

#### 1.4. Sucesiones

El nuevo derecho civil foral sucesorio:  
la codificación navarra, aragonesa y gallega  
y la ineficacia *ope legis* de disposiciones  
testamentarias hechas en favor de la  
*ex* pareja, sea matrimonial o de hecho  
y se haya producido disolución del vínculo  
o la separación sea fáctica \*

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

por

M.<sup>a</sup> FERNANDA MORETÓN SANZ

*Profesora titular de Derecho civil. Coordinadora Programa de Doctorado  
en Derecho y Ciencias Sociales. UNED*

**RESUMEN:** La nueva codificación foral, ha renovado buena parte de sus instituciones y, en particular, ha actualizado a la vigente realidad social alguna de las previsiones normativas en materia testamentaria. En estas líneas, contrastaremos tres de los posibles nuevos Código forales, específicamente, el navarro del año 2019, el gallego de 2016 y el aragonés de 2011, omitiendo dado el espacio, otras que como la catalana resultan de especial interés. Como decimos, contrastaremos las expresas previsiones normativas en materia de ineficacia de disposiciones testamentarias por razón de quiebra o ruptura de la pareja, frente a la necesaria apelación que hace el Derecho común a la causa falsa y al artículo 767 del Código civil común.

**ABSTRACT:** *The new Foral Codification has renewed part of institutions and, has of the normative provisions in will to the social reality. In this research, we contrast three of the possible new Foral Code, specifically, Navarra of 2019, Gallego of 2016 and the Aragon of 2011, omitting for reasons of space, others that such*

---

\* Proyecto de Excelencia I+D+i titulado «Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial», del Ministerio de Economía y Competitividad, con REF DER 2017-87114-P, desde el 1 de enero de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2020.

*as the Catalan are of special interest. The disappearance of the decisive reason of a probate disposition its inefficacy. It is appreciated this way given the normative improvidence on the consequences of the modifications happened to the moment of the death of the testator. The will of the testator would have been of having been produced the separation or later divorce. The article 767 of the civil Code, has for object the treatment of the error in the will, with expressed allegation to the heir's false cause or of the legatees.*

**PALABRAS CLAVE:** Ineficacia de legado. Testamento. Derecho foral navarro, gallego y aragonés.

**KEY WORDS:** *Inefficiency of legacy. Will of the testator. Civil law of Navarra, Galicia and Aragón.*

**SUMARIO:** I. EL ARTÍCULO 201 DE LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA: LEY FORAL 21/2019, DE 4 DE ABRIL, DE MODIFICACIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA O FUERO NUEVO: 1. LA RENOVACIÓN EN EL TESTAMENTO DE HERMANDAD: EL RECONOCIMIENTO DE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL COMO CAUSA DE INEFICIA. 2. EL TEXTO DE LA LEY 201, SEGÚN LA COMPILACIÓN DE 1973 Y LA JURISPRUDENCIA: LA DIFERENCIA ENTRE UN TESTAMENTO DE HERMANDAD Y UN PACTO SUCESORIO INCLUIDO EN UNAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES, A TRAVÉS DE LAS CUALES DIERON RESPUESTA, EN EL EJERCICIO DE SU LIBERTAD, A UNA SITUACIÓN CONYUGAL QUE NO TENÍA EN LA ESPAÑA DE LA ÉPOCA UNA SOLUCIÓN LEGAL ADECUADA. ALCANCE PROBATORIO DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN EL ACUERDO.—II. EL ARTÍCULO 208 DE LA LEY 2/2006, DE 14 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL DE GALICIA SOBRE DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS ESPECIALES: 1. CASACIÓN FORAL GALLEGA Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, SALA DE LO CIVIL Y PENAL, DE 23 DE MAYO DE 2019: SOBRE LA INEFICACIA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS Y LA INTERPRETACIÓN *OPE LEGIS* EN LOS SUPUESTOS DE RUPTURA DE CONVIVENCIA DE LA PAREJA POSTERIOR A LA DEPOSICIÓN SUCESORIA. 2. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA (SECCIÓN 4.<sup>a</sup>) 266/2016, DE 15 DE JULIO: AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ESPOSA QUE HABÍA INTERPUUESTO DEMANDA DE DIVORCIO UN DÍA ANTES DEL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE. 3. LOS REQUISITOS JUDICIALES PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 208 DE LA LEY 2/2006, DE 14 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL DE GALICIA: RUPTURA DEL *CORPUS* Y DEL *ANIMUS*. 4. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, DE 9 DE MARZO DE 2017: RECAPITULACIÓN LEGISLATIVA FORAL Y COMÚN.—III. EL ARTÍCULO 438 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1/2011, DE 22 DE MARZO, DEL GOBIERNO DE ARAGÓN: INEFICACIA DE LAS DISPOSICIONES CORRESPESIVAS EN LOS SUPUESTOS DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL O SEPARACIÓN.—IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EL INTERÉS CASACIONAL: 1. LA STS, DE 26 DE FEBRERO DE 2003 Y EL CRITERIO SUBJETIVISTA. 2. LA STS, DE 28 SEPTIEMBRE DE 2018: INEFICACIA DE UNA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA SI EN EL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO DEL TESTADOR SE HA PRODUCIDO UN CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS QUE DA LUGAR A LA DESAPARICIÓN DEL MOTIVO DETERMINANTE DEL LEGADO TESTAMENTARIO. 3. LA STS DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2018: INEFICACIA DEL LEGADO EN FAVOR DE QUIEN ERA PAREJA DE HECHO DEL TESTADOR CUANDO OTORGÓ DICHAS DISPOSICIONES, SI BIEN YA NO LO ERAN AL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. RESOLUCIONES CITADAS.

I. EL ARTÍCULO 201 DE LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA: LEY FORAL 21/2019, DE 4 DE ABRIL, DE MODIFICACIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA O FUERO NUEVO

1. LA RENOVACIÓN EN EL TESTAMENTO DE HERMANDAD: EL RECONOCIMIENTO DE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL COMO CAUSA DE INEFICACIA

En este trabajo y por razones de extensión, hemos acotado la normativa objeto de análisis, sin que esta elección territorial, empañe la validez y acierto de las que ahora no podemos estudiar.

De modo que de forma inmediata hemos de adentrarnos en la normativa elegida. En este extremo, advierte el Preámbulo de la Nueva Compilación sobre el testamento de hermandad que «ha sido objeto de una profunda reflexión en relación con su ineficacia y a su revocación. En cuanto a la primera, se han recogido causas específicas basadas en la ruptura para supuestos de otorgamiento por cónyuges o por miembros de la pareja estable y extendiendo la ineficacia a todas sus disposiciones para mayor seguridad jurídica en sintonía con lo ya propugnado por la doctrina. A su vez, se han distinguido las causas entre matrimonio y parejas, exigiendo en cualquier caso la constancia fehaciente para mayor seguridad y contemplándose los supuestos hasta ahora dudosos de personas que lo otorgan antes de casarse y de convivientes estables que posteriormente contraen matrimonio. Se ha contemplado también específicamente el supuesto de que alguno de los cotestadores devenga incapaz para testar declarando, por un lado, su irrevocabilidad, sin perjuicio de que el propio testamento establezca otra previsión, e induciendo, con ello, a que los testadores en hermandad contemplen expresamente tal situación de forma tan habitual a como tiene lugar para el caso de fallecimiento; y posibilitando, por otro lado, la revocación de aquellas disposiciones no correspectivas o realizadas en favor de personas que no puedan suceder».

La actual Ley 200, declara:

*Ineficacia.* 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, por la separación legal, divorcio o nulidad de este. 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 esta 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<sup>1</sup>.

2. EL TEXTO DE LA LEY 201, SEGÚN LA COMPILACIÓN DE 1973 Y LA JURISPRUDENCIA: LA DIFERENCIA ENTRE UN TESTAMENTO DE HERMANDAD Y UN PACTO SUCESORIO INCLUIDO EN UNAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES, A TRAVÉS DE LAS CUALES DIERON RESPUESTA, EN EL EJERCICIO DE SU LIBERTAD, A UNA SITUACIÓN CONYUGAL QUE NO TENÍA EN LA ESPAÑA DE LA ÉPOCA UNA SOLUCIÓN LEGAL ADECUADA. ALCANCE PROBATORIO DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN EL ACUERDO

Apréciese que, en este punto, la precedente Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, dictaba:

Ley 201 Ineficacia.

a) En vida de todos los otorgantes. —En vida de todos los otorgantes, el testamento de hermandad podrá revocarse:

Uno. Por todos ellos conjuntamente.

Dos. Por cualquiera de ellos separadamente; en este caso, la revocación no surtirá efecto hasta que constare el conocimiento de todos los demás en forma fehaciente. Cuando fuere ignorado el paradero de la persona a quien haya de comunicarse la revocación, podrá hacerse la notificación por edictos, justificándose previamente esa situación mediante acta notarial de notoriedad o información «*ad perpetuam memoriam*»; los edictos deberán publicarse en el «Boletín Oficial del Estado», en el de la provincia y en un periódico de mayor circulación del último domicilio conocido.

En cualquier caso, la revocación dejará sin efecto la totalidad de las disposiciones contenidas en el testamento, salvo que en este se hubiere previsto otra cosa.

Lo dispuesto en esta ley se aplicará, aunque cualquiera de los otorgantes, o todos ellos, hubieren perdido la condición foral<sup>2</sup>.

De modo que, pese a la sustancial alteración del texto, lo cierto es que ya era más que consolidada jurisprudencia en casación foral en lo que a nosotros en este punto afecta. De ahí que resulte de plena vigencia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, de 19 de mayo de 2011, como precedente explicativo de la posterior modificación del contenido material de la ineficacia —en ese momento previsto como causa de dicha ineficacia la revocación— del testamento de hermandad.

Por sus cualidades expositivas en cuanto a la libertad de estipulación de pactos sucesorios y la diferencia con el testamento de hermandad, también vamos a transcribir la parte esencial de la resolución, resultando adicionalmente precursora del tenor literal del nuevo precepto, toda vez que este último resuelve situaciones no previstas por el legislador del año 1973.

«CUARTO. — Los pactos sucesorios y los testamentos de hermandad en el derecho navarro. A.— Exposición del problema. Alguna precisión sobre la prueba pericial: intervención de los notarios en el proceso. Como hemos reseñado la institución de herederos controvertida forma parte de un acuerdo entre los progenitores de ellos, firmado en el año 1972. En él los instituyentes declaran, expositivo III «que, habiendo surgido desavenencias en dicha sociedad conyugal, desde hace tiempo han suspendido la vida en común, viviendo separados en distintos domicilios», añadiendo en el siguiente que «deseando regularizar de un modo fehaciente la situación de separación de hecho en que actualmente se hallan, fijando el régimen económico sucesorio de su matrimonio, formalizan la presente conforme a las siguientes estipulaciones». Acorde con ello, los estipulantes pactaron como régimen económico de su matrimonio el de separación absoluta de bienes, renunciando el marido al ejercicio de licencia marital que entonces le correspondía, haciéndolo en los términos más amplios, pudiendo en consecuencia su esposa realizar todo tipo de actos de administración y disposición respecto de sus bienes. También renunciaron al derecho de usufructo universal que legalmente le correspondía al fallecimiento de uno de ellos, así como a su participación en los bienes gananciales que pudiera corresponderles al liquidar dicha sociedad conyugal, por el tiempo en que rigió entre ellos el régimen de conquistas. El Sr. Nicanor se comprometió a abonar una pensión alimenticia para el sostenimiento y educación de sus hijos. Y finalmente, como colofón a tales pactos se acordó instituir herederos por partes iguales a sus cinco hijos, cláusula sexta a la que venimos haciendo reiterada alusión. De lo expuesto sur-

