son informados de este freno a la autonomía de la voluntad; no se comprende cómo el principio de libertad civil, tan presente en nuestra vida diaria, se ve coartado por una norma de difícil entendimiento, pero de hondo arraigo histórico.

La comprensión decrece aún más cuando se observa que, en algunas partes del territorio nacional como, por ejemplo, en Navarra o en el ámbito de aplicación del Fuero de Ayala, que comprende todo el término de los municipios de Ayala, Amurrio y Okondo y en los poblados de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti, del municipio de Artziniega, la libertad de testar es casi plena, con lo que también se hace difícilmente explicable el agravio comparativo entre regiones.

Pero la desilusión todavía se hace más patente cuando descubren que el sobreviviente, viudo o viuda, no tendrá plena autonomía respecto de sus hijos, sino que necesitará contar con ellos, y de forma unánime, para actos tales como vender un inmueble u obtener un préstamo, necesario para su

⁴ Calatayud Sierra, Adolfo. Artículo publicado en El Heraldo de Aragón, el 22 de enero de 2011.

cómoda subsistencia, en garantía del cual deba constituirse hipoteca sobre algún bien relicto.

La desilusión es aún mayor cuando se informan de la existencia de instituciones del Derecho foral, como el pacto al más viviente aragonés o el pacto de sobrevivencia catalán, que permiten que, en caso de muerte de uno de los cónyuges, el otro se adjudique la parte del premuerto en un inmueble y, de cotitular, se convierta en único titular.

Porque, seamos justos, la mayoría de los matrimonios que acuden a los despachos notariales con la intención de formalizar su testamento tienen una preocupación común: la de proteger lo más posible al que de ellos sobreviva, incluso aunque entre sus hijos exista un discapacitado, pues saben que el sobreviviente seguirá cuidando de éste hasta el fin de sus días; y, en multitud de ocasiones, no alcanzan la tranquilidad que el Derecho debería prestarles, pues temen que la intransigencia evidente y el egoísmo manifestado por alguno o algunos de sus hijos durante su vida provoquen la disputa o incluso la ruptura entre los miembros de su familia.

Estos temores, acentuados por el debilitamiento actual de la autoridad de los progenitores y la existencia hoy en día de situaciones familiares ciertamente complejas, como las originadas por segundos o incluso terceros matrimonios, hijos de distintas relaciones o parientes políticos de dudosa confianza, deben ser claramente resueltos por el Ordenamiento Jurídico, empleando para ello todos los medios a su alcance.

E).- REVISIÓN DE LA LEGÍTIMA Y, POR ENDE, DE LA LIBERTAD DE TESTAR.

En todo caso, en nuestra opinión, el interesante debate planteado en la doctrina sobre la necesidad de revisión de la institución de la legítima y la ampliación consiguiente de la libertad de testar debe desplazarse hacia soluciones basadas en las disposiciones legales actualmente vigentes, porque de poco le sirve al testador conocer las tendencias legislativas sobre la libertad de disponer para después de la muerte y la previsión de una reforma profunda en nuestro Derecho de Sucesiones si ello no le proporciona una mayor tranquilidad.

Necesita que el operador jurídico, al que acude con la intención de preparar su sucesión, le ofrezca un abanico de posibilidades, todas ellas encaminadas a lograr la paz en su círculo familiar y a obtener un mejor desen-

volvimiento de su patrimonio que permita una cómoda subsistencia al cónyuge sobreviviente.

Es decir, la legítima es un instituto presente en nuestro Derecho y sin visos de pronta desaparición, con lo que, a pesar de las críticas que recibe, debe tenerse siempre en cuenta a la hora de proceder al reparto y a la distribución de un caudal hereditario.

Pero, sin perjuicio de su existencia y de su imprescindible aplicación a toda herencia en la que concurren herederos forzosos, lo cierto es que nuestro Derecho dispone de mecanismos muy interesantes para paliar las consecuencias que origine su imposición y eludir la regla general de la unanimidad en toda partición hereditaria.

El propio Código Civil, en su artículo 841, permite que el testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, pueda adjudicar todos los bienes hereditarios, o parte de ellos, a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.

Es decir, con apoyo en este precepto, la legítima podría ser configurada como “pars valoris” y admitir el pago incluso con peculio extrahereditario; propuesta aprobada por el ochenta y ocho (88) por ciento de los Notarios que respondieron a la encuesta de la que hablábamos en la Introducción.

No obstante, esta posibilidad requiere la confirmación expresa de todos los hijos o descendientes en la partición o, en caso contrario, la aprobación judicial (cfr. artículo 843 del Código Civil).

Precisamente en el momento actual se observa una tendencia inequívoca hacia una mayor ampliación de la libertad de testar, no sólo en nuestros Derechos forales, sino también, y sobre todo, en el Derecho comparado, puesto que, entre otros argumentos, no se comprende cómo durante nuestra vida el principio de libertad para disponer es omnímodo y, sin embargo, tras nuestro fallecimiento, ese principio se ve sujeto a ciertas limitaciones.

F).- INEXISTENCIA DE ABSOLUTA LIBERTAD EN EL DERECHO COMPARADO.

No obstante, a pesar de tales tendencias, no existe entre los países de nuestro entorno ningún Ordenamiento Jurídico que contemple la absoluta libertad de testar, porque o bien reconocen a los parientes más cercanos el derecho a una porción determinada de la herencia (Francia, Italia o Portugal), o bien prevén la existencia de un derecho de crédito de ciertos parientes contra los herederos (Alemania o Austria).

Incluso en los países anglosajones no existe total libertad de testar, porque permiten a ciertos parientes y al cónyuge viudo el derecho a la obtención de alimentos, sea cual fuere la disposición ordenada por el testador; sistema éste seguido incluso por algunos ordenamientos latinoamericanos, como el mejicano, que adopta el sistema de libertad de testar, pero obliga al otorgante del testamento a dejar una pensión alimenticia al cónyuge viudo, a determinados parientes consanguíneos en línea recta e incluso a la pareja de hecho.

G).- VIGENCIA DE LOS DERECHOS LEGITIMARIOS.

En todo caso, reiteramos, la legítima, en sus múltiples variantes, existe y debe ser respetada, pues, en caso contrario, la herencia podría ser objeto de impugnación y provocar un procedimiento judicial abocado a la ruptura de la familia.

Y qué duda cabe que no sólo son herederos forzosos los hijos o descendientes, sino también el cónyuge viudo en la forma y medida que establece el Código Civil (artículo 807.3º).

Esta legítima del cónyuge viudo tiene lugar tanto en la sucesión testada como en la intestada y, en ambas sucesiones, se rige por lo dispuesto en los artículos 834 y siguientes del Código civil; si no fuere así, si no fuere aplicable en las dos sucesiones, sería tan simple como que el causante no otorgase testamento para conseguir que su consorte fuere excluido de la legítima vidual (en nuestro Derecho civil común, el usufructo del tercio de mejora).

Por ello, en numerosas ocasiones, los hijos de algún fallecido que haya pasado por una situación de crisis matrimonial y que acuden a los despachos notariales, para formalizar su partición de herencia, se sorprenden

cuando se les advierte de los posibles derechos sucesorios que conserva el cónyuge sobreviviente.

Pero la sorpresa es definitiva cuando los mismos interesados en la sucesión, a la vista del último testamento vigente formalizado por el finado, contemplan la necesidad de que intervenga en la herencia un actor con el que no contaban y con el que, en la mayor parte de las veces, no guardan siquiera relación alguna de parentesco.

H).- UN CASO PRÁCTICO.

El análisis de un hecho concreto nos ayudará a comprender esta problemática:

Un señor catalán se casa con una señora andaluza, con la que tiene dos hijos. Durante su matrimonio los cónyuges compran un piso en Sevilla, que se inscribe en el Registro de la Propiedad con carácter ganancial.

El mismo día de la compra formalizan ante Notario sus testamentos, en los que, después de confirmarse recíprocamente la cuota legal usufructuaria, se legan, además, el pleno dominio del tercio de libre disposición e instituyen herederos, por partes iguales, a sus mencionados hijos.

Años después se divorcian, sin que procedan a liquidar la sociedad de gananciales.

El esposo contrae segundas nupcias con una extremeña, no tiene más sucesión y muere bajo el único testamento abierto ya reseñado.

Está claro que la primera esposa tiene que intervenir en la liquidación de la sociedad de gananciales, pero ¿tiene derechos hereditarios? Recuerdese que se le legó expresamente el tercio de libre disposición. ¿Debe considerarse ineficaz este legado a su favor? ¿Y en cuanto a la segunda esposa? Como quiera que no está nombrada en el testamento, ¿no tendría derecho a nada?

La respuesta es muy diferente en función de la vecindad civil del finado:

Al ser vecino catalán, le es de aplicación el artículo 422.13 del Código Civil catalán, que declara la ineficacia de la disposición testamentaria ordenada a favor de la primera esposa.

Pero si, en vez de catalán, se tratase de una persona sujeta al Derecho civil común, no se entiende revocada la disposición testamentaria ni, por supuesto, ineficaz la atribución sucesoria ordenada a favor de la primera esposa, por lo que debe respetarse el legado del tercio libre establecido por el testador, mientras que la segunda esposa tendrá derecho únicamente a la cuota legal usufructuaria, previa la oportuna acta notarial de notoriedad (no de declaración de herederos abintestato, puesto que murió con testamento), con lo que se producirá un interesante caso de compatibilidad entre la sucesión testada y la intestada y la aplicación del principio del "favor testamenti".

I).- COMPATIBILIDAD ENTRE SUCESIONES TESTADA E INTESTADA.

Recuérdese que al contrario de lo que establecía el Derecho Romano, según el cual "nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest", el Ordenamiento de Alcalá introdujo en nuestro Derecho la máxima de que son perfectamente compatibles las sucesiones testada e intestada y es posible que una partición de herencia se rija en parte por las disposiciones testamentarias y en parte por las normas relativas a la sucesión intestada, como expresamente reconoce el artículo 658.1 del Código Civil, según el cual "Podrá también deferirse (la sucesión) en una parte por voluntad del hombre y en otra por disposición de la Ley".

Así lo expresan también:

-El artículo 764 del Código Civil, en virtud del cual "El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar. En estos casos, se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos".

-Y el número 2º del artículo 912 del Código Civil, que dispone que la sucesión intestada tiene lugar "cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso, la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto".

La expresión “sucesión legítima” utilizada por este último precepto se considera equívoca, pues puede inducirnos a confundir la sucesión intestada con la legitimaria.

Como dice RIVAS MARTÍNEZ⁵, es preferible usar las palabras “sucesión intestada”, por su clara e indudable significación, para aquellos supuestos en que no existe testamento que rijan la sucesión, y dejar los vocablos “sucesión legítima” para referirnos a los derechos de los legitimarios o herederos forzosos que enumera el mencionado artículo 807 del Código Civil.

Volviendo al caso planteado, vemos, pues, que la legítima de la primera viuda, consistente como cuota legal en el usufructo del tercio de mejora, ha decaído como consecuencia del divorcio del matrimonio, pero la atribución sucesoria voluntaria, referida al legado del tercio de libre disposición, debe ser respetada y mantenida, porque fue la voluntad del testador, que, como veremos a lo largo de nuestro estudio, es la ley suprema de la sucesión.

Es decir, debemos distinguir aquellas atribuciones sucesorias determinadas por la Ley de aquellas otras que hayan sido voluntariamente establecidas por el causante, porque, naturalmente, el régimen jurídico de ambas es distinto.

J).- CONCLUSIÓN.

En resumen, nuestras leyes atribuyen a las personas físicas la facultad de disponer de sus bienes no sólo durante toda su existencia, sino también para después de su muerte.

Esta facultad, clara manifestación del principio de libertad civil, se ejercita mediante la formalización de un testamento, al que la Ley reviste de importantes formalidades dada su trascendencia y al que le confiere el valor de norma reguladora de la sucesión por causa de muerte, pues, como ha declarado el Tribunal Supremo en numerosas Sentencias, la voluntad del testador es ley en materia de sucesiones testamentarias y, como tal, debe

⁵ Rivas Martínez, Juan José.- “Derecho de Sucesiones. Común y Foral”.- Página 456.

respetarse y cumplirse por los hijos y herederos mientras no se oponga a las prescripciones de la moral o del Derecho.

Don Felipe CLEMENTE DE DIEGO, en sus nunca suficientemente ensalzados Dictámenes Jurídicos, consideraba que la jurisprudencia no podía desconocer ni dejar de consagrar un concepto que bien merece la consideración del principio fundamental de nuestro Derecho, de aquellos que constituyen la clave y la trama de nuestro sistema jurídico⁶.

⁶ Clemente de Diego, Felipe.- “Dictámenes Jurídicos”.- Tomo III.- Dictamen 7.- Página 140.

III.- CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERES DEL TESTAMENTO

A).- *CONCEPTO.*

Es clásico el fundamento de la sucesión testada, esbozado por el autor italiano CIMBALI, según el cual en la formación de la propiedad intervienen tres factores:

- 1.- La actividad individual;
- 2.- La colaboración de la familia; y
- 3.- La tutela del Estado.

Cuando, por muerte del titular, se resuelve el complejo derecho de propiedad, cada uno de estos tres factores debe obtener su parte:

- El individuo, mediante el respeto de su disposición testamentaria;
- La familia, mediante la institución de la legítima;
- Y el Estado, por medio del Impuesto sobre Sucesiones.

Como bien decía RUGGIERO, no hay ningún otro acto jurídico que aventaje al testamento en la importancia de los efectos que está destinado a producir, en la solemnidad de las formas que lo acompañan ni en el particular cuidado con que la Ley atiende a cumplir la suprema voluntad del testador.

El Digesto romano, en su Libro XXVIII, fragmento 1º, título I, recogía la definición atribuida a MODESTINO, según el cual el testamento es el acto por el cual el hombre manifiesta su última voluntad para que ésta sea cumplida después de su muerte ("Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit").

El Proyecto de Código civil español de 1851 definía el testamento como el acto solemne y esencialmente revocable, por el cual el hombre dispone de todo o parte de sus bienes para después de su muerte en favor de una o de más personas; definición que, en versión más reducida, pasó al vigente y ya reseñado artículo 667 de nuestro Código civil; precepto que, tras su publicación, fue objeto de una crítica negativa generalizada.

Se decía de él que era una definición totalmente inexacta, porque atribuye al testamento un sentido exclusivamente patrimonial; incompleta, puesto que omite la mención de los caracteres esenciales del testamento; e inútil, ya que del mismo no resulta provecho ni aplicación práctica alguna.

Hoy en día, la doctrina es más benévola con el artículo 667, puesto que, se argumenta, los caracteres del testamento no incluidos en su definición resultan reconocidos en otros preceptos y porque las disposiciones de carácter personal y familiar pueden también ser objeto del testamento, tal y como se autoriza en otros lugares del propio Código.

Además, como justificación de este concepto legal, podemos decir que el artículo 667 está inspirado en la idea romanista del testamento, que lo concebía como un acto dispositivo de tipo patrimonial y que lo declaraba inválido si no contenía institución de heredero.

En la actualidad, sin embargo, su contenido ha experimentado grandes y sensibles modificaciones, porque, conforme al citado artículo 764 del mismo Cuerpo legal, el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero o ésta no comprenda la totalidad de los bienes.

Entre los conceptos que la doctrina formula del testamento, destacamos el de MUCIUS SCAEVOLA, que lo define como un acto espontáneo, personal, solemne y revocable, por virtud del cual una persona, según su arbitrio y los preceptos de la Ley, dispone, para después de su muerte, tanto de su fortuna como de todo aquello que, en la esfera social en que vive, puede y debe ordenar en pro de sus creencias y de las personas que a él estén unidas por cualquier lazo de intereses.

B).- NATURALEZA.

Respecto a su naturaleza jurídica, se han formulado diversas posturas, que lo han considerado bien un contrato una vez que es aceptado por los sucesores, bien un proyecto de enajenación que se hará realidad tras el fallecimiento del testador, bien un negocio jurídico.

La calificación del testamento como acto, como contrato o como negocio jurídico es de vital importancia, porque, a la hora de declarar su posible ineficacia, las reglas de aplicación son muy diferentes en razón de la naturaleza jurídica que se le asigne.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN consideran que el testamento es un negocio jurídico, toda vez que está formado por una declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos; o, dicho de otro modo, es un precepto de autonomía privada dirigido a la reglamentación de una determinada situación jurídica. El testamento es la ley de la sucesión; sucesión ésta que, según el artículo 609 del Código Civil, es uno de los modos de adquirir la propiedad y los demás derechos sobre los bienes.

Pero, además, es un negocio jurídico mortis causa, puesto que está llamado a regular una situación jurídica que sólo tendrá lugar a la muerte del testador.

Por ello, una vez otorgado el testamento, debemos distinguir dos períodos totalmente diferenciados:

1º.- Desde el momento de su otorgamiento hasta el fallecimiento de su autor, el testamento es un negocio jurídico perfecto en cuanto al sujeto creador del mismo y a ese tiempo habrá que estar para comprobar los requisitos de validez y para interpretar la voluntad del testador; pero en esta fase, el testamento carece de relevancia externa. Es decir, frente a su autor tiene plena virtualidad, mientras que para los demás sólo es relevante con la muerte del testador.

2º.- Una vez fallecido el autor, el testamento adquiere carácter definitivo y produce plenos efectos; es en ese momento cuando se procederá a apreciar la existencia y capacidad de los llamados, a verificar la licitud del contenido testamentario y a comprobar el cumplimiento de los requisitos necesarios para su plena validez y eficacia.

En resumen, el testamento es perfecto desde el momento de su formalización, si bien tiene una eficacia diferida al momento de la muerte del testador.

JORDANO BAREA decía que el evento "muerte" actúa como condición para la perfección y relevancia jurídica externa del acto testamentario; es algo más que un simple requisito legal de eficacia y algo menos que un elemento constitutivo del negocio.

En definitiva, el testamento es aquella declaración de voluntad, por la que un particular se propone conseguir un resultado que el Derecho estima digno de una tutela especial, sea en base sólo a dicha declaración, sea completado con otros hechos o actos.

Y siguiendo al Profesor DE CASTRO Y BRAVO⁷, se trata de un negocio jurídico en el que se atiende, de forma preferente, al poder dispositivo del declarante y en el que se permite ampliamente la búsqueda o la investigación de la probable o hipotética voluntad del declarante, a lo que nosotros añadimos que siempre y cuando lo manifestado carezca de la claridad necesaria, porque, como decía el Derecho Romano, "in claris non fit interpretatio".

Esto es, el testamento es un acto por el cual se dispone, que no produce efectos hasta después de la muerte del testador y que tiene por objeto primordial la disposición de bienes, aunque nada impide que también contenga otras determinaciones de tipo personal y familiar.

El Tribunal Supremo, en importante Sentencia de 8 de julio de 1940, considera que, tanto de la declaración general del artículo 658.1 del Código civil ("La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento") como de la definición consignada en el artículo 667, se infiere que el testamento es un acto o negocio jurídico, que tiene como elemento esencial una declaración de voluntad, sujeta a todas las reglas generales concernientes a las manifestaciones de voluntad con efectos jurídicos.

Ello exige y presupone una voluntad expresada en forma suficientemente inteligible, a lo que debemos añadir, y reiterar, que si la voluntad del testador es meridianamente clara, sin que suscite duda alguna la intención plasmada en el documento, no hay resquicio para que se lleve a cabo la interpretación, ya sea por medios intrínsecos o extrínsecos o incluso integradores, puesto que podría darse el caso de una verdadera suplantación de la voluntad testamentaria, que desembocaría en el efecto no deseado de anular lo realmente querido por el causante.

El problema se suscita si entre la formalización del testamento y la muerte del testador, o incluso con posterioridad a su fallecimiento, han sobrevenido nuevas circunstancias, no tenidas en cuenta en su redacción, y que puedan considerarse como un auténtico cambio en la voluntad del testador.

Entendemos, con RODRÍGUEZ GUITIÁN⁸, que estas circunstancias novedosas, acaecidas entre la fecha del testamento y la de defun-

⁷ De Castro y Bravo, Federico.- "El negocio jurídico".- Página 51.

⁸ Rodríguez Guitián, Alma María.- Anuario de Derecho Civil, número 52.- 1999.- Página 1277.

ción, sólo tendrán relevancia jurídica para la eficacia de éste si se dan dos condiciones:

1ª.- Que haya una prueba extrínseca del cambio de voluntad.

2ª.- Y que este cambio de voluntad sea conciliable con su tenor literal.

Por el contrario, las circunstancias que sobrevengan tras la muerte del otorgante no deberían tenerse en cuenta, porque pensar en la voluntad real del testador, por unos hechos posteriores a su muerte, es caer en el absurdo, como reconocía el propio Tribunal Supremo, en importante Sentencia de 29 de diciembre de 1997, a la que luego nos referiremos.

C).- CARACTERES.

a).- PRINCIPIOS BÁSICOS.

Entre los caracteres del testamento en el Derecho Civil común, se encuentran los siguientes:

1º.- Es un acto individual y unilateral; no admite el artículo 669 del Código Civil que puedan testar en un mismo documento dos o más personas; es decir, no se admite el llamado testamento mancomunado, que, no obstante, es perfectamente válido en Aragón, en Galicia y en Navarra, en cuyo ámbito de aplicación recibe el nombre de testamento de hermandad.

2º.- Es personalísimo; según el artículo 670 del Código Civil, no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero ni hacerse por medio de comisario o mandatario; tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente.

No obstante, el artículo 671 del Código Civil permite al testador encomendar a un tercero la distribución de las sumas que deje a clases determinadas, tales como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a que aquéllas deban aplicarse.

3º.- Es un acto formal y solemne, puesto que, para su validez y dada la trascendencia de su contenido, debe cumplir una serie de formalidades muy rigurosas y estrictas. Así, dice el artículo 687 del Código civil que "Se-

rá nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo".

4°.- Pero, sobre todo, es esencialmente revocable, ya que el testador puede provocar su ineficacia en cualquier momento; esto es, una vez debidamente revocado, no desplegará sus consecuencias naturales, dejará de ser eficaz o, en términos jurídicos, carecerá por completo de efectos.

b).- ESTUDIO SOBRE LA REVOCABILIDAD:

1.- Generalidades.

El artículo 737 del Código civil comienza diciendo, en su primer párrafo, que "Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas".

Obsérvese que el precepto habla de "disposiciones testamentarias", no del testamento, lo que nos induce a pensar que estamos ante una clara manifestación del principio, básico en esta materia, del "favor testamenti" o de conservación del mismo; esto es, podrá revocarse una disposición testamentaria, pero ello no supone la revocación del testamento en su totalidad. Es posible, pues, una revocación total o una meramente parcial.

Además, es irrelevante cualquier declaración, por parte del testador, por la que renuncie a la facultad de revocar la disposición testamentaria; no se admite en nuestro Derecho que una persona emita una declaración de voluntad de no revocar, puesto que la Ley intenta asegurar que el testamento contenga la última voluntad del futuro causante y evitar que éste quede condicionado por tal manifestación.

Se trata de proteger la libertad de disponer para después de la muerte que tiene toda persona, sobre todo cuando se llega a una cierta edad, en la que se precisan cuidados especiales, por lo que el Derecho considera conveniente que siempre, en todo momento, se pueda ejercitar esta facultad de disponer, incluso en los últimos instantes de nuestra vida.

Este principio de revocabilidad de las disposiciones testamentarias proviene del Derecho Romano, según el cual "voluntas hominum deambulatoria est usque ad vitae supremum exitum" (La voluntad del hombre es cambiante hasta el final de su vida); principio formulado por ULPIANO en el Digesto y que pasó a nuestras Partidas ("Todo hombre puede modificar

su testamento y hacer otro hasta el día de su muerte"), según las cuales la voluntad del hombre es de tal naturaleza que cambia de muchas maneras, por lo que ningún hombre puede hacer un testamento tan firme que no lo pueda después cambiar, cuando quisiere, hasta el día de su muerte; solamente debe recordar que, si quisiere cambiarlo, debe hacer otro, el cual incluso puede ser complementario, meramente accesorio, del primero, siempre que aparezca la voluntad del testador de conservar la eficacia del testamento anterior.

Esta doctrina de compatibilidad de dos testamentos ha sido admitida por el Tribunal Supremo, en Sentencias de 1 de febrero de 1988, 7 de mayo de 1990 y 14 de mayo de 1996 (que luego citaremos a propósito de la designación de sucesor a un título nobiliario), así como por la propia Dirección General de los Registros y del Notariado; por ejemplo, en las Resoluciones de 18 de junio de 1947 y 18 de diciembre de 1951, a la que más adelante nos referiremos.

La voluntad del testador, mientras vive, es cambiante, es eventual.

El Derecho vela por que el destino de los bienes de una persona fallecida se rija por su última voluntad, que será aquella que conste en el último testamento válidamente otorgado; por ello, se permite que, durante toda nuestra vida, podamos revocar o modificar el testamento, dado su carácter unilateral y su producción de efectos tras la muerte, siempre, naturalmente, que se cumplan todas las solemnidades necesarias para testar (artículo 738 Código civil).

Incluso, como ya se apuntó, la Ley admite el llamado testamento puramente revocatorio del anterior o de los anteriores, porque supone una forma de apertura de la sucesión intestada, conforme a lo previsto en el artículo 912.1º del Código civil (como si uno muriese sin testamento); se considera que contiene como última voluntad del testador la de que le sucedan sus herederos abintestato.

Dicha manifestación es una manera de disponer en favor de los llamados a suceder por Ley (ver Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1914 y 8 de julio de 1940 ya mencionada).

A diferencia del Código Civil, que no recoge una disposición semejante, reiteramos que el artículo 422-9.5 del Código Civil catalán dice, de forma clara y literal, que: "El testamento meramente revocatorio determina que la sucesión se defiera de acuerdo con las normas de la sucesión intestada".

Con esto queremos insistir en que es posible revocar el testamento hasta el último instante de la vida, aunque sea de una manera tan simple como la de señalar que "Se revoca cualquier disposición testamentaria otorgada con anterioridad". Esta sola frase, reseñada en un testamento abierto notarial, sería suficiente para entender que estamos en presencia de un acto dispositivo de bienes a favor de los herederos abintestato.

En suma, el testador puede revocar su testamento hasta que llegue su último aliento; lo que no puede, naturalmente, es impugnarlo por considerar que el testamento está afectado por vicios de la voluntad.

Pero, ¿qué ocurre si, una vez otorgado el testamento, el autor del mismo es incapacitado judicialmente? ¿Podría ejercitar el tutor designado por el Juez acción de impugnación?

La respuesta nos la proporciona la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1903, en la que se alega que, como quiera que las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables y están ordenadas para después de la muerte del testador, no pueden producir efecto alguno hasta que acaezca el fallecimiento; y, por tanto, durante la vida del testador nadie está legitimado para impugnar la eficacia del testamento mediante una acción de carácter civil, puesto que tales disposiciones no pueden provocar ningún perjuicio para el otorgante.

Y concluye que no es posible atribuir al tutor acciones que el propio incapacitado no puede por sí ejecutar, ni siquiera durante su estado de capacidad, porque no existe fundamento legal alguno para asignar al tutor mayores facultades que las que tendría el propio interesado.

Más recientemente, el propio Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de marzo de 2010, en un caso similar, considera que el tutor debe actuar siempre en beneficio e interés de su representado y que la acción de impugnación del testamento, encaminada a declarar su nulidad, no se realiza en interés del incapacitado, sino en beneficio de sus sucesores.

Tuvieron cierta importancia, desde su nacimiento en la Edad Media, las llamadas "cláusulas ad cautelam", por las que el testador subordinaba la eficacia de cualquier futura revocación a que la disposición posterior contuviera ciertas señales o signos. El fundamento no era otro que proteger la verdadera voluntad del testador, en el momento de hacer el testamento, ante las presiones de los presuntos herederos que obligaban al futuro causante a hacer nuevo testamento en la medida que ellos mismos dictaban.

Por ello, el artículo 737 del Código Civil concluye, en su segundo párrafo, con la advertencia de que "Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales".

Estas disposiciones "ad cautelam" fueron tradicionalmente admitidas por el Derecho catalán, pero se suprimieron con la entrada en vigor del Texto Refundido de su Compilación, aprobado por Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, si bien en su Disposición Transitoria Tercera se permitió que surtieran efecto las contenidas en testamento abierto otorgado ante Notario antes de la entrada en vigor de la Ley 40/1960, de 21 de julio (publicada en el Boletín Oficial del Estado número 175, de 22 de junio del mismo año 1960).

Debe tenerse en cuenta que esta sanción de ineficacia no se extiende al resto de las disposiciones testamentarias, por lo que el Código Civil sigue el mismo régimen que para las condiciones "contrarias a las Leyes" en el artículo 792; es decir, se tienen por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o al legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa, lo que reafirma la idea del legislador de evitar el perjuicio que pueda causar al instituido el cumplimiento de una condición ilícita.

Así, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de mayo de 1959, estudió una disposición testamentaria por la que el causante advertía a sus hijos y herederos instituidos que si alguno de ellos promovía cuestión judicial sobre la testamentaria, el promotor perdería lo que le correspondiese en los tercios de mejora y libre disposición, los cuales acrecerían al heredero que no promoviese tales cuestiones.

Nuestro Alto Tribunal entendió que esta disposición no podía prevalecer, puesto que mediante ella lo perseguido por el testador era alejar toda posible impugnación de escrituras simuladas para que, de esta forma, quedasen convalidadas, por lo que el contenido de tal disposición era ilícito, contrario a la Ley, por lo que debe tenerse por no puesta, subsistiendo el resto del contenido testamentario.

Dada la trascendencia del testamento como última voluntad de una persona, el legislador ofrece grandes ventajas para que pueda ser revocado en cualquier momento, con la finalidad de que realmente refleje su voluntad final.

2.- Clases de revocación

La revocación del testamento puede ser expresa o incluso tácita, y también real:

2.1.- Expresa

Tiene lugar cuando el testador manifiesta, en un nuevo testamento, su voluntad firme de revocar el testamento anterior.

Como dice el artículo 738 del Código Civil, "el testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar".

Esto es, tanto si se pretende revocar el testamento en su totalidad como sólo en parte, la revocación precisa plena capacidad y clara intención de testar. No obstante, no es necesario utilizar la palabra "revocar".

Nuestro más Alto Tribunal, en Sentencia de 16 de febrero de 1967, consideró revocatoria la expresión "anulado", referida a un testamento anterior y que figuraba en un testamento ológrafo posterior.

El Tribunal Supremo, en la referida Sentencia de 8 de julio de 1940, entendió que no era testamento ni tenía eficacia revocatoria el acto que, aunque presente forma externa de testamento, pueda dudarse de si lo es o es un simple esbozo o proyecto y no es un acto definitivo. Es decir, la voluntad de testar, o la de revocar si es un testamento simplemente revocatorio, debe aparecer claramente.

2.2.- Tácita

En ésta no es preciso, aunque sí conveniente para despejar dudas, que en el nuevo testamento figure expresamente la disposición revocatoria del anterior; y por ello, el artículo 739 del Código Civil comienza diciendo que "El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte".

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de noviembre de 1932, entiende que este precepto establece una auténtica presunción "iuris et de iure" (que no admite prueba en contrario) de abrogación del testamento anterior si el posterior no contiene disposición alguna confirmatoria de aquél.

Esta revocación tácita precisa de la existencia de un testamento posterior plenamente perfecto y válido, aunque el ulterior incurra en preterición de un legitimario, en la omisión de un heredero forzoso; así, por ejemplo, en Sentencia de 13 de julio de 1985, consideró perfecto el testamento posterior en el que se había omitido un heredero forzoso, por lo que se producían los efectos del artículo 814 del Código Civil, pero no quedaba subsistente la disposición del testamento anterior a favor del preterido.

Ello viene confirmado por el propio Código Civil, en su artículo 740, cuando dice que “La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero o de los legatarios en él nombrados, o por renuncia de aquél o de éstos”.

Este precepto, como dice SANCHO REBULLIDA, es otra prueba evidente del celo con que el Código Civil vela por la esencial revocabilidad del testamento.

La revocación sólo debe hacerse por un testamento ulterior y que éste sea perfecto formalmente, aunque no es precisa su perfección interna.

2.3.- Real

La llamada revocación real, prevista por el Código Civil en su artículo 742 y sólo referida al testamento cerrado, es aquella que tiene lugar por hechos realizados por el testador y que presumen su intención de que no valga el testamento por él otorgado.

Sin embargo, esta presunción admite prueba en contrario, como señala el propio precepto al principio de su segundo párrafo (“cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador”).

Se ha preguntado la doctrina si la destrucción de un testamento ológrafo por el propio autor del documento supone una auténtica revocación.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de junio de 1925, afirmó que las disposiciones del artículo 742 no son aplicables al testamento ológrafo, porque se refieren tan sólo al testamento cerrado y no pueden extenderse a otra clase de testamentos.

Sin embargo, parece absurdo entender que, rompiendo el testador su testamento ológrafo ante testigos y con evidente intención de su falta de

subsistencia, pueda admitirse luego su eficacia si el heredero favorecido por el mismo lograra reconstruirlo.

2.4.- Por ministerio de la Ley.

El artículo 741 del Código Civil contempla un caso de irrevocabilidad por ministerio de la Ley, por razones de sentido familiar y social y por su trascendencia en el concepto jurídico natural y social (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1918): El reconocimiento de un hijo, utilizando como vehículo formal un testamento, es plenamente eficaz aunque se revoque tal testamento o éste no contenga más disposiciones o se declaren nulas las otras que contenga.

O sea, será testamento aunque no contemple más disposiciones, patrimoniales o no; será testamento aunque su único contenido sea el reconocimiento de ese hijo extramatrimonial.

El fundamento de este precepto radica en que tal reconocimiento, como acto jurídico unilateral y solemne por el que una persona admite la paternidad o maternidad de un hijo, excede la esfera de lo individual y es indisponible, a diferencia de lo que sucede con la revocabilidad de las disposiciones testamentarias, que tiene su razón de ser en la soberanía de la voluntad del individuo.

Una vez otorgado el reconocimiento, el autor no puede ya retractarse, arrepentirse de su manifestación.

Así lo manifestó el Tribunal Supremo, en Sentencias de 25 de junio de 1909 y 16 de octubre de 1918; según esta última, ello es debido a su trascendencia en el concepto jurídico natural y social.

En igual sentido, se manifestó la DGRN, en Resoluciones de 9 de septiembre de 1969 y 27 de enero de 1970.

Incluso el reconocimiento que luego se declare nulo por defecto de forma, o que pueda reputarse inválido por ineficacia del testamento en que se contenga, servirá como principio de prueba de la filiación extramatrimonial.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de octubre de 1982, señaló que si bien en sentido material no constituye verdadero testamento el que contiene disposiciones no patrimoniales, formalmente sí tendrá tal consideración y resultará plenamente eficaz, sin perjuicio, naturalmente, de que

proceda la apertura de la sucesión intestada, según señaló la Sentencia de 22 de diciembre de 1964 de este mismo Tribunal.

Pero ¿cuándo surte efectos el reconocimiento? ¿En el momento de su otorgamiento o tras la muerte del reconocedor?

Recuérdese que la Real Orden de 5 de mayo de 1917, complementada por la de 12 de agosto de 1919, dispuso que en adelante los reconocimientos otorgados en testamento fueren anotados marginalmente en el Registro Civil, sin necesidad de esperar, ni siquiera de acreditar, el fallecimiento del testador.

Y el artículo 254 del antiguo Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 exigía a los Notarios que expidiesen testimonio de tales reconocimientos hechos en testamento abierto, para lograr su anotación marginal en el Registro Civil del lugar de nacimiento del reconocido.

Conforme al artículo 120.1º del vigente Código Civil, la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.

Y según el artículo 124 del mismo Cuerpo legal, la eficacia de este reconocimiento requiere el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido, salvo si tal reconocimiento se hace en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento, en cuyo caso no será preciso tal consentimiento ni tal aprobación.

Esta eficacia en principio inmediata tiene, en el propio precepto, un freno importante, puesto que, a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento, puede suspenderse la inscripción de paternidad así practicada; y si el padre solicitara la confirmación de la inscripción, será necesario que, con audiencia del Ministerio Fiscal, el Juez lo apruebe.

Este artículo ha tenido serias críticas, como las formuladas en la doctrina por DÍEZ DEL CORRAL RIVAS⁹, quien considera que el segundo párrafo, el relativo al testamento, es inexplicable y, además, injusto: supone una discriminación contra el varón, puesto que la posibilidad de suspender

⁹ Díez del Corral Rivas, Jesús.- “Lecciones prácticas sobre Registro Civil”.- Página 48.

la inscripción de paternidad sólo se le concede a la madre, y no prevé el caso contrario de que el padre haya sido el primero en reconocer.

Pero mucho más grave es observar que, a la vista del precepto, si el reconocimiento en testamento es hecho por el padre, una vez transcurrido un año desde el nacimiento y hasta que el hijo alcance la mayoría de edad, no se exige requisito alguno para la inscripción y la madre no tendría margen de reacción.

Entiende, pues, que la norma debería ser la contraria, porque los reconocimientos tardíos son los más sospechosos y, en cambio, debería facilitarse la inscripción de los reconocimientos otorgados en el primer año del nacimiento.

No parece dar respuesta a este problema el epígrafe III de la Circular de la DGRN de 2 de junio de 1981 (B.O.E. 134, de 5 de junio del mismo año), sobre las consecuencias registrales del nuevo régimen de la filiación.

Ello no obstante, el artículo 188 del Reglamento del Registro Civil dice que el reconocimiento de un hijo menor o incapaz es inscribible en tal Registro, sin necesidad del consentimiento de su representante legal o de la aprobación judicial, cuando conste en testamento y se acredite la defunción del autor del reconocimiento, con la finalidad última de preservar el secreto de la disposición testamentaria hasta la muerte de su autor y así fomentar la formalización de tales reconocimientos en actos mortis causa.

Sin embargo, tras la reforma del Reglamento Notarial, operada por el mencionado Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, se suprimió tal exigencia, quizás como consecuencia de la Resolución DGRN de 22 de julio de 1985, que consideró que los reconocimientos de hijos extramatrimoniales no producen efectos hasta la muerte del testador, pues, en caso contrario, ello podría conllevar que se prescindiera del consentimiento del interesado y de su representante legal o se eludiese la autorización judicial.

En suma, el reconocimiento testamentario, al igual que el testamento, ¿sólo tiene eficacia post mortem? ¿O debería surtir efectos inter vivos?

Qué duda cabe que el reconocimiento de un hijo es un auténtico negocio del Derecho de Familia, irrevocable y que no puede someterse ni a plazo ni a condición.

La circunstancia de que el reconocedor haya efectuado tal reconocimiento en testamento, y no en otro documento público, puede significar que

no quiere que trascienda el hecho, de gran importancia para la persona a la que reconoce y, cómo no, para su propia familia, hasta que acaezca el fatal desenlace; y ese deseo debe ser respetado por el legislador y por el propio Notario autorizante del testamento, quien no podrá enviar testimonio del mismo hasta que no se le acredite el fallecimiento del testador, sin que tenga que acreditársele con el certificado de últimas voluntades que es el último testamento otorgado por el reconocedor, porque, aunque el reconocimiento figure en un testamento anterior, es irrevocable y despliega toda su eficacia, incluso de forma retroactiva.

Además, sería absurda la previsión legislativa de permitir la opción por una fórmula mortis causa o por una manifestación inter vivos si el reconocedor sabe que, aunque formalice tal declaración en testamento, que, en principio, es totalmente secreto, su contenido será inmediatamente divulgado y plasmado en el Registro Civil.

Si se pretende que el reconocimiento testamentario tenga efectos antes del fallecimiento del reconocedor, podría serlo mediante el proceso de conversión formal del que hablaba el Profesor DE CASTRO; esto es, promoviendo su conversión a documento público, por lo que dejaría de ser un reconocimiento testamentario.

Al respecto, la DGRN ha considerado que el reconocimiento paterno ante el Encargado del Registro Civil o en documento público, dentro del plazo legalmente establecido para practicar la inscripción del nacimiento, determinará, de forma automática, la filiación no matrimonial, sin que se precise consentimiento alguno y sin que se necesite la tramitación de ninguna clase de expediente.

El mismo Tribunal Supremo, en Sentencia de 13 de diciembre de 1993, permitió que se acudiese a la vía judicial, sobre la base de un reconocimiento hecho en testamento, para que se decretase por Sentencia la filiación y lograr así la inscripción en el Registro Civil, sin que haya que esperar, por tanto, al fallecimiento del reconocedor.

Por último, creemos que, en buena técnica legislativa y siempre en aras de una práctica eficaz y correcta, la dicción del precepto que nos ocupa (artículo 741 del Código Civil) debería ser objeto de una oportuna reforma legislativa o, al menos, de la implantación de una nueva obligación para el Notario autorizante, pues ¿qué ocurre en aquellos casos en los que se revoca un testamento anterior, en el que figura un reconocimiento de hijo no matrimonial, por otro posterior en el que no aparece referencia alguna a tal

reconocimiento y por el que se revoca en su totalidad el primero, quizás por descuido del testador o, lo que es peor, con clara intención, por parte de éste, de eludir la regla de irrevocabilidad?

Si el Notario autorizante de este primer testamento ya no tiene la obligación de expedir testimonio del reconocimiento para su anotación en el Registro Civil, la revocación del testamento por uno posterior supondrá que tal reconocimiento quede en el olvido, puesto que la partición de herencia del reconocedor se hará teniendo por título de la sucesión el último válidamente otorgado que conste en el pertinente certificado del Registro de Actos de Última Voluntad, con lo que, a efectos prácticos, el reconocimiento sí habrá perdido su fuerza legal o, al menos, su eficacia en la práctica, lo que podría provocar casos flagrantes de preterición, intencional o no.

Sería conveniente reimplantar la obligación, por parte del Notario autorizante del testamento abierto en el que se contenga un reconocimiento de hijo extramatrimonial, de comunicar tal hecho al Encargado del Registro Civil del lugar de su nacimiento y que este funcionario, por su parte, no anote tal circunstancia hasta que se le acredite el fallecimiento del reconocedor; solución algo endeble porque, a lo mejor, nunca llega a su conocimiento el hecho luctuoso de su muerte.

De hecho la Ley 20/2011, de 11 de julio, del Registro Civil, que aún no ha entrado en vigor y que sustituirá a la vigente de 1957, establece, de forma expresa, que los Notarios, dentro de su ámbito de competencias, remitirán por medios electrónicos a la Oficina General del Registro Civil los documentos públicos que den lugar a asiento en el Registro Civil.

Habremos de esperar a su desarrollo reglamentario, pero si queremos darle virtualidad y alcance práctico a los reconocimientos formalizados en testamento abierto, deberían los Notarios remitir obligatoriamente tal comunicación, que será inmediata si así lo desea el testador, en cuyo caso sería más conveniente su formalización en escritura pública, o pospuesta a su fallecimiento, si el reconocedor prefiere que no se divulgue.

En este último supuesto, debería aplicarse por analogía el artículo 179 del Reglamento Notarial, que dice, en su primer párrafo, que los Notarios que autoricen o eleven a escritura pública testamentos en los cuales conste alguna disposición de carácter benéfico o benéfico-docente, o que tenga por objeto fines de interés general, como los de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente o de fomento de la

economía o de la investigación, de promoción del voluntariado, o cualesquiera otros de naturaleza análoga, remitirán a los órganos administrativos competentes que ejerzan el protectorado sobre las fundaciones creadas para el cumplimiento de dichos fines, una copia simple de la cláusula o cláusulas testamentarias correspondientes, tan luego como llegue a su conocimiento el fallecimiento del testador.

3.- Coexistencia de disposiciones testamentarias.

La subsistencia del anterior testamento sólo tendrá lugar en aquellos casos en que el posterior tenga un carácter meramente complementario de aquél, o cuando se refiera a bienes que no estaban comprendidos en el precedente.

El examen del último testamento que figure en el certificado de últimas voluntades nos hará comprobar si el testador quería revocar el anterior o que éste subsistiera total o parcialmente, en cuyo caso también deberemos solicitar copia autorizada del anterior.

Pero tal voluntad del testador deberá ser expresa, pues no debería llegarse hasta el extremo de pensar que un testamento quede revocado por otro posterior que sólo contenga disposiciones complementarias o aclaratorias del primero, como declaró la DGRN en Resolución de 18 de junio de 1947, en la que se planteó el problema de determinar si el testamento abierto otorgado por la causante ante un Notario de Granada en 1924 debía entenderse totalmente revocado por uno ológrafo, suscrito por la testadora en 1936 y protocolizado notarialmente en 1940.

Se daba la circunstancia de que en el testamento abierto se establecía un legado de la mitad indivisa de una casa a favor de la hermana de la testadora, o a sus hijos o descendientes legítimos; enterada del fallecimiento de uno de sus sobrinos, la causante se limitó a mencionar, en el testamento ológrafo, que la viuda de éste heredase “lo mismo que él”.

Presentada la escritura de entrega de legado en el Registro de la Propiedad competente, se denegó la inscripción por el defecto, calificado como insubsanable, de que la adjudicación, a favor de los hijos y descendientes de la legataria premuerta y de la referida viuda de su sobrino, se realizaba en base a un testamento totalmente revocado.

El Centro Directivo entendió, con acierto, que no debía concederse un valor tan absoluto a los términos del artículo 739 del Código Civil que

impidiese la coexistencia de disposiciones complementarias o aclaratorias; y, parafraseando a MANRESA, señaló que hay casos en que la voluntad del testador es la de dar eficacia a ambos testamentos, aunque no se manifieste, de forma expresa, que subsista el primero.

Pero, sobre todo, la DGRN estableció dos reglas de gran utilidad práctica:

1ª.- La voluntad del testador, regla primordial en materia testamentaria, proporciona medios suficientes para creer que pueden conciliarse perfectamente las disposiciones plasmadas en ambos testamentos.

2ª.- Y la calificación de los Registradores está en general muy restringida, sobre todo cuando se trate de testamentos aceptados como válidos por todos los interesados en los mismos, porque estas disposiciones testamentarias adquieren todo su vigor, a efectos registrales, por el acuerdo o avenencia de los que representan la integridad de derechos en la sucesión.

4.- Prioridad del acuerdo unánime entre los llamados a la herencia.

Es doctrina consolidada la de que los interesados en una herencia, mayores de edad, que conformen la totalidad de derechos en la misma, previa su aceptación, de común acuerdo y de forma unánime, pueden incluso prescindir del contenido de las disposiciones testamentarias y hacer las adjudicaciones que mejor convengan a sus intereses, creando una situación jurídica nueva de plena y absoluta eficacia.

El propio Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de enero de 1907, a propósito de una sucesión contractual, consideró válidos y eficaces los contratos formalizados en la escritura de división de herencia si los partícipes que los celebran son mayores de edad, y ninguno de ellos puede revocarlos ni ordenar disposiciones de última voluntad contrarias a lo pactado, aun cuando en la partición no se liquidase la sociedad de gananciales del causante y se comprendiesen los bienes propios del cónyuge sobreviviente, además de los del finado.

Más recientemente, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de junio de 1997, ensalza la libertad que proclama el artículo 1058 del Código Civil, según el cual “Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvie-

ren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente”.

La doctrina entiende que, a pesar de su dicción literal, esta libertad es posible también aunque entre los herederos existan menores de edad o incapacitados judicialmente que estén representados legalmente; si con su actuación, se logra la unanimidad, es viable en Derecho la partición por la que todos los interesados, aceptando previamente la herencia, en algún caso con autorización del Juez, deciden repartirla de la forma más conveniente para ellos.

También lo establecen la Ley 345 del Fuero Nuevo de Navarra, el artículo 294 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, del Derecho Civil de Galicia, en cuya virtud “Cuando el testador no tuviera hecha la partición, los partícipes mayores de edad, los emancipados o los legalmente representados podrán partir la herencia del modo que tengan por conveniente” o el artículo 464-6 del Código civil catalán, que comienza diciendo que “Los herederos pueden hacer la partición de común acuerdo, del modo que crean conveniente, incluso prescindiendo de las disposiciones particionales establecidas por el causante”.

Como dice GÓMEZ CLAVERÍA¹⁰, la judicialización de la partición hereditaria no deja de constituir un cierto fracaso del sistema; y, por ello, con esta argumentación queremos reiterar la libertad que el Ordenamiento Jurídico concede a los interesados en una sucesión para que, a pesar de lo dispuesto en el testamento por el que ésta se rija, puedan decidir el reparto de los bienes de una forma muy diferente a la ordenada por el causante.

Hecha esta importante salvedad, continuamos con el estudio de la posible complementariedad de los testamentos ordenados por el mismo causante y, al efecto, RODRÍGUEZ ADRADOS¹¹ pone como ejemplo que no puede entenderse que un testamento ológrafo, en el que la testadora se limita a ordenar que se entregue una pequeña gratificación a una asistenta o una joya de poco valor a una nieta, suponga la revocación del testamento abierto

¹⁰ Gómez Clavería, Pablo.- “Sucesiones.- Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña”.- Comentario al artículo 464-5.- Partición por albacea o contador-partidor.- Página 1349.

¹¹ Rodríguez Adrados, Antonio.- “Escritos Jurídicos”.- Volumen V.- Página 836.

anterior en el que se ha regulado toda la sucesión, aunque en el ológrafo, redactado sin asesoramiento técnico alguno, no se haya hecho tal salvedad.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 29 de enero de 1985, referida a una sucesión regida por el Derecho catalán, resolvió el siguiente asunto:

Marido y mujer habían otorgado testamento abierto el mismo día y de forma simultánea, en el que legaban una casa, que correspondía por mitad y proindiviso a ambos testadores, a los tres hijos del matrimonio; más tarde, la madre otorgó un segundo testamento, en el que instituía heredera universal a una sola hija. Se discutía si este segundo testamento revocaba el anterior.

Pues bien, el Tribunal entendió que se trataba de un legado de cosa ajena, válido según el artículo 861 del Código Civil; que ambos testamentos (el del marido y el primero de la mujer) eran complementarios; y que el hecho de que en el segundo testamento la testadora no se refiriese para nada a la cosa en el primero legada inducía a pensar que su voluntad era la de respetar, en todo caso, el legado ordenado en la disposición testamentaria anterior. Se admite, pues, la llamada prueba extrínseca que luego trataremos al hablar de la interpretación del testamento.

La DGRN, en Resolución de 12 de septiembre de 1947, declaró que si fueran compatibles entre sí las disposiciones de ambos testamentos, en el sentido de no estorbar las unas al posible cumplimiento de las otras, y pudiendo reputarse las del posterior como adición o complemento de las del anterior, sin que en aquél se contenga revocación expresa de éste, no habría revocación tácita y subsistirían los dos testamentos, conformando ambos la legalidad testamentaria de la sucesión.

Y en Resolución de 18 de diciembre de 1951, la Dirección General señaló que el principio establecido en este precepto no debe interpretarse con tan absoluto rigor que impida la coexistencia de disposiciones testamentarias complementarias o aclaratorias, debiendo armonizarse con el artículo 675 del Código Civil.

En el supuesto analizado por esta última Resolución, el segundo testamento se limitaba a reconocer a un hijo extramatrimonial, nacido en Lisboa, y manifestaba el deseo de equipararlo a los hijos legítimos, por lo que la DGRN aceptó la coexistencia de ambos testamentos.

En todo caso, siempre habrá que estar al caso concreto, porque, en Resolución de 8 de noviembre de 2001, el Centro Directivo:

-Consideró ineficaz un legado de fincas ordenado en un testamento cuando existía otro testamento posterior en el cual el testador no expresaba su voluntad de que tal disposición subsistiera, lo que obligó a considerarlo plenamente revocado y no apto para sustentar una escritura de entrega de referido legado.

-Y concluyó diciendo que las formas testamentarias son esenciales y necesarias para constituir la voluntad del causante como ley de la sucesión; y que no corresponde al Registrador de la Propiedad decidir sobre la subsistencia de un legado recogido en un testamento anterior y no salvado en el posterior, en función de circunstancias de hecho concurrentes (se alegó en la escritura de partición, por el propio contador-partidor nombrado y facultado especialmente para la entrega de legados, que la voluntad del causante era mantener el legado ordenado en el primer testamento, no sólo por la reiterada manifestación del testador que era conocida en su ámbito familiar, sino también por derivarse de la naturaleza misma de las cosas específicas y determinadas objeto del legado que, en un momento, fueron dos fincas y, en otro, las acciones dadas en pago de su aportación a una Sociedad y después, al final, estas mismas fincas a él vendidas en pago de la venta de tales acciones).

Parece, pues, que la DGRN no admitió, como prueba para lograr una interpretación favorable a la vigencia del testamento anterior, las circunstancias externas.

En definitiva, el artículo 739 del Código Civil permite que el testador manifieste su voluntad de que el testamento anterior subsista total o parcialmente, pero la buena técnica notarial, en lo que respecta a los testamentos abiertos, obliga a transcribir literalmente en el nuevo testamento aquellas disposiciones del antiguo que el testador pretenda mantener en su vigencia y se establezca una cláusula de cierre claramente revocatoria del anterior.

5.- Eficacia o ineficacia del testamento anterior.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de julio de 1955, defendió la postura de que el testamento anterior que ha sido objeto de revocación ya no tiene valor alguno y no sirve ni como base para interpretar la voluntad del testador en el momento de causarse la herencia.

Es decir, el testamento anterior sólo debe conservarse si existe una declaración expresa de voluntad del testador en tal sentido, bien nominal y concretamente, bien deducirse tácitamente de las circunstancias del caso concreto.

Tras la reforma del Reglamento Notarial, por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, se introdujo un nuevo último párrafo al artículo 226, según el cual “Las copias de testamentos revocados sólo podrán ser expedidas a los efectos limitados de acreditar su contenido, dejando constancia expresa de su falta de vigor”.

Esto es, el Notario, ante una petición de copia de un testamento abierto que, según el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad, no es el último otorgado por el causante, no sólo deberá de asegurarse, naturalmente, del interés legítimo del peticionario a obtener referida copia, sino también, a la vista de su contenido, habrá de consignar, de forma expresa y en el pie de copia, la falta de vigencia del testamento, salvo que éste contenga una disposición relevante para el Derecho y que se considere irrevocable por ministerio de la Ley, como, por ejemplo, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial.

En este sentido, también es muy interesante la Sentencia 547/2009 del Tribunal Supremo, de 28 de julio de 2009 (Ponente XIOL RÍOS), en la que se debatió sobre la validez y eficacia de una designación de sucesor en un título nobiliario, efectuado por una Condesa en un testamento otorgado en 5 de mayo de 1988, habiendo solicitado días más tarde (11 de mayo de 1988) autorización al Rey para tal designación, que se le concedió en 6 de julio del mismo año, pero se daba la circunstancia que en otro testamento posterior, de 14 de junio de 1988, había ordenado la revocación de todas las disposiciones testamentarias anteriores.

Conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1996, según la cual la voluntad exigida por el primer párrafo del artículo 739 para dejar subsistente un testamento anterior puede ser no sólo la expresa sino también la que se deduzca del tenor de ambos testamentos cuando, aplicando las reglas de interpretación establecidas en el artículo 675 del Código Civil, aparezca evidente la intención del testador de mantener o conservar el testamento anterior, el Tribunal concluye diciendo que la disposición del testamento anterior por la que se había designado sucesor al título nobiliario no debía entenderse revocada; es decir, la posterior revocación de todos los testamentos anteriores no alcanzó a la designación de la sucesora en el título nobiliario.

Se cierra el precepto, el 739 del Código Civil, con la siguiente frase: "...el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero".

Es decir, el primer testamento recobra toda su eficacia.

No obstante, la doctrina planteó un problema interesante: Un causante, que había otorgado un testamento con disposición de bienes, otorga otro posterior en el que se limita a revocar aquél, sin realizar ninguna disposición. ¿Qué ocurre si formaliza un tercer testamento en el que revoca el segundo sin declarar expresamente que valga el primero?

ALBALADEJO¹² consideró que, por aplicación literal de este párrafo segundo del artículo 739, no revive el primer testamento y, por tanto, se ha de abrir la sucesión intestada; mas ello parece contrario a la evidente intención del testador, porque, parafraseando a GONZÁLEZ PALOMINO, si hay alguien que no quiso morir intestado, es aquél que formalizó hasta tres testamentos.

PASTOR RIDRUEJO¹³ dice que la revocación tácita del primer testamento por el segundo exige, para la reviviscencia de aquél, declaración expresa en el tercer testamento, pero que si el segundo testamento se limita sin más a revocar el primero, sin contener más disposición que la revocatoria, la revocación expresa de este segundo testamento por un tercero supone implícitamente que recobre eficacia el primero.

Es el llamado testamento "per relationem", referido a otro al que complementa, de los que admite el artículo 672 del Código Civil y el propio Tribunal Supremo, en Sentencia de 29 de septiembre de 1956, que señaló que el Código Civil no prohíbe en absoluto las memorias y cédulas testamentarias, como hace con el testamento mancomunado y con el testamento por comisario, sino que se limita a declarar nulas e ineficaces las disposiciones hechas en esa forma y que no reúnen los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo, lo que presupone la validez y eficacia de aquéllas que estén revestidas de dichas formalidades, tanto intrínsecas como extrínsecas, simultáneas a su redacción, o posteriores o complementarias.

¹² Albaladejo, Manuel.- "Cuestiones..."- Página 46.

¹³ Pastor Ridruejo, Félix.- "La revocación del testamento"- Página 230.

Pero si bien el Código Civil permite la subsistencia de tales memorias y cédulas testamentarias, no es con el carácter y con los efectos que les daba la antigua jurisprudencia, sino como un nuevo testamento, revestido de todas las formalidades del ológrafo, aunque supongan la existencia de un testamento que las insinúa, al cual complementan, modifican o derogan, siendo pues indispensable para su eficacia que se protocolicen conforme al procedimiento establecido en los artículos 689 a 693, ambos inclusive, del Código Civil y reformado conforme a la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Existen otros supuestos de revocación tácita, como el resuelto por el Tribunal Supremo en Sentencia 1203/2007, de 19 de noviembre de 2007 (Ponente: SALAS CARCELLER), en la que se debatió sobre el hecho de que una testadora, después de ordenar en testamento una serie de legados de varios inmuebles, aportó tales bienes a una Sociedad Anónima en constitución y recibió en contraprestación la titularidad de las acciones correspondientes.

Tras su fallecimiento, los legatarios reclamaron la entrega de sus respectivos legados por parte de las herederas, que fueron, en unión de la causante, socias constituyentes de la nueva Compañía.

Con fundamento en el artículo 869.2º del Código Civil, se consideró que estamos ante una causa objetiva de extinción del legado, porque si la testadora dispuso libremente de la cosa para legarla a quien tuvo por conveniente en el momento de otorgar el testamento, igual libertad de disposición tenía para enajenarla en vida, por cualquier título, a quien estimare oportuno, lo que la propia Ley interpreta como una efectiva, y tácita, revocación del legado.

También puede entenderse como revocación tácita el caso contemplado por la Sentencia del Tribunal Supremo 7/2006, de 24 de enero de 2006 (Ponente: Gullón Ballesteros), en el que el testador, tras ordenar una serie de legados, donó al propio legatario los bienes objeto de los mismos.

La Audiencia Provincial confirmó validez a los legados, aunque posteriormente los bienes se hubieren donado al mismo legatario; es decir, consideró subsistente el legado por falta de prueba de la intención de revocar.

No obstante, el Tribunal Supremo, apoyado en el propio artículo 869 del Código Civil, que concreta los casos en que el legado queda sin efecto, estableció que estábamos en presencia de uno de estos supuestos, como es la disposición por parte del testador del bien legado.

IV.- LA INEFICACIA DEL TESTAMENTO

A).- *AUSENCIA DE NORMAS ESPECÍFICAS.*

Decía Don Federico DE CASTRO¹⁴ que los conceptos de eficacia e ineficacia en todo negocio jurídico son correlativos, de modo que sería lógico pensar que cada forma e intensidad de ineficacia debería ser la resultante inmediata del valor dado a la carencia, al defecto o al vicio de los distintos elementos de cada negocio, pero se lamentaba de que no sucedía así, puesto que el Derecho atiende a otras consideraciones que no son las de la lógica, y que era imposible una dogmática a priori de la ineficacia.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas la Sentencia de 12 de noviembre de 1964, reconoce la ausencia en nuestro ordenamiento civil de una doctrina general relativa a la ineficacia de los negocios jurídicos y de una normativa particular sobre la ineficacia de los testamentos, pero advierte que tales doctrina y normativa pueden inducirse de los diversos preceptos que a ellas aluden y que no puede reputarse aplicable íntegramente a los testamentos la doctrina general sobre la nulidad de los negocios jurídicos inter vivos, puesto que aquéllos, los testamentos, son unos negocios de estructura unilateral y comprensivos de declaraciones no recepticias.

En otra Sentencia posterior, de 26 de noviembre de 1968, el Tribunal Supremo entendió que la doctrina de la invalidez del negocio jurídico en general tiene plena aplicación al testamento, con las especialidades derivadas de su naturaleza eminentemente formal, según una interpretación declarativa equidistante, por tanto, de la extensiva y de la restrictiva, y con las peculiares consecuencias obligadas del negocio jurídico unilateral no recepticio mortis causa que encarna, a diferencia del bilateral inter vivos, ínsito en los contratos, y concluyó diciendo que son causas de nulidad radical del testamento la ausencia de capacidad del testador y la falta de forma prescrita como garantía de la realidad de la declaración de voluntad del causante.

¹⁴ De Castro y Bravo, Federico.- “El negocio jurídico”.- Página 461.

Además, hay principios en el Derecho de Obligaciones, como la máxima "pacta sunt servanda" (los pactos deben cumplirse) o la teoría de la cláusula "rebus sic stantibus", que no tienen encaje alguno a la hora de declarar ineficaz una disposición formalizada en testamento abierto.

E incluso en algunos preceptos del Código civil se observa tal inadaptación: Piénsese en el ya mencionado artículo 792, que considera no puestas las condiciones contrarias a las Leyes reflejadas en un testamento, y en el artículo 1116 del mismo Cuerpo legal, que declara que las condiciones prohibidas por la Ley anularán la obligación que de ellas dependa.

Al respecto, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de noviembre de 1950, señala que estos preceptos contienen disposiciones distintas para los diferentes supuestos a que se refieren, sin posibilidad de aplicar cada una de esas disposiciones para resolver el caso previsto como antecedente de la otra, porque responden a la distinta regulación que merecen los efectos de voluntades emitidas con distintos fines y en distintas circunstancias, como con la del contratante y la del testador.

B).- CLASES DE INEFICACIA.

No creo que debamos detenernos en disquisiciones teóricas sobre la naturaleza de la eficacia o de la ineficacia de los testamentos.

Es mucho más práctico observar que la doctrina ha ido perfilando distintos supuestos para darles solución jurídica y ha propuesto, como primera distinción, aquella que diferencia entre aquellos casos en los que la ineficacia del testamento proviene de causas externas o ajenas al propio documento (ineficacia extrínseca; por ejemplo, cuando el testador instituye heredero a una sola persona y ésta premuere o repudia la herencia) y aquellos otros en los que su carencia de efectos es interna; esto es, procede de la misma disposición testamentaria (ineficacia intrínseca, en cuya categoría entrarían la revocación, la nulidad y la caducidad).

También deberíamos distinguir entre aquellas causas de ineficacia que afectan a la totalidad del testamento (ineficacia total) y aquellas otras que sólo se refieren a alguna o a varias de sus disposiciones (ineficacia parcial).

Otra distinción es aquella que se refiere al momento en que tiene lugar la ineficacia del testamento:

-Originaria, cuando se produce en la misma formalización de la disposición testamentaria y que, a su vez, engloba dos categorías: inexistencia y nulidad.

-Y sobrevenida, cuando tiene lugar por una circunstancia totalmente ajena al contenido testamentario. Es esta última categoría la que, naturalmente, nos interesa para nuestro estudio, como veremos a continuación.

Incluso podríamos distinguir según la fuente de la ineficacia del testamento provenga de la Ley o de la voluntad del testador: en el primer caso, se consideran como fuentes legales de ineficacia la caducidad y la nulidad; y en el segundo caso, se entiende por fuente voluntaria la revocación.

Otros autores distinguen la ineficacia del testamento según que la causa de su carencia de efectos sea coetánea a su otorgamiento (en cuyo caso hablaríamos de nulidad), o tenga lugar por un cambio en la voluntad del testador (estaríamos en presencia de la revocación), o se produzca por falta de observancia de las solemnidades posteriores (es la figura de la caducidad, entendida como causa de ineficacia sobrevenida que afecta a un documento válidamente otorgado, pero que, en consideración al hecho de haberse celebrado con menos garantías que los ordinarios, sólo se admite su eficacia durante un período excepcional, o bien cuando se cumplan ciertas formalidades complementarias dentro de un plazo concreto y determinado).

En la categoría de la nulidad pueden, a su vez, diferenciarse dos tipos de causas: unas, de carácter general, que afectan al testamento, considerado éste como un todo orgánico indivisible (son las relativas a la capacidad, al consentimiento o a las solemnidades esenciales para su validez); y otras, de carácter parcial, que solamente originan la ineficacia de la disposición testamentaria que contraviene un determinado precepto legal, sin que tal ineficacia se comunique al restante contenido del testamento.

Según la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1964, tanto la nulidad total como la parcial constituyen una sanción para los supuestos de incumplimiento de formalidades esenciales como de contravención de determinados preceptos legales, por lo que sólo se podrá declarar tal nulidad cuando exista una norma concreta que expresamente imponga la una o la otra.

C).- POSICIONES SOBRE LA INEFICACIA.

Se ha dicho también por algunos autores que es imposible regular de forma sistemática la figura de la ineficacia, porque abarca casos que no encajan en ninguna de las tres especies o categorías antes referidas (nulidad, revocación o caducidad), como, por ejemplo, los siguientes:

1.- Premoriencia de un heredero instituido en el testamento: la disposición es ineficaz en cuanto a su llamamiento, sin perjuicio de que tenga lugar la sustitución ordenada por el testador o se dé el derecho de acrecer.

2.- Renuncia por parte de todos los llamados a suceder, sin tener sustitutos y sin que, naturalmente, opere el derecho de acrecer: El testamento en su totalidad devendría ineficaz, por lo que procedería la apertura de la sucesión intestada (cfr. artículo 912.3º Código Civil).

3.- Concurrencia de causa de indignidad del llamado a suceder, desconocida por el testador al tiempo de otorgar testamento: La disposición en que se nombre al posteriormente declarado indigno resultará ineficaz.

4.- Institución de heredero sujeta a condición suspensiva y fallecimiento de éste antes de que la condición se cumpla: Más que de un supuesto de ineficacia, se trataría de un caso de inexistencia.

5.- Legado sujeto a la condición suspensiva de que el cónyuge heredero no contraiga nuevo matrimonio. Fue el caso resuelto por la DGRN, en Resolución de 16 de julio de 1991, en la que se estudió el contenido de un testamento por el que el causante instituía heredera universal a su esposa, con la condición de que no contrajese nuevas nupcias; y para el caso de que las contrajese, le legaba la mitad de su herencia en pleno dominio y la otra mitad en usufructo vitalicio, con lo que se entendería pagada su cuota viudal, y a un sobrino carnal le legaba la nuda propiedad correlativa de esta última mitad, consolidable al fallecimiento de la usufructuaria.

Aplicando el artículo 1054 del Código Civil, el Centro Directivo señaló que mientras la condición estuviere pendiente, el viudo podría adjudicarse la totalidad de los bienes hereditarios, si bien tal adjudicación debía entenderse con carácter provisional y, a la vez, habría de asegurar competentemente el derecho del sobrino, puesto que si aquél contrajese nuevo matrimonio y éste sobreviviese a tal evento, le correspondería una porción de la herencia y, por tanto, tiene derecho a intervenir en la partición de la herencia a la que es llamado, como cualquier otro heredero.

En sentido contrario, el aspecto que aquí interesa destacar para nuestro estudio es que si el viudo falleciere sin haber contraído nuevas nupcias, la institución de heredero a su favor sería definitiva, por lo que haría suya la totalidad de la herencia, que seguiría el cauce voluntario o legal, y quedaría ineficaz el legado ordenado al sobrino.

Como dice la mejor doctrina, esta materia relativa a la ineficacia de los testamentos debe ser tratada de forma muy restrictiva, pues el legislador común así lo considera a la vista de la redacción del fundamental artículo 743 del Código Civil, según el cual "Caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código".

Este precepto está situado en la Sección Décima ("De la revocación e ineficacia de los testamentos") del Capítulo I (De los testamentos) del Título III (De las sucesiones) del Libro Tercero (De los diferentes modos de adquirir la propiedad) del Código Civil; Sección comprensiva de los artículos 737 a 743, criticados porque regulan en parte la revocación, pero no regulan la ineficacia y, además, limitan los supuestos de ésta a los "expresamente prevenidos" en el Código cuando, en realidad, se dan casos en los cuales la prevención de nulidad se encuentra implícita en varias disposiciones legales.

De este modo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de diciembre de 1950, entendió que no sólo se considerarán nulos los testamentos en los casos en que la Ley expresamente lo declare, sino también en aquellos otros en los que su validez resulte imposible por falta de los requisitos y de las formalidades que el propio Código exige.

Además, en buena técnica jurídica no puede contraponerse, como hace el Código Civil, los términos de revocación e ineficacia, considerando a ésta como sinónimo de invalidez, cuando, por su carácter genérico, comprende no sólo la invalidez, sino también la revocación o ineficacia voluntaria.

D).- INCIDENCIA DE LAS CRISIS DE CONVIVENCIA.

Partiendo de un principio clásico en nuestro Derecho, como es el que las normas que impliquen la pérdida de derechos han de ser interpretadas restrictivamente, debemos centrar nuestra atención en los efectos y en las consecuencias que las crisis conyugales, tales como la separación, judicial o de hecho, el divorcio, la nulidad del matrimonio o la ruptura de la convi-

vencia en una pareja de hecho, pueden provocar en las disposiciones testamentarias otorgadas por las personas que se encuentren en alguna de estas situaciones.

El Código Civil español, como indicábamos en la introducción, no contempla como efecto característico de la separación, divorcio o nulidad del matrimonio la ineficacia o la revocación de las disposiciones testamentarias, al contrario de lo que ocurre en los Derechos forales de Aragón y Cataluña, que consideran tales crisis matrimoniales como presunciones iuris tantum (salvo prueba en contrario) de revocación de tales disposiciones o como causas de ineficacia sobrevenida de las mismas.

Las diferencias en esta materia entre el Código Civil y estos ordenamientos forales son evidentes, pues, como veremos a lo largo de la exposición, los derechos sucesorios en situaciones de crisis conyugal son muy diferentes según el cónyuge viudo ostente la vecindad civil común o la de uno de esos territorios forales o especiales.

En el Derecho Común, la alteración sobrevenida de circunstancias en el matrimonio, tales como la separación, el divorcio o la nulidad, tiene su tratamiento en la revocabilidad esencial del testamento, prevista en el artículo 739 del Código Civil, y en la posibilidad de otorgar una nueva disposición testamentaria, como decía la DGRN en la importantísima Resolución de 26 de noviembre de 1998, que luego será objeto de estudio detenido.

Es decir, en la legislación civil común, el llamamiento hecho a favor del cónyuge, que lo era al tiempo en que se otorgó el testamento, no deviene ineficaz por el posterior divorcio; o, si se prefiere, la pérdida de la cualidad que un heredero tenía en el momento de la formalización del testamento (de casado pasa a ser divorciado) no provoca en absoluto la ineficacia de las disposiciones testamentarias ordenadas a su favor.

En todo caso, siempre cabe la posibilidad de probar judicialmente, en procedimiento contradictorio, que el testador no habría hecho tal institución de haber sabido que el vínculo conyugal no subsistiría a la hora de su fallecimiento, pero mientras ello se prueba, siempre es prevalente la interpretación favorable a la eficacia de la disposición testamentaria, el principio del "favor testamenti".

Insistimos en que el legislador de los Derechos de Familia y Sucesiones debería dictar normas que eviten el acudir a los Tribunales de Justicia para ventilar asuntos tan delicados; que tiendan, en suma, a lograr el objetivo de la desjudicialización de la vida diaria.

Es de gran interés, a este respecto, siquiera mencionar el documento elaborado por la Comisión de trabajo de asesoramiento sobre desjudicialización en el ámbito civil, elaborado en el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, firmado en Barcelona el 15 de marzo de 2010, entre cuyas conclusiones se reclama un fortalecimiento de la función de asesoramiento y defensa que realizan los abogados, para evitar los pleitos, y la introducción de mecanismos de prevención de los procesos.

Sin embargo, algunos legisladores forales entienden que las crisis conyugales no sólo provocan la pérdida de los derechos sucesorios para el cónyuge sobreviviente, sino también producen el efecto automático de declarar ineficaz una disposición testamentaria dictada a su favor, con lo cual se desplaza el fundamental principio de conservación de los testamentos, que, no obstante y de forma algo contradictoria, late en algunos de sus preceptos.

Por ello, es de vital importancia la redacción que se dé a los testamentos en los despachos notariales y la indagación de la verdadera voluntad del testador para el caso de que se produzca la crisis matrimonial; es decir, si, a pesar de todo, es su deseo que subsistan las disposiciones testamentarias dictadas a favor de su cónyuge o conviviente, porque, como es bien sabido, en la interpretación del testamento lo fundamental es la voluntad del testador en el momento de otorgar la disposición testamentaria.

Por tanto, entendemos, con la DGRN, que la alteración sobrevenida de las circunstancias del matrimonio debe tener su adecuado tratamiento en el principio de libre revocabilidad del testamento y en la posibilidad de otorgar uno nuevo.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 29 de diciembre de 1997, señaló que averiguar la voluntad real del testador por unos hechos posteriores a su muerte es caer en el absurdo, puesto que el testamento no puede recoger una voluntad del fallecido que sea posterior a su otorgamiento, si bien admite, en sintonía con la Sentencia de 31 de diciembre de 1992, que pueda llegarse a una correcta interpretación del testamento acudiendo a medios externos o extrínsecos, siempre con las debidas precauciones.

Esta Sentencia de 1997, cuyo Ponente fue O'CALLAGHAN MUÑOZ, discutió sobre la eficacia de una disposición testamentaria otorgada en 1925 por la que un señor instituyó heredera usufructuaria a su esposa; estableció que, al fallecimiento de ésta, los bienes pasaran, también en

usufructo, al hijo de un amigo y, a su muerte, a la esposa de este primer fideicomisario; y ordenó que a la muerte de estos dos cónyuges, que, por cierto, se hallaban separados de hecho desde 1920, los bienes pasaran, en pleno dominio, a sus sucesores legítimos y, si no dejaren descendientes, la heredera sería el alma del testador.

El otorgante falleció a los tres días de firmado el testamento; el primer fideicomisario nombrado se divorció de su esposa en 1933 y murió, ya en 1963, en estado de casado en segundas nupcias con otra mujer y dejando dos hijos comunes de este segundo matrimonio. Y su primera esposa, con la que no tuvo descendencia, aceptó la herencia del testador ya en 1983.

Se debatió sobre la nulidad del llamamiento de la segunda fideicomisaria, por entender que la voluntad del testador no habría sido la de instituir-la como tal si hubiere conocido su divorcio con el primer fideicomisario; divorcio que tuvo lugar con posterioridad al fallecimiento del causante.

El Alto Tribunal resolvió, en contra de la interpretación dada por los Tribunales de Instancia, a la que calificó de absurda, ilógica y contraria al artículo 675 del Código Civil, a favor de la segunda fideicomisaria, puesto que el testamento no puede contener una voluntad posterior a su otorgamiento, si existe variación de las circunstancias entre su formalización y la muerte del testador.

Y ello en base a varias razones:

1ª.- La eficacia del testamento para su autor desde el momento en que se otorga.

2ª.- La posibilidad de revocar el testamento en cualquier momento; si su intención era otra diferente, podía haberlo hecho constar en otro testamento posterior. Su silencio, o su inactividad, debe entenderse como contrario al cambio de voluntad.

3ª.- El llevar a cabo una interpretación del testamento basándose en hechos posteriores a su formalización, e incluso posteriores al mismo fallecimiento, es contrario al artículo 675 del Código Civil.

4ª.- Cabe admitir una prueba extrínseca de que la voluntad del testador era otra, pero siempre que esta modificación de la voluntad sea conciliable con el tenor literal de la disposición testamentaria.

Quede claro que el propio Tribunal Supremo ha admitido el recurso a los medios externos o extrínsecos al testamento en supuestos en los cuales

existía algún documento formalizado por el mismo testador y acreditativo, naturalmente, de su cambio de voluntad con respecto a la formulada en el testamento.

Por ejemplo, en Sentencia de 13 de febrero de 1943, consideró como una prueba extrínseca de su cambio de voluntad una escritura pública por la que el causante manifestaba su deseo de nombrar heredero a un niño que había adoptado con posterioridad al fallecimiento de su esposa, quien figuraba instituida como única y universal heredera en el testamento vigente y no revocado tras la premoriencia de ésta.

De igual modo, en la mencionada Sentencia de 19 de diciembre de 2006, admitió como prueba extrínseca la tarjeta de visita, en unión de la carta que la acompañaba, que el testador había remitido por correo urgente a su heredero, ya que cumplía todas las formalidades legalmente previstas para ser considerada como un testamento ológrafo, revocatorio del abierto que había sido otorgado.

Por otro lado, en Sentencia anterior, de 24 de mayo de 2002, en la que se discutía la validez de un legado por el que se atribuía a la segunda esposa del testador la participación ganancial que a éste correspondía en un inmueble que en el Registro de la Propiedad figuraba como presuntamente ganancial cuando, en realidad, era privativo del causante puesto que lo adquirió en estado de viudo de su primera esposa, nuestro más Alto Tribunal acudió no sólo al tenor literal de la disposición testamentaria, sino también a una interpretación personalísima o psicológica, con la finalidad de averiguar la verdadera voluntad del testador, siempre que ésta resulte de circunstancias claramente apreciables, incluso exteriores al propio testamento.

Y concluyó diciendo que la verdadera voluntad del finado era que el bien objeto de litigio pasara a ser íntegramente del dominio de su cónyuge, por lo que se declaraba la validez del legado, comprensivo del pleno dominio del inmueble, y se especificaba que la interpretación de las disposiciones testamentarias es competencia exclusiva de los Tribunales de Instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas en casación, salvo que resultaren ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley.

Se considera perfectamente lícito valerse de pruebas extrínsecas al testamento, basadas en vivencias y actuaciones del testador posteriores al otorgamiento de la disposición testamentaria, para hallar la verdadera voluntad de éste.

ESPINOSA INFANTE¹⁵ cita dos ejemplos formulados por otros autores:

- DANZ expone el caso de un testamento en el que se legaba una "bodega", que era el nombre empleado por el testador para designar a su biblioteca, por lo que se interpretó que ésta era en realidad el objeto del legado.

-Y RHEINSTEIN alude a otro testamento por el que el otorgante legó todos sus bienes a una fundación benéfica londinense, cuando en el lugar de Escocia en donde siempre había residido existía una fundación semejante y con una denominación parecida; el intérprete del testamento debía decidir cuál de las dos fundaciones era la beneficiaria, teniendo en cuenta que durante su vida el ordenante del legado había favorecido a la del lugar de su residencia.

En todo caso, la interpretación del testamento, si se discute la verdadera voluntad del testador, debe realizarse por el Tribunal al que se encomienda tal decisión, pero insistimos en que el acudir al Juzgado ha de ser el último remedio por las razones que ya hemos alegado.

E).- ANÁLISIS DEL CÓDIGO CIVIL.

Haciendo un recorrido por el Código Civil, se observan ciertas reglas de interpretación de los testamentos, de las cuales incluso podría deducirse una doctrina general, aplicable a cualquier supuesto en el que se dude de la verdadera voluntad del otorgante:

e-1.- El artículo 747 del Código Civil contempla el supuesto de que el testador disponga, de forma indeterminada y sin especificar su aplicación, de todos o parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma.

En este caso, el legislador propone como solución que los albaceas vendan los bienes y distribuyan su importe: una mitad al Diocesano para que lo destine a tales sufragios y a las atenciones y necesidades de la Iglesia; y la otra mitad al Gobernador Civil para que los aplique a los estable-

¹⁵ Espinosa Infante, José Miguel.- "Derecho Civil.- Derecho de Sucesiones".- Páginas 75 y 76.

cimientos benéficos del domicilio del difunto y, en su defecto, para los de la provincia (hoy las funciones del Gobernador Civil han sido asumidas por el Delegado del Gobierno o, en aquellas Comunidades Autónomas a las que se haya conferido competencias en materia de beneficencia, como, por ejemplo, la navarra, al Organismo autonómico competente).

Este precepto debe ser interpretado de forma restrictiva y considerado como subsidiario o supletorio de la voluntad del testador, ésta siempre preferente. Sólo será de aplicación en caso de que tal voluntad adolezca de falta de claridad o de imprecisión.

Pero, ¿y si en el testamento no se designaron albaceas? ¿Cómo se da cumplimiento a lo ordenado por el otorgante?

La DGRN, en una Resolución de 3 de febrero de 1928, estudió una disposición testamentaria en la que se instituía heredero al esposo y en la que se ordenaba que, al fallecimiento de éste y con la mitad de sus bienes, se dijese misas por el bien de las almas de ambos, testadora y heredero.

El Centro Directivo aplicó este artículo para señalar, mediante una interpretación literal, que se refería exclusivamente a las misas que debían aplicarse por el bien de las dos almas, por lo que no era preciso hacer entrega de la mitad de las cantidades obtenidas para este objeto al Gobernador Civil y, por tanto, el Diocesano estaba obligado a aplicar todo el importe heredado "a los indicados sufragios".

Por otro lado, es interesante observar la importancia que el Código asigna a las funciones que deben ejercer los albaceas, verdaderos "alter ego" del testador.

El albacea y el contador-partidor son dos instituciones clave en nuestro Derecho, si bien desconocidas para la mayoría de los ciudadanos.

Su intervención en numerosas particiones hereditarias ha sido, en ocasiones, denostada, vilipendiada y objeto de impugnación ante los distintos órganos jurisdiccionales, como se pone de manifiesto en la copiosa jurisprudencia al respecto.

Se les ha criticado porque, en la mayor parte de los casos, el cargo recae sobre personas con escasa o nula preparación jurídica, aunque también se ha admitido que puedan acudir a auxiliares, tales como abogados o notarios, que lleven a cabo las operaciones particionales que les hubiere encomendado el testador.

La muerte es un fenómeno que ha preocupado, de una forma u otra, a todos los pueblos a lo largo de la historia y que las religiones han tratado de explicar de maneras muy diferentes; la muerte es algo aleatorio, pero, a la vez, imprevisible; puede acaecer en el momento más inesperado y sorprendernos sin que tengamos siquiera estudiado ni previsto el destino que queramos darle a nuestros bienes materiales.

Por ello, es esencial la posibilidad que el Derecho concede de nombrar a una persona que pueda ejecutar nuestra última voluntad, que ponga de acuerdo a nuestros herederos si éstos no estuvieren conformes con el reparto de los bienes y que siga las instrucciones que plasmemos en nuestras disposiciones testamentarias.

Consideramos que estas figuras del albacea y del contador-partidor están siendo infrautilizadas por la mayor parte de la ciudadanía y creemos que ello se debe, sin duda, al profundo desconocimiento que existe acerca de las funciones que pueden llevar a cabo y de la desconfianza que su intervención provoca en los herederos.

Estas instituciones, deficientemente reguladas en nuestro Derecho Civil común y fuertemente criticadas por parte de la doctrina jurídica, siguen teniendo gran aplicación en la práctica (sólo deben observarse los numerosos testamentos en los que son nombrados) y continúan siendo objeto de regulación en los Derechos Forales (piénsese, por ejemplo, en la legislación catalana); y lejos de ser abandonadas por los legisladores, éstos se valen de ellas para solucionar problemas que sólo podrían resolverse si se acudiera a los Juzgados y Tribunales.

En este caso concreto, la institución del albacea es esencial para lograr una correcta interpretación y aplicación de la disposición ordenada por el testador.

Y esta digresión viene a colación porque, en esta materia de ineficacia sobrevenida del testamento que nos ocupa, la DGRN, en la importante Resolución de 26 de febrero de 2003, consideró que el contador-partidor nombrado por el testador estaba plenamente facultado para apreciar la eficacia del divorcio en relación a la pérdida de los derechos legitimarios del cónyuge viudo, pero no tenía facultades para entender revocada una disposición testamentaria.

Además, en la Resolución de 29 de junio de 2015, sobre la que luego hablaremos, la DGRN dice expresamente que “a falta de otras manifestaciones en el testamento, y no habiendo albacea ni contador-partidor desig-

nado que pueda ayudar a la interpretación de la voluntad del causante, la literalidad de estas cláusulas debe ser regla interpretativa del testamento”.

e-2.- El artículo 749 del Código Civil nos dice que "Las disposiciones hechas a favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, se entenderán limitadas a los del domicilio del testador en la época de su muerte, si no constare claramente haber sido otra su voluntad.

La calificación de los pobres y la distribución de los bienes se harán por las personas que haya designado el testador; en su defecto, por los albaceas; y si no los hubiere, por el Párroco, el Alcalde y el Juez Municipal, los cuales resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran.

Eso mismo se hará cuando el testador haya dispuesto de sus bienes en favor de los pobres de una parroquia o pueblo determinado".

A sensu contrario, si consta claramente la voluntad del testador, no habrá discusión posible; de ahí la gran trascendencia de la correcta redacción de los testamentos abiertos.

La misma DGRN, en Resoluciones de 25 de septiembre de 1987 y 29 de junio de 2015, dice que en un testamento autorizado por Notario, las palabras que se emplean en su redacción tienen el significado técnico que les asigna el Ordenamiento Jurídico, puesto que la preocupación del Notario debe ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje.

Pero si existen dudas, el Código Civil presume que la voluntad testamentaria era la de beneficiar a los pobres más próximos al testador, aquellos con los que presentase unos vínculos más estrechos, que es precisamente el criterio seguido por la doctrina moderna y por la legislación más reciente.

Piénsese, por ejemplo, en el fundamental Reglamento del Parlamento Europeo 650/2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo, que considera como ley aplicable a la sucesión, la del Estado con el que el difunto tenía una vinculación manifiestamente más estrecha.

En todo caso, será preferente lo dispuesto por el testador; y si del testamento se deduce algún indicio que delate la designación específica de los pobres a los que se pretende favorecer, el testamento se completará median-

te las pruebas extrínsecas que se practiquen, con preferencia a lo que determinen las personas nombradas por el testador para calificar a los pobres y para distribuir los bienes entre ellos.

e-3.- El artículo 751 del Código Civil señala que "La disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado".

Es otro precepto, al igual que los anteriores, que intenta concretar lo indeterminado por el testador y que tiene por finalidad mantener la validez de la disposición testamentaria y la prevalencia de la voluntad del otorgante.

No obstante lo dispuesto en el artículo 954 Código Civil, en sede de sucesión intestada, según el cual más allá del cuarto grado en línea colateral no se extiende el derecho de heredar abintestato, la doctrina entiende como parientes incluso a aquellos que sobrepasen este cuarto grado, ya que donde la ley no distingue, el intérprete no debe distinguir; esto es, aunque no sean herederos intestados, sí son parientes en sentido estricto, por lo que heredarán los parientes consanguíneos por el orden legalmente establecido, mientras que los colaterales a partir del cuarto grado observarán la regla prevista en el artículo 921 del Código Civil ("En las herencias, el pariente más próximo en grado excluye al más remoto...").

e-4.- Según el artículo 769 del Código Civil, "Cuando el testador nombre unos herederos individualmente y otros colectivamente, como si dijere: Instituyo por mis herederos a N. y a N. y a los hijos de N., los colectivamente nombrados se considerarán como si lo fueran individualmente, a no ser que conste de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador".

Este precepto aplica el principio de participación por igual, establecido en el artículo 765 para la institución de heredero sin designación de partes, y se basa en una presunción de la voluntad del testador, pero ha sido muy criticado, dividiéndose la doctrina entre aquellos que piden una redacción diferente del precepto que remita a las normas generales de interpretación del testamento (MUCIUS SCAEVOLA) y aquellos otros que abogan incluso por la supresión del artículo (ALBALADEJO).

Sólo nos interesa reseñar que la exigencia de claridad de que habla el inciso final de esta norma no debe equipararse con total y absoluta constancia, porque bastará que figure su voluntad, incluso mediante el empleo de pruebas extrínsecas, de la que pueda desprenderse la intención de instituir por estirpes, y no por cabezas, a los colectivamente llamados.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de julio de 1904, consideró que estaban instituidos de forma conjunta en una parte de la herencia los llamados colectivamente, todos ellos de la línea paterna, frente a la institución de heredero, en la otra parte, del llamado de forma individual, que era el único pariente de la línea materna.

e-5.- El artículo 770 del Código Civil dice que "Si el testador instituye a sus hermanos, y los tiene carnales y de padre o madre solamente, se dividirá la herencia como en el caso de morir intestado".

Es otra norma interpretativa, que presume la verdadera voluntad del testador, salvo, naturalmente, que concurren manifestaciones o datos extrínsecos que demuestren lo contrario, y que sigue el mismo criterio que para la sucesión intestada establecen los artículos 949 y 950 del mismo Cuerpo legal.

F).- DERECHO COMPARADO.

Después de este breve recorrido, simplemente hemos de apuntar que, en el Derecho comparado, las posturas sobre el particular se encuentran muy divididas, aunque algún Tribunal español, como, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Granada, en su Sentencia número 262/2010, de 11 de junio, en apoyo de la tesis que alega para la resolución del asunto, haya señalado que "todo el Derecho comparado es acorde con la resolución que vamos a adoptar en esta alzada".

En el caso concreto, se consideró ineficaz la disposición primera de un testamento, en el que se legaba a la esposa el usufructo vitalicio y universal, que había sido otorgado en 1983, decretándose la separación judicial en 1993 y acaeciendo el fallecimiento en 2007.

Como veremos a lo largo de nuestro estudio, hay países que prevén como efecto de la separación, nulidad o divorcio la total ineficacia de la disposición testamentaria a favor del viudo, pero muchos otros, como, por ejemplo, Argentina, Austria, Holanda o Francia, no consideran revocado el testamento en estos supuestos de crisis conyugal.

Incluso en algunos ordenamientos, como el vigente en la provincia de Ontario (Canadá), se establece una ficción de premoriencia; esto es, se considera al divorciado como premuerto, por lo que todas las disposiciones testamentarias a su favor se entienden completamente revocadas.

G).- DERECHOS FORALES.

Pero aún hay más; por ejemplo, en aquellos Derechos Forales en los que se admite la sucesión contractual o la formalización de los testamentos mancomunados o de hermandad, la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias en los casos de crisis matrimonial es generalizada:

1.- En ARAGÓN, el artículo 404 del Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, dice expresamente que "Salvo que del contrato resulte otra cosa, las atribuciones sucesorias pactadas entre cónyuges quedarán sin efecto si, al fallecimiento de uno de ellos, estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin".

Este precepto trae causa del artículo 89 de la hoy derogada Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, que no incluía la frase "a instancia de uno o ambos cónyuges", pero en ambas redacciones se da preferencia a la interpretación literal, porque del contenido testamentario puede deducirse la voluntad de mantener la atribución sucesoria a favor del cónyuge, aunque ya no lo sea, pues la voluntad del testador es la ley suprema de la sucesión.

2.- En CATALUÑA, el artículo 431-17 del Libro IV del Código Civil catalán establece, en su primer párrafo, que no altera la eficacia del pacto sucesorio la nulidad del matrimonio, la separación matrimonial, el divorcio o la extinción de una pareja estable de cualquiera de los otorgantes, salvo que en el contrato se haya pactado otra cosa.

Es decir, los pactos sucesorios se consideran, en principio, plenamente eficaces incluso en estos casos de crisis del matrimonio o de la convivencia entre los miembros de una unión estable de pareja.

Por excepción, el párrafo segundo de este precepto considera ineficaces los heredamientos o las atribuciones particulares que se hagan a favor del cónyuge o del conviviente en una pareja estable, o de los parientes de éstos, en los supuestos de separación, judicial o de hecho, divorcio o nulidad del matrimonio y en aquellos casos en que, en el momento del fallecimiento, se hallare pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad, salvo que haya existido previa reconciliación, las partes hayan convenido lo contrario o ello resulte del contexto del pacto sucesorio.

Ha suscitado cierta polémica la expresión "parientes de éstos", en el sentido de discernir si entre los parientes del cónyuge se tienen en cuenta los hijos comunes habidos con el otro otorgante.

La cuestión es trascendental, puesto que si incluimos entre los parientes a los hijos comunes, la regla general prevista en el primer párrafo de estabilidad del pacto sucesorio quedaría desplazada; es decir, serían ineficaces las disposiciones a favor de los hijos del anterior matrimonio o a favor de los hijos de la unión estable que estuviere en crisis, por ser los hijos de aquel matrimonio o de aquella unión parientes del cónyuge o del conviviente.

No parece lógica esta interpretación, porque la intención (presunta, no expresa) del legislador es mantener la eficacia de los pactos sucesorios, incluso en estas situaciones de crisis matrimonial o de convivencia, y velar por los derechos que, en las sucesiones de ambos cónyuges o miembros de la pareja, ostenten los hijos comunes.

Una interpretación diferente podría ocasionar graves problemas en aquellos casos en que uno de los otorgantes del pacto sucesorio tenga, con posterioridad, más hijos o descendientes, los cuales podrían impugnar la eficacia del contrato por no considerar como parientes a los hijos comunes.

Habría que restringir, pues, la expresión "los parientes de éstos", excluyendo de su ámbito de aplicación a los hijos comunes de ambos contratantes.

BRANCÓS NÚÑEZ¹⁶ propone, como solución, sustituir la redacción vigente por la de "los parientes que lo sean solamente de éstos" (del excónyuge o del exconviviente) y advierte de la necesidad de regular en los pactos sucesorios esta previsión de crisis matrimonial o convivencial.

3.- En GALICIA, el artículo 187 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil gallego, modificada por la Ley 10/2007, de 28 de junio, permite, a los otorgantes del testamento mancomunado que fueran esposos, establecer disposiciones correspectivas, entendiéndose por tales las de contenido patrimonial cuya eficacia estuviera recíprocamente condicionada por la voluntad expresa de los mismos, si bien advierte que, en caso de duda, esta correspectividad no se presume; debe ser expresa, al igual que en Aragón.

¹⁶ Brancós Núñez, Enric.- "Sucesiones.- Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña".- Comentario al artículo 431-17.- Incidencia de crisis matrimoniales o de convivencia.- Página 873.

Y el artículo 208 dice literalmente lo que sigue: "Salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones a favor del cónyuge no producirán efecto si, al fallecer el testador, estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin. Tampoco producirán efectos en los casos de separación de hecho entre los cónyuges".

De estos preceptos se deduce que sólo los testadores que estuvieren casados entre sí, podrán establecer disposiciones correspectivas. Es decir, es condición inexcusable de esta correspectividad el matrimonio entre ambos testadores, que se considera como causa remota de tales disposiciones testamentarias. Pero, además, éstas deben ser recíprocas y condicionadas; no se habrían dictado sin las del otro testador.

Y dejan siempre a salvo la posibilidad de que del testamento resulte otra cosa, en clara referencia al consagrado principio del "favor testamenti".

4.- En NAVARRA, el primer párrafo de la Ley 201 del Fuero Nuevo de Navarra, introducido por la Ley 5/1987, de 1 de abril, señala que "Si el testamento de hermandad se hubiera otorgado por marido y mujer, la sentencia posterior de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación produce la ineficacia de las liberalidades que en él se hubieran concedido los cónyuges y de las demás disposiciones que uno de los testadores hubiera establecido sobre su propia herencia y que tenga su causa en las disposiciones del otro".

Al respecto, es interesante destacar el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 1/2002, de 8 de abril de 2002, en el que se sometió a discusión si la institución de herederos en un testamento de hermandad a favor de los seis hijos comunes del matrimonio disuelto por divorcio se realizó en atención a la hecha por el otro cónyuge, en cuyo caso la disposición testamentaria se convertiría en ineficaz, o, por el contrario, se hizo con independencia de aquélla, en cuyo supuesto debía considerarse subsistente.

En el supuesto objeto de discusión, dos personas de vecindad foral navarra, casadas desde 1949, otorgaron testamento de hermandad en 1973, en el que se instituyeron recíprocamente, en pleno dominio y en libre disposición; y en caso de comoriencia o, tras el fallecimiento del sobreviviente sin haber otorgado éste nuevo testamento, instituyeron herederos, por partes iguales, a todos sus hijos, habidos y por haber, de su matrimonio actual.

En 1992, el Juzgado de Primera Instancia de Pamplona declara el divorcio del matrimonio.

En 1999, fallece el marido y rige como título de su sucesión el mencionado testamento de hermandad.

En el año 2000, se otorga escritura de partición de su herencia, en la que los hijos se repartieron los bienes relictos por iguales partes y su madre, divorciada del causante, reconoció que el testamento de hermandad era ineficaz por la disolución del matrimonio acaecida.

El Registro de la Propiedad denegó la inscripción de la escritura porque entendió plenamente aplicable la Ley 201.1 del Fuero de Navarra; es decir, el divorcio llevaba consigo la ineficacia del testamento en cuanto a la institución recíproca entre los testadores y, también, respecto del llamamiento a favor de los hijos comunes, por considerar que eran disposiciones correspectivas. Era precisa, por tanto, la apertura de la sucesión intestada.

El Notario autorizante de la escritura recurrió la calificación, puesto que consideraba que la ineficacia del testamento sólo alcanza a la institución recíproca de herederos entre los cónyuges, pero no a la institución a favor de los hijos comunes, puesto que este último llamamiento no guardaba relación con el matrimonio, no era una disposición correspectiva.

El Alto Tribunal navarro concluyó diciendo que la declaración de ineficacia no afectaba a la totalidad del testamento de hermandad, sólo a determinadas disposiciones, por lo que el divorcio de los cónyuges testadores es causa de ineficacia sobrevenida del llamamiento sucesorio entre ellos, pero no contamina de ineficacia al restante contenido testamentario, declarando plenamente eficaz el llamamiento a favor de los hijos comunes e inscribible la escritura en el Registro de la Propiedad.

5.- En el PAÍS VASCO, la derogada Ley 3/1992, de 1 de julio, en el ámbito de aplicación del Fuero de Vizcaya, únicamente establecía, en el párrafo segundo del artículo 51, que "La revocación unilateral del testamento mancomunado, o de cualquiera de sus cláusulas, hará ineficaces todas sus disposiciones".

En cambio, en su artículo 174, en el ámbito del Fuero Civil de GUIPÚZCOA, redactado por la también derogada Ley 3/1999, de 26 de noviembre, establecía que "1.- Las sentencias de nulidad del matrimonio, de divorcio y de separación harán ineficaces las liberalidades que los cónyuges se hubieren concedido en el testamento mancomunado. 2.- También provocarán la ineficacia de las disposiciones que cualquiera de los consortes hubiere realizado sobre su propia herencia, siempre que tuvieren su causa en las disposiciones del otro. 3.- Se presume, salvo prueba en contrario, que

tienen esta naturaleza correspectiva todas las disposiciones de carácter patrimonial contenidas en el testamento mancomunado".

Tras la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, cuya entrada en vigor ha tenido lugar el 3 de octubre de 2015 y que ha derogado las normas mencionadas, la regulación se contiene en el artículo 28.3, en virtud del cual las sentencias de nulidad, separación o divorcio de los cónyuges dejarán sin efecto todas las disposiciones del testamento mancomunado o de hermandad por ellos otorgado, excepto las correspectivas a favor de un hijo menor de edad o discapacitado.

Es decir, tales disposiciones a favor de hijos menores o con capacidad de obrar modificada judicialmente mantendrán su plena vigencia, sin que se extienda a ellas la ineficacia del resto de las cláusulas testamentarias.

Además, en cuanto a la sucesión por comisario, en cuya virtud el testador podrá encomendar a una o varias personas, entre ellas el cónyuge, la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos, los apartados 3 y 4 del artículo 45 establecen como causas de extinción del poder testatorio la presentación de la demanda de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, después de otorgado tal poder, aunque no se haya dictado sentencia antes de la muerte del causante, y el hecho de que el cónyuge comisario contraiga nuevas nupcias, lleve vida matrimonial de hecho o tenga un hijo no matrimonial, exceptuándose para estos últimos casos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario.

Y en su artículo 46, todavía referido a la sucesión como comisario, concluye que la voluntad del testador prevalece siempre en la interpretación y aplicación de las normas en esta materia establecidas.

En definitiva, en todas las legislaciones forales que admiten el testamento mancomunado o de hermandad, se observa la sanción de ineficacia de las atribuciones sucesorias pactadas entre los cónyuges y de aquellas disposiciones que, en sus respectivos testamentos, se hubieren otorgado entre sí; y ello es debido, sin duda, a la gran dependencia o complementariedad entre tales atribuciones mortis causa, al alto grado de interconexión entre las mismas.

V.- DERECHOS LEGITIMARIOS DEL CÓNYUGE VIUDO

A).- DATOS HISTÓRICOS.

La posición jurídica del cónyuge viudo a lo largo de la historia ha sufrido serios vaivenes, que pueden graduarse en función de las mayores o menores atribuciones que al supérstite o sobreviviente se le conferían en la sucesión hereditaria del cónyuge premuerto.

En el Derecho Romano, por virtud de la “conventio in manum”, que se realizaba mediante un acto religioso, ante diez testigos, con presencia de algún sacerdote y con un sacrificio a los dioses, se producía la incorporación de la mujer a una familia agnaticia en condición de filiafamilias si había contraído matrimonio con el pater familias; y si la mujer era sui iuris, entraba con todo su patrimonio en la nueva familia, pero quedaba sometida al poder omnímodo de su marido; no podía romper por iniciativa propia este vínculo de sumisión, porque ésta era vitalicia.

Otra forma de integración de la mujer, ya en la época de las XII Tablas, consistía en el usus o ejercicio de hecho, por parte de la esposa, de la potestad del marido durante un año consecutivo. Este usus como forma de adquisición de la manus familiar podía ser evitado mediante la llamada “usurpatio trinocitii”, que consistía en el alejamiento durante tres noches consecutivas de la casa conyugal, rompiendo así la convivencia y la continuidad de la vida marital. Como decía GAYO, este usus ya había desaparecido en su época por motivos legales, pero, sobre todo, por su desuso.

Más adelante, con la aparición del matrimonium y la generación de los hijos, la mujer adquiría la misma posición del marido y la cualidad de materfamilias; además, se reconocen a la esposa derechos de sucesión y de alimentos en el seno de la familia del marido. Ya no hace falta que el acto nupcial venga acompañado de la conventio in manum para que exista un matrimonio plenamente legítimo, dotado de efectos jurídicos, pero que carece de la consideración de vínculo contractual.

Por ello, los romanistas consideran como único vestigio de la sucesión entre cónyuges la cuarta concedida a la viuda pobre por las Novellas 53 y 117 del Código de Justiniano, pero, más que un derecho sucesorio, se

trataba de una consecuencia de la deuda alimenticia y un sucedáneo de la dote.

Esta cuarta vidual fue el producto de la adaptación a los supuestos de viudedad en aquellos matrimonios en los que no había intervenido la dote y era diferente de la otra cuarta establecida en la Novella 22, capítulo 18, para la repudiación injustificada, por parte del esposo, en los mismos supuestos.

El reconocimiento de este derecho dependía de la subsistencia del vínculo matrimonial en el momento del fallecimiento, sin que se aclarara en los textos citados si era precisa también la convivencia efectiva de los cónyuges; así, según el capítulo 6 de la Novella 53, “ita vel si perduraverint semper cum eis” (o si se mantiene la forma en que siempre permanece con ellos) o, conforme al capítulo 5 de la Novella 117, “et usque ad mortem cum ea vivens praemoriatur...” (e incluso si a la muerte de un ser que vive con ella muere primero); frases éstas que inducían a confusión.

Desde la aparición del matrimonio, ha sido siempre una obsesión del legislador el articular mecanismos de protección para asegurar la subsistencia digna o decorosa de la mujer o, en general, del cónyuge durante su viudedad, en contraprestación a la convivencia matrimonial mantenida con el premuerto hasta el fallecimiento de éste.

La Ley persigue asignar al viudo atribuciones patrimoniales suficientes, con la finalidad de contrarrestar el desequilibrio económico que puede suponer la defunción de su consorte.

Por ello, siempre se ha dicho que los derechos sucesorios del cónyuge viudo tienen un origen bastante moderno, porque su subsistencia fue atendida en épocas más antiguas por otras instituciones familiares, tales como la dote romana de la mujer, la dote germana del marido o los sistemas de comunidad matrimonial de bienes.

Se dice que un antecedente remoto de los derechos sucesorios del viudo se encuentra en las donaciones nupciales del Bajo Imperio romano; se ha dicho que las reformas en las aportaciones nupciales son la causa de las modificaciones en los derechos sucesorios de la viuda; y, por otro lado, el uso difundido en la época clásica del Derecho Romano de los legados a favor de la mujer se empieza a sustituir por la práctica de las donaciones antes del matrimonio o durante su vigencia, que viene a asumir la misma función.

En el Derecho visigodo, la dote respondía a esta finalidad de atender a la subsistencia de la viuda; dote de la que, en un primer momento, podía

disponer con entera libertad, pero que luego, ya con Chindasvinto, se restringe al supuesto en que el causante no dejase hijos ni sobrinos.

En la Edad Media, los Derechos germánicos, tales como la Lex Wisigothorum, la Lex Baiovariorum o la Lex Burgundiorum), reconocieron ciertos derechos sucesorios entre los cónyuges, como, por ejemplo, el reconocimiento a favor de la viuda de cuotas en usufructo.

En el Derecho Islámico, a pesar de la escasa influencia que tuvo en el desarrollo del Derecho europeo moderno, se instauró un precedente de gran importancia, y no suficientemente reconocido, puesto que se concedió al cónyuge viudo derechos legitimarios en la sucesión del premuerto, consistentes, según los supuestos, en la mitad o en la cuarta parte para el marido y en la cuarta parte o en la octava parte para la esposa.

En España, el Fuero Juzgo, traducción de la Lex Wisigothorum, concedió a la viuda el usufructo de una porción igual a la de cada hijo mientras aquella no contrajere segundo matrimonio. Así, en su Ley XV, libro IV, título II, se dice que si la madre quedare viuda, debe concurrir igualmente a la hacienda, al caudal, con los hijos del padre; si no se casare después de la muerte del marido, debe partir también en todos los frutos del caudal de su marido con sus hijos mientras viviere, pero no los puede vender ni dar a ninguno de los hijos. Y si la madre se casare después de la muerte del marido, desde aquel día en adelante, deberán recibir sus hijos la parte que ella hubiere recibido de la hacienda de su marido si no se hubiese casado.

Con la reinstauración del Derecho Romano, se subordinó toda la organización económica de la familia al sistema dotal y se redujeron los derechos del viudo a la cuarta marital que se concedía a la viuda pobre; así, las Partidas de Alfonso X el Sabio sólo concedían la cuarta marital a la viuda en caso de pobreza.

Esta cuarta viudal se consideraba como una institución cuasifamiliar, sustitutiva de la dote e incluso de las donaciones propter nuptias (donaciones por razón de matrimonio), a la que se confería un carácter indemnizatorio y a la que se atribuía la finalidad de subsistencia de la viuda que quedase en una mala situación económica por la muerte de su cónyuge.

Algunos Fueros Municipales, como los de Salamanca, Cuenca y Ledesma, concedieron al viudo ciertos bienes, que recibía en concepto de viudedad, y autorizaban que se suspendiesen las particiones de herencia mientras viviese el cónyuge sobreviviente y se conservase viudo.

En la época de la codificación, los legisladores, ante la apremiante necesidad de conceder derechos sucesorios al cónyuge viudo, pensaron en concederle una cuota legitimaria en pleno dominio y así se estableció en el Proyecto de 1851 de nuestro Código Civil, cuyo artículo 773 atribuía una porción hereditaria al cónyuge viudo sólo para el caso de que no se hallare divorciado al fallecer el causante o, de estarlo, lo estuviere por culpa del difunto.

Se plantearon dos posibles opciones: establecer cuotas de participación en la herencia, al modo recogido en las antiguas legislaciones visigóticas, o imponer el usufructo universal o el derecho de viudedad, tal y como contemplaban nuestras legislaciones forales.

No obstante la campaña emprendida por Don Joaquín Costa, decidido impulsor del usufructo universal a favor del viudo, el deseo general de llegar a la unificación del Derecho Civil patrio mediante transacciones recíprocas llevó a los propulsores de la codificación a prometer, de forma solemne, la adopción del tipo foral.

De este modo lo expresó ÁLVAREZ BUGALLAL en la redacción del Real Decreto de 2 de septiembre de 1880, por el que se incorporó a la Comisión de Códigos un representante por cada una de las regiones forales, con el encargo de que redactaran unas memorias explicativas de las instituciones que, en su ámbito de aplicación, deberían ser conservadas.

B).- EL CÓDIGO CIVIL.

En 1881, el Ministro de Justicia de la época, Don Manuel Alonso Martínez, presentó al Senado un Proyecto de Bases para el Código Civil, que autorizaba al Gobierno a publicar como Ley el mencionado Proyecto de 1851, con las modificaciones aconsejadas por la experiencia, y a compilar las legislaciones forales en leyes especiales y separadas.

