

Sesión III.

**REVOCACIÓN E INEFICACIA
DEL TESTAMENTO**

PONENTE:

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán
PÁG. 135

COPONENTES:

D. Mariano Jesús Pemán Melero
PÁG. 199

Ilmo. Sr. D. Ángel García Bernués
PÁG. 211

NULIDAD Y REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO UNIPERSONAL (ESPECIAL ATENCIÓN A LOS LÍMITES DE LA VOLUNTAD DE DISPONER Y SU CONTROL)¹

D.^a M^a ÁNGELES PARRA LUCÁN
Catedrática de Derecho civil

I. INEFICACIA, INVALIDEZ Y REVOCACIÓN

La materia objeto de esta ponencia técnicamente es muy compleja. Sin embargo, apenas ha dado lugar a litigiosidad entre nosotros, lo que sin duda se debe tanto a que los testamentos se otorgan generalmente con el debido asesoramiento jurídico como al hecho de que los deseos de los testadores no suelen alejarse del modelo que ha diseñado el legislador. De manera breve, dado el espacio razonable de esta ponencia y el carácter y finalidad de las Jornadas, me centraré doblemente en un análisis de los presupuestos teóricos y dogmáticos de la nueva regulación así como en aquellos aspectos que presentan mayor actualidad y conflictividad, no solo en Derecho aragonés sino en la experiencia de otros ordenamientos que forman parte de nuestro entorno cultural y jurídico, contrastando las soluciones que aporta en la actualidad nuestro Derecho a algunos problemas teórico prácticos.

Hay que comenzar destacando que la regulación aragonesa vigente carece de inmediatos antecedentes propiamente aragoneses. Con anterioridad a la Ley de sucesiones de 1999, que introdujo la actual regulación ahora contenida en el Código de Derecho Foral, en materia de nulidad y de revocación se aplicaban en Aragón con normalidad las normas que sobre nulidad y revocación contiene el Código civil. En la actualidad, el Código de Derecho Foral se ocupa, dentro del Libro III (*Derecho de sucesiones mortis causa*), Título III (Sucesión Testamentaria),

1. Este trabajo forma parte de las actividades del Proyecto de Investigación DER2014-52252, «Análisis de las fronteras de la autonomía de la voluntad en el Derecho civil», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y del Grupo de Investigación consolidado «Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado» (AUDEPRIV S110, Gobierno de Aragón y Unión Europea-Fondo Social Europeo), de los que soy investigadora principal.

Capítulo III, de la *Invalidez e Ineficacia de los Testamentos*. El Capítulo se divide en dos secciones, una primera sobre “Nulidad y anulabilidad” (arts. 423 a 430) y otra sobre “Revocación e ineficacia” (arts. 431 a 438). Hay, además, un régimen específico para el testamento mancomunado del que se ocupa en este volumen el coponente Don Mariano Jesús Pemán Melero.

Esta sistemática puede resultar algo confusa. Parece contraponerse, de un lado, invalidez frente a ineficacia y, de otra parte, revocación frente a ineficacia. Es cierto que, realmente, lo característico de la invalidez no es la ineficacia, si bien en buena parte de los casos de invalidez el legislador anuda como consecuencia la ineficacia. Por otra parte, la revocación no es sino un tipo de ineficacia, de modo que la sección precedida de la rúbrica “Revocación e ineficacia” comete en este punto el mismo error que el Código civil, cuya sección sobre la “la revocación e ineficacia de los testamentos” (arts. 737 a 743) solo dedica a la ineficacia distinta de la revocación la última de sus disposiciones, el art. 743 CC. La explicación de este título es la mayor dedicación a los supuestos de revocación y la menor atención a otras causas de ineficacia². Por su parte, el Código foral, dentro de la sección “revocación e ineficacia” dedica a la revocación los arts. 431 a 438 y a otros supuestos de ineficacia dos artículos, el art. 436 –en el que solo se mencionan algunos tipos de ineficacia que están regulados en otras sedes del propio Código– y el art. 437 –que introduce un tipo de ineficacia sobrevenida de disposiciones testamentarias en caso de nulidad, divorcio o separación del testador y de quien fue beneficiado en el testamento–.

Con la finalidad de abordar la exposición con las ideas bien fundadas, conviene aclarar y distinguir desde el primer momento los conceptos de invalidez e ineficacia³. Como primera aproximación podemos aceptar que la invalidez hace referencia a la presencia de ciertas irregularidades de los actos, de los testamentos en nuestro caso, respecto de las normas que les son aplicables. Aun cuando el Código foral no lo dice expresamente, la invalidez del testamento, o de alguna de sus disposiciones, provocará habitualmente la falta de efectos del testamento (o de la concreta disposición inválida), si se trata de alguno de los supuestos para los que el legislador así lo prevé y los interesados lo hacen valer. Esa ineficacia permitirá, según los casos, que recupere su vigencia un testamento anterior “revocado” por el testamento inválido, o dará lugar a la sucesión legal; además, si se dan los requisitos para ello puede haber indignidad, responsabilidad del notario que actuó negligentemente, etc.⁴

Pero, de una parte, como veremos a continuación, el legislador no considera a toda irregularidad con entidad suficiente como para producir la ineficacia y, por

2. Lo pone de relieve M. E. Rovira, “Artículo 737”, en *Comentarios al Código civil*, T. IV, dir. R. Bercovitz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5513. Con anterioridad, J. L. Lacruz Berdejo, *Derecho de sucesiones, I, Parte General. Sucesión voluntaria*, Librería Bosch, Barcelona, 1971, p. 526.

3. Se sigue en lo esencial la explicación de la distinción entre ambos conceptos recogida en J. Delgado Echeverría- M. A. Parra Lucán, *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, Madrid, 2005.

4. En sentido parecido, por todos, J. L. Lacruz Berdejo, *Derecho de sucesiones, I, Parte General. Sucesión voluntaria*, Librería Bosch, Barcelona, 1971, p. 533.

otra parte, la ineficacia, por el contrario, puede proceder de causas diferentes a la invalidez. Es decir, hay testamentos válidos que no llegan a producir efectos. El caso de la revocación del testamento, regulada en los arts. 431 y siguientes, es muy claro, pero hay otros, como los que se recogen en el art. 437 (premoriencia, condición no cumplida, indignidad, repudiación) y en el art. 438 (ineficacia en caso de nulidad, separación o divorcio).

Cuando sea aplicable el Derecho aragonés, debe tenerse en cuenta que la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones, incluyó unas disposiciones transitorias recogidas ahora en el Código foral como disposiciones referidas al Libro III, y en especial la decimocuarta se refiere a la validez de los actos por causa de muerte anteriores y la decimoquinta a las acciones, derechos y deberes nacidos antes pero no ejercitados o cumplidos todavía.