ge de forma diáfana una primera conclusión, cual es la de que *los otorgantes desearon establecer unos pactos que tuvieran eficacia inmediata, lo cual resulta entendible en un contexto de ruptura conyugal. Téngase en cuenta además que dicho pacto se firmó en el año 1972*, cuando en España ni era posible el divorcio ni la posición de los esposos era igual ante la ley. En varios pasajes del recurso se alude a lo que es frecuente o usual al otorgar un testamento de hermandad, poniéndose también en cuestión que el acuerdo aludido líneas atrás constituya realmente un supuesto de capitulaciones matrimoniales. Antes de entrar en el análisis de tales argumentos, queremos hacer unas aclaraciones sobre un tema que ha surgido a lo largo de la litis, cual es el de la intervención del notario en el proceso, intervención calificada incluso en algún pasaje de la sentencia dictada en la primera instancia como pericial. El artículo 325 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece el concepto de prueba pericial en los siguientes términos «Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta Ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal». Su finalidad la constituye, por tanto, que el juzgador pueda tener los criterios necesarios para la apreciación de la prueba, al versar sobre aspectos que desconoce. Pero hay algo que el juez no puede desconocer, el Derecho y la ley; y por ello tales cuestiones no pueden ser objeto de prueba pericial, porque la consecuencia sería una vulneración del mandato constitucional que residencia en el poder judicial la labor jurisdiccional. La intervención del notario en el proceso solo puede ser en condición de testigo, y aún así con carácter excepcional, concretada a aspectos controvertidos que puedan plantearse en actuaciones de las que haya dado fe. En este sentido, las opiniones que den estos fedatarios públicos no tienen otro valor que el doctrinal, comentario que hacemos por cuanto obra en las actuaciones un informe emitido por un notario en el que expresa su parecer acerca del contenido habitual de los pactos sucesorios y de los testamentos de hermandad. A él se alude en el recurso, calificándolo como informe pericial. — *El contenido de los pactos sucesorios y de los testamentos de hermandad: el principio de libertad civil. Los pactos sucesorios son admitidos con gran amplitud en el derecho de Navarra, disponiendo la ley 172 que «por pacto sucesorio se puede establecer, modificar, extinguir o renunciar derechos de sucesión mortis causa de una herencia o de parte de ella, en vida del causante de esta. Cuando estos actos impliquen cesión de tales derechos a un tercero será necesario el consentimiento del causante»*. Tal precepto ha de ponerse en relación con la ley 177 donde se recogen las distintas modalidades que pueden presentar. Dentro de ellas se encuentran los pactos de suceder, *pacta de succedendo*, donde se encuadran los simples llamamientos a la sucesión futura sin transmisión actual de bienes. Interesa reseñar, a los presentes efectos decisorios, que el Fuero Nuevo exige, ley 174, la documentación auténtica de tales pactos, ya que han de ser otorgados en capitulaciones matrimoniales o en otra escritura pública. El Fuero no da una definición del testamento de hermandad, limitándose a decir, ley 199, que es «el otorgado en un mismo instrumento por dos o más personas». Como se ha puesto de relieve doctrinalmente, mediante esta ley lo que se pretendió más que dar un concepto fue una proclamación de su validez como contraposición al derecho común, donde como es sabido, artículo 669 del Código civil, están prohibidos los testamentos mancomunados. Una de las formas más comunes de este testamento es la de la mutua institución de herederos entre cónyuges y con amplias facultades

en el sobreviviente para disponer de los bienes; pero ello no impide que su contenido pueda ser otro. A ello ha de añadirse que, según la mejor doctrina, el testamento de hermandad no es una clase de testamento sino un modo de ordenar conjuntamente la sucesión de dos o más personas, en un solo acto o instrumento, que puede revestir cualquiera de las formas admitidas en la Compilación, excepción hecha de la ológrafa. Como ha puesto de relieve la doctrina, *los pactos que contienen simples llamamientos a la sucesión futura se hallan muy próximos a los testamentos, especialmente a los de hermandad*. En este sentido alude la parte recurrente a la gran afinidad que existe entre los contratos de institución recíproca y los testamentos de hermandad, afirmación que, siendo inobjetable, ha de matizarse en su aplicación al caso presente, por cuanto que los intervinientes en el convenio controvertido no se instituyeron recíprocamente herederos. En cualquier caso, entre ambas figuras hay una diferencia esencial, cual es la de la irrevocabilidad de los pactos sucesorios y la revocabilidad, siquiera sea condicionada, de los testamentos de hermandad. Dado el principio de libertad civil que proclama la ley 8 de la Compilación navarra, aplicable desde luego al ámbito de las relaciones familiares y sucesorias, y los términos tan genéricos en que están concebidos legislativamente tanto los pactos sucesorios como los testamentos de hermandad, ambas instituciones pueden tener un muy amplio contenido. Por ello resulta muy difícil establecer su diferenciación en atención solamente a sus concretas disposiciones —máxime cuando, como ocurre en el caso de autos, se trata de una simple institución de heredero—, siendo, por supuesto, estériles las consideraciones que se hagan acerca de la mayor frecuencia o habitualidad de ciertas disposiciones. Además, para concluir este punto, cabe cuestionar que un testamento de hermandad otorgado por cónyuges en trance de separación sea más habitual que el llevado a cabo por quienes se instituyen recíprocamente herederos; así como que, y esto es más importante, sea frecuente insertar esta forma especial de testar dentro de unas capitulaciones matrimoniales. — *Los pactos sucesorios dentro de las capitulaciones matrimoniales. Abstracción hecha del debate acerca del contenido usual de tales formas de institución hereditaria, debate estéril como hemos indicado, lo que resulta transcendente y decisivo a los efectos de dar solución a la controversia objeto del pleito, es que la ley 80 FN dice, en su apartado quinto, que «las capitulaciones matrimoniales podrán establecer libremente cualquier régimen de bienes de la familia y ordenar: ...los pactos sucesorios»*. Como ha puesto de relieve la doctrina, las capitulaciones matrimoniales han constituido, en el derecho navarro, un instrumento apto para regular no solo las relaciones patrimoniales de los cónyuges sino también para otras muy variadas cuestiones, entre ellas las sucesorias. Por ello no cabe definirlas en atención a un contenido específico, antes bien, lo contrario.

QUINTO. — Examen de los motivos sustantivos del recurso. A.— La cuestión nuclear de la litis. La cuestión nuclear del pleito estriba en determinar la naturaleza jurídica de lo pactado, el 5 de enero de 1972, por D. Nicanor y quien era entonces su esposa D.<sup>a</sup> Carmen, progenitores ambos de los actores, hoy recurridos. En la cláusula sexta de la escritura que recogió las capitulaciones matrimoniales de aquellos, se acordó, como ya hemos visto en el previo de los fundamentos de esta resolución, la institución como herederos, por partes iguales, de sus cinco hijos. Para la parte actora lo acordado responde a la conceptualización jurídica de un pacto sucesorio, regulado en la ley 172 y siguientes del Fuero Nuevo de Navarra, mientras que, para la parte demandada, hoy recurrida, se trata de un testamento de hermandad, contemplado en la ley 199 y siguientes del mismo texto legal. La sentencia recurrida, como ya ha quedado dicho en otro

apartado de esta resolución, no se pronuncia al respecto, al entender que cualquiera sea la calificación jurídica que se haga de tal acuerdo las consecuencias a las que se llega son las mismas. La Sala no comparte tal criterio. Expondremos a continuación porqué. B.— La revocabilidad de los testamentos de hermandad. Mediante el primero de los motivos de fondo, sexto según el orden del recurso, se alega la infracción de la ley 201 del Fuero Nuevo, que alude a la revocabilidad de los testamentos de hermandad. Antes de entrar en el estudio del motivo conviene hacer, siquiera sea sucintamente, una exposición de los hechos relevantes para su resolución. Años después del otorgamiento del pacto cuya naturaleza jurídica se discute, las partes de este se divorciaron; contrayendo el Sr. Nicanor nuevo matrimonio, procediendo en el año 1988, a otorgar con su esposa testamento de hermandad. En él acordó la revocación del otorgado con su primera esposa, revocación que fue notificada a la Sra. Carmen por el notario que autorizó la escritura; el testamento en cuestión fue revocado por otro, también de hermandad, de fecha 28 de mayo de 2003. Al analizar los motivos de infracción procesal, y líneas atrás, hemos aludido al criterio de la Audiencia Provincial conforme al cual las consecuencias prácticas de que el pacto litigioso tenga una naturaleza u otra —pacto sucesorio o testamento de hermandad— son las mismas. Procede ahora ahondar en lo erróneo de tal afirmación. El razonamiento de la Audiencia cabe resumirlo del modo siguiente: si se considerase que lo pactado en el año 1972 entre el Sr. Nicanor y su primera esposa fue un testamento de hermandad, es cierto que habría sido revocado por la voluntad unilateral de aquel, debidamente notificada a la otra otorgante, posibilidad admitida por la mentada disposición del Fuero. Tal voluntad revocatoria se plasmó en el mismo instrumento que recogió el testamento de hermandad, ya citado, otorgado por el Sr. Nicanor con su segunda esposa. Ahora bien, según el parecer de la Audiencia, como quiera que este testamento fue revocado años más tarde por sus otorgantes, quienes otorgaron otro de la misma naturaleza, dicha revocación tiene un carácter absoluto, afectando a la totalidad de las disposiciones del otorgado en 1988, inclusive, y esto es lo fundamental, a la voluntad del Sr. Nicanor de revocar el testamento de hermandad otorgado con su primera esposa. Hemos de dar la razón a la parte recurrente cuando afirma que el hecho de que se recogieran en un mismo instrumento el testamento de hermandad entre el Sr. Nicanor y la Sra. Yolanda, la demandada, hoy recurrente, y la decisión de aquel de revocar lo pactado en su día con la Sra. Carmen, no priva al acto revocatorio de su sustancialidad propia y, por supuesto, totalmente independiente del testamento de hermandad otorgado coetáneamente. Por ello, la revocación posterior de este afectó a lo pactado entre ellos, pero no al acto revocatorio unilateral del Sr. Nicanor. Así las cosas, si lo pactado por él y su primera esposa en el año 1972 hubiese sido un testamento de hermandad, le asistiría la razón a la parte recurrente, ya que habiéndosele notificado fehacientemente a aquella la voluntad revocatoria del otro otorgante, aquel habría devenido ineficaz. Pero la aceptación del razonamiento no implica que estimemos el motivo, y no podemos hacerlo porque no compartimos el criterio de la parte recurrente de que el pacto litigioso sea un testamento de hermandad, habiendo llegado el momento de afirmar que se trata de un pacto sucesorio, y, en consecuencia, irrevocable unilateralmente. C.— El criterio instrumental como elemento determinante. Lo acordado por el matrimonio Nicanor-Carmen en al año 1972 *fueron unas capitulaciones matrimoniales, a través de las cuales dieron respuesta, en el ejercicio de su libertad, a una situación conyugal que desgraciadamente no tenía en la España de la época una solución legal adecuada*. No podemos, en consecuencia, compartir el criterio



