

1.2 Derecho de familia

El divorcio o cese de la convivencia y su relevancia sobre la disposición testamentaria a favor del cónyuge o pareja de hecho

Divorce or cessation of cohabitation and his relevancy on the testamentary disposition in favour of the spouse or couple in fact

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil. UCM

RESUMEN: En el testamento puede instituirse heredero o legatario a su cónyuge o pareja de hecho. Con posterioridad al otorgamiento del mismo puede tener lugar la nulidad, separación o el divorcio o la ruptura de la pareja de hecho sin revocarlo. Por lo que en el momento de la apertura de la sucesión los cónyuges pueden estar separados o divorciados o la pareja de hecho puede ya no convivir. En ambos supuestos, se ha producido un cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al tiempo de testar en relación a las cuales se cuestiona sobre la base de la interpretación de la voluntad del testador la eficacia o la ineficacia de las disposiciones testamentarias tras el fallecimiento del testador. Recientemente, las sentencias del Tribunal Supremo de 26 y 28 de septiembre de 2018 se han pronunciado dando lugar a un cambio jurisprudencial —respecto a la posición adoptada en la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 29 de diciembre de 1997 y en el seno de las Audiencias Provinciales— considerando ineficaz la disposición testamentaria hecha a favor del excónyuge o pareja de hecho atendiendo a la existencia de una causa falsa del artículo 767 del Código civil. El presente estudio se va a centrar en el análisis de la problemática derivada de la nulidad, separación o divorcio o el cese de la convivencia con posterioridad al otorgamiento del testamento sin haberlo revocado en que se instituye heredero o legatario al cónyuge o pareja de hecho y que se mantiene en la apertura de la sucesión, tal y como se sustancia en la doctrina y en la jurisprudencia, con especial atención al cambio jurisprudencial del Tribunal Supremo en las sentencias citadas.

ABSTRACT. *The will may institute an inheritor or legacy to his or her spouse or couple in fact subsequent to the granting of a will may result in the annulment, separation or divorce or the separation of the couple in fact without revoking the will. Recently the judgments of The Supreme Court of 26 and 28 september 2018 have resulted in a change of jurisprudence to the effect that the testamentary provision in favour of ex spouse or couple in fact is ineffective, on the basis of the existence of a false cause under article 767 of the Civil Code. The present study is going to centre on the analysis of the problem from the nullity, separation or divorce*

or the cessation of cohabitation after to give of will without having revoked the will establishing an inheritor or legacy to the spouse or couple in fact and continuing at the commencement of the succession, as substantiated in the doctrine and jurisprudence, with particular attention to the change in the jurisprudence of The Supreme Court in the judgments.

PALABRAS CLAVE: Divorcio. Ruptura de la pareja estable. Testamento. Cónyuge. Pareja de hecho. Testador. Interpretación testamentaria. Voluntad real. Error o causa falsa. Norma de integración.

KEY WORDS: *Divorce. Rupture of the stable couple. Will. Spouse. Couple in fact. Testator. Testamentary interpretation. Real volition. Error or false cause. Rule of integration.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO.—III. LA EFICACIA DEL TESTAMENTO POR APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 675 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. LA INEFICACIA DEL TESTAMENTO: 1. INTERPRETACIÓN INTEGRADORA DEL TESTAMENTO. 2. LA INEFICACIA DE LA DISPOSICIÓN POR CAUSA FALSA CONFORME A LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 767 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. INCORPORACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO DE UNA NORMA REGULADORA DE LA MATERIA.—VI. CONCLUSIÓN.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La sucesión se difiere por la voluntad del causante manifestada en testamento y en defecto de este, por disposición de ley (art. 658 CC). El artículo 667 del Código civil define el testamento como «el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos».

El testamento es un negocio jurídico *mortis causa* que, regula el destino del patrimonio del causante a su muerte. Representa la ley de la sucesión en cuanto contiene su declaración de última voluntad¹.

Se trata de un negocio jurídico unilateral, unipersonal en cuanto habrá de ser otorgado por una sola persona. Además en cuanto la declaración de voluntad procede exclusivamente de una sola parte —el otorgante—; personalísimo (art. 670 CC); puramente formal, pues, para su validez se exige que la declaración de voluntad se exprese a través de los cauces testamentarios reconocidos por el Código civil (arts. 687, 705 y 715), esencialmente revocable y produce efectos después de la muerte del testador².

Ahora bien, producida la disolución del vínculo matrimonial, el excónyuge pierde por ley los derechos legitimarios que le corresponderían, tanto en la sucesión forzosa del artículo 834 del Código civil, como en la sucesión legal o intestada (art. 945 CC), esto es, su condición de legitimario o heredero forzoso del causante, si en el momento de la apertura de la sucesión carece de tal estatus. Sin embargo, esto no sucede en la sucesión voluntaria, pues, el divorcio o cese de la convivencia en la pareja de hecho no tiene, en principio, ningún efecto sobre la disposición otorgada a favor del cónyuge o pareja de hecho en nuestro Código civil³.

Cada vez son más frecuentes los casos de divorcio, separación o cese de la convivencia en las parejas de hecho y, asimismo, una realidad cada vez más frecuente como es el otorgamiento de testamento a favor de tal cónyuge o pareja de hecho, y la constatación posterior de una situación de crisis matrimonial o de pareja sin revocar el testamento⁴. Efectivamente, se otorga testamento instituyendo heredero o legatario al esposo/a o pareja de hecho, en ocasiones, designándolo con su nombre y apellidos y, con posterioridad se produce como circunstancias sobrevenidas la separación, nulidad o divorcio del matrimonio o la ruptura de la pareja. El causante o testador no ha previsto esta posibilidad y fallece sin haber modificado o revocado el testamento. A diferencia de lo previsto en algunos derechos forales y ordenamientos extranjeros cercanos a nuestro entorno, no hay norma alguna en nuestro Código civil que declare la ineficacia del testamento como consecuencia de la separación, nulidad o divorcio posterior o el cese de la convivencia, o la revocación por ministerio de la ley de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos a favor del otro como sí ocurre con la representación voluntaria. Ciertamente, la revocación del testamento exige una declaración expresa de voluntad del causante hecha con las solemnidades necesarias para testar (art. 738 CC) —sin perjuicio de la revocación tácita en los términos previstos en el artículo 739 del citado cuerpo legal, y la real o material (art. 742 CC)—⁵. Así las cosas corresponde al intérprete, esencialmente al juez de instancia, concretar de qué forma indicen tales circunstancias sobrevenidas e imprevisibles por el causante a la hora de otorgar testamento, en lo que representa su voluntad real, pues, podría haber revocado el testamento y no lo hizo, por lo que el testamento otorgado produce todos sus efectos, mientras que por una sentencia firme no se declare que la voluntad del testador no fue la de vincular la disposición testamentaria a la condición de cónyuge del heredero/a instituido o pareja de hecho del testador.

La doctrina y jurisprudencia plantean varias soluciones posibles para resolver esta situación: 1. Atender a la literalidad del artículo 675 del Código civil y, en consecuencia, la institución de heredero se hace con independencia de tales circunstancias, simplemente identificando al instituido; 2. Considerar que, la institución de heredero a favor del cónyuge o pareja de hecho designado con su nombre y apellidos se hace supeditado al mantenimiento de la condición de cónyuge o pareja de hecho a la muerte del testador. En tales casos se trata de una institución bajo condición expresa regulada en los artículos 790 a 805 del Código civil. No obstante, el llamamiento a favor del cónyuge o pareja de hecho se puede haber hecho bajo la condición que, lo siga siendo a la muerte del testador o, que el matrimonio o la pareja de hecho se mantenga unido hasta el fallecimiento del disponente; en ambos supuestos la disposición testamentaria no surte efecto; 3. Se entiende que, concurre una causa falsa en el llamamiento, que hace ineficaz la institución de heredero o legatario aplicando el artículo 767 del Código civil; 4. El divorcio o ruptura de la pareja de hecho constituyen supuestos de revocación tácita del testamento (art. 739 CC); y, 5. Se propone la introducción de una norma expresa similar a la existente en otros ordenamientos jurídicos.

En todo caso, el divorcio o cese de la convivencia no representa un supuesto de revocación tácita (art. 737 CC) y, asimismo, puede haberse especificado en testamento que, la institución testamentaria sea eficaz pese a la existencia de tales circunstancias, esto es que, aquella subsista a la apertura de la sucesión al margen de la situación del matrimonio o de pareja de hecho⁶.

Recientemente, el Tribunal Supremo en sentencias de 26 y 28 de septiembre de 2018⁷ se ha pronunciado sobre la cuestión. La primera en relación con la ineficacia de un legado de 150.000 euros a favor de la pareja de hecho del

testador, al haberse producido la ruptura de la convivencia antes de la muerte del mismo. La segunda se refiere a la ineficacia de la disposición testamentaria hecha por el excónyuge fallecido a favor del otro cónyuge, cuando ostentaba tal condición, sin haber revocado el testamento. Ambas resoluciones optan por aplicar el artículo 767 del Código civil en estos supuestos y considerar ineficaz de modo sobrevenido la institución de heredero a favor del esposo de la testadora o el legado a favor de la pareja de hecho ante el divorcio o ruptura de esta posterior al testamento, asimismo, ambos pronunciamientos obligan a reinterpretar la cuestión sobre tal base legal. Hasta la fecha no existe una doctrina jurisprudencial uniforme tanto en el seno del Tribunal Supremo como en las Audiencias Provinciales, y, por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus resoluciones viene considerando que, en el ámbito notarial y registral no puede presumirse la revocación del testamento por esta causa, remitiendo la cuestión al ámbito jurisprudencial, lo que de nuevo ha hecho en la resolución de 27 de febrero de 2019⁸.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en analizar de qué manera influye en la determinación de la voluntad real del testador estas circunstancias imprevisibles y sobrevenidas como son la separación, nulidad o el divorcio o el cese de la convivencia, cuando la institución del excónyuge o pareja de hecho como heredero o legatario se mantiene, pese a las mismas, al fallecimiento del testador y este no ha procedido a la revocación del testamento tras su constatación. En especial, haremos referencia la doctrina existente sobre la materia y a la última jurisprudencia del Tribunal Supremo centrado en las citadas sentencias que suponen un cambio en la posición tradicional de este Alto Tribunal y de la mayoritaria de las Audiencias Provinciales ante la inexistencia de una norma expresa en nuestro Código civil, a diferencia de la regulación que, si ofrecen al respecto la mayoría de las legislaciones forales que, en estos casos se decantan por presumir —presunción *iuris tantum*— la ineficacia de la disposición testamentaria a favor del cónyuge o pareja de hecho, salvo que se pruebe que fue otra la voluntad del testador (art. 422-13 CC catalán; art. 208 de la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia; art. 438 CC de Aragón; Ley 200 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra y, el art. 28.3 de la Ley 5/2015 de 25 de junio de Derecho Civil del País Vasco)⁹, y, también los ordenamientos extranjeros cercanos a nuestro entorno que, asimismo, prevén, expresamente, la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge en caso de crisis matrimonial, así el parágrafo 2077 BGB; artículo 2317 d) del Código civil portugués; y, la sección 18.^a de la «Will Act» británica¹⁰.

II. LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.

Como hemos señalado, la doctrina al igual que, la jurisprudencia para resolver la cuestión planteada se inclinan mayoritariamente por tres soluciones: 1. Mantener la eficacia del testamento por aplicación del artículo 675 del Código civil; 2. Optar por la ineficacia del testamento, bien a través de una interpretación integradora del testamento; o bien mediante la aplicación del artículo 767.1 del Código civil; y, 3. Introducir una norma de integración en el Código civil. A estas posiciones doctrinales y jurisprudenciales nos vamos a referir a continuación; si bien con carácter previo nos parece oportuno referirnos de manera sucinta a lo que representa la interpretación del testamento tal como se regula en el artículo 675 del Código civil.

El citado artículo 675 afirma que, la interpretación testamentaria debe atender a la búsqueda de la efectiva voluntad del testador. Por tanto, la voluntad real del testador constituye el objeto de la interpretación testamentaria. GARCÍA AMIGO la define como «la actividad encaminada a determinar cuál fue la voluntad real del testador cuando la expresión y comprensión de dicha voluntad resulte ambigua, dudosa o incompleta, ya se deba tal ambigüedad al tenor literal del testamento, ya provenga de la oposición entre la voluntad efectiva y la expresión gramatical»¹¹. Para VERDERA IZQUIERDO con la interpretación del testamento «se pretende averiguar la verdadera voluntad del causante, plasmada en la consiguiente declaración de última voluntad, es decir, lo querido por el causante que nos sitúa ante su auténtica intención y designios»¹².

Asimismo, hay que estar, en primer lugar, al sentido literal del texto de la declaración, esto es, a la interpretación literal o gramatical del testamento. Se aplica, por tanto, el criterio gramatical o literal cuando la propia literalidad del testamento no plantea dudas sobre cuál es la voluntad del otorgante¹³. Como indicamos, la voluntad del testador es la ley de sucesión y predomina sobre el sentido literal de las palabras empleadas para expresarla¹⁴. Lo esencial es la fijación de la voluntad del testador en el momento en que se otorgó el testamento y no el de su muerte, pues el intérprete debe hallar la voluntad del testador manifestada en el testamento¹⁵.

Se debe, en esencia, buscar la verdadera voluntad del testador, pues, la regla general, precisamente, en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador¹⁶. En los términos que, ordena el artículo 675 del Código civil está la preferencia en la interpretación literal y la prevalencia del elemento subjetivo o la interpretación subjetiva que, se orienta a la búsqueda de la verdadera voluntad del testador —concretado en la intención o propósito del testador—, con la exclusión del juego de los principios de autoresponsabilidad del declarante y de la confianza de los demás¹⁷. Hay que atender, pues, al sentido legal y no al vulgar¹⁸.

Ahora bien, cuando la literalidad del testamento suscite dudas derivadas de la insuficiencia, oscuridad, ambigüedad o contradicción entre las cláusulas testamentarias y cuando se aprecia la existencia de una voluntad clara del testador en contra de la literalidad; o en fin, se pone en duda la auténtica «voluntad del testador», dice el artículo 675 del Código civil que se observará lo que sea más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento, por lo que deberá acudirse a otros criterios o medios de interpretación, como son el lógico, sistemático, histórico y teleológico que se añaden al criterio literal y que deben utilizarse de manera conjunta, unitaria o combinada sin que entre ellos exista orden de prelación, ni tampoco pueden asilarse las cláusulas testamentaria una de las otras, pues, en esencia, se debe atender a la redacción completa y sistemática del testamento¹⁹.

De todas formas, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia se muestran conformes con el recurso a la prueba extrínseca²⁰. Por otra parte, estos criterios interpretativos son criterios generales y como hemos indicado, aplicables también al supuesto objeto de estudio ante la falta de una norma concreta que, permita determinar que la voluntad real del testador cuando, precisamente, a su fallecimiento, por un lado ha otorgado testamento a favor de su cónyuge o pareja de hecho, instituyéndolos como heredero o legatario, y por otra, se ha divorciado o separado o ha cesado en la convivencia con su anterior cónyuge o pareja de hecho respectivamente sin haber revocado el testamento tras la separación o el divorcio o la ruptura de la pareja de hecho.

En cuanto a la interpretación integradora del testamento, se admite por la doctrina que, viene a completar las lagunas que se han producido en la declaración de la voluntad del testador derivadas de las modificaciones de las circunstancias de la sucesión que no pudieron ser previstas por el causante. Como precisa GÓMEZ CALLE «la interpretación integradora pretende colmar esa laguna averiguando qué es lo que el testador había querido y declarado presumiblemente al momento de testar, de haber tenido en cuenta entonces la posibilidad que se produjeran los acontecimientos posteriores»²¹. Se trata de una voluntad presunta que será la del testador concreto²². Por su parte, para GONZÁLEZ ACEBES «se trata simplemente de adecuar los medios previstos por el testador a las finalidades por él previstas que no pueden alcanzarse por haber modificado las condiciones de hecho que él observó»²³. VAQUER ALOY, asimismo, indica que «en los supuestos verdaderos de integración, la voluntad del testador está completa, en el sentido que contiene una regulación *a priori* suficiente de todas las consecuencias jurídicas que desea que se produzca, teniendo en cuenta las circunstancias personales en el momento de testar. Lo que sucede es que se produce un cambio en las circunstancias que no pudo o supo prever y que tiene como resultado que determinados fines que se proponía conseguir con su testamento no vayan a lograrse»²⁴.