II. INVALIDEZ. INTRODUCCIÓN GENERAL

He dicho que la invalidez se da cuando el testamento adolece de ciertas “irregularidades” respecto de las normas aplicables. Ahora bien, esta idea básica debe ser complementada y matizada por otras antes de entrar en la exposición del diseño que sobre esta materia contiene la ley aragonesa.

a) No toda irregularidad hace inválido el testamento

En efecto hay, de una parte, irregularidades absolutamente irrelevantes. Así, por ejemplo, el art. 423.1. b), tras establecer que son nulos los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los restantes requisitos y formalidades requeridos por la ley añade expresamente que la falta de expresión de la hora del testamento no anulará éste si el testador no otorgó ningún otro en aquella fecha.

También es posible que, ante ciertas irregularidades, el legislador no establezca como sanción la invalidez sino una sanción diferente. Así, conforme al art. 475, que se ocupa de las denominadas “prohibiciones” de adquirir, es “nula” la disposición por causa de muerte a favor de algunas de las personas que menciona el propio precepto⁵: sin embargo, después de predicar en el art. 475.1 la nulidad de la disposición, el propio art. 475 en su apartado 2 se remite a los efectos de la indignidad⁶. La regulación de la indignidad, tanto por lo que se refiere a efectos, régimen de la restitución y plazo de caducidad de la acción de cinco años (arts. 330, 331 y 333), aleja esta figura de los diferentes tipos de nulidad previstos en el mismo Código foral y de los que nos vamos a ocupar en este trabajo.

5. En particular: a) El Notario autorizante del acto, o las personas ante las que se otorgan los testamentos especiales, y su cónyuge, parientes o afines dentro del cuarto grado. b) Los testigos, facultativos, expertos e intérpretes que intervengan en el otorgamiento del pacto o testamento. c) La persona que escribe el testamento cerrado a ruego del testador. d) El tutor o curador del disponente, salvo cuando se haya hecho después de aprobadas definitivamente las cuentas o, en el caso en que no hubiesen que rendirse estas, después de la extinción de la tutela o curatela. Es, sin embargo, válida la disposición a su favor cuando se trate de ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge del disponente.

6. En efecto, conforme al art. 475, “abierta la sucesión, los efectos retroactivos, el deber de restitución y la caducidad de la acción declarativa de la incapacidad relativa del heredero o legatario a quien se haya deferido la herencia, se rigen por las normas de la indignidad”.

Puede observarse entonces cómo el legislador, a pesar de las diferencias existentes entre ambas (las “prohibiciones” solo operan en la sucesión voluntaria, y son indisponibles para el causante), a través de la remisión del art. 475.2 a la indignidad, lo que hace es unificar la indignidad, que es una sanción por haber realizado actos reprobables contra el testador o familiares próximos⁷, con las “prohibiciones” de adquirir, que tratan de evitar las captaciones de la voluntad del testador. Se confirma así que, propiamente, a pesar de la denominación legal, en el caso de las llamadas “prohibiciones de adquirir por causa de muerte” no estamos ante verdaderas prohibiciones, lo que sería coherente con la consecuencia de la nulidad de que habla el art. 475.1, sino ante causas de inhabilidad, y de allí que, de acuerdo con su verdadera naturaleza y no con la terminología utilizada por el legislador, resulte lógico que la sanción produzca efectos semejantes a los previstos para la indignidad⁸.

b) Es el legislador quien decide las consecuencias de las irregularidades de que adolecen los actos y, en particular, los testamentos

Podría parecer evidente, pero conviene insistir en esta idea para evitar caer en la tentación de creer que solo existe una única y verdadera forma de abordar los problemas de invalidez. Las opciones de cada legislador al configurar un sistema de nulidades son variadas, tal y como lo demuestra la heterogeneidad de los diferentes modelos que ofrece el Derecho comparado. De lo que se trata es de valorar si el sistema escogido ofrece soluciones adecuadas a los problemas que se plantean, con independencia de que se ajusten a las categorías aprendidas por el intérprete, que no debe creer que responden a una esencia de las cosas, que los intérpretes y comentaristas de cualquier régimen legal tienden a identificar con la exposición de la nulidad que estudiaron por primera vez en la Facultad de Derecho.

El legislador aragonés ha optado por configurar un –aparentemente– completo sistema de invalidez que, en lo fundamental, responde a la interpretación elaborada por el profesor José Luis Lacruz Berdejo en torno a la invalidez de los testamentos en el Código civil, donde no existe una regulación completa y sistemática. La tesis de Lacruz presentaba el mérito indiscutible de ofrecer solución a los problemas de invalidez en un sistema en el que no existe una regulación de la invalidez de los testamentos, sino solo preceptos aislados que algunas veces

7. Basta para comprobar que es así con leer las causas de indignidad del art. 328: Son incapaces de suceder por causa de indignidad: a) Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus descendientes. b) El que fuere condenado por haber atentado contra la vida del causante, de su cónyuge, descendientes o ascendientes, contra la vida del fiduciario o contra la vida de otro llamado a la herencia cuya muerte favorezca en la sucesión al indigno. c) El que fuere condenado a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad o autoridad familiar, tutela, guarda o acogimiento familiar, en las sucesiones de las personas sobre las que versará la pena y sus descendientes. d) El que fuere condenado por acusación o denuncia falsa contra el causante o el fiduciario, en relación con un delito para el cual la ley señale una pena grave. e) El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del causante, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando esta no hubiera procedido ya de oficio. f) El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al causante o al fiduciario a otorgar, revocar o modificar las disposiciones sucesorias. g) El que por iguales medios impidiera a otro otorgar pacto sucesorio, testamento o acto de ejecución de la fiducia, o revocar o modificar los que tuviese hechos, o suplantare, ocultare o alterare otros posteriores.

8. De manera más correcta, el art. 412-5 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, alude a la “inhabilidad sucesoria” y establece quiénes son “inhábiles para suceder”.

predican la nulidad. En lo fundamental, la tesis de Lacruz consistía, dentro del sistema del Código civil, en adaptar analógicamente a los testamentos el régimen de invalidez elaborado por la doctrina mayoritaria a la vista de los preceptos previstos en el mismo cuerpo legal para los contratos, de modo que, en atención a las diferentes causas de invalidez, proponía la aplicación de un régimen de nulidad imprescriptible, de nulidad que prescribe a los quince años y, finalmente, de una anulabilidad que prescribe a los cuatro años⁹.