del recurrente, apoyado en alguna consideración doctrinal, con arreglo al cual la calificación adecuada sería la de unas «capitulaciones de divorcio» y no la de unas capitulaciones matrimoniales, que el recurrente califica como «típicas», entendiendo por tales las otorgadas por quienes van a contraer matrimonio y no a separarse. Con arreglo a este parecer se pretende obtener la conclusión de que las capitulaciones litigiosas no pudieron ser la sede adecuada para albergar un pacto sucesorio. A dicha exposición cabe objetar, en primer término, que no se aprecia obstáculo alguno a que los cónyuges pudieran establecer pactos capitulares acordes con su situación personal; es más, tal posibilidad cabe subsumirla en la ley 80, 7) FN «Cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio». Y, en segundo lugar, hemos de reiterar cuanto hemos dicho con anterioridad acerca de la irrelevancia del argumento basado en la mayor o menor frecuencia de ciertos pactos. Para decidir si lo pactado es o no subsumible en la categoría precitada habrá de estarse a si ese contenido es posible con arreglo a las previsiones legales, sin distorsionar o infringir sus principios esenciales, y, en segundo lugar, a examinar si la voluntad de las partes es acorde con la finalidad de dicho instituto legal. Sentados tales parámetros, no ofrece duda la posibilidad ya indicada de incluir en unos capítulos matrimoniales un pacto sucesorio, posibilidad corroborada por las leyes 173, 174 y 175 FN, cuyo contenido se configura en la ley 177 en términos de extraordinaria amplitud, admitiéndose también, ley 179, varias modalidades de pactos de institución. Por ello, la inclusión de un pacto sucesorio en unas capitulaciones no solo no fuerza su aptitud instrumental, sino que forma parte de su esencia. Desde otro punto de vista, complementando lo anterior, debemos resaltar que la posibilidad de incluir un testamento de hermandad en unas capitulaciones matrimoniales no solo carece de toda previsión legal, a diferencia de lo que ocurre con los pactos sucesorios, como acabamos de ver, sino que tampoco se cohonestan bien con su tipicidad legal. El carácter que el testamento de hermandad tuvo en sus orígenes —equiparable, según algunos tratadistas, a los pactos sucesorios— ha dado paso a ser un modo de ordenar la sucesión por causa de muerte, siquiera sea con la particularidad de no hacerlo un solo testador sino varios; y ello exige un instrumento específico, distinto y autónomo de cualesquiera otros pactos. —La voluntad de los instituyentes. En cualquier ámbito del derecho es siempre una cuestión de enorme dificultad la de averiguar cuál fue la voluntad de la persona al pactar o realizar u omitir alguna conducta. En relación con el caso que nos ocupa, no repugna a la razón que dada la legislación vigente en el año 1972 los cónyuges buscarán la solución más adecuada para ordenar sus relaciones personales, patrimoniales y sucesorias, en atención a su libre voluntad, y así lo hicieron. Acorde con ello, pactaron, como hemos visto, disposiciones de tales clases, que siendo heterogéneas constituyen, sin embargo, un todo armónico. No insistiremos más en la idea ya expresada de la gran similitud existente entre ambas instituciones, pudiendo añadirse a lo hasta ahora dicho que dada la gran amplitud de contenidos que puede tener la testamentifacción en mancomún y que para su existencia la Compilación no parece exigir otra cosa que la mera concurrencia de disponentes en un solo acto cabe pensar en si es exigible algún elemento identificativo de carácter volitivo que permita su diferenciación de los pactos sucesorios. La doctrina ha indagado en esta cuestión, en la necesaria búsqueda de los elementos que diferencien la ordenación contractual de la sucesión del testamento colectivo. Como ya hemos reseñado líneas atrás, probablemente la forma más común y conocida de este sea el testamento entre cónyuges, buscando estos dotar a su patrimonio de un destino común. Por ello, se ha dicho, parece necesaria la exis-



tencia de una cierta vinculación e interdependencia entre las disposiciones de los contestadores en mancomún. En tal sentido sea argumentado que lo que le distingue del contrato es que no hay dos voluntades contrapuestas sino una suma de voluntades coincidentes. No nos consta la existencia de precedentes jurisprudenciales sobre esta diferenciación, excepción hecha de la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza, de 30 de noviembre de 1967, en la que se abunda en la idea que acaba de reseñarse: la coincidente voluntad de dotar de unidad al acto de disposición. Dispone dicha sentencia que «Que, abordado el problema de la naturaleza jurídica del testamento mancomunado desde el plano doctrinal, pero con especial referencia al Derecho positivo, al que necesariamente ha de contraerse la sentencia, el sector científico más autorizado ve en él un negocio colectivo o acto jurídico complejo constituido por dos declaraciones de voluntad, unitariamente conjuntas en el vínculo del consentimiento, que persiguen iguales intereses, se dirigen a un mismo fin y allí se funden en el asentimiento conjunto o mancomunado; de tal suerte que ambas declaraciones de voluntad se encuentran, al producirse el consentimiento, una al lado de la otra, y no una frente a la otra, como en el contrato sucede al perseguir las partes intereses opuestos o cuando menos distintos; razonamientos que conducen a proclamar que toda cuestión que afecte a la mancomunidad testamentaria implica no una forma de testar, como erróneamente se atribuye por la sentencia recurrida, sino una modalidad del consentimiento de los testadores». De todo lo expuesto cabe colegir la imposibilidad o gran dificultad de establecer criterios diferenciadores apriorísticos, de modo que la determinación de la naturaleza contractual o testamentaria de una institución ha de verificarse en atención a las particulares circunstancias concurrentes. E.— Conclusión: se trata de un pacto sucesorio dentro de unas capitulaciones matrimoniales válidas. Como resumen de todo lo expuesto, afirmamos la validez de las capitulaciones matrimoniales, puesta en entredicho en el recurso, y, en consecuencia, su aptitud para albergar, junto a otro tipo de disposiciones, un pacto sucesorio. Comoquiera, además, que no ofrece duda que los otorgantes quisieron hacer una regulación inmediata de sus relaciones personales, patrimoniales y sucesorias, esta voluntad encuentra perfecto acomodo la categoría del pacto sucesorio. En consecuencia, procede la desestimación del quinto de los motivos del recurso, a través del cual se alegaba la infracción de la ley 199, párrafo primero, del Fuero Nuevo.

SEXTO. — *La revocación del testamento de hermandad como consecuencia del divorcio de los otorgantes.* Mediante el séptimo motivo se aduce que conforme a la ley 201, si el testamento de hermandad se hubiera otorgado por marido y mujer, la sentencia posterior de divorcio produce su ineficacia. Así las cosas y comoquiera que los otorgantes del pacto litigioso se divorciaron con posterioridad a su firma, se afirma que este devino ineficaz, por lo que se reprocha a la sentencia discutida la vulneración de tal ley al no haber declarado la citada consecuencia. El motivo ha de correr la misma suerte desestimatoria que los anteriores por cuanto que ello sería así si lo pactado fuese un testamento de hermandad, pero no lo es, ya que es un pacto sucesorio, al que no resulta de aplicación la citada ley.

En suma, la actualización del Derecho foral navarro contempla las situaciones de disolución del vínculo, así como la ruptura de la pareja, circunstancias ya previamente advertidas e incluidas, a falta de previsión legal que amparase el divorcio, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad como capitulaciones matrimoniales en previsión de la nueva situación familiar. Téngase en cuenta, que lo cierto es que aún no había sido aprobada la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificaba la regulación del matrimonio en el Código civil y se

determinaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio<sup>3</sup>.

## II. EL ARTÍCULO 208 DE LA LEY 2/2006, DE 14 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL DE GALICIA SOBRE DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS ESPECIALES

1. CASACIÓN FORAL GALLEGA Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, SALA DE LO CIVIL Y PENAL, DE 23 DE MAYO DE 2019: SOBRE LA INEFICACIA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS Y LA INTERPRETACIÓN *OPE LEGIS* EN LOS SUPUESTOS DE RUPTURA DE CONVIVENCIA DE LA PAREJA POSTERIOR A LA DEPOSICIÓN SUCESORIA

En apretada síntesis, baste recordar que el legislador gallego (Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia) estima que las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge serán eficaces «en su condición de tal y en tanto en cuanto lo sea» y quedarán sin efecto si al fallecer los cónyuges se encontraran, divorciados o separados, legalmente o de hecho<sup>4</sup>.

Así, la sentencia casacional, trae causa de las pretensiones, planteadas por la que fuera mujer, separada de hecho en el momento de fallecer el causante. Tanto en primera instancia como en apelación, son desestimadas, al haberse evacuado las disposiciones testamentarias del que fuera su cónyuge, constante matrimonio y con carácter previo a su separación de hecho. En buena lógica, tal y como aprecia el Tribunal Superior de Justicia, ventilando en el supuesto un recurso de casación civil foral, todos los argumentos resultan defectuosamente alegados añadiéndose, a mayor abundamiento, cuestiones no alegadas en la sede judicial oportuna. Por tanto, se desestiman todas sus pretensiones, siendo la cónyuge separada de hecho condenada en costas<sup>5</sup>.

Con carácter previo, son censuradas las alegaciones sobre la infracción de normas sustantivas, en particular, el artículo 208 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, ubicado en sede de la Sección 4.<sup>a</sup> De las disposiciones testamentarias especiales, *Título X. De la sucesión por causa de muerte, Capítulo II. De los testamentos*<sup>6</sup>.

El tenor literal de este precepto dicta lo siguiente: «Artículo 208. 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»<sup>7</sup>.

En su virtud, en casación foral ha de indicarse, de «añadidura, y en esto reside el argumento central de la suerte desfavorable del recurso, la única norma civil gallega denunciada como infringida, por ende determinante de nuestra competencia para conocer de la casación *ex* artículos 73.1.<sup>a</sup> LOPJ y 478 LEC, es la del artículo 208 LDCG/2006, de cuya mención como infringido se sirve la parte recurrente para introducir una cuestión ajena a la debatida en el pleito según quedó delimitada en esencia por las contendientes en los escritos rectores del proceso, demanda y contestación.

En efecto, el desarrollo argumental del motivo de casación estricta al que se reduce el alegato de la recurrente, so pretexto de la infracción del precitado precepto (en relación con el art. 675 CC), gira en torno a la necesidad de que para poder apreciar la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias

a favor del cónyuge *ex* artículo 208 LDCG/2006 no solo se ha de acreditar la situación fáctica de separación (por lo que importa al caso enjuiciado), sino que la misma «se ha de cohonestar con la voluntad inequívoca del testador a favor de tal ineficacia al tiempo de su óbito», pero esta cuestión, como avanzamos, y como a su vez no se le escapa a la parte recurrida en su escrito de oposición al recurso, ha de calificarse como nueva a poco que se repare en que la contestación a la demanda se fundó simplemente en la existencia de una «relación de matrimonio —entre doña Penélope y don Carlos Jesús— hasta la fecha del óbito» de este último, negando, en consecuencia, que hubiese acontecido ruptura alguna, sin que en absoluto se suscitase esa controvertida cuestión en orden a la necesidad de concurrencia de la referida voluntad inequívoca. Por lo demás, nada empeco a lo expuesto que la parte aquí recurrente aludiese *ex novo* en su escrito de apelación a la insuficiencia de la separación de hecho en el momento de fallecer el causante don Carlos Jesús para declarar la ineficacia de la disposición testamentaria; y en nada empeco por la muy sencilla explicación de que por cuestión nueva se entiende tanto la planteada por primera vez en el recurso de casación como en la segunda instancia (en este sentido, el Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2017, del que además se sigue que el planteamiento de cuestiones nuevas conlleva una carencia manifiesta de fundamento del recurso *ex* artículo 483.2.4.º LEC, y, por todas, STSJG 1/2019, de 4 de enero)».

Si del anterior párrafo se deduce cuál será la suerte de las pretensiones de la recurrente, a mayores lo ratifica su Fundamento segundo: «La ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge opera *ope legis* o por ministerio de la ley, por sí misma y por sí sola, y no precisa completarse o ratificarse con la voluntad inequívoca del causante de querer tal ineficacia al tiempo de su fallecimiento».

A renglón seguido, el Tribunal da buena cuenta de los hechos declarados probados, así «1. Lo expuesto en el Fundamento de Derecho precedente, de por sí suficiente para explicar y comprender el signo desfavorable del recurso, no impide a la Sala dejar constancia del argumentario que a fin de cuentas conduciría a su falta de éxito si hubiésemos de responder a la cuestión jurídica novedosamente introducida en casación y consistente en decidir, como sabemos, si para apreciar la ineficacia de las disposiciones a favor del cónyuge *ex* artículo 208 LDCG/2006 no solo debe acreditarse la correspondiente situación de crisis matrimonial mencionada en el precepto —en el caso enjuiciado, la separación de hecho—, sino además la voluntad inequívoca del testador de querer tal ineficacia al tiempo de su fallecimiento.