Se debe diferenciar la interpretación integradora de la integración del testamento cuando como señala CAÑIZARES LASO «para colmar las lagunas existentes en él, se aplican las normas dispositivas para reconstruir la declaración testamentaria, tomada en cuenta la voluntad del testador medio, de un testador hipotético»²⁵. En esta línea, señala VAQUER ALOY que «la integración del testamento supone que, se adecuan los medios ordenados por el testador para alcanzar el fin propuesto de acuerdo con lo que se estima que sería la voluntad de aquel. No estamos, pues, frente a una voluntad declarada expresamente en el testamento, sino ante una voluntad que se deduce de este, de acuerdo con la finalidad que se había propuesto el causante». Quizá por ello añade el autor que «algunos autores alemanes se refieren a una voluntad irreal del testador, en el sentido que no es directamente expresada por el testador. Lo que se construye con la integración del testamento es la voluntad hipotética del causante»²⁶. En fin, GARCÍA AMIGO manifiesta al respecto que «no hay un *tertius genus* en la denominada interpretación integrativa o integración de la disposición testamentaria, sino que con ya y otra expresión estamos ante una interpretación del testamento muy especial». Se trata «de averiguar la voluntad del testador, siquiera sea una voluntad presunta no real y expresada por el testador. No se trata, por tanto, de unos supuestos de integración del testamento en la que el aspecto de la relación sucesoria no previsto ni regulado por el testador, se regule supletoriamente por la ley dispositiva», y añade que «aquí en la integración se trata de soldar dos voluntades ambas normativas, pero distintas —la del testador y la del legislador— para determinar la total norma reguladora de la relación sucesoria única»²⁷.

Respecto a la aplicación al testamento de los preceptos relativos a la interpretación de los contratos se entiende por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia que, son los artículos 1281, 1282, 1283, 1284 y 1285 del Código civil al basarse en el principio subjetivista. En cambio, no procede aplicar los artículos 1286 a 1289 del citado cuerpo legal por ser considerados auténticos modos de interpretación objetiva²⁸.

Finalmente, el Tribunal Supremo ha venido declarando reiteradamente que, la interpretación de los testamentos es tarea atribuida al juzgador de instancia

y que solo en los casos en que sea contraria a la voluntad del testador por ser arbitraria, absurda, desorbitada y patentice un manifiesto error o ilógico, pueda ser revisada en casación (art. 477.1 de la LEC)²⁹.

III. LA EFICACIA DEL TESTAMENTO POR APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 675 DEL CÓDIGO CIVIL

Los defensores de la eficacia del testamento coinciden en la idea que hay que mantener la voluntad testamentaria atendiendo a lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil. Así LÓPEZ FRÍAS señala que «en estos casos hay muchos matices a tener en cuenta. Si se instituye a la persona con independencia de su cualidad de «esposa de», hay indicio para pensar que se quería tal designación «a pesar de los pesares», en todo caso, aun en los de separación, nulidad o divorcio. Pero si no contamos con ningún dato al respecto», se pregunta ¿cuál ha de ser la actitud del intérprete? Pues, al respecto indica que «en tales supuestos, el hermeneuta no tiene a su alcance más que conjeturas, voluntades hipotéticas o preguntas, pero sin apoyo alguno en la declaración y en el tenor del testamento. No puede acudir a la interpretación integradora porque no hay nada en lo que se pueda apoyar, ya que si el testador ni imaginó ni sospechó tal posibilidad, mal podrá haberla reflejado». De ahí que, entienda la citada autora que «la resolución del problema planteado solo tiene dos caminos posibles. Uno es entender que la disposición es válida ante el silencio del testador y su nula decisión revocatoria. Y el otro es acudir a una norma dispositiva y supletoria, si la hay, que integre la voluntad del testador para que produzca efectos. Ahora bien, hay que dejar claro que, esta última posibilidad debe descartarse actualmente en nuestro ordenamiento común porque no hay norma que complete o integre supletoriamente la voluntad cuando se han producido las aludidas crisis matrimoniales». Por otra parte, continúa la autora que «se podría pensar que nos movemos en un supuesto de ineficacia de la disposición testamentaria por presumirse un cambio de voluntad del disponente ante la alteración de la situación del matrimonio. Pero es claro que en Derecho común estas apreciaciones chocan con dos ideas bien arraigadas. La primera es la formalidad del testamento, que supone, en principio, a la hora de interpretar, que lo que hay que tener en cuenta es lo querido por el testador a tenor de la declaración testamentaria. La segunda, consecuencia de la anterior, es que el momento a considerar en orden a la interpretación, por ser el testamento un acto completo, es el momento en que se testó». Asimismo no cree que «para hacer ineffectiva la atribución testamentaria se pueda recurrir al expediente de la indignidad del cónyuge supérstite, porque esta incapacidad para suceder solo resulta aplicable a supuestos muy tasados, entre los que no se encuentra el que nos ocupa. En cuanto a la posibilidad de entender que, estamos ante un supuesto de nulidad por error en los motivos (o falsedad de la causa como dice el artículo 767.1 CC), la cuestión no le parece clara al menos como solución de carácter general». Ello al margen, además que «tampoco es indudable la relevancia jurídica del error testamentario que recae sobre hechos futuros o circunstancias sobrevenidas, sobre todo si, como ocurre en nuestro caso, esa circunstancia posterior al testamento tiene lugar antes de la muerte del causante y sin que este haya procedido a revocar sus disposiciones testamentarias»³⁰. En esencia para esta autora, la mención de la condición de cónyuge —la conyugalidad— constituye un mero identificador del instituido, sin que represente el motivo determinante de la institución. Por lo que, a su juicio,

unos hechos posteriores no pueden influir en la voluntad testamentaria manifestada y otorgada con anterioridad.

En esta línea, ÁLVAREZ ÁLVAREZ dispone que «si se nombró heredero o legatario al cónyuge supérstite en un testamento anterior a la crisis, si no se revoca ese testamento o si no existe alguna causa de indignidad que no permita al supérstite suceder, deberá respetarse la voluntad del testador. Y ello porque en estos casos, la voluntad del testador ha de referirse al momento en el que hizo el testamento. Tras ese momento, pudo haber cambio de las circunstancias, pues el testador puede revocarlo y otorgar nuevo testamento. Si no lo hace, se entraría en el terreno de la hipótesis y constituiría un atentado a la seguridad jurídica. No se puede recoger una voluntad del testador posterior a su otorgamiento»³¹. Asimismo, TORRES GARCÍA señala que «la seguridad jurídica clama la permanencia de la voluntad testamentaria»³².

En el seno de nuestra jurisprudencia, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de diciembre de 1997³³ se ha enfrentado a la cuestión de dilucidar si la institución testamentaria realizada por el testador, haciendo referencia a la condición de cónyuge designado este con nombre y apellidos, suponía que aquella debía quedar supeditada a ese estado. Así, precisamente respecto de la segunda cuestión en que se basa el recurso de casación relativa a la interpretación del testamento se indica que «en el presente caso, la interpretación que han hecho las sentencias de instancia es absurda, ilógica y contraria directamente al artículo 675 del Código civil y se debe a que pretenden averiguar la voluntad real del testador en la fecha del testamento y de su muerte, por hechos que habían sucedido antes del testamento (separación de hecho) que conoció el testador o después (divorcio) que son intrascendentes para formar aquella voluntad. Recordando lo dicho en el fundamento anterior, cuando se produce la apertura de la sucesión por la muerte del fideicomitente, los fideicomisarios —como la actual recurrente en casación— tienen la delación y se determinan todas las características y elementos de la sucesión, que aceptó y adquirió años después, tras hacer tránsito —por muerte del fiduciario fideicomisario anterior— de la herencia a ella como fideicomisaria. Es absurdo lo que dice la sentencia recurrida que «no hubiera “nombrado heredero” de haber conocido los hechos —posteriores a la muerte del testador— que propiciaron el divorcio, es ilógico que exprese que la condición de esposa determina el llamamiento a la herencia, cuando viene designada por nombre y apellidos y siendo así que, era tal esposa a la muerte del testador, es contrario al artículo 675 del Código civil que se interprete el testamento por hechos posteriores no solo al mismo, sino también a la muerte del testador».

Por lo que, la referencia en la disposición testamentaria a la condición de cónyuge no supone que, resulta necesario que en el momento del fallecimiento conserve tal situación matrimonial. Además la citada resolución entiende que, no existe un motivo erróneo en tal nombramiento tras el divorcio que, motive la ineeficacia del testamento por causa falsa y, en consecuencia, la interpretación de cuál es la voluntad real del testador ha quedado referida al momento en que se otorgó testamento. Este ha sido también el planteamiento en el seno de la jurisprudencia mayoritaria de nuestras Audiencias Provinciales. Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4.^a, de 8 de marzo de 2000³⁴ reconoce la eficacia y validez de la institución de heredero realizada por el causante don Julio a favor de su cónyuge Doña Inés a la que había instituido como heredera única y universal de todos sus bienes, obligaciones y acciones por testamento otorgado el 20 de diciembre de 1977, divorciándose posteriormente (sentencia de 27 de noviembre de 1989). En su *Fundamento de Derecho Segundo* tras recordar

lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil señala que «de la lectura del testamento litigioso se evidencia sin género de duda que la voluntad del testador, literalmente expresada, fue nombrar heredera a la aquí demandada doña Inés, a la sazón su esposa designada por su nombre y apellidos, sin que su llamamiento se subordinase en ningún momento a la persistencia de dicha condición de esposa. (...) Por otra parte, la indagación de la voluntad real del testamento ha de referirse al momento en que emitió su declaración, es decir, cuando otorgó el testamento, pero no a otro anterior, que resultaría intrascendente ni posterior. (...) Pretender averiguar cuál fue esa voluntad en base a circunstancias posteriores, cuando no llegó a ser expresada y se mantuvo la vigencia del anterior testamento, entraría de lleno en el terreno de las hipótesis y constituiría un grave atentado a la seguridad jurídica más elemental. En este sentido la sentencia de 29 de diciembre de 1997 recuerda que el testamento no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento y califica de absurdo, ilógico y contrario al artículo 675 del Código que se interprete el testamento en base a circunstancias posteriores a ese momento, que son intrascendentes para formar parte de aquella voluntad». Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.^a, de 11 de julio de 2000³⁵ atendiendo al análisis de la sentencia de instancia sobre el artículo 767.1 del Código civil para aplicarlo a los hechos, esta Audiencia Provincial llega a la conclusión que «no existió error determinante en la institución de heredero, o lo que es igual, que la separación matrimonial mutuamente consentida no es motivo de nulidad de la designación de heredero del cónyuge del fallecido. (...) 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 impugna —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 podrían 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 se 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. (...) Es impensable que el testador desconociera su situación matrimonial y también que ignorara su disposición testamentaria. Expresiones como las de «tengo que cambiar el testamento» o «voy a cambiar el testamento» 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».

Ambas resoluciones han sostenido la subsistencia de la institución de heredera a favor de la esposa aún después del divorcio o la separación judicial. Asimismo, en ambas la heredera ha sido designada por su nombre y apellidos y por su condición de cónyuge del testador; también en ambas ha trascurrido un

tiempo importante entre la crisis matrimonial y la apertura de la sucesión y aun ello y conociendo el testador la situación de crisis matrimonial, no ha revocado el testamento. Ciertamente, hay que señalar que en ninguno de los dos supuestos se ha dado trascendencia a la separación judicial o el divorcio que como circunstancias posteriores al otorgamiento hayan influido en la determinación de la voluntad real del testador y por ende, determinen la ineficacia de la institución hereditaria a favor del cónyuge del testador³⁶.

Con posterioridad, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 9.^a, de 30 de marzo de 2007³⁷ destaca, precisamente, en relación con la eficacia de la disposición testamentaria en base a la interpretación literal del artículo 675 del Código civil que, la sentencia de instancia «evidencia que la voluntad de la testadora, en su tenor literal, fue nombrar legatario al demandado, su esposo, designado por su nombre y apellidos, sin que su llamamiento se subordinase en ningún momento a la persistencia de esa condición de esposo. No se puede afirmar que la verdadera voluntad de la causante se estableciera sobre el presupuesto de la persistencia de la relación matrimonial, de manera que una vez extinguida esta fuera ineficaz el legado, puesto que la indagación de la voluntad real de la testadora ha de referirse al momento en que emitió su declaración, es decir cuando otorgó testamento, pero no a otro anterior ni posterior (...)» (*Fundamento Jurídico Quinto*). Asimismo, dispone que la cuestión litigiosa «se centra en determinar la validez o no de la disposición testamentaria incluida en el testamento otorgado por doña Leticia instituyendo heredero a su esposo con anterioridad a la separación o divorcio de estos, debiendo esta Sala resolver sobre la incidencia que el divorcio tiene en la disposición testamentaria otorgado con anterioridad y sin que haya existido revocación por la parte de la testadora. (...) Nuestro Código civil no determina legalmente la ineficacia del testamento otorgado instituyendo heredero al esposo por el divorcio posterior, ni siquiera existe en este cuerpo legal una presunción de revocación a diferencia, por ejemplo del Código de Sucesiones de Cataluña (art. 132)» (*Fundamento Jurídico Séptimo*). Trasladada la anterior doctrina al caso que resuelve la Sala considera que «no concurre en el presente supuesto la causa falsa o error denunciado, puesto que la testadora tuvo más de seis años para revocar el testamento en su totalidad o en particular sobre el legado y ello pese a que estaba afectada por una grave enfermedad que finalmente le causó la muerte, lo que permite entender que si durante esos años no dispuso la revocación fue porque esa era su voluntad, sin que acudiendo a la prueba extrínseca podamos afirmar que la voluntad de la testadora sería distinta a la literalidad de la disposición testamentaria, por ello procede desestimar este motivo del recurso» (*Fundamento Jurídico Octavo*).

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19.^a, de 15 de abril de 2013³⁸ desestima, igualmente, el recurso de apelación en base a que «(...) no existe elemento indicativo alguno que a ese momento permita extraer fuera aquella circunstancia, esto es, que la instituida se mantuviera en estado de casada con el testador hasta su muerte, la determinante de su institución, pues aun cuando en la designación hace expresa remisión a "su esposa" doña Pura, no cabe entender otra cosa que la expresión de esposa se hace a efectos identificativos, como también se hace cuando se antepone la palabra "hijos" para designar a los otros herederos, sin que ello implique redundancia, ni como estimamos que con ello se quiera expresar que lo sea también a la muerte del testador, es de indicar que el divorcio antes referido se produce por mutuo consentimiento y acompañamiento propuesto de convenio regulador, ratificado por ambos cónyuges y en sentencia de divorcio aprobado». En todo caso «(...)

estamos en el caso de entender que si el testamento no se revocó fue porque no se quiso hacer» (*Fundamento Jurídico Segundo*). Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 6.^a, de 13 de diciembre de 2013³⁹ en relación con la eficacia de la institución de heredero supeditada a la existencia de la condición de cónyuge a la muerte del testador, la no revocación del testamento aun siendo consciente la testadora de la separación de hecho durante los ocho años que mediaron entre tal separación de D. Luis Antonio y su fallecimiento y la eficacia de la disposición testamentaria en atención a lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil dispone que «En conclusión, el tenor literal de la cláusula segunda del testamento fue “nombrar por su único y universal heredero a su citado esposo, en todos sus bienes, derechos y acciones”. No existe margen de interpretación de esta disposición —*in claris non fit interpretatio*— ni prueba ni indicio alguno que permita considerar que fuese otra su voluntad cuando así lo dispuso, razón por la que no es admisible aceptar otra voluntad de la testadora». En fin «(....) las condiciones para ser tenidas por tales han de ser expresas, sin que quepa presumir su existencia, no pudiendo aceptarse que la institución de heredero estuviese sometida en nuestro caso a la condición de que se mantuviese el matrimonio o de que existiese mutua reciprocidad testamentaria entre los cónyuges porque nada se hizo constar al respecto, sin que el empleo de la expresión “esposo” permita en modo alguno configurar la presencia en el testamento de alguna de tales condiciones».