Así, el artículo 819 del Anteproyecto del Código Civil de 1882-1888 excluía de la legítima al cónyuge divorciado, excepto si el divorcio hubiere venido motivado por culpa del premuerto, en cuyo caso el sobreviviente conservaba su derecho legitimario.

Recuérdese que la expresión “divorcio” se entendía referida únicamente a la separación personal de los cónyuges, sin afección del vínculo matrimonial, puesto que el divorcio vincular no se introdujo en nuestro Or-

denamiento hasta la Ley 30/1981, de 7 de julio, con el brevísimo paréntesis que supuso la Ley de 2 de marzo de 1932, promulgada durante la Segunda República, luego suspendida durante la Guerra Civil por Decreto de 2 de marzo de 1938 y más tarde, concluida la contienda, derogada por Ley de 23 de septiembre de 1939.

Tras el cambio de Gobierno en 1882, la resistencia de las Cortes al Proyecto presentado y el temor de restringir en demasía los derechos de los demás herederos, en la Comisión de Codificación prevaleció otro criterio; y, de esta forma, la Base 17 de la Ley de 11 de mayo de 1888, que autorizaba al Gobierno a publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones en ella establecidas, decía expresamente que:

“Se establecerá a favor del viudo o viuda el usufructo que algunas de las legislaciones especiales le conceden, pero limitándolo a una cuota igual a lo que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos, si los hubiere, y determinando los casos en que ha de cesar el usufructo”.

Se trataba, pues, de asegurar al cónyuge viudo una posición cómoda y digna en el hogar familiar.

No cabe duda que la fórmula empleada por el Código Civil español de 1889 supuso un claro avance con respecto al antiguo Derecho de Castilla, pero fue inmediatamente censurada por el estrecho espíritu que la inspiraba, si se la comparaba con la viudedad regulada en los distintos Derechos forales.

El artículo 834 del Código Civil, en su redacción originaria, en la primera edición del Código (que entró en vigor el 1 de mayo de 1889), tenía establecido que “El viudo o viuda que, al morir su consorte, no se hallare divorciado, o lo estuviere por culpa del cónyuge difunto, tendrá derecho a una cuota, en usufructo, igual a la que por legítima corresponda a cada uno de sus hijos o descendientes legítimos no mejorados.

Si no quedare más que un solo hijo o descendiente, el viudo o viuda tendrá el usufructo del tercio destinado a mejora, conservando aquél la nuda propiedad, hasta que por fallecimiento del cónyuge supérstite se consolide en él el dominio.

Si estuvieren los cónyuges separados por demanda de divorcio, se estará al resultado del pleito.

Si entre los cónyuges divorciados hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos”.

Es decir, se concedía al cónyuge viudo que concurriera con descendientes legítimos una cuota en usufructo, que variaba, en cuanto a su cuantía, según el número de hijos y las mejoras dispuestas por el testador.

Esta redacción permaneció vigente hasta la reforma del Código Civil por la Ley de 24 de abril de 1958, en cuya Exposición de Motivos se formulaban como pretensiones de la modificación:

- La de conservar la atribución del haber hereditario al cónyuge viudo en usufructo, pero ampliando con carácter general su cuantía, fortaleciendo así la posición económica y familiar de aquél.

- La de impedir que el mayor número de hijos, exponente seguro necesidad futura, derivase en una progresiva disminución del haber hereditario.

- Y la de conseguir, si no la completa identidad, una deseable aproximación entre el régimen del Código Civil y el de los Derechos Forales, generalmente considerados como más comprensivos y justos en esta materia.

Esta reforma desgajó el artículo 834 en dos preceptos:

Según el artículo 834: “El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”.

Y conforme al artículo 835: “Cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito.

Si entre los cónyuges separados hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos”.

Pero, sobre todo, la reforma de 1958 determinó la cuantía de la legítima del cónyuge viudo de forma variable, en función de las personas con las que concurriera a la herencia; así, estableció los siguientes supuestos:

- Si concurría con hijos o descendientes de su matrimonio con el fallecido, el viudo tendría derecho al usufructo del tercio de mejora.

- En el caso de concurrir con hijos de algún matrimonio anterior del difunto, el usufructo que correspondía al cónyuge viudo recaía sobre el ter-

cio de libre disposición, según el primer párrafo del artículo 836, hoy suprimido como luego se verá.

-Si no existen descendientes, pero concurre con ascendientes del premuerto, conforme al primer párrafo del artículo 837, el cónyuge superviviente tendría derecho al usufructo de la mitad de la herencia; derecho éste que subsiste a la vista de la legislación actual.

-Por último, si concurría con extraños, es decir, sin ascendientes ni descendientes, el viudo tenía derecho a recibir el usufructo de dos terceras partes de la herencia, conforme al artículo 838.

La siguiente reforma del Código Civil, operada por la Ley 13 mayo 1981, contempló el supuesto de concurrencia del viudo con hijos sólo de su consorte, concebidos durante el matrimonio de ambos, en cuyo caso la cuota usufructuaria era de la misma extensión (mitad de la herencia) y recaía sobre el tercio de mejora, gravando el resto el tercio de libre disposición.

Este precepto, que se convirtió en el segundo párrafo del artículo 837 del Código Civil, hoy ya se encuentra suprimido y ha sido muy criticado por la doctrina patria, puesto que no se entendía demasiado bien que un incumplimiento del deber de fidelidad, como suponía el tener un hijo extramatrimonial, supusiera una disminución de la legítima que la Ley asignaba al viudo que concurría sin hijos propios; es decir, en vez de recibir el usufructo de dos tercios de la herencia, si tampoco habían sobrevivido ascendientes del difunto, recibía únicamente el usufructo de la mitad.

No sólo disminuía la cuantía de la cuota legitimaria, sino también era obligado a compartir la herencia con los hijos habidos por su esposo fuera del matrimonio.

Bien es cierto que el precepto estaba complementado por el artículo 840, que permitía a la viuda reclamar la conmutación de su cuota por un capital en dinero o por un lote de bienes hereditarios, pero la elección de una u otra forma correspondía a los hijos no matrimoniales, lo que suponía en la práctica conflictos sucesorios importantes.

Aun siendo verdad que la legítima de los hijos adulterinos quedaba algo comprimida por el usufructo del cónyuge viudo, la razón en que se apoyaba la norma para este caso tan particular tampoco carecía de peso.

Parece lógico pensar que el legislador pretendía alcanzar una situación equitativa que no defraudara los intereses de todos los interesados en la sucesión, puesto que en la legislación anterior no se reconocía derecho alguno a estos hijos adulterinos.

Hubo que esperar a la Ley 15/2005, de 8 de julio (que entró en vigor el 10 de julio siguiente), para que esta sanción que el legislador atribuía al incumplimiento de la obligación de fidelidad cometido por el cónyuge premuerto, y que en la práctica suponía una discriminación para los hijos adulterinos, se suprimiera definitivamente y, desde entonces, el usufructo del viudo tiene siempre la misma extensión en caso de concurrencia con descendientes, sin distinción entre los hijos comunes y los que fueran sólo del esposo fallecido, ya tenidos o no durante la vigencia del matrimonio.

Esta Ley 15/2005, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, tiene una trascendencia fundamental en los derechos legitimarios que corresponden al cónyuge.

Antes de su entrada en vigor (10 de julio de 2005), si el viudo concurría con hijos o descendientes a la sucesión, sólo conservaba la legítima, consistente en el usufructo del tercio de mejora, en los siguientes supuestos:

- Si no se encontraba divorciado por sentencia firme.

- Si su matrimonio no había sido declarado nulo también por sentencia firme.

- O si estaba separado judicialmente por culpa del premuerto.

La DGRN, en importantísima Resolución de 16 de marzo de 2005, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 19 de mayo de 2005, sobre la que luego volveremos, decidió un asunto en que el Registrador de la Propiedad número Tres de Alicante rechazó la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia, porque “falta acreditar que la separación matrimonial del causante no se produjo por culpa del mismo”.

El supuesto era el siguiente:

Fallece Don Teófilo en estado de separado legalmente de sus segundas nupcias con Doña Mariana. En la sentencia de separación, de fecha 28 de enero de 1991, se decía expresamente que aunque no se había probado una conducta injuriosa o vejatoria del marido para con la mujer, sí se consideraba imputable al premuerto la causa de separación prevista en el número

1º del artículo 82 del Código Civil (haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales).

Había otorgado testamento en el que instituyó herederos universales a los siete hijos habidos de su primer matrimonio, quienes procedieron a la partición hereditaria, sin que en ella se tuviera en cuenta ni se reconociera la legítima que, en opinión del señor Registrador, correspondía al cónyuge sobreviviente.

Los herederos interpusieron recurso gubernativo alegando, en síntesis, que ambos cónyuges habían incurrido en causa de separación matrimonial, sin que fuera posible imputar la causa de las divergencias a uno o a otro esposo; es decir, la culpa era imputable a ambos.

La DGRN, a la vista de la redacción que tenía entonces el artículo 834 del Código Civil y la regulación de la separación matrimonial, distinguió entre una regla general (la separación conlleva la pérdida de la legítima para los cónyuges) y una excepción (el cónyuge inocente conserva su derecho a la legítima cuando la separación tenga como causa un hecho culpable atribuible al fallecido); reconoció que coexisten en el Código Civil el sistema de la separación como sanción (a que se refiere la causa 1ª del artículo 82 del Código Civil) y el sistema de separación objetiva o como remedio; y admitió que se tiende a la aplicación de este último sistema.

Sin embargo, en el caso concreto, el Centro Directivo, teniendo en cuenta la culpabilidad del cónyuge fallecido, reconocida por la propia sentencia de separación, concluye que “su viuda conserva sus derechos legitimarios como resulta palmariamente del artículo 834 del Código Civil”.

En definitiva, antes de la entrada en vigor de la reforma del Código Civil por la Ley 15/2005, en caso de separación judicial firme, el cónyuge sobreviviente no culpable de la crisis matrimonial conservaba los derechos legitimarios sobre la herencia del premuerto declarado culpable; esto es, hasta la entrada en vigor de esta Ley, si la separación era por culpa del difunto, el supérstite conservaba sus derechos legitimarios.

Esta Resolución fue muy criticada por la doctrina, sobre todo por la exigencia de acreditar, en caso de separación judicial, al Notario autorizante de la escritura de partición o al Registrador de la Propiedad competente, si había habido o no culpabilidad en el esposo fallecido.

A este respecto, es muy importante traer a colación la Resolución de la DGRN de 23 de abril de 2005 (B.O.E. de 6 de julio de 2005), en la que, a

propósito de una escritura de apertura de crédito con garantía hipotecaria, se hacía constar que el acreditado era una persona “separada” y no se manifestaba que el inmueble, de carácter privativo, no constituía su vivienda familiar habitual.

El Registrador de la Propiedad rechazó la inscripción, puesto que la expresión “separada” no podía equipararse a “separada legal o judicialmente”, en cuyo caso no era exigible referida manifestación.

La DGRN dio la razón al Registrador y realizó una serie de precisiones interesantes para nuestro estudio:

1ª.- El estado civil es un concepto histórico y variable; en la práctica, existen situaciones dudosas, como la separación judicial o la de hecho, que producen determinados efectos jurídicos, diferentes según se trate de una clase o de otra, tanto en el orden sucesorio como en el personal, familiar o incluso en el patrimonial.

2ª.- Cuando se trata de una persona separada legal o judicialmente, ni el Notario ni el Registrador (véase Resolución DGRN 6 de marzo de 2004) pueden exigir manifestación alguna sobre el carácter del domicilio, a los efectos del artículo 1320 del Código Civil (según el cual si se pretende disponer de los derechos sobre la vivienda habitual del matrimonio, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los esposos, será preciso el consentimiento de ambos o, en su defecto, autorización judicial), pero, sin embargo, cuando estamos en presencia de un “separado de hecho”, con los problemas que acarrea el acreditar esta situación fáctica, no existe el control que, para la protección y estabilidad de la familia, supone una sentencia judicial, por lo que se mantiene el fundamento de la norma transcrita.

3ª.- No se precisa acreditar el estado civil de los otorgantes de una escritura; basta la mera manifestación del interesado, puesto que tales datos escapan del control de la fe pública notarial y son extraños a la legitimación registral (cfr. artículo 38 de la Ley Hipotecaria).

4ª.- Y concluye que la seguridad jurídica que se deriva de lo reflejado en los instrumentos públicos, o en las inscripciones registrales, obliga a huir de toda ambigüedad, por lo que es necesario que la expresión “separada” se complete con el añadido de “legal o judicialmente”.

En idéntico sentido se pronunció la DGRN, en Resolución de 17 de mayo de 2005 (B.O.E. de 6 de agosto de 2005), en la que se reitera que la separación de hecho no es un estado civil, pero qué duda cabe que se trata

de una situación cualificada, no equiparable a la separación judicial, por lo que debe determinarse, con exactitud y claridad, cuáles son las circunstancias personales del otorgante de una escritura, por los especiales efectos que el Ordenamiento Jurídico reconoce a los instrumentos públicos y a los pronunciamientos del Registro de la Propiedad.

En la actualidad, tras la Ley 15/2005, por la que se suprimen los listados de causas de separación y divorcio, dejando sin contenido el mencionado artículo 82 del Código Civil, la solución dada por la DGRN en la citada Resolución de 16 de marzo de 2005 hubiera sido muy diferente; esta necesaria objetivación de las sentencias de separación ya se venía observando en nuestra jurisprudencia, en la que se evitaba el reconocer la culpabilidad de uno de los cónyuges en la crisis matrimonial, sobre todo por los problemas probatorios que ello originaba.

Hoy en día, ampliada la libertad de los esposos para solicitar la disolución de su relación conyugal sin tener que alegar causa alguna para ello, el problema ha desaparecido. Es decir:

-El cónyuge sobreviviente divorciado por sentencia firme o cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, también por resolución firme, carece de derechos legitimarios en la sucesión del cónyuge premuerto, sea cual fuere la fecha de su fallecimiento.

-Por el contrario, el cónyuge separado judicialmente por sentencia firme sólo conservará los derechos legitimarios si el fallecimiento de su cónyuge se ha producido antes del 10 de julio de 2005 y la sentencia declara probada la culpabilidad del premuerto; si el óbito ha tenido lugar con posterioridad a esa fecha, poco importa si la sentencia declara la culpabilidad o inocencia del fallecido, puesto que el sobreviviente carece por completo de derechos legitimarios.

En resumidas cuentas, cuando un operador jurídico se enfrente a una sucesión hereditaria en la que el premuerto aparezca en el certificado de defunción como separado judicialmente, si el fallecimiento tuvo lugar antes del 10 de julio de 2005, habrá de recabar la oportuna sentencia de separación para comprobar si el viudo tiene derecho a la legítima del premuerto o, por el contrario, dada la ausencia de culpabilidad de éste, carece de tal derecho.

Hay que recordar, no obstante, que el legislador, tras la reforma del Código Civil operada por la Ley de 7 de julio de 1981 y a la vista de la nueva redacción de los artículos 81 y siguientes, consideraba que la sentencia de separación no debía contener referencia alguna a la culpabilidad de

los cónyuges en la situación de crisis matrimonial, pero, como quiera que, entre las causas del artículo 82, algunas de ellas presumían la culpabilidad, los Juzgados y Tribunales seguían declarando la culpabilidad o inocencia de los esposos.

Por tanto, en aquellas herencias causadas antes del 10 de julio de 2005, el viudo separado judicialmente sólo conservaba la cuota legitimaria si la causa alegada para la separación no implicaba culpa de alguno de los cónyuges, como, por ejemplo, la prevista en la regla 5ª del artículo 82 del Código Civil (cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido), o cuando la separación había tenido lugar por mutuo acuerdo de los cónyuges, según la regla 1ª del artículo 81 de dicho Cuerpo legal.

¿Y si el declarado culpable en la sentencia fue el propio cónyuge sobreviviente? Se consideró injusto que éste, dado su comportamiento y la vulneración de los derechos y deberes conyugales, tuviera derechos legitimarios en tal herencia.

O sea, la supresión de los derechos legitimarios debería ser una sanción a su incumplimiento de los deberes conyugales, pero lo cierto es que, tras la Ley de 7 de julio de 1981, por la que se introduce el divorcio en España, la circunstancia de que un cónyuge sea culpable y el otro inocente tiene escasa importancia en la resolución de las crisis conyugales; es decir, acaecida la separación judicial, aunque la causa fuere imputable a uno de los esposos, podía entenderse que éste no era sancionado con la pérdida de los derechos legitimarios del otro, dada la redacción del artículo 834 del Código Civil.

¿Y si ambos cónyuges hubieran sido declarados culpables de la separación? Debemos entender que, con la antigua redacción del artículo 834, que exige que el sobreviviente sea inocente, no pueden compensarse las culpas entre ambos y carecen por completo de derechos legitimarios en la herencia del otro.

Como decía SÁNCHEZ CALERO, con la nueva regulación de la separación por la Ley de 1981, el legislador ya no busca culpables, no sólo porque, en ocasiones, es extremadamente difícil concretar con certeza quién es el responsable de una crisis matrimonial, sino también porque el fracaso del matrimonio suele tener raíces más profundas que las meras evidencias de tal fracaso, tales como la infidelidad o el abandono, y no siempre el cón-

yuge que incurre en estas conductas es el culpable o, al menos, el único culpable de la separación.

Por ello, los Tribunales, a partir de 1981, no debían perder el tiempo en encontrar el culpable de la separación, sino en resolver el conflicto planteado buscando un grado razonable de equidad y el máximo respeto a la intimidad de las relaciones entre los cónyuges, siempre en beneficio de éstos, sin que fuere necesario que especificaran el castigo que el posible culpable mereciese por su indebido comportamiento.

En suma, se resta importancia a la culpabilidad de los cónyuges en la separación, lo que supone la entrada definitiva en nuestro Ordenamiento de la separación como remedio, de la separación objetiva.

No obstante lo anterior, el artículo 834 del Código Civil, cuya redacción permaneció intocada hasta la reforma de 2005 y en la que aún se hacía referencia a la culpa del difunto, obligaba a tener en cuenta lo dispuesto en la sentencia de separación para determinar si el cónyuge supérstite conservaba o no sus derechos legitimarios.

Incluso en la legislación actual existe algún precepto del Código Civil en los que todavía se concede relevancia a la culpabilidad de los cónyuges, como, por ejemplo, en el artículo 1343, que reputa como causa de ingratitud, para revocar una donación por razón de matrimonio otorgada por los futuros contrayentes, el hecho de ser imputable al donatario, según la sentencia, la causa de separación o divorcio.

Ello ha llevado a la doctrina a discutir si la culpa de que hablaba el artículo 834, antes de su reforma por la Ley de 2005, era determinante para concretar los derechos legitimarios que corresponden al cónyuge viudo en aquellas sucesiones causadas antes del 10 de julio de 2005.

Se observan varias posturas diferentes:

1ª.- Un sector doctrinal entendía que el Código Civil mantenía el sistema de separación como sanción, por lo que era necesario comprobar si la sentencia de separación apreciaba la culpabilidad de alguno de los cónyuges o incluso de ambos.

Si la sentencia consideraba culpable a uno de los esposos, el supérstite inocente conservaba sus derechos legitimarios a la vista del tenor literal del artículo 834; si la sentencia no apreciaba culpabilidad de ninguno de ellos, ambos carecían de derecho a la cuota legal usufructuaria.

CÁRCABA FERNÁNDEZ entendía que los derechos legitimarios sólo recaían en el cónyuge inocente; pero si no se había declarado un culpable y otro inocente, ninguno tenía derecho al usufructo vidual.

Para los autores partidarios de esta tesis, la culpa del difunto a que se refería el artículo 834 sólo era aplicable a las siguientes causas:

- El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal (siempre y cuando no existiere previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue), la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales (artículo 82.1º Código Civil).

- Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar (artículo 82.2º Código Civil).

- La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años (artículo 82.3º Código Civil).

- La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes (artículo 86.5º Código Civil, en sede de divorcio, pero aplicable también a la separación por la remisión expresa que hacía el número 7º del artículo 82).

En todos estos casos, debía darse relevancia a la culpa del cónyuge premuerto para atribuir derechos legitimarios al viudo sobreviviente; pero en los demás supuestos, en los que es prácticamente imposible determinar quién fue el cónyuge culpable y quién el inocente, debe entenderse que ambos carecen de derechos legitimarios.

2ª.- Otros autores, que también concedían importancia a la culpabilidad del premuerto, entendían que solamente puede privarse de la legítima al supérstite culpable de la separación.

Es decir, si la separación fue contenciosa y el Juez declaró la culpa de uno de los cónyuges, el supérstite imputado como culpable carece de derecho a la legítima, pero el inocente conserva su cuota legal usufructuaria. Si la separación fue de mutuo acuerdo, o contenciosa pero sin apreciar culpabilidad de ninguno de los cónyuges, no será de aplicación el artículo 834 y el cónyuge superviviente mantendrá su porción legitimaria.

En esta línea, SERRANO ALONSO entiende que los derechos legitimarios sólo se pierden si la separación ha sido judicialmente decretada y

se ha declarado culpable al cónyuge supérstite; y si el Juez no ha hecho expresa declaración de culpabilidad, los dos esposos conservan sus derechos legitimarios a la herencia del premuerto.

3ª.- Otro sector doctrinal concede nula relevancia a la culpabilidad en el ámbito sucesorio, porque la culpa, tras la reforma de 1981, ya no influye en los efectos de la separación, con lo que ha quedado totalmente superado el sistema de separación como sanción.

Además, el artículo 101 del Código Civil, que otorga el derecho de pensión al viudo, sea o no culpable de la separación, y que permite su transmisión a los herederos, induce a VALLADARES RASCÓN a no considerar razonable atribuir al cónyuge separado derechos legitimarios y, además, el derecho a seguir cobrando la pensión.

Según BOLÁS ALFONSO, tras la reforma de 1981 debe entenderse totalmente suprimida la excepción relativa al cónyuge inocente, pero si hay expresa declaración de culpabilidad del premuerto, el sobreviviente conservará sus derechos legitimarios; postura algo ecléctica, porque parece conferir importancia a la culpa del difunto.

4ª.- GIMÉNEZ DUART consideraba que la redacción del artículo 834 del Código Civil obliga a entender que el viudo, ya esté separado judicialmente, ya se encuentre en situación de separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, no tiene derecho legitimario alguno.

Considera que, ante la falta de testamento, la legítima se recibe por sucesión intestada; y como existe un precepto, como el 945, que excluye al cónyuge que se halla en una de estas situaciones de tal llamamiento, es porque el legislador no quiere concederle ninguna atribución, ni siquiera la legítima, porque, en caso contrario, este último precepto dejaría a salvo lo que por legítima pudiera corresponder al supérstite.

Y, en frase ya clásica, si no se le reconoce derecho alguno en la sucesión abintestato, tampoco puede tenerlo en la sucesión testamentaria, puesto que carecería de sentido que, por el mero hecho de testar, el causante tuviera que respetar unos derechos que no existirían en el caso de fallecer sin testamento.

5ª.- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS se hace eco de la opinión de algunos autores, como REY PORTOLÉS o RUEDA PÉREZ, quienes entendían que todo cónyuge separado judicialmente pierde su derecho a legítima, sin hacer referencia alguna a la culpa o a la inocencia, a lo que PEÑA

responde que esa afirmación es insuficiente, puesto que no habían sido derogados los artículos 834 y 835, que establecen un llamamiento contra la voluntad del causante, por lo que de poco valía invocar lo que, respecto a la sucesión abintestato, señalaba el artículo 945.

6ª.- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, ante la evidencia de que los Tribunales, en las sentencias dictadas a partir de 1981, han proclamado la culpabilidad de uno de los cónyuges, o de ambos, no por propia voluntad, sino por petición expresa del demandante, a quien interesaba acreditar, por los motivos que fueren, que la separación se debía al comportamiento culpable del demandado, hace un listado de supuestos en que la sentencia todavía puede declarar expresamente la culpa de alguno de los interesados:

-Aquellos en que la separación obedezca a las causas previstas en las reglas 1ª, 2ª, 3ª (ya reseñadas) y 4ª (alcoholismo, toxicomanía o perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia), quizá excluyendo el caso de las perturbaciones mentales, en que no se atisba culpabilidad por parte del perturbado.

-Aquellos casos en que el demandante solicite del Juez que se declare la culpa del otro.

-Aquellos supuestos en que el cónyuge demandante acredite que la responsabilidad de la separación recae sobre el demandado.

-Y aquellos casos en que el Juez, considerando probada la culpa de éste, le declare responsable de la separación.

En definitiva, para esta autora, la culpa del difunto aún tiene trascendencia en la determinación de los derechos legitimarios del cónyuge sobreviviente en los supuestos que acabamos de mencionar, pero no en todos ellos, puesto que entiende que si la separación es causal y, a petición del demandante, se declara por el Juez la culpabilidad del demandado, el supérstite conservará su derecho a la legítima por aplicación del artículo 834; en cambio, si la separación ha sido consensual o contenciosa, pero sin que la sentencia declare la culpa del premuerto, por no haberse solicitado expresamente por el demandante, el cónyuge viudo perderá en todo caso sus derechos legitimarios.

La reforma del Código Civil por la Ley de 24 de abril 1958 también trajo consigo que el párrafo tercero del artículo 834 se convirtiera, con al-

gunos retoques, en el artículo 835, que ordenaba esperar al resultado del pleito, si los cónyuges estuvieren separados en virtud de demanda y uno de ellos falleciese durante la tramitación del procedimiento judicial, para determinar si el sobreviviente tenía derechos legitimarios en la herencia del premuerto.

Parecía, pues, que el legislador atribuía legitimación a los herederos de éste para obtener la declaración de inocencia o culpabilidad; clave en aquel entonces para concretar los derechos legitimarios del viudo.

Podía continuarse con el procedimiento a efectos puramente económicos; no se pretende decidir sobre la suspensión de la vida en común de los cónyuges, sino determinar si el viudo o la viuda conservaba o no su derecho a la legítima.

Este precepto no casaba demasiado bien con la redacción dada al artículo 81 de nuestro Código Civil, que permitía, y sigue permitiendo, instar el procedimiento de separación única y exclusivamente a ambos cónyuges o a uno con el consentimiento del otro, en función de la causa de separación que se alegase, sin que pueda incoarlo o continuarlo el representante de cualquiera de ellos ni siquiera el Ministerio Fiscal.

¿Puede continuar la acción el representante legal de un incapacitado; por ejemplo, un tutor?

Según el artículo 267 del Código Civil, el tutor es el representante del incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación. Pues bien, del tenor del artículo 271.6º del Código Civil se deduce que el tutor necesitará autorización judicial para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.

La acción judicial de separación tiene un carácter esencialmente personalísimo, puesto que se persigue una modificación del estado civil y, por tanto, dada su trascendencia, las facultades del tutor no alcanzan a poder ejercitar la acción de separación matrimonial.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de febrero de 1999, en un recurso en interés de ley, aunque la tutora había obtenido la pertinente autorización judicial para interponer, en representación de su tutelada, demanda de separación o divorcio, declaró la imposibilidad de tal ejercicio; resolución ésta que fue muy criticada por la doctrina (por todos, ÁLVAREZ LATA), porque supone una merma muy importante para los derechos de la

persona incapacitada y se considera imprescindible que el tutor tenga legitimación activa para la interposición de la demanda, buscando, en todo caso, el interés del incapacitado y la solución más ajustada a sus circunstancias vitales.

El Tribunal Constitucional, en la importante Sentencia 311/2000, de 18 de diciembre, entendió que había de proteger, en todo caso, el derecho a la tutela judicial efectiva de la persona incapacitada (cfr. artículo 24 Constitución Española) y declaró que se había lesionado este derecho por la negativa a que la tutora pudiera ejercitar dicha acción, lo que supone una inaceptable situación de desigualdad entre los esposos en defensa de sus intereses patrimoniales.

Con apoyo en esta decisión y en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España y en vigor en nuestro país desde el 3 de mayo de 2008, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de septiembre de 2011 (Ponente ROCA TRÍAS), afirmó que los tutores tienen plena legitimación para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre que, previa acreditación del interés del incapacitado en obtener la disolución de su matrimonio, hayan obtenido la pertinente autorización judicial.

En resumen, entendemos que los tutores no sólo están legitimados para interponer la acción de separación o divorcio en representación de su tutelado, sino que también, a pesar de que este supuesto no está regulado en la legislación española actualmente en vigor, pueden continuar el procedimiento en caso de fallecimiento del cónyuge de éste durante la tramitación, con la finalidad concreta y expresa de especificar los derechos legitimarios de su representado en la herencia del premuerto, no para determinar su inocencia o culpabilidad.

Esta afirmación choca de nuevo con el carácter personalísimo de la acción, pues, al pretenderse una modificación del estado civil y al ser aquella irrenunciable, imprescriptible y no susceptible de transacción, no debería permitirse su transmisión ni al tutor ni tampoco a los herederos del premuerto para que continúen con el pleito, toda vez que el matrimonio ha quedado disuelto precisamente por su fallecimiento (cfr. artículo 85 del Código Civil).

Se decía que no hay mayor separación que la provocada por la muerte.

OGAYAR opinaba que, si bien el procedimiento judicial no podía continuar para decidir sobre una separación que ya el fallecimiento se había

encargado de sellar, sí podía proseguirse con el mismo para decretar si el cónyuge viudo era inocente o culpable de la separación y, por tanto, si tenía o no derecho a su cuota legal usufructuaria, siempre que tal petición se cursara formal y específicamente al Juez.

En la redacción originaria del Código Civil, el artículo 106 decía que “El divorcio sólo puede ser pedido por el cónyuge inocente”.

Tras la Ley de 24 de abril de 1958, el artículo 106 sufre una mínima modificación, coherente con la inexistencia en nuestra legislación del divorcio vincular; así, su nuevo texto decía: “La separación sólo puede ser pedida por el cónyuge inocente”.

Con la reforma operada por la Ley 30/1981, el artículo 88 del Código Civil es rotundo al comenzar diciendo que “La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges...”

¿Es aplicable también este precepto para el caso de separación?

O, lo que es lo mismo, si fallece uno de los cónyuges durante la tramitación del pleito de separación, ¿se extingue la acción o pueden continuarla los herederos a los efectos que estimen oportunos?

Siguiendo a PEÑA, al igual que ocurre con la acción de divorcio, la de separación se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges, puesto que carecería de sentido decretar una separación judicial o un divorcio de un matrimonio que ya ha quedado disuelto por el fallecimiento (cfr. de nuevo el artículo 85 del Código Civil). Pero este autor deja abierta la posibilidad de que continúe el proceso para lograr otros efectos distintos, si bien relacionados con la separación judicial.

Al respecto, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de mayo de 1982, después de invocar el carácter personalísimo de la acción de separación, denegó que una hija pudiera continuar con el procedimiento entablado una vez fallecido su padre y, por tanto, rechazó que fuera de aplicación el artículo 835, alegado por la peticionaria; sentencia ésta que, tras la mencionada del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2000, hubiera tenido probablemente una resolución muy distinta.

La Audiencia Territorial de Barcelona, en Sentencia de 20 de junio de 1985, declaró que la muerte de uno de los cónyuges durante la tramitación de un recurso de apelación, interpuesto contra una sentencia de divor-

cio, no conlleva la esterilidad de lo actuado; es decir, no supone la extinción del procedimiento y la total ineficacia de la sentencia de divorcio apelada.

C).- CONCLUSIÓN.

Por todo ello, creemos que debemos distinguir dos supuestos:

1º.- Si el fallecimiento de uno de los esposos tiene lugar antes de que recaiga pronunciamiento sobre la separación o el divorcio, se dará por extinguida la acción (cfr. artículo 88 del Código Civil) y el cónyuge viudo conservará sus derechos legitimarios.

2º.- Si, al tiempo de la apertura de la sucesión, ya se hubiere dictado sentencia estimatoria de la separación o del divorcio y ésta estuviere pendiente de algún recurso, deberá reconocerse la firmeza de tal pronunciamiento, dándose por finalizado el recurso; es decir, el viudo, separado judicialmente o divorciado, ya no tendrá la condición de legitimario y, por tanto, carecerá de derechos en la herencia del premuerto.

En este segundo supuesto, sólo si el fallecimiento hubiere tenido lugar antes del 10 de julio de 2005 y la sentencia hubiere determinado la culpa del fallecido, el separado judicialmente o divorciado conservará su derecho a la legítima, según la antigua redacción del artículo 834 del Código Civil.

Por el contrario, si el óbito ha acaecido con posterioridad a esa fecha, poco importa si la sentencia ha declarado la culpabilidad o inocencia del fallecido, del sobreviviente o de ambos, puesto que el supérstite separado legalmente o divorciado no tendrá derecho alguno a la legítima.

Merece un estudio detenido la Resolución de la DGRN de 25 junio 1997, en la que se discutió la relevancia que para los derechos legitimarios del viudo había de concederse a la admisión por el Juzgado de la demanda de separación, pedida conjuntamente por ambos cónyuges, cuando uno de ellos fallece durante la tramitación del procedimiento judicial.

El asunto tratado fue el que sigue:

Don Manuel, casado y sin hijos, falleció sin testar, habiéndole sobrevivido sus padres, quienes, por virtud de acta notarial, fueron declarados herederos abintestato por partes iguales, sin que se tuviera en cuenta la legítima de la viuda, Doña Blasa, a la vista de una serie de documentos justifi-

cativos de la separación de hecho entre ambos cónyuges, tales como el justificante de una denuncia ante la Policía por abandono del domicilio conyugal, una carta remitida por aquélla, por conducto notarial, en la que reconocía tal situación y el Auto del Juzgado por el que se archivaba la demanda de separación, ratificada por ambos esposos, dado el fallecimiento de Don Manuel.

A continuación, los padres procedieron a aceptar y partir la herencia de su mencionado hijo, adjudicándose, por mitades indivisas, el pleno dominio del único bien relicto: un piso, privativo del premuerto.

El Registrador de la Propiedad denegó la inscripción de la escritura de partición, alegando que en la declaración de herederos no se habían reconocido a la viuda los derechos que a ésta correspondían, al amparo del artículo 837 del Código Civil.

La Dirección General da la razón al Registrador, porque entiende que la pérdida de los derechos legitimarios de la viuda ha de ser consecuencia de una sentencia, al tenor de la redacción anterior del artículo 835 del Código Civil, que exigía esperar al resultado del pleito.

Con la reforma de este precepto por la Ley 15/2005, la solución quizás hubiera sido muy distinta, pero sigue siendo interesante mencionar esta Resolución, no sólo, insistimos, porque las sucesiones causadas antes de la entrada en vigor de referida Ley (10 de julio de 2005) deben regirse todavía por la antigua redacción del artículo, sino, sobre todo, porque contempla dos posibles soluciones a este interrogante:

Con la simple interposición de la demanda de separación o divorcio, ¿pierde los derechos legitimarios el viudo si su esposo fallece durante la tramitación judicial?

La DGRN planteó, en estos casos de fallecimiento de uno de los esposos en el transcurso del pleito, dos opciones:

- Que la ratificación de la demanda de separación amistosa, por ambos cónyuges, tuviera como consecuencia la pérdida de los derechos legitimarios en la sucesión del otro.

- O que se permitiera continuar con la tramitación del procedimiento, pero con reconocimiento expreso de tales derechos hasta que se resolviera definitivamente.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Sentencia de 4 de julio de 2011, conoció de un asunto en el que el esposo había fallecido al día siguiente de la presentación en el Juzgado de la demanda de divorcio contencioso y en el que sus hijas, habidas de un primer matrimonio, pretendieron continuar el ejercicio de la acción con la finalidad de declarar la culpabilidad de la segunda esposa en la ruptura matrimonial y, así, excluirla de su derecho a la cuarta viudal.

El fallecimiento había tenido lugar el 13 de mayo de 2008, antes de la entrada en vigor del Libro IV del Código Civil catalán, relativo a las Sucesiones, que tuvo lugar el 1 de enero de 2009.

La redacción del antiguo artículo 381.1º del Código de Cataluña permitía a los herederos del premuerto proseguir la acción de divorcio, planteada por éste antes de morir y no concluida, a los solos efectos de denegar la cuarta viudal.

La pretensión de las hijas de continuar con el procedimiento encontró un obstáculo insuperable en el artículo 88.1 del Código Civil, según el cual “La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges”.

Pero nos interesa destacar que la alegación formulada por las hijas, en el sentido de que la admisión de la demanda presupone el cese de la convivencia conyugal, no fue considerada de mejor condición, sino igual (*iuris tantum*; admite prueba en contrario), que la presunción de convivencia constante el matrimonio que establece el artículo 69 del Código Civil; y, en el caso concreto, no se probó la culpabilidad exclusiva de la demandada en la ruptura matrimonial, ni siquiera la separación de hecho entre ambos esposos.

También en este caso la solución hubiera sido muy diferente si el fallecimiento hubiera tenido lugar con posterioridad al 1 de enero de 2009, fecha de la entrada en vigor del nuevo Código Civil catalán, puesto que su artículo 452.2, en relación con el artículo 442.6 del mismo Cuerpo legal, entiende hoy suficiente, para privar al cónyuge superviviente de su cuarta viudal, la simple pendencia de la demanda de divorcio el día de la apertura de la sucesión.

Por otro lado, la Audiencia Provincial de La Coruña, en Sentencia de 2 de junio de 2014, discutió la validez de un legado testamentario de la cuota legal usufructuaria ordenado por el esposo a favor de su cónyuge, concurriendo como circunstancias fácticas:

1ª.- Que se había interpuesto demanda de divorcio, con aprobación de medidas provisionales.

2ª.- Que constaba acreditado el cese de la convivencia desde noviembre de 2009.

3ª.- Y que el testador falleció el 17 de marzo de 2011, dos días después de otorgado el testamento, por lo que el Juzgado decretó la finalización del procedimiento.

El Tribunal consideró que si la esposa ya no ostentaba la condición de legitimaria, no podía entenderse que tenía derecho al legado; y que no era aceptable socialmente que una persona que, hacía años, había dejado de convivir con el fallecido pretendiese luego ostentar derechos hereditarios con fundamento en su condición teórica de cónyuge, sin que tampoco fuere aceptable que aquél que está tramitando un proceso de nulidad, separación o divorcio pretenda ampararse en que aún no se ha dictado sentencia firme para negar la ruptura matrimonial.

Además, el hecho de alegar la viuda que no había recaído sentencia firme y que únicamente se encontraban separados de hecho, con la intención de declarar la eficacia del legado, debería complementarse no sólo con una manifestación externa de la reanudación de la convivencia conyugal (no basta el hecho de residir juntos de nuevo), sino también con el desistimiento del procedimiento judicial en curso o con la reconciliación de los cónyuges, debidamente comunicada al Juzgado, según la redacción actual del artículo 835 del Código Civil.

Y el Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de enero de 1962, resume a la perfección el sentir del legislador, al declarar que para que el viudo adquiriera derechos legitimarios, es necesario que subsista el matrimonio con toda su fuerza y validez en el momento del fallecimiento del causante, por lo que, si se ha perdido la condición de cónyuge, no se le puede conceder un derecho legitimario al amparo de una situación jurídica inexistente, por lo que si la muerte acaece antes de que cese la separación, como a ese único momento hay que atender para calificar la capacidad del heredero, es claro que, al no existir tal estado matrimonial, no hay título para que la sucesión hereditaria se produzca.

CAPÍTULO SEGUNDO

I.- LA IMPORTANCIA DEL MATRIMONIO

A).- RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE SUCESIONES Y LA ORGANIZACIÓN FAMILIAR.

Es evidente que el Derecho de Sucesiones, cuya finalidad principal es la de regular el destino del patrimonio de los fallecidos, se encuentra totalmente vinculado con la organización que legislativamente se asigne a la familia, que, sin duda, es el elemento básico de nuestro orden social y jurídico, elemento natural y fundamental de la sociedad (cfr. artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

La familia es el núcleo social primario integrado por personas unidas por vínculos sociales muy fuertes, tales como el conyugal y los de filiación o de sangre; es el medio ambiental natural en donde el individuo consigue el pleno desarrollo de su personalidad (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS¹⁷).

Como bien decía ROCA SASTRE¹⁸, todo Estado racionalmente organizado requiere indefectiblemente una familia robusta, puesto que ella es crisol de virtudes, depósito de tradiciones, seminario de buenos ciudadanos y cantera inagotable de energías sociales.

A ello debemos añadir que para alcanzar ese grado de fortaleza en la familia, el Ordenamiento Jurídico debe ser meridianamente claro a la hora de regular los efectos y las consecuencias de una crisis matrimonial que origina la ruptura de tal institución.

En el Derecho moderno, la familia es una institución esencial, que se halla regulada en todo Ordenamiento Jurídico y que ha resistido, a lo largo de la historia, toda clase de embates y críticas.

¹⁷ Peña Bernaldo de Quirós, Manuel.- “Derecho de Familia”.- Página 11.

¹⁸ Roca Sastre, Ramón María.- “La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho Sucesorio”.- Página 373.

El ideal es la familia apoyada en el matrimonio, puesto que socialmente se percibe a esta institución como el mejor refugio para que los padres críen y eduquen de forma integral a sus hijos y en el que éstos puedan desarrollar libremente su personalidad e integrarse en la sociedad con la que conviven.

El matrimonio es fuente de obligaciones y responsabilidades; es compromiso para con el otro o, en la concisa definición ofrecida por el artículo 1º del antiguo Código catalán de Familia, aprobado por la Ley 9/1998, de 15 de julio (hoy sustituido por el Libro II de su Código Civil), "es una institución que da lugar a un vínculo jurídico, que origina una comunidad de vida en la que marido y mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia".

B).- EVOLUCIÓN DEL VÍNCULO CONYUGAL EN RELACIÓN AL DERECHO DE SUCESIONES.

El matrimonio ha ido evolucionando a la par que la sociedad y en él han influido, qué duda cabe, todos los cambios sociológicos que durante la historia se han ido produciendo.

En el Derecho Romano, el matrimonio tiene un significado básico en el estatuto personal, pero la organización jurídica de la familia no gira en torno a tal institución, sino que tiene su eje central en el pater familias, sobre el que recae un poder omnímodo sobre la mujer y los hijos; poder que, con el tiempo, va perdiendo fuerza y consistencia al reconocer a los demás miembros de la familia una cierta independencia patrimonial: a la mujer, con la calificación de parafernales de sus bienes propios; y a los hijos, con la figura de los peculios.

La aparición del Cristianismo influye, de manera decisiva, en la organización de la familia en torno al matrimonio, el cual se configura como un sacramento que forma una unión indisoluble entre los esposos y, dado su carácter sagrado, se convierte en competencia exclusiva de la Iglesia a la hora de su regulación.

En el Derecho Germánico, es todavía más acentuada la independencia del poder paterno que se concede al hijo en el momento en que éste se casa y forma su propia familia.

En ambas concepciones de la familia, romana y germánica, se otorga una mayor relevancia a la familia amplia, troncal o estable, según la cual la familia constituye una entidad permanente y continuada, que sobrevive a los cambios de su jefe; la muerte del padre es un suceso importante, pero sólo conlleva una sustitución en los cargos de gestor de los bienes familiares; es decir, el fenómeno de la muerte se vive como un mero cambio en la jefatura familiar.

Ello supone un fortalecimiento de los vínculos familiares en torno al cónyuge viudo, el cual estaba obligado a decidir, previa y rigurosa selección, quién era el hijo más adecuado para continuar la gerencia de la casa o patrimonio familiar, por lo que el testamento del primeramente fallecido delegaba en el cónyuge sobreviviente la decisión de elegir heredero entre los hijos comunes.

Como dice GOMÁ LANZÓN¹⁹, fue el autor francés LE PLAY el primer investigador social que estudió la conexión existente entre las estructuras familiares y los sistemas sucesorios, señalando dos tipos de familia: la patriarcal, con su variante de familia troncal; y la familia nuclear o, como él llamaba, “inestable”, que se diferenciaban, sobre todo, por la forma en que era transmitida la propiedad.

Los Derechos sucesorios propios de la familia troncal permitían que se mantuviera el patrimonio indiviso en la persona de un solo heredero; de esa forma, se aseguraba la continuidad del grupo doméstico y la indivisibilidad del patrimonio familiar. El elegido, que en algunos sistemas era el varón, en otros el primogénito y en otros no importaba el sexo, debía contraer matrimonio y residir con sus padres, dejando libertad a los restantes hijos para marcharse del hogar familiar.

Por el contrario, en los sistemas sucesorios en que imperaba la familia nuclear, las normas obligaban a que la herencia fuese dividida, por partes iguales o no, entre determinados parientes, con lo que el patrimonio familiar se desgajaba y se producía la desunión entre los miembros de la Casa, aunque, como bien decía TOCQUEVILLE, esta división del patrimonio familiar, si bien reducía la fortuna y disminuía el apego a la tierra, obligaba

¹⁹ Gomá Lanzón, Ignacio.- “Instituciones de Derecho Privado”.- Tomo V.- Volumen 3º.- Página 609.

a los miembros de la familia a cooperar entre sí, lo que fomentaba la igualdad, principio básico de los regímenes democráticos.

En resumen, la familia troncal o estable es autosuficiente, porque cada uno de sus miembros se sacrificaba por el interés de la comunidad y por el bienestar y desarrollo de las futuras generaciones. En ella, los beneficios que se conceden al viudo o viuda van encaminados a conservar la unidad del patrimonio familiar y a regular sus relaciones con los parientes de sangre de su cónyuge fallecido, como, por ejemplo, a través de los usufructos universales viduales o los regímenes económico-matrimoniales de comunidad.

Sin embargo, la familia nuclear o inestable se caracteriza por el hecho de que el viudo o viuda no tiene un papel preponderante, sino que simplemente se pretende que lleve una subsistencia digna mediante la atribución por Ley de cuotas usufructuarias o por la instauración de un régimen matrimonial de comunidad de bienes o de ganancias, tal y como se observa en el sistema de nuestro Código Civil.

El Código civil español de 1889, fuertemente influido por el Derecho Romano y por las construcciones jurídicas formuladas por los juristas canónico-medievales y germánicos, concede al viudo derechos sucesorios muy exiguos, al considerarle sólo como beneficiario de una participación de la herencia en usufructo, si bien también rechaza expresamente el divorcio, reconoce la competencia de la Iglesia en el matrimonio cuando éste es contraído por católicos y establece ciertas discriminaciones jurídicas, al conferir la jefatura familiar al marido y padre y al excluir de ciertos derechos familiares y sucesorios a los hijos habidos fuera del matrimonio.

La terminación de las Guerras Mundiales y sus fatídicos resultados originaron un movimiento codificador en torno al reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de los individuos.

La familia no podía quedar al margen de tal proceso, que comienza en el ámbito europeo con la Constitución de Weimar de 1919 y culmina en nuestro país con la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, la cual contiene en su articulado varios principios básicos que influirán en la organización jurídica de la familia, tales como el de no discriminación por razón de sexo (artículo 14), la aconfesionalidad del Estado (artículo 16), el derecho a contraer matrimonio e igualdad jurídica entre el hombre y la mujer (artículo 32) y la igualdad de los hijos entre sí (artículo 39).

El Estado laico supera, pues, la fase del matrimonio como sacramento y reconoce la posible separación o disolución del mismo sin exigir dema-

siados requisitos, con lo que tiene lugar una minusvaloración de los principios morales, éticos y religiosos de la sociedad española con respecto al matrimonio y una disminución del número de enlaces conyugales (la tasa de nupcialidad o número de personas casadas por cada mil habitantes era, en 1976, de 14,36 y en 2011 de 7,01; según el dato, elaborado por el Instituto de la Mujer y divulgado por Europa Press en 15 de marzo de 2013, los matrimonios en España se han reducido casi a la mitad en los últimos treinta y cinco años).

Como lógico corolario de la entrada en vigor de la Constitución, en la que se contiene expresamente una reserva de ley formal en cuanto a la regulación de las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos, el Código civil español sufre una de sus más importantes reformas ("una de las más radicales de Europa", dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS²⁰) con las Leyes 11/1981, de 13 de mayo (sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio) y 30/1981, de 7 de julio (de modificación de la regulación del matrimonio en el Código Civil y determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio).

Por dichas disposiciones se somete el matrimonio a la legislación estatal (aunque se permite su celebración en forma religiosa), se admite el divorcio como causa de disolución del matrimonio, se da un tratamiento conjunto a las crisis matrimoniales, se proclama la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer en la patria potestad y en sus relaciones conyugales y se reconoce la igualdad de efectos entre la filiación matrimonial y la no matrimonial, entre la filiación por naturaleza y la filiación por adopción.

Además, en el orden de suceder abintestato se da preferencia al cónyuge sobreviviente sobre los colaterales, hermanos e hijos de hermanos.

La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permite que éste sea celebrado entre personas del mismo o de distinto sexo, con plenitud y con igualdad de derechos y de obligaciones, cualquiera que sea su composición; es decir, los efectos del matrimonio serán únicos en todos los aspectos, con independencia del sexo de los contrayentes.

²⁰ Peña Bernaldo de Quirós, Manuel.- "Derecho de Familia".- Página 18.

La Disposición Adicional Primera de esta reforma señala que todas las referencias que se contengan en nuestro Ordenamiento Jurídico relativas al matrimonio deben entenderse hechas tanto al matrimonio contraído entre personas del mismo sexo como al formado por personas de sexo diferente.

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, introduce, entre las novedades que nos interesan para el objeto de nuestro estudio, las siguientes reglas:

1ª.- Se amplía la capacidad de los cónyuges para solicitar la disolución del vínculo matrimonial; es suficiente con que uno de los esposos no desee la continuidad del matrimonio para que pueda presentar la demanda de divorcio, sin que el Juez pueda rechazar la pretensión, salvo por cuestiones personales, sin que el demandado pueda oponerse por motivos materiales y sin que sea necesario alegar causa alguna, puesto que el propio precepto en que se enumeraban tales causas de disolución, el artículo 82 del Código civil, ha quedado totalmente sin contenido.

La misma Exposición de Motivos dice que la Ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges, en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial, y se pretende dar mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ésta ya no desea seguir vinculada con su cónyuge, en consonancia con el respeto al libre desarrollo de la personalidad que garantiza el artículo 10 de la Constitución Española.

2ª.- Se suprime el procedimiento de "primero separación, luego divorcio", puesto que se admite la disolución del matrimonio por divorcio sin que sea necesaria la previa separación de hecho o judicial (en expresión desafortunada, se permite el llamado "divorcio exprés").

3ª.- Y en materia de derechos sucesorios, sólo conservará su cuota legal -usufructo del tercio de mejora- el cónyuge que no estuviere separado judicialmente o de hecho al día del fallecimiento del otro consorte, según la redacción dada al artículo 834 del Código Civil.

Por último, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, cuya entrada en vigor ha tenido lugar el 23 de julio siguiente, atribuye nuevas competencias a los Notarios, entre las que destaca la de formalizar, en escritura pública, la separación y divorcio de los cónyuges cuando no haya hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente y que, como lógica consecuencia, ha supuesto la modificación,

entre muchos otros, de los artículos 834 y 945 del Código Civil, que simplemente sustituyen el término “judicialmente” por el de “legalmente”.

C).- CONCLUSIÓN.

El matrimonio se ha convertido, por tanto, en un mero acto jurídico de trascendencia esencialmente patrimonial entre los cónyuges, que tiene gran relevancia en materias tales como los derechos hereditarios, la pensión de viudedad con respecto a la Seguridad Social, la imposición fiscal o el régimen económico-matrimonial, y que puede disolverse en cualquier momento por circunstancias sobrevenidas que frustren la pretensión inicial de constituir una comunidad de vida plena, estable y duradera.

En este contexto social en el que vivimos, en el que el matrimonio se observa desde algunos ámbitos como algo superfluo e innecesario, en el que las parejas de hecho avanzan hacia un mayor grado de reconocimiento y una mayor concesión de beneficios y ventajas fiscales, en el que los jóvenes evitan el asumir un compromiso permanente con su pareja, en el que la separación y el divorcio son instituciones fácilmente accesibles para los ciudadanos casados, las situaciones de crisis conyugal son cada vez más frecuentes y provocan consecuencias, en ocasiones no muy agradables, para los propios interesados.

Por otra parte, es evidente la fragilidad, hoy en día, de la institución matrimonial, lo que supone un descenso de los matrimonios que se contraen y, paradójicamente, un aumento de las separaciones o divorcios y, a la vez, se constata, en la realidad social, la frecuencia de olvidos o descuidos que sufren los integrantes de una relación conyugal, en caso de ruptura de ésta, de la modificación o revocación de los testamentos otorgados a favor del otro.

El Derecho debe dar respuesta única y uniforme a estas situaciones y dotar de plena seguridad jurídica a los ciudadanos inmersos en las mismas.

II.- INCIDENCIA DE LOS AVATARES MATRIMONIALES EN LA DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO

Para una mejor sistemática expositiva, distinguiremos las cuatro grandes crisis matrimoniales, como son la nulidad, la separación judicial, la separación de hecho y el divorcio, a las que deberemos añadir las consecuencias que origina la simple presentación o interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio o la reconciliación de los cónyuges posterior a una de estas situaciones.

A).- NULIDAD DEL MATRIMONIO.

Bajo la denominación de nulidad, el Código Civil, en sus artículos 73 a 80, agrupa todos los supuestos de invalidez del matrimonio, a los que también hay que añadir el caso de su inexistencia, proclamado por el artículo 45.1 de dicho Cuerpo legal: "No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial".

Por su parte, el artículo 73.1º declara nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración, el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.

La categoría de la inexistencia, estudiada por la doctrina francesa, se aplicaba, por ejemplo, al matrimonio contraído entre personas del mismo sexo.

Como quiera que la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, admite la celebración de tal matrimonio, debe entenderse la inexistencia reducida a aquellos supuestos en que el acto es celebrado sin consentimiento matrimonial por ninguno de los contrayentes.

La nulidad absoluta tiene lugar cuando el matrimonio no reúne alguno de los requisitos exigidos como esenciales por la Ley o cuando se celebra en contra de una prohibición dirimente; esto es, cuando falta alguna de las condiciones esenciales para que se reconozca el acto celebrado por parte del Ordenamiento Jurídico. Así, se consideran nulos de forma absoluta:

-Los matrimonios celebrados entre parientes en línea recta por consanguinidad o adopción (artículo 47.1º Código Civil).

-Los contraídos entre colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado (salvo dispensa del Juez; cfr. artículos 47.2º y 48 Código Civil).

-Los religiosos que no reúnan las formalidades esenciales establecidas en los artículos 59 y 60 del Código Civil y en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979.

-Los civiles que se contraigan sin la intervención del Juez, Alcalde o funcionario ante quien deban celebrarse, o sin la de los testigos (artículo 73.3º Código Civil).