Pues bien, la respuesta que damos a dicha cuestión es negativa por completo, y así la avanzamos antes de reflejar el perfil fáctico del caso enjuiciado, que por lo que importa se caracteriza por las siguientes circunstancias, acreditadas en la instancia y no discutidas casacionalmente:

1. Don Carlos Jesús contrajo matrimonio con doña Penélope el 3 de julio de 2004.

2. El 6 de agosto de 2010 don Carlos Jesús otorgó testamento abierto notarial, en cuyas dos primeras cláusulas se hace constar que “está casado en únicas nupcias con doña Penélope (...), y no tiene descendientes” (cláusula primera), así como que, para el caso de que a su fallecimiento no deje descendientes, “instituye y nombra universal heredera a su citada esposa y la sustituye vulgarmente por su madre, doña Rosa (...)” (cláusula segunda).

3. En el año 2012 los cónyuges se separaron de hecho y don Carlos Jesús se trasladó a vivir a casa de su madre, llevándose todas sus pertenencias.

4. En el año 2013 don Carlos Jesús comenzó una relación sentimental con doña Caridad, habiendo alquilado ambos un piso con la duración de un año prorrogable. Dicha relación era conocida por todos, incluso por la familia y por doña Penélope.

5. Fracasada la relación con doña Caridad, don Carlos Jesús regresó a casa de su madre.

6. En el mes de mayo de 2014, don Carlos Jesús ingresó en un centro de rehabilitación, y poco después de salir del mismo, tras haber permanecido aproximadamente mes y medio, comenzó una relación sentimental con doña Florinda, quien fue su pareja estable desde agosto de 2014 hasta su fallecimiento el 15 de junio de 2015. Toda la familia conocía a doña Florinda, quien asistió al velatorio de don Carlos Jesús en su condición de pareja.

7. Don Carlos Jesús falleció sin descendientes y bajo el antes mencionado testamento abierto notarial».

Sigue su Fundamento segundo: La disposición testamentaria de don Carlos Jesús a favor de su esposa doña Penélope, devino ineficaz por la posterior separación de hecho entre los cónyuges, persistente al fallecer el testador, sin que del testamento resulte que don Carlos Jesús la habría ordenado incluso tras dicha separación. Esto es así porque para el legislador gallego la ineficacia de la disposición testamentaria a favor del cónyuge del artículo 208 LDCG/2006 tiene lugar *ope legis* o por ministerio de la ley en el caso —entre otros— de que al fallecer el testador los consortes se hallasen separados de hecho «salvo que del testamento resulte otra cosa», esto es, del testamento y no de cualquier conducta ulterior y ajena al mismo, excepción hecha de la reconciliación conyugal, como es lógico. La disposición, por lo tanto, deviene ineficaz por regla general a menos que del testamento resulte que el testador la habría ordenado aún en caso de ruptura o crisis matrimonial, pero tal ineficacia, en rigor una revocación *ope legis* de la disposición testamentaria efectuada por un cónyuge a favor del otro, precisamente por preverse legalmente no exige ni requiere declaración alguna de voluntad del causante que la complete o ratifique: es la ley, por sí sola y por sí misma, la que anuda a, v.gr., la separación de hecho entre los cónyuges la revocación o ineficacia de las disposiciones testamentarias previamente efectuadas por uno de ellos a favor del otro, tal cual sucede, por ejemplo, con los consentimientos y poderes a los que se refieren los artículos 102 y 106 del Código civil, si bien el artículo 208 LDCG/2006 hace prevalecer la voluntad del testador en la medida en que mantiene la eficacia de la disposición si del testamento resulta la intención de favorecer al cónyuge con independencia de su condición de tal, y de ahí el carácter no imperativo de la norma contenida en el precepto gallego de referencia (ya en la STSJG 31/2012, de 4 de septiembre, pusimos de manifiesto que el art. 208 LDCG/2006 es «una norma dispositiva de carácter general, residual, que se refiere a la ineficacia sobrevenida de las disposiciones de última voluntad en favor del cónyuge viudo en el sentido de que, salvo que sea otra la voluntad del testador, las establecidas no surtirán efecto, entre otros, en los supuestos de separación de hecho subsistente en el momento de fallecer el causante»).

Sea como fuere, el legislador gallego del artículo 208 LDCG/2006, al igual, por ejemplo, que el catalán del apartado 1 del artículo 422-13 del libro cuarto del Código civil de Cataluña relativo a las sucesiones (CCCat), configura el precepto como un supuesto de ineficacia sobrevenida, y fija de modo objetivo

los presupuestos de aplicación de la norma, a saber, las distintas situaciones de crisis matrimonial o de convivencia que describe, para ordenar en base a ellas la ineficacia de las disposiciones a favor del cónyuge. En realidad, el legislador gallego del artículo 208 LDCG/2006 parte del entendimiento de que la disposición testamentaria a favor del cónyuge se efectúa en su condición de tal y en tanto en cuanto lo sea (o no sobrevenga una situación de crisis matrimonial), de manera que quedará sin efecto o se tendrá por revocada si al fallecer el testador —a la vez que se abre su sucesión— los cónyuges se encontraran, como es el caso, separados de hecho; previsión normativa que, volvemos a destacarlo, no se establece con carácter imperativo puesto que del propio precepto se sigue que la disposición producirá efecto «salvo que del testamento resulte otra cosa».

3. Por último, no podemos dejar de señalar que el alcance que la Sala predica del artículo 208 LDCG/2006 coincide en lo sustancial con la doctrina reflejada en las SSTS 531 y 538/2018, de 26 y 28 de septiembre, y ello a pesar de que en el ámbito del Derecho Civil común o estatal la revocación de —en particular— un testamento abierto notarial no puede tener lugar más que a través del otorgamiento de un nuevo testamento válido (arts. 737-739 CC), y de que no está prevista, como consecuencia de una situación de ruptura o crisis matrimonial, la ineficacia o revocación *ope legis* de las disposiciones testamentarias efectuadas por un cónyuge a favor del otro. Sin embargo, la Sala Primera del Tribunal Supremo, aun reconociendo que, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de las legislaciones forales o de los territorios con Derecho Civil propio, entre ellos Galicia, «no existe en el Código civil una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en máximas de experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea», considera —so pretexto del párrafo primero del artículo 767 del Código civil— que «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». Así pues, dichas SSTS asumen que es suficiente con que la disposición testamentaria se efectúe a favor del cónyuge (o pareja) para que haya de entenderse que la cualidad de tal fue la causa, o motivo, de la misma, y ello no obstante la inexistencia en el del Código civil de una norma como la gallega del artículo 208 LDCG/2006.

Concluiríamos, entonces, que cuando don Carlos Jesús, en estado de casado otorgó testamento abierto notarial conforme al cual «instituye y nombra universal heredera a su citada esposa» (doña Penélope), reveló la razón por la que la nombraba su heredera, sin que nada haga concluir que, de no ser doña Penélope su esposa, el testador la hubiera instituido heredera universal. Acontecida la separación de hecho entre los cónyuges después del otorgamiento del testamento, dicha disposición testamentaria —la institución de heredera— quedó privada de causa, o motivo, y no puede producir efecto en el momento de la apertura de la sucesión del causante toda vez que en ese momento —coincidente con el de su muerte— persistía la separación de hecho entre don Carlos Jesús y doña Penélope, sin que haya sido acreditada reconciliación alguna entre ambos».

En resumidas cuentas, la ineficacia se produce *ope legis*, en virtud del mencionado precepto, independientemente de que la pareja se haya divorciado legalmente, o como es el supuesto controvertido, esté separada de hecho<sup>8</sup>.

2. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA (SECCIÓN 4.<sup>a</sup>) 266/2016, DE 15 DE JULIO: AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ESPOSA QUE HABÍA INTERPUESTO DEMANDA DE DIVORCIO UN DÍA ANTES DEL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE

En esta resolución, se alega, en primer término, la falta de legitimación activa de la demandante para instar la nulidad de los sucesivos testamentos de su esposo, al carecer de derecho alguno sobre la herencia de su marido a tenor del artículo 208 de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia.

En este punto, «la sentencia apelada fundamenta la legitimación activa de la actora en la condición de heredera testamentaria de su marido instituida en el testamento de 3 de mayo de 2011, que adquiriría valor tras la nulidad de los testamentos impugnados; mas a tenor del indicado precepto de la LDCG la actora carece de interés legítimo en la formulación de la presente acción de nulidad, al haber promovido demanda de divorcio contra su marido. Es más, la interposición de esta y la recepción de la copia de la demanda provoca el otorgamiento del nuevo testamento de 8 de febrero de 2012.

En efecto, el artículo 208 LDCG se ocupa de la ineficacia de las disposiciones testamentarias entre los cónyuges cuando, con posterioridad a su otorgamiento, surge la crisis o rotura (sic) matrimonial, como igualmente lo hace el artículo 2077 del BGB alemán y el artículo 2317 del Código civil portugués.

Igualmente en el ámbito de la legislación foral podemos citar, el artículo 422.13.1 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, así como el artículo 404 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas dentro de la sucesión paccionada y el artículo 438 para la sucesión testamentaria».

3. LOS REQUISITOS JUDICIALES PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 208 DE LA LEY 2/2006, DE 14 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL DE GALICIA: RUPTURA DEL *CORPUS* Y DEL *ANIMUS*

Son presupuestos a juicio de la anterior resolución, los siguientes:

A) Que un cónyuge en su testamento haya efectuado disposiciones en favor del otro cónyuge, como aquí sucede, en el que el marido ha instituido a su esposa como heredera en el testamento de 3 de mayo de 2011, que recobraría valor como consecuencia de las nulidades postuladas en la demanda.

B) Que al fallecer el causante estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin, o que los cónyuges se encontraran separados de hecho<sup>9</sup>.

C) La situación de crisis matrimonial persistía al tiempo del fallecimiento del causante. Precisamente se desiste de la demanda tras el fallecimiento del testador, sin que hubiera mediado reconciliación, ni reanudado la convivencia marital.

D) El testador nada dispuso en el testamento que impidiera o limitase de alguna forma el juego normativo del artículo 208 de la LDCG; por el contrario, instituyó heredera a su hermana en testamento posterior.

Por tanto, y a la vista del cumplimiento de los elementos para la aplicabilidad *ope legis* del precepto en cuestión, concluye la sentencia de la Audiencia que «el

artículo 945 del Código civil, al que remite el artículo 267 de la LDCG, norma que no tendrá lugar el llamamiento *abintestato* al cónyuge viudo si estuviere separado legalmente o, de hecho. Y en este caso, concurre el *corpus*, pero también el *animus*, mediante la presentación de la demanda de divorcio».

En suma y de forma congruente con la argumentación previa, la Audiencia ratifica la ausencia de interés legítimo de la cónyuge para promover con éxito la demanda impetrada.

4. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, DE 9 DE MARZO DE 2017: RECAPITULACIÓN LEGISLATIVA FORAL Y COMÚN

Esta resolución ostenta una singular capacidad didáctica, para traer a colación la totalidad del argumentario jurídico foral sobre la eficacia del legado testamentario en favor del cónyuge del que el testador se encuentra separado al momento del fallecimiento. De conformidad al Derecho común, ha de declarar error grave en la valoración de la prueba y en la aplicación del derecho sustantivo y jurisprudencia.

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

Por tanto y de conformidad a la nueva Codificación foral: «Efectivamente, el artículo 208 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia dispone que “Salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones en favor del cónyuge no producirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin. Tampoco producirán efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges”. El artículo 201 de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra dispone: Si el testamento de hermandad se hubiera otorgado por marido y mujer, la sentencia posterior de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación produce la ineficacia de las liberalidades que en él se hubieran concedido los cónyuges y de las demás disposiciones que uno de los testadores hubiera establecido sobre su propia herencia y que tenga su causa en las disposiciones del otro. El artículo 422-13 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, declara que 1. La institución de heredero, los legados y las demás disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante devienen ineficaces si, después de haber sido otorgados, los cónyuges se separan de hecho o judicialmente, o se divorcian, o el matrimonio es declarado nulo, así como si en el momento de la muerte está pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, salvo reconciliación. Y el artículo 438 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, dispone que “Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspondientes entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquel estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin”».