La primera valoración que puede hacerse de la existencia de una regulación de la nulidad del testamento es positiva, porque al adoptar soluciones expresas se reduce la incertidumbre acerca del régimen de la invalidez, en torno al cual existen muchas dudas en el Código civil (señaladamente, las que se refieren al plazo de ejercicio de la acción, a su calificación como plazo de prescripción o de caducidad, a la determinación de las personas legitimadas, activa y pasivamente)¹⁰.

Pero conviene saber al mismo tiempo que el legislador aragonés ha convertido en ley una interpretación que no ha sido consagrada en la práctica por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la aplicación del Código civil (donde, por ejemplo, se tiende a identificar un plazo unitario de prescripción de la acción de nulidad del testamento en quince años, con independencia de la causa de nulidad, a diferencia de lo que veremos hace la ley aragonesa)¹¹.

Lacruz, por lo demás, construyó su teoría contra la opinión autorizada de Valverde y De Castro¹² y, a su vez, la teoría de Lacruz fue sometida a revisión crítica

9. J. L. Lacruz Berdejo, *Derecho de sucesiones, I, Parte General. Sucesión voluntaria*, Librería Bosch, Barcelona, 1971, pp. 526 y ss. Reproduce su clasificación Juan José Rivas Martínez, "Artículo 687", *Código Civil Comentado*, t. II, Civitas, 2011, p. 372. En el mismo sentido, Pascual Martínez Espín, "Artículo 687", Tirant lo Blanch, 2013, p. 5295, que dice expresamente seguir en su exposición a Rivas Martínez.

10. Lo pone de relieve el propio preámbulo de la Ley aragonesa: "La doctrina de la invalidez de los testamentos tiene contornos muy borrosos en el Código civil, dada la ausencia de un régimen legal propio y el recurso necesario, pero no plenamente satisfactorio, a las normas dictadas para los contratos en este Cuerpo legal. Por ello, ha parecido útil distinguir en la nueva regulación diversas clases de invalidez de los testamentos y de las disposiciones testamentarias, y las consecuencias de cada una de ellas, con indicación de las correspondientes acciones. Para la distinción de los casos en que opera una u otra clase de nulidad (la que, por dar lugar a acción imprescriptible, la doctrina acaso prefiera denominar de «inexistencia», o aquella otra en que la acción prescribe a los quince años), o bien la anulabilidad, hay que tener en cuenta que los requisitos y formalidades de los testamentos y de la voluntad testamentaria vienen establecidos predominantemente en el Código civil. Son las consecuencias de la ausencia o infracción de los requisitos lo que especialmente regula el Derecho aragonés con régimen específico, atendiendo primordialmente a la ponderación de los intereses en juego y a la seguridad jurídica, que es de creer (sic) queda reforzada ya por el simple hecho de la existencia de una regulación legal que permite saber a qué atenerse en cada caso. También la revocación del testamento se ha regulado de manera más realista que en el Código civil, siguiendo sustancialmente las indicaciones de la jurisprudencia" (último párrafo del apartado 33 del preámbulo refundido del Código de Derecho Foral).

11. Ampliamente, sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, v. José Antonio Martín Pérez, "La nulidad del testamento", *Acciones civiles*, vol. 1, Dir. E. Llamas Pombo, La Ley, Madrid, 2013, p. 1213.

12. J. L. Lacruz Berdejo, *Derecho de sucesiones, I, Parte General. Sucesión voluntaria*, Librería Bosch, Barcelona, 1971, p. 528. Negaron que pudiera aplicarse el régimen de la anulabilidad a los testamentos Calixto Valverde y Valverde, *Tratado de Derecho civil español, T. V, Parte especial. Derecho de sucesión "mortis causa"*, Valladolid, Cuesta, 1926, pp. 147 y ss., para quien era relevante que el Código no estableciera distinciones, a diferencia de lo que hace para la invalidez de los contratos. Con argumentos sobre la diferencia estructural entre el contrato y el testamento y en la falta de adecuación al testamento de algunas normas previstas para la anulabilidad del contrato, Federico de Castro, *El negocio jurídico*, reimpresión del original de 1971, Civitas, Madrid, 1985, pp. 502 ss.

con posterioridad por el profesor Capilla Roncero¹³. Con independencia de los detalles, la polémica esencial versa acerca de si puede trasladarse de los contratos a los testamentos la distinción entre nulidad absoluta y anulabilidad, dadas las diferencias estructurales existentes entre el contrato y el testamento. Lacruz sostenía que sí¹⁴ y esa es la opción que ha seguido el legislador aragonés.

Por lo demás, la doctrina recogida en el Código foral no está hoy en línea con las regulaciones más modernas, que tienden a simplificar la regulación y someter a un tratamiento unitario el régimen de impugnación de los testamentos, en especial por lo que se refiere al plazo de ejercicio de la acción (tres años en el Derecho alemán desde la Ley de modificación del Derecho de sucesiones y de la prescripción de 24 de septiembre de 2004¹⁵; cinco años de prescripción en el Derecho francés desde la reforma de Ley la de 17 de junio de 2008, de reforma de la prescripción en Derecho civil¹⁶; cuatro años de caducidad en el Derecho catalán desde la promulgación del libro IV del Código civil en 2008¹⁷, y frente a la regulación anterior del Código de sucesiones de 1991¹⁸).

Finalmente, como iremos viendo a lo largo de la exposición, ni siempre resulta fácil compartir las razones que están detrás de la diferencia de régimen establecido por el legislador aragonés ni, en general, el casuismo introducido elimina la

13. F. Capilla Roncero, "Nulidad e impugnabilidad del testamento", *Anuario de Derecho Civil*, 40, 1987, 1, pp. 3-88, especialmente pp. 38 ss.

14. También otros autores refieren algunos supuestos de anulabilidad en el testamento, como M. Albaladejo, *Curso de Derecho civil, tomo V, Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 366; J. L. Seoane Spielberg, "La nulidad del testamento", *Derecho de sucesiones*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, 1995. J. L. Lacruz Berdejo, *Derecho de sucesiones, I, Parte General. Sucesión voluntaria*, Librería Bosch, Barcelona, 1971, p. 528, citaba a Traviesas, De Buen, Ossorio Morales, Bonet y Puig Brutau.

15. E. Arroyo i Amayuelas, "La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania", Barcelona, enero 2010, www.indret.com 1/2010. Las pretensiones sucesorias se integran en el plazo general de tres años de prescripción, a contar al final del año en el que se conoce que se puede ejercer la pretensión (§§ 195, 199.1 BGB), pero en todo caso las pretensiones *precluyen* a los treinta años desde la muerte del causante (§ 199.3a BGB).