-Los que incurran en bigamia o poligamia.

Y en la categoría de la anulabilidad, se incluyen todos aquellos supuestos en los que existe un consentimiento viciado, como, por ejemplo, el matrimonio celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento (artículo 73.4º Código Civil), el contraído por coacción o miedo grave (artículo 73.5º Código Civil) o también el que no tenga el contrayente, por razón de su edad, capacidad para su celebración.

En los casos de inexistencia o de nulidad absoluta, la ineficacia del matrimonio es automática, ipso iure, sin necesidad de declaración judicial al respecto; es decir, el vínculo matrimonial es totalmente ineficaz con efecto retroactivo desde el momento de la celebración, por lo que las personas que se encuentren en tal situación carecerán de derechos sucesorios en la herencia del otro, salvo, naturalmente, que se les confieran tales derechos de forma voluntaria en un testamento, que es el objeto propiamente dicho de nuestro estudio.

Y en los supuestos de anulabilidad, la ineficacia no tiene lugar de modo automático; es preciso que se haga valer por la persona que ha sufrido el vicio del consentimiento mediante el ejercicio de la acción judicial de nulidad, pero, en cualquier caso, la ineficacia es absoluta.

No obstante, esta regla de la ineficacia absoluta y ex tunc (con efectos retroactivos) en ambas categorías tiene su excepción en el llamado matrimonio putativo, de origen canónico, aplicado incluso por las Partidas de Alfonso X el Sabio, que presupone la existencia de un matrimonio nulo, al

que, por virtud de la apariencia que le confiere la forma de su celebración, la Ley reconoce una serie de efectos como si fuera totalmente válido, hasta que tenga lugar la declaración de su nulidad, respecto del cónyuge o cónyuges de buena fe y, en todo caso, en relación a los hijos comunes. Es decir, es aquel matrimonio declarado nulo, pero en el que la actuación de ambos contrayentes, o de uno solo de ellos, fue de buena fe.

Dice el artículo 79 del Código Civil que: “La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe.- La buena fe se presume”.

En lo que aquí nos interesa, los derechos sucesorios del cónyuge de buena fe en la herencia del premuerto dependerán del momento en que tenga firmeza la resolución judicial por la que se declare la nulidad del matrimonio putativo:

-Si ésta tiene lugar con posterioridad al fallecimiento, el esposo de buena fe tendrá derechos sucesorios en la herencia del otro.

-Si la firmeza tiene lugar antes del óbito, el cónyuge, aunque fuere de buena fe, no tendrá derecho alguno en la herencia del premuerto.

En definitiva, si el fallecimiento acaece antes de la declaración de nulidad, el cónyuge supérstite habrá adquirido ya el “ius delationis” y conservará sus derechos sucesorios.

Por el contrario, si la muerte tiene lugar después de la sentencia, el viudo, aunque se le considere de buena fe, habrá perdido su condición de cónyuge, con lo que no tendrá derecho alguno a la herencia del premuerto.

Como dice GETE-ALONSO Y CALERA²¹ en el Comentario del Código Civil, editado por el Ministerio de Justicia, el cónyuge mantiene tal condición jurídica desde el momento de la celebración del matrimonio hasta la declaración de nulidad con todas sus consecuencias.

El propio Código Civil, en su artículo 98, faculta al cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo a pedir una indemnización si ha existido convivencia conyugal, pero no existe una disposición semejante en cuanto a la reclamación de derechos legitimarios en la herencia del

²¹ Gete-Alonso y Calera, María del Carmen.- “Comentario del Código Civil”.- Página 332.

premuerto, puesto que debemos entender que un matrimonio declarado nulo es como si nunca hubiere existido.

La nulidad comporta un vicio en el origen, un vicio en el momento mismo de contraer matrimonio, por lo que el viudo no es tal y, por tanto, tampoco puede ser considerado como legitimario.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, en referencia al Derecho catalán, entendió que la doctrina del matrimonio putativo no podía ser aplicable a la sucesión mortis causa en general, por tratarse de una consecuencia posterior a la declaración de nulidad del matrimonio, salvo el caso de que el pleito de nulidad hubiere sido resuelto después del fallecimiento de uno de los supuestos cónyuges, como prevenía el derogado artículo 335 del Código de Sucesiones de Cataluña, que permitía que los herederos que fueren llamados en defecto del cónyuge continuaran el ejercicio de la acción interpuesta en espera de la sentencia para mantener o negar el derecho del cónyuge, según el auto judicial declarara la buena o la mala fe del mismo.

No obstante, conforme al inciso final del artículo 442-6.1 del vigente Código Civil catalán, la sola interposición de la demanda de nulidad del matrimonio supone la falta del derecho a suceder del cónyuge viudo.

Hagamos una breve referencia al Derecho Canónico.

La promulgación de la Constitución Española de 1978 trajo consigo la derogación del Concordato de 1953 y la firma de un conjunto de Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede el 3 de enero de 1979, en los que se permitía a los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho Canónico, acudir a los Tribunales eclesiásticos para solicitar la declaración de nulidad de su matrimonio o para pedir la decisión pontificia sobre el matrimonio rato y no consumado (esto es, cuando el matrimonio canónico ha sido válidamente contraído, pero no se ha realizado de modo humano el acto conyugal de suyo apto para la generación; cfr. canon 1061.1 del Código de Derecho Canónico).

A solicitud de cualquiera de las partes, las resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal Civil competente, entendiendo, con GONZÁLEZ POVEDA, que tales resoluciones se declararán ajustadas siempre que no sean contrarias al orden público nacional español, integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente necesarios para la

conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966).

Los derechos sucesorios del cónyuge en la herencia del premuerto dependerán del momento en que tenga firmeza la sentencia civil o desde la fecha en que la sentencia canónica se declare ajustada al Derecho del Estado, ya que es posible plantear un mismo caso ante ambas jurisdicciones; por tanto:

-Si la firmeza o la declaración de ajuste tienen lugar con posterioridad al fallecimiento, el esposo tendrá derechos sucesorios en la herencia del otro.

-Por el contrario, si la firmeza o el ajuste se producen antes del óbito, el cónyuge no tendrá derecho alguno en la herencia del premuerto.

B).- SEPARACIÓN JUDICIAL O DE HECHO.

Se define la separación como aquella crisis matrimonial en la que tiene lugar la cesación temporal o provisional de la vida en común y en la que se transforma el conjunto de derechos y obligaciones que afectan a los cónyuges, pero, en todo caso, permanece el vínculo conyugal.

Tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, cuya pretensión, según su propia Exposición de Motivos, es que la libertad, como valor superior del Ordenamiento Jurídico español, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio, la separación ha pasado a convertirse en una figura totalmente independiente del divorcio; ya no es un paso previo e inexcusable para solicitar el divorcio.

Además, han desaparecido las causas de separación que establecía el artículo 82 del Código Civil, hoy dejado sin contenido; basta la mera voluntad de uno de los cónyuges para lograr su declaración.

Como dice SERRANO ALONSO, esta reforma supone la concesión, por parte del legislador, de un poder indiscriminado a la voluntad unilateral de una de las partes del contrato matrimonial.

Es suficiente la decisión de uno de los cónyuges para dar por concluida la convivencia o la propia institución matrimonial, sin necesidad de

alegar causa alguna; tras esta reforma, como señala CARRIÓN OLMOS²², “se está en el matrimonio mientras se quiera estarlo”.

El continuar en la convivencia, el mantener la vigencia del vínculo conyugal o el lograr la reconciliación depende, única y exclusivamente, de la voluntad de ambos esposos o de uno solo.

Basta, pues, que se produzca la pérdida del cariño entre los esposos, o que tenga lugar un hecho revelador de la ausencia de afecto entre dos personas unidas en matrimonio, para justificar la separación; el simple hecho de acudir a un Tribunal formulando una demanda contra el otro cónyuge ya es sintomático, revelador de la falta de “*affectio maritalis*”.

El sistema de separación como sanción, basado en la culpa o conducta reprochable de uno de los cónyuges tipificada legalmente, ha pasado a convertirse en un sistema de separación como remedio, que trata de buscar una solución a la ruptura de la convivencia conyugal, considerada ésta como irremediable o inviable, y permitir una puerta de escape a la situación insostenible que para un cónyuge pueda suponer, de manera objetiva y sin su culpa, la conducta del otro.

Esta Ley 15/2005 ha originado, pues, una profunda reforma en nuestro sistema de separación matrimonial, poniendo fin al instaurado por la Ley 30/1981, que consideraba la separación como una vía intermedia para interponer más tarde, un año después de la firmeza de la sentencia, la demanda de divorcio.

Hoy el legislador permite que si uno solo de los cónyuges opta por ejercitar la acción de divorcio, ésta será la pretensión prevalente dada la mayor intensidad de su efecto desvinculatorio.

Pero, en nuestra opinión, la reforma tiene aún mayor calado, sobre todo por lo que se refiere a la posición jurídica del cónyuge viudo en sede de legítima y de la sucesión intestada.

El Código Civil, en su redacción original de 1889, establecía en su artículo 953 que el cónyuge viudo conservaba su legítima cuando concu-

²² Carrión Olmos, Salvador .- “Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2005, por las que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio”.- Diario La Ley. Tomo IV.- Editorial La Ley, 2005. Páginas 1330 a 1336.

rriese con hermanos o hijos de hermanos, pero tanto la doctrina como la jurisprudencia entendieron que el viudo tenía derecho a su legítima en todo caso; es decir, aunque concurriese con descendientes o ascendientes.

La Ley de 24 de abril de 1958 modificó este precepto, que, a partir de su entrada en vigor, tuvo esta redacción: “En el caso de existir hermanos o hijos de hermanos, la legítima que en todo caso corresponde al viudo en la sucesión intestada será la parte en usufructo asignada en el artículo 838”; precepto éste que conserva desde entonces el mismo tenor literal y que establece que “No existiendo descendientes ni ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia”.

La reforma introducida por la Ley de 13 de mayo de 1981, como es sabido, suprimió este artículo 953, pero, sobre todo, mejoró la posición del cónyuge viudo en la sucesión intestada, puesto que, conforme a los nuevos artículos 944 y 945 del Código Civil, en defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, el cónyuge sobreviviente sucedería en todos los bienes del difunto, salvo que estuviere separado por sentencia firme o separado de hecho por mutuo acuerdo que constase fehacientemente.

Pero el olvido que parece sufrió el legislador de 1981, al mantener intacta la redacción que la Ley de 24 de abril de 1958 dio al artículo 834 del Código Civil, según el cual “El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”, provocó numerosos problemas de interpretación de ambos preceptos (834 y 945), que hicieron correr ríos de tinta, dieron lugar a una de las controversias jurídicas más interesantes de nuestro Derecho y originaron numerosos procedimientos judiciales y algunos recursos gubernativos.

En sede notarial y registral, destaca la ya estudiada Resolución DGRN 25 de junio de 1997, en la que se discutió la relevancia que la admisión de la demanda de separación, pedida conjuntamente por ambos cónyuges, tiene con respecto a la legítima vidual cuando uno de los esposos fallece durante la tramitación del pleito.

La demanda fue presentada en el Juzgado por el esposo, con el consentimiento de su cónyuge, y acompañada del oportuno convenio regulador firmado por ambos consortes; además, ya había recaído sentencia de separación que se había comunicado al presentante de la demanda, no así a la esposa por ser desconocido en el domicilio que figuraba en los autos.

No obstante, como consecuencia del fallecimiento del esposo, el Juez había acordado, por Auto ya firme, el archivo de las actuaciones.

Los padres del causante, al haber fallecido éste sin hijos y en trámite de separación, formalizan acta notarial, en la que se les declara herederos abintestato de su premuerto hijo, por partes iguales, y, a continuación, otorgan escritura de partición en la que se adjudican, por mitades indivisas, un piso privativo del mismo.

Una vez presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, se deniega la inscripción porque, a juicio del señor Registrador, no se ha tenido en cuenta la legítima que correspondía a la viuda por aplicación del artículo 837 del Código Civil (derecho al usufructo de la mitad de la herencia), puesto que no se ha acreditado la separación judicial de los cónyuges.

El Notario autorizante de la escritura recurre, alegando que la separación de hecho, por mutuo acuerdo que consta fehacientemente, ha de considerarse incluida, con la separación judicial, en aquellos supuestos en los que, conforme al artículo 834 del Código Civil, cesa la legítima vidual.

La redacción dada al artículo 945 del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, no supuso la modificación del primer precepto, porque ambos artículos regulan hipótesis muy diferentes: el 945, la sucesión en defecto de voluntad del causante; y el 834, la sucesión aun en contra de la voluntad del causante.

El Centro Directivo, tras reconocer que los artículos 834 y 835 del Código Civil, redactados por la Ley de 24 de abril de 1958, habían permanecido inalterados a pesar del cambio fundamental operado en 1981 en la regulación de la separación conyugal, concluye diciendo que la pérdida de los derechos legitimarios ha de ser consecuencia de una Sentencia, por lo que da la razón al Registrador.

Recuérdese que el artículo 835 del Código Civil, cuya redacción proviene del texto original de 1889, pese al simple cambio de ubicación en la reforma de 1958, decía literalmente que “Cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito”.

Nos parece también muy interesante, por la fecha en que se dictó, próxima a la última reforma de 2005, la Resolución de la DGRN de 16 de marzo de 2005, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 19 de mayo siguiente, ya mencionada y que resume la doctrina de este Centro Directivo.

Recordemos que el asunto debatido fue el siguiente:

Un matrimonio se separa judicialmente en 1991. En la sentencia se reseñó que era imputable al esposo la causa de la separación, por incumplimiento de los deberes conyugales, aunque no pudo probarse que tuviere éste una conducta injuriosa o vejatoria.

El marido falleció bajo testamento abierto en el que, tras manifestar que se encontraba separado judicialmente de su segunda esposa, con la que no tuvo descendientes, y tener siete hijos de su primer matrimonio, instituyó herederos a éstos por partes iguales.

Se formaliza la escritura de partición de herencia, en la que sólo intervienen los siete herederos.

Una vez presentada en el Registro de la Propiedad competente, se rechaza su inscripción por no haberse acreditado que la separación matrimonial del causante no se produjo por culpa del mismo, extremo que justificaría la ausencia de legítima.

La DGRN confirma la nota de calificación del Registrador, puesto que el régimen entonces vigente de la separación y su coordinación con el artículo 834 del Código Civil suponen una regla general (la separación trae consigo la pérdida de los derechos legitimarios para los cónyuges) y una excepción (el cónyuge sobreviviente conserva tales derechos legitimarios cuando la separación tiene por causa un hecho culpable imputable al fallecido).

Es decir, si la separación ha tenido lugar por culpa del difunto, el cónyuge supérstite mantiene su derecho a la legítima.

Esta Resolución supuso, en la práctica, la necesidad de exigir, a los interesados en la partición hereditaria de un separado judicial, testimonio de la Sentencia de separación en la que se recogiese su no culpabilidad, puesto que, en caso contrario, es decir, si el fallecido hubiere sido declarado culpable de la separación, era preciso que el sobreviviente compareciese en la escritura y, así, respetar su derecho a la legítima, lo que podría provocar serios problemas para las familias.

Sin embargo, todo ello fue superado por la redacción de los artículos 834 y 945 del Código civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que entró en vigor el 10 de julio de 2005, día siguiente al de su publicación en el B.O.E., que dan a entender que, en la actualidad, el cónyuge separado, ya sea judi-

cialmente o de hecho, no tiene derecho a legítima alguna, tanto en la sucesión testada como en la intestada, ni puede ser considerado en modo alguno como sucesor abintestato del causante.

Como antes se indica, con esta reforma ha desaparecido, afortunadamente, toda referencia a la culpabilidad. Es decir, la exclusión de la legítima viudal se produce por el mero hecho objetivo de la separación judicial, sin que sea preciso pronunciamiento alguno acerca de si la causa de la separación había tenido lugar por culpa del cónyuge difunto o por culpa del superviviente para reconocer a éste, o no según el caso, tal legítima.

Hoy tampoco es necesario que la separación de hecho sea de mutuo acuerdo o conste fehacientemente, pues, según el artículo 945 del Código Civil, en materia de sucesión intestada, no tendrá lugar el llamamiento a favor del sobreviviente si éste estuviere separado judicialmente o de hecho del fallecido.

El problema se planteó durante mucho tiempo con la redacción dada al precepto por la Ley de 13 de mayo de 1981, el cual excluía de la sucesión intestada al separado de hecho por mutuo acuerdo que constase fehacientemente, con lo que se llegaba a situaciones absurdas, puesto que se consideraba con derechos sucesorios al cónyuge cuya separación de hecho hubiere sido libremente consentida sin convenio documentado o derivase de una ruptura unilateral por el fallecido.

DE LA CÁMARA ya anticipaba que lo más racional hubiese sido que el legislador hubiere privado al cónyuge separado de hecho tanto de la legítima como de su condición de heredero intestado; pero lo cierto es que la reforma de 1981 supuso que la separación de hecho no privaba al cónyuge de su legítima y sólo le excluía de la sucesión intestada en el supuesto de que la separación hubiere sido de común acuerdo y constase fehacientemente.

GIMÉNEZ DUART consideraba, anticipándose a la regulación actual, que el viudo, ya sea separado judicialmente, ya sea separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, no tiene derecho a legítima ni tampoco a la sucesión intestada, argumentando que si a falta de testamento la legítima se recibe por abintestato y si hay un artículo, como el 945, que excluye al cónyuge de tal llamamiento, es porque le niega toda atribución, incluida la legitimaria.

De no ser así, el precepto dejaría a salvo lo que por legítima pudiera corresponder al cónyuge viudo.

Y, por tanto, si no hay legítima en el abintestato del fehacientemente separado, tampoco puede haberla en la sucesión testada.

Pero el problema persistía si entre los cónyuges separados de hecho no hubiere mediado mutuo acuerdo que constase fehacientemente; es decir, si no se hubiere plasmado, en un documento que hiciera fe, su voluntad de interrumpir la convivencia; documento que, en la práctica, era evidentemente difícil de formalizar por la situación de crisis que atravesaba el matrimonio.

Como dice la propia Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, estas disposiciones, que han estado en vigor durante casi un cuarto de siglo, han puesto de manifiesto con el tiempo sus carencias y han provocado serias disfunciones.

En definitiva, con esta normativa, se reafirma la idea de que el cónyuge separado judicialmente por sentencia firme no tiene derecho a heredar abintestato a su consorte, por aplicación del artículo 945 del Código Civil y porque el fundamento del llamamiento a la sucesión intestada es el afecto marital y la efectiva existencia de una comunidad de vida; y, además, pierde sus derechos legitimarios, al amparo del artículo 834.

Bastará con aportar testimonio de la sentencia firme para negar tales derechos sucesorios al viudo de un separado judicial.

Y en cuanto a la separación de hecho, es una cuestión fáctica que debe ser, en todo caso, acreditada, lo que provoca serios problemas en los despachos notariales, que deben actuar siempre con extrema prudencia en estos casos.

La separación de hecho empieza desde el mismo momento en que anímicamente se rompe la pareja, pero esto quedará, en la mayoría de los casos, en el mundo interior, debiéndose basar en apariencias externas, a veces muy difíciles de acreditar y que tendrán que resolverse, en ocasiones, en un juicio declarativo, con lo que la desjudicialización y la seguridad jurídica preventiva, tan necesarias en nuestro Derecho, se verían nuevamente atacadas y sacrificadas.

Antes de la reforma de 1981, la separación de hecho no tenía consecuencias prácticas, puesto que podía responder a muy diversas causas y no podía atribuírsele a la misma un efecto tan importante como es el de privar de la legítima al viudo sobreviviente.

Además, la redacción del artículo 835 del Código Civil, que ordenaba esperar al resultado del pleito si los cónyuges estuvieren separados en virtud de demanda, parecía dar a entender que la separación de hecho era ineficaz a estos efectos, pues si tal circunstancia provocaba la pérdida de la legítima, no había que esperar a la conclusión de ningún procedimiento judicial.

Incluso el último párrafo del artículo 855 del Código Civil, según el cual “Para que las causas que dan lugar a la separación personal lo sean también de desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo”, presuponía que no bastaba la simple separación de hecho para privar de la legítima al viudo.

A mayor abundamiento, el propio Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de marzo de 1980, anterior por tanto a la reforma, consideró que la separación de hecho no privaba en ningún caso de la legítima, basándose en el tenor literal de los artículos 834 y 835, que se referían únicamente a la separación judicial, sin mencionar para nada la separación de hecho.

No obstante, en la fundamental Sentencia de 13 de junio de 1986, referida al Derecho foral aragonés, nuestro más Alto Tribunal concedió total y absoluta relevancia a la separación de hecho, como presupuesto para privar a la viuda del usufructo universal de viudedad.

El supuesto fue el siguiente:

Contraído el matrimonio en 1929, los cónyuges se separan de hecho en 1934; consta acreditado que desde 1938 el esposo vivía con el único hijo habido del matrimonio y con otra mujer distinta de su esposa.

Esta situación continúa hasta 1981, año en que tiene lugar el fallecimiento, sin que en el intervalo transcurrido mediara convenio alguno entre los esposos ni acción contraria a tal situación.

En su testamento, el esposo manifestó que se hallaba separado judicialmente, lo que no era verdad, y atribuía el usufructo vitalicio de una casa a la mujer con la que había convivido de hecho durante el largo período mencionado.

La esposa reclamó su derecho al usufructo viudal sobre todos los bienes de su difunto esposo, pero el Tribunal Supremo consideró que tal pretensión de la viuda, después de casi cincuenta años de separación fáctica, era contraria a la buena fe y un anormal ejercicio de un derecho que los Tri-

bunales no debían permitir al amparo del artículo 7.2 del Código Civil; se trataba del ejercicio de un derecho aparente más allá de los límites éticos, teleológicos y sociales, por lo que no se admitió la reclamación.

En otra Sentencia, la de 10 de junio de 1988, aunque no tenía relación con el fondo del asunto puesto que se ventilaba una causa de desheredación de la viuda y de los tres hijos del matrimonio, el Tribunal Supremo consideró que la esposa separada de hecho del premuerto no tenía derecho a legítima y, por tanto, si no era titular de tal derecho, el impugnar su desheredación perdía todo su sentido.

Esto es, se niegan de nuevo los derechos legitimarios al cónyuge viudo separado de hecho.

En Sentencia de 1 de febrero de 2008, la Audiencia Provincial de Madrid resume la doctrina aplicable al artículo 834 del Código Civil, en su redacción anterior a la reforma de 2005, para concluir que tanto el cónyuge separado legalmente como el separado de hecho no tienen derecho a la legítima, salvo que la sentencia haya declarado la culpabilidad del fallecido; cuestión ésta muy difícil de precisar por cuanto en los pronunciamientos judiciales, a partir de 1981, ya no se hacen declaraciones de culpabilidad o de inocencia (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2005).

En el caso concreto, resolvió que el viudo que llevaba separado de hecho más de veintidós años, situación acreditada en el juicio, no podía pretender que se le reconociesen derechos legitimarios en la herencia del cónyuge premuerto, más si se tiene en cuenta la realidad social actual (cfr. artículo 3º del Código Civil).

Es evidente que nuestros Tribunales tienen muy presente la prolongación en el tiempo de las separaciones de hecho para negar al cónyuge superviviente derecho a la legítima que pudiera corresponderle; pero también es cierto que no toda separación física equivale a una separación de hecho. Puede tratarse de una mera crisis pasajera, una situación temporal, un período de reflexión; no un cese efectivo, y con visos de permanencia, de la convivencia conyugal.

Es precisa una prueba inequívoca de tal situación, porque la consecuencia de privar a una persona de derechos en la herencia de otra es devastadora y debe ser objeto de una interpretación estricta, en cuanto restrictiva o incluso supresora de unos derechos individuales.

Pero, como toda situación fáctica, requiere de unos elementos de prueba indubitados, que no ofrezcan duda alguna de la separación de hecho entre ambos cónyuges; cuestión en la mayoría de los casos difícil de acreditar y que, en ocasiones, puede chocar con el respeto que la Constitución otorga al derecho a la intimidad personal y con la protección al honor.

Como bien dice GARRIDO MELERO, el hacer depender la privación de derechos de meras situaciones de hecho conlleva el sacrificio de la seguridad jurídica preventiva y la judicialización de las relaciones de Derecho Privado, toda vez que la cuestión se decidirá en un juicio declarativo.

El legislador no debería consentir que se acuda al Juzgado para decidir sobre el reconocimiento de los derechos legitimarios; debería establecer, de modo inequívoco, las condiciones que ha de reunir una separación de hecho para conferir un efecto tan grave como la pérdida de mencionados derechos.-

Entre tales condiciones, debería incluirse la separación física; es decir, que convivan los cónyuges en domicilios diferentes, sin que los certificados municipales de empadronamiento supongan una prueba concluyente, por lo que, además de la declaración del cónyuge viudo que reclama su derecho, son precisas otras pruebas, como, por ejemplo, las testificales (que, al menos, dos testigos aseveren la certeza de la ruptura de la convivencia conyugal).

Por ello, el documento que debe prevalecer en esta materia de prueba de la separación de hecho no puede ser la sentencia que recaiga tras un procedimiento judicial, toda vez que el retraso en la resolución puede conllevar enormes perjuicios para el que, de buena fe, realice gestiones encaminadas al reconocimiento de los derechos hereditarios que cree le corresponden.

Incluso puede originar, como así ha ocurrido, el efecto tan pernicioso de decretar la nulidad de declaraciones de herederos abintestato o particiones de herencia o, desde el punto de vista fiscal, la liquidación y pago del Impuesto sobre Sucesiones por parte de quien no le correspondía y con el malestar que supone el pedir a la Administración Tributaria la devolución de los ingresos indebidos.

Un documento esencial para acreditar la separación de hecho es el acta notarial de notoriedad, que tiene por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica.

Regulada por los artículos 209 y 210 del Reglamento Notarial, su formalización debería ser complementaria de la partición de herencia por la que se excluya al separado de hecho de los derechos legitimarios que pudieran corresponderle en la sucesión de su cónyuge.

Es evidente que se trata de un documento de gran importancia y, en su redacción, el Notario debe actuar con suma cautela, toda vez que, aunque se permite que el fedatario público pueda practicar, para comprobación de la notoriedad que se pretende, toda clase de pruebas, además de las aportadas por el requirente, es bien cierto que la actuación notarial puede verse condicionada por el silencio o por la falta de colaboración.

Como dice de nuevo GARRIDO MELERO, estamos en un terreno muy frágil y muy delicado para el ejercicio de la función notarial.

La Exposición de Motivos de la Ley 10/1992, de 30 de abril, sobre Medidas Urgentes de Reforma Procesal, constataba cómo el orden civil tiene hoy en día atribuido el conocimiento de asuntos no jurisdiccionales cuya residencia en sede judicial dista de ser obligada.

La atribución de ciertos expedientes a los Jueces tenía sentido en aquellas épocas en las que el tráfico jurídico era mucho menor, la judicialización de la vida social era menos intensa y las garantías ofrecidas por otras instancias eran prácticamente nulas.

Siguiendo el criterio del Consejo de Europa, que recomendaba a los Estados que se eliminasen tareas no propiamente jurisdiccionales del ámbito de actuación de los Tribunales de Justicia, el legislador español consideraba, con razón, carente de sentido el seguir asignando a los órganos judiciales tareas que podían ser realizadas por otros operadores jurídicos.

Esta misma Ley 10/1992 confirma esta tendencia mediante la modificación del artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, por virtud del cual se atribuye a los Notarios la competencia exclusiva para tramitar declaraciones de herederos en aquellos casos en que los interesados en la sucesión intestada eran los ascendientes, los descendientes o el cónyuge viudo.

El Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, introdujo en el Reglamento Notarial el artículo 209 bis, que regula la tramitación de estas actas de notoriedad de declaración de herederos abintestato.

Y la Resolución de la DGRN de 18 de enero de 1993 reconoció, de forma tajante, la competencia exclusiva de los Notarios en esta materia, así como su carácter no jurisdiccional, ya que se trata de una cuestión en la que no existe controversia alguna ni intereses contrapuestos que exijan una resolución judicial; y advertía que tales actas eran un simple expediente, a instancia de uno o varios interesados, por el que se determinaba, en aplicación estricta de la Ley, quiénes eran los llamados a la sucesión de una persona fallecida sin testamento.

En todo caso, se ha señalado por la doctrina que estas actas notariales de declaración de herederos, cuyo éxito ha sido evidente y cuya agilidad y celeridad no han sido suficientemente reconocidas, no producen efecto de cosa juzgada.

Es decir, cualquier interesado que se viera perjudicado por el juicio de notoriedad formulado por el Notario podría acudir a los Tribunales de Justicia y reclamar los derechos que pudieran corresponderle en la sucesión.

Pero lo fundamental, a nuestro entender, es que gracias a la actuación notarial, con una carga de gran responsabilidad, se crea un título de la sucesión hereditaria, así reconocido expresamente por el artículo 14.1 de la Ley Hipotecaria, según el cual el título sucesorio, a los efectos del Registro de la Propiedad, es el testamento, el contrato sucesorio, la declaración judicial de herederos abintestato (cuando los llamados legalmente a la sucesión son los hermanos o sobrinos carnales, hijos de hermanos premuertos) o el acta de notoriedad a que se refiere el artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La redacción de este precepto se ha mantenido tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuya Disposición Final Decimoctava concedía al Gobierno el plazo de un año para remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, cuya tramitación, incidentes, vicisitudes y feliz conclusión, no forman parte de nuestro estudio, pero que aquí reseñamos para recalcar la trascendencia que tendrá, a partir de su entrada en vigor (23 de julio de 2015), su aprobación en esta materia y la asignación de nuevas competencias no jurisdiccionales a ciertos operadores jurídicos, siempre en régimen de libre competencia; es decir, que el ciudadano decida libremente qué operador debe prestarle el servicio que reclama.

Creemos, no obstante, que la intervención notarial tiene ventajas con respecto al resto de operadores, no sólo por su conocimiento de la materia y por su experiencia, sino también porque dispone de un mecanismo, como es

el acta de notoriedad, que, con la regulación adecuada, puede ser una llave para solucionar todos los conflictos que plantea una separación de hecho.

Insistimos en que es difícil acreditar una situación fáctica como la separación de hecho, incluso en la tramitación de una declaración de herederos abintestato, porque el legislador niega los derechos sucesorios al cónyuge separado de hecho, pero no realiza el esfuerzo deseado para concretar, sin género de dudas, cuándo estamos en presencia de este tipo de separación.

Se define la separación de hecho como aquella crisis matrimonial que tiene lugar cuando ambos cónyuges deciden de común acuerdo, o uno de ellos impone al otro, el cese temporal de la convivencia conyugal o la interrupción provisional de su vida en común, sin intervención del órgano judicial al que compete la potestad en el ámbito de las relaciones conyugales.

Pero hay separaciones de hecho que no pueden considerarse como tales, porque en ocasiones se deben a enfados pasajeros o tensiones familiares que luego terminan, afortunadamente, en la reconciliación.

La Audiencia Provincial de La Coruña, en Sentencia de 16 de marzo de 2010, declaró inexistente la separación de hecho al tiempo del fallecimiento del esposo.

Se trataba de una mera crisis matrimonial, por lo que concluyó que la pérdida del derecho a la cuota legal usufructuaria por parte de la viuda sólo se produce por el cese efectivo de la convivencia conyugal, decidida libremente y de mutuo acuerdo y consolidada en el tiempo.

Por ello, el legislador debería acometer la ardua tarea de especificar aquellos supuestos en los que estamos en presencia de una auténtica separación de hecho, para que puedan reconocérsele los efectos que la propia Ley establece; sin embargo, como quiera que son situaciones que acaecen en el ámbito interno de la familia, son difícilmente acreditables en el exterior.

Téngase en cuenta que una simple separación de hecho, aunque sea mínimo el tiempo de su duración, conlleva la privación de derechos legítimos para el cónyuge viudo; y como bien es sabido, todas aquellas normas que supongan la pérdida de derechos deben ser interpretadas de manera muy restrictiva.

El operador jurídico que se enfrenta a una separación de hecho debe actuar con especial prudencia, porque su decisión puede vulnerar preceptos de la Ley, que reconocen el derecho a la legítima del viudo.

Pero la situación aún es más complicada si el título de la sucesión hereditaria es un testamento abierto formalmente válido, en el que, por ejemplo, el causante lega a su cónyuge el usufructo universal y vitalicio e instituye herederos, por partes iguales, a sus hijos, y, por parte de éstos, se alega la existencia de una separación de hecho para negar derechos a la sucesión al viudo.

¿Cómo debe actuar el Notario al que se le encarga la formalización de esta partición de herencia?

Creemos que la situación pudiera reconducirse con la confección de una previa acta de notoriedad, en la que, con estricta aplicación del artículo 209 y otros del Reglamento Notarial, se realizaran los siguientes trámites:

1º.- Será Notario competente para instruir el acta el propio autorizante del testamento, o su sucesor en el Protocolo, o, en defecto de ambos, el que resida en el lugar del último domicilio del causante.

2º.- El requerimiento deberá ser formulado por la persona o personas que acrediten al Notario interés legítimo en probar la separación de hecho existente entre ambos cónyuges, que aseveren, bajo su responsabilidad, la certeza del mismo, bajo pena de falsedad en documento público y que aporten pruebas, tanto documentales como testificales, del hecho cuya notoriedad pretenden que se declare.

Entre las posibles pruebas documentales, pueden citarse:

a).- Los certificados municipales de empadronamiento, en donde aparezca que los todavía cónyuges residen en domicilios diferentes; prueba ésta no demasiado consistente, por la facilidad con que los Ayuntamientos permiten el cambio de residencia en el Padrón.

La jurisprudencia tiene declarado, de forma insistente y reiterada, que los simples datos del Padrón de habitantes no hacen prueba plena de la residencia a efectos civiles, dado que lo único que prueban, por sí solos, es la realidad de las manifestaciones vertidas por el declarante y por el funcionario municipal, pero en ningún caso acreditan la exactitud y veracidad de las mismas.

b).- Y las comunicaciones enviadas a ambos esposos por cualesquiera Organismos, tales como la Agencia Tributaria, Seguridad Social, Bancos o Compañías suministradoras de agua y luz o empresas de telefonía, en las que figuren los esposos con distintas direcciones.

Y entre los testigos que comparecerán ante el Notario para declarar que efectivamente existía la separación de hecho al tiempo de la apertura de la sucesión, deberían ser preferentes las manifestaciones que efectúe el portero del edificio, dos vecinos del mismo bloque o dos personas cuyo domicilio se encuentre en el mismo término municipal y sea cercano al de la residencia conyugal y que, por supuesto, declaren conocer a ambos esposos y manifiesten, también bajo su responsabilidad y bajo pena de falsedad en documento público, que les consta como cierta la situación cuya notoriedad se pretende.

3º.- El Notario, una vez admitido el requerimiento, practicará todas las pruebas que estime pertinentes.

Entre ellas, debería el legislador considerar como preceptivo el requerimiento personal al cónyuge sobreviviente, en el domicilio indicado por los requirentes y distinto del señalado para el difunto, para oír, en su caso, sus alegaciones y para que declare si son ciertas las pruebas alegadas por los otros interesados; es decir, para que reconozca ante el Notario la separación de hecho habida entre ambos cónyuges.

¿Qué ocurre si el viudo se niega a contestar?

¿Qué ocurre si asegura al Notario que la separación de hecho no es tal y, por tanto, reclama los derechos que pudieran corresponderle en la sucesión del causante?

Parece claro que, en estos supuestos, el Notario debería cerrar el acta y, según gran parte de la doctrina, no debería formular juicio de notoriedad alguno. En consecuencia, los interesados estarían obligados a acudir a la vía jurisdiccional; camino éste que podrían haber utilizado desde el principio, sin tener que recurrir a los servicios del Notario.

¿Para qué ha servido, pues, la actuación notarial? ¿Para nada?

Creemos que el Notario, al igual que hace con las declaraciones de herederos abintestato, en las que formula un juicio trascendental por el que se reconocen derechos hereditarios a los no nombrados en un testamento, debería, en todo caso, formular su parecer sobre la existencia o no de la separación de hecho, aunque no coincida con la pretensión de los requirentes.

Es decir, el Notario debe indicar si, a su juicio, el fallecido estaba separado de hecho, o no, de su cónyuge; es un profesional del Derecho al que

se le encomienda un dictamen sobre una concreta situación fáctica y al que debe responder con celeridad y rotundidad.

Es cierto que, ante la falta de colaboración por el supérstite separado de hecho, seguir el procedimiento entablado por los otros interesados y privar de derechos al separado no parece en absoluto aconsejable, por muchos datos que el Notario tenga encima de la mesa en contra de las manifestaciones efectuadas.

Pero, a nuestro entender, el Notario debe responder, en todo caso, a la cuestión que se le ha planteado; debe ser valiente y formular su juicio de notoriedad, tanto si es favorable como si es contrario a la pretensión de los requirentes, porque la solución de cerrar el acta y proponer la apertura de un procedimiento judicial que ventile la cuestión choca frontalmente con uno de los principios básicos del Notariado, que no es otro que la desjudicialización, porque hoy en día la tendencia debe seguir siendo, como principal expresión de la libertad civil, la progresiva desaparición de la intervención judicial no contenciosa y su sustitución por mecanismos privados bajo control notarial.

Si el juicio de notoriedad emitido por el Notario es contrario a la pretensión del requirente, el artículo 202.5 del Reglamento Notarial permite que pueda éste acudir a los Tribunales de Justicia.

Pero, ¿y si el interesado acude a otro Notario competente y aporta nuevas pruebas?

En este supuesto, el nuevo Notario requerido, que tenga conocimiento de la existencia de otra acta de notoriedad con resultado negativo, lo que se consigue mediante las Consultas al Histórico del Colegio Notarial puestas en funcionamiento por el Consejo General del Notariado, deberá ponerlo en conocimiento de su Colegio Notarial y del anterior Notario y, una vez efectuadas tales comunicaciones, deberá denegar su ministerio y desestimar el requerimiento que se le efectúa o, por el contrario, llevar a cabo su tramitación si estima que los nuevos medios de prueba aportados pueden concluir con una solución diferente.

La sociedad española confía en la preparación y en el buen hacer del Notariado; y esta confianza debe ser correspondida y, sobre todo, reforzada por el legislador con mayores competencias en estos ámbitos familiares y sucesorios, con lo que se alcanzaría un mayor grado de seguridad jurídica.

Quizás debería reconsiderarse el negar eficacia de cosa juzgada a estas actas notariales de notoriedad; es decir, una vez que un funcionario público ha formulado un juicio sobre una determinada situación fáctica, declarando existente o no la separación de hecho entre el fallecido y su cónyuge viudo, el legislador tendría que impedir su recurso ante la autoridad judicial.

El propio Reglamento Notarial, en el punto Quinto de su artículo 209, exige al Notario que interrumpa la instrucción del acta si se le acredita que se ha entablado demanda en juicio declarativo, con respecto al hecho cuya notoriedad se pretenda establecer.

De lege ferenda, hubiere sido interesante que la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria impidiese el acudir al Juzgado para solucionar una cuestión que ya sido entablada ante otro funcionario, como es el Notario, a quien debe permitírsele concluir su trabajo y formular su juicio de notoriedad, que, entendemos, tendría que ser vinculante por Ley para todos los interesados en la sucesión.

Como bien concluye el precepto, la declaración que ponga fin al acta de notoriedad será firme y eficaz, por sí sola, e inscribible donde corresponda, sin ningún trámite o aprobación posterior.

¿Y si el Notario emite un juicio claramente favorable a la existencia de la separación de hecho y, por tanto, el viudo no puede alegar derecho legitimario alguno?

La respuesta es muy diferente según la clase de sucesión a la que nos enfrentemos:

1º.- Si la sucesión es intestada, en la declaración notarial de herederos abintestato no se tendrá en cuenta la legítima que pudiera corresponder al cónyuge separado de hecho, pero recordemos cómo la Resolución de la DGRN de 25 de junio de 1997 rechazó la inscripción de la partición hereditaria del hijo, formalizada por sus padres, porque no se había respetado la legítima viudal.

Seguramente con la legislación actual, tras la reforma de los artículos 834 y 835 del Código Civil por la Ley 15/2005, el Centro Directivo hubiera decidido de forma diferente, siempre con la previa acreditación, por acta de notoriedad o por otro medio de prueba admitido en Derecho, de la separación de hecho entre ambos esposos.

2º.- Por el contrario, en el caso de que la sucesión fuere testada y el título de la sucesión fuere el testamento antes consignado (usufructo universal y vitalicio a favor del viudo e institución de heredero, por partes iguales, a sus hijos), la cuestión se vuelve mucho más complicada, porque, como ya hemos apuntado, no se revocan, por ministerio de la Ley, las disposiciones testamentarias a favor del viudo, sea cual sea la situación por la que atraviese el matrimonio.

La DGRN ha llegado a una conclusión evidente:

El privar de eficacia el contenido patrimonial de un testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia, total o parcial.

Se basa, para llegar a esta conclusión, en el artículo 24 de la Constitución Española, que proclama el principio de salvaguarda judicial de los derechos, y en el axioma de que la voluntad del testador, plasmada en un testamento formalmente válido, tiene el valor de ley de la sucesión, al amparo del artículo 658 del Código Civil, que comienza diciendo que la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento.

Por todo ello, es imprescindible una declaración judicial para que se pueda privar de efectos, total o parcialmente, un testamento que no haya incurrido en vicios sustanciales de forma ni tampoco en caducidad.

En la Resolución de la DGRN de 13 de septiembre de 2001, se discutió la eficacia de un testamento abierto otorgado en 1939 por un señor que, en el momento de su formalización, se encontraba soltero y sin descendientes ni ascendientes y en el que, después de ordenar varios legados a favor de dos hermanos, instituyó herederos a los cinco hermanos que tenía.

Como quiera que el testador falleció en 1993, ya casado y con dos hijos, sin haber otorgado nuevo testamento revocatorio del anterior, su viuda e hijos instaron la oportuna acta notarial, por la que se declararon herederos abintestato a sus dos hijos, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria del cónyuge sobreviviente.

Más tarde, los interesados formalizan, ante el mismo Notario autorizante del acta, la partición de herencia, cuya inscripción se rechaza por el Registro de la Propiedad número Uno de Mérida por faltar la ratificación por parte de los herederos nombrados en el testamento o no aportarse la resolución judicial que declare su nulidad.

Como es sabido, el artículo 814.2.1º del Código Civil establece que si resultan preteridos, omitidos, de forma no intencional, todos los hijos o descendientes del causante, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

El Centro Directivo se pregunta si el único testamento del fallecido, otorgado antes del nacimiento de sus hijos y descendientes, debe reputarse automáticamente ineficaz en cuanto a su contenido patrimonial, o si, por el contrario, precisa de una declaración judicial de ineficacia, con lo que la declaración notarial de herederos abintestato pasará a ser el título por el que deba regirse esta sucesión.

En el testamento debatido, última y única voluntad del testador, se habían observado todos los requisitos formales esenciales y no se habían vulnerado preceptos prohibitivos o imperativos.

En definitiva, la DGRN concluye diciendo que no puede prescindirse del testamento a la hora de partir la herencia, por lo que es necesario el consentimiento de los beneficiarios (hermanos del finado) o la declaración judicial de su ineficacia para proceder a su inscripción en la Oficina Registral.

Es una aplicación clara del principio romano del “favor testamenti”, que está impregnado en todas nuestras legislaciones civiles, incluso en la catalana o en la aragonesa, que, como luego veremos, han optado por una solución totalmente diferente a la recogida por nuestro Derecho Civil.

A mayor abundamiento, en reciente e interesante Resolución de 21 de noviembre de 2014, publicada en el B.O.E. de 12 de diciembre del mismo año, la Dirección General de los Registros y del Notariado decide en la misma forma ante un testamento, en el que el titular registral de una finca había desheredado a sus dos hijos e instituido herederos a sus hermanos, quienes elevan a público un documento privado de compraventa con renta vitalicia suscrito entre ellos y el propio causante.

El Registrador de la Propiedad número Treinta de Madrid entendió que la existencia de herederos forzosos, como son los hijos, obligaba a extremar el rigor en la calificación registral, por lo que rechazó la inscripción de la escritura de elevación a público del mencionado contrato privado, entre otros defectos, por la incomparecencia en la escritura de los legitimarios desheredados.

El Centro Directivo utiliza los mismos argumentos de la Resolución de 2001 y considera que tampoco puede prescindirse del testamento váli-

damente otorgado, aunque en él se haya ordenado una desheredación, sin la oportuna declaración judicial de su ineficacia.

En definitiva, la ineficacia de una disposición testamentaria de contenido patrimonial requiere de una previa resolución judicial que determine, de modo claro y tajante, que el beneficiario de tal disposición no tiene derecho a recibir esa concreta contraprestación ordenada por el testador.

Pero mientras dicha declaración judicial no tenga lugar, el testamento es perfectamente válido, produce todos sus efectos como auténtica ley reguladora de la sucesión y a su contenido habrá que estar para la redacción, confección y elaboración de la oportuna manifestación (si se trata de heredero único) o partición de herencia (si son varios los interesados en la sucesión).

La casuística en este aspecto es inabarcable, puesto que la separación de hecho es una situación fáctica equívoca y que induce a confusión.

Una cosa es estar separado de hecho y otra muy distinta es que el matrimonio subsista; una cosa es el respeto a la voluntad del testador y otra muy distinta los derechos legitimarios que la Ley reconoce a los herederos forzosos y que deben prevalecer en todo caso.

Todo ello no es obstáculo para que intentemos diferenciar dos supuestos de gran trascendencia en la práctica notarial:

1º.- Si el testamento se limita a confirmar la cuota legal usufructuaria del cónyuge y, una vez abierta la sucesión, los esposos se hallaban separados de hecho, con plena acreditación de tal contexto por acta de notoriedad, debe considerarse totalmente ineficaz tal disposición testamentaria, subsistiendo el restante contenido del testamento.

En este caso, no se precisa la declaración judicial de ineficacia de la disposición efectuada a favor del cónyuge, porque es de aplicación estricta la legislación vigente, según la cual el cónyuge separado de hecho no tiene derecho, en ningún caso, a legítima (cfr. artículo 834 del Código Civil) ni puede ser llamado a la herencia como heredero abintestato (cfr. artículo 945 del Código Civil).

Esto es, no puede prevalecer la atribución testamentaria voluntariamente efectuada sobre la establecida por Ley.

2º.- Y si la disposición testamentaria a favor del cónyuge se refiere al usufructo universal y vitalicio, que es, sin duda, uno de los supuestos que

más frecuentemente se da, y ha sido acreditada la separación de hecho, entendemos que esta atribución ha de reducirse, por ministerio de la Ley, a aquella participación que no perjudique la legítima de los herederos forzosos.

Es decir, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, el viudo no tendría derecho al usufructo de los dos tercios que constituyen la legítima de estos herederos forzosos, en consonancia con los artículos 808, 813.2 y 834 del Código Civil.

Si concurre a la herencia con padres o ascendientes, el viudo no tendría derecho a la tercera parte que, conforme al artículo 809 del Código Civil y en pleno dominio, corresponde a aquéllos.

Todo ello sin perjuicio de que pueda darse el supuesto del número 3º del artículo 820 del Código Civil, que determina que si la manda o legado consiste en un usufructo, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador.

Sin olvidar, como dice TORRES GARCÍA²³, que la seguridad jurídica clama por la permanencia de la voluntad testamentaria, por lo que, a nuestro entender, tal voluntad debería prevalecer; o sea, debe considerarse válido el legado ordenado a favor del separado de hecho que sigue siendo cónyuge, siempre y cuando ello no perjudique la legítima de los herederos forzosos.

Ante esta problemática y el posible advenimiento de tales situaciones, debe fomentarse una mejor educación y una más completa formación de los testadores, porque, como bien dice IMAZ ZUBIAUR²⁴, la apuesta por ofrecer a la ciudadanía una mayor y mejor formación sobre los recursos disponibles en este campo dotaría a ésta de más capacidad a la hora de tomar decisiones y asumir riesgos; de más información, conocimiento y ma-

²³ Torres García, Teodora Felipa.- “Estudios de Derecho Civil.- Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García”.- Página 34.

²⁴ Imaz Zubiaur, Leire.- Revista de Derecho Privado, Julio-Agosto 2012. Página 78.

durez y, sobre todo, dejaría un menor espacio para la imprevisión, el desquite, el olvido y el abandono.

Es decir, los operadores jurídicos deben hacer un esfuerzo para informar con rigor a los que pretenden formalizar su testamento y recordarles la necesidad de revocar éste en cualquier momento, dada nuestra voluntad cambiante y mutable con el paso del tiempo; pero, ante todo, deberán revocarlo si sus circunstancias personales han sufrido variación, como, por ejemplo:

-En el caso de cambio de su estado civil: de soltero pasa a ser casado; de casado se convierte en separado o divorciado o se declara nulo su matrimonio; y, sobre todo, aunque no se trate de una propia modificación del estado civil, si existe separación de hecho con su cónyuge y sigue vigente un testamento en el que aparece éste mencionado y en el que se le reconocen derechos hereditarios, el testador debería conocer que puede formalizar un nuevo testamento en el que se contemple tal situación y el asesor jurídico al que acuda le informará, con todo detalle, de los mecanismos que la Ley pone a su disposición para plasmar su voluntad que, insistimos, puede ser la última por su fallecimiento o por su incapacitación sobrevinida.

-O en el supuesto, muy frecuente, de modificación de su vecindad civil, lo que obliga a estudiar la nueva normativa por la que se regirá nuestra futura sucesión, pues es tal la diversidad y disparidad en esta materia de los distintos Ordenamientos Jurídicos que los ciudadanos deberían tomar conciencia del asunto y preocuparse de la repercusión que pueda tener en su herencia el que ésta se rija por una o por otra normativa, todo lo cual nos conducirá a tratar más adelante un tema esencial, como es el de la determinación de la ley aplicable a la sucesión.

C). – DIVORCIO.

Decía PLUTARCO que el primer rey de Roma, Rómulo, dictó una ley en virtud de la cual el marido podía repudiar a la mujer en ciertos casos.

Por ello, el concepto de “repudium” ha quedado incardinado en la legislación como declaración de voluntad de disolver el matrimonio, formulada por uno solo de los esposos.

En Roma, tenía lugar el divorcio con la ruptura efectiva de la convivencia conyugal y con la intención decidida de disolver la unión matrimonial.

La Lex Iulia de adulteriis, citada por el Digesto 24,2,9, establecía la obligación de comunicar al otro cónyuge tal decisión a través de un liberto y con la presencia de siete testigos para que el divorcio tuviera plena eficacia.

Con los Emperadores cristianos, se proclama la indisolubilidad del matrimonio; el propio Constantino, en el año 331, amenazaba con muy duras sanciones a aquel cónyuge que repudiase al otro, salvo que concurriesen circunstancias excepcionales, como el ser declarado uno de los esposos reo de homicidio o de envenenamiento.

En España, la Real Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564, que reconoció como Leyes del Reino a los Cánones dictados por el Concilio de Trento, consagró el matrimonio canónico como único, obligatorio e indisoluble.

Así permaneció hasta nuestra Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870, que admitió el matrimonio civil, pero sólo como subsidiario del canónico para aquellos casos en que, al menos, uno de los contrayentes no profesase la religión católica. El divorcio seguía sin admitirse, puesto que no lo contemplaba el Derecho Canónico.

El Código Civil de 1889 habla erróneamente del divorcio para referirse a una institución que, en realidad, se correspondía con la separación matrimonial; recuérdese el ya citado artículo 106 del Código Civil.

Hay que esperar al advenimiento de la Segunda República, momento histórico en que se dicta la Constitución de 9 de diciembre de 1931, cuyo artículo 43 permitía que se disolviera el matrimonio por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa.

La Ley del Divorcio, promulgada el 2 de marzo de 1932, declaró la disolubilidad del matrimonio y estableció las dos vías por las que se podía llegar a él: por el simple mutuo disenso o por la concurrencia de una causa justa.

Esta Ley tuvo una vigencia muy corta en el tiempo; sólo seis años, ya que durante la Guerra Civil el Decreto de igual fecha, 2 de marzo, de 1938, suspendió la tramitación de los procesos judiciales de separación y divorcio, así como la de las diligencias encaminadas a obtenerlos por mutuo

disenso; y más tarde, por Ley de 23 de septiembre de 1939, fue derogada con carácter general.

El Fuero de los Españoles, aprobado por Ley de 17 de julio de 1945, en su artículo 22.II, declara nuevamente que el matrimonio será uno e indisoluble.

La reforma del Código Civil por Ley de 24 de abril de 1958 incluso hizo desaparecer de este Cuerpo legal la palabra “divorcio”.

Como ya se sabe, el artículo 32 de la Constitución Española de 1978 anunciaba que la Ley regularía las causas de separación y disolución y sus efectos.

Y en cumplimiento de tal mandato, se dictó la Ley 30/1981, de 7 de julio, que configuró el matrimonio como una institución civil, si bien con variedad de formas, civil o religiosa, y reguló las causas de divorcio de forma general y retroactiva; es decir, aplicables a todo matrimonio, cualquiera que fuere la forma y la fecha de su celebración.

Esta Ley estableció el sistema del divorcio como sanción, incidiendo en la necesidad de declarar la culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges o de ambos y reconociendo efectos diferentes y derechos sucesorios distintos para el cónyuge culpable o para el inocente.

Con la Ley 15/2005, de 8 de julio, se opta por un sistema de divorcio-remedio, según el cual si es evidente e irreparable el fracaso del matrimonio, el mantener esta situación es perjudicial, sin que deba indagarse en las causas de la ruptura ni imputar la culpabilidad a uno de los cónyuges.

Se acoge, por tanto, un sistema consensual, bastando, para ejercitar la acción de divorcio, la mera voluntad de los cónyuges, incluso unilateral.

Pues bien, el cónyuge viudo cuyo matrimonio haya sido declarado disuelto por divorcio (cfr. artículo 85 Código Civil), y por sentencia firme, no tiene derecho legitimario alguno en la herencia del premuerto y, por supuesto, carece también de derechos en su sucesión abintestato.

Es decir, se precisa una declaración judicial firme de divorcio para negar tales derechos hereditarios; ello es lógico, porque la sentencia provoca la disolución total del matrimonio.

Como dice el artículo 89 del Código Civil, la disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza.

También es necesario que se anote al margen, en el certificado del matrimonio en el Registro Civil del lugar de su celebración, la sentencia de divorcio, porque sin este requisito de publicidad, tal situación no perjudicará a posibles terceros de buena fe.