También en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7.^a, de 20 de enero de 2016⁴⁰ indica que, no hay prueba de que la voluntad de la testadora fuera distinta a la manifestada, no es admisible deducir del hecho del divorcio una revocación tácita, al no existir norma legal que permita establecer esa presunción como sí estaba recogida en el derogado artículo 132 del Código de Sucesiones de Cataluña y porque el largo lapso de tiempo entre el divorcio y el fallecimiento de la causante sin que revocara el testamento, refuerza la eficacia de la cláusula.

Asumiendo esta posición, también se pronuncia la Dirección General de los Registros y del Notariado. Así en la resolución de 26 de noviembre de 1998⁴¹ relativa a la eficacia de la institución hereditaria universal efectuada por el causante a favor de su «excónyuge» en un testamento dictado cinco años antes de decretarse el divorcio. El registrador de la propiedad había denegado la inscripción de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia, presentada por la excónyuge en calidad de heredera, alegando que esta había perdido su condición de esposa, base de la institución. Comenzando por la revocación de los testamentos en Derecho común señala la citada resolución que «no puede tener lugar, sino a través del otorgamiento de un nuevo testamento válido y que no se produce la revocación de los testamentos mediante actos o negocios jurídicos que no adoptan las formas testamentarias ni en virtud de causas no previstas legalmente». Por otra parte, 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 a favor del otro (a diferencia de lo establecido respecto de los poderes y consentimientos en los artículos 102 y 106 del Código civil; o de lo dispuesto, respecto de las disposiciones testamentarias en el mencionado artículo 132 del Código de Sucesiones de Cataluña, o de la ineficacia de las disposiciones prevenidas en códigos de otros países como, por ejemplo, el parágrafo 2077 del BGB alemán o el artículo 2317 del Código civil portugués)». Por ello «cuando sea el vínculo matrimonial existente lo que lleve al testador a disponer a favor de su consorte, como ocurriría

de ordinario y después se extinga el matrimonio, únicamente por voluntad de aquél, expresada con las solemnidades necesarias para testar, podrá quedar revocada la disposición». Ahora bien, puesto que, en el caso no hubo revocación, la Dirección General entiende que se debe dilucidar si como argumenta 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 el artículo 767 del Código civil. A este respecto señala que, en el presente caso ha de tenerse en cuenta: "a) Que del hecho que la disposición testamentaria 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 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 testamentaria 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 aquél, 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. (...) Al apreciar la eficacia o ineficacia de la disposición no debe valorarse la voluntad ulterior de mantener la institución por parte del causante, 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 echo la institución de haber salido 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 (por ejemplo, el propio artículo 767 y los artículos 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, se concluye 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 registral».

La resolución de 26 de febrero de 2003⁴² reitera esa misma doctrina en un caso en el que el registrador había denegado la inscripción en una escritura de partición en la que el contador partidor de la herencia de doña Ana María L.E. había adjudicado bienes hereditarios a los hijos del causante, y considerado ineficaz y nulo el legado que la misma había hecho a favor de quien era su esposo al tiempo de testar. La causante había fallecido el 21 de julio de 1994 bajo testamento otorgado el 4 de enero de 1979 en el que tras manifestar que, estaba casada con don Carlos M.P., de cuyo matrimonio tenía cuatro hijos «lega a su cónyuge el tercio de libre disposición, sin perjuicio de la cuota vidual y en pago de ambos conceptos, como acta parcial de la partición al amparo del artículo 1056 de Código civil, le adjudica el usufructo universal vitalicio de su herencia». En el remanente instituyó herederos por partes iguales a sus cuatro hijos y finalmente nombra albacea comisario contador partidor con toda amplitud de facultades a don Manuel B. R.M. El matrimonio queda disuelto por sentencia de divorcio el 31 de enero de 1990, previa separación de hecho. Adjudica los bienes hereditarios a los hijos de la causante, prescindiendo del contenido de aquel legado. Por auto de 16 de noviembre de 2000 el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía desestima el recurso confirmando la calificación objeto del mismo fundándose, esencialmente, en no haberse atendido el contador partidor al criterio interpretativo impuesto por el artículo 675 del Código civil al haberse extralimitado en sus facultades por cuanto, si bien podía interpretar y efectuar la voluntad del testador, no podía suplirla y que el pronunciamiento sobre la eficacia de la disposición testamentaria excede de sus facultades sin que se esté ante un supuesto de legado innominado. Sobre tales bases, el registrador entiende que el contador partidor se había extralimitado de sus funciones al considerar ineficaz el legado dispuesto por la heredera, habida cuenta del divorcio sobrevenido al otorgamiento del testamento. Respecto a esta actuación del contador partidor, la Dirección General dispone, en cuanto a las funciones necesarias para transformar el derecho hereditario abstracto en titularidades sobre los bienes y derechos concretos, que estas habrán de ajustarse a la voluntad del testador, aunque «es cierto que a la hora de determinar cuáles sean esas facultades es pacífica la admisión de una serie de actuaciones que no es que excedan de lo que sea la simple facultad de hacer la partición sino que ha de entenderse comprendida en un ámbito de esta en cuanto necesarias para el desempeño de la misma, entre la que se incluye y es lo especialmente relevante en este supuesto, la de interpretar el testamento. Pero tal función bien delimitada tanto por los medios, especialmente por lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil, como en cuanto a su fin, lograr que la partición de los bienes se ajuste a la voluntad del testador. Y si bien es cierto que en esa tarea puede subsanar y corregir ciertos defectos del testamento, lo que no puede es atribuirse funciones decisorias que son privativas del testador como la de desheredar o revocar disposiciones testamentarias ni, en general, declarar por sí mismo su ineficacia total o parcial, cuestión que corresponde a los tribunales de justicia a solicitar de los herederos que procedan a su impugnación». Por eso continúa manifestando que «a diferencia de la apreciación del alcance del divorcio de los cónyuges en cuanto a la pérdida o conservación de los derechos legitimarios en que el contador partidor estará actuando con sujeción a lo establecido por la Ley, lo que no puede es entender revocada por tal causa una disposición testamentaria voluntariamente hecha a su favor, pues, como señalaba la resolución de 26 de noviembre de 1998, la revocación de los

testamentos abiertos en derecho común solo puede tener lugar por otro testamento válido y no por otro tipo de negocios o causas distintas de las previstas en la Ley, sin que la separación o divorcio esté previsto que produzca tal efecto —a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los poderes o consentimientos (arts. 102.2 y 106)— o las soluciones que se adoptan en la legislación comparada o en determinados cuerpos normativos de la legislación especial o foral». Y añade que «tampoco el argumento de la falta de designación “nominatín” del cónyuge beneficiario del legado es aceptable pues una interpretación lógica, sistemática conduciría más bien a la contraria, la necesidad de que para llegar a tal conclusión el llamamiento apareciera hecho de forma expresa a favor de quien fuera el cónyuge al tiempo del fallecimiento, cual es frecuente en los que se hace a favor de potenciales beneficiarios inexistentes de presente, sean descendientes o del cónyuge. Porque si después de haber identificado a su cónyuge dispuso la testadora un legado a su favor de quien ostenta esa condición, sin condicionamiento alguno a que la siguiese conservando al tiempo de su fallecimiento, condición cuyo cumplimiento sí correspondería apreciar al contador partidor, no puede entenderse como hecho a favor de persona a determinar por circunstancias futuras, sino en atención a una circunstancia identificadora de presente pero no puesta como condicionante del llamamiento». En fin, concluye 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, se debe atender a la voluntad pretérita, a la existente al tiempo del otorgamiento, por lo que una alteración sobrevenida de las circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la esencial revocabilidad del testamento. 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 contenido en los artículos 675 y 767 del Código civil que, si bien han de partir de 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 podía 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 a 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 eficaz una disposición que judicialmente no se ha declarado como tal».

Recientemente, la resolución de 27 de febrero de 2019 en la que se interpone recurso contra la calificación del registrador de la propiedad que suspendió la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia por considerar que el acta de notoriedad en el que se declaraba a los hermanos del causante como herederos abistentes carecía de efecto al existir un testamento válido por el que el causante instituía heredera universal a su esposa y aunque después se divorció de ella, el testamento produce todos sus efectos, mientras no se declara judicialmente su ineficacia. El registrador de la propiedad fundamenta la 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 notaría recurrente, por su parte, alega que: «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. Y finalmente, que debe aplicarse la doctrina establecida para una supuesto idéntico por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2018, según la cual la expresión en el testamento 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». La Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirma la calificación impugnada. Señala la citada resolución que, 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. 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 a favor del otro (a diferencia de lo establecido respecto de los poderes y consentimientos en los arts. 102 y 106 CC). Por otra parte, tampoco se considera que en el presente caso pueda apreciarse que, en la institución hereditaria debatida concurra una causa falsa —en el sentido de erróneo motivo de la disposición que determine su ineficacia— conforme al artículo 767 del Código civil. Así que la disposición testamentaria 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, aun entendiendo que esa forma de la disposición comporta la expresión de 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 hubiera conocido dicho error. Por tanto, a falta de una norma que establezca la

presunción de ineficacia de la disposición a favor del ex cónyuge, debe probarse que el testador no habría otorgado la disposición de haber podido conocer la disolución del matrimonio por divorcio. Lo determinante es 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 (art. 739 CC) y en la posibilidad de otorgamiento de una nueva disposición testamentaria. La posibilidad que el testador 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, 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 (art. 767 y los arts. 715, 743, 773, 786, 792, 793 y «ex analogía» 1284). En fin, la resolución aunque destaca el criterio establecido por el Tribunal Supremo en las sentencias de 26 y 28 de septiembre de 2018 citada esta última por la recurrente, recuerda de nuevo que respecto al ámbito notarial y registral 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 provoque su pérdida de eficacia (total o parcial) y ello porque el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (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 forma⁴³.

IV. LA INEFICACIA DEL TESTAMENTO

Quienes optan por considerar que en estos supuestos de crisis matrimonial o de pareja que sobrevienen después de otorgado testamento y persisten a la muerte del causante, lo procedente es la ineffectuación de la disposición testamentaria de heredero o legatario del cónyuge supérstite o pareja de hecho, sin embargo discrepan en los instrumentos jurídicos para llegar a tal resultado, bien lo hacen a través de una interpretación integradora del testamento; bien mediante la aplicación del artículo 767 del Código civil.

1. INTERPRETACIÓN INTEGRADORA DEL TESTAMENTO

VAQUER ALOY manifiesta que, hay una aceptación mayoritaria a la interpretación integradora como instrumento aplicable a algunos cambios sobrevenidos y no previstos por el testador en el momento de otorgar testamento, pero también destaca los peligros de los que advierte la doctrina⁴⁴. Asimismo, señala que «la integración del testamento deviene necesaria cuando existe una laguna en la declaración de voluntad testamentaria. Una laguna en la declaración de voluntad testamentaria se produce como consecuencia de la imprevisión del cambio de circunstancias fácticas o por un desarrollo de dichas circunstancias distinto de lo previsto que provoca un resultado contrario a la planificación testamentaria, de modo que de su testamento hubiera sido distinto, pues habría

sido consciente que las cláusulas testamentarias no conseguirían la finalidad que con ellas se habría propuesto alcanzar. Por esto es necesario que pueda conocerse el fin testamentario, ya sea porque expresamente el testador lo ha manifestado, ya sea porque puede colegirse del contenido de su declaración de última voluntad. Nuevamente, pues, se manifiesta la extraordinaria importancia del elemento teleológico en el proceso de interpretación del testamento». Añade que «la integración del testamento supone que se adecuan los medios ordenados por el testador para alcanzar el fin propuesto de acuerdo con la que se estima que sería la voluntad de aquel. No estamos, pues, frente a una voluntad declarada expresamente en el testamento, sino ante una voluntad que se deduce de este de acuerdo con la finalidad que se había propuesto el causante». Si bien «esta voluntad del testador, no por hipotética, es menos testamentaria». Por otra parte, manifiesta que «el intérprete, cuando integra, tiene que hacerlo sobre la base de la declaración de voluntad testamentaria, y lo que cabe es que adecue los medios establecidos por el testador a la finalidad que este perseguía. Lo que precisamente hace el intérprete es respetar al máximo la voluntad declarada del testador, intentando que la finalidad que pretendía alcanzar, se lleve a término. No crea una voluntad ni incorpora una voluntad extratestamentaria, sino que procura realizar en la máxima medida los designios expresados por el testador, tal solo corrigiendo los medios para asegurarlos». Asimismo destaca que «la integración no supone en ningún caso dar entrada en el testamento a una voluntad posterior del causante, una voluntad, por definición que estaría contenida fuera de la forma testamentaria. La integración, por el contrario, solo toma en consideración la voluntad del causante en el momento de otorgar el testamento y lo que hace es adecuar los medios elegidos a las circunstancias cambiantes o imprevistas por el testador cuando testó. El intérprete busca la consecución del fin testamentario y este fin es el que el testador expresó al testar. En definitiva, se trata de proyectar una voluntad pretérita no actual —la que el testador insertó en la forma testamentaria y única que constituye la ley de la sucesión— a las circunstancias —futuras para el testador y presentes para el intérprete— que aquel no pudo contemplar o que contempló deficientemente. Es una voluntad hipotética, sí, pero la voluntad hipotética del causante en el momento de emitir su declaración de voluntad testamentaria»⁴⁵. Por lo que, sobre tales bases concluye que no es imprescindible acudir al artículo 767 del Código civil y en consecuencia «no se observa impedimento alguno para que los interesados aleguen y acrediten mediante los medios de prueba necesarios y admisibles en derecho que el testador no hubiera realizado atribución alguna a su cónyuge de saber que perdería esa condición o que se rompería la convivencia conyugal, demuestren la existencia de una laguna en la regulación testamentaria y soliciten de la autoridad judicial la adecuación de los medios testamentarios a la finalidad del testador»⁴⁶.

2. LA INEFICACIA DE LA DISPOSICIÓN POR CAUSA FALSA CONFORME A LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 767 DEL CÓDIGO CIVIL

Quienes entienden aplicable a estos supuestos por analogía el artículo 767.1 del Código civil, consideran que con ello se da una respuesta adecuada a la cuestión, además de justificar la ineficacia de la institución de heredero o de legatario al cónyuge o pareja de hecho al haber quedado desprovista de causa, en concreto, al haber desaparecido la condición de cónyuge o de pareja de hecho

—motivo determinante o causa de la institución— en el momento de la apertura de la sucesión⁴⁷. Para este sector de la doctrina se parte que las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge o pareja de hecho son realizadas antes de la crisis matrimonial o la ruptura de pareja y, asimismo que, el estatus de cónyuge o pareja de hecho representa la causa o motivo de las disposiciones testamentarias. ROCA SASTRE es uno de los primeros autores que considera aplicable a estos supuestos la teoría de la causa falsa ante la inexistencia en nuestro Código civil de un precepto similar al parágrafo 2077 del BGB, y, además que, los efectos de las disposiciones testamentarias hay que referirlas al momento de la muerte del causante⁴⁸.

