

1.4. Sucesiones

Ausencia de competencia registral y notarial para la declaración de ineficacia de legado: la causa falsa como móvil y la aplicación analógica del 767 en el derecho común

Lack of competence of the property registrar and notary for the declaration of inefficiency of legacy: the false cause as motive and the analogical application of the 767 in the ordinary law

por

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Titular de Derecho civil.

Coordinadora Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales. UNED

RESUMEN: El artículo 767 del Código civil común, tiene por objeto el tratamiento singular del error en el testamento, con expresa alegación a la causa falsa del heredero o del nombramiento del legatario. Recientemente se ha producido una interesante unificación casacional y doctrinal, al decir que si concurrir en un legado un caso concreto de imprevisión normativa, será de aplicación el primer párrafo de dicho precepto. En definitiva dada la identidad de razón, ha lugar a la integración analógica: la desaparición del motivo determinante de una disposición testamentaria acarrea su condigna ineficacia. Así se aprecia dada la imprevisión normativa sobre las consecuencias de las modificaciones sobrevenidas al momento del fallecimiento del testador. En este punto, no era extraño apelar en un sentido u otro, cuál habría sido la voluntad del testador de haberse producido la separación o divorcio posterior a la deposición testamentaria favorable a la expareja. Conviene reparar en la exclusiva competencia judicial para la revocación de los testamentos abiertos y la privación de eficacia de su contenido patrimonial. De ahí las RRDGRN, que reiteran que en el ámbito notarial y registral, a falta de conformidad de los afectados y en defecto de previsiones normativas como las existentes en Derecho foral que producen *ope legis* el decaimiento del legado, habrá de estarse al tenor del testamento.

ABSTRACT: *The article 767 of the civil Code, has for object the treatment of the error in the will, with expressed allegation to the heir's false cause or of the legatee's. The unification casacional, when saying that if to be converged in a legacy a concrete case of normative improvidence, it will be of application the first paragraph of this precept. The analogical integration: the disappearance of the decisive reason of a probate disposition its inefficacy. It is appreciated this way given the normative improvidence on the consequences of the modifications happened to the moment of the death of the testator. The will of the testator would have been of having been*

produced the separation or later divorce. The exclusive judicial competition for declaration of inefficiency of legacy. The RRDGRN that reiterate lack of competence of the property registrar and notary for the declaration of inefficiency of legacy.

PALABRAS CLAVE: Ineficacia de legado. Causa falsa como «móvil». Aplicación analógica del 767.

KEY WORDS: *Inefficiency of legacy. False cause as «motive». Analogical application of the 767.*

SUMARIO: I. UN PLANTEAMIENTO SINGULAR SOBRE LOS HECHOS DECLARADOS PROBADOS: CONVENIO DE EXTINCIÓN DE CONVIVENCIA DE PAREJA Y LA COMPENSACIÓN DE LEGADO POR LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR EL CESE DE CONVIVENCIA.—II. EL DERECHO INSTITUCIONAL O ESTRUCTURAL EN EL ÁMBITO SUCESORIO Y SUS LAGUNAS.—III. LA PRESENCIA DEL ELEMENTO CAUSAL: DE LA CAUSA EN LOS CONTRATOS A LA DEL ARTÍCULO 767 COMO MÓVIL.—IV. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL EN SENTIDO ESTRICTO: EL TRIBUNAL SUPREMO: 1. INTERÉS CASACIONAL MÁXIMAS DE EXPERIENCIA Y CAUSA: LA STS DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2018. EL TS DECLARA LA INEFICACIA DEL LEGADO EN FAVOR DE QUIEN ERA PAREJA DE HECHO DEL TESTADOR CUANDO ESTE OTORGÓ EL TESTAMENTO, PERO QUE YA NO LO ERA CUANDO FALLECIÓ EL CAUSANTE Y SE ABRIÓ LA SUCESIÓN. 2. LA INMEDIATA STS NÚM. 539/2018, DE 28 SEPTIEMBRE: INEFICACIA DE UNA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA SI EN EL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO DEL TESTADOR SE HA PRODUCIDO UN CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS QUE DA LUGAR A LA DESAPARICIÓN DEL MOTIVO DETERMINANTE DEL LEGADO TESTAMENTARIO. 3. EL CRITERIO SUBJETIVISTA DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR: LA STS DE 26 DE FEBRERO DE 2003. 4. IGUALDAD DE RAZÓN Y AUSENCIA DE ANALOGÍA: STC 9/2010 DE 27 DE ABRIL DE 2010 Y MOMENTO TEMPORAL DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: LA BÚSQUEDA DE LA VOLUNTAD DEL MOMENTO DEL OTORGAMIENTO.—V. JURISPRUDENCIA MENOR: EL INNECESARIO RECURSO A LA ANALOGÍA EN EL DERECHO FORAL: 1. SAP MADRID, DE 9 DE MARZO DE 2017: APLICACIÓN DEL DERECHO SUSTANTIVO Y JURISPRUDENCIA. EL DERECHO FORAL FRENTE AL COMÚN. 2. SAP TOLEDO, DE 11 DE JULIO DE 2000. 3. SAP MÁLAGA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1999.—VI. LA DGRN: LA COMPETENCIA JUDICIAL EXCLUSIVA PARA LA REVOCACIÓN DE UNA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA DE CARÁCTER PATRIMONIAL: 1. RDGRN, DE 27 DE FEBRERO DE 2019. 2. RDGRN, DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1998: EFICACIA DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERA DE LA ESPOSA DEL TESTADOR HABIENDOSE DISUELTO EL MATRIMONIO CINCO AÑOS ANTES DEL FALLECIMIENTO DEL TESTADOR.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.—RESOLUCIONES CITADAS.

I. UN PLANTEAMIENTO SINGULAR SOBRE LOS HECHOS DECLARADOS PROBADOS: CONVENIO DE EXTINCIÓN DE CONVIVENCIA DE PAREJA Y LA COMPENSACIÓN DE LEGADO POR LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR EL CESE DE CONVIVENCIA

El artículo 767 del Código civil, dudosamente ubicado en sede de la sección segunda *De la institución del heredero* del Capítulo II *De la herencia*, Título III *De las sucesiones* del Libro III, tiene por objeto el tratamiento singular del error en

el testamento. En cierto modo, rompe la sistemática general prevista tanto para la revocación testamentaria como la relativa a la nulidad del legado. De modo que su «singularidad» se subraya, a mayor abundamiento, con la alegación a la causa, al tratarse de un elemento ajeno al previsto como esencial en el artículo 1261 en sede contractual.

Como señala la mejor doctrina¹, esta causa se retrotrae a las Partidas, por lo que no es sino el motivo de la disposición testamentaria, el móvil, principio o máxima de experiencia, circunstancia, en suma, determinante del legado². Especialidad a la que se añade, en el Derecho común, la aplicación analógica de este precepto en defecto de norma. De todo ello, la jurisprudencia dictada por el TS declaraba que «A diferencia de lo que sucede en otros derechos, no existe en el Código civil una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en *máximas de experiencia*, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea. Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante de la doctrina, esta Sala considera que, ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el artículo 767.I del Código civil, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto. Por ello, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz».

Recuérdese que el tenor literal de su primer párrafo declara que «La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa»³. En el inmediatamente posterior asevera «La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita».

II. EL DERECHO INSTITUCIONAL O ESTRUCTURAL EN EL ÁMBITO SUCESORIO Y SUS LAGUNAS

Conviene contrastar si en el sistema jurídico español existe coherencia o si antes bien el régimen institucional patrimonial, sea de la causa del contrato como elemento esencial o del móvil y la ineficacia de la disposición testamentaria, está presidido por cierta disgregación conceptual. Para ello cotejaremos las conclusiones jurisprudenciales sobre el resultado de la interpretación judicial del precepto integrador vía analógica, así como en el ámbito de la DGRN. De este modo lograremos una visión panorámica de los distintos ámbitos normativos.

Esta pretensión del Derecho institucional o estructural —entendido como un Derecho que fija las líneas fundamentales o los perfiles constitutivos de las instituciones jurídicas que construye los tipos o fórmulas básicas con los cuales el Derecho positivo se llena de contenido, eligiendo de entre los modelos institucionales el que más se adapta a las necesidades y convicciones jurídicas de cada momento y de cada pueblo—, ha sido reiteradamente reclamada por la mejor doctrina.

Así y sobre esta cuestión ROCA SASTRE destacaba la deficiencia institucional de nuestro Código al haberse nutrido, en particular el derecho sucesorio, de principios tan antagónicos como contradictorios. En especial, la responsabilidad personal e ilimitada por las deudas hereditarias (de raíz romana), se dibuja

únicamente como un principio positivo singular, contradicho por el común entendimiento jurisprudencial de la herencia como un remanente económico (de raíz germánica). Es por ello, que al responder a dos sistemas institucionales tan diferentes como el romano y el germánico, «al llenar las lagunas fatalmente existentes en los Códigos, los principios inspiradores de la institución constituirán una abundante cantera»⁴. Esos principios institucionales, entendidos como principios generales, tampoco pueden ser inferidos de cuanto atañe a la transmisión de las deudas, toda vez que nuestro Código y la legislación complementaria no parece responder a un patrón institucional único.

Por tanto si al siguiente análisis legislativo se añade el jurisprudencial⁵, quizás puedan ser explicadas más rigurosamente las paulatinas alteraciones legislativas que, probablemente, hayan tenido el sentido y la oportunidad de la constante línea jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo desde los primeros momentos de su historia⁶.