16. Con anterioridad, para la nulidad absoluta se consideraba aplicable el plazo de treinta años del art. 2262 del Código, en su versión original, y para la nulidad relativa el plazo de cinco años del art. 1304. Aplicando el art. 2224, redactado también por la Ley 2008-561, la jurisprudencia ha interpretado razonablemente que el plazo de prescripción empieza a correr el día del fallecimiento del testador (*Cour Cass.* de 20 de marzo de 2013, nº 11-28318, com. Recueil Dalloz 2013, p. 1884).

17. "La acción de nulidad caduca a los cuatro años, a contar desde que la persona legitimada para ejercerla conoce o puede razonablemente conocer la causa de nulidad", establece el art. 422-3.2 aprobado por la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Este criterio subjetivo conlleva incertidumbre, pues los plazos pueden empezar a correr en fechas diferentes para los distintos legitimados, lo que la jurisprudencia deberá solucionar interpretando adecuadamente la expresión "razonablemente" que utiliza la norma para dotar de objetividad al *dies a quo*. Por lo demás, aunque ahora diga el Código que la acción de petición de herencia es imprescriptible (art. 465-1.3), frente a Ley 1991 que decía que prescribía a los 15 años, no podrá prosperar la acción de petición de herencia que se base en la impugnación de la validez de un testamento si esta acción ha caducado.

18. La solución del Derecho catalán vigente, que no distingue entre tipos de nulidad y es unitaria para todas las causas, contrasta con la que establecía el segundo párrafo del art. 128 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña: "En los casos previstos en los tres últimos apartados del artículo 126, esta acción será renunciable expresa o tácitamente y prescribirá a los cuatro años a contar del fallecimiento del testador". Esos apartados del art. 126 se refería a los supuestos de error, engaño, violencia, intimidación y la doctrina deducía que en los demás casos la acción no estaba sujeta a plazo (M. Tarragona Coromina, "Artículo 128", *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1994, tomo I, p. 490).

incertidumbre de la interpretación precisa para englobar los diferentes supuestos de hecho incluidos en cada categoría¹⁹.

c) El sistema recogido en los arts. 423 a 430 del Código foral no contiene un sistema completo de invalidez de los testamentos

A pesar de la apariencia de complitud que presenta la existencia de una regulación específica y sistemática sobre la materia el sistema no es completo. Ello es así por las siguientes razones.

i) Hay causas de nulidad y de ineficacia contenidas en el Código civil que también se aplican en el Derecho aragonés porque se refieren a instituciones que el Código foral no regula y cuya aplicación es posible también en Aragón, de forma supletoria en ausencia de norma propia. Me refiero a las normas sobre los legados contenidas en los arts. 862 (si el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena, será nulo el legado) y 865 (nulo el legado de cosas que están fuera del comercio) y a las sustituciones fideicomisarias en el arts. 781²⁰ y 785 del Código civil²¹.

ii) Hay causas de nulidad y de ineficacia en el Código foral que presuponen la aplicación de normas que no son del Derecho aragonés (por ejemplo, las que se refieren a la forma de los testamentos, contenidas en el Código civil). Tal y como reconoce el propio preámbulo del Código foral (apartado 33 último párrafo), el Derecho aragonés regula las consecuencias, pero los requisitos y formalidades de los testamentos vienen establecidos predominantemente en el Código civil²².

En particular, tampoco se ocupa el Derecho aragonés de la caducidad de ciertas clases de testamentos derivada del paso del tiempo desde el otorgamiento del mismo si no fallece en el testador (por ejemplo, para el testamento en peligro de muerte, art. 703 CC). Tampoco de la caducidad que se aplica a los testamentos no notariales si pasado cierto tiempo no se elevan a escritura pública y se protocolizan (art. 704 CC), o la adveración y protocolización del ológrafo (art. 689 CC;

19. Con carácter general, sobre los inconvenientes de falta de seguridad jurídica derivados de un régimen de invalidez basado en el casuismo, Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil*, IV-2, *Derecho de sucesiones*, undécima ed., Tecnos, Madrid, p. 145.

20. Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

21. No surtirán efecto: 1.º Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero. 2.º Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781. 3.º Las que impongan al heredero el encargo de pagar a varias personas sucesivamente, más allá del segundo grado, cierta renta o pensión. 4.º Las que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador.

22. Aunque pueda haber alguna regla concreta como, por ejemplo, las que se establecen en el art. 412 sobre el idioma de los testamentos, en los arts. 413 y 414 sobre la intervención de testigos; de manera más amplia, fuera de la forma, afectan a la validez las reglas sobre capacidad testamentaria (art. 408).

Sobre los antecedentes de la regulación de los testigos en el testamento aragonés, en la Compilación y en el Derecho histórico, F. García Vicente, "Artículo 90", en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dir. Lacruz Berdejo y J. Delgado, t. III, 1996, pp. 61 y ss. Sobre el régimen del testamento ante capellán, que la Ley de sucesiones de 1999 no recogió, en la misma obra y volumen C. Serena Velloso, pp. 90 ss.

el art. 411.2 del Código foral contiene en cambio una norma para el testamento mancomunado, dado que en el Código civil no se admite).

iii) A lo largo del Código foral, en el ámbito de la regulación de la sucesión voluntaria, hay supuestos de nulidad y de ineficacia sujetos a reglas propias y específicas. Así, por ejemplo, la consecuencia prevista en el art. 508.2 para la preterición no intencional total²³, cuyo presupuesto bien puede considerarse que es semejante al error del testador, que desconocía la existencia de los legitimarios²⁴, si bien la acción queda sometida a un régimen específico de ejercicio (el art. 493 señala un plazo único de 5 años desde el fallecimiento del causante, plazo que no coincide con ninguno de los previstos para los diferentes tipos de invalidez en los arts. 426 y 427: imprescriptibilidad, 15 años, 4 años). Otro supuesto específico es el del art. 499, que establece un complejo régimen para los casos en que se impone un gravamen no permitido sobre la legítima, o el del art. 500, sobre los requisitos de validez de las cautelas de opción compensatoria y la ineficacia que se predica de las que no los cumplan.

iv) Hay otras reglas de alcance general recogidas entre las “Normas comunes de las sucesiones voluntarias” que no siempre son de fácil coordinación con las reglas generales sobre invalidez. Así sucede con las normas contenidas en los arts. 471 (motivación de la disposición) y 476 (condiciones válidas) que, sin duda, debido a que han sido tomadas por el legislador aragonés de lugares diferentes a las recogidas entre las disposiciones generales no son totalmente coherentes con ellas. Lo veremos más adelante.

d) ¿Sistema judicial o extrajudicial de invalidez?