Asimismo, en esta línea GÓMEZ CALLE dispone que «esta cuestión solo se plantea si el propio testador no ha contemplado tal hipótesis en su testamento, pues de haber hecho el llamamiento a favor del cónyuge bajo la condición de que lo siguiera siendo o que el matrimonio se mantuviera unido al momento de la muerte del disponente, es evidente que en los casos apuntados la disposición no surtirá efectos; y si hubiera especificado que la eficacia de la disposición debía subsistir al margen de cuál fuera la situación del matrimonio a la apertura de la sucesión, tampoco habría lugar a dudas, dada la clara expresión de la voluntad real del testador». Asimismo señala que a la hora de arbitrar soluciones para el problema «no le parece relevante cuál fuera la situación psicológica del testador en relación con el porvenir de su matrimonio: que al testar estuviera convencido que seguiría unido en matrimonio y junto a su esposo o esposa hasta la muerte de cualquiera de ellos, o que hubiera dado por supuesto que ello sería así aun sin pensarlo conscientemente, o que ni siquiera se le hubiera pasado por la cabeza que la situación podía variar con el tiempo, son hipótesis deslindables desde un punto de vista teórico, pero probablemente muy difíciles de distinguir en el caso concreto». Tampoco cree que «desempeñe un papel decisivo la forma en que el testador haya designado a su cónyuge y, en concreto, si a la referencia a aquella cualidad ha añadido o no su identificación nominal, pues en ambos casos parece claro que está pensando en favorecer a quien es su pareja al tiempo de testar». Sobre tales bases considera que esta tesis es la preferible, pues «de acuerdo con el artículo 767.1 del Código civil cuando la causa expresada en el testamento y determinante de la disposición resulta falsa, la disposición es ineficaz, no tendría sentido tratar de distinta manera aquellos supuestos en que esa misma causa desaparezca por el devenir de los acontecimientos después de otorgado el testamento»; en cualquier caso, entiende que «nos hallamos ante una disposición cuya razón de ser a los ojos del testador y de acuerdo con lo que el mismo quería al tiempo de testar (o hubiera querido de haberse planteado la posibilidad que la situación variase), no existe en el instante en que debe ser eficaz, sea porque no ha existido nunca (error actual sobre la validez del matrimonio, por ejemplo), o sea porque ha desaparecido sobrevenidamente (error sobre hechos futuros —el testador estaba convencido al testar que nunca se iba a divorciar o separar de su cónyuge— e imprevisión —el testador ni se había planteado la posibilidad de una crisis matrimonial—)». Se parte, por tanto, por la citada autora que «el matrimonio y el mantenimiento de la convivencia conyugal son, por regla general, causa o motivo de las disposiciones testamentarias que se hacen a favor del esposo o esposa cuando reina la paz conyugal». En fin a estos efectos añade que «hay que recordar que la causa de la disposición y el carácter determinante de la cualidad de cónyuge y del mantenimiento de la convivencia pueden deducirse de pruebas extrínsecas; entre ellas, cuál fuera la situación del matrimonio al tiempo de otorgarse el testamento, ciertos hechos posteriores e incluso máximas

generales de experiencia, siempre que en el caso concreto falten datos sobre la voluntad real del testador que las desmientan». Además cree que estaríamos ante una expresión implícita de la causa «con la alusión en el testamento a la cualidad de cónyuge o con la designación de una persona que, al momento de otorgarse el testamento, era el cónyuge del testador y convivía con él». Finalmente, manifiesta que «si la disposición testamentaria es ineficaz con base al artículo 767.1 del Código civil, el hecho que el testador no la revoque después de producirse la ruptura matrimonial es jurídicamente irrelevante»⁴⁹.

Por su parte, MIQUEL GONZÁLEZ dispone que «lo más razonable es estimar que son ineficaces, si es que la voluntad del testador es algo más que una pura entelequia. Si algún divorciado quiere que se mantengan las disposiciones testamentarias que hizo en su testamento a favor de su cónyuge antes del divorcio, le incumbe ratificarlas. El problema es si para ello se requiere forma testamentaria o puede valer una voluntad deducida de pruebas extrínsecas». Asimismo, tras abordar el paralelismo entre el nacimiento de un hijo después de otorgado testamento con el divorcio, nulidad o separación y de tomar en consideración lo previsto en el artículo 945 del Código civil referido a la legítima del cónyuge viudo y los artículos 102 y 106 del citado cuerpo legal que disponen la revocación de los poderes y consentimientos que se hubieran otorgado los cónyuges desde la presentación de las demandas de nulidad, separación o divorcio, concluye el autor manifestando que «lo decisivo es que el imprevisto cambio de circunstancias determinantes de la institución o legado debe considerarse que les priva de causa y produce su ineficacia (art. 767). Esta debe ser la regla general y quien pretenda mantener las disposiciones en los citados casos, debe otorgar nuevo testamento, pues tales disposiciones deben considerarse ineficaces»⁵⁰.

También CAÑIZARES LASO considera que «la cuestión no radica en la valoración que el testador realiza de una circunstancia actual sino de un problema de previsión de futuro. El testador positivamente cree que siempre será cónyuge el instituido heredero y, por tanto, existe una efectiva creencia en tal motivo para realizar la institución. Así existe error en la formación de la voluntad, error en los motivos para realizar la institución, esto es, causa falsa del artículo 767 del Código civil». Por lo que entiende que «la causa falsa puede referirse a circunstancias tanto presentes, pasadas como futuras»⁵¹. En estos términos señala, además que «nos hallamos en presencia de la causa contemplada por el artículo 767 del Código civil como la razón o motivo que lleva al testador a realizar la institución de heredero, causa falsa que como motivo erróneo hace ineficaz la disposición testamentaria». Ciertamente «en el sentir del testador pudo existir error de imprevisión, en el sentido que no pudo imaginar el transcurso de los hechos posteriores y que, en todo caso, sería un error de imprevisión equiparable al error motivo o causa falsa del artículo 767 del Código civil». En fin, concluye que existe base suficiente en nuestro Código civil para poder sostener en base al citado precepto y con una correcta interpretación dirigida a la valoración de la voluntad real del testador, la ineficacia de este tipo de disposiciones.

En fin, GONZÁLEZ ACEBES destaca que «la nulidad, divorcio o la separación en el Derecho común no tienen por sí mismas eficacia revocatoria de un testamento anterior a las situaciones de crisis conyugal» y, asimismo que «la revocación tácita requiere de un testamento posterior perfecto y válido». En cuanto a la causa del artículo 767 indica que «es la causa subjetiva, el motivo o razón expresada en el testamento que llevó al testador a disponer a favor de una determinada persona» y, además «para que produzca efecto invalidante ha de ser falsa y determinante». Y dicho precepto comprende «tanto la causa positivamente

errónea o falsa como la imprevista o desconocida» y aunque lo dispuesto en el mismo está referido a la falsedad de la causa, también «aquel supuesto en el que se deja de contemplar la posibilidad de su inexistencia o se proyecta sobre presupuestos que posteriormente dejarán de producirse. Por tanto, el error incorporado a la causa del negocio puede referirse tanto a circunstancias presentes, pasadas o futuras. Los hechos futuros son también susceptibles de errónea representación y por ello nada impide referir al error sobre hechos futuros la falsedad de la causa, objeto del artículo 767 del Código civil. La eficacia de la voluntad concreta está tan supeditada a la verdad como a la existencia de la causa real. El defecto de esta se produce igualmente tanto cuando positivamente se yerra sobre la causa como cuando, sin juicio completo sobre ella, se deja de prever su inexistencia o se proyecta sobre presupuestos que posteriormente dejarán de producirse». De este modo indica la citada autora que «la institución hereditaria a favor de cónyuge cuando en el momento del fallecimiento dicho sujeto ya no ostenta este carácter, es una institución con causa falsa, que por virtud de la aplicación del artículo 767.1 del Código civil se tendrá por no puesta. Por tanto, el exónyuge no será llamado a la sucesión». Finalmente coincide con GORDILLO cuando afirma que «la relevancia de la falsedad de la causa ha de resultar del testamento sin que ello impida el recurso a la prueba extrínseca y menos en nuestro caso en que nos encontramos interpretando una cláusula testamentaria» y, asimismo, piensa con CAÑIZARES LASO que «existe base suficiente en nuestro sistema para, a través del artículo 767 del Código civil y una correcta búsqueda de la voluntad del testador, lograr la ineficacia de este tipo de disposiciones»⁵².

Sobre la base de esta doctrina, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.^a, de 13 de diciembre de 1999⁵³ representa la primera resolución en la jurisprudencia menor que sostiene la ineficacia de la institución de heredero a favor de la esposa por la existencia de una causa falsa en aplicación del artículo 767.1 del Código civil en base a los siguientes argumentos: así se indica por la Sala que, la causa o motivo de la institución es la cualidad de cónyuge, por lo que no se trataría de aquí de una institución condicional, esto es, no se estaría en presencia de una condición que posteriormente pueda resultar incumplida, sino muy al contrario de una disposición testamentaria que puede ser errónea o tener causa falsa, cuestión por otra parte que debe interpretarse, siguiendo la doctrina, por medio de la llamada interpretación integradora no contradictoria con el acto testamentario y, producido el hecho sobrevenido del divorcio, lo reconduce al citado artículo 767 del Código civil que regula el error del testador en nuestro Código civil. La referida sentencia dispone al respecto que «en el normal de los casos el testador no ha previsto tal disposición tomando en consideración una eventual nulidad, divorcio o separación y, por consiguiente, lo que debería plantearse en lo que probablemente hubiera querido el testador de haber conocido el posterior divorcio. Por tanto, en esta materia caben dos opciones: en primer lugar, que el testador no plantea bajo ningún concepto el posible problema posterior; y, en segundo lugar, que el testador favorezca a su cónyuge creyendo positivamente que seguirían casados y conviviendo hasta su muerte. Solo en el primer caso podría hablarse de error de imprevisión, mientras que en el segundo se está en presencia de un posible error o causa falsa, aunque no obstante, puedan reconducirse en ambos supuestos a la regulación del error en nuestro Código civil. En esta materia, únicamente cabe, en nuestro ordenamiento, la posibilidad de acudir al artículo 767 del Código civil». Por lo que el error o causa contemplada en este precepto «es la razón o el motivo que lleva al testador a disponer, causa en sentido subjetivo o móvil incorporado

al acto de disposición. De acuerdo con la doctrina mayoritaria es claro que al resultar del testamento no debe impedir el recurso a la prueba extrínseca y por consiguiente, la intención de dar primacía a la voluntad del testador exige la utilización de cuantos elementos puedan conducir a la valoración de esa voluntad real aunque no esté perfectamente expresada en el texto del testamento». La Audiencia da por probado que el motivo determinante de la institución de heredero a la esposa era la condición de cónyuge y, de haber previsto que en un momento posterior dejaría de serlo, no hubiera otorgado dicha disposición, por lo que el testador ha operado sobre una causa falsa. Se pone de manifiesto por la Audiencia en la citada resolución que, aunque efectivamente el testador pudo revocar el testamento, y no lo hizo; no obstante lo expuesto, la cuestión no radica tanto en la posibilidad de revocación, como en la eficacia, en sí de la disposición testamentaria en cuanto instituyó heredera a su esposa, que dejó de serlo tras el divorcio y, en consecuencia, la voluntad errada sobre la que se basó dicha disposición implica que se esté en presencia de un posible error o causa falsa que sobre la base legal indicada, y, por ende, determina la declaración de ineficacia de la disposición testamentaria. Además ha quedado probado que en el momento de la separación de hecho los cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales, de acuerdo con las cuales se adjudica el testador en pago de sus gananciales la finca adquirida de su padres, mediante compraventa, finca objeto de la presente herencia. En fin, en el presente caso, se da la circunstancia que en el momento en que se otorga testamento, en concreto en 1978, no era posible el divorcio en España, aunque sí la separación, por lo que 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 esposa y esta disposición debe entenderse motivada por la consideración a que precisamente era su esposa; si el testador hubiera previsto que no sería, no hubiera determinado dicha disposición, padeciendo, en consecuencia, una causa falsa de la institución de heredero regulada en el Código civil en su artículo 767». En esencia, para esta Sala el motivo perseguido por el testador era la de instituir heredero a su cónyuge, y como en el momento de su muerte, ya no ostenta tal condición consecuencia de la crisis matrimonial, no puede cumplirse la voluntad del testador por error o causa falsa, deviniendo la institución de heredero ineffectiva.

Recientemente, como hemos señalado al inicio de nuestra exposición, se ha pronunciado adoptando esta línea doctrinal y la jurisprudencial iniciada por la citada resolución de la Audiencia Provincial de Málaga de 1999, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 y 28 de septiembre de 2018. En la primera se plantea la eficacia del legado a favor de la pareja de hecho del testador, cuando a la apertura de la sucesión se ha producido el cese de la convivencia; y, la segunda versa sobre la eficacia de la institución de heredero del cónyuge del testador cuando en el momento de la apertura de la sucesión se había producido el divorcio.

Centrándonos en la sentencia de 26 de septiembre de 2018, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación en base a los siguientes fundamentos jurídicos: 1. Considera que «debe aplicarse el artículo 767 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 de 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 ineffectiva»; 2. Argumenta que «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 767.1 del Código civil, que se refiere a la “expresión” del motivo de la institución o del nombramiento del 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. Entiende la Sala que «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 D.^a Cecilia, sin que haya razón para pensar que, de no ser su pareja, el testador la hubiera favorecido con un legado»; y, 4. La extinción de la relación de pareja después del otorgamiento del testamento que la sentencia recurrida declara como hecho probado, entiende que «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». Además considera que no se infringe el artículo 675 del Código civil «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».

Finalmente, la Sala declara ineficaz el legado realizado a favor de la pareja de hecho, cuando a la hora de la muerte del testador se ha producido el cese de la convivencia. Si bien, precisa al respecto que «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 reconvención 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. Y 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 se basa su decisión en el incumplimiento de una condición prevista por el testador, sino en la aplicación analógica del artículo 767.1 del Código civil en relación con el artículo 675 del Código civil».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 2018 versa sobre la ineficacia de la institución de heredero del cónyuge de la testadora por expresión de causa falsa cuando en el momento de la apertura de la sucesión, se había producido el divorcio. El fallecimiento de la testadora había tenido lugar siete años después del divorcio sin que otorgara nueva disposición testamentaria que revocara la anterior. El empleo del término «esposo» en el testamento revela el motivo por el que la testadora le nombraba como su heredero, sin que hubiera razón para pensar que, de no ser su esposo, la testadora lo hubiera instituido heredero, pues, la institución de heredero estaba condicionada a que el instituido fuera el esposo de la causante al abrirse

la sucesión. Al respecto, de nuevo, nuestro Alto Tribunal estima la aplicación del artículo 767 del Código civil que, regula, como bien sabemos, la existencia de una causa falsa en la institución de heredero. Para ello argumenta que, precisamente, ante la ausencia de una norma de integración en el Código civil que, presume cuál sería la voluntad hipotética del testador medio en caso de producirse la disolución del matrimonio, a diferencia de lo que sucede en otros derechos, el Tribunal Supremo lleva a cabo una analogía entre el error en los motivos y causa falsa del artículo 767 y el error de imprevisión y señala que «(...) de acuerdo con la opinión dominante de la doctrina, esta Sala considera que, ante la ausencia de una norma de integración que contemple el caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el artículo 767.1, 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». Por lo que, para este Alto Tribunal si la causa es el motivo o razón de la institución de heredero, esto es, el mantenimiento de la condición de cónyuge en el momento de apertura de la sucesión; esta causa deviene falsa al no existir tal condición en el momento de fallecimiento del testador. Por otra parte, la Sala apoya sus argumentos, amparándose en la interpretación de la voluntad del testador conforme al artículo 675 del Código civil, pues, atendiendo a lo dispuesto en el citado precepto «la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello, la literalidad del artículo 767.1 del Código civil, que se refiere a la “expresión” del motivo de la institución o del nombramiento del 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 del esposo o pareja del testador». Ahora bien, para el Tribunal Supremo la condición o cualidad de esposo y su mención en la cláusula testamentaria no puede considerarse ni como una mera descripción de la relación matrimonial existente, ni tampoco como un mero identificador del instituido heredero, pues ya se encuentra identificado por su nombre y apellidos. Por lo que, la cualidad de esposo resulta ser en la apertura de la sucesión la causa de la disposición testamentaria esto es, el motivo subjetivo que lleva al testador a realizar la institución de heredero o, en su caso, de legatario —como en el supuesto anterior— a favor de su cónyuge o pareja de hecho. Así lo establece esta sentencia cuando dispone que «el empleo del término “esposo” para referirse al instituido no puede ser entendido como una mera descripción de la relación matrimonial existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación del instituido, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención del término “esposo” revela el motivo por el que la testadora nombraba a Esteban como su heredero, sin que haya razón para pensar que, de no ser su esposo, la testadora lo hubiera instituido heredero». Por lo tanto, entiende el Alto Tribunal que, la causa de la institución de heredero a favor del esposo es, precisamente, el mantenimiento de la condición o cualidad de cónyuge en la apertura de la sucesión. Ciertamente, en el momento de otorgar testamento, la voluntad de la testadora era instituir heredero a su esposo, dado que en dicho momento lo era, por lo que su voluntad estaba clara al operar sobre una realidad existente y cierta, y, no incursa en error. Es, por lo que, considera el Tribunal Supremo que en este caso nos encontramos ante un error de imprevisión de la testadora, pues si cuando otorgó la disposición testamentaria, hubiera sabido que, *a posteriori* se divorcia-

ría de su cónyuge D. Esteban, posiblemente no le hubiera instituido heredero; de ahí que manifieste «(...) sin que haya razón para pensar que, de no ser su esposo, la testadora lo hubiera instituido heredero». Con ello, se logra demostrar que el motivo o la razón principal por la que el causante instituyó heredero a su cónyuge, era, precisamente, porque lo era en el momento del otorgamiento del testamento, y, al cesar tal condición de cónyuge con el divorcio, la disposición testamentaria deviene ineficaz atendiendo a lo dispuesto en el artículo 767.1 del Código civil. Precisamente, con el divorcio desaparece la causa o el motivo que propició la disposición testamentaria, esto es, la condición del cónyuge, haciendo que la disposición testamentaria sea ineficaz «(...) 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». A tenor de lo expuesto, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación, anula la sentencia dictada por la Audiencia y estima la demanda, declarando la ineficacia de la institución hereditaria a favor del cónyuge cuando en el momento de la sucesión, se ha producido el divorcio y la apertura de la sucesión intestada. Falla a favor de la aplicación del artículo 767 del Código civil.