La resolución, sin lugar a duda es brillante, aguda, minuciosa y de lo evidenciado, es decir, del derecho sustantivo y no de una diferencia interpretativa, de modo tal que la STS de 28 de septiembre de 2018, atraiga el recurso de casación, habida cuenta la ausencia de doctrina pacífica de las Audiencia citada en el propio texto jurisdiccional<sup>10</sup>.

### III. EL ARTÍCULO 438 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1/2011, DE 22 DE MARZO, DEL GOBIERNO DE ARAGÓN: INEFICACIA DE LAS DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS EN LOS SUPUESTOS DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL O SEPARACIÓN

Por su parte, el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón<sup>11</sup>, por el que se aprueba el Libro Tercero. *Derecho de sucesiones por causa de muerte*, Título III. *De la sucesión testamentaria*, Capítulo III: *Invalidez e ineficacia de los testamentos*, Sección 2.<sup>a</sup>: *Revocación e ineficacia*, declara<sup>12</sup>:

Artículo 438. *Efectos de la nulidad, el divorcio y la separación*. Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspondientes entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquel estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin<sup>13</sup>.

A juicio de PARRA LUCÁN «el precepto no establece una presunción de revocación, a diferencia de lo que hacía el código de sucesiones catalán de 1991. Lo que se establece es una norma interpretativa de la voluntad hipotética del cónyuge medio, dando por supuesto que la disposición a favor del cónyuge se hace en su calidad de tal y mientras lo sea. La norma solo se refiere al caso de crisis posterior al otorgamiento de testamento. Si después de la declaración de nulidad, del divorcio o la separación o después de que se haya iniciado el procedimiento dirigido a ese fin y, en este último caso, con su conocimiento, uno otorga testamento concediendo al otro una liberalidad, habrá que entender que la norma no será de aplicación. Por otra parte, aun cuando la crisis sea posterior al testamento, es posible que las disposiciones a favor del otro cónyuge mantengan su eficacia si del testamento resulta que esa era la voluntad del testador. Se trata de un problema de interpretación (...) Y en su estudio doctrinal, sienta las bases y fundamentos de lo que después materializaría en las SSTs citadas posteriormente ya que declara «entre nosotros, es interesante observar el tratamiento jurisprudencial del supuesto de crisis matrimonial del testador en ausencia de una norma como la recogida ahora en el Derecho catalán (art. 422-13 de su Código civil, previamente en el art. 132 del Código de sucesiones de 1991) o en el artículo 438 Código foral, porque pone sobre la pista acerca de la inclinación de nuestros tribunales a revisar la eficacia de un testamento en otros supuestos de cambios de circunstancias».

A mayor abundamiento y sobre la integración del ordenamiento y el recurso a la analogía aprecia que «caben situaciones análogas respecto de otras personas que no sean los cónyuges. ¿Qué sucede, por ejemplo, con las disposiciones testamentarias hechas a favor del yerno o la nuera que se divorcia de la hija o del hijo del testador? La cuestión es si procede aplicar analógicamente la regla del artículo 438, por entender que concurre identidad de razón, de modo que salvo que resultara ser otra la voluntad del testador la

disposición a favor de estas personas dejaría de surtir efecto. No es necesario aplicar la analogía con la situación de afecto existente entre los cónyuges, sino con el hecho de que cabe defender que la voluntad hipotética de los suegros es beneficiar a los yernos y nueros en su condición de tales, salvo que se pruebe que la voluntad del testador hubiera sido la misma de no existir ese vínculo. Pero de todas formas la misma solución puede alcanzarse, si se rechaza la aplicación analógica, recurriendo a una interpretación adecuada del artículo 471 del Código foral. Para que la disposición quedara privada de eficacia sería preciso, de acuerdo con lo ya explicado, que en la disposición testamentaria se expresara que esa cualidad que sobrevenidamente desaparece fue determinante de la disposición».

#### IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EL INTERÉS CASACIONAL

##### 1. LA STS, DE 26 DE FEBRERO DE 2003 Y EL CRITERIO SUBJETIVISTA

Este caso está directamente vinculado a los anteriores, al versar sobre el legado al cónyuge del que luego de la deposición testamentaria, el matrimonio quedaría disuelto por causa de divorcio. En consonancia con las anteriores resoluciones del nuevo Derecho foral, «el hecho de que en la disposición testamentaria se identifique al beneficiario por su relación de cónyuge del testador, después de haber expresado su identidad, no permite concluir que haya una clara expresión del motivo de la institución, pues bien pudiera entenderse la expresión de aquella relación como un elemento simplemente identificativo, lo que impediría aplicar el artículo 767 del Código civil; que a la hora de interpretar la verdadera voluntad del testador y en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado, ha de ser determinante la voluntad pretérita, la existente al tiempo del otorgamiento, por lo que una alteración sobrevenida de las circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la esencial revocabilidad del testamento (art. 739 del mismo Código). Y si bien es cierto que a la hora de interpretar la voluntad del testador no puede descartarse que esta presupusiera para la eficacia de una disposición que permaneciese una situación —el vínculo matrimonial con el favorecido— que después ha desaparecido y esa voluntad habría de prevalecer conforme a los criterios interpretativos contenidos en los artículos 675 y 767 del Código civil que si bien han de partir del contenido del propio testamento ha de seguir, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, un criterio subjetivista, tratando de buscar la real voluntad del testador; criterio interpretativo que podría conducir, tal como postula el recurrente, a entender que la disposición no se habría hecho de haber sabido que el vínculo matrimonial con el favorecido no subsistiría y que ello era lo que se quería expresar al hacer la disposición en favor del cónyuge, tal hipótesis solo puede ser apreciada judicialmente en procedimiento contradictorio y con una fase probatoria que no cabe en el procedimiento registral en el que ha de estarse al contenido literal del testamento, lo que impide admitir la inscripción de una partición en que el contador partidor se aparta de su contenido al estimar como ineficaz una disposición que judicialmente no se ha declarado como tal»<sup>14</sup>.

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

En este supuesto, la parte demandante interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional, fundado en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Y coincide idéntica magistrada y catedrática ponente, PARRA LUCÁN, con la resolución que ventilamos en el epígrafe precedente. Téngase en cuenta su juicio doctrinal, ya transcrito en este artículo sobre la integración analógica del ordenamiento, si bien al contar con el precepto correspondiente en materia de causa falsa, sea el que resulta aplicable.

En cuanto al motivo de casación el recurso alega un único motivo «en el que se denuncia infracción del artículo 767 del Código civil. En su desarrollo se razona que la causante instituyó heredero a su cónyuge precisamente por serlo, de modo que cuando se produjo el divorcio la institución quedó sin causa e ineficaz. TERCERO. Decisión de la Sala. Estimación del recurso. 1. A diferencia de lo que sucede en otros derechos, no existe en el Código civil una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en máximas de experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea. Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante de la doctrina, esta Sala considera que, *ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el artículo 767.I del Código civil, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto. Por ello, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz.*

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

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

Al no entenderlo así la sentencia recurrida, procede estimar el recurso de casación, anular la sentencia dictada por la Audiencia y estimar la demanda,

declarando la ineficacia de la institución de heredero y por consiguiente abierta la sucesión intestada de Gracia».

3. LA STS DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2018: INEFICACIA DEL LEGADO EN FAVOR DE QUIEN ERA PAREJA DE HECHO DEL TESTADOR CUANDO OTORGÓ DICHAS DISPOSICIONES, SI BIEN YA NO LO ERAN AL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE

La resolución del máximo órgano jurisdiccional —siendo ponente como ya hemos destacado, María de los Ángeles PARRA LUCÁN—, advierte que el Derecho civil común está huérfano de una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio. De modo que el legislador no ratifica que la disposición en favor del cónyuge o su pareja se haya vertido en calidad de tal y mientras lo sea. En este punto y dado el interés casacional, unifica la doctrina en la que de conformidad con la literatura jurídica mayoritaria —que no la jurisprudencia ni el sentido de las RRDGRN<sup>15</sup>—, ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el artículo 767 del Código civil. En suma, queda acreditada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere el precepto.

La particularidad de que en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que haya dado lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, produce su ineficacia. En este caso, materializada la extinción de la relación de pareja después del otorgamiento del testamento, la disposición en favor de quien fue su conviviente de hecho, queda privada del sustento fáctico, a su juicio, por la que se otorgó y, en consecuencia, no podía ser eficaz en el momento de producirse la apertura de la sucesión.

A la vista del argumentario expuesto, hemos de remitirnos a sus FUNDAMENTOS DE DERECHO, donde declara la ponente:

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

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

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

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

El 16 de octubre de 2009, Constantino y Cecilia otorgan un documento notarial denominado “convenio regulador de cese de la convivencia” en el que, tras exponer que conviven desde hace algunos años declaran “que han decidido establecer unas normas que regulen la posible futura extinción de su relación de convivencia, lo que se regirá por los pactos contenidos en el presente convenio”. En el pacto primero se establece que Cecilia podrá continuar en la vivienda que hasta ese momento ha sido domicilio común hasta que Constantino cumpla íntegramente las obligaciones a las que se compromete. En el pacto segundo se establece que «como compensación por el tiempo que ha durado la convivencia,

el Sr. Constantino entregará a la Sra. Cecilia la cantidad total de 130.000 euros, cuyo pago tendrá lugar de la siguiente forma: a) en el presente acto son entregados 1.500 euros en efectivo, sirviendo la firma del presente documento como carta de pago. b) Bien mediante entrega en efectivo contra recibo, bien mediante ingreso en la libreta de ahorro de la que es titular la Sra. Cecilia en la entidad Bancaja, el Sr. Constantino realizará tres pagos por importe de 7.800 euros en las fechas y por las cuantías siguientes: hasta el 19 de octubre, 1.200 euros, hasta el 20 de noviembre, 5.000 euros y hasta el 15 de diciembre, 1.600 euros, y los restantes 120.700 euros serán pagados dentro del plazo máximo que finalizará el 31 de diciembre de 2010». Añadía el convenio un pacto conforme al cual, mientras no fuera pagada la cantidad mencionada en último lugar, Constantino ingresaría a Cecilia 1.000 euros mensuales. El pago, que debía hacerse dentro de los cinco primeros días de cada mes, se interrumpiría en el caso de que, ofrecido por Constantino el pago de la totalidad, Cecilia no desalojara la vivienda.

Constantino fallece el 10 de octubre de 2011.

Requerida por la hija heredera mayor de edad para que abandone la vivienda, Cecilia contesta alegando que no hubo ruptura de pareja, que falta legitimación porque sobre el piso existe una reserva troncal a favor de los familiares de la primera esposa de Constantino, a quien pertenecía el piso. Reclama, además, el pago de 17.000 euros. Argumenta que el convenio regulador contemplaba, además del pago de los 130.000 euros que le han sido satisfechos, 1.000 euros al mes hasta el desalojo de la vivienda, por lo que reclama las cantidades correspondientes a los meses de abril de 2010 a octubre de 2011. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 3 de mayo de 2013 estima la demanda de desahucio por precario previo pago a Cecilia de la cantidad debida y consignada de 17.000 euros.