Es llamativo que el régimen de invalidez del Código foral sea típicamente judicial. Así, tras la regulación de unas causas de invalidez se contemplan las acciones de nulidad en los arts. 426 a 429, que se ocupan de la legitimación para el ejercicio de la acción y de la prescripción. Naturalmente, siempre queda a salvo el ejercicio de una acción pero hay que hacer notar que, sin que sea necesario que el legislador lo recuerde, no es preciso el ejercicio de una acción judicial si no hay contienda de modo que, existiendo acuerdo entre las partes, no será necesaria una sentencia que declare la nulidad del testamento, con independencia de que se trate de nulidad imprescriptible, de nulidad prescriptible a los quince años o de anulabilidad prescriptible a los cuatro años. Las sentencias, en su caso, no son constitutivas de la nulidad ni de la anulabilidad porque el resultado puede conseguirse sin necesidad de su pronunciamiento (a diferencia de lo que sucede con aquellos ámbitos en los que es necesaria una sentencia para que se produzca

23. Cuando todos o el único legitimario de grado preferente hayan sido preteridos no intencionalmente y no haya sido designado heredero o legatario ningún otro descendiente, se produce la delación legal de todo el caudal relicto.

24. J. L. Merino Hernández, *Manual de Derecho sucesorio*, Sonlibros, Zaragoza, 2006, p. 324, explica que puede considerarse como un caso de defecto de contenido del testamento y que de la norma se deduce que si se produce la delación legal es porque el testamento no es válido, lo que equivale a declarar su nulidad. En mi opinión, esta figura responde más a las características de la anulabilidad por error, pero el legislador establece un plazo diferente para el ejercicio de la acción. En el sentido del texto, A. Sánchez Rubio, quien advierte la contradicción de la tesis de la nulidad con otras características que el autor citado predica de la nulidad (“Cuestiones de invalidez testamentaria en la sucesión aragonesa”, en RDCA 2010, p. 158).

el cambio jurídico: así, con la sentencia de divorcio o de incapacitación). Otra cosa es que la sentencia que declara la falta de validez de un testamento constate oficialmente, y *erga omnes*, una invalidez que ya existía, también en los casos de anulabilidad.

En efecto, con arreglo a las normas que regulan su función, ni el notario debe autorizar un testamento ni el registrador inscribir los actos que se basen en él si les consta la nulidad (arts. 145, 156-8 del Reglamento notarial y 18 de la Ley hipotecaria)²⁵. La ley asume que actos nulos pueden acceder al Registro²⁶, pero ello es la consecuencia de que algunos vicios escapan al control de la legalidad y a la calificación que pueden hacer estos funcionarios: porque no es apreciable la existencia de engaño u otro vicio del consentimiento, o la falta de capacidad natural en el otorgante, o porque solo en juicio, con desarrollo de pruebas contradictorias, se pueden apreciar las circunstancias que permitan declarar la ineficacia del testamento (el motivo determinante de la disposición es contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, art. 424.1; la deposición se ha otorgado con error en el objeto o con engaño, art. 424.2).

Es decir, solo en los supuestos fácilmente comprobables, dado el carácter manifiesto de la irregularidad, podrá apreciarse la ineficacia extrajudicialmente; y, naturalmente, siempre queda abierta la vía judicial para quien se sienta perjudicado por la calificación realizada (dando por válido un testamento que no lo es o, por el contrario, denegando la partición que se base en el testamento que el notario considera inválido pero que no lo es).

La cuestión tiene que ver, en definitiva, con los medios de prueba con que se puede contar fuera de un proceso judicial. Pero hay que insistir en que de ello tampoco se deduce que sea necesaria una sentencia que declare la ineficacia si los interesados están de acuerdo, pues la sentencia no es nunca constitutiva de la invalidez, con independencia de la causa de la misma.

Así se advierte en los supuestos a que se refieren la Resolución de la DGRN de 26 de febrero de 2003 sobre la apreciación de ineficacia de un legado a favor del cónyuge de la testadora, en un caso en el que los cónyuges se divorciaron con posterioridad sin que la esposa modificara sus disposiciones testamentarias (vuelvo sobre este caso en el apartado VI de esta ponencia).

También en el supuesto de la RDGRN de 13 de septiembre de 2001. El causante había otorgado testamento cuando estaba soltero y sin descendientes, designando

25. Conforme al art. 145 del Reglamento de la organización y régimen del notariado: "La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes". Conforme al art. 156.8 la comparecencia de toda escritura indicará: "La afirmación de que los otorgantes, a juicio del notario, tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera, en la forma establecida en este Reglamento, así como, en su caso, el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación". Para los registradores, el art. 18 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria dispone que: "Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro".

26. Así resulta de lo dispuesto en el art. 33 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual, "la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes".

herederos a sus tres hermanos. Falleció después de casado y de tener dos hijos, sin haber modificado el testamento. El notario autorizó un acta de declaración de herederos abintestato declarando herederos a partes iguales a sus hijos y su viuda en la cuota legal usufructuaria, quedando sin efecto las disposiciones testamentarias a tenor del art. 814.1 CC. El registrador de la propiedad no practica la inscripción solicitada apoyada en la escritura presentada por entender que, en ausencia de ratificación de los herederos testamentarios del causante era precisa una declaración judicial de nulidad del testamento a fin de obtener virtualidad sucesoria el acta de declaración de herederos. Hay que tener en cuenta que la consecuencia de nulidad de las disposiciones testamentarias prevista en el art. 814 requiere la prueba de la no intencionalidad de la preterición, porque en otro caso las consecuencias previstas en la norma son otras –solo queda a salvo la legítima–. En el informe del notario y en defensa de la nota de calificación del registrador se vierten argumentos sobre la posibilidad de apreciar la intencionalidad en la preterición de manera extrajudicial. Finalmente, desde este punto de vista, y con el argumento de la vulneración de la tutela judicial efectiva, pero con reproducción parcial de la doctrina científica que para la anulación en el ámbito contractual exige resolución judicial y considerando relevante que en el art. 814 se utilice el término “anulará”, la Dirección General concluye en su Resolución afirmando que “en el caso debatido, no podrá prescindirse, sin consentimiento de los beneficiarios, o sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento cuestionado a la hora de formular la partición, y ello sin necesidad de prejuzgar ahora si en el pleito consiguiente la carga probatoria corresponde a la que alega la intencionalidad de la preterición, o, dada la significación de la no revocación del testamento, al que pretenda su ineficacia”.