Está claro que si se insta una declaración notarial de herederos abintestato, bastará aportar testimonio de la sentencia de divorcio para negar derechos al cónyuge viudo, pero, a diferencia de la nulidad, en la que el matrimonio se considera como si nunca hubiera existido, por el contrario, en el divorcio se producen una serie de efectos, tales como la pensión compensatoria o el régimen de visitas a los hijos; cuestiones que no constituyen el objeto de nuestro estudio y que deben ser reguladas detalladamente en el convenio regulador que los cónyuges deben presentar al Juez para su aprobación.

Pero, ¿qué ocurre si el premuerto ha fallecido bajo testamento en el que, por ejemplo, ha instituido heredero a su cónyuge del que después se divorcia sin haber otorgado un nuevo testamento?

A esta difícil cuestión ha dado cumplida respuesta la Dirección General de los Registros y del Notariado en la importantísima Resolución de 26 de noviembre de 1998.

Estudiemos los hechos que motivaron tal Resolución:

Don Jesús había fallecido, sin descendientes y en estado de divorciado, bajo testamento abierto otorgado durante la vigencia de su matrimonio, único contraído, en el que, después de reconocer la legítima que pudiera corresponder a su padre, si éste le sobrevivía, instituía heredera universal a su entonces esposa, Doña María del Carmen, ordenando que los bienes de la herencia de que ésta no hubiere dispuesto por actos inter vivos o por legado expreso pasarían al fallecimiento de la heredera al padre del testador o, en su defecto, a los descendientes de éste, hermanos del fallecido, los cuales también fueron nombrados sustitutos vulgares de la heredera instituida.

Fallecido el testador, su heredera, ya casada en segundas nupcias, formaliza escritura de manifestación de la herencia, adjudicándose los bienes que la integraban.

El Registrador de la Propiedad de Escalona (Toledo) denegó la inscripción de la escritura, argumentando que la institución de heredero estaba condicionada a la cualidad de esposa, aunque se especificase su nombre, y que, por tanto, al no ostentar ya tal cualidad, debía entenderse también decaída la institución hereditaria.

Interpuesto recurso gubernativo por el Notario autorizante de la escritura, el Auto dictado en 24 de febrero de 1997 por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha consideraba que la institución de heredero a favor del cónyuge del testador había sido tácitamente revocada al haber tenido lugar el divorcio con posterioridad al otorgamiento del testamento.

La cuestión, por tanto, era decidir sobre la eficacia, o no, de la institución de heredero a favor de la esposa del testador cuando el matrimonio había sido posteriormente disuelto por divorcio.

La Dirección General entendió, cómo no podía ser de otra manera, que la revocación de los testamentos, en el ámbito de aplicación del Derecho civil común, sólo podía tener lugar mediante la formalización de un nuevo testamento válido; no se puede revocar una disposición testamentaria por actos o negocios que no reúnan las formas testamentarias, ni tampoco por causas que no estén legalmente previstas.

Así como la Ley contempla la revocación definitiva de los poderes o consentimientos que uno de los cónyuges hubiere otorgado al otro, como efecto de la nulidad, separación o divorcio del matrimonio, una vez admitida por el Juzgado la oportuna demanda (cfr. artículos 102 y 106 del Código Civil), no está prevista la revocación por ministerio de la Ley de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos a favor del otro.

Cuando se testa a favor del cónyuge, si después se disuelve el matrimonio por divorcio, el Código civil exige una actuación inequívoca del testador, por la que, con las solemnidades necesarias, se revoque totalmente la disposición testamentaria, puesto que, en caso contrario, esta disposición subsistirá y conformará el título de la sucesión, que sólo podrá ser anulado mediante declaración judicial en tal sentido, como antes indicábamos.

El Centro Directivo, ante la posibilidad de que alguien alegue que el testador no habría hecho la institución de haber sabido que, al día de la apertura de la sucesión, se encontrare ya divorciado y disuelto el vínculo matrimonial, entiende que esta hipótesis sólo podrá ser apreciada judicial-

mente en un procedimiento contradictorio, con una fase probatoria que no es posible en un recurso gubernativo.

En el caso concreto, el testador dispuso de cinco años, a contar desde su divorcio, para otorgar una nueva disposición testamentaria, revocatoria de la anterior, pero si no lo hizo, debería entenderse que su voluntad era la de mantener la eficacia de la misma.

Hubiera bastado con que el testador condicionase la atribución testamentaria a la subsistencia del vínculo matrimonial para negar eficacia a la institución hereditaria, pero, como ello no se deduce del tenor del propio testamento, la Dirección General concluye que debía prevalecer la interpretación favorable a la eficacia de la institución y se basa para ello en el principio del “favor testamenti”, o de conservación de las disposiciones de última voluntad; principio éste que se recoge en diversos preceptos del Código Civil.

En resumen, se consideró al testamento discutido como título de la sucesión hereditaria y, por ende, susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad, pero dejaba abierta la posibilidad de que los posibles perjudicados incoaran un procedimiento declarativo en el que se debatiese la ineficacia de la institución hereditaria y solicitasen, en consonancia, la anotación preventiva de demanda prevista en el artículo 42.1º de la Ley Hipotecaria con la finalidad de enervar los efectos de la fe pública registral.

Por tanto, esta Resolución establece la doctrina a seguir en el Derecho Civil común ante un supuesto como el planteado:

Para alcanzar el testador el efecto de privar al cónyuge del que se ha divorciado de los derechos otorgados vía testamento, será preciso el otorgamiento de una nueva disposición testamentaria.

Es necesario, pues, un nuevo testamento formalmente válido por el que se revoque tal atribución.

Para una mayor seguridad jurídica, deben aplicarse, pues, las directrices fijadas por el Código Civil:

1º.- La revocación del testamento no podrá hacerse en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar (cfr. artículo 738).

2º.- El testamento sólo quedará revocado por el posterior perfecto (cfr. artículo 739).

3º.- Y sólo serán ineficaces los testamentos en los casos expresamente prevenidos por el Código Civil (cfr. artículo 743), sin que deban tenerse en cuenta circunstancias sobrevenidas al otorgamiento del testamento, como pueda ser la sentencia firme de divorcio, que, por sí sola, no tiene consecuencia práctica en la eficacia de la disposición testamentaria.

En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Málaga, en Sentencia de 30 de noviembre de 2006, de la que fue Ponente HERNÁNDEZ CALVO y en la que se debatió sobre la eficacia de un testamento otorgado en 1987 por un señor, en el que legó a su cónyuge el usufructo universal y vitalicio de su herencia.

Disuelto el matrimonio por divorcio en 2002, se pretende la declaración de ineficacia de tal disposición testamentaria.

Al respecto, el Tribunal entiende que de la misma forma en que cambió su situación matrimonial, el testador podía haber otorgado un nuevo testamento y, sin embargo, no lo hizo, a pesar de que dispuso de tiempo para ello.

Se insiste en que debe interpretarse la voluntad del testador en el momento en que otorgó el testamento, sin que deban influir circunstancias externas y sobrevenidas a su otorgamiento, ni alegar un supuesto estado depresivo del otorgante o lo imprevisto de su muerte.

Con apoyo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2006, la Audiencia Provincial considera decisivo conocer la voluntad del testador conforme fue expresada en el testamento; voluntad que aparece meridianamente clara.

Reitera que la voluntad del testador es la ley suprema de la sucesión y a ella ha de estarse, siendo totalmente indiferente el presumir que pretendía otra cosa al tiempo de su fallecimiento, puesto que no lo manifestó con las solemnidades necesarias para testar; en suma, se declaró eficaz, y se respetó, la disposición testamentaria.

Nos parece de gran interés resaltar que la propia Audiencia Provincial de Málaga, en Sentencia anterior de 13 de diciembre de 1999, entendió, en un caso semejante, que la disposición testamentaria a favor de la esposa estaba motivada por consideración a su cualidad de esposa, por lo que, disuelto el matrimonio por divorcio, no debía mantenerse la eficacia de tal disposición.

En el caso concreto, al testador, en el intervalo comprendido en el otorgamiento del testamento y su divorcio y posterior fallecimiento, se le reconoció una incapacidad psíquica del cincuenta y uno (51) por ciento, por lo que no tuvo posibilidad de formalizar una válida revocación del testamento que había otorgado.

Es decir, en ocasiones la inacción del otorgante puede tener cierta justificación, pero entendemos que donde la ley no distingue, no se debe distinguir; y aunque haya sobrevenido una incapacidad del testador que le impide revocar el testamento, no debe tener un efecto tan enérgico y devastador como el declarativo de la ineficacia del testamento. De este modo se abriría la puerta a numerosos supuestos, en los que podríamos presumir que el testador quería revocar el testamento, lo que menoscabaría la seguridad jurídica en esta materia.

No existe ningún precepto, ni en el Derecho Civil común ni en los Derechos forales, que presuma revocado un testamento por incapacidad sobrevenida del testador; como dice GOMÁ LANZÓN²⁵, el carácter formal del testamento impone que no se hagan presunciones que no estén claramente establecidas por el legislador.

La Dirección General de los Registros y del Notariado mantiene el mismo criterio en otra importante Resolución de 26 de febrero de 2003, en la que se debatía si el contador-partidor se había excedido de sus facultades al declarar ineficaz una disposición testamentaria; en concreto, el legado del tercio libre, ordenado en 1979 por la testadora a favor de su esposo, del que se divorció en 1990. El fallecimiento tiene lugar en 1994.

Es evidente que esta figura del contador-partidor puede transformar el derecho hereditario abstracto en titularidades sobre bienes y derechos concretos mediante la formalización de la partición hereditaria, siempre ajustándose a la voluntad manifestada por el testador.

Además, el contador-partidor tiene plenas facultades para interpretar el testamento, pero no puede irrogarse o atribuirse funciones decisorias que no son propias de su cargo, que son exclusivamente privativas del otorgante, como, por ejemplo, la de desheredar o la de revocar disposiciones testamentarias.

²⁵ Gomá Lanzón, Ignacio.- “Instituciones de Derecho Privado”.- Tomo V.- Volumen 3º.- Página 907.

En definitiva, entre las facultades del contador-partidor no figura la de entender revocada una disposición testamentaria voluntariamente hecha a favor del cónyuge, aunque en el momento del fallecimiento la beneficiaria estuviera ya divorciada de la causante.

Esto es, el contador-partidor no puede considerar revocada una disposición testamentaria, pero sí está plenamente facultado para apreciar la eficacia del divorcio en relación a la pérdida de los derechos legitimarios; cuestión ésta que nos parece de gran interés para nuestro estudio, porque una regulación más detallada de las funciones que pueden atribuírsele al contador-partidor, y también al albacea, resolvería numerosas cuestiones de las aquí planteadas.

En el caso concreto, el Centro Directivo entendió que si, después de haber identificado a su cónyuge, la testadora ordenó el legado a favor de quien ostentaba tal cualidad, sin condicionamiento alguno a que la siguiese conservando al tiempo de su fallecimiento, no puede entenderse como beneficiario del legado una persona que luego se determinará por circunstancias futuras, pero, sobre todo y con apoyo en la Resolución de 25 de marzo de 1952, sí determinó como posible facultad del contador-partidor el acreditar el cumplimiento de una condición fijada por el testador.

Esto es, si el otorgante dispone en su testamento que el legado quedará sujeto, en cuanto a su eficacia, a la condición de que subsista el vínculo matrimonial al tiempo del fallecimiento, el contador-partidor sí está facultado para apreciar el cumplimiento de esta condición, siempre y cuando el causante le hubiere atribuido expresa y testamentariamente esta función.

La propia DGRN así lo reafirmó, en Resolución de 29 de enero de 2013, en la que se discutió sobre la eficacia de un legado alternativo, que permitía a la legataria optar por el tercio de libre disposición, en pleno dominio, o el usufructo vitalicio de un piso en Burgos, bajo la condición de que asistiese y acompañase al testador hasta el final de sus días y le procurase cuidados personales y médicos.

La Dirección General entendió que la decisión del contador-partidor de considerar incumplida la condición, lo que suponía la pérdida de eficacia del legado, era claramente extralimitada respecto de sus funciones de contar y partir o la de interpretar el testamento.

Distinta habría sido la solución si la disposición testamentaria hubiere contemplado, de forma expresa, la atribución al contador-partidor de in-

interpretar los hechos determinantes del cumplimiento o incumplimiento de la condición establecida por el testador.

Por el contrario, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 12 de diciembre de 1906, ante un testamento en el que se instituía heredero a una persona bajo la condición de que siguiera viviendo con el otorgante hasta el momento de su muerte, consideró conforme a Derecho la actuación del albacea, quien declaró que no se había cumplido tal condición y, en consecuencia, excluyó al instituido heredero de todo derecho en la herencia.

Al igual que hizo la Resolución de 26 de noviembre de 1998, la de 26 de febrero de 2003 insiste en que presumir que la testadora no habría hecho tal legado si hubiere conocido que el vínculo matrimonial con el favorecido se hubiere extinguido por el divorcio antes de su fallecimiento, es una hipótesis que sólo puede ser apreciada judicialmente, en un procedimiento contradictorio y con fase probatoria, no admisible en el procedimiento registral, en el que ha de estarse al tenor literal del testamento.

Y, en definitiva, rechaza la inscripción de la partición hereditaria porque el contador-partidor no sólo se ha excedido en cuanto a sus facultades y se ha apartado del contenido testamentario, sino también porque ha considerado ineficaz una disposición testamentaria que judicialmente no ha sido declarada como tal.

Se reitera, pues, la necesidad de declaración judicial expresa para estimar totalmente ineficaz una disposición testamentaria.

Pero de estas Resoluciones se deduce no sólo que el divorcio sobrevenido al otorgamiento del testamento, en que se contiene un legado a favor del cónyuge del testador, no es, por sí solo, causa de revocación de disposiciones testamentarias, sino también la clara posibilidad de que el testador atribuya, al albacea o al contador-partidor, la función de entender que se ha cumplido o incumplido la condición, por él establecida, y, así, declarar eficaz o ineficaz una determinada disposición.

En suma, todo testador puede ordenar una disposición a favor de su cónyuge, si bien subordinada a la condición de que subsista el vínculo matrimonial al día de la apertura de la sucesión y facultar expresamente al contador-partidor para que declare el cumplimiento o incumplimiento de tal condición, sin que pueda ponerse en duda la decisión que al respecto tome.

D).- INTERPUESTA DEMANDA DE NULIDAD, SEPARACIÓN O DIVORCIO.

La pregunta es clara:

¿Tiene alguna incidencia en los derechos legitimarios del cónyuge la mera interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio del matrimonio, sin que hubiere recaído resolución judicial firme en el momento en que tiene lugar el fallecimiento del otro consorte?

¿Y en la eficacia de las disposiciones testamentarias efectuadas a favor del sobreviviente?

En estos casos, salvo que se acredite la separación de hecho, no cabe duda que subsiste el vínculo matrimonial, con lo que el viudo o la viuda deberían conservar los derechos legitimarios en la herencia del cónyuge premuerto.

Una vez sentada por la DGRN, en la Resolución de 25 de junio de 1997, la exigencia de una sentencia judicial que declare la separación conyugal para negar los derechos legitimarios del viudo, en la actualidad, con la supresión del primer párrafo del artículo 835 por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y desconocida ya la culpabilidad, la doctrina entiende que la ratificación que realice un cónyuge, de la demanda de nulidad, separación o divorcio interpuesta por el otro, supone la pérdida total y absoluta de su posible derecho a la legítima.

Naturalmente, si la demanda ha sido interpuesta por ambos, con mayor motivo dejan de subsistir los derechos que pudieran corresponderles en la herencia del premuerto.

Así, el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula la separación o el divorcio solicitado de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, prevé, en su párrafo tercero, que, a la vista de la solicitud, se citará a los esposos para que, dentro de los tres días siguientes, se ratifiquen por separado en su petición.

Si la ratificación se produce, debemos entender que ello provoca la negación de los derechos legitimarios en la herencia del otro.

Si, por el contrario, alguno de los cónyuges no ratifica la petición, el Juez acordará de inmediato el archivo de las actuaciones, sin ulterior recurso, quedando a salvo el derecho a promover la separación o el divorcio conforme al artículo 770 de la Ley procesal.

En este supuesto, en que el procedimiento se convierte en contencioso y se sustanciará por los trámites del juicio verbal, habrá que esperar al resultado del pleito para, en caso afirmativo, negar derechos legitimarios en la sucesión del esposo premuerto.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de julio de 2011 (Ponente: RAMOS RUBIO), a propósito de la interposición de una demanda de divorcio contencioso y fallecimiento al día siguiente del actor, referida al Derecho catalán, discutió si las herederas abintestato del causante (en este caso, sus hijas) tenían derecho a proseguir la acción de divorcio interpuesta por su padre, con la finalidad de declarar la culpabilidad de la esposa y así excluirla de su derecho a la cuarta vidual.

El Tribunal precisa que se trata de dos acciones diferentes:

-Una, la de continuar el procedimiento para declarar disuelto por divorcio el matrimonio del causante y de la demandada;

-Y otra, la relativa a los derechos sucesorios de ésta en la sucesión del premuerto, incluyendo la referida a la culpabilidad de la esposa en la ruptura matrimonial, toda vez que el fallecimiento tuvo lugar el 13 de mayo de 2008 y el Libro IV del Código Civil catalán, aprobado por Ley 10/2008, de 10 de julio, no entró en vigor hasta el uno de enero de dos mil nueve.

Recuérdese que el artículo 381.1º del Código catalán de Sucesiones por Causa de Muerte, aprobado por Ley 40/1991, de 30 de diciembre, establecía que si estuviera pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, los herederos del premuerto podían proseguir la acción, por éste planteada y no resuelta al tiempo de su fallecimiento, a los efectos de la denegación de la cuarta vidual que pudiera corresponder al consorte sobreviviente, y siempre por una causa que a éste le fuera exclusivamente imputable.

En el caso concreto, el Tribunal no consideró siquiera probada la separación de hecho, puesto que sólo se trataba de aparentar una situación de crisis matrimonial y de distanciamiento personal que no era tal.

Pero, sobre todo, estableció un principio que nos parece de gran interés:

La presunción de que ha cesado la convivencia conyugal por la simple presentación y admisión de la demanda de divorcio no es de mejor condición que la prevista en el artículo 69 del Código Civil, según el cual “Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos”.

Ambas presunciones son “iuris tantum”; admiten la prueba en contrario.

Y, sobre todo, la pretensión de continuar la acción de divorcio, reservándose para un pleito ulterior la negación de la cuarta vidual, encuentra un obstáculo insuperable en el artículo 88.1 del Código Civil, conforme al cual “La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges”.

En la legislación catalana, el problema ha sido resuelto, pues el artículo 452-2 del Código Civil catalán, en armonía con el artículo 442-6.1 (sobre la falta del derecho a suceder abintestato), establece que no tiene derecho a reclamar la cuarta vidual el cónyuge que, en el momento de la apertura de la sucesión, se hallaba separado de hecho o judicialmente, o existía pendiente una demanda de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación.

Esto es, basta la simple admisión a trámite de la demanda, sin importar cuál de los cónyuges la hubiere interpuesto, para negar el derecho a la cuarta vidual, salvo, naturalmente, que entre los esposos hubiere mediado reconciliación.

Concluye el Tribunal diciendo que interpretar el artículo 381.1º del antiguo Código de Sucesiones, en la misma forma en que ahora lo hace la normativa catalana, supondría, en la práctica, una aplicación retroactiva de una norma restrictiva de los derechos sucesorios viduales, que, al amparo del artículo 9.3 de la Constitución Española, está absolutamente proscrita.

En el caso de la sucesión testada, nos parece muy esclarecedora la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 2 de junio de 2014 (Ponente: FERNÁNDEZ-PORTO GARCÍA), que debatió la eficacia de un legado, ordenado en testamento abierto, a favor de la esposa en pago de su cuota legal usufructuaria, con arreglo al Derecho Civil de Galicia.

Se daban las siguientes circunstancias:

1ª.- En noviembre de 2009 se produjo el cese de la convivencia conyugal de un matrimonio sin hijos.

2ª.- En septiembre de 2010 la esposa presenta demanda de divorcio, aprobándose las medidas provisionales en diciembre siguiente.

3ª.- En 15 marzo de 2011, el esposo otorga testamento abierto en el que instituye heredera universal a su madre y lega a su todavía esposa la

cuota legal usufructuaria, ordenando que le sea adjudicada mediante la asignación, en usufructo, de varios bienes inmuebles.

4ª.- Dos días más tarde, en 17 de marzo de 2011, tiene lugar el fallecimiento del testador.

5ª.- El 1 de abril de 2011 el Juzgado dicta Auto por el que se declara terminado el proceso de divorcio.

Por tanto, estaba acreditada la separación de hecho entre ambos cónyuges, con una ruptura evidente de la convivencia conyugal; y, por otro lado, se hallaba simplemente interpuesta la demanda de divorcio, sin que, al día de la apertura de la sucesión, hubiere aún recaído sentencia sobre el particular.

La discusión versó, pues, sobre la naturaleza que había de asignársele al legado testamentario: si era un legado de usufructo en pago de la cuota legal usufructuaria que corresponde a la viuda (cfr. artículo 238 de la Ley del Derecho Civil de Galicia) o si, por el contrario, se trataba de un legado de cosa específica, propia del testador, al margen de esa condición de legitimaria.

El tenor literal del testamento era claro: se legaba a la esposa su cuota legal usufructuaria, pero una vez acreditado que ésta se encontraba separada de hecho del causante, ya no ostentaba la condición de legitimaria y, por tanto, debía declararse ineficaz el legado ordenado a su favor.

Los cónyuges estaban separados de hecho y en trámites de divorcio, por lo que la Audiencia consideró que no puede pagarse la legítima a quien no ostenta la condición de legitimario, ni éste puede reclamar la legítima a la heredera, porque no es heredero forzoso; y, con cierta dureza, entendió lo repugnante que es para el sentir social que una persona pueda reclamar y, en su caso, ostentar un usufructo de viudedad en la herencia del que fue su esposo cuando ya hace tiempo que consta la efectiva ruptura de la convivencia conyugal.

En el Derecho Civil común, no se contempla la simple interposición de una demanda de nulidad, separación o divorcio como causa para negar los derechos legitimarios al cónyuge viudo, ni para declarar la invalidez o ineficacia de una disposición testamentaria a favor de éste.

Se precisa una manifestación externa, una actuación por parte del futuro premuerto, que sólo se consigue mediante el otorgamiento de un testa-

mento en el que se aclare la situación y se decida sobre la atribución de tales derechos, sin esperar al resultado del pleito, porque la muerte es imprevisible.

Esto es, mientras el Código civil español no establezca otra cosa, la presentación en el Juzgado de una demanda de nulidad, separación o divorcio del matrimonio no provoca, por sí sola, la pérdida de los derechos legítimos y, por supuesto, tampoco supone la ineficacia de las disposiciones testamentarias ya otorgadas a favor del cónyuge.

En la doctrina española, para este caso de interposición de la demanda y fallecimiento de uno de los cónyuges antes de la conclusión del procedimiento por sentencia firme, ÁLVAREZ ÁLVAREZ propone como solución, para evitar los problemas que surgen por el carácter personalísimo de la acción de nulidad, separación o divorcio, que el supérstite no adquiera derecho alguno, ni a la legítima ni tampoco a la sucesión abintestato del premuerto.

No obstante, creemos que se precisa una actuación contundente por parte de los cónyuges inmersos en un procedimiento de nulidad, separación o divorcio, por lo que debería el legislador exigir que los que se hallen en tal situación declaren, en testamento abierto, su clara intención de que no se reconozcan al supérstite derechos legítimos ni abintestato en su sucesión.

De no existir tal disposición testamentaria, y en aras de la seguridad jurídica, debe seguirse el orden previsto para la sucesión intestada y, en consecuencia, reconocer derechos legítimos al sobreviviente, salvo que se acredite, por acta de notoriedad, que se encontraban separados de hecho al tiempo del fallecimiento.

Y, del mismo modo, insistimos, si ya existe una disposición testamentaria favorable al cónyuge sobreviviente en un testamento otorgado con anterioridad a la presentación de la demanda, y que no ha sido formalmente revocado cuando acaece el fallecimiento, debe respetarse esta última voluntad.

Como ya se ha apuntado, el artículo 335 del Código catalán de Sucesiones de 1991 establecía la necesidad de esperar al resultado del procedimiento para denegar o, en su caso, mantener al cónyuge sobreviviente el derecho a suceder abintestato y, en este último caso, para reconocerle el derecho a la cuarta vidual.

Con la nueva normativa catalana, basta la sola interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio para evitar que nazca el derecho del cónyuge superviviente a la sucesión abintestato.

La Ley 10/2008 estableció, por coherencia con lo anterior, que los herederos del causante carecían de legitimación activa para continuar la demanda interpuesta por el causante con la intención de privar al cónyuge sobreviviente del derecho a suceder.

Se considera, por tanto, en Cataluña que la simple presentación de la demanda es una prueba inequívoca, una manifestación externa, de que el afecto marital se halla en quiebra, por lo que su sola interposición priva al superviviente de cualesquiera derechos legitimarios.

Por todo ello, no tiene sentido esperar a que recaiga sentencia firme para negar tales derechos.

Y en sede de sucesión testada, el artículo 422-13 del Código Civil catalán, que será objeto de estudio detallado, declara la ineficacia sobrevenida de la institución de heredero, de los legados y de las demás disposiciones ordenadas a favor del cónyuge del causante si, en el momento de la muerte, se halla pendiente de resolución una demanda de nulidad, separación o divorcio matrimonial, si bien, en su párrafo tercero, señala que tales disposiciones mantendrán su eficacia si del contexto del testamento resulta que el testador las habría ordenado incluso en tales supuestos.

En Aragón, el artículo 438 del Código de su Derecho Foral, en sede de “Efectos de la nulidad, el divorcio y la separación”, establece que no surtirán efecto las disposiciones correspondientes entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél se encontraran en trámite, a instancia de uno o de ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin, pero, como dice su primer inciso, “salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra”.

Es decir, Aragón y Cataluña son los únicos Derechos Civiles forales en nuestro Ordenamiento Jurídico que declaran, de forma expresa, la ineficacia de las disposiciones otorgadas en testamento abierto cuando tiene lugar una crisis matrimonial (nulidad, separación o divorcio) o cuando se halla pendiente de resolución el procedimiento judicial y acaece el fallecimiento del testador.

Y decimos que son los únicos, porque en los demás Derechos Forales, como el País Vasco (artículo 28.3), Galicia (artículo 208) y Navarra (Ley 201), esta declaración de ineficacia se recoge solamente a propósito de los testamentos mancomunados o de hermandad; y ello es totalmente lógico y coherente por el grado de vinculación entre los testamentos de ambos cónyuges, cuyas disposiciones son correspectivas.

E).- RECONCILIACIÓN.

Antes de la reforma del Código Civil por la Ley 15/2005, el segundo párrafo de su artículo 835 establecía que el cónyuge sobreviviente conservaría sus derechos si, tras la separación, hubiere tenido lugar el perdón o la reconciliación; es decir, el legislador le atribuía la condición de legitimario de manera automática, siempre y cuando se reanudase la vida en común.

La reconciliación, de carácter bilateral, sólo tiene efectos en los casos de separación, no en los de nulidad (se considera como si el matrimonio nunca hubiere existido) ni en los de divorcio (en que el matrimonio se ha disuelto, aunque la ley permite, al amparo del párrafo segundo del artículo 88 del Código Civil, que los divorciados puedan contraer entre sí nuevo matrimonio).

El perdón, de carácter unilateral, sólo cabe igualmente en los supuestos de separación, sin que produzca efecto legal alguno el perdón concedido por los herederos del premuerto.

No obstante, esta alusión a la figura del perdón se ha suprimido tras la reforma de 2005, como lógica consecuencia de la desaparición de las causas de separación y porque implicaba el reconocimiento en el matrimonio de un culpable y de un inocente.

Con el perdón se lograba absolver de la culpa al cónyuge supérstite y, como quiera que la culpabilidad ha dejado de tenerse en cuenta en esta materia, ya no tiene sentido mantener tal figura.

En base al artículo 84 del Código Civil, la reconciliación entre ambos esposos pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero, al tratarse de una circunstancia interna, debe ponerse en conocimiento del Juez ante el cual se haya seguido el procedimiento; y esta puesta en conocimiento debe realizarse de forma separada por ambos cónyuges, dado su carácter bilateral.

Una vez producida la reconciliación y comunicada tal decisión a la autoridad judicial, debe procederse a su inscripción en el Registro Civil del lugar de celebración del matrimonio para que surta efectos frente a terceros.

Por tanto, si entre los cónyuges separados hubiere mediado reconciliación y ésta se hubiere notificado al Juez encargado del asunto, el sobreviviente conservará todos sus derechos legitimarios en la herencia del premuerto (cfr. artículo 835 Código Civil).

No existe una previsión semejante en la sucesión intestada, pero debe entenderse que si ha tenido lugar la reconciliación, se le ha comunicado al Juez, se ha inscrito en el Registro Civil y, en suma, se ha reanudado la convivencia conyugal, es claro que el cónyuge sobreviviente mantendrá los derechos que pudieran corresponderle en la sucesión abintestato de su cónyuge premuerto.

Al respecto, el Derecho catalán, en el artículo 412-4.2 del Libro IV de su Código Civil, declara la irrevocabilidad del perdón y de la reconciliación, puesto que si se permitiera su revocación unilateral, ya no serían actos de liberalidad y quedarían a merced de hechos posteriores que podrían desvirtuar su propia naturaleza.

Por este motivo, en Cataluña se entiende que el perdón no resulta ineficaz por la revocación del testamento en que ha sido concedido.

Es otro supuesto de irrevocabilidad de disposiciones testamentarias, con un fundamento semejante al señalado para el reconocimiento de la filiación extramatrimonial.

Y el ya citado artículo 442-6 establece, a sensu contrario, que el cónyuge viudo tiene derecho a suceder abintestato al causante cuando los esposos se hubieren reconciliado; es decir, conservará sus derechos hereditarios.

BERENGUER SABATÉ²⁶ se pregunta qué ocurre si los cónyuges no comunican la reconciliación al Juez.

La respuesta está condicionada al hecho de que el Derecho catalán confiere derechos sucesorios intestados al mero conviviente, por lo que concluye que es plenamente eficaz la reconciliación, aunque no se haya

²⁶ Berenguer Sabaté, Roser.- “Sucesiones.- Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña”.- Comentario al artículo 442-6.- Falta de derecho a suceder.- Página 1016.

puesto en conocimiento del Juez, porque entonces el cónyuge superviviente de un matrimonio que ha superado una crisis matrimonial y ha recuperado el afecto marital resulta de peor condición que el conviviente de hecho.

Nosotros entendemos, por el contrario, que el Código Civil español, al exigir que se comunique al Juez la reconciliación entre ambos esposos, considera esta comunicación como un trámite esencial, que no puede ser obviado si se pretende que produzca los efectos deseados.

Esto es, la notificación de la reconciliación al Juzgado tiene carácter constitutivo, puesto que con ella se recuperan los derechos legitimarios que previamente se habían perdido como consecuencia de la separación judicial.

Para que la reconciliación produzca plenos efectos frente a terceros, debe dársele la oportuna publicidad; y ello se consigue con la notificación por separado al Juez, en la que se manifieste por ambos esposos la efectiva reconciliación, y la inscripción en el Registro Civil.

En la sucesión intestada, el artículo 945 del Código Civil no prevé que los separados judicialmente puedan reconciliarse, pero, por analogía con el artículo 835, debe entenderse que si el sobreviviente pretende recuperar los derechos que le correspondan en la sucesión abintestato del pre-muerto, tiene que haberse producido, previa y obligatoriamente, la reconciliación entre ambos, en igual forma que para la sucesión legitimaria o forzosa; es decir, se notificará la reconciliación al Juez que haya decidido la separación conyugal y se inscribirá en el Registro Civil.

Sin la acreditación de tales requisitos, el Notario autorizante de la oportuna declaración de herederos no tendrá en cuenta, en su caso, la cuota legal usufructuaria que pudiera corresponder al cónyuge viudo.

CAPÍTULO TERCERO

I.- CONCRECIÓN DE LA LEY REGULADORA DE LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA

A).- PREÁMBULO.

En esta materia de la determinación de los derechos legitimarios del cónyuge viudo, el operador jurídico que se enfrente a una sucesión hereditaria deberá concretar, con carácter previo, cuál es la ley aplicable, sobre todo por la diversidad normativa existente no sólo entre nuestro Código Civil y los Derechos Forales especiales, sino también entre los países de nuestro entorno.

Vivimos en un mundo global en el que se observa una mayor movilidad de personas entre territorios con legislaciones muy diferentes entre sí.

Paradigmático es el caso de España, con un sistema plurilegislativo en distintos ámbitos jurídicos, pero, sobre todo, en el familiar y en el sucesorio, en donde existen diferencias muy acusadas entre nuestros ordenamientos civiles.

B).- LEGISLACIÓN APLICABLE.

En el Derecho interregional, que puede definirse como el sistema de reglas que determinan la legislación a que debe estar sometida una relación jurídica cuyos elementos dispersos corresponden a regiones de diferente legislación civil, el punto de conexión para especificar cuál es la ley aplicable a una sucesión hereditaria ha sido la vecindad civil, regulada en el artículo 14 del Código Civil, que comienza diciendo que “La sujeción al Derecho Civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil”.

En la resolución de los conflictos de leyes que surjan por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio español, se observarán las normas contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, con la particularidad de que será ley personal la determinada por la vecindad civil (cfr. artículo 16.1ª).

Y por mor de esta remisión, por ejemplo, al artículo 9.1, la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su vecindad civil, que regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

En definitiva, la ley aplicable vendrá concretada por la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento.

Así lo declara expresamente el Tribunal Supremo, en la Sentencia 588/2009, de 14 de septiembre (Ponente: ROCA TRÍAS), en la que se discutió cuál era la vecindad civil y, por tanto, la ley aplicable a la sucesión de una señora que, en su testamento, había excluido del importe de la legítima a uno de sus hijos, al amparo de lo establecido en el Fuero Nuevo de Navarra.

Este hijo presentó demanda alegando que la vecindad civil de su madre era, en realidad, la catalana, puesto que había residido, de forma continuada, durante más de diez años y hasta el día de su fallecimiento, acaecido en 1998, en Barcelona; hecho que fue reconocido tanto por el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial.

El Tribunal Supremo, en igual sentido, desestima el recurso de apelación interpuesto por el hermano del excluido en base a los siguientes argumentos:

1º.- La derogación por la Ley de 15 de octubre de 1990 el artículo 14.4 del Código Civil, según el cual la mujer casada seguía la condición del marido.

2º.- La residencia continuada durante más de diez años en Barcelona, que motivó la adquisición de la vecindad civil catalana.

Conforme al artículo 225 del todavía vigente Reglamento del Registro Civil, el cambio de vecindad civil se produce “ipso iure” por la residencia habitual, durante diez años seguidos, en provincia o territorio de diferente legislación civil, a no ser que el interesado, antes de que concluya este plazo, formule ante el Encargado del Registro Civil la declaración en contrario.

3º.- Y la irrelevancia de las manifestaciones de la causante de querer conservar la vecindad foral navarra, realizada en diversos testamentos, también en el último.

Tal declaración no debe tenerse en cuenta, porque no se efectuó ante el Encargado del Registro Civil, único funcionario competente para practi-

car las oportunas inscripciones. Pero es que, además, la declaración que la finada había realizado en el Registro Civil de Pamplona en 1996 no tuvo el efecto de conservación de la vecindad navarra que ella pretendía, puesto que, en aquel entonces, su vecindad era la catalana.

En resumen, el Alto Tribunal determinó que la vecindad civil de la causante, al día de la apertura de la sucesión, era la catalana, por lo que su herencia debía regirse por la legislación de Cataluña y no por el Derecho Foral navarro.

C).- ADQUISICIÓN Y CAMBIO DE LA VECINDAD CIVIL.

Entre los distintos modos por los que puede adquirirse la vecindad civil, destaca, pues, el relativo a la residencia continuada en un determinado territorio, bien por dos años (cuando el interesado manifieste su voluntad en tal sentido), bien por diez años (sin declaración en contrario en este intervalo), como establece el artículo 14.5 del Código Civil, de aplicación general en todo el territorio español.

Estas dos declaraciones deberán hacerse ante el Encargado del Registro Civil, sin que se permita la manifestación voluntaria ante Notario, que es incompetente para ello, según señaló la DGRN en Resolución de 21 de noviembre de 1992.

No obstante, al ser la vecindad civil una cualidad de estado esencialmente mutable, es evidente que la prueba que sobre ella pueden ofrecer los asientos del Registro Civil es muy escasa, como se lamentaba LUCES GIL.

Los Notarios sí pueden crear un principio de prueba por escrito, porque, conforme al artículo 156.4 del Reglamento Notarial, en la comparecencia de toda escritura se expresará la vecindad civil de las partes:

-Cuando así lo pidan los otorgantes.

-Y cuando ello pueda afectar a la validez o eficacia del acto o contrato que se formaliza.

La circunstancia de la vecindad se expresará por lo que conste al Notario o por lo que resulte de las declaraciones de los otorgantes y de sus documentos de identidad (cfr. artículo 160 Reglamento Notarial).

Respecto de españoles, la vecindad se acreditará por el lugar del otorgamiento, salvo que el interesado manifieste otra cosa (cfr. artículo 161 Reglamento Notarial).

Además, la DGRN, en Resolución de 3 de julio de 1967, reconoció como medio de fijar la vecindad civil, con valor de presunción *iuris tantum* (salvo prueba en contrario), el acta notarial de notoriedad.

En definitiva, es esencial que, tanto en los testamentos abiertos como en las particiones de herencia, figure el dato relativo a la vecindad civil del causante, porque es el elemento que determina la ley reguladora de la sucesión.

Interesa al objeto de nuestro estudio que el matrimonio no modifica la vecindad civil de los cónyuges y que el legislador permite a cualquiera de los cónyuges, no separados legalmente ni de hecho, optar, en todo momento, por la vecindad civil del otro (cfr. artículo 14.4 Código Civil).

La pregunta es muy simple: ¿Habrá que estar a la vecindad civil que el causante ostentaba al tiempo de su fallecimiento o, por el contrario, a la que tenía en el momento en que formalizó su testamento?

Este llamado conflicto móvil, ocasionado por el cambio de vecindad civil, debe solucionarse mediante la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado, que contemplan como punto de conexión, siempre referido al momento del fallecimiento, la última residencia habitual, debiendo entenderse como tal el lugar preciso en donde la persona tiene fijado su domicilio permanente e intencionado, en el que se desarrolla su vida de forma efectiva y habitual y en donde se hallan establecidas sus raíces económicas y familiares.

D).- INCIDENCIA EN LOS DERECHOS LEGITIMARIOS.

En relación a los derechos legitimarios del cónyuge viudo, son muy importantes las Resoluciones de la DGRN de 11 de marzo y 18 de junio de 2003, en las que se discutió cuál era la ley que había de regir tales derechos cuando el causante, fallecido con posterioridad al 15 de octubre de 1990 (fecha de entrada en vigor de la reforma operada en el artículo 9.8 del Código Civil), tenía la vecindad civil catalana en el momento de su fallecimiento, pero su régimen económico matrimonial era el legal supletorio de gananciales.

La cuestión se reducía a dilucidar si el cónyuge sobreviviente tenía derecho al usufructo del tercio de mejora (cuota legal del Derecho Civil común) o al usufructo universal (legítima reconocida por el Derecho catalán).

Recuérdese que el tercer inciso del artículo 9.8 del Código Civil establece que “Los derechos que por ministerio de la Ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma Ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre la legítima de los descendientes”.

La DGRN entiende que caben dos posturas a la hora de interpretar este precepto:

1ª.- Considerar que los efectos del matrimonio incluyen el régimen económico matrimonial establecido al iniciarse la relación conyugal, a salvo el conflicto móvil; o, por el contrario,

2ª- Entender que, dada la mutabilidad del régimen matrimonial en el Derecho español, el Código Civil se refiere única y exclusivamente a los derechos ligados al matrimonio, de carácter familiar, que puedan integrarse en la sucesión, con independencia de cuál sea el régimen económico-matrimonial que rijan las relaciones patrimoniales entre los esposos.

El Centro Directivo se decanta por esta última opción y, considerando esencial para la seguridad jurídica la uniformización de las soluciones a adoptar en las complejas relaciones jurídicas de tipo sucesorio, cuando intervienen en las mismas elementos personales que se rigen por diversas leyes, concluye que debe regir, en todo caso, el principio de unidad en la ley sucesoria, cualquiera que sea la singularidad de los elementos personales que la integren y sin más excepciones que las que pudieran resultar de la concurrencia de otros estatutos preferentes.

En definitiva, los derechos del cónyuge viudo se regirán por la ley sucesoria del fallecido, debiendo ser interpretada la remisión a la ley que rige los efectos del matrimonio, exclusivamente a los ligados a los efectos personales o estatuto primario patrimonial, como, por ejemplo, el año de luto o la tenuta en Cataluña, las ventajas aragonesas, el ajuar doméstico, las viudedades forales en su consideración familiar o cualesquiera otras que determine la ley aplicable.

Para una mayor claridad, recordemos que la Resolución de 11 de marzo de 2003, dictada para resolver un recurso interpuesto a efectos doctrinales, versaba sobre una manifestación de herencia, cuyo título de la su-

cesión era un acta notarial de notoriedad para la declaración de herederos de un causante, de vecindad civil catalana, adquirida por residencia, en la que la viuda, por sí y como única titular de la patria potestad de sus dos hijos menores de edad, se adjudicaba una mitad indivisa de los bienes, en pleno dominio, por sus gananciales y la otra mitad indivisa, en usufructo vitalicio, en pago de los derechos viduales que le reconocía la legislación catalana, y se atribuía la nuda propiedad de esta última mitad a sus mencionados hijos, por igual entre ellos.

El Registrador de la Propiedad número Uno de Reus rechazó la inscripción de la escritura por entender que, al haber fallecido el causante con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 15 de octubre de 1990, en la que se modifica el artículo 9.8 del Código Civil, los derechos que por ministerio de la ley se atribuyen al supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio.

Y como quiera que éste estaba sujeto al régimen de la sociedad de gananciales, sólo corresponde a la viuda el usufructo del tercio de mejora en los bienes de la herencia, además de considerar que existía un claro conflicto de intereses entre la madre y los hijos menores de edad.

En primer lugar, se discute la eficacia de la declaración de herederos abintestato autorizada por el Notario.

La Dirección General reafirma la competencia exclusiva de los Notarios en este ámbito y entiende, con acierto, que la calificación registral no abarca el fondo del juicio de notoriedad, que sólo está sujeto al control judicial.

A mayor abundamiento, téngase en cuenta que, en Resolución de 18 de enero de 2005, ya se admitió que el Notario español pudiese tramitar válidamente actas de notoriedad para la declaración de los herederos abintestato de un causante extranjero con domicilio en España, lo que supone la necesidad de aplicar, en su caso, su Derecho nacional.

Y, en segundo lugar, se afirma que, para establecer los derechos que corresponden al cónyuge sobreviviente, deberá calificarse su ley personal común sobrevenida, puesto que se presume, salvo prueba en contrario, que ambos esposos viven juntos (cfr. artículo 69 del Código Civil), o bien se aplicará la ley que regule los efectos del matrimonio, que, según el artículo 9.2 del Código Civil, puede ser, por orden de preferencia:

1º.- La ley personal común de los cónyuges al tiempo de la celebración del matrimonio.

2º.- En defecto de esta ley, la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de los esposos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del enlace.

3º.- Si no ha existido tal elección, la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio.

4º.- Y si tampoco ha habido residencia habitual común, la ley correspondiente al lugar de celebración del matrimonio.

E).- NORMATIVA COMÚN EUROPEA.

Esta situación ha sufrido un giro radical con la publicación, en el Diario Oficial de la Unión Europea de 27 de julio de 2012, del Reglamento 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y la creación de un certificado sucesorio europeo.

Este Reglamento tiene gran trascendencia por su carácter de universal; se aplicará aunque no sea la Ley de un Estado miembro (cfr. artículo 15 bis).

Sus disposiciones se aplicarán a las sucesiones hereditarias de aquellas personas que hayan fallecido el 17 de agosto de 2015 o con posterioridad a tal fecha, lo que supondrá, en la práctica, el desplazamiento del artículo 9.8 del Código Civil, que, como sabemos, fija como ley aplicable a una sucesión mortis causa la nacionalidad del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren.

En principio, este precepto seguirá rigiendo las sucesiones interregionales, como dice RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ; pero en cuanto a los conflictos sucesorios internacionales, será aplicable esta nueva norma, la cual vincula a todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto a Irlanda y Reino Unido, que han decidido su no participación, y a Dinamarca, que cuenta con un status especial.

Dada la movilidad creciente de los ciudadanos de la Unión y con la finalidad de garantizar que exista un nexo real entre la sucesión por causa de muerte y el Estado miembro en el que ésta se ventile, el Reglamento Europeo de Sucesiones establece, como punto preferente de conexión, el de la residencia habitual del causante al tiempo de su fallecimiento, para lo cual la autoridad competente deberá evaluar, de forma general, las circunstancias de la vida del fallecido durante los años precedentes al óbito y en el momento del mismo, tales como la duración y la frecuencia, las condiciones y los motivos de su presencia.

Como reconoce el propio Reglamento, la concreción de la residencia habitual puede, en ocasiones, ser ciertamente compleja, como cuando el causante ha residido en varios Estados de manera alternativa o cuando ha viajado de un país a otro sin residencia efectiva en ninguno de ellos.

Brevemente, por exceder del objeto de nuestro estudio, reseñamos sus principales características en cuanto a la determinación de la ley aplicable:

1ª.- Se establece el principio de unidad en la sucesión; sólo es posible una única ley, que será aplicada al conjunto de la sucesión, a todos los bienes que formen parte de la herencia, sin que influyan en su concreción la naturaleza de los bienes ni el país en que éstos se hallen, ya se trate de un Estado miembro o incluso de un tercero.

La ley aplicable regirá la totalidad de la sucesión y, en particular, en lo que aquí nos interesa, la determinación de los derechos sucesorios del cónyuge superviviente.

2ª.- Se ha optado por fijar, como norma aplicable a la sucesión por causa de muerte, la de la última residencia habitual del causante (artículo 16.1).

3ª.- Si excepcionalmente se acreditara que, al tiempo del óbito, el fallecido mantenía una vinculación manifiestamente más estrecha con un Estado diferente del que constituía su última residencia habitual, será ley aplicable la de ese otro Estado (artículo 16.2).

4ª.- Se admite el ejercicio de la llamada “*professio iuris*”; es decir, los ciudadanos de la Unión Europea podrán organizar anticipadamente su herencia mediante la elección de la ley aplicable a su sucesión, siempre que exista una conexión con ella, no se formule con la intención de burlar las expectativas de los herederos forzosos y, sobre todo, que la ley elegida sea la del Estado cuya nacionalidad se posea en el momento de realizar la elec-

ción o al tiempo de su fallecimiento o, si se ostentan varias nacionalidades, la de cualquiera de tales Estados en el instante en que realice la elección, que, necesariamente, habrá de hacerse en una disposición mortis causa o resultar de los términos de una declaración de este tipo.

Esta elección puede ser, por tanto, expresa o tácita, con la incertidumbre que esta última ocasionaría y que se reduciría si en el testamento abierto que se otorgue queda claramente establecida.

Por tanto, si el causante no ha llevado a cabo la elección de la ley de su nacionalidad, será de aplicación la de su última residencia habitual; criterio éste que también puede suscitar confusión y que, en muchos casos, habrá sufrido modificación, lo que provocará incertidumbre e inseguridad en los operadores jurídicos.

5ª.- Como excepción a la regla general de la residencia habitual, y siempre que no haya habido elección por parte del finado, se admite como ley aplicable aquella con la que se observen los vínculos más estrechos; pero debe tenerse en cuenta que sólo regirá esta norma para aquellos supuestos en los que, una vez concretada la residencia habitual sin género de dudas, se descubre que existe una ley mucho más vinculada con el causante.

En definitiva, los problemas que puede originar la especificación de la última residencia habitual del fallecido como ley aplicable podrán ser resueltos si se acude al mecanismo de la “*professio iuris*” o si, una vez determinada la residencia, existe otra normativa con vínculos manifiestamente más estrechos.

El Estado español ha designado como Autoridades públicas a los Jueces y a los Notarios para expedir el llamado Certificado Sucesorio Europeo, en el que se lleva a cabo una función de calificación jurídica y de determinación de derechos en el ámbito de las sucesiones con repercusiones transfronterizas.

Este Certificado Sucesorio Europeo tendrá eficacia como título habilitador, como posible título de la sucesión hereditaria, lo que ha motivado la reforma del artículo 14 de la Ley Hipotecaria.

Se trata, pues, de un documento público, de un documento auténtico que goza de la presunción legal de veracidad sobre su contenido.

Como se deduce de las consideraciones anteriores, el éxito o el fracaso de este Reglamento dependerá, en gran medida, de la preparación y de

la formación de los Notarios y demás operadores jurídicos y del asesoramiento que éstos presten a los ciudadanos en la redacción de sus disposiciones testamentarias.

En opinión de ESPÍÑEIRA SOTO²⁷, este Certificado facilitará la formalización de las operaciones particionales de las sucesiones transfronterizas siempre y cuando se complemente con un Registro Europeo de Actos de Última Voluntad o con la coordinación de los ya existentes, al margen de los que deban instaurarse, y con una campaña de concienciación a la ciudadanía acerca de la importancia de manifestar su voluntad mediante disposiciones mortis causa otorgadas en forma auténtica.

La DGRN ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este Certificado en la Resolución de 20 de julio de 2015, publicado en el B.O.E. de 24 de septiembre siguiente, a propósito de las herencias de dos causantes alemanes.

Es sabido que el “Erbschein” es un documento público, de origen judicial, de cuyo contenido resulta la cualidad para suceder, así como la adecuación del título sucesorio al Derecho material alemán; y es título inscribible en el Registro de la Propiedad español, conforme a los artículos 4º de la Ley Hipotecaria y 38 de su Reglamento.

Y aunque no fuese de aplicación al caso concreto, el Centro Directivo señala que es conveniente recordar que el Certificado Sucesorio, como documento que acredita la cualidad del derecho sucesorio de la persona a cuyo favor se expide, ya no es un documento extraño al Ordenamiento Jurídico español, no sólo por la entrada en vigor del Reglamento Europeo de Sucesiones, sino también porque el legislador lo ha incorporado a nuestra legislación mediante la reforma del artículo 14 de la Ley Hipotecaria por la Ley 15/2015, de 2 de julio, sobre la Jurisdicción Voluntaria.

²⁷ Espiñeira Soto, María Inmaculada.- “La función de la autoridad competente al confeccionar el Certificado Sucesorio Europeo”.- El Notario del Siglo XXI.- Revista del Colegio Notarial de Madrid, número 62.- Julio-Agosto 2015.

II.- LA INTERPRETACIÓN DE LOS TESTAMENTOS ABIERTOS QUE ATRIBUYEN DERECHOS SUCESORIOS A LOS EX CÓNYUGES

A).- PROBLEMÁTICA.

Como decía DE LA CÁMARA, la interpretación de una disposición testamentaria puede llegar a convertirse, sin duda, en una de las tareas más arduas y difíciles a las que tiene que enfrentarse un profesional del Derecho.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de febrero de 1961, señalaba que eran raros los casos en que un testamento no precisara de interpretación, porque en ellos muchas de sus disposiciones se consideraban ambiguas, imprecisas o incluso contradictorias entre sí.

Es de justicia reconocer que los testamentos abiertos, los otorgados ante Notario, suelen contener disposiciones claras y ajustadas a Derecho, debido a la intervención de un profesional cualificado en su redacción, pero también es verdad que los deseos de los testadores y la finalidad de “dejarlo todo atado” originan confusión e imprecisión.

No debe olvidarse que, en ocasiones, a pesar de la meridiana claridad de lo dispuesto en el testamento, se intenta por algún interesado una interpretación torticera o maliciosa, que trata de acomodar o amoldar la disposición testamentaria a su propia conveniencia, aunque para ello haya que vulnerar, e incluso suplantar, la verdadera voluntad de aquél que ya no puede aclararla y que confió en que la misma fuera respetada tras su fallecimiento.

Para lograr tal objetivo, los interesados en declarar la nulidad de aquellas disposiciones testamentarias que no comulgan con sus ilusiones o expectativas acuden a los Juzgados de Primera Instancia, a los que incumbe la función interpretativa de los testamentos, según reiterada y numerosísima jurisprudencia.

Pero cuando el Tribunal de Instancia hubiere sufrido equivocación a la hora de interpretar el testamento, por una errónea aplicación de los preceptos del Código Civil, siempre cabe interponer recurso de casación, por-

que el sentido dado a la voluntad del testador es ilógico, contrario a la Ley o, lo que es aún peor, diferente a su verdadera finalidad.

La interpretación presenta serias dificultades por un hecho evidente: no podemos acudir al testador para pedirle explicación sobre lo ordenado por él en el testamento. Esta dificultad se soslaya si aparece nombrado un albacea o contador-partidor, el cual tendrá plenas facultades para llevar a cabo tan complicada tarea.

B).- CRITERIOS PARA LA INTERPRETACIÓN.

Interpretar un testamento es indagar, averiguar la intención del testador en el mismo momento en que lo otorgó, comprender su sentido y alcance, tener claro y reconstruir cuál fue su última voluntad, ya que ésta, no lo olvidemos, es la ley suprema por la que se regirá su sucesión.

En la interpretación debe buscarse siempre la verdadera voluntad del testador, que se deducirá del sentido literal de las palabras utilizadas, porque se presume que las mismas reproducen fielmente tal voluntad, como dijo el Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de julio de 2005.

Y la voluntad del testador que debe ser reconstruida es aquella que expresó al tiempo de otorgar el testamento, como reconoce la Sentencia de 19 de diciembre de 2006.

El precepto fundamental en esta materia es el artículo 675 del Código Civil, que comienza diciendo 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”.

Debe prevalecer, como regla básica en la interpretación, la literalidad en las palabras empleadas; por tanto, el intérprete debe circunscribir su dictamen a su contenido literal, dada su trascendencia como título de la sucesión.

Como decía el aforismo romano, “in claris non fit interpretatio”; esto es, si las expresiones formuladas en el testamento son claras, primará la interpretación literal o gramatical.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de noviembre de 1964, afirmó que será prevalente la interpretación literal si, de un modo evidente,

no se desprende contradicción entre los términos literales del testamento y la voluntad del testador.

La disposición testamentaria objeto de interpretación establecía un legado del usufructo a favor de la viuda, ordenando que, a su muerte, pasara ese derecho a una hermana y, cuando ésta falleciera, a los nietos que dejare.

Sin embargo, la adquisición por parte de los nietos se sujetaba a la condición, expresamente recogida en el testamento, de que aquellos que no tuvieran descendientes legítimos no podían disponer libremente de los bienes que formaren parte de la herencia.