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

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

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

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

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

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

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

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

En su virtud, el FUNDAMENTO TERCERO, adopta la Decisión desestimatoria de la Sala, habida cuenta que «1. A diferencia de lo que sucede en otros derechos,

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

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

3. Esto es lo que ha sucedido en el presente caso, en el que el causante otorgó testamento en el que disponía de un legado a favor de “su pareja D.<sup>a</sup> Cecilia”. El empleo de la expresión “su pareja” para referirse a la demandante no puede ser entendido como una mera descripción de la relación afectiva existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación de la favorecida, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención a “su pareja” revela el motivo por el que el testador ordenaba un legado a favor de Cecilia, sin que haya razón para pensar que, de no ser su pareja, el testador la hubiera favorecido con un legado. Producida la extinción de la relación de pareja después del otorgamiento del testamento —lo que la sentencia recurrida declara hecho probado—, la disposición testamentaria a favor de Cecilia quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión.

Al entenderlo así la sentencia recurrida, debe ser confirmada.

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

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

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

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



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

## V. CONCLUSIONES

I. Justifica el Preámbulo del Texto legislativo en cuestión «que el derecho civil de Galicia es una creación genuina del pueblo gallego. Como derecho regulador de relaciones entre sujetos privados, surge a lo largo de los siglos en la medida en que su necesidad se hace patente, frente a un derecho que, por ser común, negaba nuestras peculiaridades jurídicas emanadas del más hondo sentir de nuestro pueblo. Es por ello un fruto de la realidad social y, como tal, cambiante a lo largo del tiempo, de forma que mientras unas instituciones pierden vigencia aparecen otras que tratan de acomodarse a la nueva situación. Esta tensión entre la realidad y la supervivencia de formas jurídicas que van siendo superadas fue dando, asimismo, nuevo sentido a nuevas instituciones, ya que pocas veces podrá encontrarse una relación funcional tan estrecha entre esas necesidades que las instituciones jurídicas intentan alcanzar y las realidades de cada momento histórico. Este proceso de creación consuetudinario y del derecho civil, como fruto de una realidad concreta en el tiempo y en el espacio, se vio, ciertamente, interrumpido por el movimiento codificador uniformador surgido en el siglo XIX», el ordenamiento jurídico y la institucionalización de las relaciones conflictivas interpersonales, provoca que, siendo el divorcio una causa de disolución contemporánea, ciertamente exija que en virtud del mandato constitucional, haya de actualizarse la resolución de conflictos y por tanto que la norma haya de declarar ineficaz, salvo reconciliación la sucesión hecha en pro de quien en el momento de producirse el fallecimiento del testador, ya no forma parte de su vida inmediata al óbito. Exceso o no legislativo, no por el reparto competencial y la elasticidad del contenido del Derecho civil foral, lo cierto es que los derroteros legales se ajustan a la esencia de la pareja, en principio el hecho material de la convivencia sea esta grata o quebrada pese al mantenimiento del vínculo. Solo la circunstancia pública de la ruptura material será sustrato para la aplicación del precepto citado *ut supra*. En el supuesto de este ordenamiento, el artículo 208.

II. De modo que, en la nueva codificación foral, la modificación sobrevenida de las circunstancias determinantes del legado o disposición hereditaria trae aparejado *ope legis*, la revocación de su contenido patrimonial.

III. En particular, serán presupuestos generales tanto la ruptura del *corpus* y del *animus*, como que un cónyuge en su testamento haya efectuado disposiciones en favor del otro cónyuge, que al fallecer el causante estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o separación, en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin, o que los cónyuges se encontraran separados de hecho; la persistencia de la crisis matrimonial al tiempo del fallecimiento del causante y, en todo caso, que el testador nada hubiera dispuesto en el testamento que impidiera o limitase dichos pactos sucesorios.

IV. En resumidas cuentas, con carácter previo y recurriendo a la capacidad elástica de la interpretación sociológica, el Derecho foral ha resuelto lo que, en puridad, no conocía como es la disolución del vínculo matrimonial, o la previsión de las parejas de hecho y su ruptura, logrando una brillante modificación y desarrollo de las especialidades forales.

V. En suma y en tanto no se produzca la renovación del Derecho civil común, por mucho que la mejor doctrina alegue la necesaria actualización en estos extremos, en defecto de otra vía, habrá de alegarse la alambicada causa falsa del artículo 767 del Código civil, lo que o bien resulta un anacronismo o, cuando menos, una forzada aplicación normativa que no fue prevista para las circunstancias de la ruptura conyugal.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BELLO JANEIRO, D. (2006). El desarrollo del Derecho civil gallego en el marco constitucional, *Discurso leído el día 24 de febrero de 2006 en la Solemne Sesión de Ingreso del Académico de Número*, Academia gallega de Jurisprudencia y Legislación.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E. Comentarios a la Sección 2.<sup>a</sup>: *Revocación e ineficacia*, Artículos 431 a 438, 631 y sigs., en Delgado Echeverría, Jesús (Dir.); Bayod López, M.<sup>a</sup> del Carmen, Serrano García, José Antonio, (Coord.), (2015), *Código del Derecho foral de Aragón Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Gobierno Foral de Aragón.
- BUSTO LAGOS, José Manuel (Dir.), Natalia ÁLVAREZ LATA y Fernando PEÑA LÓPEZ, (2015). *Curso de Derecho civil de Galicia*.
- BUSTO LAGO, J. M. (2008). La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, *RCDI*, 705, 102 y sigs.
- CANIZARES LASO, A. Disposición testamentaria a favor del cónyuge y divorcio posterior, en *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, Málaga, 2001.
- (2016), Comentario al artículo 675, *Código civil Comentado*, volumen II, Civitas, BIB 2011\1756.
- CASAS VALLÉS, R. (1993). Las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio, *ADC*, 1993-4, pp. 1747 y sigs.
- CORDERO LOBATO, E. (2009). Comentario al artículo 767, *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, BIB 2009\1705.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (Dir.); BAYOD LÓPEZ, M.<sup>a</sup> del Carmen, SERRANO GARCÍA, José Antonio, (Coord.), (2015). *Código del Derecho foral de Aragón Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Gobierno Foral de Aragón.
- DÍEZ-PICAZO (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II*, Civitas, Madrid.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.<sup>a</sup> Á. (2018). Conexión institucional necesaria: «desarrollo» de los derechos civiles propios en la última jurisprudencia del tribunal constitucional, *Derecho privado y Constitución*, 33, 2018, 47-78.
- (2003). *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Navarra.
- GORDILLO CAÑAS, A. (1991). Comentario al 767, *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid.
- (2004). Tomo X, Vol. 1.º: Artículos 744 a 773 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, Manuel Albaladejo García, Id. vLex: VLEX-231875 <http://vlex.com/vid/articulo-parrafo-primer-231875>
- GÓMEZ CALLE, E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Civitas, Madrid.
- HUALDE MANSO (2002). *Comentario al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*. Rubio Torrano, Enrique (Dir.), Arcor Vieira (Coord.), Navarra, 595 (BIB 2002, 924).

- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (1981). *Elementos de Derecho Civil*, V, Barcelona, Bosch.
- LÓPEZ FRÍAS, M.<sup>a</sup> J. (2012). La voluntad hipotética del testador en crisis matrimonial, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 5, BIB 2012\1126.
- MORENO QUESADA, B. (2004). Tomo X, Vol. 1.º: Artículos 744 a 773 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, Manuel Albaladejo García, Id. vLex: VLEX-231876.
- MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> F. (2019). Ausencia de competencia registral y notarial para la declaración de ineficacia de legado: la causa falsa como móvil y la aplicación analógica del 767 en el derecho común, *RCDI*, 733.
- PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Á. (2015). *Nulidad y revocación del testamento unipersonal* (especial atención a los límites de la voluntad de disponer y su control), 135 y sigs.
- REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coord.) (2008). *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Navarra.

#### RESOLUCIONES CITADAS

- STC, Pleno, 133/2017, de 16 de noviembre
- STC 9/2010, de 27 de abril de 2010
  
- STS, de 26 de septiembre de 2018
- STS, de 28 septiembre de 2018
- STS, de 26 de febrero de 2003
- STS, de 19 de mayo de 1992
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo civil y penal, de 23 de mayo de 2019
- Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Sala de lo Civil y Penal de 19 de mayo de 2011
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Sala de lo Civil, de 9 de septiembre de 2014
  
- SAP de A Coruña (Sección 4.<sup>a</sup>) 266/2016, de 15 de julio
- SAP de Madrid, de 9 de marzo de 2017
- SAP Ciudad Real, de 9 de diciembre de 2013
- SAP Ourense, de 20 de enero de 2002
- SAP Toledo, de 11 de julio de 2000
- SAP Málaga de 13 de diciembre de 1999

## NOTAS

<sup>1</sup> Vid., <https://www.parlamentodenavarra.es/sites/default/files/boletines/B2019045.pdf> El Dictamen aprobado por la Comisión de Presidencia, Función Pública, Interior y Justicia. El testamento de hermandad ha sido objeto de una profunda reflexión en relación con su ineficacia y a su revocación. En cuanto a la primera, se han recogido causas específicas basadas en la ruptura para supuestos de otorgamiento por cónyuges o por miembros de la pareja estable y extendiendo la ineficacia a todas sus disposiciones para mayor seguridad jurídica en sintonía con lo ya propugnado por la doctrina. A su vez, se han distinguido las causas entre matrimonio y parejas, exigiendo en cualquier caso la constancia fehaciente para mayor seguridad y contemplándose los supuestos hasta ahora dudosos de personas que lo otorgan antes de casarse y de convivientes estables que posteriormente contraen matrimonio.

<sup>2</sup> Ya en su día, HUALDE MANSO (2002), al comentar esta Ley declaraba «roto el matrimonio desaparece la causa que dio lugar al testamento en común, o, en otras palabras, sin estar unidos conyugalmente no hubieran testado en hermandad y es el matrimonio el que motivó el dar a los bienes privativos y comunes un destino que de otra manera no se hubiera dado», *Comentario al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*. RUBIO TORRANO, Enrique (Dir.), ARCOR VIEIRA (Coord.), Navarra, pág. 595 (BIB 2002, 924).

<sup>3</sup> Vid., también la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Sala de lo Civil, sentencia 11/2014, de 9 de septiembre de 2014. Para su comprensión baste reproducir las alegaciones de la demandante, PRIMERO.— La Procuradora D.<sup>a</sup> Carmen Azpiroz Martínez, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Rita, en la demanda sobre impugnación de testamento de hermandad seguida ante el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 5 de Pamplona contra D.<sup>a</sup> Elsa, estableció en síntesis los siguientes hechos: la demandante fue declarada por sentencia de fecha 26 de octubre de 2001, hija extramatrimonial de D. Juan Enrique y de D.<sup>a</sup> Fidela con todos los derechos inherentes a dicha declaración. Con posterioridad al nacimiento de D.<sup>a</sup> Rita, D. Juan Enrique se casó con D.<sup>a</sup> Elsa. A la vista de los trámites judiciales que mi mandante había iniciado para que se reconociera su filiación paterna extramatrimonial, el Sr. Juan Enrique y su esposa otorgaron testamento de hermandad con el fin de asegurarse la exclusión de mi representada de la herencia de su padre, que falleció el 10 de enero de 2007. En el referido testamento de hermandad no se tuvo en cuenta el derecho legitimario de la demandante contemplado en el párrafo primero de la Ley Foral 272 del Fuero Nuevo de Navarra ya que no fue considerada, debiendo haberlo sido, como hija de anterior matrimonio a estos efectos, produciéndose una clara discriminación entre hijos de anteriores matrimonios «legítimos» e hijos anteriores extramatrimoniales o «ilegítimos» lo cual no es posible a la luz de la Constitución y demás legislación aplicable. Después de alegar los fundamentos jurídicos que estimó oportunos terminaba suplicando «se dicte sentencia por la que: A) Se declare el derecho de mi mandante a percibir, a título de legítima hereditaria de su padre, Don Juan Enrique, la mitad de los bienes dejados en su herencia, por así disponerlo el párrafo primero de la Ley 272 del Fuero Nuevo de Navarra y demás legislación conexas con dicho precepto, citada en la fundamentación jurídica. B) Consecuentemente con lo anterior, se declare nulo, o anule, parcialmente, el testamento de hermandad otorgado por Don Juan Enrique y su esposa, Doña Elsa, el once de junio de mil novecientos noventa y nueve (documento número 5) en cuanto no reconoció el referido derecho legitimario de Doña Rita, así como también la escritura de aceptación y adjudicación de herencia de veintiséis de febrero de dos mil siete (documento número 6) a favor de la demandada, en cuanto que, en ejecución del indicado testamento de hermandad, tampoco respetó el derecho legitimario de Doña Rita. C) Se condene a la demandada a entregar a la actora la mitad de la herencia que recibió, indebidamente, de su esposo, Don Juan Enrique, o bien, en su lugar, su correspondiente valor en metálico al tiempo en que se produjo su aceptación y adjudicación. D) Se condene a la demandada a indemnizar a mi mandante los daños y perjuicios sufridos por todo el tiempo en que se ha visto desposeída de su herencia en beneficio de la demandada, quien heredó lo que no debía; indemnización que deberá corresponderse con los intereses legales contados a partir de la aceptación y adjudicación de la herencia. E) Se condene a la demandada al pago de las costas». Los fundamentos por cuanto aquí interesan, recuerdan que SÉPTIMO. — La falta