Esta sentencia constituye el primer fallo en el que el Alto Tribunal acredita que, la causa o el motivo principal que, lleva al testador a instituir heredero a su cónyuge es, justamente, esta condición de cónyuge, por lo que el divorcio posterior hace ineficaz la disposición; y, como hemos señalado, igualmente, la sentencia de 26 de septiembre se refiere por primera vez a la ineficacia de la institución de legado a favor de una pareja de hecho, atendiendo a la existencia de tal condición en el momento de otorgamiento del testamento y no a la apertura del mismo, al haberse extinguido ya en ese momento la relación de pareja.

Lo cierto es que, tanto esta resolución con la anterior, reinterpretan la cuestión operando sobre nuevas bases jurídicas y se apartan de la posición tradicional hasta ahora asumida por este Tribunal. Asimismo, ambas resoluciones consideran ineficaz de modo sobrevenido la institución de heredero a favor del cónyuge o del legado a favor de la pareja de hecho en caso de divorcio posterior o cese de la convivencia respectivamente acudiendo a encuadrar el supuesto en el ámbito del artículo 767 del Código civil, aplicándolo analógicamente a estas situaciones. Por tanto, el Tribunal Supremo, ante la falta de una regla en el Código civil que disponga directamente las consecuencias de un divorcio posterior entre la testadora y beneficiario por la disposición testamentaria o del cese de la convivencia entre el testador y el beneficiario de un legado, encuadra ambos supuestos en el ámbito del citado artículo 767, por lo que se concluye en ambas que, la disposición testamentaria por la que se instituye heredero al esposo de la testadora o, legataria a la pareja de hecho del testador, implica que, la voluntad real de estos sería la de considerar ineficaces las respectivas disposiciones testamentarias en el caso de tener lugar un divorcio posterior o cese de la convivencia, y todo ello pese a que no se llevó a cabo una revocación expresa del testamento.

Frente a la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 29 de diciembre de 1997, ambas resoluciones se apartan de tal doctrina consolidada en la materia hasta la fecha, al resolver a favor de la ineficacia de las disposiciones testamentarias una vez producido el divorcio o cese de la convivencia. Ciertamente, recordemos que, la sentencia de 1997 opta por una interpretación literal de la voluntad del testador; además se indica que el testamento no puede recoger una voluntad de testar que sea posterior a su otorgamiento; asimismo, considera que, resulta contrario al artículo 675 del Código civil que, se interprete el testamento atendien-

do a circunstancias posteriores no solo al otorgamiento del mismo, sino también al fallecimiento del testador cuando tiene lugar la apertura de la sucesión, pues se debe atender a su voluntad real; y, en fin, se indica que no se ha procedido a la revocación del testamento, cuando resultaba procedente. Sin embargo, en las nuevas resoluciones del Tribunal Supremo se dispone que, los hechos posteriores e imprevisibles como son el divorcio o cese de la convivencia influyen en la formación de la voluntad en cuestión y estamos, en consecuencia, ante un error de imprevisión del testador. También, se señala que, hay una identidad de razón entre tal error de imprevisión y error en los motivos o la causa falsa. En cuanto a lo que representa la voluntad real del testador, en la sentencia de 1997 era instituir heredera a quien, además era su cónyuge en el momento de otorgar testamento con su nombre y apellidos, sin pensar ni prever que no tendría tal condición en la apertura de la sucesión; mientras que, en las otras dos resoluciones de 2018 se instituye a quien resulta ser su cónyuge o pareja de hecho en el momento de otorgamiento del testamento, no con posterioridad. Respecto al empleo o mención de la palabra «cónyuge» o, en su caso, «pareja de hecho o conviviente» en el testamento, la sentencia de 1997 manifiesta, por su parte, que no se puede demostrar que la cualidad o condición de cónyuge identificado con su nombre y apellidos sea determinante o decisivo para la institución de aquel como heredero; en cambio, en las otras dos resoluciones de 2018 se destaca que es, precisamente, la condición de cónyuge o de pareja de hecho la causa o el motivo por el que se instituye heredero o legatario al cónyuge o pareja de hecho. En fin, la sentencia de 1997 indica que, el divorcio no tiene ningún efecto sobre el testamento, y, este resulta eficaz, pese a la existencia de tal situación de crisis conyugal; en las otras dos resoluciones citadas el divorcio o cese de la convivencia, si tienen efectos sobre el testamento, al declararlo ineficaz en base a la aplicación del artículo 767 del Código civil.

V. INCORPORACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO DE UNA NORMA REGULADORA DE LA MATERIA

También un importante sector de nuestra doctrina, además de mostrarse partidario y defender cualquiera de las tesis anteriormente expuestas, reconoce la necesidad e importancia de introducir una norma de integración en el Código civil que pueda resolver y dar una solución razonable, precisamente a esta cuestión, dada la frecuencia con la que se producen hoy en día las situaciones de crisis matrimonial o de convivencia de la pareja. En todo caso, se trataría de una norma integrativa, dispositiva y presuntiva de la voluntad del testador que, para el caso de producirse el divorcio o la ruptura de pareja declarase ineficaz la disposición testamentaria a favor del cónyuge o pareja de hecho. Y, debería, además como precisa LÓPEZ FRIAS «abrir tanto las atribuciones al cónyuge designado nominativamente como, obviamente, aquellas otras en que el beneficiario solo aparece determinado por su condición de esposo o esposa del testador en el momento del otorgamiento»⁵⁴. A lo que añade la autora que «se trata ahora de suplir ese silencio de la ley, porque existe un hecho en la experiencia social no comprendido en los supuestos de hecho de las normas jurídicas; por tanto, si se ha roto la confianza conyugal y se está ante un supuesto de nulidad, separación o divorcio, parece que la intención del testador con carácter general y teniendo en cuenta lo que haría un hombre medio, sería dejar sin efecto la disposición testamentaria beneficiosa para su consorte»⁵⁵.

Asimismo, en esta línea ÁLVAREZ ÁLVAREZ señala que «para evitar problemas, sería conveniente que, al igual que sucede con algunos derechos civiles especiales, el legislador reformase el Código civil en el sentido de considerar la revocación automática de las disposiciones testamentarias otorgadas a favor del cónyuge en los casos en los que sobreviniera una crisis matrimonial que desembocase en nulidad, divorcio o separación ya sea judicial o de hecho»⁵⁶.

Igualmente, EGUSQUIZA BALMASEDA entiende que es el momento de replantearse la reforma legal en esta materia «no solo por las dificultades o limitaciones que se descubren para alcanzar soluciones de justicia material en temas sucesorios, planteados por los cónyuges cuando se divorcian. También los impedimentos del sistema que cabe advertir para modificar las declaraciones *“mortis causa”* contenidas en capitulaciones matrimoniales, la promesa de mejorar (art. 826 CC), han de tenerse en cuenta y acompañarse a una nueva realidad que deja sin fundamento los poderes que se confirieron. En todo caso, la comprensión de las dificultades anímicas que para quien mantuvo una relación conyugal supone la ruptura definitiva, debería llevar al legislador a facilitar que se ofrezca una solución más sencilla y acorde a los intereses de todas las partes implicadas»⁵⁷.

Por su parte, IMAZ ZUBIAUR prefiere apostar por «ofrecer a la ciudadanía una mayor —y mejor— formación sobre los recursos disponibles en este campo». Se entiende que esa labor de formación la asumen los operadores jurídicos —notarios, abogados—. Lo que, además continúa la autora dotaría a aquella «de más capacidad a la hora de tomar decisiones y asumir riesgos; de más información, conocimiento y madurez. Un menor espacio para la imprevisión, el despiste, el olvido y el abandono»⁵⁸.

Finalmente, nos parece oportuno señalar que, hubo un intento por parte de nuestro legislador estatal de establecer una normativa al respecto. Así en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio de julio de 2013 se reformaron entre otros preceptos del Código civil, el artículo 102.4 disponiendo al efecto que, en caso de admisión de la demanda de separación, nulidad o divorcio *«quedarán sin efecto, salvo voluntad expresa por el testador, las disposiciones testamentarias que uno de los cónyuges hubiera establecido a favor del otro. La reconciliación de los cónyuges dejará sin efecto lo dispuesto en este apartado»*. Se declaraba la ineficacia de las disposiciones testamentarias, o como se indicaba en el texto «estas quedarían sin efecto», en línea con lo previsto en los ordenamientos autonómicos y extranjeros más cercanos a nuestro entorno; y primando, asimismo, la voluntad del testador, pues, se posibilitaba que, este pudiera otorgar eficacia a las disposiciones testamentarias a favor del excónyuge, a pesar de la existencia de tales circunstancias sobrevenidas de crisis matrimonial.

En cuanto a la valoración de esta reforma, señala DE LA IGLESIA PRADOS que «se lleva a cabo de forma oculta y escondida, pues, se integra en el ámbito de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, una medida eminentemente sucesoria y, por ello el lugar deseable sería también en los preceptos del Código civil reguladores de la sucesión». Además añade que con esta norma «se ataca la libertad del testador, imponiéndose por el legislador un efecto contrario a ella, pues no tiene por qué considerarse modificado y no querido, pues de sus propios actos contrarios a la revocación testamentaria pudiera incluso inferirse que su deseo es que se conservasen a pesar de la crisis conyugal, lo que tampoco es irracional»⁵⁹.

Coincidimos con el citado autor que, sistemáticamente el lugar más oportuno para la regulación de esta materia objeto de controversia es, precisamente, el ámbito del Derecho de sucesiones.

VI. CONCLUSIÓN

Como hemos indicado, lo esencial es la fijación de la voluntad del testador en el momento de otorgar el testamento, siendo aquella la ley de sucesión. Se debe atender con preferencia a la interpretación gramatical o literal y solo cuando la literalidad de las expresiones empleadas en el testamento suscita dudas, se observará lo que sea más conforme con la intención del testador y, para ello se podrá acudir a otros medios o criterios de interpretación y al recurso a la prueba extrínseca, todo ello sin perjuicio del uso de la interpretación integradora como modalidad de interpretación. Ahora bien, cuando se ha otorgado testamento instituyendo heredero o legatario al cónyuge o la pareja de hecho y después tiene lugar el divorcio o la ruptura de la pareja sin revocar el testamento, precisamente, se puede plantear a la apertura de la sucesión la eficacia o ineficacia de las instituciones testamentarias de heredero o legatario ante la existencia de tales circunstancias sobrevenidas e imprevisibles. Tradicionalmente, en el seno de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales se ha venido interpretando que, atendiendo a su tenor literal, estas cláusulas testamentarias que instituyen heredero o legatario al cónyuge o pareja de hecho designado, en ocasiones, con su nombre y apellidos, supone que la voluntad del testador es, precisamente, instituir a la persona sin tener en cuenta la relación conyugal o de pareja que se mantenga con él mismo y, en consecuencia que, tal relación no constituye el motivo o la causa determinante de la institución testamentaria. En esencia, se entiende que la voluntad real del testador con el empleo de la palabra cónyuge o pareja de hecho es la de constituir simplemente un mero identificador del instituido, sin que influyan para nada las circunstancias sobrevenidas como el divorcio o la ruptura de pareja. Sin embargo, en las sentencias del Tribunal Supremo de 26 y 29 de septiembre de 2018, ante la inexistencia de una norma como la existente en otros ordenamientos extranjeros o autonómicos, coinciden en aplicar el artículo 767 del Código civil, entendiendo que hay identidad de razón entre el error de imprevisión y el error o causa falsa al que se refiere el citado precepto y, por tanto, si en el momento de fallecimiento se ha producido un cambio de circunstancias, desaparece el motivo determinante por el que el testador en su momento otorgó tales disposiciones, como es la condición de cónyuge —la conyugalidad— o la permanencia de la situación de pareja de hecho; de ahí que, aquellas devengan ineficaces. Por tanto, constituye la voluntad real del testador que, en el momento de la apertura del testamento se mantenga la condición de cónyuge o pareja de hecho del testador y que, tal condición represente el motivo determinante de las disposiciones testamentarias de heredero y legatario del cónyuge o pareja de hecho. Ciertamente, se considera por tal doctrina jurisprudencial y parte de los autores citados en líneas precedentes que, la imprevisión del testador o error sobre unos hechos futuros como son la separación o el divorcio o la ruptura de la pareja de hecho posterior al otorgamiento del testamento, representa un error en el motivo determinante de la institución⁶⁰. La palabra cónyuge o pareja de hecho expresada en el testamento se entiende como causa o motivo subjetivo determinante de la institución hereditaria. Por lo que, si tal causa o motivo de la institución han dejado de existir tras el divorcio o la ruptura de la pareja, esta puede ser considerada falsa y, por ende, devenir ineficaz la institución hereditaria. Además, se constata que, la mención del término cónyuge o pareja de hecho en la disposición testamentaria no opera como un mero identificador del instituido heredero o legatario, al ya aparecer identificado con su nombre

y apellidos, ni tampoco se corresponde con la descripción de una relación matrimonial o de afectividad existente. El testador quiere favorecer al designado como su cónyuge o pareja de hecho, precisamente, porque lo es, y cuenta con que lo seguirá siendo, cuando fallezca.

Consideramos adecuada tal forma de proceder de nuestro Alto Tribunal y, a falta de norma jurídica reguladora de la materia, aplicar analógicamente lo dispuesto en el artículo 767 del Código civil, al entender que el motivo o la causa de la institución de heredero o legatario del cónyuge o pareja de hecho —su voluntad real— es que tal condición se mantenga en el momento de la apertura del testamento; de ahí que, sea presumible que el testador o testadora de haber conocido en el momento de otorgar testamento que, las situaciones de crisis matrimonial o de pareja podrían tener lugar, no hubiera instituido heredero o legatario a su cónyuge o pareja de hecho, o, en todo caso, hubiera hecho un llamamiento condicional. Ahora bien, no es menos cierto que, sí existe, en cambio, en nuestro ordenamiento una normativa expresa sobre la revocación del testamento y en consecuencia, el testador poder actuar ante la existencia sobrevenida e imprevisible de circunstancias tales como el divorcio o la ruptura de pareja, procediendo a revocar el testamento antes de la apertura de la sucesión. Si bien, en todos los supuestos analizados por nuestra jurisprudencia, hemos de indicar que, en ningún caso se ha hecho —lo que ha venido a constituir una práctica habitual—; y, pudiendo ser, al respecto, muy diversas las razones por las que no actuó de tal manera, bien por dejadez, bien por desconocimiento de dicho recurso jurídico entre otras. De todas formas, nada impide al testador también llevar a cabo un llamamiento condicional, y, hacer depender la eficacia de la institución de heredero o legatario de la condición expresa que, en el momento de la apertura de la sucesión la persona del cónyuge o pareja de hecho siga manteniendo tal *status* (art. 790 CC).

No obstante lo expuesto, quizá lo procedente sea en nuestra opinión, precisamente, para dotar de seguridad a la cuestión, y en la línea, asimismo, de una parte de nuestra doctrina, regular la materia —esta suerte de error de imprevisión del testador ante la producción de circunstancias sobrevenidas como la nulidad, separación, el divorcio o la ruptura de la pareja— mediante una norma de integración dispositiva en nuestro Código civil que, determine la ineeficacia de la institución hereditaria ante tales situaciones, como así también se sustancia mayoritariamente en otros ordenamientos jurídicos autonómicos o extranjeros cercanos a nuestro entorno. Nos inclinamos por una norma de integración dispositiva y presuntiva, pues, en el máximo respeto a la voluntad del testador, este puede optar por la eficacia de la institución de heredero o legatario del cónyuge o pareja de hecho, aun habiéndose producido la crisis matrimonial o de pareja.