III. LA PRESENCIA DEL ELEMENTO CAUSAL: DE LA CAUSA EN LOS CONTRATOS A LA DEL ARTÍCULO 767 COMO MÓVIL

En este sentido, el Profesor LASARTE ÁLVAREZ, advierte que pese a que el requisito de la causa solo es exigible en puridad en las obligaciones con contenido patrimonial y por tanto en los contratos, lo cierto es que sirve como categoría instrumental para todos los negocios jurídicos⁷. En idéntico sentido LACRUZ BERDEJO quien sostiene que «(la causa), el Código la refiere al contrato, circunstancia de la que no se puede obtener conclusiones sistemáticas, por cuanto las únicas obligaciones que requieren control —regulación— de la causa son las contractuales; no porque carezcan de causa las extracontractuales y las legales, sino porque en ellas el control tiene lugar en el momento legislativo de la respectiva obligación. El artículo 1261.3.º del Código civil, al determinar que no hay contrato cuando no haya causa de la obligación que se establezca, erige la causa en *requisito* del contrato, pero en cuanto *elemento* de la obligación»⁸.

En principio las causas posibles que pueden inspirar cualquier acuerdo o convenio, pueden ser, en función del sentido del negocio al que se aspire las siguientes:

- a) Causa *cavendi o intercedendi*⁹;
- b) Causa *credendi*;
- c) Causa *donandi*;
- d) Causa *solvendi*.

En definitiva, la causa *credendi*, atiende a la atribución de una ventaja, frente a la causa *donandi* donde reviste las notas de liberalidad sin contraprestación; por su parte, la causa *solvendi* es aquella con la que se pretende cumplir una obligación¹⁰; todo ello dicho con la prevención que merece las reflexiones de DÍEZ-PICAZO por cuanto efectivamente, son cosas distintas las causas que iluminan la atribución, la de la obligación (donde se ha de discernir entre la causa de la obligación que es la justificación del débito y la causa del contrato que no es sino el motivo por el que se celebró) y la del negocio¹¹.

El cambio de circunstancias en el ámbito sucesorio presenta unas implicaciones interpretativas diferentes, así como en buena lógica unas consecuencias tal y como han evidenciado las distintas resoluciones judiciales y la DGRN. Así,

declara la mejor doctrina, «La interpretación integradora del testamento puede permitir dar el verdadero sentido a una disposición testamentaria en aquellos casos en los que las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por el testador varían con posterioridad al otorgamiento del testamento. Estamos de acuerdo con aquella doctrina que entiende que se trata de averiguar lo que el testador habría querido presumiblemente en el momento de hacer testamento de haber conocido esas circunstancias, encontrándose un indicio en la voluntad testamentaria, es decir, en el testamento. *En el análisis de la posible incidencia en la sucesión testamentaria de esas causas sobrevenidas con posterioridad al otorgamiento del testamento, el principal problema no es de interpretación de una voluntad manifestada en el testamento.* En estos casos el testador no ha declarado nada en relación con la circunstancia que aparece tras el otorgamiento y por tanto y para él desconocida, aunque sí existieron las circunstancias determinadas que en el momento de testar le hicieron realizar una declaración y no otra. Entendemos que la única voluntad que puede valorarse es la declarada, de una u otra manera, en el momento de hacer testamento, no creemos que se pueda atender a la llamada voluntad real última del testador; no cabe a nuestro juicio valorar la voluntad más que la referida al momento de la declaración. Igualmente se debe estar de acuerdo en que en la medida de lo posible en la interpretación de la voluntad del testador deba preservarse la eficacia de lo que haya dispuesto antes de su ineficacia pero de la misma manera *debe tenerse en cuenta que la voluntad real del testador no puede ser ni una voluntad errónea (comentario art. 673) ni una voluntad inexistente precisamente porque el cambio de circunstancias acaecido prive de causa a las disposiciones realizadas (comentario art. 767) (vid. STS de 31 de mayo de 2010 aún sin justificación en el art. 767 CC)*»¹².

IV. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL EN SENTIDO ESTRICTO: EL TRIBUNAL SUPREMO

1. INTERÉS CASACIONAL MÁXIMAS DE EXPERIENCIA Y CAUSA: LA STS DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2018. EL TS DECLARA LA INEFICACIA DEL LEGADO EN FAVOR DE QUIEN ERA PAREJA DE HECHO DEL TESTADOR CUANDO ESTE OTORGÓ EL TESTAMENTO, PERO QUE YA NO LO ERA CUANDO FALLECIÓ EL CAUSANTE Y SE ABRIÓ LA SUCESIÓN

Apréciese que como ya anunciamos en la intitulación del epígrafe, la resolución del máximo órgano jurisdiccional —siendo ponente María de los Ángeles PARRA LUCÁN—, declara la ausencia en el Derecho civil común de una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea. Y en este punto y dado el interés casacional, se fija una doctrina en la que de conformidad con la doctrina mayoritaria —que no la jurisprudencia ni el sentido de las RRDGRN—, ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el artículo 767 del Código civil. En suma, queda acreditada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere el precepto.

En su virtud, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz. En este caso, materializada la extinción de la relación de

pareja después del otorgamiento del testamento, la disposición testamentaria en favor de quien era/fue su conviviente de hecho, quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no podía ser eficaz cuando se produjo la apertura de la sucesión.

A la vista de su claridad expositiva hemos de remitirnos a sus FUNDAMENTOS DE DERECHO, donde declara la ponente:

«PRIMERO.- Antecedentes: El presente litigio versa sobre la eficacia del legado ordenado a favor de quien es pareja de hecho del testador en el momento de otorgamiento del testamento pero ya no lo es cuando fallece el causante y se produce la apertura de la sucesión. La sentencia recurrida declaró la ineficacia del legado y recurre en casación la legataria.

Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes:

1. *El testamento abierto otorgado el 7 de agosto de 2008 por Constantino contenía una cláusula 1.ª B conforme a la cual legaba: "a su pareja D.ª Cecilia, en pleno dominio, ciento cincuenta mil euros".*

En la cláusula 2.ª del testamento instituía herederos por partes iguales a sus hijos Elsa y Vicente.

El 16 de octubre de 2009, Constantino y Cecilia otorgan un documento notarial denominado "convenio regulador de cese de la convivencia" en el que, tras exponer que conviven desde hace algunos años declaran "que han decidido establecer unas normas que regulen la posible futura extinción de su relación de convivencia, lo que se regirá por los pactos contenidos en el presente convenio". En el pacto primero se establece que Cecilia podrá continuar en la vivienda que hasta ese momento ha sido domicilio común hasta que Constantino cumpla íntegramente las obligaciones a las que se compromete. En el pacto segundo se establece que «como compensación por el tiempo que ha durado la convivencia, el Sr. Constantino entregará a la Sra. Cecilia la cantidad total de 130.000 euros, cuyo pago tendrá lugar de la siguiente forma: a) en el presente acto son entregados 1.500 euros en efecto, sirviendo la firma del presente documento como carta de pago. b) Bien mediante entrega en efectivo contra recibo, bien mediante ingreso en la libreta de ahorro de la que es titular la Sra. Cecilia en la entidad Bancaja, el Sr. Constantino realizará tres pagos por importe de 7.800 euros en las fechas y por las cuantías siguientes: hasta el 19 de octubre, 1.200 euros, hasta el 20 de noviembre, 5.000 euros y hasta el 15 de diciembre, 1.600 euros, y los restantes 120.700 euros serán pagados dentro del plazo máximo que finalizará el 31 de diciembre de 2010». Añadía el convenio un pacto conforme al cual, mientras no fuera pagada la cantidad mencionada en último lugar, Constantino ingresaría a Cecilia 1.000 euros mensuales. El pago, que debía hacerse dentro de los cinco primeros días de cada mes, se interrumpiría en el caso de que, ofrecido por Constantino el pago de la totalidad, Cecilia no desalojara la vivienda.

Constantino fallece el 10 de octubre de 2011.

Requerida por la hija heredera mayor de edad para que abandone la vivienda, Cecilia contesta alegando que no hubo ruptura de pareja, que falta legitimación porque sobre el piso existe una reserva troncal a favor de los familiares de la primera esposa de Constantino, a quien pertenecía el piso. Reclama, además, el pago de 17.000 euros. Argumenta que el convenio regulador contemplaba, además del pago de los 130.000 euros que le han sido satisfechos, 1.000 euros al mes hasta el desalojo de la vivienda, por lo que reclama las cantidades correspondientes a los meses de abril de 2010 a octubre de 2011. La sentencia de la

Audiencia Provincial de Valencia de 3 de mayo de 2013 estima la demanda de desahucio por precario previo pago a Cecilia de la cantidad debida y consignada de 17.000 euros.

2. El 1 de marzo de 2012, Cecilia interpone demanda contra Elsa y Vicente, luego ampliada contra los albaceas testamentarios de Constantino, por la que solicita el pago de 150.000 euros más intereses. Los demandados se oponen alegando que el pacto del pago de una cantidad por el cese de la convivencia acredita que Constantino y Cecilia habían dejado de ser pareja y que el legado se hizo en razón del vínculo que les unía por lo que, extinguida la relación, el legado era ineficaz. Formulan demanda reconventional solicitando la declaración e ineficacia del legado.

3. El 16 de abril de 2014 el juzgado dicta sentencia en la que considera que la relación entre Cecilia y Constantino no se había extinguido en el momento del fallecimiento de Constantino y que el legado es válido, pero entiende que los herederos solo deben abonar a Cecilia 20.000 euros porque los 130.000 euros ya percibidos deben considerarse a cuenta del legado, puesto que si la convivencia no había cesado no debió aplicarse el convenio que reconocía el pago de aquella cantidad.

4. Cecilia interpone recurso de apelación alegando que se reclamaba el pago de 150.000 euros del legado y que la sentencia de primera instancia, de manera incongruente, al declarar que el legado era válido y que la relación de pareja se mantenía en el momento de fallecimiento de Constantino, aprecia una compensación no solicitada.

Elsa y Vicente impugnan la sentencia de primera instancia, argumentando que el convenio de 2009 y el pago de los 130.000 euros a la demandante en aplicación del mismo demuestran que se había extinguido la relación de pareja en razón de la cual se hizo el legado, por lo que la interpretación de la voluntad del testador lleva a declarar su ineficacia.