de cobertura legal de algunos pronunciamientos del fallo recurrido. Aunque por las razones ampliamente expuestas en los fundamentos de derecho segundo a quinto procede estimar los tres motivos de casación del recurso interpuesto y casar la sentencia recurrida ante la indebididad e improcedente extensión correctora de la ley 272 del Fuero Nuevo de Navarra mediante una interpretación constitucional y sociológica abiertamente contraria a sus enunciados, a los antecedentes históricos y al mismo espíritu y finalidad de la norma, la función nomofiláctica que al recurso de casación corresponde aconseja hacer algunas puntualizaciones complementarias sobre los concretos pronunciamientos del fallo recurrido que, a juicio de esta Sala, carecen de apoyo o cobertura en la citada ley 272, única que a este efecto se cita: a) El reconocimiento a la actora del derecho a percibir «a título de legítima hereditaria de su padre» la mitad de la herencia de este. La legítima foral navarra es de carácter formal o simbólico, «no tiene contenido patrimonial exigible» (ley 267 Fuero Nuevo) y ello es predicable de la que legalmente corresponde por igual a «los hijos matrimoniales» y a «los no matrimoniales» (ley 268.1 Fuero Nuevo). Y en el caso de autos el causante —padre de la actora y esposo de la demandada— instituyó en ella a la demandante y a sus otros cinco hijos matrimoniales, cumpliendo con la exigencia de la ley 268 de la Compilación. La ley 272 no confiere una legítima material, aunque con impropiedad y haciendo las oportunas matizaciones, algunos autores hayan calificado de tal el derecho que otorga, pues no atribuye a los hijos una *pars bonorum* o una *pars valoris bonorum* en la herencia de su progenitor, de entidad o magnitud predeterminada, ni siquiera en los casos de reiteración de nupcias, sino solo un derecho de igualación con el cónyuge o hijos del posterior matrimonio respecto a las atribuciones a título lucrativo que aquel haya podido disponer a su favor. b) La declaración de «nulidad parcial del testamento de hermandad y de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia». Como esta Sala tiene declarado, entre otras, en sentencias de 22 de octubre de 1994 y 18 de septiembre de 2013, la vulneración de lo dispuesto en la ley 272 del Fuero Nuevo de Navarra «no ocasiona la nulidad de la disposición testamentaria ni de la designación de heredero sino la inoficiosidad» de las «disposiciones a título lucrativo» (s. 17 de marzo de 2004, de este Tribunal Superior) que el progenitor bínubo hubiera realizado en favor de su posterior cónyuge o de los hijos habidos con él, y su consiguiente «corrección» en la sola medida del «exceso» de la atribución sobre lo percibido, también a título lucrativo, por los hijos de anteriores nupcias, hasta alcanzar su igualación mediante la asignación de bienes de la herencia o la compensación de la diferencia en dinero; siendo —como esta Sala expuso en su sentencia de 22 de octubre de 1994— netamente diferentes las acciones de nulidad y de inoficiosidad «tanto en lo relativo a los presupuestos fácticos que nutren su fundamento, como en lo concerniente al efecto jurídico que les es propio y a la normativa que lo establece». Si el testamento no es nulo, tampoco lo es la escritura de aceptación y adjudicación de herencia, otorgada por la heredera única y universal del causante que, como tal, no precisaba para su formalización el concurso de la actora, como el de ninguno de los restantes legitimarios, ni venía obligada a partir con ella la herencia de su difunto esposo. c) La condena de la demandada a «indemnizar los daños y perjuicios con el abono del interés legal desde la aceptación y adjudicación de la herencia». La sentencia recurrida tampoco establece en su fundamentación jurídica la razón de hecho y de derecho de este pronunciamiento condenatorio de la demandada. Vinculada la indemnización a la responsabilidad por ilícito civil —doloso o culposo—, el silencio de la sentencia sobre la causa determinante de la condena priva a su imposición del exigible soporte jurídico, que no puede identificarse con la institución testamentaria de la esposa demandada como heredera universal, ni con la aceptación y adjudicación de la herencia, producida cuando la actora no había siquiera ejercitado la acción (de inoficiosidad) deducida en la demanda. Y hasta el traslado de la misma a su destinataria no puede menos que considerarse de buena fe la posesión y el disfrute ejercidos por la heredera sobre el caudal relictivo. Se añade un interesante VOTO PARTICULAR. Que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. ALFONSO OTERO PEDROUZO, por disenso del voto mayoritario, a la sentencia n.º 11/2014, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el recurso de casación núm. 15/2014. PRIMERO. — Discrepo del voto mayoritario porque entiendo que la Sala debe promover la cuestión de inconstitucionalidad que regulan los artículos 35 de la Ley Orgánica del Tribunal

Constitucional (LOTJ y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)). En la sentencia de la que discrepo ya se exponen detalladamente los antecedentes fácticos del litigio y la cuestión jurídica planteada, aspectos a los que me remito. Pues bien, entiendo que la Ley 272 del Fuero Nuevo (FN), aplicable al caso, plantea serias dudas sobre su constitucionalidad, dado que su tenor literal produce en el presente caso una discriminación por razón de filiación o nacimiento, discriminación contraria a los artículos 14, 39.2 y 39.3 de la Constitución Española (CE). Por lo demás, y ajustándome a las exigencias de los citados artículos 35 LOTJ y 5 LOPJ, es indudable que la decisión del presente juicio depende de la validez de la indicada Ley 272 FN, por las razones que iré exponiendo; y es oportuno recordar que esta norma foral, la Ley 272, fue afectada por la reforma de la Ley Foral 5/1987, que modificó el FN.

<sup>4</sup> Conviene traer causa de la sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, 133/2017, de 16 de noviembre. *Interpuesto por el presidente del Gobierno respecto de los artículos 27 a 45 de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. Competencias sobre derecho civil: nulidad de los preceptos legales autonómicos que regulan la adopción y la autotutela.* Si bien no afecta de forma directa a nuestra materia, sí lo hace argumentalmente los votos particulares. Apréciase de una parte, el voto Particular que formula el magistrado don Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN, al que se adhieren el magistrado don Fernando VALDÉS DAL-RE y la magistrada doña María Luisa BALAGUER CALLEJÓN: Una vez que este Tribunal ha aceptado que la competencia autonómica para la «conservación, modificación y desarrollo» del propio Derecho civil puede dar lugar a una recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio (SSTC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 2, y 182/1992, de 16 de noviembre, FJ 3) y que, precisamente, «el carácter marcadamente consuetudinario de su Derecho civil foral [de Galicia] constituye una de sus particularidades más relevantes y que informa tal ordenamiento civil» (STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 13), las leyes gallegas que incorporan instituciones jurídico-privadas al derecho escrito han de gozar de la presunción de constitucionalidad que caracteriza a todo acto legislativo y, por lo tanto, si respetan los límites materiales que establece el artículo 149.1.8 CE, esa presunción solo podría desvirtuarse cuando se apreciara una carencia manifiesta de normas consuetudinarias referidas a, o conectadas con, el objeto de regulación. Más aún si se trata de leyes que traen causa de iniciativas legislativas auspiciadas desde foros de expertos, como fue el III Congreso de Derecho civil gallego de 2002, que instó por unanimidad a regular la institución de la autotutela, y esas iniciativas legislativas fueron aprobadas, como ocurrió en el presente caso, en el Parlamento de Galicia por unanimidad. Adicionalmente, como hemos indicado, ha de atenderse al extenso voto particular que formula el magistrado don Juan Antonio XIOL RÍOS, por cuanto afirma que: El Tribunal ha sido muy claro subrayando la importancia del criterio sociológico en materia civil: «Se hace necesario partir de un presupuesto inicial, basado en la idea... de que la Constitución es un “árbol vivo” —en expresión de la sentencia Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004...— que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta. Esa lectura evolutiva de la Constitución..., nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa... Pues bien, la cultura jurídica no se construye solo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante» (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9). A mi juicio el Tribunal



Constitucional, al llevar a cabo el control del ajuste constitucional de la actualización de las normas civiles gallegas objeto de este recurso de inconstitucionalidad, ha optado de nuevo por una respuesta formalista, declarando su inconstitucionalidad por la falta de competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia para legislar todo lo que exceda del derecho foral compilado en 1963 o aquellas normas consuetudinarias cuya vigencia a la entrada en vigor de la Constitución no resulte probada. Creo que esta postura se compadece mal con una norma constitucional competencial cuya finalidad es la promoción e impulso de un ejercicio dinámico a las comunidades autónomas con Derecho civil propio de la competencia legislativa civil reconocida en el artículo 149.1.8 CE».

<sup>5</sup> Entre otros comentarios que recogen dicha STC 133/2017, de 16 de noviembre, vid., EGUSQUIZA BALMASEDA, M.<sup>a</sup> Ángeles, (2018), Conexión institucional necesaria: «desarrollo» de los derechos civiles propios en la última jurisprudencia del tribunal constitucional, *Derecho privado y Constitución*, 33, 2018, 47-78; en cuanto a la casación foral, (2015), *Curso de Derecho civil de Galicia*, Busto Lagos, José Manuel (Dir.), Natalia Álvarez Lata y Fernando Peña López, 155 y sigs.

<sup>6</sup> Vid., BELLO JANEIRO, Domingo, (2006), «El desarrollo del Derecho civil gallego en el marco constitucional», *Discurso leído el día 24 de febrero de 2006 en la Solemne Sesión de Ingreso del Académico de Número*, Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, A Coruña. En él, entre otros extremos se anticipaba a los votos particulares antes transcritos, en particular, demandando la regulación v.gr., de los derechos del menor (Op. cit., pág. 41, nt. 16). Añadía también: «Desde el punto de vista de la historia del derecho civil de Galicia, en el conjunto de instituciones que pretenden constituir su esencia histórica legal, aparte de la escasa regulación del derecho de la persona, el peso del derecho sucesorio es mínimo, lo cual resulta, cuando menos, altamente empobrecedor, pues en la mayor amplitud y variedad posible de un repertorio institucional de normas sucesorias propias se encuentra, por definición, la esencia de todo derecho foral.— Sin profundizar en los antecedentes históricos del derecho civil gallego más que lo imprescindible, en 1963 se compilan figuras con gran tradición en Galicia, como la Compañía familiar o el Petruciazgo y su necesario complemento en el derecho de labrar y poseer, que tenían como finalidad principal mantener la unidad de la Casa y se recogen singulares modos de tenencia de la tierra, como los foros o la aparcería, siendo, en resumen, tales aspectos enunciados los más relevantes de su contenido.— En cambio, por lo que respecta ya a la normativa gallega vigente en materia sucesoria, se contiene una pormenorizada regulación y, en concreto, por lo que ahora nos interesa, en el ámbito de los pactos sucesorios, en la Ley de 1995 se lleva a cabo su reconocimiento como modo general de delación sucesoria, junto con el testamento y la ley, siendo en este punto la gran innovación de la Ley gallega la admisión ahora, sin tradición legal, salvo el aludido derecho de labrar y poseer, de la sucesión contractual en el ámbito de la comunidad autónoma, si bien no con carácter genérico, sino únicamente por referencia a los pactos específicamente previstos en la Ley».