Ciertamente, ello supondría colmar el vacío legal existente en la sucesión voluntaria o testamentaria cuando tras el otorgamiento de testamento en que se instituye heredero o legatario al cónyuge o pareja de hecho, tienen lugar una crisis matrimonial —nulidad, separación o divorcio— o, de ruptura de la pareja de hecho que, se mantiene en el momento de apertura de la sucesión y, donde, precisamente, tales supuestos sobrevenidos e imprevistos para el testador no tienen en nuestro Código civil ningún efecto invalidante sobre tales disposiciones testamentarias. Lo que contrasta con la previsión legal expresa existente en tal cuerpo legal para la sucesión forzosa o legal o la sucesión intestada en las que se priva al cónyuge separado legalmente o de hecho de su derecho a la legítima (arts. 834 y 945 CC).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2006). Incidencia de las crisis matrimoniales en el Derecho de sucesiones, *Actualidad Civil*, número 13, primera quincena de julio, 1525 a 1554.
- CAÑIZARES LASO, A. (2001). Disposición testamentaria en favor del cónyuge y divorcio posterior. En: A. Salinas de Frías (coord.), *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, Málaga: XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1999). *Compendio de Derecho sucesorio*, 2.^a edición actualizada por Esperanza Martínez-Radio, Madrid: La Ley.
- DE LA IGLESIA MONJE, I. (2019). Interpretación de la voluntad del testador cuando se ha producido un cambio de circunstancias, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XCV, número 772, marzo-abril, 881 a 893.
- DE LA IGLESIA PRADOS, E. (2016). La ineeficacia de las disposiciones testamentarias entre cónyuges por crisis matrimonial. En: J. Ramos Prieto y C. Hornedo Méndez (coords.), *Derecho y Fiscalidad de las sucesiones mortis causa en España: una perspectiva multidisciplinar*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2010). La ordenación de la sucesión testamentaria tras la ruptura matrimonial del causante. Contenido del testamento y contiendas judiciales. En: Á. L. Rebollo Varela (coord.), *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectiva de futuro*, Madrid: Dykinson.
- EGUSQUIZA BALMASEDA M.^a Á. (2003). *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Navarra: Thomson Aranzadi, Cizur Menor.
- GALICIA AIZPURÚA, G. (2013). Comentario al artículo 767 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. IV*, Valencia: Tirant lo Blanch, 5675-5679.
- GARCÍA AMIGO, M. (1969). Interpretación del testamento, *Revista de Derecho Privado*, diciembre, 931-971.
- (2004). La integración del testamento. En: J.M. González Porras, E.P. Méndez González (coords.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, T. I*, Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia 2004, 1833-1849.
- GÓMEZ CALLE, M.^a E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Navarra: Thomson Civitas, Cizur Menor.
- (2011). Comentario al artículo 767 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado, vol. II*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 680-687.
- GONZÁLEZ ACEBES, B., (2012). *La interpretación del testamento*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- HORNEDO MÉNDEZ, C. (2011). Comentario al artículo 739 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (coords.), *Código civil comentado, vol. II*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.
- IMAZ ZUBIAUR, L. (2012). Algunas reflexiones en torno a la eficacia de las disposiciones testamentarias ante un cambio sobrevenido de las circunstancias. Incidencia de la crisis de pareja en la atribución sucesoria otorgada con anterioridad, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 47 a 79.

- JORDANO BAREA, J.B. (1991). Comentario del artículo 675 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil, T. I*, Madrid: Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1697-1699.
- (1999). *El testamento y su interpretación*, Granada: Comares.
- LÓPEZ FRÍAS M.ª J. (2004). *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento*, Granada: Comares.
- (2012). La voluntad hipotética del testador en crisis matrimoniales sobrevenidas: estado legal y jurisprudencial, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 5, septiembre, 61-81.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2002). Notas sobre «la voluntad del testador», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 6, 153-190.
- MUNAR BERNAT, P. (2016). Interpretación del testamento. En: M.ª del C. Gete-Alonso y Calera (dir.), y J. Solé Resina (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. I, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. (2013). El testamento: En: M.Á., Pérez Álvarez (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. V Derecho de sucesiones*, reimpresión de la 1.ª edición, Madrid: Edisofer.
- ROCA SASTRE R. M.ª (1951). *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas del Tratado de Derecho Civil*, T. V. Derecho de sucesiones, vol. I de L. Ennecerus, T. Kipp y M. Wolf, Barcelona: Bosch.
- RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario al artículo 675 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. IV*, Valencia: Tirant lo Blanch, 5208-5226.
- TORRES GARCÍA, T. F. (2004). Disposiciones testamentarias y vicisitudes del matrimonio. En: T.F. Torres García (coord.), *Estudios de Derecho Civil homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid: Universidad de Valladolid.
- VAQUER ALOY, A. (2003). Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis matrimonial, *Anuario de Derecho Civil, T. LVI, Fasc. I*, enero-marzo, 67-100.
- (2008). *La interpretación del testamento*, Madrid: Reus.
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2016). Interpretación del testamento. En: M.ª del C., Gete-Alonso y Calera (dir.), J. Solé Resina (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. I, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 1 de junio de 1946.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de junio de 1947.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de febrero de 1958.
- STS, Sala de lo Civil, 4 de noviembre de 1961.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de abril de 1963.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de abril de 1965.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de abril de 1978.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de octubre de 1979.
- STS, Sala de lo Civil, 1 de febrero de 1988.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de julio de 1991.
- STS, Sala de lo Civil, 31 de diciembre de 1992.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de octubre de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de diciembre de 1997.

- STS, Sala de lo Civil, 23 de junio de 1998.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de octubre de 2003.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de diciembre de 2006.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de enero de 2008.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de diciembre de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de diciembre de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de junio de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de septiembre de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de septiembre de 2018.
- SAP Málaga, secc. 6.^a, 13 de diciembre de 1999.
- SAP Asturias, secc. 4.^a, 8 de marzo de 2000.
- SAP Toledo, secc. 2.^a, 11 de julio de 2000.
- SAP Vizcaya, secc. 4.^a, 15 de noviembre de 2007.
- SAP Alicante, secc. 9.^a, 30 de marzo de 2007.
- SAP Guipúzcoa, secc. 1.^a, 29 de julio de 2008.
- SAP Valencia, secc. 8.^a, 24 de febrero de 2009.
- SAP Asturias, secc. 1.^a, 13 de mayo de 2009.
- SAP Granada, secc. 5.^a, 11 de julio de 2010.
- SAP Madrid, secc. 19.^a, 15 de abril de 2013.
- SAP Madrid, secc. 6.^a, 13 de diciembre de 2013.
- SAP Valencia, secc. 7.^a, 20 de enero de 2016.
- SAP Madrid, secc. 8.^a, 9 de marzo de 2017.
- RDGRN de 26 de noviembre de 1998.
- RDGRN de 26 de febrero de 2003.
- RDGRN de 27 de febrero de 2019.

NOTAS

¹ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2013). El testamento: En: M.Á., Pérez Álvarez (coord.), *Curso de Derecho Civil. T. V Derecho de sucesiones*, reimpresión de la 1.^a edición, Madrid: Edisofer, 101.

² GARCÍA AMIGO, M. (1969). Interpretación del testamento, *Revista de Derecho Privado*, diciembre, pp. 934-936; VERDERA IZQUIERDO B. (2016). Interpretación del testamento. En: M.^a del C., Gete-Alonso y Calera (dir.), J. Solé Resina (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. I, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 691; PÉREZ ÁLVAREZ M.Á. (2013). El testamento, *op. cit.*, 104.

³ IMAZ ZUBIAUR, L. (2012). Algunas reflexiones en torno a la eficacia de las disposiciones testamentarias ante un cambio sobrevenido de las circunstancias. Incidencia de la crisis de pareja en la atribución sucesoria otorgada con anterioridad, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 58; GÓMEZ CALLE, M.^a E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Navarra: Thomson Civitas, Cizur Menor, 315-316; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2002). Notas sobre "la voluntad del testador", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 6, 189.

⁴ Para GÓMEZ CALLE, M.^a E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, *op. cit.*, 315 «si los llamamientos a la sucesión intestada descansa en una suposición sobre los posibles afectos del causante, interesa subrayar que el legislador parte, en el artículo 945 del Código civil, que en caso de separación, sea del tipo que sea, no es presumible que el causante quisiera que le sucediese su cónyuge; valoración que cabe hacer, con mayor razón si cabe, en las hipótesis de nulidad o divorcio que, determinan la inexistencia de todo vínculo matrimonial». Y añade que «contamos, por tanto, con una manifestación del significado que el legislador civil común atribuye a las crisis matrimoniales desde la perspectiva de la presumible voluntad

del causante, lo que parece que debería tenerse en cuenta en el ámbito de las disposiciones testamentarias hechas a favor del cónyuge antes de sobrevenir la crisis, como argumento favorable a su ineffectuación aunque el testador permanezca inactivo».

Por su parte, señala, al respecto, CAÑIZARES LASO, A. (2001). *Disposición testamentaria en favor del cónyuge y divorcio posterior*. En: A. Salinas de Frías (coord.), *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, Málaga: XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, 113, que «empiezan a aparecer en la práctica judicial, en los últimos años del siglo XX casos en los que los cónyuges habiendo instituido herederos al otro cónyuge en su testamento, se divorcian con posterioridad y sin embargo no revocan el testamento otorgado, de manera que a la muerte del causante el que fue esposo o esposa ya no lo es y naturalmente existe un testamento en que se instituyen como tales, sin posterior revocación».

⁵ HORNEDO MÉNDEZ, C. (2011). Comentario al artículo 739 del Código civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (coords.), *Código civil comentado, vol. II*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 580-581, la revocación tácita exige dos requisitos: «de un lado, que el testamento posterior sea perfecto; y de otro que el testador no establezca en el nuevo testamento que el anterior subsista en todo o en parte».

⁶ GÓMEZ CALLE, M.^a E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, op. cit., 306; EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Á. (2003). *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Navarra: Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 110.

⁷ RJ 2018, 4258; RJ 2018, 4071.

⁸ LA LEY 18913/2019; BOE, número 73, de 26 de marzo de 2019, 30742-30752.

⁹ El artículo 422-13 del Código civil catalán dispone que: «1. La institución de heredero, los legados y las demás disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante devienen ineffectuaciones si, después de haber sido otorgadas, los cónyuges se separan de hecho o legalmente, o se divorcian, o el matrimonio es declarado nulo, así como si en el momento de la muerte hay pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, salvo reconciliación». En similares términos, en su párrafo 2 establece para las parejas de hecho que «2. Las disposiciones a favor del conviviente en pareja estable devienen ineffectuaciones si después de haber sido otorgadas, los convivientes se separan de hecho, salvo que reanuden su convivencia o se extingue la unión por una causa que no sea la defunción de uno de los miembros de la pareja o el matrimonio entre ambos». Por su parte, en el párrafo 4 considera también ineffectuaciones las atribuciones realizadas por el testador a parientes del cónyuge o conviviente, así señala que «4. El presente artículo también se aplica a los parientes que solo lo sean del cónyuge o conviviente, en línea directa o en línea colateral dentro del cuarto grado, tanto de consanguinidad como de afinidad». Y, en línea con lo previsto en el Derecho alemán, se admite la efectuación de la institución de heredero y legatario, si se prueba que el testador las hubiera ordenado, a pesar de la situación de crisis matrimonial o de pareja, primando y destacando de nuevo la importancia de interpretación de la voluntad del testador ante de proceder a declarar la ineffectuación de la disposición testamentaria. Al respecto se dispone en el párrafo 3 que «3. Las disposiciones a favor del cónyuge o del conviviente en pareja estable mantienen la efectuación si del contexto del testamento, el codicilo o la memoria testamentaria resulta que el testador las habría ordenado incluso en los casos regulados en los apartados 1 y 2». Para DE LA IGLESIA PRADOS, E. (2016). La ineffectuación de las disposiciones testamentarias entre cónyuges por crisis matrimonial. En: J. Ramos Prieto y C. Hornedo Méndez (coords.), *Derecho y Fiscalidad de las sucesiones mortis causa en España: una perspectiva multidisciplinar*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 174-175 del contenido del citado precepto se pueden extraer tres importantes consecuencias: «1. La existencia de un hecho de carácter objetivo para su aplicación, al ceñirse la posibilidad de ineffectuación, de forma exclusiva, a los casos de ruptura de la convivencia, separación de hecho o interposición de una demanda de nulidad, separación o divorcio; 2. Se ha de precisar que el legislador catalán no ha impuesto una consecuencia para la ruptura de la convivencia, pues, lo establecido es una presunción *iuris tantum*, toda vez que aun cuando se produzca los supuestos objetivos antes citados, ello no ha de conllevar la ineffectuación de la disposición testamentaria efectuada a favor del cónyuge o conviviente, pues puede destruirse tal efecto,

si se acredita la voluntad del testador, a pesar de la ruptura fáctica o jurídica, conservarla; 3. La norma foral vigente determina que, en caso de cese de la convivencia y no destrucción de la presunción citada, el efecto será la ineficacia de las designaciones realizadas».

Por su parte, el artículo 438 del Código de Derecho Foral de Aragón establece al respecto 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 aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin*». Se parte de la ineficacia de la disposición testamentaria a favor del cónyuge, aunque, de nuevo se admite prueba en contrario por el interesado, atendiendo a que, precisamente, la voluntad del testador expresada en el testamento es mantener tales disposiciones.

En similares términos a lo dispuesto en los anteriores ordenamientos —catalán y aragonés— citados, se expresa el artículo 208 de la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia en el que, igualmente, se destaca la ineficacia de las disposiciones otorgadas por el testador con anterioridad a la crisis matrimonial y no previstas por él en el testamento, así dispone que «*Salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones a favor del cónyuge no producirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin. Tampoco producirán efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges*». Por lo que, atendiendo de nuevo a la voluntad del testador, pueden ser consideradas eficaces tales disposiciones, si así aquél lo ha dispuesto en el testamento.

En fin, la Ley 200 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra dentro del Capítulo V dedicado al testamento de hermandad bajo la rúbrica ineficacia establece que: «*El testamento de hermandad devendrá ineficaz en todas sus disposiciones en los supuestos siguientes: 1. Cuando hubiera sido otorgado por cónyuges, incluso con anterioridad a contraer matrimonio constituyendo o no pareja estable, la separación legal, divorcio o nulidad del mismo. La mera interposición de la demanda judicial producirá la ineficacia salvo posterior reconciliación. 2. Cuando hubiera sido otorgado por dos personas constituidas en pareja estable, incluso con anterioridad a su constitución, por la extinción de la misma en vida de sus miembros que conste de modo fehaciente y siempre que sea por causa distinta al posterior matrimonio entre ambos, supuesto en el que, en su caso, tendría lugar la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior*». Y, el artículo 28 relativo a la revocación o modificación a la muerte del cotestador de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco dispone en su número 3 que: «*Las sentencias de nulidad, separación o divorcio de los cónyuges o la extinción de la pareja de hecho en vida de los miembros de la misma, salvo en el caso de contraer matrimonio entre estos, dejarán sin efectos todas sus disposiciones, excepto las correspondientes a favor de un hijo menor de edad o discapacitado*». Se trata de normas de integración que, asimismo, declaran la ineficacia de las disposiciones testamentarias a favor de los cónyuges o pareja de hecho tras las situaciones de crisis matrimonial o la extinción de la pareja de hecho. Si bien hay que precisar que, ambos ordenamientos limitan la ineficacia de tales disposiciones testamentarias al ámbito de los testamentos mancomunados.

¹⁰ El párrafo 2077.1 del BGB establece que: «1. Una disposición de última voluntad por la cual el causante ha designado a su cónyuge es ineficaz, si el matrimonio es nulo o ha sido disuelto antes de la muerte del causante. A la disolución del matrimonio se equipara el que al tiempo de la muerte del cónyuge se hubiera producido el supuesto de separación del matrimonio y el cónyuge lo hubiese solicitado o se hubiese confirmado. Esto se aplica cuando el cónyuge, al tiempo del testador, hubiese autorizado la acción de supresión de la comunidad matrimonial y esta se hubiera interpuesto. 2. Una disposición de última voluntad por el cual el causante ha designado a su prometido es ineficaz, si los espousales han sido disueltos antes de la muerte del causante. 3. La disposición no es ineficaz. Si ha de tenerse en cuenta que el causante la hubiera adoptado también en semejante caso». Sobre tal base legal, el citado párrafo segundo se extiende también su aplicación a los espousales disueltos antes del fallecimiento; y en el párrafo tercero se posibilita que el testador haya dispuesto el mantenimiento de la disposición testamentaria pese a la situación de crisis matrimonial, por lo que corresponde al interesado (excónyuge) probar dicha voluntad de permanencia

de la institución, pese a la posterior disolución del vínculo, siendo, en consecuencia, tal disposición eficaz. Por lo que, parece que la ineficacia de tales disposiciones no opera cuando se pruebe por el interesado/a que, a la apertura de la sucesión la voluntad del testador es, precisamente, que la atribución testamentaria conserve su vigencia, pese a la situación de crisis conyugal.