5. El 23 de noviembre de 2015 la Audiencia Provincial dicta sentencia por la que desestima el recurso de apelación de Cecilia y su demanda, estima la impugnación de Elsa y Vicente y su demanda reconventional y declara la ineficacia y la nulidad del legado dejado en el testamento de Constantino a favor de Cecilia».

Téngase en cuenta que como da cuenta la resolución que se transcribe: «La sentencia declara como hechos probados que cuando falleció el causante, la convivencia de la demandante ya se había extinguido y esa fue la razón por la que cobró la cantidad de 130.000 euros pactados en el convenio notarial suscrito en el año 2009 como compensación por el tiempo de duración de la convivencia. A partir de estos hechos razona que la controversia se circunscribe a la interpretación que debe darse al legado incluido en el testamento de Constantino a favor de Cecilia. Argumenta que la doctrina más moderna admite *la interpretación del testamento conforme a medios de prueba extrínsecos con el fin de averiguar la voluntad real del testador* y observa que, a pesar de que en el Código civil no existe una norma expresa que prive de eficacia a la disposición hecha a favor del esposo o pareja que deja de serlo, *la doctrina y jurisprudencia, con invocación del artículo 767 del Código civil, reconocen que nos encontramos ante una causa falsa en el sentido de móvil incorporado al acto de disposición*. Añade que la aplicación de esta doctrina al caso permite valorar que los actos posteriores del testador reflejan la voluntad de revocar la disposición testamentaria, pues el convenio de 2009 contempla una compensación por el tiempo de convivencia, quedando sin efecto todos los documentos de cualquier índole que hubieran podido firmar. Finalmente, concluye que: “Procede declarar ineficaz el legado concedido a favor

de la demandante atendiendo a la verdadera voluntad del causante al tiempo de otorgar el legado pues lo trascendente para el testador era que D.^a Cecilia fuese su pareja, como así se consigna en el propio documento, y al no serlo al momento del fallecimiento y haber recibido una compensación en razón del tiempo que duró la convivencia, en el momento mismo del cese de la misma, lo consignado en el testamento no tiene razón de ser”.

Visto lo anterior, «La demandante interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional. SEGUNDO.- Recurso de casación. El recurso de casación de la demandante se funda en un único motivo en el que denuncia infracción del artículo 675 del Código civil sobre interpretación de los testamentos, aunque en el desarrollo del motivo menciona también la infracción de los artículos 738 del Código civil (revocación de los testamentos), 873 del Código civil (legado a favor de un acreedor) y 790 y 791 del Código civil (condiciones impuestas a los herederos y legatarios).

Razona que la intención del testador debe encontrarse en la propia declaración testamentaria, que claramente atribuyó el legado a la demandante, sin someterlo a condición alguna; que el testamento solo puede revocarse por otro testamento posterior y la sentencia recurrida atribuye efectos revocatorios a un documento posterior de cese de la convivencia; que el empleo de la expresión “pareja” en el testamento para referirse a la demandante era a simple efectos de identificación de la legataria, no para establecer una condición; que la aplicación del artículo 767 del Código civil es improcedente porque la disposición del legado era explícita en cuanto a su contenido y alcance; que la causa del legado es la mera liberalidad, diferente de la cantidad pactada por el cese de la pareja, de carácter liquidatorio, por lo que su compensación supone infracción del artículo 873 del Código civil».

En su virtud, el FUNDAMENTO TERCERO, adopta la Decisión desestimatoria de la Sala, habida cuenta que «1. A diferencia de lo que sucede en otros derechos, no existe en el Código civil una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en máximas de experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea. Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante de la doctrina, esta Sala considera que, ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el artículo 767.I del Código civil, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto. Por ello, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz.

2. Conforme al artículo 675 del Código civil, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello, la literalidad del artículo 767.I del Código civil, que se refiere a la “expresión” del motivo de la institución o del nombramiento de legatario, no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja.

3. Esto es lo que ha sucedido en el presente caso, en el que el causante otorgó testamento en el que disponía de un legado a favor de “su pareja D.^a Cecilia”. El empleo de la expresión “su pareja” para referirse a la demandante no puede ser entendido como una mera descripción de la relación afectiva existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación de la favorecida,

a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención a “su pareja” revela el motivo por el que el testador ordenaba un legado a favor de Cecilia, sin que haya razón para pensar que, de no ser su pareja, el testador la hubiera favorecido con un legado. Producida la extinción de la relación de pareja después del otorgamiento del testamento —lo que la sentencia recurrida declara como hecho probado—, la disposición testamentaria a favor de Cecilia quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión.

Al entenderlo así la sentencia recurrida, debe ser confirmada.

La sentencia recurrida, por lo dicho, no infringe el artículo 675 del Código civil, al que se refiere el recurso de casación en su encabezamiento, pues precisamente parte de la interpretación de la voluntad real del causante con apoyo en el tenor literal del testamento, que ordena el legado a favor de “su pareja”, D.^a Cecilia».

Adicionalmente asevera: «4. Con el fin de agotar la respuesta a las razones expuestas por la recurrente hay que añadir algunas consideraciones.

La declaración de ineficacia del legado no infringe el artículo 738 del Código civil porque la ineficacia del legado no deriva de una supuesta revocación tácita ni de una presunción de revocación: la revocación, por definición es posterior al otorgamiento del testamento y debe hacerse con las solemnidades necesarias para testar. En este sentido, la afirmación de la sentencia recurrida acerca de la voluntad revocatoria del testador no resulta correcta, pero no es la razón por la que la sentencia declara la ineficacia del legado a favor de Cecilia.

Tampoco se infringe el artículo 873 del Código civil, pues la desestimación de la demanda de Cecilia y la estimación de la reconvencción de Elsa y Vicente no es porque se impute la liberalidad ordenada en el testamento al pago del crédito nacido a favor de Cecilia en el “convenio regulador de cese de la convivencia”, sino que se declara la ineficacia del legado partiendo de la interpretación de la voluntad del testador.

Finalmente, contra lo que sostiene Cecilia, tampoco se infringen los artículos 790 y 791 del Código civil, puesto que no se aplican por la sentencia recurrida, que no basa su decisión en el incumplimiento de una condición prevista por el testador, sino en la aplicación analógica del artículo 767.I del Código civil en relación con el artículo 675 del Código civil».

2. LA INMEDIATA STS NÚM. 539/2018, DE 28 DE SEPTIEMBRE: INEFICACIA DE UNA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA SI EN EL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO DEL TESTADOR SE HA PRODUCIDO UN CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS QUE DA LUGAR A LA DESAPARICIÓN DEL MOTIVO DETERMINANTE DEL LEGADO TESTAMENTARIO

En este caso, la parte demandante interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional, basado en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Y también coincide idéntica magistrada y catedrática ponente, PARRA LUCÁN.

«El recurso se funda en un único motivo en el que se denuncia infracción del artículo 767 del Código civil. En su desarrollo se razona que la causante instituyó heredero a su cónyuge precisamente por serlo, de modo que cuando se produjo el divorcio la institución quedó sin causa e ineficaz. TERCERO. Decisión de la Sala. Estimación del recurso. 1. A diferencia de lo que sucede en otros derechos, no existe en el Código civil una regla de interpretación de

la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en máximas de experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea. Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante de la doctrina, esta sala considera que, *ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el artículo 767.I del Código civil, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto. Por ello, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz.*

Conforme al artículo 675 del Código civil, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello, la literalidad del artículo 767.I del Código civil, que se refiere a la “expresión” del motivo de la institución o del nombramiento de legatario, no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja del testador.

2. Esto es lo que ha sucedido en el presente caso en el que, tras contraer matrimonio, la causante otorgó testamento en el que instituyó heredero “a su esposo D. Esteban”. El empleo del término “esposo” para referirse al instituido no puede ser entendido como una mera descripción de la relación matrimonial existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación del instituido, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención del término “esposo” revela el motivo por el que la testadora nombraba a Esteban como su heredero, sin que haya razón para pensar que, de no ser su esposo, la testadora lo hubiera instituido heredero. Producido el divorcio después del otorgamiento del testamento, la institución de heredero quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión.

Al no entenderlo así la sentencia recurrida, procede estimar el recurso de casación, anular la sentencia dictada por la Audiencia y estimar la demanda, declarando la ineficacia de la institución de heredero y por consiguiente abierta la sucesión intestada de Gracia».

3. EL CRITERIO SUBJETIVISTA DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR: LA STS DE 26 DE FEBRERO DE 2003

Este caso está directamente vinculado a los anteriores al versar sobre el legado al cónyuge del que luego el testador se divorcia. En consonancia con las anteriores resoluciones, «el hecho de que en la disposición testamentaria se identifique al beneficiario por su relación de cónyuge del testador, después de haber expresado su identidad, no permite concluir que haya una clara expresión del motivo de la institución, pues bien pudiera entenderse la expresión de aquella relación como un elemento simplemente identificativo, lo que impediría aplicar el artículo 767 del Código civil; que a la hora de interpretar la verdadera voluntad del testador y en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado, ha de ser determinante la voluntad pretérita, la existente al tiempo del otorgamiento, por lo que una alteración sobrevinida de las circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la esencial

revocabilidad del testamento (art. 739 del mismo Código). Y si bien es cierto que a la hora de interpretar la voluntad del testador no puede descartarse que esta presupusiera para la eficacia de una disposición que permaneciese una situación —el vínculo matrimonial con el favorecido— que después ha desaparecido y esa voluntad habría de prevalecer conforme a los criterios interpretativos contenidos en los artículos, 675 y 767 del Código civil que si bien han de partir del contenido del propio testamento ha de seguir, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, un criterio subjetivista, tratando de buscar la real voluntad del testador, criterio interpretativo que podría conducir, tal como postula el recurrente, a entender que la disposición no se habría hecho de haber sabido que el vínculo matrimonial con el favorecido no subsistiría y que ello era lo que se quería expresar al hacer la disposición en favor del cónyuge, tal hipótesis solo puede ser apreciada judicialmente en procedimiento contradictorio y con una fase probatoria que no cabe en el procedimiento registral en el que ha de estarse al contenido literal del testamento, lo que impide admitir la inscripción de una partición en que el contador partidor se aparta de su contenido al estimar como ineficaz una disposición que judicialmente no se ha declarado como tal»¹³.