<sup>7</sup> Vid., REBOLLEDO VARELA, A.L. (Coord.), (2008), *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Navarra; vid., también EGUSQUIZA BALMASEDA, M.<sup>a</sup> Ángeles (2003), *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Navarra; BUSTO LAGO, José Manuel (2008), La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, *RCDI*, 705, en particular el epígrafe sobre *Pérdida de eficacia sobrevinida de la disposición a favor del cónyuge en los casos de separación, divorcio y nulidad matrimonial*, 102 y sigs.

<sup>8</sup> LÓPEZ FRÍAS, M.<sup>a</sup> Jesús, (2012), La voluntad hipotética del testador en crisis matrimonial, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 5, BIB 2012\1126.

<sup>9</sup> De ahí, que en la última resolución de la Audiencia de la que traemos causa «se había presentado por la actora demanda de divorcio contra su marido el 3 de febrero de 2012. La demanda se admitió a trámite mediante decreto de 23 de febrero de 2012. Siendo la fecha de fallecimiento del causante el 26 de febrero de dicho año, sin que por ello pudiera llegar a ser judicialmente emplazado, el 1 de marzo de 2012, y por tal causa, a petición de la actora, se acordó tenerla por desistida de su demanda, por medio de decreto de 12 de marzo de 2012, del Juzgado de Primera Instancia 1 de Ferrol, en los autos de divorcio 108/2012.— Desde el 23 de enero de 2012, hasta la fecha del fallecimiento del causante, el



26 de febrero de dicho año, el matrimonio se encontraba separado de hecho, quedando la actora en el domicilio conyugal y el demandado en una residencia.— La actora exteriorizó su voluntad de fractura de su relación conyugal mediante la presentación de la demanda de divorcio, sin que, para obtener la disolución del vínculo conyugal, se requiriese la concurrencia de un motivo legal para ello, sino que basta la simple expresión de su voluntad, tras la reforma del artículo 86 del Código civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio.— Si lo que pretendía la demandante era simplemente una pensión a cargo del marido para sufragar sus necesidades, lo lógico y natural, lo jurídicamente procedente, era la presentación de una demanda de alimentos provisionales (art. 143.1 CC) y no de divorcio.

<sup>10</sup> Seguidamente declara, «un grupo de resoluciones niegan la ineficacia de dichas cláusulas. La SAP de Madrid de 15 de abril de 2013, sostuvo que el testador estaba en su cabal juicio, pudo revocar el testamento y no lo hizo, y que las situaciones de divorcio no siempre son traumáticas y no implican necesariamente pérdida de afectividad. En análogo sentido la SAP de Madrid, de 13 de diciembre de 2013, confirmó la validez del testamento, argumentando que la causante pudo revocarlo durante más de ocho años desde la separación de hecho de su esposo, sin que lo hiciera, manteniendo la eficacia del testamento, recordando que las disposiciones testamentarias deben interpretarse teniendo en cuenta la voluntad del testador al tiempo de su otorgamiento, y que solo pueden revocarse por otras posteriores, sin que la simple voluntad de revocar un testamento tenga eficacia en tanto no se plasme en un nuevo testamento revocatorio. Se rechaza también que la utilización de la palabra esposo en el testamento, para determinar la institución, implique que esta se condiciona a la subsistencia del vínculo matrimonial, pues se argumenta por el Tribunal que las condiciones nunca se presumen. La SAP de Albacete de 30 de marzo de 2007 destaca también la necesidad de revocación expresa de las disposiciones testamentarias y la inexistencia en el Código civil de una norma que presuma la revocación en caso de divorcio, a diferencia de algunas legislaciones forales. En sentido contrario, la SAP de Granada de 11 de junio de 2010 admite la ineficacia sobrevenida de la disposición testamentaria por la posterior separación judicial de los cónyuges afirmando que «La cláusula citada, por su propio contenido y posibilidades que contempla, está pensada para el supuesto de que al morir el testador, su consorte no se hallare separada, manteniendo el derecho al usufructo del tercio destinado a mejora; cuota viudal que no le correspondía al momento del fallecimiento en el caso enjuiciado, al encontrarse separada legalmente. Respecto a la no revocación de la cláusula cuestionada, pese a que desde que se produjo la separación hasta el fallecimiento transcurrieron más de trece años, hemos de insistir en que, dado el contenido de esta, producida la separación que privaba a la esposa de su cuota legitimaria, así como la disolución de la sociedad legal de gananciales, seguida de su posterior liquidación, es impensable que el esposo creyera que aún le restaban derechos a la esposa *mortis causa*. El supuesto enjuiciado, debe resolverse por la vía de la interpretación de la voluntad hipotética. Otorgado el testamento, cuando se encontraba unido a su esposa por el matrimonio, de haber previsto que al momento de su fallecimiento pudiera estar separado de la misma y producido el hecho posteriormente, no la hubiera nombrado heredera y, por tanto, producido el hecho posteriormente, su voluntad, en tal sentido, ya no puede producir efectos. Por tanto, debe hablarse de ineficacia sobrevenida». La SAP de Málaga de 13 de diciembre de 1999 analiza la cuestión desde la perspectiva de la causa falsa en la institución, esto es, de la aplicación al caso del artículo 767 del Código civil. Considera que lo que deberá plantearse es lo que probablemente hubiera querido el testador de haber conocido el posterior divorcio. Para determinar si existe esa causa falsa acude a la prueba extrínseca. Y así, mediante una interpretación integradora y tomando en consideración el artículo 3 del Código civil en cuanto a la realidad social, el común de los testadores entendería que se instituye heredera a la esposa en tanto en cuanto es su esposa y esta disposición debe entenderse motivada por la consideración a que precisamente es su esposa; si el testador hubiera previsto que no lo sería no hubiera determinado dicha disposición, padeciendo, en consecuencia, de causa falsa de la institución de heredero regulada por nuestro Código civil en su artículo 767, la disposición testamentaria cuestionada en la presente *litis* y en este sentido debe declararse ineficaz.

<sup>11</sup> [http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/\\_n006982\\_16%20-%20Revocacion%20e%20ineficacia%20del%20Testamento.pdf](http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n006982_16%20-%20Revocacion%20e%20ineficacia%20del%20Testamento.pdf) Vid., PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Angeles, (2015),

«Nulidad y revocación del testamento unipersonal (especial atención a los límites de la voluntad de disponer y su control)», 135.

<sup>12</sup> Vid., DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (Dir.); BAYOD LÓPEZ, M.<sup>a</sup> del Carmen, SERRANO GARCÍA, José Antonio, (Coord.), (2015), *Código del Derecho foral de Aragón Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Gobierno Foral de Aragón. En particular, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, Comentarios a la Sección 2.<sup>a</sup>: *Revocación e ineficacia*, artículos 431 a 438, 631 y sigs., y la bibliografía allí citada.

<sup>13</sup> En este punto nos remitimos, literalmente, a las palabras, comentarios y bibliografía de BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, Comentarios a la Sección 2.<sup>a</sup>: *Revocación e ineficacia*, artículos 431 a 438, *Óp. y Loc. cit.* «Resumen doctrinal: El precepto regula los efectos de las situaciones de crisis matrimonial sobre las disposiciones testamentarias otorgadas por los cónyuges en testamento mancomunado. Se entiende que la alteración de la situación matrimonial afectaría a la voluntad de los testadores, que posiblemente se hayan olvidado de revocar el testamento. En consecuencia, dado que el testamento mancomunado se basa fundamentalmente en la confianza, es lógico que si los otorgantes— cónyuges entre sí, se separan, se divorcian o anulan su matrimonio, o fallecen encontrándose en trámite los procedimientos dirigidos a este fin, todas las atribuciones correspondientes, y las liberalidades que uno de ellos haya concedido al otro devengan ineficaces. Quedan a salvo por tanto todas las demás disposiciones a favor de terceros, aunque sean correspondientes. Todo ello salvo que la voluntad de los testadores sea otra o que por supuesto se haya revocado el testamento con anterioridad al fallecimiento del premoriente. — Es de reseñar, que la norma solo se refiere al testamento mancomunado otorgado entre cónyuges. No es aplicable a las liberalidades otorgadas recíprocamente por los cónyuges en testamentos individuales. Sorprende que no se haya extendido tampoco a las parejas estables. Parece como si el legislador entendiera que la situación de crisis matrimonial solo supondría un cambio de intenciones cuando las disposiciones correspondientes o las liberalidades recíprocas conformen un testamento mancomunado otorgado por cónyuges entre sí. Y en cuanto a la jurisprudencia, destaca la SAPZ de 13/12/2004 por cuanto la sentencia aplica por analogía el artículo 123 de la Lsuc. (hoy art. 438 CDFA) a una pareja de hecho que otorgan testamentos individuales en los que instituyen herederos a sus hijos y se legan recíprocamente el usufructo vitalicio de todos sus bienes. Se separan y no revocan el citado testamento. Fallece el varón. La Audiencia entiende que la concesión recíproca de usufructo es una liberalidad y deviene ineficaz porque señala: «si en las liberalidades concedidas en testamento por un cónyuge al otro devienen ineficaces si al fallecer el cónyuge estuviera en trámite del procedimiento de separación conyugal, con mayor (o, por lo menos igual) motivo no surtirán efecto las liberalidades que reúnan estos requisitos, cuando en una relación convivencial a modo matrimonial de hecho, ya se ha producido la separación de hecho». En el mismo sentido STSJA de 29/6/2005. Por fin, nos remite a la Bibliografía: BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, La Sucesión testamentaria, 567-587, *Manual de Derecho Civil aragonés*, 567 a 587; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, *El testamento mancomunado. Estudios de documentos notariales aragoneses desde el siglo XVI hasta la actualidad*, Edit. El Justicia de Aragón, Zaragoza 1997; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, La correspondencia del testamento mancomunado, estado de la cuestión, *RDCA*, núm. 1, 1997, 31 y sigs.; ENCISO SANCHEZ, José Manuel El testamento de cónyuges aragoneses sin descendencia que deseen instituirse el uno al otro, *RDCA*, núm. 2, 1996. GARCÍA VICENTE, Fernando, El testamento mancomunado, *Actas de Foro Aragonés*, Terceros Encuentros, Zaragoza, 1993, 7 y sigs.».

<sup>14</sup> Vid., también la STS, de 19 de mayo de 1992, siendo ponente MORALES MORALES, sobre la controversia del legado a un tercero de cosa propia del heredero o de un legatario «que establece y regula el citado precepto, aunque especie del legado de cosa ajena, a que se refieren los artículos 861 y 862, no requiere, a diferencia de este, que el testador sepa que la cosa legada pertenecía al heredero o legatario gravado con el legado, sino que es eficaz aunque no sepa de quién es la cosa o aunque la crea suya, salvo que habiéndolo ordenado por creerla propia, sea en realidad del gravado y del testamento resulte que no lo habría hecho de haber tenido conocimiento de ese extremo (art. 767 CC), aparte de que, aun cuando para dicha especie de legado fuera también exigible el requisito del conocimiento

de la ajenidad, que no lo es, en el caso que nos ocupa se daría también la concurrencia del mismo, como acertadamente dice la sentencia recurrida, pues aparece probado que los padres testadores sabían que la nuda propiedad de la heredad litigiosa».

<sup>15</sup> Vid., de la autora de estas líneas, (2019), Ausencia de competencia registral y notarial para la declaración de ineficacia de legado: la causa falsa como móvil y la aplicación analógica del 767 en el derecho común, *RCDI*, 733.