Por su parte, el artículo 2377 del Código civil portugués contempla como causa de caducidad de las disposiciones testamentarias: el caso que sea llamado a la sucesión el cónyuge del testador y a su muerte se encontrasen divorciados o separados judicialmente, o el matrimonio hubiera sido declarado nulo por sentencia o estuviese en trámites la declaración o hay sentencia posterior a la fecha de fallecimiento, de separación, divorcio o nulidad.

IMAZ ZUBIAUR, L. (2012). Algunas reflexiones en torno a la eficacia de las disposiciones testamentarias ante un cambio sobrevenido de las circunstancias. *Incidencia de la crisis de pareja en la atribución sucesoria otorgada con anterioridad, op. cit.*, 50, destaca que, a diferencia del derecho alemán, en el derecho portugués no se hace referencia al supuesto que, exista una voluntad diversa del testador orientada al mantenimiento de la disposición, pese a la separación, nulidad o el divorcio; y, asimismo, señala en relación con el párrafo tercero del parágrafo 2077.1 del BGB que «se presume la voluntad del testador —favorable, por lo que parece, a la ineficacia de tales disposiciones— y acepta, como salvedad que, los interesados prueben, a la apertura de la sucesión, la voluntad adversa del *concreto testador*, al objeto que la atribución testamentaria conserve su vigencia», 52.

¹¹ GARCÍA AMIGO, M. (1969). Interpretación del testamento, *op. cit.*, 939.

¹² VERDERA IZQUIERDO, B. (2016). Interpretación del testamento, *op. cit.*, 692.

¹³ PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. (2013). El testamento, *op. cit.*, 110. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1 de febrero de 1988 (LA LEY 10214-R/1988).

¹⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 6 de abril de 1944 (*RJ* 1944, 303); 22 de abril de 1978 (*RJ* 1978 1364); y, 9 de octubre de 2003 (LA LEY 2892/2003). Si bien, como indica GARCÍA AMIGO, M. (1969). Interpretación del testamento, *op. cit.*, 937, esta ley de sucesión en que el testamento consiste, debe respetar los límites establecidos por la ley y tales límites vienen constituidos por el Derecho imperativo —respecto a las legítimas, reservas—.

¹⁵ CAÑIZARES LASO, A. (2001). Disposición testamentaria en favor del cónyuge y divorcio posterior, *op. cit.*, 308-309; RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario al artículo 675 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil, T. IV*, Valencia: Tirant lo Blanch, 5221-5222. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997, 9490).

¹⁶ RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario al artículo 675 del Código civil, *op. cit.*, 5211. Asimismo, *vid.*, sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de abril de 1965 (*RJ* 1965, 1965); 4 de mayo de 1966 (*RJ* 1966, 2290); 29 de abril de 2008 (*RJ* 2008, 1993); y, 22 de junio de 2010 (*RJ* 2010, 4900).

¹⁷ JORDANO BAREA, J.B. (1991). Comentario del artículo 675 del Código civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código civil, T. I*, Madrid: Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1697; del mismo autor (1999). *El testamento y su interpretación*, Granada: Comares, 54, 119-120; RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario al artículo 675 del Código civil, *op. cit.*, 5209; VERDERA IZQUIERDO, B. (2016). Interpretación del testamento, *op. cit.*, 699; VAQUER ALOY, A. (2008). *La interpretación del testamento*, Madrid: Reus, 32-33; LÓPEZ FRÍAS, M.ª J. (2004). *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento*, Granada: Comares, 161. Asimismo, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28 de junio de 1947 (*RJ* 1947, 920); 3 de abril de 1965 (*RJ* 1965, 1965); 31 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992, 10426); 23 de junio de 1998 (*RJ* 1998, 4746); 9 de octubre de 2003 (*RJ* 2003, 7232) dispone que «(...) la interpretación subjetiva en materia de disposiciones de última voluntad, además de ser preferente en general es la que también debe juzgarse consagrada en el Derecho positivo español, a no ser que parezca claramente que fue otra la voluntad del testador y solo para el caso que surgiere duda, se observará lo que sea más conforme con la intención, pero siempre según el tenor del mismo testamento»; 29 de abril de 2008 (*RJ* 2008, 1993); y, 14

de octubre de 2009 (*RJ* 2009, 208); y, también, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.^a, 24 de febrero de 2009 (*JUR* 2009, 250920); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 1.^a, 13 de mayo de 2009 (AC 2009, 1076).

¹⁸ VAQUER ALOY, A. (2008). *La interpretación del testamento*, *op. cit.*, 59 y 63; LÓPEZ FRÍAS, M.^a J. (2004). *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento*, *op. cit.*, 166-167; JORDANO BAREA, J.B. (1999). *El testamento y su interpretación*, *op. cit.*, 119-120.

¹⁹ VAQUER ALOY, A. (2008). *La interpretación del testamento*, *op. cit.*, 76-77; LÓPEZ FRÍAS M.^a J. (2004). *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento*, *op. cit.*, 169-170; JORDANO BAREA, J.B. (1991). Comentario del artículo 675 del Código civil, *op. cit.*, 1698; VERDERA IZQUIERDO, B. (2016). Interpretación del testamento, *op. cit.*, 708; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1999). *Compendio de Derecho sucesorio*, 2.^a edición actualizada por Esperanza Martínez-Radio, Madrid: La Ley, 154-155, entiende que, aunque existe una primacía del elemento literal, esto no impide que se puedan utilizar otros medios y a través de ellos, es cuando se establece el verdadero significado de las cláusulas testamentarias, siempre que se trate de supuestos dudosos y de los términos de la declaración no se pueda concretar la voluntad real del testador. Incluso indica que «la voluntad testamentaria se fija en atención a la llamada prueba extrínseca». *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 6 de febrero de 1958 (*RJ* 1958, 1016); 5 de junio de 1979 (*RJ* 1979, 2888); 1 de febrero de 1988 (*RJ* 1988, 581); 9 de junio de 1987 (*RJ* 1987, 4049); 28 de abril de 1989 (*RJ* 1989, 3280); 30 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990, 9290); 18 de julio de 1991 (*RJ* 1991, 5400); 6 de abril de 1992 (*RJ* 1992, 3025); 31 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992, 10426); y, 6 de octubre de 1994 (*RJ* 1994, 7461).

²⁰ LÓPEZ FRÍAS, M.^a J. (2004). *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento*, *op. cit.*, 177-178; VAQUER ALOY, A. (2008). *La interpretación del testamento*, *op. cit.*, 93; RUBIO GARRIDO, T. (2013). Comentario al artículo 675 del Código civil, *op. cit.*, 5217; CAÑIZARES LASO, A. (2001). Disposición testamentaria en favor del cónyuge y divorcio posterior, *op. cit.*, 309; MUNAR BERNAT, P. (2016). Interpretación del testamento. En: M.^a del C. Gete-Alonso y Calera (dir.), y J. Solé Resina (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. I, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 709-710; DE LA IGLESIA MONJE, I. (2019). Interpretación de la voluntad del testador cuando se ha producido un cambio de circunstancias, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XCV, número 772, marzo-abril, 886. Asimismo, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1 de junio de 1946 (*RJ* 1946, 698); 6 de diciembre de 1952 (*RJ* 1952, 2430); 6 de febrero de 1958 (*RJ* 1958, 1016); 11 de abril de 1958 (*RJ* 1958, 1475); 5 de octubre de 1979 (*RJ* 1970, 4044); 30 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990, 9290); 18 de julio de 1991 (*RJ* 1991, 5400); 6 de octubre de 1994 (*RJ* 1994, 7461); 30 de enero de 1997 (*RJ* 1997, 159); 24 de mayo de 2002 (*RJ* 2002, 4459); 19 de diciembre de 2006 (*RJ* 2006, 9243); 31 de mayo de 2010 (*RJ* 2010, 2653); y, 22 de junio de 2010 (*RJ* 2010, 4900). Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.^a, 23 de noviembre de 2015 (*JUR* 2016, 130465).

²¹ GÓMEZ CALLE, M.^a E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, *op. cit.*, 298.

²² JORDANO BAREA, J.B. (1999). *El testamento y su interpretación*, *op. cit.*, 113.

²³ GONZÁLEZ ACEBES, B., (2012). *La interpretación del testamento*, Valencia: Tirant lo Blanch, 50-51.

²⁴ VARQUER ALOY, A. (2008). *La interpretación del testamento*, *op. cit.*, 105.

²⁵ CAÑIZARES LASO, A. (2001). Disposición testamentaria en favor del cónyuge y divorcio posterior, *op. cit.*, 310. *Vid.*, también la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 26 de noviembre de 1974 (*RJ* 1974, 4490).

²⁶ VARQUER ALOY, A. (2008). *La interpretación del testamento*, *op. cit.*, 108.

²⁷ GARCÍA AMIGO, M. (2004). La integración del testamento. En: J.M. González Porras, E.P. Méndez González (coords.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, T. I, Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia 2004, 1835-1836, además señala que, la interpretación integrativa en función de la integración de la voluntad testa-

mentaria con la ley imperativa, exige en este caso determinar donde la voluntad del testador real o presunta choca con la voluntad imperativa del legislador, precisamente, para eliminar la primera, prevaleciendo la segunda.

²⁸ LÓPEZ FRÍAS, M.^a J. (2004). *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento*, *op. cit.*, 172-174; VERDERA IZQUIERDO, B. (2016). Interpretación del testamento, *op. cit.*, 700; GARCÍA AMIGO, M. (1969). Interpretación del testamento, *op. cit.*, 952. Asimismo, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de octubre de 1944 (*RJ* 1944, 1180); 18 de junio de 1994 (*RJ* 1994, 6022); 23 de junio de 1998 (*RJ* 1998, 4746) establece, precisamente, que «la jurisprudencia ha mantenido solo la aplicación de algunos de estos —artículos 1281, 1282, 1283, 1284 y 1285— como complementario o auxiliares de la recién reseñada regla singular, y, asimismo, tiene declarado el rechazo de los artículos 1286 a 1289 a los principios de autoresponsabilidad del declarante y confianza del declaratorio»; 29 de abril de 2008 (*RJ* 2008, 1993); y, 27 de mayo de 2010 (*RJ* 2010, 5158). En cambio, entiende aplicable el artículo 1289 del Código civil JORDANO BAREA, J.B. (1999). *El testamento y su interpretación*, *op. cit.*, 79.

²⁹ CAÑIZARES LASO, A. (2001). Disposición testamentaria en favor del cónyuge y divorcio posterior, *op. cit.*, 311; MUNAR BERNAT, P. (2016). Interpretación del testamento, *op. cit.*, 723. Igualmente, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4 de noviembre de 1961 (*RJ* 1961, 4436); 25 de abril de 1963 (*RJ* 1963, 1996); 11 de junio de 1964 (*RJ* 1964, 3532); 31 de marzo y 18 de diciembre de 1965 (*RJ* 1965, 1961; *RJ* 1965, 5898); 30 de abril de 1981 (*RJ* 1981, 1786); 17 de mayo de 1988 (*RJ* 1988, 4313); 31 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992, 10426); 26 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6783); 31 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 9380); 29 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 229); 10 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 279); y 17 de junio de 2010 (*RJ* 2010, 5404).

³⁰ LÓPEZ FRÍAS, M.^a J. (2004). *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias. Una reflexión sobre la interpretación del testamento*, *op. cit.*, 188, 189 y nota 78.

³¹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2006). Incidencia de las crisis matrimoniales en el Derecho de sucesiones, *Actualidad Civil*, número 13, primera quincena de julio, 1547-1548.

³² TORRES GARCÍA, T.F. (2004). «Disposiciones testamentarias y vicisitudes del matrimonio». En: T.F. Torres García (coord.), *Estudios de Derecho Civil homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid: Universidad de Valladolid, 34.

³³ *RJ* 1997, 9490. Para GÓMEZ CALLE, E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, *op. cit.*, 325-326 en el caso resuelto por esta sentencia concurren algunas notas peculiares: «de un lado, la disposición testamentaria sobre cuya eficacia se discutía no era a favor del cónyuge del testador, sino del cónyuge de otra persona a quien el causante había criado como a un hijo; esto hizo posible que el cambio sobrevenido —el divorcio— tuviera lugar después de abrirse la sucesión; de otro lado, el testador hizo la disposición conociendo que la nombrada tercera fideicomisaria ya estaba separada de hecho de su marido, aunque es cierto que entonces no podía contar con que la legislación fuera a permitir el divorcio años más tarde, posibilitando así la disolución del vínculo matrimonial entre los llamados en segundo y tercer lugar a su herencia. El hecho que el causante testara sabiendo ya la separación de hecho entre D. Luis y María Asunción, que se había iniciado cinco años atrás, apunta a que el llamamiento a su favor de la mujer no se justificase o al menos no solo por razón del matrimonio con don Luis. La clave en nuestro derecho está en la interpretación de la voluntad del testador al momento de testar». Por lo que entiende que «los cambios sobrevenidos al otorgamiento del testamento y excepcionalmente a la apertura de la sucesión obligan a averiguar si el testador dispuso como lo hizo en su momento determinado por la situación entonces existente y presuponiendo que se mantendría, de manera que, al no ser así, la disposición deba considerarse carente de causa justificativa (art. 767.1 CC) si no es posible determinar, mediante una interpretación integradora, qué es lo que presumiblemente había dispuesto de haber tenido en cuenta la posibilidad que el cambio se produjera». Por ello concluye que «los hechos posteriores al otorgamiento del testamento e incluso, excepcionalmente, a la apertura de la sucesión pueden ser relevantes, en el sentido indicado, desde el punto de vista de la interpretación del testamento».

Por su parte, EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Á. (2003). *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, *op. cit.*, 111, respecto, asimismo, a la doctrina de esta sentencia indica que «el mero hecho de plasmar en la disposición el término “cónyuge” no supone por sí que la institución prevista haya quedado condicionada a la concurrencia de ese estado, ni cabe aceptar que exista un motivo erróneo en la disposición “mortis causa” que dé lugar a una causa falsa en la institución por devenir la extinción del matrimonio mediante divorcio. Habrá que indagar en cada caso si esa fue la voluntad del dispонente y ello se valora así».

³⁴ AC 2000, 1033.

³⁵ AC 2000, 1593.

³⁶ Para GÓMEZ CALLE, E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, *op. cit.*, 329, se puede resumir ambas sentencias en dos de los argumentos que ambas coinciden: «concretamente en que el testador no revocó ni modificó su testamento después de la crisis aun pudiendo haberlo hecho, y en que dicha institución no se habría subordinado a la persistencia de la condición de esposa. La AP Asturias considera importante, además que, a la esposa se la hubiera designado nominalmente y niega que las circunstancias posteriores al otorgamiento del testamento puedan utilizarse para averiguar cuál fue la voluntad del causante al momento de testar. Y la AP Toledo descarta que la institución de heredera pudiera considerarse nula con base en el artículo 767 del Código civil, dando a entender que para ello habría sido preciso que el testador hubiera ignorado la circunstancia falsa y determinante de su voluntad desde que testó y hasta su fallecimiento».

Por su parte, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2002). Notas sobre “la voluntad del testador”, *op. cit.*, 185-186, dispone en consideración a ambas sentencias que en la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo «se argumenta con los preceptos sobre el error en los contratos y la causa de la institución de heredero de manera inaceptable. No se aplica correctamente el artículo 767, porque se considera que la voluntad del testador se renueva día a día después del otorgamiento del testamento y que la circunstancia desconocida por el testador que, permitiría impugnar, debe permanecer ignorada por él hasta su muerte. Se da relevancia a la posibilidad de revocar el testamento por parte del testador». Y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias «se da especial importancia a la designación de la esposa por su nombre y apellido, sin que su llamamiento se subordinase en ningún momento a la persistencia de esa condición de esposa, a la posibilidad de revocación y la indiferencia de las circunstancias posteriores al otorgamiento del testamento para determinar la voluntad del testador que, siempre ha de fijarse en relación al tiempo del otorgamiento del testamento».