4. IGUALDAD DE RAZÓN Y AUSENCIA DE ANALOGÍA: STC 9/2010 DE 27 DE ABRIL DE 2010 Y MOMENTO TEMPORAL DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: LA BÚSQUEDA DE LA VOLUNTAD DEL MOMENTO DEL OTORGAMIENTO

No es la primera vez que nos cuestionamos si el pronunciamiento constitucional citado en el epígrafe, se cohonesto con la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando ha advertido que el sentido de esta tarea hermenéutica deberá buscar la voluntad del testador en el momento de otorgar testamento y no en otro momento temporal diferente.

Expresiva de la anterior afirmación es la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2010, dictada siendo ponente O'CALLAGHAN, por cuanto declara que «la finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador (así, sentencias de 24 de mayo de 2002, 21 de enero de 2003, 19 de diciembre de 2006). Lo importante y, esencial en el presente caso, es conocer el momento en que se debe saber cual es esta voluntad real. Y este momento es aquel en que declaró su voluntad, otorgando el testamento. Este es revocable hasta el momento mismo de la muerte: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*, pero la revocación es precisa para conocer la voluntad real al tiempo de otorgarlo. El testamento se perfecciona en el momento de su otorgamiento, mediante la emisión de la declaración de voluntad no recepticia. Es un negocio jurídico unilateral y no recepticio, por lo que su interpretación debe referirse al tiempo de su otorgamiento y no al tiempo de su muerte: así lo ha mantenido reiterada jurisprudencia, como las sentencias de 29 de diciembre de 1997, 23 de enero de 2001 y 19 de diciembre de 2006».

Ahora bien, cuestión distinta es la eficacia de la cláusula condicional suspensiva objeto de la *litis* de la STC 9/2010, para cuya interpretación se acude no a la normativa vigente en el momento del otorgamiento, sino a la del orden constitucional como orden público al que se acudirá en los supuestos en que la interpretación judicial sea la que cause la discriminación y no el causante.

V. JURISPRUDENCIA MENOR: EL INNECESARIO RECURSO A LA ANALOGÍA EN EL DERECHO FORAL

1. SAP MADRID, DE 9 DE MARZO DE 2017: APLICACIÓN DEL DERECHO SUSTANTIVO Y JURISPRUDENCIA. EL DERECHO FORAL FRENTE AL COMÚN

Dice así, sobre la eficacia del legado testamentario en favor del cónyuge del que el testador se encuentra separado al momento del fallecimiento. Declara el error grave en la valoración de la prueba y en la aplicación del derecho sustantivo y jurisprudencia.

Con agudeza compara el Derecho foral frente al común, y por ello asevera que el Código civil «a diferencia de algunas legislaciones forales que establecen una *presunción iuris tantum* en favor de su ineficacia, no aborda el efecto que sobre las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge tienen la posterior nulidad, divorcio, separación judicial o de hecho de los cónyuges».

Apela al Derecho civil foral con perspicacia: «Efectivamente, el artículo 208 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia dispone que: Salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones en 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 efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges. El artículo 201 de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra dispone: 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. El artículo 422-13 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, declara que: 1. 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. Y el artículo 438 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, dispone que: Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspondientes entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquel 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».

La resolución, sin lugar a dudas es brillante, aguda, minuciosa y de lo evidenciado, es decir, del derecho sustantivo y no de una diferencia interpretativa, desemboca en que la STS citada en segundo lugar apele al recurso de casación dada la ausencia de doctrina pacífica de las Audiencias Provinciales.

Sigue afirmando que «un grupo de resoluciones niegan la ineficacia de dichas cláusulas. La SAP de Madrid de 15 de abril de 2013, sostuvo que el testador estaba en su cabal juicio, pudo revocar el testamento y no lo hizo, y que las situaciones de divorcio no siempre son traumáticas y no implican necesariamente pérdida de

afectividadad. En análogo sentido la SAP de Madrid, de 13 de diciembre de 2013, confirmó la validez del testamento, argumentando que la causante pudo revocarlo durante más de ocho años desde la separación de hecho de su esposo, sin que lo hiciera, manteniendo la eficacia del testamento, recordando que las disposiciones testamentarias deben interpretarse teniendo en cuenta la voluntad del testador al tiempo de su otorgamiento, y que solo pueden revocarse por otras posteriores, sin que la simple voluntad de revocar un testamento tenga eficacia en tanto no se plasme en un nuevo testamento revocatorio. Se rechaza también que la utilización de la palabra esposo en el testamento, para determinar la institución, implique que esta se condiciona a la subsistencia del vínculo matrimonial, pues se argumenta por el Tribunal que las condiciones nunca se presumen. La SAP de Albacete de 30 de marzo de 2007 destaca también la necesidad de revocación expresa de las disposiciones testamentarias y la inexistencia en el Código civil de una norma que presuma la revocación en caso de divorcio, a diferencia de algunas legislaciones forales.

En sentido contrario, la SAP de Granada de 11 de junio de 2010 admite la ineficacia sobrevenida de la disposición testamentaria por la posterior separación judicial de los cónyuges afirmando que: La cláusula citada, por su propio contenido y posibilidades que contempla, está pensada para el supuesto de que al morir el testador, su consorte no se hallare separada, manteniendo el derecho al usufructo del tercio destinado a mejora; cuota viudal que no le correspondía al momento del fallecimiento en el caso enjuiciado, al encontrarse separada legalmente. Respecto a la no revocación de la cláusula cuestionada, pese a que desde que se produjo la separación hasta el fallecimiento transcurrieron más de trece años, hemos de insistir en que dado el contenido de la misma, producida la separación que privaba a la esposa de su cuota legitimaria, así como la disolución de la sociedad legal de gananciales, seguida de su posterior liquidación, es impensable que el esposo creyera que aún le restaban derechos a la esposa *mortis causa*. El supuesto enjuiciado, debe resolverse por la vía de la interpretación de la voluntad hipotética. Otorgado el testamento, cuando se encontraba unido a su esposa por el matrimonio, de haber previsto que al momento de su fallecimiento pudiera estar separado de la misma y producido el hecho posteriormente, no la hubiera nombrado heredera y, por tanto, producido el hecho posteriormente, su voluntad, en tal sentido, ya no puede producir efectos. Por tanto, debe hablarse de ineficacia sobrevenida. La SAP de Málaga de 13 de diciembre de 1999 analiza la cuestión desde la perspectiva de la causa falsa en la institución, esto es, de la aplicación al caso del artículo 767 del Código civil. Considera que lo que deberá plantearse es lo que probablemente hubiera querido el testador de haber conocido el posterior divorcio. Para determinar si existe esa causa falsa acude a la prueba extrínseca. Y así, mediante una interpretación integradora y tomando en consideración el artículo 3 del Código civil en cuanto a la realidad social, el común de los testadores entendería que se instituye heredera a la esposa en tanto en cuanto es su esposa y esta disposición debe entenderse motivada por la consideración a que precisamente es su esposa; si el testador hubiera previsto que no lo sería no hubiera determinado dicha disposición, padeciendo, en consecuencia, de causa falsa de la institución de heredero regulada por nuestro Código civil en su artículo 767, la disposición testamentaria cuestionada en la presente *litis* y en este sentido debe declararse ineficaz. Partiendo de las precedentes consideraciones, revisada la valoración de la prueba practicada, visionado el soporte de grabación del acto de la vista, y las reglas del Derecho Común, esta Sala no encuentra motivos para declarar la ineficacia del legado testamentario por las siguientes razones:

1. Las reglas interpretativas de la voluntad del causante (art. 675 CC) y el momento en el que dicha voluntad debe averiguarse es el del mismo otorgamiento del testamento. En este sentido la STS de 29 de diciembre de 1997, razona que «la voluntad real del testador es la del momento en que emitió su declaración, es decir, de cuando otorgó el testamento; tras este momento, pudo haber cambio de circunstancias, pero el testador siempre puede revocarlo y otorgar nuevo testamento hasta el instante mismo de su muerte. El testamento no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento». Y la STS de 19 de diciembre de 2006 que la finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador que es la manifestada en el momento en que realizó el acto de disposición, es decir, en el instante del otorgamiento del testamento (aparte de otras, SSTs de 29 de diciembre de 1997 y 23 de enero de 2001).

2. Los efectos del error en los motivos o la causa falsa de la institución se contemplan en el artículo 767 del Código civil que dispone que: La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa. La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita; que no sería de aplicación pues la causa es falsa en el momento de la disposición, y no por circunstancias sobrevenidas que afecten a la disposición testamentaria.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, RDGRN) de 26 de noviembre de 1998 aborda directamente la aplicación del artículo 767 del Código civil al divorcio posterior de la esposa nombrada heredera por el esposo en el testamento.

3. La necesidad de que la revocación de un testamento se realice solo mediante el otorgamiento de otro testamento posterior. Según el artículo 738 del Código civil: El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar. Así, la RDGRN de 26 de noviembre de 1998, declara que el divorcio posterior del testador no autoriza para presumir la revocación de las disposiciones testamentarias hechas a favor de su cónyuge cuando estaban casados.

4. Las causas de ineficacia de las disposiciones testamentarias son tasadas, constituyen un *numerus clausus*. El artículo 743 del Código civil dice: Caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, solo en los casos expresamente prevenidos en este Código.