En el caso del Derecho aragonés la solución de estos casos debe enfocarse teniendo en cuenta que del art. 506 del Código foral resulta expresamente que es no intencional la preterición cuando el legitimario ha nacido después de que el testador ordenara su sucesión. Esta precisión legal facilita la calificación extrajudicial de los supuestos de intencionalidad y no es necesario acudir a un proceso judicial para apreciarla. Este es el verdadero motivo y es absolutamente irrelevante para alcanzar esta conclusión que el Código foral no utilice el término “anular”, porque en definitiva los efectos de la preterición no intencional, distintos según sea parcial o total, en la práctica modifican o prescinden del testamento (para satisfacer la legítima en el primer caso, para abrir la sucesión legal en el segundo, como si fuera nulo el testamento).

Con carácter general, el problema es de qué medios de prueba puede disponerse extrajudicialmente para considerar acreditado que puede prescindirse de la voluntad de quien resultaba beneficiado por un testamento otorgado y del que, en aras a la nulidad apreciada, se va a prescindir. Lo que aporta el procedimiento judicial es precisamente la posibilidad de que, de manera contradictoria, y con todos los medios de prueba a su alcance, las partes sean oídas para la toma de decisión con eficacia *erga omnes* acerca de la validez o invalidez del testamento.

Desde el punto de vista práctico, debe tenerse en cuenta que si el notario y el registrador actúan considerando un testamento inválido (da igual que sea nulidad imprescriptible por considerar que falta un requisito esencial, o nulidad prescriptible) quien se sienta perjudicado puede recurrir a los tribunales. Pero esto es así, incluso, aplicando el Derecho aragonés y aun en el supuesto específico de la presunción de preterición no intencional del art. 506, aunque es cierto que el precepto hará más difícil de demostrar en juicio que la preterición fue intencional, aun en el caso de que el legitimario naciera después del otorgamiento del testamento. La presunción legal admite prueba en contrario, porque es una ejemplificación de supuestos en los que el disponente desconocía la existencia del legitimario, pero cabe imaginar supuestos en los que, conociendo su existencia no quisiera nombrarlo, y para ello son posibles, en un procedimiento judicial, todos los medios de prueba, incluidos los extrínsecos al testamento. Siempre quedaría abierta la vía judicial para quien quisiera enervar la aplicación de la presunción legal por resultar perjudicado por los actos realizados al amparo de la misma: ¿*quid* del testador que nombra herederos a sus hermanos y después de tener un hijo no cambia su testamento porque realmente quiere que hereden sus hermanos (cfr. art. 507)? El problema, insisto, sería de prueba, y el art. 506 lo pone difícil, pero no imposible.

e) Invalidez e ineficacia total y parcial

El art. 424.3 del Código foral consagra una regla admitida por la jurisprudencia y la doctrina del Código civil y que distingue entre la ineficacia total del testamento y la ineficacia parcial, cuando solo afecta a alguna de sus disposiciones. La STS de 12 de noviembre de 1964 explicó la existencia de dos grandes grupos de nulidad y sentó la doctrina de la no comunicabilidad de la ineficacia a todo el testamento en caso de que la invalidez afectara solo a una disposición, y ello, en ausencia de norma expresa, generalizando el principio que se deduce a partir de preceptos concretos del Código (arts. 737, 750, 752, 754, 792, 814 CC).

Es evidente, sin embargo, que cuando existe interdependencia entre dos disposiciones testamentarias atendiendo a la interpretación de la voluntad del testador, si se llega a la conclusión que no hubiera hecho una disposición si no valiera también la que se declara inválida, la ineficacia de esta última acarreará la de la otra²⁷. Así debe interpretarse lo que dice el art. 424.3 del Código foral cuando dispone que la nulidad, anulación, revocación o ineficacia de una disposición testamentaria no afectará a la validez o eficacia de las demás, “a no ser otra la voluntad del testador”. A pesar de lo que podría llevar a pensar la redacción del precepto hay que entender que no hará falta que el testador establezca expresamente la conexión o dependencia de las dos disposiciones, sino que podrá alcanzarse esa conclusión interpretando el testamento con arreglo a los criterios del art. 416.

27. Expresamente, J. L. Lacruz Berdejo, *Derecho de sucesiones, I, Parte General. Sucesión voluntaria*, Librería Bosch, Barcelona, 1971, p. 527. Lo dice también claramente el art. 422-5 (Nulidad parcial) del Código civil de Cataluña: “La nulidad de cualquier disposición testamentaria no determina la nulidad total del testamento en que se ha ordenado, salvo que de su contexto resulte que el testador no habría ordenado las disposiciones válidas sin la disposición nula”.

El art. 424 se encuentra recogido sistemáticamente en la sección referida a la nulidad y anulabilidad, pero la regla se formula con amplitud para todos los casos de ineficacia (nulidad, anulación, revocación o ineficacia). El propio Código se ha ocupado anteriormente de la invalidez del testamento (art. 423) y de la invalidez de las disposiciones (art. 424). En la regulación de la revocación también se contemplan tanto la revocación de disposiciones testamentarias como la del testamento en su totalidad (arts. 431 y ss.) y los supuestos de ineficacia de los arts. 437 y 438 apuntan, en principio, a casos de ineficacia parcial.

f) ¿Falta de restricción en las causas de nulidad?

No existe en Aragón un equivalente al art. 743 del Código civil, conforme al cual, caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias “solo en los casos prevenidos en este Código”. El precepto, que enlaza con la antigua máxima de la jurisprudencia francesa *pas de nullité sans texte*, ha sido interpretado de una manera flexible, en el sentido de que no es necesaria una expresa previsión legal para la invalidez de un testamento que, por el contrario, puede resultar, como de hecho resulta implícita de muchos preceptos del Código que exigen formalidades y requisitos para los testamentos²⁸.

El Código foral, por el contrario, prescinde de la formulación de un principio de restricción de las causas de nulidad, lo que podría propiciar el problema contrario al que se suscita en el Código civil. En efecto, se establecen las causas de nulidad con tal amplitud que luego el propio legislador se ve en la necesidad de consagrar expresamente que ciertas irregularidades serán, a pesar de la regla general, irrelevantes (así, art. 423.1.b)²⁹.

Debe observarse que, fuera de los supuestos exceptuados de la invalidez por el legislador, la apreciación de la gravedad de la falta de cumplimiento de las formalidades legales siempre quedará en manos del intérprete, señaladamente el judicial, que cabe esperar las interprete restrictivamente cuando llegue a la convicción de que, a pesar del defecto, esa era la voluntad real del testador. En última instancia, según el art. 430.1 del Código foral (“conversión del testamento nulo”), el testamento nulo por defecto de forma será válido si reúne los requisitos formales de otra clase de testamento.