Un nieto pretendía que se interpretara esta disposición como una auténtica sustitución hereditaria, pero el Supremo consideró los términos del testamento tan suficientemente claros que no atendió tal petición.

A título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 593/2005, de 25 de octubre (Sala de lo Social, Sección 4ª), siguió el criterio literal para interpretar un testamento en el que un hermano instituyó heredero universal a otro y revocó toda disposición de última voluntad anterior al testamento, considerando como tal la designación como beneficiarios de un Plan de Pensiones al instituido heredero y a otras dos hermanas del causante, las cuales, en consecuencia, no recibieron nada de referido Plan, cuyos derechos consolidados recayeron en su totalidad en el nombrado heredero.

Más reciente aún es la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2010, que también sigue como criterio preferente la interpretación literal del testamento, como no podía ser de otra manera en el asunto objeto de discusión.

El causante había otorgado testamento abierto en 1993, en el que legó a un sobrino una vivienda e instituyó heredera a su esposa.

En 1995 otorga un nuevo testamento en el que instituye heredera a otra persona, sin perjuicio de los derechos que por ley pudieran corresponder a su esposa, y establece, de forma expresa, que “Revoca en todas sus partes cualquier otra disposición que apareciera; todo ello por estar en este acto consignada fielmente su voluntad”.

Las hijas del sobrino beneficiario del legado en el primer testamento, tras el fallecimiento de éste, defendieron la validez de la manda ordenada,

pero el Tribunal, atendiendo a su interpretación literal, concluye que la cláusula revocatoria es tan clara que no admite duda alguna.

Además, aunque no se hubiere incluido en el testamento la frase referida a la revocación, el segundo testamento era claramente incompatible con el primero, al que revocaba conforme al ya estudiado artículo 739 del Código Civil, puesto que establecía una diferente institución de heredero y ya no ordenaba el legado; por tanto, tampoco pudo tenerse en cuenta la doctrina de la compatibilidad de los dos testamentos cuando el segundo es meramente accesorio del primero y aparece la voluntad del testador de conservar la eficacia del anterior.

Sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, se podrá prescindir del tenor literal y atribuir un alcance totalmente distinto a la disposición testamentaria.

Sigue diciendo el artículo 675 del Código Civil que “En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento”.

En muchas ocasiones, la interpretación desde el punto de vista del testador no ofrece duda de ninguna clase, por lo cual deberá respetarse, en todo caso, su voluntad, que será la manifestada en el testamento; documento que, en buena práctica profesional, debería ser objeto de un estudio concienzudo y libre de prejuicios, pero siempre con la finalidad, como principio básico de nuestro Derecho, de conservar a toda costa las disposiciones testamentarias (principio del favor testamenti).

No obstante, el propio Tribunal Supremo ha reconocido haber utilizado otros criterios para llevar a cabo la interpretación de un testamento, tales como el teleológico o finalista, el lógico, el sistemático o el basado en pruebas extrínsecas, ya sean coetáneas, previas o posteriores al otorgamiento; ello, naturalmente, con las debidas precauciones, porque estas posibles circunstancias externas deben ser claramente apreciables y, sobre todo, deben tener una expresión cuando menos incompleta en el testamento, o puedan reconocerse dentro del mismo de algún modo.

En Sentencia de 23 de noviembre de 1957, el Tribunal Supremo rechazó la interpretación que se había dado a un testamento, porque suponía una auténtica vulneración de la verdadera voluntad del testador. Éste instituyó heredera a una hija natural, a la que llamaba por su nombre y apellidos y a la que había reconocido.

En vida del testador, se declaró nulo tal reconocimiento y se cambiaron los apellidos de la reconocida, por lo que se pretendió la nulidad de la institución por hacerse a favor de una persona que ya no era tal; es decir, concurrían circunstancias exteriores al testamento que ocasionaban la ineficacia de la disposición.

El argumento carecía de sentido, puesto que la heredera podía ser perfectamente identificada con arreglo al párrafo segundo del artículo 772 del Código Civil, según el cual “Aunque el testador haya omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse quién sea el instituido, valdrá la institución”.

El Supremo no tuvo en cuenta tales circunstancias exteriores y estimó clara la voluntad de instituir a la hija desposeída de sus apellidos.

De esta sentencia se deduce la gran preocupación, sentida por todos los operadores jurídicos, de que ha de atenderse a la voluntad real del testador y que sería un grave atentado contra la seguridad jurídica el permitir una interpretación que suplantara la verdadera intención o finalidad plasmada por el causante.

Distinto fue el caso, más reciente, contemplado en la Sentencia de 19 de diciembre de 2006 (Ponente: Román GARCÍA VARELA), en la que, con acierto, se consideró como testamento ológrafo una tarjeta de visita y la carta que la acompañaba, que el causante había remitido por correo urgente a su nombrado heredero y que cumplía todas las formalidades legalmente previstas, lo que supuso la revocación de un testamento abierto notarial en el que el fallecido había instituido heredera a otra persona.

En resumen, el criterio para interpretar un testamento debe ser siempre el literal o gramatical.

Cuando las disposiciones en él contenidas se consideren ambiguas, oscuras o de difícil inteligencia, esto es, cuando su redacción presente alguna duda o laguna, debe acudir a los criterios lógico, sistemático y teleológico, que serán empleados de forma conjunta y combinada, siempre considerando al testamento como una unidad.

Sólo añadir que el artículo 675 del Código Civil que venimos comentando concluye, en su párrafo segundo, con una frase: “El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la Ley”.

Al respecto, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de junio de 1999, a propósito de una disposición por la que el testador prohibía que se interviniese judicialmente en su testamentaría, sancionando al heredero que la promoviese o provocase con la legítima estricta o corta, acreciendo el resto a los que se hubieren mostrado conformes, la declaró nula de pleno derecho.

C).- CONCLUSIÓN.

En lo que respecta al objeto de nuestro estudio, reconociendo que la casuística puede ser infinita, se observa, en el Derecho civil común, que las disposiciones que un cónyuge ordena en testamento abierto a favor del otro suelen ser claras y concisas, sin que admitan ningún género de dudas.

Normalmente se legan el usufructo universal y vitalicio, con la imposición de la llamada “cautela socini”, prevista para el caso de que uno de los herederos o todos ellos rechazasen tal usufructo, en cuyo supuesto el viudo podrá ser beneficiario del legado del tercio de libre disposición, además de la cuota usufructuaria que por Ley le corresponde (usufructo del tercio de mejora).

En otras ocasiones, se limitan a confirmar esta cuota legal usufructuaria, sin sujetarla a ninguna condición, e instituir herederos a los hijos comunes, por partes iguales.

Y para el caso de que no tuvieren herederos forzosos, tales como ascendientes o descendientes, se instituyen recíprocamente herederos y se sustituyen, para el caso de premoriencia, por los hermanos de uno y otro, aunque en un matrimonio sin hijos, una disposición testamentaria muy recomendable sería la de establecer un fideicomiso de residuo, bien articulado en su regulación y ejecución.

En estos tres supuestos, que pueden considerarse como los más habituales, la voluntad de los cónyuges testadores es clara e inequívoca: pretenden conferir un mayor grado de protección al que de ellos sobreviva y, sólo acaecido el fallecimiento de éste, la herencia pasaría a sus hijos por igual.

En aplicación del principio de libertad civil, siempre les cabe la posibilidad de establecer una condición a las disposiciones a favor de su cónyuge, para el caso de que éste deje de serlo, ya sea por nulidad, separación o divorcio del matrimonio; pero es evidente que el hecho de que los testamen-

tos abiertos suelen formalizarlos en el mismo día y ante el mismo Notario, uno a continuación del otro, les coarta a la hora de fijar tal condición, como si ello pudiera resultar desagradable o engorroso o ser motivo de enfado para la pareja.

Al igual que es posible regular, en escritura pública, una serie de pactos en previsión de una futura ruptura matrimonial, y que normalmente se formaliza cuando la relación personal entre ambos esposos es buena, también es conveniente que se prevean en sus testamentos todas las situaciones por las que puede atravesar su convivencia conyugal, para lo cual contarán con el asesoramiento adecuado por parte de los operadores jurídicos a los que acudan.

Pero lo que, a nuestro entender, es evidente es que si el otorgante de un testamento, cuyas circunstancias personales sufren más tarde variación, no modifica ni revoca sus disposiciones, pudiendo hacerlo, su silencio debe reputarse como confirmación de la última voluntad expresada, porque lo contrario podría dar lugar a una situación jurídica no prevista ni querida por el causante y, sobre todo, se estaría creando una disposición testamentaria inconciliable con las recogidas en el documento.

¿Por qué no entender que si el testador no ha revocado su testamento, es porque realmente ha querido conservar esa última voluntad?

Ante una crisis matrimonial no tenemos por qué presumir que la voluntad del testador, plasmada en un testamento válidamente otorgado, es otra bien diferente.

La separación o el divorcio pueden obedecer a muy distintas causas, como la consabida incompatibilidad de caracteres; incluso puede deberse, como sucedió durante algún tiempo en nuestro país, a una interesada motivación fiscal.

Se requiere, pues, una manifestación externa, una actuación que demuestre, de modo indubitado, que no se quiere mantener la disposición testamentaria otorgada a favor del excónyuge; manifestación que sólo se consigue con la formalización de un nuevo testamento, en el que sería suficiente la simple fórmula revocatoria del anterior para que el separado o divorciado no tuviera derecho a la herencia del premuerto.

Por todo ello, entendemos que aquellos Derechos que presumen cuál es la voluntad del testador en estas situaciones de crisis conyugales podrían estar incurriendo en una auténtica suplantación de referida voluntad, lo que

supone, en la práctica, una falta de respeto para la declaración manifestada por una persona que ya no puede defender su aplicación y que, seguramente, murió con la tranquilidad de que su última voluntad iba a ser tenida en cuenta al tiempo de su fallecimiento.

CAPÍTULO IV

ESTADO DE LA CUESTIÓN

A).- PREÁMBULO.

Como veremos a continuación, los distintos Ordenamientos Jurídicos afrontan la cuestión de la eficacia o ineficacia de las disposiciones testamentarias a favor del viudo, una vez acaecida la nulidad, separación o divorcio del matrimonio, de manera muy diferente.

Hay algunos Derechos que entienden que no cabe la revocación sino por el otorgamiento de otro testamento.

Otros, por el contrario, establecen la revocación de tales disposiciones testamentarias por ministerio de la ley, siempre, claro está, que del tenor del testamento no se desprenda lo contrario.

Otros proclaman la ineficacia como una simple presunción iuris tantum, que admite, en todo caso, la prueba en contrario.

E incluso existen Derechos que recurren a una ficción de premoencia del cónyuge supérstite; esto es, no se tienen en cuenta los derechos que el testamento concede al viudo, pues se le considera como si ya hubiere fallecido.

A).- DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL.

a).- Derecho Común.

En el Código Civil español de 1889, no existe ninguna norma por la que se prive de eficacia la disposición testamentaria otorgada a favor del cónyuge viudo cuando, al día de la apertura de la sucesión, el matrimonio se hallaba inmerso en una situación de crisis matrimonial, ya sea por nulidad, separación judicial o de hecho o por divorcio.

No se concede importancia alguna a tales circunstancias sobrevenidas y, por tanto, subsisten las atribuciones testamentarias, voluntariamente efectuadas por el cónyuge premuerto, a favor del sobreviviente, salvo, natu-

ralmente, que del testamento se deduzca otra cosa, como, por ejemplo, que se subordinara la disposición a la condición de que se mantuviera el vínculo matrimonial al tiempo del fallecimiento y que se facultara, de forma expresa, al albacea o al contador-partidor que se designen para determinar el cumplimiento o incumplimiento de referida condición.

Es decir, si en el testamento una persona instituye heredero a su cónyuge, pero a continuación introduce la frase “mientras lo sea” o “mientras siga siéndolo”, esta disposición testamentaria se tendrá por no puesta si, en el momento de su fallecimiento, el vínculo matrimonial hubiere desaparecido por nulidad o por divorcio, suscitándose siempre dudas sobre si produce el mismo efecto una separación judicial o de hecho, ya que ambas situaciones no ocasionan la disolución del matrimonio.

Sin embargo, si la atribución testamentaria no está supeditada a ninguna condición, debe respetarse, en todo caso, la voluntad del testador.

Con apoyo en el artículo 767 del Código civil, en cuyo primer párrafo se dice que “La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento del 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”, se ha pretendido entender como condición el que el testador se refiera al cónyuge, esposo o esposa, y si éste ha dejado de serlo, se ha cumplido la condición ordenada y es ineficaz la disposición testamentaria a su favor.

En nuestra opinión, admitir este argumento supondría declarar ineficaces todos aquellos legados en los que se nombra como beneficiarios, por ejemplo, a un amigo o a un sacerdote que, al tiempo del óbito, han dejado de serlo; si se demuestra que esta amistad ya no existía en el momento del fallecimiento, o que el sacerdocio ya no era ejercido por el legatario, ¿debe entenderse ineficaz el legado?

Creemos que el propósito del legislador civil común ha sido siempre respetar a ultranza la voluntad del testador, ley soberana de la sucesión, no sólo en aras de la seguridad jurídica, sino, sobre todo, para la salvaguarda de los derechos conferidos.

En el Derecho civil común, no basta con la sentencia de nulidad, separación o divorcio para declarar ineficaces las disposiciones testamentarias a favor del otro cónyuge.

Con la mera admisión a trámite de la demanda, y por ministerio de la Ley, cesa la presunción de convivencia conyugal prevista en el artículo 69 del Código Civil, se permite que los cónyuges puedan vivir separados y se revocan los consentimientos y los poderes que cualquiera de los cónyuges hubiere otorgado al otro (cfr. artículo 102 del Código Civil).

Quien piense que con la sentencia firme de nulidad, separación o divorcio queda extinguida cualquier vinculación con el excónyuge incurre en una grave equivocación.

Si se pretende privar a éste de los derechos que se le hubieren concedido por testamento y, se insiste, de forma voluntaria, es preciso el otorgamiento de un nuevo testamento válido que expresamente declare tal voluntad.

El testamento sólo quedará revocado por otro posterior perfecto (cfr. artículo 739 del Código Civil), sin que las circunstancias sobrevenidas de la nulidad, separación o divorcio puedan tener alguna influencia en este aspecto.

Debe quedar claro, en todo caso, que no quedarán revocadas, ni serán ineficaces, las disposiciones testamentarias voluntarias ordenadas a favor del cónyuge, aunque, al día del óbito, exista una crisis conyugal.

Distinto es el supuesto de las atribuciones legalmente concedidas al cónyuge viudo.

Por ejemplo, si el causante se limitó en su testamento a confirmar a su esposa la cuota usufructuaria que por Ley le correspondiese, si al tiempo de su fallecimiento ha sobrevenido la declaración de nulidad, la separación judicial o el divorcio por sentencia firme o la separación de hecho acreditada, entre otros medios de prueba, por acta de notoriedad, debemos entender esta disposición testamentaria como no puesta y no deberá tenerse en cuenta en la partición de la herencia, porque, lógicamente, la nulidad, la separación o el divorcio tienen como efecto básico, establecido por Ley, la pérdida o privación de los derechos legitimarios del cónyuge viudo, sin que el testamento otorgado pueda conferir eficacia legal a una situación que carece de ella.

Al respecto, el Tribunal Supremo, en Sentencia 325/2010, de 31 de mayo de 2010 (ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ), declaró que no tenía derecho a la cuota legal usufructuaria, atribuida por el otorgante en su testamento, la esposa que, al tiempo del otorgamiento, ostentare tal condición

si, en el momento de formalizar la partición de herencia, el matrimonio estuviere ya disuelto por divorcio.

Se trataba de un testamento, otorgado el 9 de abril de 1990, en el que se legaba a la esposa la cuota viudal que por Ley le correspondiese y se instituía herederas, por partes iguales, a dos hijas.

Con posterioridad a su formalización y antes del fallecimiento, acaecido en 19 de febrero de 1999, sobrevienen dos circunstancias de gran interés:

-El divorcio entre el otorgante y su esposa;

-Y la declaración, por sentencia firme, de la existencia de una tercera hija, ésta extramatrimonial, con lo que se debatió la intencionalidad o no de la preterición.

En cuanto al legado de la cuota legal usufructuaria a favor de la esposa –que ya no lo era-, se llega a la conclusión que, en el momento de practicar la partición, al estar disuelto el matrimonio por divorcio, no le correspondía por Ley cuota alguna, por lo que se declara la nulidad de las operaciones particionales como consecuencia de la intervención de la divorciada y de la no concurrencia de la tercera hija extramatrimonial, a pesar de haberse probado que tanto la viuda como las dos herederas conocían de su existencia; esto es, actuaron de mala fe y, al amparo del artículo 1080 del Código Civil, se declara la nulidad.

Pero, ¿qué ocurre si el testamento ordena el legado del usufructo universal y vitalicio a favor del cónyuge, sin sujetarlo a ninguna condición, y al fallecer el testador se da la circunstancia sobrevenida de alguna de estas crisis matrimoniales?

Es una pregunta cuya solución dista de ser sencilla, pero si seguimos el criterio que venimos manteniendo y aplicamos el principio del favor testamenti, debemos entender que el viudo, cuyo matrimonio haya sido declarado nulo o se encuentre separado judicialmente o divorciado y concurre a la herencia con hijos o descendientes del causante, tendrá derecho al usufructo de un tercio de la herencia, sin que pueda usar ni disfrutar de los otros dos tercios por constituir la legítima de tales herederos forzosos.

Esta solución es coherente con la voluntad manifestada por el testador, que no revocó el testamento pudiendo haberlo hecho, y con la legalidad vigente, según antes indicamos, en la que también mencionamos la posible concurrencia con ascendientes.

Y, ¿cómo debemos actuar ante un testamento en el que el otorgante, que carece de descendientes o ascendientes, instituye heredero al cónyuge que ha dejado de serlo al día del fallecimiento y al que sustituye, sólo para el caso de premoriencia, por los hermanos o sobrinos del testador?

En este caso, es evidente que debe prevalecer la disposición testamentaria ordenada a favor del cónyuge sobreviviente, sin que quepa una interpretación distinta, toda vez que su tenor literal es meridianamente claro.

Hay que respetar la voluntad del testador, en el momento en que fue otorgada, por lo que la aparición sobrevenida de estas circunstancias no tiene por consecuencia la revocación o ineficacia, por ministerio de la Ley, de la disposición; sólo tendrá su debido tratamiento mediante la revocación expresa del testamento por el otorgamiento de otro nuevo.

No se puede interpretar la voluntad del testador cuando el criterio literal, seguido para averiguar el sentido de la disposición testamentaria, es claro y no admite una interpretación diferente, porque presumir que fue otra su verdadera voluntad, sólo en base a hechos externos y sobrevenidos, es incurrir en suplantación, sin que el Derecho deba permitir que se acuda a los Tribunales con la intención de crear una voluntad distinta de la plasmada.

Es cierto, como antes se expuso, que, con la finalidad de aclarar la voluntad testamentaria, se pueda acudir a medios extrínsecos, pero siempre que guarden una cierta relación con el testamento; es decir, no se pueden admitir conjeturas o suposiciones de la voluntad del testador si éstas no tienen un mínimo apoyo en el contenido testamentario.

Por ello, en ocasiones se recurre a una interpretación integradora del testamento; como quiera que de sus disposiciones no resulta una voluntad hipotética del testador, dada su claridad, se fuerza la interpretación para entender que éste no hubiera dispuesto a favor de su cónyuge si hubiere intuido que su relación matrimonial ya no existiría al tiempo del fallecimiento; y por tanto, para colmar esa laguna, o esa falta de previsión, se trata de ajustar la disposición testamentaria a las circunstancias sobrevenidas y no tenidas en cuenta a la hora de su redacción.

Pero, insistimos, en el Derecho Civil común esa interpretación no puede suplantarse la voluntad declarada por el testador por otra muy diferente y que no ha se ha manifestado en forma alguna, aunque pueda entenderse más real, más ajustada a las circunstancias concurrentes al día del fallecimiento.

En resumen, el Derecho común no prevé, en modo alguno, la revocación de los testamentos por la existencia, al día del óbito, de una crisis matrimonial; es decir, no hay una norma concreta que declare la ineficacia de estas atribuciones patrimoniales a favor del cónyuge viudo, aunque éste haya dejado de serlo.

Quizás debería reconducirse el expediente a la falta de capacidad para suceder del viudo cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, separado legalmente o de hecho o divorciado.

Tal vez el legislador civil común no ha tomado cartas en el asunto porque considera superflua su regulación y porque entiende que hay preceptos en el propio Código Civil que permiten alcanzar una solución satisfactoria.

Dice el artículo 744 del Código Civil, situado justo después del epígrafe relativo a la revocación e ineficacia de los testamentos, que “Podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley”.

En sentido contrario, no podrán suceder ni testada ni intestadamente aquellos que estén incapacitados legalmente para ello.

Es decir, si la ley incapacita para suceder abintestato al cónyuge incurso en una de estas crisis matrimoniales, no debería permitirse que por testamento se eludiese esta prohibición legal.

Imagínese un testamento en el que un padre, dueño con carácter privativo de una finca rústica, ordena que se proceda a su segregación en dos porciones independientes y que cada una de éstas se adjudique a sus dos únicos herederos.

Si la Ley impidiera la segregación, por no cumplir las porciones la extensión de la unidad mínima de cultivo (cfr. artículo 24 Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias de 4 de julio de 1995) y, consecuentemente, ser imposible la obtención de las debidas autorizaciones administrativas, los legados ordenados quedarían sin efecto, sin que pueda respetarse la voluntad del testador.

Esto es, si la Ley no permite que herede abintestato el cónyuge del causante incurso en alguna de estas crisis matrimoniales, tampoco debería admitirse que, por vía testamentaria, tal persona alcance tal beneficio patrimonial, puesto que, parafraseando a GIMÉNEZ DUART, si no hay derechos sucesorios en el abintestato, tampoco debería haberlo en la sucesión

testada, puesto que sería ilógico que, por el mero hecho de otorgar testamento, se tuvieran que respetar unos derechos que no existirían si se hubiere fallecido intestado.

Es cierto que tiene capacidad para suceder cualquier persona, física o jurídica, pero también es verdad que la legislación establece dos clases de incapacidades:

1.- Absolutas, que son las que privan de suceder en la herencia o legado, cualquiera que fuere la persona del finado; a ellas se refiere el artículo 745 del Código Civil (criaturas abortivas y asociaciones o corporaciones no permitidas por la Ley).

2.- Y relativas, que son las que privan de heredar a determinadas personas y en concretas circunstancias, que hacen presuponer una captación de la voluntad del testador por tales individuos.

En el Código Civil encontramos varios ejemplos de incapaces de suceder de forma relativa:

a).- El sacerdote que hubiere confesado al testador durante su última enfermedad, los parientes de aquél que se hallen dentro del cuarto grado, o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto (cfr. artículo 752, hoy aplicable al ministro de cualquier confesión, dado el principio constitucional de libertad religiosa).

b).- El tutor o curador, salvo si se trata del ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador o si la disposición testamentaria se otorgó después de aprobadas de forma definitiva las cuentas o después de la extinción de la institución tutelar, si no hubiere que rendir cuentas (cfr. artículo 753).

Además, el tutor nombrado en un testamento que se excuse de la tutela al tiempo de su delación perderá lo que, en consideración al nombramiento, le hubiere dejado el testador (artículo 257).

c).- El Notario autorizante del testamento, su cónyuge, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado, los testigos de cualquier testamento abierto o los testigos y demás personas que intervengan en la formalización de un testamento especial (militar, marítimo y hecho en país extranjero).

No obstante, el Notario ante quien se otorga el testamento puede ser nombrado en este documento albacea o contador-partidor, según el artículo 139 del Reglamento Notarial.

d).- El albacea, en los casos en que no acepte el cargo o renuncie a él sin justa causa; conforme al artículo 900, perderá lo que le hubiese dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere a la legítima.

e).- El incapaz, aunque se disfrace la disposición bajo la forma de un contrato oneroso o se haga a nombre de persona interpuesta (artículo 755).

En todos estos casos, la sanción es siempre la misma: la pérdida de eficacia de la disposición testamentaria a favor de cualquiera de estas personas, en los casos indicados y con la salvedad de las excepciones legalmente establecidas (“no producirán efecto”, comienza diciendo el artículo 752; “tampoco surtirá efecto”, dice el 753).

Otra consecuencia es la obligación que tiene el incapaz de restituir los bienes hereditarios, si hubiere tomado posesión de ellos, con todas las acciones, frutos y rentas que haya podido percibir (véase el artículo 761).

Esta categoría de la incapacidad relativa para suceder no debe confundirse, en modo alguno, con la indignidad sucesoria.

Las diferencias entre ambas son evidentes:

-Por su origen, la indignidad tiene lugar por un hecho reprobable del indigno, una conducta que debe ser reprochada y castigada; la incapacidad relativa tiene un origen ajeno a tal consideración.

-Por sus causas, las de la indignidad, además de ser tasadas y legalmente establecidas (artículo 756, modificado en sus tres primeros números por la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria), pueden ser tanto anteriores como posteriores al otorgamiento; por el contrario, las de la incapacidad relativa son siempre anteriores a su formalización. Y, como dice algún autor, la separación legal o de hecho o el divorcio no suponen necesariamente indignidad.

-Por el soporte, la indignidad tiene lugar tanto en la sucesión testada como en la intestada, mientras que la incapacidad relativa sólo cabe por definición en la sucesión testamentaria.

-Por las consecuencias, la indignidad perjudica sólo a quien incurre en ella; la incapacidad relativa es en perjuicio de ambos sujetos (causante y

sucesor). Además, la primera ocasiona la mera anulabilidad; la segunda, la nulidad o ineficacia de la disposición testamentaria.

-Por la legitimación activa, la acción de indignidad puede ser ejercitada por los posibles beneficiarios; por el contrario, la incapacidad relativa para suceder viene establecida directamente por la Ley, sin necesidad de interponer acción alguna.

-Y por sus efectos, el indigno no puede heredar, pero se permiten tanto la reconciliación como su rehabilitación (según el artículo 757, las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento o si, habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público); el incurso en causa de incapacidad relativa para suceder tampoco puede heredar, sin que se admita el perdón o rehabilitación, por razones generales de orden público y porque nada puede contra tal causa el testador.

Siguiendo este razonamiento, el Código Civil considera como causa de apertura de la sucesión intestada que el heredero instituido sea incapaz de suceder (cfr. artículo 912.4º) y que lo dispuesto sobre la incapacidad para suceder por testamento es igualmente aplicable a la sucesión intestada (cfr. artículo 914).

b).- Derechos Forales.

En los Derechos civiles forales especiales, se observan en esta materia dos grandes grupos, en función del soporte testamentario en que se haya formalizado la última voluntad:

1.- Aquellos que sí declaran la ineficacia de las disposiciones, contenidas en testamento abierto y otorgadas a favor del cónyuge supérstite, cuando entre su otorgamiento y el fallecimiento ha mediado una situación de crisis conyugal; es el caso de Aragón y Cataluña.

2.- Y aquellos otros que, en tales casos, proclaman la ineficacia de tales disposiciones, pero sólo de las contenidas en los testamentos mancomunados o de hermandad, por el importante grado de vinculación o complementariedad que tales documentos conllevan.

Nos estamos refiriendo a Galicia, Navarra y, dentro del País Vasco, al territorio de Guipúzcoa; legislaciones a las que ya hemos hecho mención.

Veamos, pues, los del primer grupo:

b.1).- Aragón.

El precepto básico es el artículo 438 del Código de Derecho Foral, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que, con respecto a su precedente, el artículo 123 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, tan sólo introduce la expresión “a instancia de uno o ambos cónyuges”.

Este artículo 438, relativo a los “Efectos de la nulidad, el divorcio y la separación”, dice literalmente que “Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspectivas entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin”.

Estamos en presencia de una auténtica ineficacia por ministerio de la Ley; no se trata de una presunción de revocación, que admita la prueba en contrario.

Se declara por Ley la ineficacia de tales disposiciones testamentarias en caso de crisis conyugal, pero el precepto llama la atención por varias consideraciones:

1ª.- No contempla la llamada separación de hecho como causa de ineficacia; quizás porque el legislador aragonés equipare esta situación, o se considere como prueba evidente de la misma, el encontrarse en trámite los procedimientos para declarar la nulidad, separación o divorcio del matrimonio; o quizás porque en Aragón, como dice BAYOD LÓPEZ²⁸ y las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de esta región de 28 de marzo de 2003 y 25 de junio de 2007, la separación de hecho sólo es relevante para excluir los derechos sucesorios del cónyuge superviviente si es de mutuo acuerdo y consta fehacientemente.

²⁸ Bayod López, María del Carmen.- “La sucesión legal en el Código del Derecho Foral de Aragón”.- Revista de Derecho Civil Aragonés-2012-XVIII.- Páginas 55 a 120.

2ª.- No es preciso esperar a la resolución del procedimiento matrimonial; basta con que se halle en trámite, siendo indiferente que haya sido instado por ambos cónyuges o por uno solo de ellos.

3ª.- Y, sobre todo, consagra el principio romano del “favor testamenti”; es decir, no serán ineficaces estas disposiciones si se puede deducir del testamento, abierto o mancomunado, que la voluntad del causante era otra bien diferente.

Es decir, si de la interpretación literal del testamento resulta clara la intención del otorgante, no debería acudirse a otra interpretación, ni integradora ni basada en medios extrínsecos, puesto que se vulneraría la voluntad manifestada y se estaría, en definitiva, creando una disposición nueva y no plasmada en el documento.

En todo caso, en Aragón las circunstancias sobrevenidas, como las originadas por una crisis matrimonial, sí tienen influencia en las atribuciones testamentarias voluntarias que hayan sido efectuadas a favor del cónyuge viudo.

Esto es, en los casos de nulidad del matrimonio, separación o divorcio, o en aquellos supuestos en los que no ha adquirido firmeza la resolución judicial, pero se encuentran en trámite tales procedimientos, estas disposiciones testamentarias son ineficaces; para evitar tal consecuencia, el testador puede, en todo momento, revocar o modificar su testamento, puesto que su voluntad es prevalente a esta ordenación legal.

Como se ha puesto de manifiesto, la diferencia entre el antiguo artículo 123 de la Ley 1/1999 y el actual artículo 438 del Código de Derecho Foral de Aragón radica en la introducción de la frase “a instancia de uno o ambos cónyuges”.

Con apoyo en la redacción anterior, se permitía que la acción de nulidad, separación o divorcio fuera interpuesta por un tercero, lo que originaba dudas sobre la falta de afección entre los cónyuges cuando no eran ellos quienes la interponían.

Hoy en día, con la nueva norma se considera en trámite el procedimiento cuando ha recaído resolución judicial por la que se admite la demanda, aunque ésta no se haya notificado todavía al demandado.

La declaración de ineficacia tiene lugar tanto si el soporte es un testamento abierto como si es un testamento mancomunado que recoge dispo-

siciones correspectivas, definidas por el artículo 420.1 del Código de Derecho Foral de Aragón como aquellas de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente condicionada, sean en beneficio mutuo o de un tercero.

Como dice el artículo 424.3 del Código de Derecho Foral de Aragón, la ineficacia de una disposición testamentaria no afectará a la validez o a la eficacia de las demás, a no ser otra la voluntad del testador.

En suma, son ineficaces las disposiciones por las que el testador instituye heredero a su consorte en estos casos de crisis matrimonial, pero el testamento conservará su validez y sus demás disposiciones serán plenamente eficaces.

Es otra manifestación más del principio del “favor testamenti”, o de conservación de las disposiciones testamentarias, que impregna todo el Derecho aragonés.

A mayor abundamiento, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en Sentencia de 20 de junio de 2005, declaró la ineficacia de un legado testamentario dispuesto por un conviviente a favor del otro, sin que entre ambos existiere formalmente constituida una pareja de hecho, por entender que no podía ser interpretado el legado como si hubiere sido ordenado a favor de una persona sin vinculación alguna con el testador, dada la identidad, según afirma, entre el matrimonio y la situación de convivencia.

De hecho, estaba acreditada la separación efectiva entre ambos convivientes y la tramitación de un procedimiento judicial destinado a resolver las cuestiones económicas surgidas de tal unión, por lo que, en aplicación del antiguo artículo 123 de la Ley aragonesa de Sucesiones, estimó ineficaz referido legado.

Interesa también mencionar, a este respecto, la Ley 2/2010, de 26 de mayo, (con entrada en vigor el 8 de septiembre de 2010), de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, en la que se regulan todas las vicisitudes propias de las crisis conyugales y que promueve la custodia compartida de los progenitores.

b.2).- Cataluña.

El precepto clave en esta materia es el artículo 422-13 del Libro IV del Código civil catalán, relativo a la “Ineficacia sobrevenida por crisis matrimonial o de convivencia”, en cuyo párrafo primero se establece que “La institución de heredero, los legados y las demás disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante devienen ineficaces si, después de haber sido otorgados, los cónyuges se separan de hecho o judicialmente, o se divorcian, o el matrimonio es declarado nulo, así como si en el momento de la muerte está pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, salvo reconciliación”.

Este precepto establece una auténtica presunción de la voluntad del testador; esto es, se presume que el causante no habría otorgado la disposición testamentaria si hubiera previsto la crisis de su matrimonio.

Pero no se trata de una presunción “*iuris et de iure*”, sino “*iuris tantum*”, que admite la prueba en contrario.

Al igual que ocurre en Aragón, se entiende que el advenimiento de una crisis matrimonial produce la ineficacia de las disposiciones testamentarias que un cónyuge hubiere otorgado a favor del otro durante la vigencia de su matrimonio y que, al tiempo de su fallecimiento, no hayan sido revocadas o modificadas.

El testamento ha de ser, pues, anterior al cese de la convivencia y, con posterioridad a su otorgamiento, debe sobrevenir alguna de las siguientes circunstancias:

1.- Que se haya declarado la nulidad, separación judicial o divorcio del matrimonio, lo que se acreditará con testimonio de la oportuna sentencia.

2.- Que se haya interpuesto demanda ante el Juzgado competente, lo que también es fácil de acreditar con el escrito de presentación ante la oficina judicial.

3.- O que exista separación de hecho, lo que no será tan fácil de probar.

Si tal situación fáctica ha sido acreditada judicialmente, o se deduce de un documento firmado por ambos cónyuges, la dificultad se reduce; pero

si no median tales pruebas, FOLLÍA CAMPS²⁹ entiende que no puede el Notario, ni siquiera por acta de notoriedad, declarar la ineficacia de un testamento y proceder a la apertura de la sucesión intestada.

Se considera que, en estos casos, debe esperarse a la resolución judicial, por analogía con lo previsto en el artículo 412-6.3 del Código catalán, que, en sede de indignidad, señala que si la persona afectada no reconoce la causa de ineficacia, ésta deberá ser declarada judicialmente.

El propio artículo 422-13 establece, en su párrafo tercero, que las disposiciones a favor del cónyuge mantendrán su eficacia si del contexto del testamento resulta que el testador las habría ordenado incluso en los casos contemplados en el primer apartado.

Se trata de otra expresión del consabido principio del “favor testamenti”, procedente del Derecho Romano y muy presente en el Derecho civil catalán.

Esto es, el testamento debe ser siempre interpretado con la finalidad de que sus disposiciones conserven su eficacia y, por ello, el artículo 422-5 del Código civil catalán proclama que la nulidad de una disposición testamentaria no supone la nulidad total del testamento, salvo que de su contexto resulte que el testador no habría ordenado las disposiciones válidas sin la disposición nula.

La Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalidad de Cataluña ha tenido ya oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión; por ejemplo, en las Resoluciones JUS/3188/2010, de 17 de septiembre, y JUS 4177/2010, de 26 de noviembre, a propósito de una misma escritura de aceptación y partición de herencia.

El causante, nacido en Mairena (Granada) pero de vecindad civil catalana por razón de residencia, había otorgado testamento en 2006 en el que, después de dejar la legítima a las personas que pudieran tener derecho a ella, instituyó heredera universal a su segunda esposa, a la que sustituyó vulgarmente por dos nietos del testador y por tres nietos de su referida esposa, por partes iguales entre ellos.

²⁹ Follía Camps, Robert. “Sucesiones.- Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña”.- Comentario al artículo 442-13.- Ineficacia sobrevinida por crisis matrimonial o de convivencia.- Página 219.

Acaecido el fallecimiento en 2010, ya divorciado de su segunda esposa y sin haber otorgado nuevo testamento, los tres hijos del causante promueven la declaración de herederos abintestato, por entender que el testamento otorgado había devenido ineficaz por el divorcio.

Una vez declarados herederos intestados del finado, los hijos, en unión de la primera esposa puesto que los bienes objeto de partición eran gananciales del primer matrimonio, proceden a liquidar esta sociedad conyugal, adjudican una mitad indivisa a la primera viuda y se asignan la otra mitad indivisa, por igual.

Las Registradoras de la Propiedad números 5 y 22 de Barcelona rechazaron la inscripción de la escritura por entender que no procedía la apertura de la sucesión intestada, ya que la ineficacia sobrevenida de la institución de heredero no conllevaba la de la sustitución vulgar ordenada en el testamento.

Es decir, la cuestión se limitaba a concretar si la ineficacia de la institución de heredero conllevaba, del mismo modo, la del resto de las disposiciones testamentarias, entre las cuales se encontraba la sustitución vulgar a favor de los mencionados nietos.

Amparándose en el principio general de conservación del testamento, que se desprende del conjunto de la regulación del Código Civil catalán, se llega a la conclusión de que la causa de ineficacia sobrevenida de que habla el artículo 422-13 es de carácter excepcional y sólo afecta a la persona del cónyuge, sin que pueda extenderse a otras personas ni tampoco contaminar las demás disposiciones testamentarias, porque como quiera que la Ley no arrastra a los descendientes los efectos de las causas de indignidad o desheredación (cfr. artículo 857 del Código Civil), menos aún se puede pretender lo mismo en este caso.

En suma, la ineficacia sobrevenida afecta sólo a la institución de heredero, sin que ello suponga la ineficacia de la totalidad del testamento; y, por tanto, surtirá pleno efecto la sustitución vulgar prevista por el testador, siendo los beneficiados los sustitutos vulgares (los nietos, dos del testador y tres de la esposa de la que se había divorciado), ya que no cabe la apertura de la sucesión intestada (el causante murió bajo testamento).

Suponemos que esta solución ha generado cierta insatisfacción en la doctrina catalana y en el ánimo del legislador, puesto que la Ley 6/2015, de 13 de mayo, de Armonización del Código Civil de Cataluña (publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña de 20 de mayo de 2015 y en

el Boletín Oficial del Estado de 1 de junio siguiente), ha añadido un párrafo cuarto a este precepto que venimos comentando (422-13), en virtud del cual “también se aplica a los parientes que sólo lo sean del cónyuge o conviviente, en línea directa o colateral dentro del cuarto grado, tanto por consanguinidad como por afinidad”.

Según la Exposición de Motivos de esta Ley, tanto la práctica profesional como el análisis doctrinal han puesto de manifiesto algunas disfunciones en la normativa catalana y, por ello, el legislador ha considerado preciso extender la ineficacia a las disposiciones testamentarias otorgadas a favor de los parientes del cónyuge o del conviviente y garantizar así una coherencia en la sucesión testamentaria, en concordancia con el artículo 423-9, relativo a la “Institución a favor de los parientes”.

Es decir, tras este añadido al precepto, la solución dada por las mencionadas Resoluciones hubiera sido otra muy distinta.

Debería considerarse ineficaz no sólo la institución de heredero, sino también la sustitución vulgar pero sólo en lo referente a los nietos de la esposa divorciada del causante, por lo que hubieran heredado únicamente los dos nietos del testador.

Es curioso observar cómo uno de los argumentos esgrimidos por estas Resoluciones para apoyar su decisión ha perdido todo su sentido:

-En la primera se decía que el legislador catalán ha limitado el efecto de la ineficacia sobrevenida a las disposiciones a favor del cónyuge, sin que pueda contaminar a las establecidas a favor de otras personas, aunque éstas tengan vínculos de parentesco con el excónyuge.

-Y en la segunda se calificaba a esta causa de ineficacia sobrevenida como excepcional y fijada estrictamente *intuitu personae*, sin que nada autorizase a hacer una interpretación extensiva a otros casos y, menos aún, a extrapolar tal efecto hacia los hijos o los nietos de la esposa divorciada.

En otra Resolución, la JUS/2694/2013, de 5 de diciembre, la propia Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas estudió un asunto en el que el causante había instituido heredera a su esposa en un testamento formalizado dos años después de la separación de hecho entre ambos; circunstancia ésta que había sido acreditada judicialmente.

En este caso, al constatarse que el testamento era posterior a la separación de hecho, no se consideró aplicable el artículo 422-13 del Código Civil catalán, por lo que no se daba la causa de ineficacia sobrevenida.

Esto es, cuando el testamento es posterior a la separación de hecho, a la separación judicial, al divorcio o a la nulidad del matrimonio, no nos encontramos ante el supuesto que regula la norma, porque la ineficacia ya no es sobrevenida, sino preexistente.

Esta Resolución fue comentada por la doctrina, discutiéndose la cuestión de si los Notarios y Registradores de la Propiedad pueden apreciar de oficio las causas de ineficacia de las disposiciones testamentarias o, por el contrario, han de ser declaradas judicialmente, como parece dar a entender esta Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas.

En opinión de ESQUIROL JIMÉNEZ³⁰, es difícil establecer una norma general al respecto, pero el control de legalidad que corresponde a los Notarios les faculta y les obliga a declarar de oficio la ineficacia de las disposiciones testamentarias en todos aquellos supuestos en que pueda apreciarse de una forma indubitada; criterio que dependerá del caso concreto de que se trate.

Con respecto a la separación de hecho, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Sentencia 1/2012, de 5 de enero, en aplicación del entonces vigente artículo 132 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte, aprobado por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, por razón de la época en que acaeció el fallecimiento (año 2005), consideraba que debía existir una efectiva ruptura de la unidad familiar, que concurriera una causa de separación judicial o divorcio o que hubiere tenido lugar el consentimiento de ambos cónyuges, expresado formalmente.

En el caso concreto, y a diferencia de la Resolución anterior, constaba acreditado que la separación de hecho sobrevino dos años después del otorgamiento del testamento (1997) y que la ruptura de la unidad familiar existía al menos seis años antes del fallecimiento (2005), por todo lo cual el Tribunal confirmó la ineficacia del testamento, otorgado en Irlanda, por el que el causante había instituido única heredera a su esposa, de la que luego se separó de hecho.

³⁰ Esquirol Jiménez, Víctor.- La Notaría.- Revista del Colegio Notarial de Cataluña, número 3.- 2014. Página 150.

Sacamos a colación esta Sentencia, porque, entre sus argumentaciones, destaca la consistente en que debe primar, en todo caso, la averiguación de la voluntad real del testador, de forma que si del contexto del testamento, o mediante elementos periféricos integradores de aquél, pudiese inferirse que la intención de favorecer al cónyuge sobreviviente se mantenía con independencia de su condición de tal, habría de prevalecer esta voluntad real.

En análogo sentido, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 6 de noviembre de 2013, en la que se discutió la eficacia de un legado testamentario del usufructo universal y vitalicio a favor de la viuda, teniendo en cuenta que, al tiempo del fallecimiento, se hallaba pendiente una demanda de separación interpuesta por la beneficiada contra su cónyuge y sin que hubiere constancia de una reconciliación posterior.

Como quiera que la demandada basó toda su argumentación en meras suposiciones de la voluntad del testador, sin que probara en ningún momento algún acto o hecho de éste acreditativo de que su intención era mantener la eficacia de la disposición testamentaria, la Audiencia Provincial no consideró que concurría, en el caso concreto, la excepción prevista en el mencionado último párrafo del artículo 422-13 del Código civil catalán.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de mayo de 2008, motivada por el recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida de 19 de diciembre de 2000, tuvo conocimiento de un asunto en que se discutía la aplicación del artículo 132 del derogado Código catalán de Sucesiones por causa de muerte.

Se trataba de un testamento, otorgado en diciembre de 1986, por el que se instituía única heredera a la esposa, de la que el otorgante se separó judicialmente en 1989 y de la que se divorció por Sentencia firme de 31 de julio de 1990, sin que, al tiempo del óbito, acaecido en 20 de junio de 1997, se hubiere revocado aquella disposición testamentaria.

Se intentó probar por la recurrente que la voluntad del testador era mantener la eficacia de la institución de heredero, fueran cuales fueren las vicisitudes por las que hubiera atravesado el matrimonio, y que el precepto no era aplicable en aquellas situaciones mantenidas durante un período dilatado de tiempo (habían transcurrido casi siete años entre la formalización del testamento y el divorcio).

Aunque es cierto que la voluntad del testador es la ley suprema reguladora de la sucesión hereditaria, las pruebas eran evidentes y esclarecedo-

ras de las circunstancias sobrevenidas, tales como la separación y el posterior divorcio, por lo que no se admitió el recurso de casación.

Además, limitar el ámbito temporal de la norma no resultaba ni de su propio contenido ni de ningún otro precepto legal.

En definitiva, en Cataluña, como dice el Preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las Sucesiones, esta materia ya no se regula como una presunción de revocación, sino como un auténtico supuesto de ineficacia sobrevenida, si bien deja a salvo las disposiciones hechas a favor del cónyuge cuando del contexto del negocio sucesorio resulta que el testador las habría ordenado igualmente ante un caso de crisis matrimonial ulterior.

Las preguntas son evidentes:

¿Cómo debemos actuar ante una disposición testamentaria de este tipo?

¿Debemos esperar a que una resolución judicial determine la ineficacia de tal disposición (recuérdense las Resoluciones de la DGRN de 13 de septiembre de 2001 y 21 de noviembre de 2014) o, por el contrario, debemos aplicar la norma de manera automática, prescindiendo de lo ordenado por el causante y procediendo, en su caso, a la apertura de la sucesión intestada?

Es decir, si el testamento ha instituido heredero al cónyuge, dejando a salvo la legítima a las personas que por la Ley catalana les corresponda, y al tiempo del fallecimiento ha sobrevenido la separación judicial o de hecho o el divorcio, ¿hay que entender producida de manera automática la revocación y autorizar la partición hereditaria a favor de los legitimarios?

¿Debe esperarse a la decisión judicial que entienda revocada la disposición testamentaria, tal y como exige la Dirección General de los Registros y del Notariado?

GOMÁ LANZÓN entiende que lo lógico será obtener el acuerdo de todos los interesados o, en caso contrario, habrá de resolver el Juez, con lo que nuevamente se judicializará la partición.

Insistimos en que no debería llegarse a ese extremo; no debería permitir el legislador que se acudiera al Juzgado para que decida sobre esta cuestión.

Tendría que proponerse una solución basada en la jurisdicción voluntaria, de tal modo que el Notario o, en su caso, el albacea o contador-partidor expresamente facultados, fueren la pieza clave para la resolución de este conflicto sucesorio y familiar.

c).- Derecho Comparado.

En esta materia de la ineficacia de las disposiciones testamentarias a favor del viudo por circunstancias externas y sobrevenidas a su otorgamiento, tales como la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio, se contemplan en el Derecho comparado varias tendencias.

Hay Derechos que proclaman abiertamente la subsistencia de tales disposiciones, a pesar del advenimiento de estas situaciones de ruptura conyugal.

Hay otros que presumen, salvo prueba en contrario, su revocación.

Existen aquellos que establecen la ineficacia o la revocación por ministerio de la Ley.

Otros califican tales disposiciones como caducadas.

Incluso hay otros que recurren a la ficción de la premoriencia del viudo para negar a éste derechos en la sucesión testada de su cónyuge.

Estudiemos, siquiera brevemente, las normas que rigen esta materia en algunos Ordenamientos:

1.- ALEMANIA es, sin duda, el país que más ha incidido en esta cuestión; sobre todo, tras la reforma llevada a cabo por la Ley de 14 de junio de 1976.

El párrafo 2077.1 del BGB alemán proclama ineficaz la disposición testamentaria favorable al viudo en estos supuestos:

-Si, antes del fallecimiento del testador, se ha declarado nulo o disuelto el matrimonio.

-Si, al tiempo de la muerte, se hubiese producido la separación y el cónyuge superviviente la hubiese solicitado o se hubiese conformado.

-Si, al tiempo del fallecimiento, el sobreviviente hubiere autorizado la acción de supresión de la comunidad matrimonial y ésta se hubiere interpuesto.

También será ineficaz aquella disposición testamentaria por la que se hubiere instituido heredero al prometido y los esponsales se hubieren disuelto antes de la muerte del causante.

Es decir, el sistema alemán es partidario de la ineficacia de las disposiciones de última voluntad a favor del cónyuge sobreviviente en los casos de disolución del matrimonio o de los esponsales.

Es una clara presunción de revocación del testamento que, sin embargo, admite la prueba en contrario.

Así, el propio precepto, en su tercer inciso, se acoge a la posibilidad de que se pruebe, por los interesados en la sucesión, que el testador habría realizado tales atribuciones aun en el caso de crisis matrimonial.

Es decir, las disposiciones testamentarias a favor del sobreviviente conservarán su vigencia si se prueba, al día de la apertura de la sucesión, que el causante quería que se respetara su última voluntad pese a la posterior disolución del vínculo matrimonial.

Por ejemplo, el Tribunal Supremo Federal, en Sentencia de 6 de mayo de 1959, consideró eficaz, en su totalidad, el testamento en que un señor, casado en primeras nupcias, había realizado atribuciones a favor de sus hijos, de su amante (con la que más tarde contraría nuevo matrimonio) y de su entonces esposa (de la que se separó judicialmente tres años después de su formalización), porque claramente se deducía su voluntad de beneficiar a su cónyuge en aquel momento, sin importarle que este su primer matrimonio fuere posteriormente disuelto.

2.- En ARGENTINA, el Código Civil de su República, redactado por Don Dalmacio Vélez Sarsfield, aprobado en 1869 y en vigor desde el 1 de enero de 1871, regula esta materia en su Título XIX, “De la revocación de los testamentos y legados”.

Según su artículo 3.827, el testamento no puede ser revocado sino por otro testamento posterior, hecho en alguna de las formas autorizadas por el propio Código.

Es decir, se exige la revocación expresa, aunque también permite la compatibilidad entre ambos testamentos, puesto que el artículo 3828 establece que “El testamento posterior revoca al anterior, sólo en cuanto sea incompatible con las disposiciones de éste”.

Además, contempla un supuesto de revocación por ministerio de la Ley en su artículo 3.826, en cuya virtud “Todo testamento hecho por persona que no esté actualmente casada queda revocado desde que contraiga matrimonio”.

No establece una previsión semejante para el caso del testamento de persona casada que luego, por circunstancias sobrevenidas, deja de tener tal condición.

Se entiende, pues, que en Argentina la crisis matrimonial no tiene incidencia en la eficacia del testamento, salvo, lógicamente, que el otorgante de éste lo haya establecido de forma expresa.

3.- En AUSTRIA, el llamado Código Civil General Austríaco (ABGB), en vigor desde el 1 de enero de 1812, entiende, a diferencia del argentino, que el testamento otorgado por un soltero no queda revocado automáticamente por la posterior celebración de su matrimonio.

Por otro lado, el divorcio no incide en la eficacia del testamento, a menos que así lo hayan establecido expresamente sus disposiciones.

4.- El Código Civil de BOLIVIA, tras su reforma por Decreto Ley 12.760, de 6 de agosto de 1975, señala, en su artículo 1209, referente a la “facultad revocatoria”, que cualquiera puede revocar o variar su testamento cuantas veces quiera sin que persona alguna se lo pueda impedir; y que toda renuncia o restricción a este derecho no tiene efecto alguno.

Y el Código boliviano de las Familias y del Proceso Familiar, aprobado por Ley número 603, de 19 de noviembre de 2014, en vigor desde el 6 de agosto de 2015, no contiene ninguna referencia a esta materia.

5.- En CANADÁ, dada su condición de Estado plurilegislativo, debemos distinguir:

5.A.- En QUEBEC, el Libro III de su Código Civil, relativo a las “Sucesiones” y comprensivo de sus artículos 613 a 898, establece, en su número 764, que el legado hecho al cónyuge antes de un divorcio o de la disolución de una unión civil es revocado a menos que el testador manifieste, por medio de las disposiciones testamentarias, la intención de beneficiar al cónyuge a pesar de esa posibilidad.

Incluso la revocación del legado implica la revocación de la designación del cónyuge como liquidador de la sucesión.

Y las mismas reglas se aplicarán si el matrimonio o la unión civil se declaran nulos durante la vida de los cónyuges.

5.B.- En NUEVA ESCOCIA, su Wills Act ha sufrido una importante modificación desde el 19 agosto 2008, en cuanto a la incidencia del divorcio sobre los testamentos.

Así, el divorcio puede revocar aquellas partes de un testamento que impliquen un legado o un beneficio a favor del excónyuge; pero hay excepciones: un testamento, un acuerdo de separación o un contrato matrimonial pueden específicamente decir que sus términos no se verán afectados por el divorcio posterior.

5.C.- En MANITOBA, el artículo 18 (2) de su Wills Act se establece, en lo que aquí interesa, que cuando en un testamento se hace un legado de un derecho de usufructo de bienes a favor del cónyuge del testador, o éste es nombrado albacea o fideicomisario, si antes de la muerte del otorgante, su matrimonio se termina por divorcio o se declara nulo por un tribunal en un procedimiento del cual el testador es una de las partes, tal legado o nombramiento se entienden revocados y se interpretarán como si el cónyuge hubiere fallecido antes que el testador, a menos que la intención contraria aparezca en el testamento.

5.D.- En el territorio de la COLUMBIA BRITÁNICA, la denominada Wills, Estates and Succession Act, en vigor desde el 29 de octubre de 2009, establece, en su División 4 (sobre la alteración, revocación y reviviscencia de testamentos), en su número 56, relativo a la revocación de legados, y en lo que aquí interesa, que si el testador hace un legado a la persona que fue o llegó a ser su cónyuge, y después de otorgado el testamento y antes de la muerte del testador, éste y su esposa han dejado de serlo, el legado queda revocado y deberá ser distribuido como si la esposa hubiera muerto antes que el otorgante.

Esta consecuencia no se verá afectada por la posterior reconciliación entre el testador y su esposa.

Como no podía ser de otro modo, y así lo reconoce expresamente el precepto en su primer inciso, esta revocación queda condicionada a que no aparezca en el testamento una intención contraria y prevista por el otorgante.

6.- El Código Civil de CHILE, también conocido como Código de Andrés Bello por el nombre de su redactor y del que han bebido muchos ordenamientos latinoamericanos, fue promulgado por Ley de 14 de diciembre de 1855 y entró en vigor el 1 de enero de 1857.

Según su artículo 994, el cónyuge divorciado temporal o perpetuamente no tendrá parte alguna en la herencia abintestato de su mujer o marido, si hubiere dado motivo al divorcio por su culpa.