5. La prueba practicada tampoco es concluyente. Las declaraciones testificales de D. José Antonio, y D.^a Adolfinia, si bien pudieran evidenciar que las relaciones entre el fallecido y la demandada fueron inexistentes tras la separación, llegando D. José Antonio a afirmar que su hermano no la podía ni ver, son contrarias a las de D. Benito, sobrino de la demandada, quien sostuvo que esta, Esther, durante la enfermedad estuvo en casa de Hermenegildo ayudando, lo que determina que la valoración de tales pruebas conforme a reglas de la sana crítica, sea insuficiente para acreditar la presunción de ineficacia de la disposición, cuando el causante pudo dejarla sin efecto mediante la revocación testamentaria.

Consta, en cambio, y sobre ello nada se dice en la demanda, que mucho después de la separación matrimonial, D.^a Esther, de la que el fallecido no se llegó a divorciar, fue designada por este como beneficiaria del seguro de vida Renta Caja Madrid concertado el 3 de abril de 2005, sin que conste que percibiera su

importe como heredera legal. Ciertamente es, como destacó el juez en el acto de la vista, que en el documento núm. 9 de la contestación no se identifica al beneficiario de dicho seguro, pero sí se certifica por la aseguradora en el documento núm. 8 del siguiente tenor: Que Dña. Esther, es beneficiaria del Seguro de Vida Renta C.M. indicado a continuación, póliza X, fecha efecto 03/06/20105, asegurado D. Hermenegildo y que al fallecimiento del asegurado ocurrido el 7 de abril de 2010, la prestación para dicha beneficiaria consiste en Renta mensual constante cierta durante 10 años, más el pago de un capital adicional equivalente al importe de 6 mensualidades. Siendo el importe de la mensualidad de 281,36 euros. Siendo el valor actual determinado para dicha prestación de 31.876,91 euros calculado de acuerdo con las bases técnicas del contrato.

De cuyo contenido no cabe deducir, contrariamente a lo declarado por D. Román, asesor de Talleres Conde SL y cuñado de las demandantes, que dicho seguro fuera el vinculado al préstamo hipotecario solicitado por el Sr. Hermenegildo para la adquisición de una vivienda, y destinado a garantizar el pago de la misma, lo que de ordinario se canaliza a través de un seguro de amortización del préstamo del que resulta beneficiaria la entidad prestamista, pues de haber sido así, la prestación derivada del siniestro tuvo que haber sido destinada a la amortización del préstamo, lo que no sucedió pues al parecer y como afirmó el testigo la hipoteca no se había cancelado».

2. SAP TOLEDO, DE 11 DE JULIO DE 2000

Afirma la sentencia, sobre la «teoría del error en el negocio jurídico no es inaplicable al derecho de sucesiones, por más que en el artículo 673 del Código civil no se mencione expresamente el error como causa de nulidad de los testamentos, porque sí es tenido en consideración en otros preceptos como motivo de nulidad de las disposiciones testamentarias, encontrando su adecuada expresión en el artículo 767.1, bajo la denominación de falsedad de la causa¹⁴. Por causa, en la institución de heredero debe entenderse la mera liberalidad del causante, puesto que es un acto de libre disposición de bienes o benéfico si se produce fuera de las normas de derecho necesario que amparan a los herederos forzosos; cuando esa liberalidad no está determinada por un falso conocimiento de la realidad, procedente del propio testador y no de un tercero (estaríamos en este supuesto ante el dolo), la institución de heredero es válida. En el presente caso, los actores no pueden alegar el desconocimiento por parte del testador de la institución jurídica que impugnan —nombramiento de heredero—, lo que significa y representa; luego solo la existencia de una circunstancia falsa y determinante de la expresión de voluntad que el testamento comporta, y desconocida por el declarante al tiempo de hacer testamento podría implicar la nulidad del acto. Esa circunstancia debe ser ignorada desde que se hace el testamento y en todo momento posterior hasta la muerte del testador, porque, si bien el testamento abierto se configura bajo el principio de unidad de acto, su validez se renueva día a día hasta que produce efectos. En el presente caso, don Teodoro instituyó a su esposa doña Victoria como su única y universal heredera, y careciendo de descendientes, podía hacerlo. Durante trece años convivieron bajo la validez de la institución y cuando se separaron no modificó su testamento pese a que, desde el momento de la separación legal, que fue posterior a la separación de hecho, tuvo tiempo y salud para hacerlo. La separación matrimonial no produce la ruptura del vínculo, y por tanto los cónyuges separados siguen siendo cónyuges,

no puede argumentarse que la institución de heredero hecha en los siguientes términos: Instituye heredera en todos sus bienes, derechos y acciones en pleno dominio a su esposa doña Victoria C. S., se hiciera con la condición de que fuera y siguiera siendo su esposa, porque de derecho, seguía siendo su esposa cuando falleció, y porque de la redacción del testamento no puede extraerse una condición resolutoria. Es impensable que el testador desconociera su situación matrimonial, que según la prueba testifical y de confesión era de separación de hecho mucho antes de la separación legal, y es también impensable que ignorara su disposición testamentaria. Expresiones como las de «tengo que cambiar el testamento», o «voy a cambiar el testamento», que testimonia Ángel R. R., amigo de Teodoro, haberle oído alguna vez, carecen de virtualidad jurídica para estimar afectada de falsedad la institución de heredero, y no acreditan un propósito firme en una materia tan formal y tan íntima como la presente. No apareciendo ni la violación del derecho ni el error en la apreciación de la prueba que se alegan por recurrentes, procede la desestimación del recurso.

3. SAP MÁLAGA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1999

En este caso, el supuesto al remontarse a la imposibilidad de divorcio ha de adoptar casuísticamente otro rumbo jurídico. Así «la cuestión no radica tanto en la posibilidad de revocación, y que por otra parte, debido a la incapacidad psíquica sufrida por el testador del 51%, si bien en ningún momento se procedió a su incapacitación, quizá hubiera impedido una válida revocación, sino en la eficacia, en sí, de la disposición testamentaria en cuanto instituyó heredera a su esposa, que dejó de serlo tras el divorcio y la voluntad encerrada en dicha disposición testamentaria. Teniendo en cuenta que el testamento se otorga en 1978 y, por consiguiente, en esa fecha no era posible el divorcio en nuestro país aunque sí la separación, entiende la Sala que, mediante una interpretación integradora y tomando en consideración el artículo 3 del Código civil en cuanto a la realidad social, el común de los testadores entendería que se instituye heredera a la esposa en tanto en cuanto es su esposa y esta disposición debe entenderse motivada por la consideración a que precisamente es su esposa; si el testador hubiera previsto que no lo sería no hubiera determinado dicha disposición, padeciendo, en consecuencia, de causa falsa de la institución de heredero regulada por nuestro Código civil en su artículo 767, la disposición testamentaria cuestionada en la presente litis y en este sentido debe declararse ineficaz».

VI. LA DGRN: LA COMPETENCIA JUDICIAL EXCLUSIVA PARA LA REVOCACIÓN DE UNA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA DE CARÁCTER PATRIMONIAL

1. RDGRN, DE 27 DE FEBRERO DE 2019

Como resume la DGRN la temática que resuelve versa sobre los siguientes extremos: Registro de la Propiedad: inscripción: partición de herencia: improcedencia: causante que instituye heredera universal a su esposa y expresa que dicha institución ha quedado sin efecto como consecuencia del divorcio posterior y disolución del vínculo conyugal: apertura de la sucesión intestada del causante nombrándose herederos a sus tres hermanos que otorgan la escritura de acepta-

ción y partición objeto de inscripción: La revocación de los testamentos abiertos no puede tener lugar sino a través del otorgamiento de un nuevo testamento válido: no está previsto como efecto de la separación o divorcio de los cónyuges la revocación o ineficacia, ministerio legis, de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos en favor del otro: debe probarse que el testador no habría otorgado la disposición de haber podido conocer la disolución del matrimonio por divorcio: la simple alteración sobrevenida de circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la revocabilidad esencial del testamento y en la posibilidad de otorgamiento de una nueva disposición testamentaria.

El recurso es desestimatorio pese a la alegación de la reciente jurisprudencia recogida *ut supra*. Y lo es ante la ausencia de competencia notarial y registral para la revocación de una disposición testamentaria de carácter patrimonial.

Fundamentos de Derecho

«En el testamento que sirve de base a las adjudicaciones el causante “instituye heredera universal de todos sus bienes a su esposa doña M. C. C. F. (...)”. Y se expresa que “dicha institución, ordenada a favor de ‘su esposa’ ha quedado sin efecto como consecuencia del divorcio posterior y disolución del vínculo conyugal (...). Como consecuencia de ello, procede la apertura de la sucesión intestada del causante, lo cual se ha llevado a cabo mediante acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, autorizada (...) el día 7 de agosto de 2018 y bajo número 1427 de protocolo, en cuya virtud se han declarado herederos del causante a sus tres hermanos aquí comparecientes”. La escritura fue otorgada únicamente por estos tres herederos».

En buena lógica y dadas las consecuencias revocatorias de la disposición y la apertura de la sucesión intestada, el registrador de la propiedad fundamenta su negativa a la inscripción en los siguientes términos:

«No está previsto en nuestro ordenamiento jurídico, como efecto de la separación o el divorcio de los cónyuges, a diferencia de lo que ocurre con la representación voluntaria, la revocación por ministerio de la ley de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos a favor del otro.

Dicha revocación exige una declaración expresa de voluntad del causante hecha con las solemnidades necesarias para testar. No existiendo dicha declaración, el testamento otorgado produce todos sus efectos mientras que por una sentencia firme no se declare que la voluntad del testador fue la de vincular la disposición testamentaria a la condición de cónyuge de la heredera instituida.

El solo reflejo en el testamento de la palabra “esposa” no es razón suficiente para que pueda concluirse que ese sea el motivo —causa— de la disposición a los efectos del artículo 767 del Código civil.