³⁷ JUR 2008, 229514.

³⁸ JUR 2013, 213081.

³⁹ JUR 2014, 63656. Con anterioridad, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.^a, 15 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 30507) en un caso en el que el testador había designado legatario a su esposa del usufructo universal, mientras se mantuviera viuda. Una vez separados y sin revocar el testamento, teniendo tiempo para ello, fallece. El hijo del causante insta la nulidad de la cláusula testamentaria al considerar que la madre no es viuda, ya que estaban judicialmente separados. La Audiencia declara al respecto que «una cosa es el deber de respeto absoluto a la voluntad del testador y otra son los derechos legítimos que deben respetar. Toda voluntad que respete la legalidad es irrefutable en el cómo se reparte la herencia y quien son los llamados a la misma. El testamento es la norma fundamental de la sucesión conforme al artículo 675 del Código civil las disposiciones deben entenderse en el sentido literal de las palabras, cuando sea clara la voluntad del testador. En la presente, partiendo de la base que no se discute ni la literalidad de la cláusula ni su sometimiento a la legalidad, simplemente se señala que no es viuda en el momento del óbito del causante ya que, existe previa separación judicial, debe afirmarse: 1. Que sigue siendo esposa, con precedencia al fatal desenlace ya que el matrimonio no se ha disuelto de conformidad con el artículo 85 del Código civil; 2. La separación es un remedio para separar una crisis matrimonial específica, caracterizada por una imposibilidad transitoria de vida en común, con una incidencia en la suspensión de este y el cese de la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, obsérvese el

mantenimiento de la nominación; 3. Que la afectación del hecho de estar separado judicialmente no incide en la voluntad de testar sino en los derechos legítimos, quien teste lo hace libremente, quien poseía un derecho legal se ve privado de él, no puede aducir el no respeto del mismo, siendo posiciones paralelas, libertad y pérdida del derechos; y, 4. Gráficamente en teoría, a diferencia de la apreciación del alcance de la separación de los cónyuges en cuanto a la pérdida o conservación de los derechos legítimos, artículos 834 y 835 del Código civil, en donde hay sujeción a lo establecido por la ley, no cabe hablar, por el hecho de separarse judicialmente, de entender revocada por tal causa la disposición testamentaria voluntariamente hecha a su favor, pues, la revocación de los testamentos abiertos solo puede tener lugar por otro testamento válido y no por otro tipo de negocio o causas distintas de las previstas en la ley, artículos 738, 739 y 743 del Código civil, sin que la separación esté prevista que produzca tal efecto» (*Fundamento Jurídico segundo*).

⁴⁰ *JUR* 2016, 145168. En esta línea, *vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.^a, 20 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 145168) que señala al respecto que, no es admisible deducir del hecho del divorcio una revocación tácita, al no existir norma legal que permita establecer esa presunción; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8.^a, 9 de marzo de 2017 (*AC* 2017, 540) en el caso de un legado del usufructo vitalicio a favor de la esposa de quien se hallaba separado legalmente al tiempo de su fallecimiento. En el transcurso de catorce años desde la separación no revocó el testamento. Para la Audiencia no existen motivos para declarar la ineffectuación del legado testamentario por las siguientes razones: 1. Las reglas interpretativas de la voluntad del causante y el momento en que la voluntad se debe averiguar, es el mismo del otorgamiento del testamento; 2. No se aplica el artículo 767 del Código civil, pues, la causa es falsa en el momento de la disposición y no por circunstancias sobrevenidas que afecten a la disposición testamentaria; 3. Además la necesidad de revocación de un testamento, se realiza solo mediante el otorgamiento de otro posterior (art. 738 CC); y, 4. Las causas de ineffectuación de las disposiciones testamentarias son tadas, constituyendo *numeris clausus* (art. 743 CC).

⁴¹ *RJ* 1998, 8541. Para EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Á. (2003). *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, *op. cit.*, 113, dos conclusiones se desprenden del pronunciamiento: «En primer lugar, la institución de heredero o legatario designando el testador al cónyuge, por su nombre y apellidos, y haciendo referencia a ese estado, no es por sí lo suficientemente explícita como para poder valorar indubitablemente que la última voluntad del causante supedita su vigencia a la condición de «cónyuge» del instituido. En consecuencia, solo si la cláusula expresamente dispone que ese estado será el determinante de la atribución, no se precisará recurrir a los Tribunales. En segundo lugar, las dudas respecto al efectivo querer del testador se resolverán a favor de la conservación de las disposiciones llevadas a cabo y que figuren en el acto de última voluntad».

⁴² *RJ* 2003, 4135.

⁴³ *Vid.*, asimismo, las resoluciones de la DGRN, 13 de septiembre de 2001 (*RJ* 2001/2410); 21 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 6418); 2 de agosto y 5 de octubre de 2018 (*RJ* 2018, 4098; *RJ* 2018,4485); 9 de agosto y 25 de septiembre de 2019 (BOE, número 261, 30 de octubre de 2019, pp. 12.0132 a 12.0139; y BOE, número 273, 13 de noviembre de 2019, pp. 12.4629 a 12.4636).

⁴⁴ VAQUER ALOY, A. (2003). Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis matrimonial, *Anuario de Derecho Civil, T. LVI, Fasc. I*, enero-marzo, 67 y 68, destaca, además que, «la doctrina alemana ha prestado bastante más atención a la integración del testamento, en buena medida por la aparición de diversos supuestos con origen en alguno de los acontecimientos de su historia reciente». Se refiere «a la reunificación alemana y al subsiguiente cambio de régimen político y económico en los territorios de la antigua República Democrática». Efectivamente, precisa que «bajo el régimen comunista, la propiedad carecía de valor económico y los testadores, en especial, los que habían huido de la entonces República Federal, omitían toda referencia a sus titularidades inmobiliarias por entender que no podían destinarlas eficazmente *mortis causa*». Por lo que «la reintegración de la propiedad a sus antiguos dueños tras la reunificación alteró las previsiones de muchos testadores».

⁴⁵ VARQUER ALOY, A. (2008). *La interpretación del testamento*, *op. cit.*, 107, 108 y 110-111.

⁴⁶ VARQUER ALOY, A. (2003). Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis matrimonial, *op. cit.*, 98.

Por su parte, critica tal interpretación GÓMEZ CALLE E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, *op. cit.*, 343 dado que la finalidad de la interpretación integradora es, precisamente, el contrario, el de preservar la eficacia de la disposición testamentaria hecha, adecuándola a la nueva situación para alcanzar el fin pretendido por el causante. Por lo que operar de esta forma supone que, la interpretación integradora pierda su misión fundamental.

⁴⁷ GÓMEZ CALLE, E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, *op. cit.*, 339 y 341.

⁴⁸ ROCA SASTRE, R. M.^a. (1951). *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas del Tratado de Derecho Civil*, T. V Derecho de sucesiones, vol. I de L. Ennecerus, T. Kipp y M. Wolf, Barcelona: Bosch, 150-151, dispone al respecto que si bien «la solución en nuestro Código civil a base del criterio que inspira a su artículo 767.1 y la sentencia de 10 de febrero de 1942 es más bien la contraria, o sea que la disposición de última voluntad otorgada por el causante a favor de su cónyuge o prometido en matrimonio, no queda ineficaz aunque el matrimonio se declare nulo, se decrete el divorcio o se rompan los espousales, antes de la muerte de dicho causante, salvo empero cuando haya razón para entender que el motivo determinante de aquella disposición de última voluntad fue precisamente la consideración que el favorecido era cónyuge o prometido del finado. La solución, pues, hay que buscarla en la teoría de la causa, aplicada a las disposiciones testamentarias, las cuales en sus efectos deben ser referidas al momento de la muerte del causante. El Código civil español no ha querido adoptar en los casos indicados ninguna norma especial que implicara una desviación al juego de la causa». Y añade «(...) Cuando el motivo resultante o deducible del contenido de la disposición, haya sido la razóniciente de esta, de suerte que el causante no la hubiera hecho de ningún modo, o en el sentido otorgado, de haber sabido la deficiencia o frustración de tal motivo, entonces esta deficiencia o frustración provoca la ineficacia de la disposición, pues, se trata de un motivo causalizado, es decir, erigido por voluntad del causante en factor determinante de la disposición de última voluntad».

⁴⁹ GÓMEZ CALLE, E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, *op. cit.*, 306, 318-319, 341 y 342-343; de la misma autora (2011). Comentario al artículo 767 del Código civil. En: A. Cafizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, vol. II, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 683.

⁵⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2002). Notas sobre “la voluntad del testador”, *op. cit.*, 184, 189 y 190.

⁵¹ CAÑIZARES LASO, A. (2001). Disposición testamentaria en favor del cónyuge y divorcio posterior, *op. cit.*, 117-118 y 121.

⁵² GONZÁLEZ ACEBES, B. (2012). *La interpretación del testamento*, *op. cit.*, 60-63 y 69. En esta línea, vid., igualmente, GALICIA AIZPURUA, G. (2013). Comentario al artículo 767 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código civil*, T. IV, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 5677.

⁵³ AC 1999, 8478. En este caso se discutía la validez de la institución de heredera universal con nombre y apellidos realizada por un testador en 1978 a favor de su entonces cónyuge. El 11 de julio de 1978, don José P.G., esposo en aquel momento de la demandada, otorga testamento instituyendo heredera universal a su esposa doña Adoración P.R.; en 1984 se produce la separación de hecho de los cónyuges, el 26 de enero de 1994 se dicta sentencia de divorcio; y el 10 de abril de 1994 fallece don José P.G. Los demandantes doña Aurora, Dolores, Manuel y Carmen P.G. plantean la impugnación del testamento al no ostentar la instituida la condición de esposa en el momento de la sucesión. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Vélez-Málaga de 6 de mayo de 1998 desestima la demanda formulada por doña Aurora, Dolores, Manuel y Carmen P.G. contra Adoración P.R. Con motivo de la sentencia desestimatoria en primera instancia, los demandantes solicitan en recurso de apelación la aplicación del artículo 767.1 del Código civil.

En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 1.^a, 29 de julio de 2008 (*JUR* 2009, 9443) en un caso de institución de heredero a quien había creído su

marido y no lo había sido nunca. La actitud de doña Remedios ha sido siempre la de considerar a don Gregorio como su esposo, pues, siempre ha mantenido hacia el mismo dicha consideración, así como el afecto existente entre personas que han convivido y mantenido relación durante muchos años, a pesar de no haber consumado nunca el citado matrimonio, habiendo mantenido vigente el testamento hasta su fallecimiento. Resulta acreditado que el 2 de febrero de 1960 doña Remedios otorgó testamento en el que instituyó heredero de todos sus bienes a su marido, habiendo fallecido la misma en fecha de 10 de marzo de 1966, sin haber introducido en el referido testamento modificación alguna, sino que además ha quedado acreditado que el matrimonio canónico celebrado en fecha de 18 de mayo de 1956 fue declarado nulo. Para esta Sala todos estos hechos conducen sin duda alguna a la declaración de nulidad del testamento otorgado por doña Remedios en fecha de 2 de febrero de 1960 al resultar patente la expresión de una causa falsa en la institución de heredero por ella verificada, tal y como señala el Juzgado de Instancia en su resolución. En efecto, el juez llega a la conclusión que la única causa por la que D. Gregorio fue instituido heredero por parte de D.^a Remedios en su testamento, fue la existencia de un vínculo matrimonial que, en esa fecha de otorgamiento les unía, pero al haber desaparecido la condición de esposo del mismo, debido a la declaración de nulidad del matrimonio, estima que la testadora no hubiera verificado dicha institución de heredero en el supuesto de haber conocido que el vínculo que les unía, había desaparecido y, resulta evidente en el presente caso que la institución de heredero se verifica en una circunstancia errónea, pues se hallaba fundamentada en un error desconocido para la testadora en un momento en que el instituido heredero ostentaba la condición de marido suyo, a pesar que tal condición no la ostentó nunca por la posterior declaración de nulidad del matrimonio, no puede por menos concluirse que, esa causa falsa y determinante de la expresión de voluntad por ella prestada y reflejada en el testamento había de conllevar la nulidad del mismo, tal como había acordado la sentencia de instancia.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.^a, 11 de julio de 2010 (*JUR* 2010, 356370) admite la ineficacia sobrevenida de la disposición testamentaria por la posterior separación judicial de los cónyuges, indica que, el supuesto debe resolverse por la vía de la interpretación de la voluntad hipotética. Así otorgado 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, no la hubiera nombrado heredera. Por tanto, producido el hecho posteriormente, su voluntad en tal sentido ya no puede producir efectos. Por tanto, debe hablarse de ineficacia sobrevenida.

⁵⁴ LÓPEZ FRÍAS, M.^a J. (2004). *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias*, *op. cit.*, 193.

⁵⁵ LÓPEZ FRÍAS, M.^a J. (2012). La voluntad hipotética del testador en crisis matrimoniales sobrevenidas: estado legal y jurisprudencial, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 5, septiembre 2012, 76-77.

⁵⁶ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2006). Incidencia de las crisis matrimoniales en el Derecho de sucesiones, *op. cit.*, 1548. En esta línea, DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2010). La ordenación de la sucesión testamentaria tras la ruptura matrimonial del causante. Contenido del testamento y contiendas judiciales. En: Á. L. Rebollo Varela (coord.), *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectiva de futuro*, Madrid: Dykinson, Madrid, 188-189, entiende que si se incluyese una previsión similar a las que las Comunidades Autónomas como Aragón, Galicia o Cataluña han incorporado «sí devendrían ineficaces, sobrevenida una crisis matrimonial, salvo que del testamento se dedujera otra cosa, las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge que no implicaran atribución patrimonial alguna, como el nombramiento como albacea, contador-partidor o tutor de hijos menores del causante no comunes, todas ellas basadas en una relación de confianza generalmente no persistente tras la nulidad, separación o divorcio». No obstante, aconseja que «en el Derecho común el letrado que asesore en el procedimiento de separación o divorcio se interese por el otorgamiento previo de un testamento con disposiciones a favor del entonces cónyuge y resalte a su cliente la importancia, salvo que otra fuera su voluntad, de revocar el mismo, tanto si únicamente desea dejar sin efecto tal disposición como si otorgara un nuevo testamento tras la sentencia judicial de separación o divorcio, pues en defecto de revocación expresa podrían

llegar a considerarse incompatibles ambos testamentos, posibilidad reconocida con carácter general por reiterada jurisprudencia, que así viene interpretando el artículo 739 del Código civil». Finalmente, DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I. (2019). «Interpretación de la voluntad del testador cuando se ha producido un cambio de circunstancias», *op. cit.*, 889, igualmente, tomando en consideración la regulación existente en algunos ordenamientos (derechos civiles especiales) y la nueva línea jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal, entiende que «a fin de evitar problemas, el legislador reformase el Código civil en el sentido de considerar la revocación automática de las disposiciones testamentarias otorgadas a favor del cónyuge en los casos en los que sobrevinieran una crisis matrimonial que desembocase en nulidad, divorcio o separación, ya sea judicial o de hecho o de cese de la relación convivencial».

⁵⁷ EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Á. (2003). *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, *op. cit.*, 116-117.

⁵⁸ IMAZ ZUBIAUR, L. (2012). Algunas reflexiones en torno a la eficacia de las disposiciones testamentarias ante un cambio sobrevenido de las circunstancias. *Incidencia de la crisis de pareja en la atribución sucesoria otorgada con anterioridad*, *op. cit.*, 78.

⁵⁹ DE LA IGLESIA PRADOS, E. (2016). La ineficacia de las disposiciones testamentarias entre cónyuges por crisis matrimonial, *op. cit.*, 180-181.

⁶⁰ Si bien, recordemos que, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 1.^a, de 29 de julio de 2008 nos encontramos ante un supuesto de nulidad del matrimonio, por lo que este no ha existido nunca ni en el momento de otorgamiento de testamento ni a la apertura de la sucesión. No obstante, la testadora operaba en la creencia que, la institución de heredero a favor de su marido era eficaz en tanto entendía que, este poseía tal *status*. Se trata, en esencia, de un error sobre la propia validez del matrimonio.