El artículo 1182 considera legitimarios:

- 1.- Los hijos, personalmente o representados por su descendencia;
- 2.- Los ascendientes; y
- 3.- El cónyuge sobreviviente.

Pero no será legitimario el cónyuge que, por culpa suya, haya dado ocasión al divorcio perpetuo o temporal.

Además, en base al artículo 1212, el testamento que ha sido otorgado válidamente no puede invalidarse sino por la revocación del testador; y la revocación puede ser total o parcial.

6.- En DINAMARCA, sí se contempla expresamente que las disposiciones contenidas en testamento a favor del cónyuge se presumirán revocadas en caso de ruptura del vínculo matrimonial.

7.- El Código Civil de ECUADOR es uno de los adaptados del Código Civil chileno; fue aprobado el 21 de noviembre de 1857 y comenzó a regir a partir del 1 de enero de 1861.

Conforme a su artículo 1037, el testamento es un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes,

para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva.

Dice su artículo 1039 que todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aun cuando el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlas.

Las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirmen con juramento.

Si en un testamento anterior se hubiese ordenado que no valga su revocación si no se hiciere con ciertas palabras o señales, se mirará esta disposición como no escrita.

Por otro lado, su artículo 1235 señala que el testamento que ha sido otorgado válidamente no puede invalidarse sino por la revocación del testador; revocación que puede ser total o parcial.

8.- En ESCOCIA, la Succession Scotland Act de 1964 no contiene ninguna norma al respecto de esta problemática.

Las autoridades escocesas insisten en que cuando un testamento ha sido otorgado, es importante revisarlo de vez en cuando para tener en cuenta el posible cambio de circunstancias; se recomienda que se reconsideren sus contenidos de forma regular para estar seguro que refleja todos los deseos e intenciones del testador.

Los supuestos más comunes del cambio de circunstancias que pueden afectar a un testamento son el matrimonio, la celebración de nuevas nupcias, el registro o la disolución de una pareja civil, el divorcio, la separación, el nacimiento o la adopción de hijos, la muerte de un beneficiario...

La legislación escocesa entiende que si el otorgante de un testamento no lo cambia después de la celebración de un matrimonio o tras el divorcio del mismo, la disposición testamentaria sigue siendo válida, admitiendo dos vías para su revocación: transformarlo en codicilo o firmar un nuevo testamento.

En 1990, hubo un informe de la Comisión Legal Escocesa que propugnaba, como efecto de la nulidad o del divorcio matrimonial, la revocación de la disposición testamentaria a favor del excónyuge, acudiendo a la ficción de la no supervivencia de éste respecto del fallecido, y siempre que del testamento no se deduzca que el otorgante pretendía beneficiar al cónyuge incluso en el caso de una crisis matrimonial sobrevenida.

No obstante, este informe no se ha plasmado, por el momento, en ninguna legislación escocesa.

9.- Por su parte, los ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA disponen de un texto, el llamado “Uniform Probate Code” (abreviadamente UPC), promulgado en 1969 y redactado por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes, cuya finalidad fue la de hacer más eficaz el proceso de la sucesión hereditaria, a la vez que modernizar y armonizar las distintas Leyes de los Estados en materia de testamentos y sucesión intestada.

Esta norma ha sido adoptada en su integridad por dieciséis Estados (Alaska, Arizona, Colorado, Florida, Hawai, Idaho, Maine, Michigan, Minnesota, Montana, Nebraska, Nuevo Méjico, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Carolina del Sur y Utah); y si bien es cierto que la gran mayoría de los Estados restantes han asumido como propias varias de sus disposiciones, es justo reconocer que no ha tenido el éxito que de él se esperaba, sobre todo en lo que se refiere a la armonización de las normativas estatales.

En la parte 8 de la UPC, relativa a las “Disposiciones Generales concernientes a las transmisiones testamentarias y no testamentarias”, las Secciones 2-802 y 2-804 tratan de los efectos del divorcio o de la separación y de sus consecuencias en los derechos conferidos al excónyuge, o a los parientes de éste, en testamento o en sede de sucesión intestada; así, la primera de ellas comienza diciendo que la persona divorciada del fallecido o cuyo matrimonio con el difunto ha sido anulado no es un cónyuge sobreviviente, salvo que, en virtud de un matrimonio posterior, él o ella estuvieren casados con el fallecido en el momento de la muerte.

Y añade que una sentencia de separación que no ponga fin a la condición de marido y mujer no es un divorcio a los efectos de esta Sección.

Por su parte, el Probate Code de CALIFORNIA, Estado que nunca ha adoptado el UPC, si bien muchas de sus Secciones han sido redactadas siguiendo las directrices de tal Ordenamiento, también establece, en su Sección 6122, que salvo que el testamento expresamente disponga otra cosa, si después de otorgado el matrimonio del testador se disuelve o se anula, esta disolución o nulidad revocará cualquier disposición testamentaria a favor del excónyuge, como si éste no hubiere sobrevivido al testador.

Esta normativa californiana, según la letra f) de esta Sección, es de aplicación a aquellos matrimonios que se hayan disuelto o anulado a partir del 1 de enero de 1985.

10.- En FRANCIA, el artículo 265 de su Código Civil, tras la Ley 2004-439, de 26 de mayo de 2004, en vigor desde el 1 de enero de 2005, establece que el divorcio no tendrá incidencia sobre las ventajas matrimoniales que se hayan hecho efectivas en el transcurso del matrimonio ni sobre las donaciones de bienes presentes cualquiera que fuera su forma.

Además, el divorcio conlleva revocación de pleno derecho de las ventajas matrimoniales que sólo sean efectivas tras la disolución del régimen económico matrimonial o tras el fallecimiento de uno de los cónyuges y de las disposiciones a causa de muerte, acordadas por uno de los cónyuges al otro en las capitulaciones matrimoniales o durante la unión, salvo voluntad contraria del cónyuge que las haya otorgado.

Esta voluntad será constatada por el Juez en el momento del pronunciamiento del divorcio y conferirá un carácter irrevocable a la ventaja o disposición mantenidas.

Por su parte, el artículo 265-1 Code, introducido por la misma Ley 2004-439, dispone que el divorcio no tendrá incidencia sobre los derechos que uno u otro de los cónyuges tenga por ley o por convenios suscritos con terceros.

Más adelante, este Cuerpo legal ordena que el testamento sólo puede ser revocado, total o parcialmente, por otro testamento posterior.

Y permite también, según el artículo 1035, que pueda revocarse mediante la formalización de un documento público notarial en el que el otorgante manifieste su decisión de cambiar la voluntad ya declarada.

Tras la reforma del Código Civil operada por la Ley de 23 de junio de 2006 (en vigor desde el 1 de enero de 2007), se precisan dos requisitos para que herede el cónyuge sobreviviente:

1º.- Que no se encuentre divorciado del causante; a sensu contrario, heredará si se halla separado judicialmente o de hecho, salvo que la separación judicial haya sido de mutuo acuerdo o ambos esposos hayan renunciado, en su convenio regulador, a los derechos que pudieran corresponderle en la sucesión del otro.

2°.- Y que el premuerto no haya privado al sobreviviente, por medio de una disposición testamentaria de desheredación, de sus derechos sucesorios. Esta desheredación puede ser tanto directa como indirecta (un ejemplo típico sería el que el testador hubiere nombrado un legatario universal).

11.- En GUATEMALA, según los artículos 982 a 987 de su Código Civil, el testamento sólo queda revocado por el otorgamiento de otro posterior, si bien el otorgante puede, de forma expresa, ordenar la vigencia de todo o parte del testamento anterior.

12.- En HOLANDA, su Código Civil, en su artículo 4:52, relativo a la “Disposición a favor del cónyuge y un divorcio después de la separación legal”, señala que una disposición testamentaria, hecha en favor de la persona con quien el testador estaba casada en el momento en que hizo su última voluntad o hacia quien ya había hecho una promesa de matrimonio en ese momento, se convierte en extinguida por el divorcio de plazo o separación legal, a menos que lo contrario pueda deducirse de la última voluntad misma.

13.- En HONDURAS, no existe previsión al respecto.

Según el artículo 971 del Código Civil hondureño, el cónyuge separado de cuerpos no tendrá parte alguna en la herencia abintestato de su mujer o marido, si la separación hubiere sido por su culpa.

Tampoco tendrá derecho en la sucesión del cónyuge premuerto el cónyuge sobreviviente que, sin justa causa, le hubiere abandonado por más de seis meses si, durante este abandono, ocurrió la muerte.

Además, en base al artículo 1152, no tendrá derecho a la porción conyugal, consistente en la cuarta parte de los bienes del premuerto, el cónyuge sobreviviente que, sin justa causa, hubiere abandonado a su consorte y que, por lo menos treinta días antes del fallecimiento, no se hubiere unido a él; y tampoco tendrá tal derecho el cónyuge que, por su hecho o culpa, hubiese dado motivo a la separación de cuerpos.

Pero, sobre todo, el artículo 1157 del Código Civil hondureño establece que “El testamento que ha sido otorgado válidamente no puede invalidarse sino por la revocación hecha por el testador”.

Es decir, el Derecho hondureño mantiene el sistema de separación como sanción y no contempla la crisis matrimonial como causa de revocación de las disposiciones testamentarias a favor del viudo.

14.- El Código Civil del PERÚ señala, en su artículo 353, que los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí.

Además, según el número 2 de su artículo 772, caduca el legado si el legatario se divorcia o se separa judicialmente del testador por su culpa.

Y, de conformidad con el inciso final de su artículo 805.2, el testamento caduca, en cuanto a la institución de heredero, cuando éste es el cónyuge y se declara la separación judicial por culpa propia o por el divorcio.

15.- En PORTUGAL, la materia se regula en el artículo 2317, letra d), de su Código Civil, relativo a los casos de caducidad, que, en su redacción dada por el Decreto-Ley 496/77, de 25 de noviembre, señala que las disposiciones testamentarias, ya se traten de una institución de heredero, ya se traten de un nombramiento de legatario, caducarán, además de por otros casos:

-Si el llamado a la sucesión era el cónyuge del testador y, en la fecha de la muerte de éste, los cónyuges se encontraban divorciados o separados judicialmente de personas y bienes.

-Si el matrimonio hubiere sido declarado nulo o anulado por sentencia ya firme o pendiente de tramitación en el Juzgado.

-O incluso, con posterioridad al fallecimiento, si se dicta sentencia de divorcio, de separación judicial de personas y bienes o de nulidad o anulación del matrimonio.

Al igual que en Francia, se permite que el testador declare, en un testamento o en escritura pública, la revocación expresa, total o parcial, de un testamento anterior (cfr. artículo 2312).

Debe recordarse, en todo caso, que, con apoyo en el artículo 2187 de este Cuerpo legal, en la interpretación de las disposiciones testamentarias se observará lo que aparezca más ajustado a la voluntad del testador, conforme al contexto del testamento; y se admite la prueba complementaria, pero no

surtirá efecto la voluntad del testador que no tenga en el contexto un mínimo de correspondencia, aunque se halle expresada de manera imperfecta.

Esto es, si del contenido del testamento se deduce que la voluntad del testador hubiere sido la de conservar las atribuciones a favor del cónyuge a pesar de la concurrencia de tales situaciones de crisis matrimonial, será preferente tal voluntad.

16.- En SUECIA, conforme al artículo 4, capítulo 11, del Código de Sucesiones de 1958, las disposiciones a favor del cónyuge caducarán si, al tiempo del fallecimiento del testador, ha tenido lugar el divorcio, el cese de la convivencia o el ejercicio de la acción judicial; pero se deja a salvo que el otorgante del testamento haya dispuesto lo contrario.

Desde que se dictó la Ley sobre Sucesión Hereditaria en Suecia el 5 de febrero de 1965, se admite que se pueda dar validez a la voluntad presunta del testador cuando cambian las circunstancias que motivaron la disposición testamentaria; entre ellas, las realizadas a favor del cónyuge si más tarde tiene lugar la disolución del matrimonio.

Es decir, la legislación sueca presume que la voluntad del testador ha cambiado como consecuencia de las nuevas circunstancias de la unión entre los esposos.

17.- En la REPÚBLICA DE IRLANDA, la Succession Act, dictada en 1965, establece expresamente que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación que favorezca la validez de la disposición testamentaria a favor del cónyuge; es decir, sigue el principio del favor testamenti, pero admite la prueba externa o extrínseca.

18.- Por el contrario, en IRLANDA DEL NORTE, se recoge la presunción de premoriencia del cónyuge en caso de nulidad o divorcio del matrimonio; esto es, se considera como si el sobreviviente hubiera premuerto para negarle derechos sucesorios en la herencia del consorte del que estaba divorciado al día del fallecimiento.

19.- En ITALIA, el Código Civil de 1942 considera esencial la revocabilidad de las disposiciones testamentarias; la revocación puede ser total o parcial, expresa, tácita o presunta.

Por ejemplo, un caso de revocación presunta es aquél en que, formalizado el testamento a favor de un número determinado de hijos, han nacido otros una vez fallecido el testador; es decir, esta superveniencia de hijos supone la revocación de tales disposiciones testamentarias.

20.- En INGLATERRA y en el PAÍS DE GALES, hay un antes y un después tras la publicación de la Administration of Justice Act de 1982.

Antes de la fecha de su aplicación (fallecimientos acaecidos a partir del 1 de enero de 1996), la nulidad o la disolución del matrimonio no tenía efecto alguno sobre el testamento que contuviera disposiciones a favor del cónyuge.

A partir de ese día, el esposo sobreviviente cuyo matrimonio hubiere sido anulado o disuelto no tendrá derecho a beneficiarse de las disposiciones testamentarias otorgadas a su favor y anteriores a la crisis matrimonial, salvo –y esto es lo realmente importante- que del propio testamento resulte que el fallecido hubiere manifestado una voluntad contraria.

Se entiende, pues, que si el matrimonio es declarado nulo o se disuelve por divorcio, las disposiciones testamentarias a favor del sobreviviente anteriores a tales circunstancias son reputadas ineficaces, excepto voluntad en contrario del testador. En realidad, más que una declaración de ineficacia, se acude al expediente de la ficción de premoriencia del viudo a partir del día de la resolución judicial por la que se declare la nulidad o el divorcio.

La jurisprudencia tuvo mucho que ver en este cambio legislativo, sobre todo en la Sentencia dictada a propósito del caso Sinclair (1985), que debatió sobre un testamento en el que el otorgante instituía heredera a su esposa y la sustituía, para el caso de premoriencia, por una Asociación para la investigación del cáncer.

El matrimonio se disuelve por divorcio; y el testador fallece sin haber otorgado un nuevo testamento ni tampoco contraído nuevas nupcias.

Resultaba aún de aplicación la Wills Act de 1837, que no contenía previsión en esta materia y que fue modificada en 1982 por la mencionada

Administration of Justice Act de 1982, según la cual si el testador se divorciaba después de haber otorgado su voluntad y ésta permanecía vigente, cualquier legado a favor del cónyuge debía considerarse ineficaz.

Interpretando literalmente la disposición testamentaria, el Tribunal entendió que no era aplicable la sustitución ordenada en el testamento, ya que la excónyuge no había premuerto al testador y, por tanto, se procedió a la apertura de la sucesión intestada, resultando heredero de todos los bienes del fallecido un hermano de éste.

Al caso Sinclair se hace mención en el asunto Jones versus Midland Bank Trust Company Ltd and Others (1997), que versó sobre los siguientes hechos:

En un testamento escrito en mayo de 1965, la señora Jones legó un inmueble de su propiedad, bajo la modalidad del trust, a su hijo, Robert, ordenando que si éste le premuriese, pasaría a los sobrinos que vivieren en la fecha de su muerte.

La testadora fue asesinada por su propio hijo, quien fue declarado culpable de homicidio y condenado a tres años de libertad condicional.

Esta condena suponía que, al amparo de la Forfeiture Act de 1982, el legado a su favor quedaba sin efecto.

A la hora de interpretar el testamento, se debatió sobre la verdadera voluntad de la fallecida: si quería que el legado pasara a sus sobrinos o, por el contrario, era precisa la apertura de la sucesión intestada.

El Tribunal falló a favor de los sobrinos, pero la persona a la que correspondían los derechos intestados recurrió en apelación.

Con apoyo en el caso Sinclair, el Juez entendió que no correspondía al Tribunal reescribir la voluntad del testador a la vista de circunstancias sobrevenidas, no claramente expresadas ni previstas en el testamento, sobre la base de una mera especulación inteligente sobre lo que el testador habría previsto si hubiera sabido que su matrimonio iba a terminar con el divorcio.

El Juez interpretó el testamento como si la otorgante hubiere establecido en el mismo que, “en el caso de que mi hijo quiera asesinarme, el legado pasará a mis sobrinos”.

Sin embargo, el Tribunal de Apelación entendió que este punto de vista era equivocado, puesto que suponía un grado tan alto de especulación que no era admisible en la interpretación de los testamentos.

La sustitución del legatario ordenada por la fallecida era muy clara y no tuvo lugar, pues no hubo premoriencia del legatario, por lo que el legado –y, con él- la sustitución- quedaba sin efecto; en suma, se permitió que el beneficiado por la apertura de la sucesión intestada interpusiese el recurso de casación y que los ejecutores del trust le hicieran entrega del legado.

Este caso ilustra a la perfección la teoría de que un Tribunal no puede interpretar una disposición testamentaria, en el sentido de presumir que el testador habría tenido la intención de expresar algo que, en realidad, no manifestó.

Por todo ello, el legislador inglés ha optado por la ficción de la premoriencia del cónyuge superviviente, al proclamar que los bienes o derechos que, en testamento, se hubieren conferido al viudo cuyo matrimonio haya sido anulado o disuelto antes del fallecimiento se destinarán como si éste hubiere fallecido con anterioridad, excepto si del testamento se deduce la voluntad contraria.

21.- En GRECIA, es muy interesante la distinción que el legislador establece entre la nulidad y la invalidez.

Así, el testamento nulo no produce efecto alguno y no precisa resolución judicial para la declaración de nulidad.

Por el contrario, el testamento inválido produce todos sus efectos legales mientras no sea anulado por una resolución judicial.

Es inválido el testamento a favor del cónyuge en los siguientes supuestos:

a.- Que el matrimonio hubiere sido declarado nulo al tiempo de su otorgamiento.

b.- Que el matrimonio hubiera sido disuelto durante la vida del otorgante.

c.- O que el testador hubiera interpuesto en el Juzgado una solicitud de divorcio.

22.- En MARRUECOS, el Código de Familia, promulgado por la Ley 70-03, aprobado por el Real Decreto 1-04-22 del 12 del mes de Du al-Hiyya del año 1424 (3 de febrero de 2004), publicado en el Boletín Oficial 5184 del 5 de febrero de 2004, que recibe el nombre de Al Mudawana, establece, en su artículo 71, que la disolución del matrimonio se producirá por fallecimiento, por divorcio legalmente pronunciado, por divorcio judicial o por el divorcio consensual retribuido (a petición de la mujer mediante una compensación al marido; el llamado jol’).

En su artículo 123, se dice que cualquier divorcio por iniciativa del marido será revocable, con excepción del divorcio que tiene lugar después de dos divorcios anteriores consecutivos, el divorcio anterior a la consumación del matrimonio, el divorcio de mutuo acuerdo, el divorcio consensual retribuido (Jol’) y el divorcio que resulte de un derecho de opción consentido por el marido a su mujer.

Como señaló la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, resolución 279/2012, el divorcio de dos nacionales marroquíes residentes en España se rige por la Moudawana, y no por el Código Civil español.

Se critica de este texto legal la discriminación que todavía supone la diferencia entre el divorcio extrajudicial, que sólo puede ser solicitado por el marido, y el divorcio judicial, que es un derecho común al hombre y a la mujer.

Y, en su artículo 314, se establecen como causas por las que puede anularse un testamento las siguientes:

- 1) la muerte del legatario antes del testador;
- 2) la pérdida, antes del fallecimiento del testador, de la cosa determinada que haya sido objeto de legado;
- 3) la revocación del testamento por el testador (que, según el artículo 287, podrá tener lugar, bien por declaración expresa o tácita, bien por un hecho, como la venta del objeto legado);
- 4) Y la repudiación del legado, tras el fallecimiento del testador, por el legatario mayor de edad.

En definitiva, no contiene previsión alguna en cuanto a la revocación o ineficacia de una disposición testamentaria otorgada a favor del cónyuge que luego, acaecido el fallecimiento, ha dejado de serlo.

23.- El Código Civil de JAPÓN, promulgado en 1898, distinguió entre el divorcio judicial con alegación de justa causa, que tuvo nula repercusión social, y el divorcio bilateral por consentimiento mutuo de los esposos, en sustitución del antiguo repudio unilateral por parte del varón.

Entre sus muchas reformas, destaca la operada por la Ley de 22 de diciembre de 1947, que impuso un nuevo modelo de familia, consideró el matrimonio como un convenio entre dos personas en absoluta igualdad de condiciones y eliminó aquellas causas de divorcio judicial que supusieran un atentado contra el principio de igualdad de ambos sexos, lo que ha originado, en opinión de la doctrina más autorizada y de las estadísticas, que el régimen japonés sea uno de los más permisivos del mundo en esta materia y, a la vez, se haya alcanzado un alto grado de estabilidad matrimonial.

Quizás por este motivo, no existe disposición sobre el particular.

C).- DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINAL.

Como quiera que en nuestro Código Civil no existe norma alguna por la que se proclame la ineficacia de las disposiciones otorgadas en testamento abierto a favor del cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo o se encuentre separado, judicialmente o de hecho, o divorciado del causante, los autores han recurrido a diversas vías para argumentar la necesidad de un cambio legislativo en esta materia.

Las propuestas doctrinales oscilan entre los que abogan por llevar a cabo una interpretación integradora del testamento, con la finalidad de cubrir una laguna no prevista por el otorgante; y aquellos que consideran que, ante el error sufrido por el testador, ha desaparecido el motivo por el que se efectuó la disposición a favor del esposo que ya ha dejado de serlo.

En línea parecida, otros autores manifiestan que, en tales casos y dadas las circunstancias sobrevenidas, ya no existe la causa por la que se dispuso a favor del cónyuge.

Incluso hubo autores que acudieron al régimen de la indignidad sucesoria para impugnar la eficacia de referidas disposiciones testamentarias.

La doctrina intenta, pues, dar respuesta a la problemática que resulta de aquellas disposiciones en las que el testador no ha previsto, en el propio testamento, la circunstancia sobrevenida de una crisis matrimonial.

Es decir, ¿debe considerarse ineficaz la disposición, plasmada en testamento abierto, a favor del cónyuge que, una vez acaecido el fallecimiento, ha dejado de tener tal condición?

¿Qué ocurre si el testador fallece sin haber modificado su voluntad y aparece en ésta como beneficiario el que fuera su cónyuge?

¿Debemos entender que su inacción, su inactividad, su silencio, son pruebas evidentes de su pretensión de que se mantenga su voluntad o, por el contrario, ha de proclamarse la ineficacia de la disposición por su falta de previsión?

Veamos los caminos empleados por los autores que han estudiado esta problemática para apoyar la impugnación de la disposición testamentaria y, en definitiva, para sancionar con la ineficacia la imprevisión del testador:

a).- Interpretación integradora del testamento.

Para justificar la declaración de ineficacia de la disposición testamentaria a favor del cónyuge que, al tiempo del óbito, ya ha dejado de serlo, un gran sector de la doctrina acude al mecanismo de la interpretación integradora del testamento.

Como quiera que el Tribunal Supremo ha admitido, en algunas sentencias, esta forma de interpretación como medio para solucionar el problema ante él planteado, algunos autores ven posible que los interesados en la sucesión acrediten que existe una laguna en el testamento; que, en realidad, el otorgante no habría dispuesto de esa forma a favor de su excónyuge si hubiere previsto que, al tiempo de su fallecimiento, podía darse la circunstancia sobrevenida de nulidad, separación o divorcio de su matrimonio.

Con esta clase de interpretación se persigue establecer una voluntad testamentaria hipotética, consistente en que la intención del testador, en estos casos sobrevenidos de crisis conyugal, era contraria a la eficacia de tal disposición.

Se pretende llenar una laguna testamentaria; se intenta dar virtualidad a la voluntad previsible del testador, a la voluntad no plasmada pero presumible; es decir, estos autores presumen que el testador no habría hecho la atribución patrimonial a su cónyuge si hubiere sabido que, al final de sus días, la situación del matrimonio era otra totalmente distinta a la que existía al otorgar el testamento.

Como decía JORDANO BAREA, se trata de reconstruir la presumible voluntad del disponente: aquella voluntad virtual que, con base en la propia voluntad real y en la línea de pensamiento, hay que suponer se habría formado el disponente si se hubiera producido la hipótesis no prevista.

En opinión de BETTI, aunque se trate de una disposición testamentaria con lagunas o redactada en términos ambiguos, el intérprete puede perfectamente persistir y proseguir en la dirección psicológica de la investigación y proponerse el problema de reconstruir, en tal dirección, la presumible voluntad del disponente, o su presumible modo de ver.

Es evidente que esta postura doctrinal se basa en una simple conjetura de la voluntad del testador, en una simple presunción que, por supuesto, admite la prueba en contrario: que el causante habría testado en idéntica forma a pesar de la crisis matrimonial; que su voluntad era la de mantener la vigencia de tal disposición, aunque hubiere sobrevenido alguna de las circunstancias señaladas.

Este sector doctrinal entiende que tal voluntad es infrecuente, pero, como decía CASAS VALLÉS³¹, no imposible.

En algunos casos, la disposición estará claramente establecida: el testador quiere que se mantenga la vigencia de tal disposición aun en tales supuestos de crisis matrimonial.

En otros casos, si existen dudas sobre su verdadera intención, será necesaria una interpretación del testamento, una concreción de la voluntad del otorgante realmente querida por éste, pero siempre que esa voluntad sea conciliable con el tenor literal de la disposición (cfr. artículo 675 Código Civil).

En definitiva, si, tras la lectura e interpretación del testamento, se concluye que el causante habría favorecido a su excónyuge a pesar de la sobrevenida crisis matrimonial, que la institución a su favor era independiente de su cualidad de esposo o esposa y que tal disposición no quedaba supeditada al mantenimiento de la convivencia conyugal, debe reputarse claramente eficaz y concordante con su verdadera y última voluntad.

³¹ Casas Vallés, Ramón.- Anuario de Derecho Civil.- Octubre-Diciembre 1993. Página 1766.

Este grupo de autores, que recurre a la interpretación integradora del testamento para proclamar su ineficacia en tales casos, olvida que el intérprete ha de buscar siempre la real voluntad del testador, sin apoyarse en conjeturas ni suposiciones, las cuales podrían desembocar en la suplantación de su intención realmente querida, en la formulación de un contenido totalmente diferente del plasmado en el testamento, en la modificación de éste para adaptarlo a lo que el testador habría querido decir pero que no dijo.

Ante el desajuste de este recurso a la voluntad hipotética con el artículo 675 del Código civil, en base al cual, en caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del propio testamento, los partidarios de esta tesis alegan que no se trata de establecer una disposición testamentaria nueva, sino de amoldar la recogida en el soporte testamentario a las circunstancias sobrevenidas.

GORDILLO CAÑAS³² advertía que la ley ordena el cumplimiento de la voluntad del testador, si no en sus propios términos, en otros, los más análogos y conformes a tal voluntad, pero, añadía, que siempre que el supuesto lo permitiese, como, por ejemplo, en el previsto por el artículo 798 del Código Civil.

Sin embargo, si la voluntad testamentaria es clara y meridiana, no podemos acudir a un recurso, como es éste de la interpretación integradora, solamente aplicable, a nuestro entender, en aquellos casos en que la ley, de forma expresa, lo consienta o en aquellos otros en que la disposición testamentaria sea dudosa y deba integrarse con otros medios, tanto intrínsecos como extrínsecos al propio testamento.

b).- Error del testador.

Otros autores se apoyan en que el testador, en el momento de otorgar testamento, jamás pensó que se producirían la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio y, por ello, incurrió en una representación positiva falsa que constituye un error propiamente dicho; es decir, el testador parte de una representación errónea de los sucesos que tendrán lugar en el futuro y que desencadenarán la crisis de su relación matrimonial.

³² Gordillo Cañas, Antonio.- “El error en el testamento”.- Anuario de Derecho Civil, 1983. Páginas 797 y siguientes.

El disponente realiza la disposición testamentaria en la creencia de que su matrimonio seguirá subsistiendo al tiempo de su fallecimiento, pero esta representación se frustra cuando sobreviene, de forma sorpresiva, la crisis conyugal.

Este error, considerado como una representación inexistente de tales circunstancias futuras, puede equipararse a una causa falsa en la disposición testamentaria, puesto que está basada en la errónea convicción de que la relación conyugal perdurará en el tiempo y, por ello, se entiende aplicable el artículo 767 del Código Civil, conforme al cual “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”.

Con apoyo en este precepto, se considera ineficaz la disposición testamentaria a favor del excónyuge si, del tenor del testamento abierto, se desprende que el otorgante no la habría ordenado si hubiera sido consciente del error por él padecido.

Entre los que siguen esta corriente doctrinal, también existe alguna discrepancia, puesto que hay algunos que entienden que, dada la naturaleza jurídica del testamento como negocio jurídico, le es de aplicación la doctrina del error contenida en el artículo 1266 del Código Civil, como, por ejemplo, GORDILLO CAÑAS; otros, por el contrario, consideran el error como causa de ineficacia de la disposición testamentaria sólo en el caso de que la Ley expresamente lo permita (es la opinión de ALBALADEJO).

Este grupo de autores considera que si el testador dispuso a favor de su cónyuge sin pensar en la posible y futura crisis matrimonial y ésta tiene lugar antes de su fallecimiento, estaríamos en presencia de una causa falsa, una errónea representación por parte del otorgante de una circunstancia sobrevinida; y, en resumidas cuentas, ha de proclamarse la ineficacia de la disposición testamentaria, al igual que en otros preceptos del Código Civil se presume la voluntad hipotética del testador para concluir con la declaración de nulidad de tales disposiciones, como, por ejemplo, el artículo 814, a propósito de la preterición.

Como dice LACRUZ BERDEJO, el extender los efectos de una norma particular, como es el artículo 767, a todos los supuestos en que se atisba un error vicio en la voluntad del testador, choca frontalmente con la limitación prevista en el artículo 743, que sanciona como ineficaces, en to-

do o en parte, las disposiciones testamentarias sólo en los casos expresamente prevenidos en el propio Código Civil.

Este mismo Cuerpo legal declara nulo, en su artículo 673, el testamento que hubiere sido otorgado con violencia, dolo o fraude, sin mencionar para nada el error como causa de nulidad.

Y el posible error en la identidad de la persona favorecida se soluciona con la aplicación del primer párrafo del artículo 773, en virtud del cual “El error en el nombre, apellidos o cualidades del heredero no vicia la institución cuando de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada”.

Por tanto, aunque el testador designe como heredero o legatario al cónyuge que luego, por circunstancias sobrevenidas a su otorgamiento, deja de serlo, si su voluntad está clara acerca de quién es el beneficiario, no puede declararse la nulidad de tal institución o legado, pues ello iría en detrimento de su voluntad realmente querida y manifestada en el testamento.

Para que el error padecido por el testador al formalizar su última voluntad tenga un efecto mutilador de la misma, deberá tener un carácter esencial y determinante; carácter que se desprenderá del propio tenor testamentario.

Esto es, debe acreditarse que el causante jamás hubiera dispuesto a favor de su cónyuge si hubiere conocido que, en el futuro, éste dejaba de serlo.

Pero como quiera que la mayor parte de las disposiciones testamentarias a favor del excónyuge suelen ser claras y concisas, sin resquicio a ninguna clase de duda, debemos concluir que el referido carácter determinante no se deducirá del tenor del testamento, no será conciliable con su clara redacción, por lo que el respeto que merece la última voluntad del testador y las solemnidades y formalidades que la Ley exige para su validez dan a entender que este recurso al error no debe conllevar la ineficacia de estas disposiciones testamentarias.

c).- Desaparición sobrevenida de la causa.

Si las atribuciones testamentarias favorables al cónyuge sobreviviente tienen su causa en una serie de circunstancias existentes al tiempo de su otorgamiento, la crisis matrimonial acaecida con posterioridad debe reputarse como una sobrevenida desaparición de tal causa.

Es decir, una vez desaparecida la causa en la que se basó el testador para realizar una disposición a favor de su excónyuge, el testamento será considerado ineficaz, sin posible sanción; ya no se da la causa que motivó la disposición, por lo que el beneficiado debe ser excluido de la sucesión hereditaria.

Los autores que defienden esta postura consideran que los motivos por los que el testador dispone a favor de su consorte son claramente objetivos; están siempre referidos a su condición de cónyuge, por lo que si, al tiempo del fallecimiento, ya no ostenta tal condición, la disposición será plenamente ineficaz.

No entienden que un testador pueda nombrar como heredero o legatario a una persona sin tener en consideración su cualidad y sus circunstancias; esto es, se instituye heredero al cónyuge por el hecho de serlo, no por otros motivos.

Es decir, la causa, determinante de que se dictara la disposición testamentaria a favor del esposo que luego ya no lo es, se convierte en inexistente por la aparición de la crisis matrimonial, por la disolución del vínculo conyugal, por la ruptura efectiva de la convivencia marital.

Según los autores defensores de esta tesis, es lógico entender que la atribución testamentaria a favor del excónyuge ha devenido ineficaz por la circunstancia sobrevenida de la crisis matrimonial, por el desvanecimiento de la causa que originó su redacción; y por tanto, con arreglo al artículo 767 del Código Civil, tal disposición deberá reputarse no escrita y no se tendrá en cuenta a la hora del reparto hereditario.

Por ello, si algún testador quiere que se conserven tales disposiciones una vez sobrevenida alguna de estas circunstancias (nulidad, separación o divorcio de su matrimonio), está obligado a otorgar un nuevo testamento en el que, de forma expresa, ratifique lo ordenado con anterioridad a la llegada de la crisis conyugal, lo que es más sensato desde el punto de vista económico del Derecho, como decía MIQUEL GONZÁLEZ, o, en estos mismos términos económicos, es la solución menos costosa.

En opinión de CASAS VALLÉS, es mejor imponer la carga de un nuevo pronunciamiento a los pocos testadores que puedan querer que las disposiciones que hicieron a favor de sus cónyuges que ya no lo son mantengan su eficacia que obligar a los muchos que, de haber considerado el problema, nunca lo habrían querido a revocar el testamento en su día otor-

gado; frase ésta de la que se hace eco la mencionada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 1/2012, de 5 de enero.

Se considera que cuando el causante efectúa una atribución testamentaria a favor de su cónyuge, no es porque sí; es en reconocimiento al esfuerzo de ambos esposos en la formación de sus respectivos patrimonios; y, por este motivo, se intenta garantizar el mayor grado de bienestar para aquél de los cónyuges que sobreviva, pero si sobreviene más tarde la crisis conyugal, esta loable finalidad se desvanece y la atribución pierde su razón de ser para el testador.

VAQUER ALOY³³ señala que la intención de favorecer en cualquier circunstancia al cónyuge, con independencia de la suerte que corra el matrimonio, debe desprenderse del testamento, aunque pueda usarse como prueba extrínseca cualquier manifestación ulterior que el causante haya realizado, pero siempre que exista un apoyo en la declaración de última voluntad.

Por nuestra parte, entendemos que si el otorgante de un testamento quiere disponer a favor de su consorte, pero sólo para el caso de que a su fallecimiento siga ostentando tal carácter, lo tiene en verdad realmente fácil; bastará con que sujete la disposición testamentaria a la condición de que el beneficiado o favorecido siga siendo su cónyuge en la fecha del óbito.

Incluso podrá nombrar un albacea o contador-partidor y facultar a éste, de forma expresa, para que declare el cumplimiento o incumplimiento de reseñada condición.

No se trata de que el designado pueda declarar la ineficacia de la disposición testamentaria, lo que rechazó terminantemente la DGRN en la citada Resolución de 26 de febrero de 2003, sino de que pueda determinar el cumplimiento, o no, de tal condición.

Esto es, si la institución de heredero o el legado se sujetan a la condición expresa de que se mantenga la convivencia conyugal y no acaezca circunstancia alguna de crisis matrimonial, si el albacea o contador-partidor proclaman que tales hechos no han tenido lugar, la disposición testamentaria será plenamente eficaz.

³³ Vaquer Aloy, Antoni.- “Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio”.- Anuario de Derecho Civil. Enero 2002. Página 86.

Por el contrario, si ha sobrevenido alguna de estas situaciones de crisis conyugal, el albacea, o en su caso el contador-partidor, no tendrá en cuenta la disposición testamentaria ordenada a favor del excónyuge a la hora de formalizar la oportuna partición de herencia y, en definitiva, no asignará a éste derecho alguno en la misma.

d).- Indignidad sucesoria del cónyuge.

Ante la dificultad de apoyarse en una norma específica del Código Civil, la doctrina también ha recurrido al expediente de la indignidad para considerar ineficaz la disposición testamentaria a favor del cónyuge supérstite que, al tiempo del fallecimiento, ya no lo es.

Esto es, el cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo o se halle separado, judicialmente o de hecho, o divorciado, no debería tener derecho a la herencia del premuerto, puesto que el advenimiento de tales circunstancias sobrevenidas conlleva su calificación como indigno de suceder.

Esta teoría tiene un serio inconveniente: las causas de indignidad están claramente establecidas por la Ley, sin que quepa una interpretación extensiva de las mismas.

Puede que el cónyuge sobreviviente haya incurrido en alguna de estas causas de indignidad, pero también es perfectamente posible que la nulidad, la separación o el divorcio del matrimonio no obedezcan a ninguna de las causas tipificadas.

Antes de la reforma del Código Civil por la Ley 15/2005, en el que se seguía un sistema de separación-sanción, basado en la culpa de uno o de ambos cónyuges, esta tesis podría tener una cierta explicación; pero una vez que por esta reforma fueron suprimidas las causas de separación y divorcio, entre las cuales se encontraban varias que podían desembocar en la indignidad sucesoria del infractor, se considera evidente que el recurso a la indignidad no es el procedimiento adecuado para alcanzar la ineficacia de las disposiciones conferidas en testamento abierto a favor del viudo incurrido en una de las mencionadas crisis matrimoniales, no sólo porque la nulidad, la separación o el divorcio pueden haber sobrevenido sin culpa alguna por parte de ambos esposos, sino también porque puede que el indigno sea el primeramente fallecido.

No hay nada que objetar si el favorecido por el testamento incurre, después de otorgado el testamento, en causa de indignidad y ésta no ha sido perdonada por el testador tal y como permite el artículo 757 del Código Civil; en este caso, los herederos que se sientan perjudicados por la disposición a favor del viudo podrán acudir a los Tribunales e interponer la correspondiente acción de indignidad, pero sin que ello suponga la proclamación de la ineficacia de tal disposición hasta que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la cuestión planteada.

Como se acaba de apuntar, la indignidad sólo será de aplicación contra aquél de los cónyuges que haya incurrido en una de las causas legalmente fijadas; en cambio, la declaración de ineficacia, pretendida por los autores que defienden este recurso, se extendería a las atribuciones voluntariamente establecidas por ambos esposos.

Esta posibilidad de declarar indigno al cónyuge nombrado en testamento, para proclamar la interesada ineficacia de las disposiciones a su favor cuando se da la circunstancia sobrevenida de una crisis matrimonial, presupone un hecho que quizás no tenga lugar: que exista una voluntad testamentaria no viciada y favorable a la eficacia de tal disposición.

Estas causas de indignidad no pueden tener un efecto tan enérgico y automático como es el de declarar ineficaces tales atribuciones voluntarias a favor del viudo, toda vez que la Ley permite que el testador perdone, en el propio testamento o en otro documento público notarial, la infracción cometida por el sobreviviente, o que incluso es posible que se haya alcanzado la reconciliación entre ambos esposos.

D).- DESDE EL PUNTO DE VISTA JURISPRUDENCIAL.

Son muy interesantes las sentencias que nuestros Tribunales han dictado sobre el particular; algunas de ellas ya han sido objeto de estudio.

Interesa ahora destacar aquellas que nos han servido de apoyo para la formulación de las conclusiones de este trabajo.

a).- Tribunal Supremo.

Haciendo un recorrido cronológico por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, siempre en referencia a la interpretación de una disposi-

ción testamentaria, hemos seleccionado varios pronunciamientos de gran interés para comprender esta problemática y aportar soluciones a la cuestión planteada.

En Sentencia de 17 de abril de 1893 se dice que no se puede forzar el natural sentido de la frase con interpretaciones contrarias a tal sentido, aunque se apoyen en orígenes etimológicos o en significados varios atribuidos a las palabras, de las cuales ha de tomarse el que aparezca congruente con el sentido del concepto, de la idea o de la oración en que la palabra resulta empleada.

En Sentencia de 11 de marzo de 1898, el Alto Tribunal proscribía la extensión de las disposiciones testamentarias a más de lo que su tenor literal exprese; y sólo autoriza que pueda interpretarse el testamento cuando la oscuridad o la duda hace absolutamente imprescindible esta labor interpretativa para una resolución acertada del caso.

El artículo 675 del Código Civil, según la Sentencia de 25 de junio de 1930, es conforme con la doctrina que, aplicando la legislación de las Partidas, había venido sancionando la jurisprudencia de respeto siempre a las palabras del testador, entendidas llanamente, así como ellas suenan, y que sólo permitía al juzgador indagar el entendimiento cuando pareciere que la voluntad fuese otra distinta que como las palabras estaban escritas.

En la importante Sentencia de 8 de julio de 1940, el Tribunal Supremo declara que en toda interpretación de voluntad, y más aún cuando se trata de las declaraciones de voluntad que la doctrina científica llama “no recepticias”, entre las cuales figura, como una de las más típicas, el testamento, se ha de considerar decisiva la voluntad real del declarante, mas ello es a base de que el contenido de dicha voluntad real haya tenido expresión en la declaración testamentaria y pueda reconocerse en ésta de algún modo, cualquiera que sea.

Pues si bien no existe obstáculo legal que impida el acudir, para la interpretación del contenido de las disposiciones testamentarias, a circunstancias exteriores del testamento (los llamados medios de prueba “extrínsecos”), es menester, por razón del carácter de acto formal o solemne que tiene el testamento y que aparece consagrado en el artículo 687 del Código Civil, que el sentido averiguado y desenvuelto por la interpretación tenga una expresión, cuando menos incompleta, en el documento y pueda así la manifestación formal ser configurada, por sí sola, como una declaración del contenido de la voluntad del testador.

Sigue diciendo esta Sentencia que, para el caso de que las palabras empleadas en el testamento sean ininteligibles, estaríamos ante un claro supuesto de ausencia de voluntad; y no es lícito al intérprete o al juzgador, bajo el pretexto de una función interpretadora o integrativa, forjar la intención del otorgante y construir la declaración de voluntad con elementos ajenos a la misma.

Es decir, el propio Tribunal Supremo se aleja de la doctrina de la interpretación integradora del testamento, pues “el caso de duda” a que se refiere el artículo 675 del Código Civil puede ser motivado por la oscuridad o ambigüedad de las disposiciones testamentarias, o también puede deberse a que, en algún punto, tales atribuciones fueren inexpresivas.

Y, por ello, admite que el sentido literal, insuficientemente expresado, de las disposiciones pueda ser desenvuelto e integrado, siempre que para ello se parta de las propias declaraciones plasmadas en el soporte testamentario; o, lo que es igual, que pueda desprenderse del propio tenor del testamento, de un modo claro y evidente, la verdadera y real voluntad del testador.

La Sentencia de 3 de junio de 1942 obliga al Juez que se atenga al contexto literal del testamento cuando el tenor de las disposiciones testamentarias sea claro y expresivo, de tal modo que baste la simple lectura para colegir, de un modo inequívoco, el propósito y la intención del testador.

Y añade que cuando las cláusulas sean oscuras, ambiguas o inexpresivas, el Juez deberá, como en cualquier otra interpretación, enfocar todas las circunstancias del caso para dar a las palabras el sentido que sea más conforme a la situación, a las ideas y a los hábitos del testador, de conformidad con la supremacía que, especialmente en la interpretación del negocio jurídico unilateral, ha de concederse a la voluntad del disponente, único autor de la declaración.

Si las disposiciones testamentarias no son tan claras que baste con su simple lectura para averiguar, de un modo inequívoco, la intención del testador, es necesario acudir a otros elementos interpretativos de los cuales pueda deducirse su verdadera y última voluntad, si bien ha de partirse de las propias declaraciones del documento testamentario o, lo que es igual, del tenor del mismo testamento (Sentencia de 3 de junio de 1947).

Nadie más autorizado para descubrir la verdadera voluntad del testador que los propios ejecutores testamentarios, dotados de las amplias facul-

tades que les confirió el testador para ejecutar la última voluntad (Sentencia de 28 de junio de 1956).

Es principio generalmente admitido que, en la duda sobre el contenido de una determinada disposición testamentaria, debe preferirse la interpretación que le permita producir efectos (Sentencia de 26 de junio de 1951), en clara referencia a la regla básica del “favor testamenti”.

Por su parte, la Sentencia de 6 de febrero de 1958 proclama que la intención del testador deberá ser indagada por el intérprete a través del elemento gramatical conocido, no según el lenguaje ordinario de la comunidad en el sector social en que se hallaba nucleado el agente, sino el propio y peculiar de éste al referirse concretamente a sus bienes y derechos en la vida de relación, ya que en otro supuesto podría incidir el juzgador en la grave falta de sustituir la voluntad real por otra no conocida con exactitud.

La Sentencia de 9 de junio de 1962 dice que la primera regla interpretativa es la literalidad; y para que nazca otra, es precisa la concurrencia de una serie de datos, de una serie de elementos que claramente demuestren que fue otra la voluntad del testador.

La finalidad primordial del intérprete es la de investigar la voluntad real, exacta o, al menos, probable del testador, sin que pueda ser un obstáculo para ello la impropiedad de las expresiones utilizadas o lo inadecuado de los términos literales empleados, siempre que aquella voluntad resulte de circunstancias exteriores claramente apreciables (Sentencia de 3 de abril de 1965).

En el proceso interpretativo del testamento, si existe duda sobre alguna de sus disposiciones, es imposible detenerse en el puro y simple sentido literal si resulta que fue otra la voluntad del testador, debiendo observarse lo que aparezca como más conforme con la intención de éste, según el tenor del mismo testamento, para todo lo cual es preciso conjugar dicho sentido literal con el lógico, el teleológico y el sistemático (Sentencia de 12 de febrero de 1966).

Si se tuviera alguna duda sobre el alcance de las disposiciones testamentarias, el Juez deberá proceder a su interpretación fijando su verdadero sentido conforme al examen de las circunstancias del caso; y tal interpretación y criterio habrá de prevalecer, a menos que aparezca, de un modo manifiesto, que es equivocado o erróneo por contradecir evidentemente la voluntad del testador (Sentencia de 14 de octubre de 1971).

El intérprete debe investigar lo realmente declarado por el causante, sin que pueda acudirse, de forma desmedida e intencional, a medios extrínsecos para completar las posibles “lagunas” e “imprevistos” no tenidos en cuenta por el otorgante en el momento en que formalizó su testamento; y, por tanto, no pueden atribuirse al testamento significados diferentes de los expresados por el causante (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2003).

No obstante, en Sentencia posterior (19 de diciembre de 2006), se admitió el recurso a las pruebas extrínsecas, pero, como ya se ha hecho mención, el motivo fue el considerar como último y válido testamento una tarjeta de visita y una carta, enviadas por el otorgante a un amigo, pues el negocio jurídico formal contenido en referida tarjeta se había canalizado de acuerdo con las normas prescritas en el Código Civil para el testamento ológrafo (artículos 688 a 693); y, por tanto, no hubo necesidad de interpretar el testamento notarial primeramente otorgado, porque el ológrafo era meridianamente claro sobre la intención real y verdadera del testador.

La Sentencia de 29 de septiembre de 2006 considera decisivo el conocimiento de la voluntad del testador conforme fue expresada en el soporte testamentario, que no fue en modo alguno revocado.

Y concluye que tal voluntad aparece expresada de forma suficientemente clara, por lo que no se precisa de una labor interpretativa.

Y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 junio 2010, recurso 665/2006 (Ponente O’CALLAGHAN MUÑOZ), podemos extraer las pautas a seguir a la hora de interpretar una disposición testamentaria:

1º.- Debe reconstruirse la voluntad del testador; ha de buscarse el sentido y el alcance de su voluntad real.

2º.- Esta voluntad real y verdadera ha de verse reflejada en el propio testamento.

3º.- El intérprete debe hallar la voluntad pretérita; esto es, la que quiso expresar el causante en el momento en que otorgó el testamento.

4º.- Prevalece siempre la interpretación literal.

5º.- Únicamente en el caso de duda acerca del sentido literal de una disposición testamentaria, podrá acudirse a pruebas extrínsecas, siempre con las debidas precauciones (sentencias de 6 de abril de 1992 y 24 de mayo de 2002); de donde se desprende, a sensu contrario, que si no hay duda a

la vista del tenor literal del testamento, no deberían admitirse otros medios de interpretación.

b).- Audiencias Provinciales.

Una selección de sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales nos servirá para conocer cuáles son los criterios que siguen nuestros Jueces a la hora de afrontar el destino de una disposición testamentaria a favor del cónyuge superviviente cuando sobreviene, con posterioridad a su otorgamiento, una crisis matrimonial.

b).1.- Nulidad del matrimonio.

Por todas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 29 de julio de 2008, recurso 2467/2007, contempló un caso en el que Doña Remedios había otorgado testamento, en 1960, en el que instituyó heredero de todos sus bienes a su marido.

El matrimonio canónico había sido declarado nulo y, por tanto, inexistente por Sentencia del Tribunal Eclesiástico de San Sebastián en febrero de 1985, ratificada por Decreto del Tribunal Eclesiástico Metropolitano de Pamplona en enero de 1986 y declarada ajustada al Derecho del Estado en diciembre del mismo año.

Doña Remedios falleció el 10 de marzo de 1996, sin revocar aquel testamento.

La Audiencia Provincial sigue la teoría de la desaparición sobrevinida de la causa, con apoyo en el artículo 767 del Código Civil; es decir, el motivo por el que la causante había instituido heredero a su esposo era la existencia del vínculo matrimonial en aquel entonces; pero al considerarse inexistente el matrimonio desde su inicio, se estima que ha desaparecido también la causa de su otorgamiento.

Así, la institución de heredero es nula cuando la liberalidad de la causante, que constituye la causa de aquélla, se encuentra determinada por un falso conocimiento de la realidad, procedente de la propia testadora, que invalida la declaración de voluntad prestada al efecto, al ser la determinante de la misma.

Concluye que la condición de esposo, por parte del heredero instituido, no había sido ostentada por éste en ningún momento, por lo que la causa falsa y determinante de la expresión de voluntad recogida en el testamento origina la declaración de nulidad de la disposición establecida a su favor.

El testamento se estima nulo y, por ello, carente de validez y efectos, al haber instituido la testadora como heredero a quien había creído que era su marido y que no lo había sido nunca.

Desconocemos si esta Sentencia ha sido objeto de recurso de casación, pero, en nuestra opinión y con apoyo en la tesis que venimos manteniendo, el testamento debería considerarse válido y eficaz, siempre que no perjudique la legítima de los herederos que por Ley pudieran tener derecho a ella.

b).2.- Separación de hecho.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 1 de julio de 2009, recurso 262/2009 (Ponente MOSCOSO TORRES), fue acreditado que los cónyuges se hallaban separados de hecho desde hacía más de veintisiete años; y la causante, como quiera que no volvió a tener noticias de su esposo durante todo ese tiempo, en la creencia de que éste había fallecido, otorgó testamento en el que instituía heredero a un primo suyo.

La pretensión formulada por el viudo de que se le reconozcan sus derechos legitimarios es reputada contraria a la buena fe y constituye el ejercicio anormal de un derecho que los Tribunales deben impedir al amparo del artículo 7.2 del Código Civil.

Por su parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 15 de abril de 2010, recurso 724/2009 (Ponente LÓPEZ DEL AMO GONZÁLEZ), que estudió un testamento en el que la testadora instituyó heredero a un hermano y legó a su esposo “la legítima de viudo que le otorga la ley”.

Constaba acreditado el abandono del hogar familiar por parte de éste, quien, además, había interpuesto demanda de divorcio, en el que admitía el cese de la convivencia conyugal.

Una vez probada la separación de hecho, aunque muy corta en el tiempo (desde principios del año 2006 hasta el 13 de julio del mismo año,

en que falleció la testadora), la Audiencia considera que el cónyuge superviviente había perdido cualquier derecho que pudiera corresponderle en la herencia de su esposa, al concurrir con un pariente colateral instituido heredero universal en el testamento.

Es decir, poco importa el período de duración de la separación de hecho si ésta es acreditada por algún medio admitido en Derecho, en cuyo caso el viudo no tiene derecho a la cuota legitimaria que por Ley pudiera corresponderle.

b).3.- Separación judicial.

Debemos recordar la ya mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 262/2010, de 11 de junio (Ponente MASCARÓ LOZANO), a la que se sometió la cuestión de interpretar un testamento, otorgado en 1983, en que el fallecido legaba el usufructo universal y vitalicio a su esposa, de la que se separó judicialmente en 1993; testamento que, al día del fallecimiento, acaecido el 11 de septiembre de 2007, no había sido revocado por su autor.

Como quiera que habían transcurrido más de trece años entre la separación judicial y el fallecimiento, esta Audiencia Provincial, basándose en las normas del Derecho Foral relativas a la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias (Cataluña, Galicia y Aragón) y en el Derecho Comparado (lo cual no es del todo cierto, como antes se dijo), consideró impensable que el esposo creyera que la señora de la que se había separado conservara derecho alguno sobre su herencia; y siguiendo la vía de la interpretación de la voluntad hipotética del testador, declaró que la disposición testamentaria no podía producir efecto alguno.

Mucho más interesante nos parece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 15 de noviembre de 2007, recurso 441/2006, en la que se discutió sobre la validez de una disposición testamentaria consistente en un legado del usufructo universal a favor de la esposa cuando, al tiempo del óbito, el matrimonio se encontraba en situación de separación judicial.

Esta Sentencia establece, en síntesis, las siguientes reglas:

1.- Con la separación judicial el matrimonio aún no se ha disuelto, por lo que se sigue siendo esposa; tras el fallecimiento, viuda.

2.- La separación es un remedio para superar una crisis matrimonial específica, que se caracteriza por la imposibilidad transitoria de la vida en común, por la incidencia en la suspensión de ésta y por el cese de la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica; obsérvese cómo el artículo 83 del Código Civil mantiene la denominación de “cónyuge”.