Por tanto, no puede inscribirse la partición hereditaria otorgada en virtud de un título sucesorio —acta de notoriedad— que, dada las circunstancias, carece de efecto alguno, al existir un título sucesorio testamentario que, en los términos expresados, produce todos sus efectos mientras no se declare judicialmente su ineficacia».

La notaria recurrente alega, en esencia: Que de la interpretación del testamento, atendiendo a los criterios literal, lógico, sistemático, finalista y adecuados a las circunstancias del caso resulta evidente que la institución de heredera se encontraba condicionada a que la instituida fuera la esposa del causante al abrirse la sucesión; Que la doctrina de esta Dirección General según la cual no cabe presumir la voluntad de revocar la disposición testamentaria efectuada a favor del cónyuge que se divorcia del testador, debe ser revisada, a la vista de determinados pronunciamientos judiciales (que aprecian la existencia de causa

falsa de la institución, conforme al artículo 767 CC), de la regulación en los ordenamientos civiles especiales que, a excepción de Baleares, recoge expresamente la ineficacia sobrevenida de la disposición testamentaria a favor del cónyuge en caso de crisis matrimonial, y de las circunstancias concretas del caso (carácter privativo del bien y la inexistencia de relaciones entre el causante y su esposa); Y, finalmente, que debe aplicarse la doctrina establecida para un supuesto idéntico por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2018, según la cual la expresión en el testamento de que la disposición testamentaria se hace a favor del esposo de la testadora permite concluir que su voluntad era que la disposición fuera ineficaz en caso de divorcio posterior.

2. La cuestión debatida ha sido resuelta por esta Dirección General (resoluciones de 26 de noviembre de 1998 y de 26 de febrero de 2003) con una doctrina que debe ser mantenida.

Como puso de relieve la primera de esas resoluciones, la revocación de los testamentos abiertos, en Derecho común, no puede tener lugar, sino a través del otorgamiento de un nuevo testamento válido. No se produce la revocación de los testamentos mediante actos o negocios jurídicos que no adopten las formas testamentarias, ni en virtud de causas no previstas legalmente (cfr. arts. 738, 739 y 743 CC). Debe resaltarse, a este respecto, que no está previsto como efecto de la separación o divorcio de los cónyuges —o de la nulidad del matrimonio— la revocación o ineficacia, «ministerio legis», de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos en favor del otro (a diferencia de lo establecido respecto de los poderes y consentimientos en los artículos 102 y 106 CC). Y es que falta una norma como la de la mayoría de las legislaciones forales, que para tales casos establecen —normalmente, como presunción *«iuris tantum»*— la ineficacia de la disposición testamentaria en favor del cónyuge (cfr. artículos 422-13 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones; 208 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; 438 del texto refundido de las Leyes civiles aragonesas, aprobado, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón; 201 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, y 28.3 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco). También se previene expresamente la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge en caso de crisis matrimonial en ordenamientos extranjeros como el alemán (parágrafo 2077 del B.G.B.), portugués (art. 2317.d CC) o el inglés (sección 18.A de la «Will Act»).

Por otra parte, en el presente caso no puede apreciarse que en la institución hereditaria debatida concorra una causa falsa —en el sentido de erróneo motivo de la disposición que determine su ineficacia—, conforme al artículo 767 del Código civil.

Este precepto acogió la regla tradicional, procedente del Derecho Romano, de que la expresión testamentaria de una causa falsa de la institución hereditaria se tiene por no escrita y no afecta a la validez de aquella («falsa causa non nocet»). Este criterio pasó al Código civil a través de las Partidas («falsa o mintrosa razón diziendo el testador, quando ficiesse la manda, non le empece nin se embarga por ella»; Sexta Partida, Tít. IX, Ley XX), y ha sido corroborado por la doctrina del Tribunal Supremo (cfr. las sentencias de 30 de abril de 1920, 10 de febrero de 1942, 14 de marzo de 1964, 5 de marzo de 1965 y 2 de julio de 1977, entre otras).

Así, debe tenerse en cuenta: a) que del hecho de que la disposición testamentaria ahora cuestionada se refiera a la «esposa» y añada su nombre y apellidos no puede concluirse que haya una clara expresión del motivo de la institución,

pues bien pudiera interpretarse como un elemento más de identificación de la persona favorecida, por lo que no sería aplicable la norma del artículo 767 del Código civil. Pero, además, si se aplicara dicho precepto, necesariamente debería llevar a concluir que aun entendiendo que esa forma de disposición comporta la expresión del motivo de la institución de heredera y ese motivo deviene posteriormente erróneo, debería considerarse dicha expresión como no escrita y, por ende, probarse que del propio testamento resulta que el testador no la habría ordenado si hubiese conocido dicho error. En definitiva, a falta de una norma que —como las antes referidas de las legislaciones forales y comparadas— establezca la presunción de ineficacia de la disposición en favor del excónyuge, debe probarse que el testador no habría otorgado la disposición de haber podido conocer la disolución del matrimonio por divorcio (cfr., respecto de la filiación, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1942 y 14 de marzo de 1964); b) que, en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado, ha de ser determinante la voluntad pretérita del testador, su voluntad en el momento de otorgar la disposición, por lo que la simple alteración sobrevenida de circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la revocabilidad esencial del testamento (cfr. art. 739 CC) y en la posibilidad de otorgamiento de una nueva disposición testamentaria, y c) que, no obstante, a la hora de interpretar la verdadera voluntad del testador no debe descartarse que esta presupusiera, para la validez de la institución, la persistencia de una situación —la relación matrimonial entre la favorecida y el testador hasta el fallecimiento de este— que después queda interrumpida, y esa voluntad debe prevalecer de conformidad con el criterio interpretativo en sede de testamentos recogido en los artículos 675 y 767 del Código civil, sin que constituya óbice alguno la referencia que tales preceptos hacen al propio testamento como base de la interpretación, porque, según la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, dicha interpretación ha de hacerse con un criterio subjetivista, pues aunque tenga un punto de partida basado en las declaraciones contenidas en el documento testamentario, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real del testador, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas de aquel, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios de prueba extrínsecos, o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta (cfr. las sentencias de 3 de abril de 1965, 12 de febrero de 1966, 29 de enero de 1985, 6 de abril de 1992, 29 de diciembre de 1997, 23 de junio de 1998, 24 de mayo de 2002, 14 de octubre de 2009 y 25 de noviembre de 2014, entre otras citadas en ellas). Al apreciar la eficacia o ineficacia de la disposición nada impide que de la interpretación de la real «voluntas testatoris» del momento en que otorgó el testamento pueda concluirse, con los medios hermenéuticos mencionados, que el «de cuius» no habría hecho la institución de haber sabido que el vínculo conyugal con la instituida no subsistiría y que eso quería expresar al mencionar en la disposición la condición de esposa de la beneficiaria (algo que no cabe presumir, máxime si se tiene en cuenta que, en la práctica, es habitual designar como favorecido al cónyuge precisamente haciendo referencia a esta cualidad y no por la mera transcripción de sus nombre y apellidos, pero sin que se condicione expresamente la disposición a aquella cualidad), si bien tal hipótesis solo puede ser apreciada judicialmente, en procedimiento contradictorio, con una fase probatoria que no cabe en el ámbito del recurso contra la calificación registral —ni en las actuaciones notarial y registral—, debiendo prevalecer mientras tanto la interpretación favorable a la eficacia de la institución, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late

en diversas normas del Código civil (cfr., por ejemplo, el propio art. 767, y los arts. 715, 743, 773, 786, 792, 793, y «ex analogía», 1284).

Este Centro Directivo no puede desconocer el criterio del Tribunal Supremo en la sentencia número 539/2018, de 28 de septiembre de 2018, citada por la recurrente, y en la sentencia número 531/2018, de 26 de septiembre. Pero *respecto del ámbito notarial y registral cabe recordar que la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado 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); y ello porque el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos (cfr. artículo 24 de la Constitución Española) en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (cfr. art. 658 CC), conduce inexorablemente a la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurra en caducidad ni en vicios sustanciales de forma (cfr. resoluciones de esta Dirección General de 13 de septiembre de 2001, 21 de noviembre de 2014 y 2 de agosto y 5 de octubre de 2018). Por ello, debe concluirse que en el caso que es objeto de este recurso *no podrá prescindirse, sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento del que deriva la condición de heredera de la excónyuge del causante*. Y, respecto de la declaración notarial de herederos abintestato que sirve de base a la escritura de adjudicación de herencia calificada, cabe recordar la reiterada doctrina de este Centro Directivo según la cual el registrador puede y debe calificar las posibles discordancias entre la declaración de herederos realizada en el acta notarial y lo que resulte del correspondiente llamamiento legal, así como la no acreditación de los presupuestos legales para la apertura de la sucesión intestada (cfr., por todas, las resoluciones de 5 de diciembre de 1945, 12 de noviembre de 2011, 12 de junio de 2012 y 12 y 16 de noviembre de 2015). Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

2. RDGRN, DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1998: EFICACIA DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERA DE LA ESPOSA DEL TESTADOR HABIENDOSE DISUELTO EL MATRIMONIO CINCO AÑOS ANTES DEL FALLECIMIENTO DEL TESTADOR

1. Este recurso versa sobre la eficacia o ineficacia de la institución de heredero en favor de la esposa del testador, cuando el matrimonio había quedado posteriormente disuelto por divorcio cinco años antes del fallecimiento del causante.

2. Como cuestión previa, ha de quedar claro, que ningún fundamento tiene la pretensión del registrador de considerar aplicable el artículo 132 del Código de Derecho de Sucesiones de Cataluña, toda vez que la vecindad civil del causante al tiempo del fallecimiento era la de Derecho común (cfr. arts. 9.8 y 14.1 CC). Habrá que atender, por tanto, al régimen previsto en el Código civil.

3. La revocación de los testamentos abiertos, en Derecho común, no puede tener lugar sino a través del otorgamiento de un nuevo testamento válido. No se produce la revocación de los testamentos mediante actos o negocios jurídicos que no adopten las formas testamentarias, ni en virtud de causas no previstas legalmente (cfr. arts. 738, 739 y 743 CC). Debe resaltarse, a este respecto, que no está previsto, como efecto de la separación o divorcio de los cónyuges, la revocación por ministerio de la Ley de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos en favor del otro (a diferencia de lo establecido respecto de los poderes y consentimientos en los arts. 102 y 106 CC; o de lo dispuesto, respecto

de las disposiciones testamentarias, en el mencionado art. 132 del Código de Sucesiones de Cataluña, o de la ineficacia de las disposiciones prevenida en Códigos de otros países, como, por ejemplo, el parágrafo 2077 del BGB alemán o el art. 2317 CC portugués). Por ello, cuando sea el vínculo matrimonial existente lo que lleve al testador a disponer en favor de su consorte, como ocurrirá de ordinario, y después se extinga el matrimonio, únicamente por voluntad de aquel, expresada con las solemnidades necesarias para testar, podrá quedar revocada la disposición (cfr. art. 1343, como ejemplo de posibilidad de revocación —aunque causal— de disposiciones gratuitas en favor del cónyuge, en caso de extinción de la relación matrimonial).

4. Debe ahora dilucidarse si, como entiende el Registrador, para negar la inscripción de la escritura calificada puede apreciarse en la institución hereditaria la concurrencia de una causa falsa —en el sentido de erróneo motivo de la disposición— que determine su ineficacia, conforme al artículo 767 del Código civil.

En esta materia, dicho precepto acogió la regla tradicional, procedente del Derecho Romano, de que la expresión testamentaria de una causa falsa de la institución hereditaria se tiene por no escrita y no afecta a la validez de aquella (*falsa causa non nocet*). Este criterio pasó al Código civil a través de las Partidas (Falsa o mintrosa razón diciendo el testador, quando ficiesse la manda, non le emepe nin se embarga por ella; Sexta Partida, título IX, Ley XX); y ha sido corroborado por la doctrina del Tribunal Supremo (cfr. las sentencias de 30 de abril de 1920, 10 de febrero de 1942, 14 de marzo de 1964, 5 de marzo de 1965 y 2 de julio de 1977).

En el presente caso ha de tenerse en cuenta: a) Que del hecho de que la disposición testamentaria ahora cuestionada se refiera a la “esposa” y añada su nombre y apellidos no puede concluirse que haya una clara expresión del motivo de la institución, pues bien pudiera interpretarse como un elemento más de identificación de la persona favorecida, por lo que no sería aplicable la norma del artículo 767 del Código civil, b) Que en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado, ha de ser determinante la voluntad pretérita del testador, su voluntad en el momento de otorgar la disposición, por lo que la simple alteración sobrevenida de circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la revocabilidad esencial del testamento (cfr. art. 739 CC) y en la posibilidad de otorgamiento de una nueva disposición testamentaria, c) Que, no obstante, a la hora de interpretar la verdadera voluntad del testador no debe descartarse que esta presupusiera, para la validez de la institución, la persistencia de una situación —la relación matrimonial entre la favorecida y el testador hasta el fallecimiento de este— que después queda interrumpida, y esa voluntad debe prevalecer de conformidad con el criterio interpretativo en sede de testamentos recogido en los artículos 675 y 767 del Código civil, sin que constituya óbice alguno la referencia que tales preceptos hacen al propio testamento como base de la interpretación, pues, según la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, dicha interpretación ha de hacerse con un criterio subjetivista, porque aunque tenga un punto de partida basado en las declaraciones contenidas en el documento testamentario, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real del testador, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas de aquel, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios de prueba extrínsecos, o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta (cfr. las sentencias de 3 de abril de 1965, 12 de febrero de 1966, 29 de enero de 1985, 6 de abril de 1992, 29 de diciembre de 1997 y 23 de junio

de 1998, entre otras citadas en ellas). Al apreciar la eficacia o ineficacia de la disposición, no debe valorarse la voluntad ulterior de mantener la institución por parte del causante (y por ello no siempre puede ser concluyente la mera inactividad del testador que no revoca la disposición —piénsese, por ejemplo, en la imposibilidad de revocarlo por incapacidad sobrevenida, circunstancia esta que, por otra parte, podría haber sido la causa de la separación y posterior divorcio—), pero nada impide que de la interpretación de la real *voluntas testatoris* del momento en que otorgó el testamento pueda concluirse, con los medios hermenéuticos mencionados, que el *de cuius* no habría hecho la institución de haber sabido que el vínculo conyugal con la instituida no subsistiría y que eso quería expresar al mencionar en la disposición la condición de esposa de la beneficiaria, si bien tal hipótesis solo puede ser apreciada judicialmente, en procedimiento contradictorio, con una fase probatoria que no cabe en el ámbito del recurso gubernativo, debiendo prevalecer mientras tanto la interpretación favorable a la eficacia de la institución, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código civil (cfr., por ejemplo, el propio art. 767, y los arts. 715, 743, 773, 786, 792, 793 y, *ex analogía*, 1284).

Por cuanto antecede, y habida cuenta que el registrador se halla limitado en su calificación por lo que resulta del documento presentado y de los libros a su cargo (cfr. art. 18 de la Ley Hipotecaria), debe concluirse que el título hereditario objeto del recurso es susceptible de inscripción, sin perjuicio del derecho que asiste a los que se consideren perjudicados para instar un procedimiento declarativo en que se ventile la posible ineficacia de la institución hereditaria, con la correspondiente anotación de demanda que enerve los efectos de la fe pública registral¹⁵.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso, revocando el Auto apelado y la nota de calificación registral. Madrid, 26 de noviembre de 1998. El Director general, Fdo.: Luis María Cabello de los Cobos y Mancha. Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

CONCLUSIONES

I. En virtud de lo expuesto cabe de nuevo poner de manifiesto la inexistencia de lagunas del ordenamiento jurídico así como su autosuficiencia para cubrir las lagunas de la ley. En el caso en concreto basta recurrir a la integración analógica y al propio sentido común, si bien girando el rumbo clásico y diferenciando el ámbito de su aplicabilidad.

II. En ciertos ordenamientos forales, en el punto analizado, es decir, la modificación sobrevenida de las circunstancias determinantes del legado o disposición hereditaria, trae aparejado por ministerio de la ley, la revocación de su contenido patrimonial. Estas previsiones, de carácter dispositivo, bien podrían haber decretado, que el legado subsistiría pese a una potencial separación de la pareja de hecho o matrimonial. Pues bien, lo cierto es que, participan de una fortaleza jurídica de la que a mi juicio carece el Derecho civil foral. Cuando menos en la materia singular tratada en estas líneas y ello pese a la tradicional renuencia a deponer voluntades testamentarias y al acierto de la jurisprudencia más reciente. Y si subrayamos este aspecto es, precisamente, por el incremento de las separaciones matrimoniales, entre otras circunstancias que puedan determinar la revocabilidad de la disposición patrimonial.

III. Cabe destacar que pese a la inmediata aplicación de esta nueva unificación casacional por parte de la DGRN, nada impide otra interpretación ante nuevos argumentos, como que nada obstaculiza la independencia judicial, con la condigna consecuencia de distintas doctrinas en las Audiencias en cuanto se refiere a discrecionalidad de la resolución en la materia. Es decir, ante las demandas que se puedan interponer con los consabidos fundamentos alegados por las partes, bien puede suceder que para evitar la incongruencia se deba atender a ellos, de modo que produzca un resultado distinto al de la unificación casacional y de la doctrina no uniforme de las Audiencias. A mayor abundamiento y como ya se ha anunciado, habida cuenta de la independencia judicial.

IV. *De lege ferenda* el precepto puesto en tela de juicio ha de servir a los intereses del testador y ha de atender, al tiempo, a los de los herederos o legatarios. Y ha de hacerlo con un criterio uniforme y sin fisuras. Bien puede apartarse de lo que se ha convenido sostener por parte de la mejor doctrina, como sus precedentes fundados en las Partidas, o bien podría servir apartándose de ellos, a los conflictos sociales contemporáneos. Deberíamos construir un Derecho sucesorio unificado, sea mediado el Derecho sucesorio de la UE, sea el de procedencia germánica o de nuestra tradicional familia romano-francesa. Sin embargo, y apelamos al mencionado Derecho institucional o estructural, lo cierto es que es más coetáneo el Derecho foral, que el del Código civil común. Cuando menos, por incontestable en esta controversia, cuanto en tantas otras instituciones, el Derecho civil foral no solo se ha conservado, modificado y desarrollado según el dictado constitucional. Lo cierto es que resulta más avanzado que el común, en esta y en otras tantas instituciones, de las que debemos hacer gracia en esta exposición.

V. La causa y el derecho patrimonial. A nadie cabe duda, la pluralidad de interrogantes e incluso misterios y neblinas que envuelven a la causa. Patrimonial es la causa tanto en el Derecho contractual, como por dudosa extensión a las relaciones obligatorias. Titubeante resulta que para evitar sus conflictos interpretativos sea eliminada y disipado cualquier rastro sobre su materialidad. Es escasamente edificante que los estudiosos, ante los grandes retos, se sometan, nos sometamos, al más simple de los recursos: su supresión. De lo que no cabe duda es que ha de unificarse su sentido expansivo al del Derecho patrimonial en general.

BIBLIOGRAFÍA

- CAÑIZARES LASO, A. (2001). Disposición testamentaria a favor del cónyuge y divorcio posterior, en *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, Málaga.
- (2016). Comentario al artículo 675, *Código civil Comentado*, volumen II, Civitas, BIB 2011\1756.
- CARRASCO PERERA (1995). Garantías a primer requerimiento, en *Derechos personales de garantía: Aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*.
- CASAS VALLÉS, R. (1993). Las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio, *ADC*.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1983). *CCJC*, 2.
- CORDERO LOBATO, E. (2009). Comentario al artículo 767, *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, BIB 2009\1705.
- DEMOGUE (1923-1933). *Traité des obligations en général*, Paris.
- DÍEZ-PICAZO (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II*, Civitas, Madrid.