3.- El hecho de estar separado judicialmente no incide en la voluntad de testar, sino en los derechos que corresponden en la sucesión intestada.

4.- A diferencia de la apreciación del alcance de la separación de los cónyuges en cuanto a la pérdida o a la conservación de los derechos legítimos (artículos 834 y 835 del Código Civil), en donde hay sujeción a lo establecido por la Ley, no puede entenderse revocada la disposición testamentaria, voluntariamente establecida a favor de la esposa, por la circunstancia sobrevenida de la separación judicial.

5.- El testamento era claro y nítido en cuanto a su tenor literal (usufructo universal mientras permaneciera viuda).

6.- El testador tuvo tiempo más que suficiente para revocar el testamento y, sin embargo, no lo hizo.

En definitiva, no se discute la literalidad de la disposición ni su sometimiento a legalidad, con lo que se declara plenamente válida y eficaz conforme a Derecho.

b).4.- Divorcio.

A propósito de una disposición por la que el testador instituía heredera a una señora (en aquel entonces esposa del otorgante y divorciada al día del fallecimiento), designándola por su nombre y apellidos, la Audiencia Provincial de Asturias, en Sentencia de 8 de marzo de 2000, admitió la validez y eficacia de tal institución, puesto que el llamamiento a favor de esta persona no estaba supeditado, en modo alguno, a la persistencia de su condición de esposa.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 11 de julio de 2000, calificada por EGUSQUIZA BALMASEDA³⁴ como “jurídicamente impecable”, versó sobre el siguiente asunto:

Don Teodoro, casado con Doña Victoria y sin descendientes ni ascendientes, instituye a ésta única y universal heredera durante la vigencia de su matrimonio.

Pasados trece años, contados desde la formalización del testamento, los cónyuges se separan judicialmente de mutuo acuerdo, sin que el esposo modificara la atribución voluntariamente establecida a favor de su esposa, aunque tuvo tiempo y salud para su revocación y para el otorgamiento de una nueva disposición.

El Juzgado de Primera Instancia, ante la petición de aplicar el artículo 767 del Código Civil al caso planteado, concluye que no existió error determinante en la institución de heredero o, lo que es igual, que la separación matrimonial mutuamente consentida no es causa de ineficacia o de invalidez de la institución de heredero de la esposa.

La Audiencia Provincial entiende que la teoría del error en el negocio jurídico es perfectamente aplicable al Derecho de Sucesiones, aunque el artículo 673 del Código Civil no la conciba como causa de nulidad del testamento.

La causa, entendida como mera liberalidad del bienhechor (cfr. artículo 1274 del Código Civil), es un acto de libre disposición realizado por el testador, siempre que no perjudique la legítima de los herederos forzosos.

Por tanto, si la liberalidad no está determinada por una representación falsa del testador, por una percepción errónea de la realidad, procedente del propio testamento, la institución de heredero a favor del esposo es plenamente válida.

El testador conocía perfectamente la situación en la que se encontraba su matrimonio (antes de la separación judicial hubo un período prolongado de separación de hecho) y, a pesar de ello, no revocó en forma alguna su testamento, porque si bien el testamento abierto está configurado legal-

³⁴ Egusquiza Balmaseda, María de los Ángeles.- “Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales”. Editorial Aranzadi.- 2003.

mente bajo el principio de la unidad de acto, su validez se va renovando día a día hasta la plena producción de sus efectos.

La Audiencia toledana concluye que la separación no origina la ruptura del vínculo matrimonial y, en definitiva, los cónyuges separados siguen siendo cónyuges; además, considera impensable que el otorgante desconociera la situación en la que se hallaba su matrimonio y, sobre todo, que ignorara el contenido de la disposición testamentaria.

Las pruebas extrínsecas que fueron aportadas por los perjudicados por la atribución testamentaria, con la clara intención de declarar su ineficacia, tales como las manifestaciones oídas al testador por algún amigo en el sentido de su propósito de revocar el testamento, no tienen virtualidad jurídica alguna para estimar falsa o nula la institución de heredero y no acreditan una intención firme en una materia tan formal y tan íntima.

Esta resolución judicial ha sido criticada por GÓMEZ CALLE³⁵, a cuyo entender la Audiencia Provincial no interpreta correctamente el precepto del Código Civil, el cual presupone un error al tiempo de otorgar el testamento y es ese momento el único que importa. El que el testador salga de su error después de testar no borra sus efectos sobre la disposición; y que no la revoque, tampoco.

Ya hemos comentado cómo la Audiencia Provincial de Málaga, en Sentencia de 13 de diciembre de 1999, declaró ineficaz una disposición testamentaria a favor de la esposa por entender que estaba formulada en base a su consideración de tal.

Sin embargo, en Sentencia posterior, en concreto la de 30 de noviembre de 2006 (Ponente HERNÁNDEZ CALVO), esta misma Audiencia confirió validez al legado de usufructo universal y vitalicio a favor de la que era esposa al tiempo de su otorgamiento (30 de septiembre de 1987), aunque el matrimonio fue disuelto por divorcio en 2002.

Esta última Sentencia sigue la doctrina de que no está legalmente previsto, como efecto de la separación o del divorcio, la revocación de los testamentos otorgados con anterioridad; y que de la misma forma en que

³⁵ Gómez Calle, María Esther.- “El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento”.- Editorial Thomson-Civitas.- Pamplona, 2007.- Página 331.

cambió su situación matrimonial, el testador podía haber otorgado una nueva disposición.

Al ser el testamento la ley suprema de la sucesión, a ella habrá que estar, siendo indiferente el presumir que el testador quisiera otra cosa en el momento de su muerte, puesto que esa otra voluntad presunta no quedó plasmada en un testamento; no cabe, por tanto, el recurso a los actos del otorgante posteriores al otorgamiento.

En definitiva, el testamento surtió plenos efectos y se respetó la voluntad manifestada por el testador.

b).5.- Interposición de la demanda de separación o divorcio.

La Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia de 6 de noviembre de 2013, estudió un testamento abierto otorgado en 2002 por un señor, de vecindad civil catalana, fallecido en 29 de junio de 2009 (vigente, pues, el artículo 422.13 del Libro IV del Código Civil catalán), y en el que legaba a su esposa el usufructo vitalicio de todos sus bienes presentes y futuros.

Al tiempo del fallecimiento, se hallaba admitida a trámite, y pendiente de resolución, la demanda de separación contenciosa interpuesta por su viuda y legataria.

Correspondiendo a la viuda probar algún hecho constitutivo de la excepción prevista en el párrafo tercero del citado artículo 422.13 del Código Civil catalán, de conformidad con la norma general de distribución de la carga de la prueba de que habla el artículo 217 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, la Audiencia no estimó probada tal excepción que confirmara la validez y eficacia de la disposición testamentaria.

Y establece que la previsión legal contenida en tal precepto parte de una presunción “iuris tantum” (que admite la prueba en contrario) de la voluntad de revocar la disposición testamentaria por motivos sobrevenidos al acto de última voluntad, tales como la nulidad, la separación legal, el divorcio o la separación de hecho constitutiva de causa de separación o divorcio del causante.

En suma, corresponde la carga de la prueba al beneficiado por la disposición testamentaria, al interesado en su conservación y en el mantenimiento de su eficacia.

También es interesante la Sentencia, ya comentada, número 715/2014, de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 2 de junio de 2014, recurso 69/2014 (Ponente FERNÁNDEZ-PORTO GARCÍA), en la que se discutió sobre un testamento en que el otorgante instituía heredera a su sobreviviente madre y ordenaba, en pago de su cuota legal usufructuaria, un legado a su esposa, de la que se hallaba en trámites de divorcio al día del fallecimiento; demanda de divorcio que había sido interpuesta por la propia legataria.

Esta Audiencia exige, para declarar la validez y eficacia de una disposición testamentaria como la objeto del pleito, que haya una manifestación externa de que se ha reanudado la convivencia conyugal.

Este Tribunal distingue los cuatro supuestos:

1.- Si el matrimonio ha sido declarado nulo, sólo puede admitirse tal eficacia si se ha contraído un matrimonio válido, pues de otra forma nunca serían considerados cónyuges.

2.- Si ha existido separación judicial, los cónyuges deberán reconciliarse y comunicarlo al Juzgado para que se mantenga la eficacia de la disposición.

3.- Si los esposos están divorciados, será preciso que contraigan nuevo matrimonio, puesto que el primero ha sido disuelto.

4.- Y si se ha acreditado la separación de hecho, será necesaria una prueba evidente de la reanudación de la convivencia conyugal, sin que baste con que se pruebe que siguen viviendo juntos; es esencial una constatación externa de tal reanudación, como, por ejemplo, el desistimiento de los procedimientos judiciales en curso.

En el caso concreto, se probó que no se había reanudado la convivencia conyugal, ni se había desistido de la separación tramitada ante el Juzgado, con lo que se declaró sin efecto el legado ordenado.

c)- La Dirección General de los Registros y del Notariado.

En Resolución de 30 de junio de 1910, en relación a un testamento en el que se había incurrido en preterición, los herederos instituidos, los propios preteridos e incluso el contador-partidor designado por el otorgante, se apartaron del tenor literal del testamento, subsanaron la preterición y procedieron, de común acuerdo, a partir la herencia.

En Resoluciones posteriores, de 31 de enero de 1913 y 10 de mayo de 1950, también referidas a una preterición, la Dirección General ordenó la inscripción en el Registro de la Propiedad de las particiones formalizadas por todos los interesados, en las que los instituidos herederos convinieron, de mutuo acuerdo, en compartir la herencia con los omitidos en el testamento.

En la mencionada Resolución de 18 de diciembre de 1951, se mantuvo que el contador-partidor, en el desempeño de sus funciones, ha de sujetarse de forma estricta a lo ordenado por el causante en su testamento, que es la norma fundamental de la sucesión, y sin que tales funciones alcancen a declarar por sí nulo e ineficaz el referido testamento o alguna de sus disposiciones en las que ordene el reparto de la herencia, ni tampoco prescindir de los derechos sucesorios concedidos por el padre al hijo ilegítimo, porque tales cuestiones corresponden exclusivamente a los Tribunales de Justicia.

En Resolución de 1 de diciembre de 1984, el Centro Directivo declaró que el contador-partidor nombrado en el testamento tiene la obligación de interpretar la voluntad plasmada en éste, pero no tiene facultad para declarar por sí la nulidad o la ineficacia, total o parcial, de una disposición testamentaria, puesto que ésta es una cuestión que corresponde únicamente a los Tribunales de Justicia, previa solicitud hecha por los interesados que procedan a su impugnación.

La DGRN, en la famosa Resolución de 26 de noviembre de 1998, proclamó la eficacia de la institución de heredero a favor de la esposa de la que el testador se hallaba divorciado desde hacía más de cinco años (incluso ella había contraído nuevas nupcias).

La disposición testamentaria no admitía duda; el fallecido quiso realmente testar a favor de la persona que, en el momento de formalizar su testamento, ostentaba la condición de cónyuge.

Aunque tuvo tiempo de revocar el testamento, esta inactividad no debe entenderse como prueba inequívoca de su falta de eficacia, sino, muy al contrario, como clara evidencia de su propósito de mantener la eficacia de tal atribución, voluntariamente establecida ésta en un testamento carente de vicios formales.

La muy importante Resolución de 26 de febrero de 2003 entendió, como es sabido, que el contador-partidor carece de facultades para declarar la ineficacia, total o parcial, de un legado; y que el divorcio sobrevenido al otorgamiento del testamento, que contiene un legado a favor del

cónyuge del testador, no es, por sí solo, causa de revocación de las disposiciones testamentarias.

Al igual que en la Resolución de 1998, el Centro Directivo dice que la revocación de los testamentos abiertos en Derecho Común sólo puede tener lugar por otro testamento válido, y no por otro tipo de negocios o por otras distintas de las legalmente previstas, sin que esté contemplado que la separación o el divorcio produzcan tal efecto revocatorio.

Y añade que la hipótesis de que el testador no habría hecho tal disposición a favor del cónyuge de haber sabido que su vínculo matrimonial no subsistiría, solamente podrá ser apreciada judicialmente en procedimiento contradictorio, con fase probatoria, la cual no es posible en el procedimiento registral.

Si, después de haber identificado a su esposo, la testadora dispuso de un legado a favor de quien ostenta tal condición, no puede entenderse tal legado como hecho a favor de persona que deba determinarse por una serie de circunstancias futuras, sino como una circunstancia identificadora de presente, pero no puesta como condicionante del llamamiento.

Así, interesa destacar de esta Resolución la regla que establece, con apoyo en la de 25 de marzo de 1952, y que no es otra que ratificar, como facultad que puede conferirse al contador-partidor, la función de apreciar el cumplimiento de la condición de que el cónyuge beneficiado por una disposición testamentaria sigue conservando tal condición al tiempo del fallecimiento.

Es decir, si el testador ordena un legado a favor de quien era su cónyuge al otorgarse el testamento, pero lo condiciona a que se mantenga tal cualidad al día del fatal desenlace, el contador-partidor está legitimado para constatar el cumplimiento de referida condición, con lo que el legado será plenamente eficaz.

Insistimos en la trascendencia en esta materia de las Resoluciones de 13 de septiembre de 2001 y 21 de noviembre de 2014, según las cuales si se pretende privar de eficacia el contenido patrimonial de un testamento, será precisa:

- O bien la conformidad de todos los afectados por la sucesión;
- O bien una previa declaración judicial que provoque su pérdida de eficacia, total o parcial, y que haya sido instada, de forma contenciosa, por persona que esté legitimada para ello.

Se basan, para ello, en el carácter de ley suprema de la sucesión que nuestro Ordenamiento Jurídico confiere al testamento formalmente válido y en el principio de salvaguarda judicial de los derechos, proclamado en el artículo 24 de la Constitución Española.

Es decir, una disposición testamentaria que no haya incurrido en caducidad ni en vicios sustanciales de forma sólo podrá ser privada de su eficacia por una resolución judicial previa; sin ella, no se podrá prescindir del testamento como título de la sucesión hereditaria.

En Resoluciones de 28 de enero de 2014 (en cuanto a una escritura de manifestación de legado) y 16 de marzo de 2015 (en la que se discutía la inscripción en el Registro de la Propiedad número 13 de Madrid de una escritura de entrega de legados), la Dirección General hace un interesante recorrido por su jurisprudencia, después de poner de manifiesto que la interpretación de las disposiciones testamentarias es dificultosa en muchas ocasiones, puesto que, a veces, son oscuras, ambiguas, imprecisas, incompletas, equívocas, excesivamente rígidas o drásticas, de significado dudoso, si bien reconoce que la mayor parte de los testamentos son otorgados en forma abierta ante Notario y encontrándose el testador en condiciones normales de capacidad, por lo que la inteligencia de estas disposiciones no debería provocar dudas ni problemas.

Según la Dirección General, la interpretación choca con dos límites:

- 1.- El que puede aclarar el testamento en primera persona ya no vive.
- 2.- Y debe partirse de los términos en que está redactado o concebido el testamento, dado su carácter eminentemente formal.

Ha de emplearse como primera norma de interpretación la literalidad de las palabras empleadas en el testamento, si bien atemperada y matizada por los elementos lógico, teleológico y sistemático.

Y, en los casos planteados, considera esencial la llamada interpretación auténtica, llevada a cabo por el propio Notario autorizante del testamento cuya disposición era objeto de discusión, porque el hecho de haber participado en su redacción favorece su conocimiento de lo que efectivamente era la voluntad de la testadora.

Vuelve a apoyarse la DGRN en la doctrina formulada por la Resolución de 26 de noviembre de 1998 para solucionar el recurso planteado y resuelto en la de 29 de junio de 2015 (publicada en el B.O.E. de 12 de agosto siguiente).

Se trataba de un testamento en el que se instituía herederas universales a dos hermanas de la causante, sustituidas entre sí para el caso de premoriencia de alguna de ellas, y en el que se decía que si fallecían en el mismo momento la testadora y las dos herederas, los sucesores serían por partes iguales dos sobrinos.

A pesar de la claridad de la disposición testamentaria, estos dos sobrinos formalizan la partición, a cuya inscripción se opone el Registro de la Propiedad, alegando defecto insubsanable, por entender que era precisa una interpretación literal y, como quiera que las dos herederas premurieron a la causante, no se daba el supuesto para que operase la segunda sustitución vulgar y, por tanto, debía abrirse la sucesión intestada, al amparo del artículo 912.3º del Código Civil.

Entre sus conclusiones para confirmar la calificación del Registrador de la Propiedad, destacamos las siguientes:

1ª.- Debe darse prioridad a la interpretación literal de la disposición testamentaria; para cualquier otro tipo de interpretación, distinto del literal, que suponga indagar en cuál fue la voluntad del testador, deberá acudir a los Tribunales de Justicia.

2ª.- A estos Tribunales está atribuida la facultad de interpretar el testamento, salvo que en éste figure nombrado un albacea, contador-partidor o cualquier otra persona designada por el testador para tal cometido.

3ª.- A falta de otras manifestaciones en el testamento, no habiendo albacea ni contador-partidor designado que pueda ayudar a la interpretación de la voluntad del causante, la literalidad de las disposiciones debe ser la regla interpretativa del testamento.

Hay que estar, pues, a la literalidad, siendo sólo admisible que se acuda a otros medios probatorios de la voluntad del testador cuando ésta se expresa de un modo oscuro (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1993).

4ª.- En los testamentos autorizados por Notario, las palabras empleadas en su redacción tienen el significado técnico que les asigna el Ordenamiento Jurídico, puesto que la preocupación de este fedatario público debe ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y con observación de la propiedad en el lenguaje (cfr. Resolución DGRN de 25 de septiembre de 1987).

CAPÍTULO QUINTO

CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA AL ENFRENTARSE A UNA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA

Cuando el operador jurídico se enfrente a una disposición testamentaria en la que esté designado, como heredero o legatario, un ex consorte de la persona fallecida, antes de tomar una decisión sobre el reparto en la futura partición de herencia, debe tener muy presente las siguientes cuestiones:

A).- FECHA DEL FALLECIMIENTO.

El certificado literal de defunción, expedido por el Encargado del Registro Civil del lugar del fallecimiento, nos indicará la fecha y la hora en que ha tenido lugar el fatal desenlace.

Este dato es crucial para determinar los derechos legitimarios –sin referirnos a los intestados- que pudieran corresponder al supérstite en la herencia del cónyuge premuerto, puesto que nos permite acotar la legislación aplicable a la sucesión de que se trate.

Siempre ha de aplicarse la ley vigente al tiempo del fallecimiento, sin perder de vista las disposiciones transitorias dictadas por las sucesivas reformas que ha experimentado la legislación civil, tanto común como foral, en nuestro Ordenamiento Jurídico.

En esta materia de los derechos legitimarios del cónyuge viudo, la legislación aplicable dependerá del día en que acaezca el fallecimiento, por lo que deben tenerse siempre presente los períodos comprendidos entre las siguientes fechas:

1ª.- 1 de mayo de 1889 (fecha de entrada en vigor del Código Civil).

2ª.- 16 de mayo de 1958 (fecha de entrada en vigor de la reforma del Código por la Ley de 24 de abril de 1958, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 25 de abril).

3ª.- 5 de junio de 1981 (entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, publicada en el B.O.E. de 19 de mayo siguiente). Ya su Disposición Transitoria Octava señalaba que las sucesiones abiertas antes de su entrada en vigor se regirían por la legislación anterior, mientras que las abiertas con posterioridad se regirán por la nueva legislación.

4ª.- 10 de julio de 2005, en que entró en vigor la Ley 15/2005, publicada en el B.O.E. del día anterior.

B).- NACIONALIDAD Y VECINDAD CIVIL.

Otro dato esencial es la concreción de la nacionalidad del causante.

Este criterio ha sido desplazado, a la entrada en vigor del Reglamento Europeo de Sucesiones, por el de la residencia habitual o por el del país con el que el fallecido presente los vínculos más estrechos o, en base al principio de autonomía de la voluntad y al de la “*professio iuris*”, por el de la legislación nacional por él elegida en el propio soporte testamentario.

Si la ley aplicable coincide con la de un territorio en el que coexisten diferentes sistemas legislativos, como, por ejemplo, en España, deberá determinarse, con exactitud y por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho, cuál era la vecindad civil del causante.

C).- ÚLTIMA Y VIGENTE VOLUNTAD.

Con el certificado de defunción, y una vez transcurridos quince días hábiles desde el óbito, es posible obtener el de últimas voluntades, que nos indicará los distintos testamentos que el causante haya formalizado durante su vida.

Este certificado, expedido en España por el Registro General de Actos de Última Voluntad, dependiente del Ministerio de Justicia, expresa la fecha de otorgamiento del testamento y el Notario ante el que se haya autorizado.

Basta acudir a este Notario, o a su sucesor en el Protocolo, o al Archivo notarial competente (si han transcurrido más de veinticinco años desde su otorgamiento), y solicitar una copia autorizada de la disposición testamentaria, una vez acreditado por el solicitante su interés legítimo en la obtención de referida copia.

Si el causante ha formalizado sus testamentos en España, no hay problema alguno, porque el Notario autorizante lo ha comunicado al Registro de Últimas Voluntades.

Pero la movilidad de los ciudadanos en el mundo actual propicia siempre la duda de si se han formalizado testamentos en otras naciones distintas de la nuestra.

Si el testamento se ha formalizado ante Notario extranjero, los medios para conseguir la incorporación de estos datos a nuestro Registro de Últimas Voluntades son tres:

1º.- El propio testador puede hacer constar el hecho de la formalización ante el Agente Diplomático o Consular de España en el país en que lo otorgue, suscribiendo un acta en la que exprese su nombre y apellidos, estado civil, nombre y apellidos del cónyuge, si fuere casado o viudo, naturaleza y vecindad, nombre y apellidos de los padres, nombre y apellidos del funcionario que haya autorizado el acto, población en que tenga lugar y fecha y clase del instrumento.

El representante diplomático o consular de España dará referencia de dichas actas, con transcripción de todos sus datos, al Registro General de Actos de Última Voluntad (cfr. artículo 3.d del Anexo II del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944).

2º.- El mismo Notario extranjero puede informar de la formalización del testamento; por ejemplo, mediante la comunicación al Embajador o Cónsul de España en su país, el cual se encargará de su transmisión al Registro de Últimas Voluntades (véase la Resolución de la DGRN de 30 de diciembre de 1955).

3º.- Y cualquier persona puede manifestar a este Registro copia auténtica, debidamente legalizada, del testamento otorgado en el extranjero, lo que es suficiente para la incorporación de tales datos (cfr. Resolución de la DGRN de 16 de noviembre de 1960).

Como dijo este Centro Directivo en Resolución de 15 de noviembre de 1961, estos tres medios no impiden el que pueda acudir a otros no inferiores en autenticidad, sin que considerara suficiente, en el caso planteado, la mera comunicación privada en la que no constaba la autenticidad de la firma del funcionario extranjero que hacía la comunicación; y, sobre todo, proclama la necesidad de evitar la injusticia que supondría el incumplimien-

to de la última voluntad de cualquier causante, cuando parece existir un acto de última voluntad que no se ha hecho constar en este Registro.

Por ello, en el caso estudiado por esta Resolución, motivado por la comunicación por carta cuya autenticidad no constaba oficialmente, efectuada por un Notario francés al Registro español de Últimas Voluntades, en la que se da cuenta de un testamento formalizado ante él por un nacional español, la Dirección General denegó, “por ahora”, la incorporación del testamento al Registro y ordenó que se comunicasen al Notario francés los medios adecuados para tal incorporación y que se tomase nota del referido testamento para que se hiciesen las investigaciones oportunas antes de dar certificación negativa de su existencia.

En otra Resolución, la de 8 junio 1970, a propósito de un testamento otorgado por un ciudadano español ante un Notario de Santiago de Chile, con apoyo en el artículo 62.c) del Decreto de 12 de julio de 1968, por el que se aprobó el Reglamento Orgánico del Ministerio de Justicia, la DGRN acordó que debían ser incorporados al Registro General de Actos de Última Voluntad los datos del testamento reseñado –cuya copia debidamente autorizada y legalizada se acompañaba-, así como todos los que, en lo sucesivo y con iguales garantías de autenticidad, se presenten con tal finalidad, mediante la oportuna ficha en la que se hará mención a esta importante Resolución.

Pero, en todo caso, ¿cómo estaremos seguros que el testamento, reflejado en el certificado de últimas voluntades, es el último otorgado por un fallecido que ha residido en diferentes países?

A este problema trató de dar respuesta, en el seno del Consejo de Europa, la Convención de Basilea, de 16 de mayo de 1972, sobre el establecimiento de un sistema de registro de testamentos, para facilitar, a raíz de la muerte del testador, el descubrimiento de su última voluntad (cfr. artículo 1º de mencionada Convención).

Así, en 2005, los Notariados belga, francés y esloveno constituyeron la llamada Asociación de la Red Europea de Registros de Testamentos (abreviadamente, ARERT), con sede en Bruselas, que es una asociación sin ánimo de lucro, de carácter internacional, creada con arreglo a la legislación belga, de la que, en el momento de redactar estas líneas, son miembros Austria, Bélgica, Bulgaria, Francia, Hungría, Italia, Portugal, Rumanía, Eslovenia, Alemania y Grecia (estas dos últimas desde el 1 de enero de 2015),

mientras que Croacia, España, Letonia, Luxemburgo, Países Bajos y Polonia son miembros observadores.

Téngase en cuenta que todavía hay países que carecen de un Registro de Testamentos, como, por ejemplo, en Argentina, Brasil o Suecia, lo que dificulta extraordinariamente la búsqueda de la última voluntad.

Afortunadamente se observa, en los legisladores extranjeros, una tendencia a la creación de un Registro en el que se tome nota de las disposiciones testamentarias formalizadas ante sus Notarios.

Así, en Polonia, existe el Registro Notarial de Testamentos desde el 5 de octubre de 2011; y en Alemania, el Registro Central de Testamentos, administrado por la Cámara Federal de Notarios y con sede en Berlín, ha comenzado a funcionar desde el 1 de enero de 2012.

A este respecto, la DGRN, en Resolución de 1 de julio de 2015, a propósito de la manifestación de herencia de un causante alemán otorgada ante Notario español, ha exigido, para su inscripción en el Registro de la Propiedad, que se aporte certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad del país de la nacionalidad del fallecido, o que se acredite que en tal país no existe tal Registro o que, por las circunstancias concurrentes al caso concreto, no sea posible aportar dicho certificado.

Por ahora, son quince los Registros nacionales que forman parte de esta Red Europea de Registros de Testamentos, cuya finalidad es conectar los Registros de los Estados miembros a una plataforma que permita el intercambio de información y descubrir, gracias a esta colaboración, la última voluntad de la persona fallecida que haya residido en distintos países.

Estos quince Registros son, al tiempo de redactar estas líneas, Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Rumanía y el de la ciudad rusa de San Petersburgo.

D).- CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS.

Debemos comprobar si han sufrido variación las circunstancias personales, plasmadas en el testamento y existentes al tiempo de su redacción, con respecto a la situación en que se hallaba el testador al tiempo de su fallecimiento.

El cambio de estado civil del causante puede influir, naturalmente, en la determinación de los derechos hereditarios que correspondan a los interesados en la sucesión.

Un caso extremo fue el contemplado en la citada Resolución, a nuestro entender esclarecedora, de 13 de septiembre de 2001, en el que el testador formalizó su única y última voluntad en 1939 en estado de soltero y sin hijos, pero que en el momento de su defunción, acaecida en 1993, se encontraba casado y con dos hijos.

Tanto su viuda como sus hijos tenían derecho a la sucesión de su esposo y padre, como previene la Ley; sin embargo, la vigencia del testamento en su día otorgado, no modificado ni revocado en el período transcurrido entre su redacción y el óbito, obligaba a estos sucesores legales a compartir la herencia con los herederos testamentarios, o a que éstos –o sus causahabientes- prestaran su conformidad a las operaciones particionales realizadas por aquéllos.

Se trataba, por supuesto, de una herencia testada, con lo que no procedía la apertura de la sucesión intestada; no era necesaria la formalización de una declaración notarial de herederos, puesto que el causante falleció testado.

Igual ocurre con los cambios de estado civil consistentes en el advenimiento de una crisis conyugal; por ejemplo, de casado al tiempo del testamento a separado o divorciado en el momento de la defunción.

Insistimos en que estas modificaciones del estado civil pueden afectar a la concreción de las atribuciones legalmente establecidas.

Pueden, indudablemente, influir en los derechos legitimarios que corresponderían a los cónyuges incurso en una situación de crisis matrimonial, pero, en nuestra opinión, no han de provocar la ineficacia automática de las atribuciones testamentarias, formuladas por el testador en pleno uso de sus facultades mentales y con total conocimiento de las consecuencias futuras y de las expectativas sucesorias que suponen para los nombrados en el testamento.

E).- EXAMEN DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA.

La mayor parte de las disposiciones contenidas en un testamento abierto son claras, nítidas y concisas; no admiten duda alguna, por lo que no cabe la interpretación de las mismas.

Como dice IMAZ ZUBIAUR³⁶, la interpretación agota su senda ante la nitidez que revela el tenor habitual de las atribuciones testamentarias a favor de los cónyuges; el testador dispone a favor de la persona que, en ese momento, es su consorte.

El hecho de que, al fallecer el causante, el vínculo conyugal haya desaparecido no es causa suficiente para privar de eficacia, total o parcial, el testamento.

Al no tener dudas sobre el contenido de la disposición, dada su claridad y nitidez, no es precisa labor interpretativa alguna; es decir, se agotan las posibilidades de atribuir otros significados a lo manifestado por el testador (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2003).

³⁶ Imaz Zubiaur, Leire.- Revista de Derecho Privado, Julio-Agosto 2012. Página 68.

CONCLUSIONES

En épocas no muy lejanas, el matrimonio era algo indisoluble y con vocación de permanencia; era un proyecto de vida en común para dos personas, un hogar para los esposos, un refugio para los hijos y una escuela de valores para la sociedad.

En los tiempos en que nos ha tocado vivir, se observa un creciente deterioro de la institución matrimonial.

El prestigio y la consideración de la que gozaba el matrimonio parecen haberse diluido en beneficio de otras figuras, como las uniones o las parejas de hecho, en las que no se atisba ese grado de compromiso, esa ilusión de continuar juntos durante toda la vida.

A pesar de ello, todavía son mayoría los ciudadanos que deciden, en uso de su libertad y del derecho que les reconoce el artículo 32.1 de la Constitución Española de 1978, contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

Aún se percibe el matrimonio como una institución socialmente arraigada en nuestro país.

Este derecho a casarse forma parte del ámbito de la autonomía de la voluntad, cuyo reconocimiento viene exigido por la propia dignidad de la persona, uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (cfr. artículo 10 Constitución Española).

Los cónyuges, con la loable y sana intención de desarrollar íntegramente su personalidad, deciden recortar jurídicamente su libertad y crear entre ellos un vínculo, una atadura, que esperan se mantenga durante toda la vida.

Este vínculo, lejos de ser un freno para el disfrute de sus necesidades vitales, se convierte en un vehículo para la formación de una familia, basada en el afecto entre los esposos y en el amor incondicional hacia los hijos.

Este afecto marital conlleva el que los cónyuges, durante la vigencia de su relación, intenten protegerse y disponer todo lo necesario para que, en el caso de fallecimiento de alguno de ellos, el otro pueda seguir conservando su hogar familiar, construido con el esfuerzo conjunto e incansable de

ambos, y pueda mantener el estatus económico alcanzado gracias al trabajo y a la dedicación de sus miembros integrantes.

Uno de los medios empleados para lograr la protección del cónyuge sobreviviente es la formalización de un testamento abierto, en el que el futuro causante manifiesta su amor hacia su esposo o esposa y hace constar su deseo de que, con tal atribución, el viudo o viuda tenga sus necesidades siempre cubiertas, sobre todo en aquellos momentos de la vida en que las fuerzas flaquean y en que los hijos empiezan a abandonar el hogar familiar para formar el suyo propio.

Es esta situación de futura soledad la que los cónyuges, otorgantes del testamento abierto, tratan de paliar en la medida de lo posible y, con ello, dotar de seguridad jurídica al que de ellos sobreviva hasta el día en que tenga lugar su fallecimiento.

Pero la realidad social ha sido testigo de las distintas vicisitudes por las que puede atravesar un matrimonio y por las que cesa la plena comunidad de vida.

El legislador, ante tales situaciones fácticas, se ha visto obligado a regular los efectos y las consecuencias de las crisis conyugales.

Sin embargo, aunque ha tenido suficiente tiempo para ello, el Derecho Civil Común no ha contemplado, como efecto de la nulidad, separación o divorcio del matrimonio, la revocación de las disposiciones en testamento abierto otorgadas con anterioridad a la llegada de una crisis matrimonial.

¿Por qué el legislador no ha considerado ineficaces tales disposiciones?

Si existe un testamento anterior a la crisis conyugal, que no ha sido revocado por el otorgante y en el que aparece el cónyuge cuyo matrimonio ha sido declarado nulo, en situación de separación, judicial o de hecho, o de divorcio, al tiempo del fallecimiento, ¿por qué no se establece una disposición semejante a la que proclama la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiere otorgado al otro?

¿Se trata de una imprevisión del legislador?

Creemos que no, porque ha tenido varias oportunidades, coincidentes con las diversas reformas que ha padecido el Código Civil, para declarar esta revocación o, si se prefiere, esa ineficacia del testamento formalizado.

Entre las últimas, destaca la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que modifica unos cien artículos del Código Civil, entre ellos los artículos 834 y 945, que, como es sabido, sólo sustituyen la palabra “judicialmente” por la de “legalmente”, dada la novedad, introducida por la norma, de permitir la formalización en escritura pública notarial de la separación o divorcio, de mutuo acuerdo, en aquellos casos en que no haya hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.

Los cónyuges suelen acudir al Notario para otorgar testamento cuando el matrimonio ya se ha consolidado en el tiempo, cuando la convivencia ha sido estable e ininterrumpida, cuando se entiende que el vínculo entre ambos, forjado durante años, permanecerá hasta el final de sus días.

Las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge suelen reducirse, fundamentalmente, a cinco:

1ª.- El usufructo universal y vitalicio de la herencia, acompañado de la “cautela socini”, consistente en que si alguno o todos los demás legitimarios rechazasen tal atribución, quedarían éstos condenados a recibir su legítima estricta o corta, pudiendo el viudo o viuda recibir no sólo su cuota legal (usufructo del tercio de mejora), sino también el pleno dominio del tercio de libre disposición.

2ª.- La confirmación al cónyuge viudo de su cuota legal usufructuaria; es decir, el reconocimiento de los derechos que por Ley pudieran corresponderle.

3ª.- La institución de heredero a favor del sobreviviente, siempre que se respete la legítima de los que tengan derecho a ella; disposición muy usual en el caso de matrimonio sin hijos, y en la que, dejando a salvo la legítima que le correspondería a los padres, si éstos le sobreviven, se instituye heredero al esposo, a quien se le sustituye, para los casos de premoriencia o comoriencia, por los hermanos del otorgante.

4ª.- El derecho de opción entre el usufructo universal y vitalicio y la cuota legal usufructuaria más el tercio libre; opción que no corresponde formular al viudo, sino a los propios herederos (véase el artículo 839 del Código Civil).

5ª.- Y la ordenación de un legado a favor del viudo, normalmente con cargo al tercio de libre disposición, para que no pueda perjudicar la legítima de los hijos o descendientes.

Como se observará, en todas estas disposiciones hay que actuar con suma cautela para que, en la partición de la futura herencia, no se vulneren los derechos que, como legitimarios, corresponden a los hijos o descendientes o, en defecto de ellos, a los padres o demás ascendientes.

Esta cautela no sería necesaria, lógicamente, si en nuestro Ordenamiento Jurídico se admitiese la absoluta libertad de testar, existente en alguno de nuestros Derechos, tal y como se indicó en la exposición.

A pesar de las numerosas opiniones en contra de las legítimas, que abogan, por ejemplo, por el reconocimiento de un derecho de alimentos para aquellos herederos forzosos que realmente lo necesiten, se trata de una institución vigente en nuestro Derecho y que hay que respetar.

Pero también debe respetarse la voluntad del testador, manifestada en un documento formalizado en pleno uso de sus facultades mentales, previo asesoramiento del abogado, en su caso, y del propio Notario autorizante, y con todas las garantías de autenticidad.

El testamento, clara manifestación del principio de libertad civil y ley suprema de la sucesión, recoge la intención del otorgante de que sus bienes pasen, una vez acaecido su fallecimiento, a la persona por él designada, sin que el llamamiento esté sujeto a ninguna condición ni se haya hecho en consideración a la cualidad de esposo o esposa.

El cónyuge nombrado en el testamento suele ser la persona con la que se ha convivido durante mucho tiempo, con la que se ha sufrido y con la que se ha disfrutado, con la que se han vivido penas y alegrías.

¿Por qué debemos entender, de manera simplista, que el hecho de que el matrimonio haya padecido una crisis conyugal suponga una presunción de revocación de la disposición testamentaria?

¿Y si el testador, a pesar de todo, quería mantener la vigencia de tal atribución?

Es coherente con lo anterior que el testamento no puede ir en contra de los dictados de la Ley; y si ésta considera que la nulidad, la separación o el divorcio tienen consecuencias en las expectativas sucesorias originadas por la celebración del matrimonio, de igual modo deberán tener repercusión en las disposiciones testamentarias efectuadas a favor del cónyuge que, por mor de estas crisis conyugales, ha dejado de ostentar tal cualidad.

Estos efectos y consecuencias de las crisis matrimoniales deben cohonestarse con el principio de absoluto respeto a la voluntad del testador, reflejada en su última y vigente disposición, y con la salvaguarda judicial de los derechos, proclamada en el artículo 24 de la Constitución y denominada tutela judicial efectiva.

No es necesario acudir al expediente de la presunción de revocación, ni a la declaración de ineficacia por ministerio de la Ley, ni tampoco a la ficción de premoriencia del viudo y de la que hablan algunos Ordenamientos Jurídicos, para solucionar esta cuestión con carácter previo a la formalización de la partición hereditaria.

Debe conservarse siempre la voluntad del testador, puesto que, pudiendo revocar el testamento, no lo hizo; y esta inactividad no debe entenderse como descuido o imprevisión.

El testamento es el título de la sucesión hereditaria; es la ley soberana por la que se regirá la partición de herencia.

Por tanto, a su claro contenido habrá que estar y, tras su estudio, formalizar la partición como quiso el testador, sin tener que recurrir al Juzgado para su interpretación y sin que pueda verse perjudicada la legítima de las personas que tengan derecho a ella.

Ello es lógico, porque si la Ley no atribuye derechos legitimarios al cónyuge separado, judicialmente o de hecho, divorciado o cuyo matrimonio haya sido declarado nulo con anterioridad a su fallecimiento, tales derechos no pueden reconocérsele en una partición, por mucho que se hallen plasmados en un testamento; atribución ésta voluntariamente establecida, pero que no tiene amparo en la legislación.

Por todo lo anterior, en estas situaciones de crisis matrimonial acaecidas antes del fallecimiento del otorgante, debemos distinguir los mismos supuestos:

1º.- Si el testamento contempla un legado del usufructo universal y vitalicio a favor del cónyuge (especificado por su nombre y apellidos, como acontece en todos los testamentos abiertos), como quiera que no se podrá perjudicar la legítima de los herederos forzosos, debe entenderse:

-Si concurre con hijos o descendientes, el supérstite sólo tendrá derecho al usufructo del tercio de libre disposición.

-Si concurre con padres o ascendientes, a los que corresponde una tercera parte de la herencia en pleno dominio (cfr. artículo 809 del Código Civil), el sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios restantes.

-Y si concurre con otras personas que no ostenten la condición de legitimarios, se mantendrá la disposición testamentaria ordenada por el causante.

2°.- Si en el testamento aparece el cónyuge como legitimario de su cuota legal, debe tenerse por no puesta tal disposición testamentaria, con apoyo en la Sentencia del Tribunal Supremo 325/2010, de 31 de mayo, puesto que el cónyuge que ha pasado por alguna de aquellas situaciones ha perdido todos los derechos que por Ley le correspondían, como consecuencia de los efectos que provocan tanto la sentencia firme de nulidad, separación o divorcio como la plena acreditación de la separación de hecho entre ambos esposos.

3°.- Si en el testamento otorgado con anterioridad a la crisis se ha instituido heredero al cónyuge supérstite, salvo que existan herederos forzosos (a los que habrá que respetar sus derechos legalmente establecidos) o concurra una causa de indignidad, deberá respetarse siempre la voluntad testamentaria.

La falta de su revocación conlleva, en este caso, la vigencia de la atribución testamentaria; lo contrario supondría una flagrante invasión de la voluntad del testador que, si no revocó el testamento, es porque, a lo mejor, quiso que permaneciera.

4°.- Si se le ha concedido un derecho de opción, la solución es problemática, puesto que los herederos, siempre con la intervención del cónyuge viudo, podrán, de forma interesada, atribuirle únicamente a éste la cuota legal usufructuaria, que se tendrá por no puesta, como antes se indicó.

5°.- Por último, si se ordenó en testamento un legado a favor del cónyuge que, en el momento de su otorgamiento, lo era, deberá prevalecer también la voluntad testamentaria, salvo que la manda estuviere sujeta a la condición de seguir siendo esposo o esposa, en cuyo caso el legado quedaría sin efecto, sin necesidad de acudir a los Tribunales para declarar tal ineficacia.

Toda esta casuística, que incide en la dificultad actual de formalizar particiones hereditarias cuyo título es un testamento otorgado con anterioridad al advenimiento de una crisis matrimonial, como se ha puesto de mani-

fiesto con el estudio de la numerosa jurisprudencia que existe al respecto, se solucionaría si el legislador español tomara cartas en el asunto, regulara con detenimiento cada una de estas situaciones y ofreciera un criterio único que fuera aplicable en todo el territorio nacional, incluso en los territorios donde exista un Derecho civil especial o foral.

El legislador dispone de los medios necesarios para acometer esta reforma profunda del Derecho de Sucesiones, que facilitaría la resolución de los problemas aquí planteados y que contribuiría a la paz social y familiar.

Merece la pena el esfuerzo si se alcanzare tan loable objetivo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel.- “Cuestiones en materia de revocación de testamentos”.- Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1961.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel.- “Sobre si el contador-partidor puede rectificar ajustándolas a la Ley las disposiciones testamentarias que la violen”.- Enero 2003.- Anuario de Derecho Civil.- Tomo LVI-I.-
- ALEMÁN MONTERREAL, Ana.- “Panorama actual y antecedentes históricos sobre los derechos sucesorios abintestato del conviviente superviviente de una pareja de hecho”.- Actualidad Civil, número 2.- Sección A Fondo.- Quincena del 16 al 31 de enero de 2005.- Editorial La Ley.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar.- “Incidencia de las crisis matrimoniales en el Derecho de Sucesiones”.- Actualidad Civil, número 13.- Sección a Fondo.- Quincena del 1 al 15 de julio de 2006.- Tomo 2.- Editorial La Ley.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia.- “¿Está facultado el tutor para instar la acción de separación legal de su pupilo? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 27 de febrero de 1999”.- Anuario da Facultade de Dereito de la Universidad La Coruña.- Número 3.- Año 1999.
- ARNALDO ALCUBILLA, Enrique y MARTÍN MESONERO, Javier.- “Albacea”.- Enciclopedia Jurídica.- La Ley1393/2008.
- BAYOD LÓPEZ, María del Carmen.- “La sucesión legal en el Código del Derecho Foral de Aragón”. Revista de Derecho Civil de Aragón-XVIII.- 2012.
- CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la.- “Compendio de Derecho Sucesorio”.- Madrid, 1990.- Editorial La Ley.-
- CAPILLA RONCERO, Francisco.- “Nulidad e impugnabilidad del testamento.- Algunas consideraciones sobre el régimen de la ineficacia del testamento inválido”.- Madrid, enero-marzo 1987.- Anuario de Derecho Civil.- Tomo XL-I.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, María.- “Derechos del cónyuge viudo en la sucesión intestada tras la reforma del Código Civil operada por Ley

11/1981, de 13 de mayo”.- Diario La Ley.- Madrid, 1986.- Página 1177.- Tomo 1.- Editorial La Ley.

-CASAS VALLÉS, Ramón.- “Las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio (Sobre el artículo 132 del Código de Sucesiones de Cataluña)”.- Octubre-Diciembre 1993.- Anuario de Derecho Civil.- Tomo XLVI-IV.-

-CASTÁN TOBEÑAS, José.- “Derecho civil español, común y foral”.- Undécima edición.- Madrid, 1987.- Editorial Reus.

-CLEMENTE DE DIEGO, Felipe.- “Dictámenes Jurídicos”.- Tomo III.- Sucesiones. Barcelona, 1958.- Editorial Bosch.

-CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS.- Coimbra, 1994.- Livraria Almedina.

-DÍEZ BALLESTEROS, Juan Alberto.- “La separación y sus consecuencias sobre la legítima del cónyuge viudo.- Comentario de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 1997”.- Diario La Ley.- Sección Doctrina.- Madrid, 1999.- Ref. D-36.- Tomo 1.- Editorial La Ley.

-EGUSQUIZA BALMASEDA, María de los Ángeles.- “Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales”.- Pamplona, 2003.- Editorial Aranzadi.

-ESPINOSA INFANTE, José Miguel.- “Derecho Civil.- Derecho de Sucesiones”.- Madrid, 2005.- Editorial Dykinson.

-FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio.- “Revisión de algunas incapacidades relativas (Artículos 752 a 755 del Código Civil)”.- Actualidad Civil, Sección Doctrina, 1999.-Ref. XLVIII.- Editorial La Ley.

-FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María de los Ángeles.- “Separación conyugal: La legítima del cónyuge viudo”.- Diario La Ley.- Sección Doctrina. Madrid, 1997. Ref. D-64.- Tomo 1.- Editorial La Ley.

-FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María de los Ángeles.- “Llamamiento abintestato del cónyuge separado de hecho”.- Diario La Ley.- Sección Doctrina. Madrid, 1996. Ref. D-336- Tomo 6.- Editorial La Ley.

-FUENTESECA, Pablo.- “Derecho Privado Romano”.- Madrid, 1978.-

-GÁMIZ SANFELIU, Marta.- “Reflexiones sobre la fecundación post mortem.- Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de

mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”.- Actualidad Civil, número 10.- Sección A Fondo.- Quincena del 16 al 31 de mayo de 2009.- Editorial La Ley.

-GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel.- “Derecho de la familia”.- Primera edición.- Madrid, mayo 1993.- Editorial Trivium.

-GOMÁ LANZÓN, Ignacio.- “Los derechos del cónyuge viudo”.- Instituciones de Derecho Privado.- Tomo V, Sucesiones.- Volumen 3º, Las atribuciones legales.- Madrid, 2005.- Editorial Thomson Civitas.

-GÓMEZ CALLE, María Esther.- “El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento”.- Pamplona, 2007.- Editorial Thomson-Civitas.

-GORDILLO CAÑAS, Antonio.- “El error en el testamento”.- Madrid, 1983.- Anuario de Derecho Civil.

-IMAZ ZUBIAUR, Leire.- “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”.- Revista de Derecho Privado.- Número 4.- Madrid, Julio-Agosto 2012.- Editorial Reus.

-JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier.- “El divorcio en España: unos apuntes sobre su evolución histórica”.- Diario La Ley, 6292. Sección Jóvenes Investigadores.- Madrid, 11 julio 2005. Ref. D-174.- Editorial La Ley.

-JORDANO BAREA, Juan Bautista.- “El testamento y su interpretación”.- Primera edición.- Granada, 2001.- Editorial Comares.

-LACRUZ BERDEJO y otros autores.- “Derecho de Sucesiones.- Elementos de Derecho Civil, V”.- Barcelona, 1993.- Quinta Edición.- José María Bosch Editor

-LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique.- “El Código Civil y sus reformas”.- 5ª Edición.-1995.- Ilustre Colegio Notarial de Valencia.

-LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael.- “El Notario y la protección del discapacitado”.- Madrid, 1997.- Consejo General del Notariado.- Colegios Notariales de España.

-LLAMAS POMBO, Eugenio y MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María.- “La separación matrimonial tras la Ley 15/2005, de 8 de julio”. Forma parte del

libro “Nuevos conflictos en el Derecho de Familia”. Primera Edición.- Madrid, febrero 2009.- Editorial La Ley.

-LLAMAS POMBO, Eugenio y TORRELLES TORREA, Esther.- “La Ley 15/2005, el régimen del non-fault divorce y los principios de Derecho europeo de familia”. También forma parte del libro “Nuevos conflictos en el Derecho de Familia”. Primera Edición.- Madrid, febrero 2009.- Editorial La Ley.

-LLAMAS POMBO, Eugenio.- “Los efectos de las crisis matrimoniales a revisión”.- Forma parte igualmente del libro “Nuevos conflictos en el Derecho de Familia”. Primera Edición.- Madrid, febrero 2009.- Editorial La Ley.

-LLOPIS GINER, Juan Manuel.- “La incidencia de las rupturas matrimoniales en el Derecho de Sucesiones”.- Revista General de Derecho.- Volumen 54.- Año 1998.

-LÓPEZ ALARCÓN, Mariano.- “Efectos de las sentencias de nulidad, separación y divorcio: cuestiones particulares”.- Diario La Ley, 1982.- Editorial La Ley.

-LUCES GIL, Francisco.- “Derecho del Registro Civil”.-

-MAGRO SERVET, Vicente.- “Esquemas de la división judicial de patrimonio con especial referencia a la designación de contador y peritos”.- Práctica de Tribunales, número 41.- Sección Práctica Procesal.- Septiembre 2007. Editorial La Ley.

-MARTÍN AZCANO, Eva María.- “Crisis matrimonial: análisis de ciertos efectos de la sentencia de divorcio relativos al ex cónyuge y a los hijos comunes”.- Actualidad Civil, número 7-8.- Sección Estudios de Jurisprudencia, del 1 de julio al 31 de agosto de 2014. Editorial La Ley.

-PASTOR RIDRUEJO, Félix.- “La revocación del testamento”.- Ediciones Nauta, 1964.

-PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel.- “Derecho de familia”.- Madrid, 1989.- Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

-PÉREZ ESCOLAR, Marta.- “Derechos sucesorios del conviviente superviviente.- A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2003”.- Actualidad Civil, número 7.- Sección A Fondo.- Quincena del 1 al 15 de abril de 2004.- Editorial La Ley.

- PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo.- “Efectos de la revocación testamentaria y de la renuncia de la herencia sobre la designación del beneficiario del Plan de Pensiones”.- Revista de Derecho Civil, Volumen II, número 1 (enero-marzo 2015). Cuestiones, páginas 193 a 199.
- PINTÓ RUIZ, José Juan.- “Reflexions vers la tàcita revocació de testament per la incidència del divorci, la nul·litat o la separació en el matrimoni o en la unió de fet entre el causant (o la causant) i l’hereu (o hereva)”.- Revista Economist & Jurist, número 150.- Edición Cataluña. 2º Trimestre del año 2011.
- POU AMPUERO, Felipe.- “Ineficacia sobrevenida del testamento de hermandad”.- Revista Jurídica del Notariado, número 67.- Julio-Septiembre 2008.- Páginas 495 a 516.
- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José.- “Derecho de Sucesiones. Común y Foral”.- Madrid, 1989.- Editorial Dykinson.
- ROCA SASTRE, Ramón María.- “La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho Sucesorio”.- Anales de la Academia Matritense del Notariado, número 1.- Madrid, 1943.- Páginas 335 a 377.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis.- “Derecho de Sucesiones”.- Barcelona, 1995.- Editorial Bosch.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María.- “Relevancia jurídica del cambio de voluntad del testador tras el otorgamiento del testamento (a propósito de la STS de 29 de diciembre de 1997)”.- Anuario de Derecho Civil. Número 52.- 1999.-
- RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel.- “La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012”.- Revista para el Análisis del Derecho.- Barcelona.- Abril 2013.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María.- “Separación de hecho de los cónyuges y legítima viudal: Análisis y problemática”.- Abogados de Familia, 20.- Sección Doctrina.- Madrid, primer trimestre de 2001.- Editorial La Ley.
- ROVIRA PEREA, Joaquín.- “Forma, capacidad y unidad de acto en los testamentos”.- Diario La Ley, 1992. Tomo 2, página 993. Editorial La Ley.
- SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo.- “Cuestiones de invalidez testamentaria en la sucesión aragonesa”.- Revista de Derecho Civil de Aragón.- 2010- XVI.-

- TORRES GARCÍA, Teodora Felipa.- “Disposiciones testamentarias y vicisitudes del matrimonio”.- Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García.- 2004.- Universidad de Valladolid.-
- VAQUER ALOY, Antoni.- “Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio.- Enero 2003.- Anuario de Derecho Civil.- Tomo LVI-I.- Páginas 67 a 100.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano.- “¿Qué fue del artículo 149.1.8ª de la Constitución.- Diálogo entre tres civilistas a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña”.- Diario La Ley, 7649. Año XXXII, 10 de junio de 2011.- Ref. D-241.- Editorial La Ley.
- VV.AA.- “Comentario del Código Civil”.- Madrid, 1993.- Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.
- VV.AA.- “Instituciones de Derecho Privado” (coordinador general Juan Francisco Delgado de Miguel).- Primera edición, 2005.- Editorial Thomson-Civitas.
- VV.AA.- JORNADAS sobre el Código de Familia y la Ley de Uniones Estables de Pareja. Barcelona, 24 y 25 de noviembre de 1998.- Libro Homenaje a la memoria de Don Luis Enrique Barberá Soriano.- Revista LA NOTARÍA.- Colegio de Notarios de Cataluña.
- VV.AA.- “Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña.- Sucesiones” (Coordinadora General: Encarnación Roca Trías; Coordinador del Volumen: Lluís Jou Mirabent).- Madrid, 2011.- Editorial Jurídica Sepín.
- VV.AA.- “Perspectivas del Derecho Sucesorio en Europa” (Coordinadores: Ramón Viñas Farré y Georgina Garriga).- Congreso organizado por la Universidad de Andorra y el Departamento de Derecho y Economía Internacionales de la Universidad de Barcelona, celebrado en Sant Julià de Lòria (Principado de Andorra) los días 29 y 30 de noviembre de 2007.- Madrid, 2009.- Editorial Marcial Pons.
- VV.AA.- “Prontuario básico de Derecho Sucesorio Internacional” (Directores: Carrascosa González, Javier y Martínez Navarro, Joaquín Jesús).- Granada, 2012.- Editorial Comares.
- VV.AA.- “El patrimonio sucesorio.- Reflexiones para un debate reformista”.- Coordinador: Monje Balmaseda, Oscar.- Directores: Francisco Lledó Yagüe, María del Pilar Ferrer Vanrell y José Ángel Torres Lana”.- Madrid, 2014.- Editorial Dykinson.