- GORDILLO CAÑAS, A. (1991). Comentario al 767, *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid.
- (2004). Tomo X, Vol. 1.º: artículos 744 a 773 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, Manuel Albaladejo García, Id. vLex: VLEX-231875 <http://vlex.com/vid/articulo-parrafo-primer-231875>
- GÓMEZ CALLE, E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Civitas, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (1981). *Elementos de Derecho Civil*, V, Barcelona, Bosch.
- LALAGUNA (1998). Sobre la causa en los contratos, *La Ley*, 4, 1.116.
- (2003). *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Valencia, 3.ª ed.
- LASARTE ÁLVAREZ (2018). *Principios de Derecho civil, 1*, Marcial Pons, 521.
- MORENO QUESADA, B. (2004). Tomo X, Vol. 1.º: Artículos 744 a 773 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, Manuel Albaladejo García, Id. vLex: VLEX-231876.
- ROCA SASTRE (1940). Crítica institucional del Código civil, *RDCI*, XVI, 148, 1940, 497 a 515.

RESOLUCIONES CITADAS

- STC 9/2010, de 27 de abril de 2010
- STS, de 26 de septiembre de 2018
- STS, de 28 septiembre de 2018
- STS, de 26 de febrero de 2003
- STS, de 19 de mayo de 1992
- SAP de Madrid, de 9 de marzo de 2017
- SAP Ciudad Real, de 9 de diciembre de 2013
- SAP Ourense, de 20 de enero de 2002
- SAP Toledo, de 11 de julio de 2000
- SAP Málaga de 13 de diciembre de 1999
- RDGRN, de 27 de febrero de 2019
- RDGRN, de 26 de noviembre de 1998

NOTAS

¹ *Vid.*, GORDILLO CAÑAS, Antonio, Tomo X, Vol. 1.º: Artículos 744 a 773 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, Manuel Albaladejo García, Id. vLex: VLEX-231875 <http://vlex.com/vid/articulo-parrafo-primer-231875>; MORENO QUESADA, Bernardo, (2004), Tomo X, Vol. 1.º: Artículos 744 a 773 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, Manuel Albaladejo García, Id. vLex: VLEX-231876.

² *Vid.*, SAP Ciudad Real, de 9 diciembre de 2013, ya que se hace eco de dichos precedentes para no invalidar el legado por la expresión de la causa: «hemos de precisar que, ya nuestros precedentes históricos del precitado artículo 767 del Código civil, como la Partida VI del Libro IX, ley 19; se reconocía la validez del legado hecho en consideración de una deuda, aun cuando quede acreditado que la mencionada deuda no existe o no responde a la cantidad declarada en el legado (supuesto que, en todo caso, nos ocupa). Por ello aunque se anudara, como pretende establecer la parte, dicha disposición como parte del contenido típico del testamento y fundamento de lo que textualmente se afirma se produjo, a consecuencia de dicha causa, la mejora a su hermano; la expresión de dicha causa, pues, no invalida la institución de heredero del hermano y ello sin perjuicio, se reitera, del necesario respeto de los derechos de la legitimaria».

³ «No estaríamos en condiciones de abordar con un mínimo de seguridad la exégesis y comentario del primer párrafo del artículo 767 si con anterioridad no despejáramos, desde consideraciones sistemáticas básicas, el problema previo de su significado general. La cuestión que, en definitiva, aquí se nos plantea no es otra que la del significado del error en el negocio o acto de última voluntad», *Ibidem* y en el *Comentario del Código civil*, en sus Observaciones introductorias ya vaticina las dificultades que suscita el origen y ámbito del precepto.

⁴ (1940), Crítica institucional del Código civil, *RDCI*, XVI, 148, 1940, 497 a 515.

⁵ En este sentido, el caso de la inversión de la regla de la mancomunidad y su sustitución jurisprudencial por la de la presunción de solidaridad, más que como interpretación correctora como corrección del Código (LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *Elementos II*, I, cit., 30). El argumento de cómo las tesis jurisprudenciales llegan a modificar una norma, es perfectamente extrapolable a la denominada jurisprudencialmente a la materia concitada. *Vid.*, sentencia del Tribunal Supremo del 28 de enero de 1994, que se autodenomina correctora; el comentario crítico vertido por CLAVERÍA GOSÁLBEZ, ante el tenor de la sentencia de 7 de abril de 1983, donde el juzgador más que corregir, «infringe» el tenor literal del Código [(1983), *CCJC*, 2, 533]. «La cuestión es que fijada tempranamente una determinada línea jurisprudencial se reprodujo tal doctrina ya que *v.gr.*, el Tribunal Supremo en su sentencia del 22 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6583), su fundamento jurídico tercero dice “ha de aplicarse el principio general de derecho sancionado ya entonces por sentencia de 30 de noviembre de 1935 (*RJ* 1935, 2197), según el cual, cuando la jurisprudencia ha fijado una determinada interpretación legal, debe esta ser mantenida, en aras de la certidumbre y seguridad de las relaciones jurídicas, en tanto no se demuestre, por modo indubitable, la antinomia de ella con el verdadero contenido de la ley”».

⁶ Visto lo anterior, se revela como uno de los episodios en que según «observara DEMOGUE, la permanencia del derecho formal disimulaba muchas veces la evolución del Derecho vivo», acerca del tópico ya arrumbado de la historicidad, permanencia e inmutabilidad del Derecho de obligaciones [DEMOGUE (1923-1933), *Traité des obligations en général*, Paris, 8. *Apud.*, LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, II, I, cit., 8].

⁷ *Vid.*, (2018), *Principios de Derecho civil*, I, Marcial Pons, 521. Por su parte, el artículo 1.261.3 declara: «Causa de la obligación que se establezca». Al tiempo se añade que no es tanto que las obligaciones carezcan de causa, como que están exentas de su control legal. *Vid.*, también LALAGUNA, (1998), «Sobre la causa en los contratos», *La Ley*, 4, 1.116. Empleamos la edición (2003), *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Valencia, 3.ª ed.

⁸ (1986), *Elementos de Derecho civil*, II, I, cit., 6. Afirmación que por cierto no se recogía en las ediciones anteriores.

⁹ Esta expresión, es de BADOSA según recoge CASANOVA. En este sentido, DÍEZ-PICAZO, destacaba que además de las categorías causales previstas en el artículo 1274 del Código

civil, también cabe admitir otra adicional no recogida expresamente. Es la *causa cavendi o intercedendi* concurrente en la fianza, toda vez que el fiador asume una responsabilidad patrimonial propia en atención a una responsabilidad contractual ajena (2008), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Civitas, Madrid, 428. Por extensión este argumento cabría aplicarlo en general a los contratos típicos y atípicos de garantía fundados en la categoría intercesora romana. CARRASCO PERERA, (1995), al definir ese tipo de garantía personal, «aquel contrato de garantía personal por la que un tercero INTERCEDE ante el acreedor» («Garantías a primer requerimiento», en *Derechos personales de garantía: Aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, Madrid, 108).

¹⁰ Vid., Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, cit., 146.

¹¹ Vid., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, cit., 232 y sigs.

¹² CAÑIZARES LASO, Ana (2016), Comentario al artículo 675, *Código civil comentado*, volumen II, Civitas, BIB 2011\1756.

¹³ Vid., también la STS, de 19 de mayo de 1992, siendo ponente MORALES MORALES, sobre la controversia del legado a un tercero de cosa propia del heredero o de un legatario «que establece y regula el citado precepto, aunque especie del legado de cosa ajena, a que se refieren los artículos 861 y 862, no requiere, a diferencia de este, que el testador sepa que la cosa legada pertenecía al heredero o legatario gravado con el legado, sino que es eficaz aunque no sepa de quién es la cosa o aunque la crea suya, salvo que habiéndolo ordenado por creerla propia, sea en realidad del gravado y del testamento resulte que no lo habría hecho de haber tenido conocimiento de ese extremo (art. 767 CC), aparte de que, aun cuando para dicha especie de legado fuera también exigible el requisito del conocimiento de la ajenidad, que no lo es, en el caso que nos ocupa se daría también la concurrencia del mismo, como acertadamente dice la sentencia recurrida, pues aparece probado que los padres testadores sabían que la nuda propiedad de la heredad litigiosa».

¹⁴ A posteriori, reitera el argumento la SAP Ourense, de 20 de enero de 2002. El error no figura comprendido entre las causas de nulidad testamentaria que se describen en el artículo 673 del Código civil, sin embargo en el supuesto del error provocado intencionadamente por un tercero a los efectos de desviar la voluntad del testador tienen transcendencia invalidante ya por vía del artículo 767 conforme al cual la expresión de una causa falsa será considerada como no escrita ya dentro del ámbito del dolo (art. 673 CC). Es dogma fundamental del derecho sucesorio la primacía de la voluntad del testador, como titular exclusivo que es de la facultad de disponer libremente de sus bienes con la única limitación de respetar los derechos legitimarios.

¹⁵ Para CORDERO LOBATO, «sobre institución de heredero del cónyuge, y de ruptura posterior del vínculo matrimonial, cinco años antes de la muerte del testador. La DGRN consideró válida la institución por no haber constancia de que el testador no la hubiera hecho de haber sabido que el vínculo conyugal con la instituida no subsistiría. El hecho de que con la designación “nominatim” de la esposa mencionase también esta condición, no significa que tal circunstancia constituya una causa o razón de la institución. Es el error en el segundo caso, esto es, en el motivo de la institución, el que, en buena lógica, habría de dar lugar a la ineficacia de la disposición, salvo que se probara que esta no fue hecha en consideración a la circunstancia señalada por el testador» [CORDERO LOBATO, Encarna (2009), Comentario al artículo 767, *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, BIB 2009\1705. La RDGRN de 26 de noviembre de 1998].