A partir de la proclamación legal de la restricción de causas de invalidez testamentaria consagrada en el art 743 CC, la jurisprudencia ha construido la doctrina de la presunción de la validez de las disposiciones testamentarias y la necesidad de que quien invoca la invalidez acredite debidamente la nulidad³⁰. En realidad,

28. Por todos, con cita de Espín, J. L. Lacruz Berdejo, *Derecho de sucesiones, I, Parte General. Sucesión voluntaria*, Librería Bosch, Barcelona, 1971, p. 531; F. Capilla Roncero, “Artículo 743”, en *Código Civil Comentado*, t. II, Civitas, 2011, p. 592.

29. Según este precepto, aunque suponga el incumplimiento de un requisito exigible, falta de expresión de la hora del testamento no anulará éste si el testador no otorgó ningún otro en aquella fecha. Tampoco lo anulará la falta de indicación en el testamento de que se ha cumplido alguno de sus requisitos y formalidades cuando pueda demostrarse que efectivamente fue cumplido.

30. T. Carrancho Herrero, “Artículo 743”, en *Jurisprudencia Civil Comentada. Código civil*, 2ª ed., T. II, dir. M. Pasquau, Comares, Granada, 2009, p. 1369.

a la misma conclusión se llega, sin necesidad de una norma de tipicidad de causas de nulidad, por aplicación de las reglas generales sobre carga de la prueba, por lo que tal doctrina es igualmente aplicable en Derecho aragonés.

III. CLASES DE INVALIDEZ Y DIFERENCIAS DE RÉGIMEN JURÍDICO

1. Introducción

De la regulación legal resultan tres clases de invalidez: una nulidad imprescriptible, una nulidad que prescribe a los quince años y una anulabilidad que prescribe a los cuatro años, en ambos casos desde el fallecimiento del testador. La clasificación legal se hace atendiendo a la causa del vicio, de la irregularidad y, en función de ello, se establece un régimen jurídico diferente.

El art. 426.1 establece que la nulidad del testamento contemplada en la letra a) del apartado 1 del artículo 423 es imprescriptible, y según este último precepto, son nulos “los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los requisitos esenciales prescritos por la ley para los testadores, el contenido o la forma del testamento otorgado”.

Conforme al art. 426.2, la acción de nulidad del testamento a la que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 423, o de alguna de sus disposiciones, prescribe a los quince años a contar desde el fallecimiento del testador. La letra b) del art. 423.1 dice que son nulos “los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los restantes requisitos y formalidades requeridos por la ley”, es decir, los que no son esenciales, a los que se refiere la letra a), y que dan lugar a nulidad imprescriptible. Pero el art. 426 se remite, además de a la letra b) del art. 423.1, referida a la invalidez del testamento, a la “de alguna de sus disposiciones”. Para la invalidez que consiste en la nulidad de las disposiciones hay que acudir al art. 424.1, conforme al cual, es nula la disposición testamentaria esencialmente determinada por un motivo contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

El art. 427 se ocupa de la acción de anulabilidad, y tanto si se trata del testamento como de cualquiera de sus disposiciones, establece que la acción prescribe a los cuatro años a contar desde el fallecimiento del testador. De una parte, el art. 423.2 se ocupa de los testamentos anulables, calificando como tales a los testamentos que, aun reuniendo los requisitos y formalidades legales, hayan sido otorgados por persona con la edad requerida para testar y no incapacitada judicialmente para ello pero que carezca de capacidad natural y los otorgados con engaño, violencia o intimidación grave. De otra parte, el art. 424.2 califica de anulable la disposición testamentaria que haya sido otorgada con error en la persona o en el objeto, con engaño, violencia o intimidación grave y en los casos en que resulte que se ha otorgado por error, de hecho o de derecho, en los motivos si del testamento resulta que el testador no la habría otorgado de haber conocido el error.

Fijados los plazos de prescripción de cada tipo de invalidez en función de las causas que dan lugar a la misma, si se mira más despacio el régimen legal se observa que, verdaderamente, la única distinción entre los tres tipos de invalidez se refiere al plazo de prescripción (imprescriptible, quince, cuatro años). En lo demás, no existe diferencia.

a) Legitimación

En primer lugar, por lo que se refiere a la legitimación, sin duda es igual en todos los casos. La legislación aragonesa no contiene norma al respecto, pero el Tribunal Supremo ha elaborado una jurisprudencia que es perfectamente compatible con la regulación que se recoge en el Código foral.

Así, por lo que se refiere a la legitimación activa, la apreciación de oficio de la nulidad no está aquí justificada por razones de orden público o de interés general³¹, a diferencia de lo que está pasando en el ámbito de la protección del consumidor, donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado una jurisprudencia que, en ese ámbito admite la apreciación de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas³². Cabría pensar como excepción en algunos de los supuestos en los que existiera contradicción con el orden público (actuaciones delictivas, casos en los que estuviera en juego la protección de menores o discapaces, que nuestros tribunales han considerado de orden público en el ámbito del Derecho de familia: sobre este tipo de hipótesis vuelvo en el apartado IV.3). Está legitimado quien tenga un interés legítimo y actual en la declaración de nulidad, quien obtenga un provecho o beneficio³³, y que la mejor doctrina identifica con los titulares del *ius delationis*, con los sujetos que resultarían inmediatamente llamados si

31. Ninguna de las sentencias que la doctrina cita en apoyo de la apreciación de oficio de la nulidad aplica realmente tal teoría, por más que se diga en ellas que la nulidad puede ser apreciada de oficio, como refuerzo de que en el caso se va a declarar una nulidad que sí ha sido invocada por las partes.

Así, en J. L. Merino Hernández, *Manual de Derecho sucesorio*, Sonlibros, Zaragoza, 2006, p. 334 cita la STS 14 de octubre de 1997 pero en esta ocasión, pedida la nulidad de la declaración de herederos, afirma el tribunal que ese pedimento sólo puede tener como razón de fondo para obtenerla que el testamento fuera válido y la nulidad de éste fue esgrimida como excepción contra la demanda de nulidad del auto de declaración de herederos. Añade después el TS, cuando no hacía ninguna falta que: "Y sabido es que un acto nulo permite ser tenido como tal cuando realmente lo es, incluso de oficio, por los Tribunales, y esgrimirse como excepción, como sucede por ejemplo en las tercerías de dominio, en que los ejecutados demandados pueden oponerse frente a quien demanda la propiedad de un bien con fundamento en contrato nulo".

Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil, IV-2, Derecho de sucesiones*, undécima ed., Tecnos, Madrid, p. 143, citan las SSTs de 21 de junio de 1986 y de 25 de junio de 1990. En la primera de ellas se discutía si era cuestión nueva la alegación de nulidad manifestada en la vista del juicio de apelación y si su estimación creaba indefensión para la otra parte, y para zanjar la cuestión el TS afirma que: "puede declararse, no sólo a instancia de parte, sino también de oficio; a la vista de lo razonado, no puede admitirse, como en la sentencia impugnada se establece, que la alegación de nulidad del testamento, entrañe el planteamiento de una cuestión nueva, puesto que viene referida a la nulidad acusada del testamento, implica el incumplimiento de un requisito formal, sin que pueda estimarse se produzca indefensión para la contraparte, que en manera alguna, aunque la cuestión se hubiera planteado en la fase expositiva del proceso, hubiera podido redargüirla con probanza de ningún tipo". La STS de 25 de junio de 1990 cita la de 1986 pero realmente es a mayor abundamiento porque el resumen de hechos de la sentencia de 1990 señala que "por demanda tramitada en juicio declarativo de menor cuantía se suplicó el «petitum» que consta en autos en torno a la nulidad del testamento". Ninguna declaración de oficio, por tanto.

32. V., entre otras, SSTJUE de 26 de abril de 2012, 14 de marzo de 2013, de 3 de octubre de 2013.

33. Expresamente, art. 422-3.1 aprobado por Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones: "La acción de nulidad puede ser ejercida, una vez abierta la sucesión, por las personas a quien puede beneficiar la declaración de nulidad".

se anula el testamento³⁴, que es con quienes existe un conflicto de intereses real, y evitar así la inestabilidad del fenómeno sucesorio que resultaría si la legitimación se extiende a cualquier persona que pudiera acabar recibiendo los bienes si fallaran, por repudiaciones sucesivas, todos los llamados con anterioridad (en última instancia, la Comunidad Autónoma).

Por lo que se refiere a los acreedores de la herencia es unánime la opinión que excluye su legitimación³⁵, y el Derecho catalán³⁶ lo niega expresamente; en el caso del Derecho aragonés, la tutela de sus intereses vendrá del régimen de la separación de patrimonios instaurada en el art. 357 del Código foral. La cuestión es más complicada cuando se trata de los acreedores de los activamente legitimados para ejercer la acción de nulidad y cabe preguntarse si pueden ejercer, vía subrogatoria (art. 1111 CC), la acción de nulidad. Inclina a una respuesta positiva no solo la lejana analogía con el art. 354 del Código foral (art. 1001 CC), sino el hecho de que la acción de impugnación puede ser presupuesto de la acción de petición de herencia, para la que la doctrina suele admitir su ejercicio subrogado³⁷.

El dato de que la legitimación activa sea la misma en todos los casos de nulidad es uno de los argumentos que permite rechazar la oportunidad de establecer una distinción entre tipos de nulidades en los testamentos. En particular, la anulabilidad, adecuada para los contratos, no lo sería en el ámbito de los testamentos, donde no hay dos partes ni, por tanto, una parte a la que proteger. En efecto, la anulabilidad es un tipo de invalidez “de protección” que, en el ámbito contractual, tiende a resguardar los intereses de una de las partes del contrato: al menor o incapaz, a quien ha sufrido el dolo, la violencia o el error.

En los contratos concurre en la misma persona la cualidad de autor del negocio, la causa o fundamento de impugnación, la facultad de impugnar (quien ha sufrido el vicio o adolece de falta de capacidad), y la legitimación se le reconoce a él (o a su representante), en quien concurre además la cualidad de titular de los efectos de la impugnación (en particular, la restitución de lo entregado).

En el testamento, aunque la causa de impugnación sea la falta de capacidad o el vicio de consentimiento, los problemas de validez se producen después de

34. Un resumen de opiniones en José Antonio Martín Pérez, “La nulidad del testamento”, *Acciones civiles*, dir. E. Llamas Pombo, p. 1193.

35. Para el Código civil, por todos, José Antonio Martín Pérez, “La nulidad del testamento”, *Acciones civiles*, dir. E. Llamas Pombo, p. 1198. Para el Derecho catalán, M. Tarragona Coromina, “Artículo 128”, *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1994, tomo I, p. 490.

36. Art. 422-3.4 aprobado por Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones: “La acción de nulidad es transmisible a los herederos, pero no pueden ejercerla los acreedores de la herencia”.

37. En este sentido, Capilla, “Nulidad”, pp. 46 y 47.

En el ámbito concursal, además, es aplicable el art. 54.4 de la Ley 2/2003, de 9 de julio, Concursal, conforme al cual: “4. Los acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de una acción del concursado de carácter patrimonial, señalando las pretensiones concretas en que consista y su fundamentación jurídica, estarán legitimados para ejercitarla si ni el concursado, en su caso, ni la administración concursal lo hiciesen dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. En ejercicio de esta acción subsidiaria, los acreedores litigarán a su costa en interés de la masa. En caso de que la demanda fuese total o parcialmente estimada, tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas en que hubieran incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, una vez que ésta sea firme. Las acciones ejercitadas conforme al párrafo anterior se notificarán a la administración concursal”.

la muerte del testador: la impugnación solo tiene sentido cuando el testador ya ha muerto, porque antes el mismo testador puede revocar y porque, además, los efectos de la impugnación recaen en personas diferentes del autor del testamento (los beneficiados por el testamento y por su impugnación). Ni siquiera cuando la acción de impugnación se base en la falta de capacidad se reconoce la legitimación del tutor en vida del incapacitado. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, con el argumento fundamental de que la acción de impugnación no se dirige a proteger los intereses del testador incapacitado sino, en su caso, los de los beneficiarios³⁸.

b) Privación de legitimación

Tampoco hay diferencia, con independencia de cuál sea la causa de invalidez, por lo que se refiere a la aplicación de lo dispuesto en el art. 428, conforme al cual (Límites en el ejercicio de la acción), “no puede ejercitar las correspondientes acciones quien, conociendo la causa de nulidad o anulabilidad del testamento o de cualquiera de sus disposiciones, le ha dado voluntaria ejecución o ha renunciado a la acción”.

En el Código civil no existe una norma semejante, pero la doctrina ha elaborado esta regla, que es aceptada con normalidad y que ahora se ha convertido en Derecho aragonés. Según los casos, el fundamento es la renuncia a la acción o la aplicación de la doctrina de los actos propios³⁹. La regla, que priva de legitimación para el ejercicio de las acciones de impugnación a quien, conociendo la causa de invalidez da voluntaria ejecución al testamento o renuncia a la acción, se considera aplicable con independencia del tipo de defecto o irregularidad. Esta doctrina llevaría a la conclusión de que nadie podría impugnar un testamento inválido si todos los legitimados activamente para impugnarlo, todos los interesados, estuvieran conformes en mantener su eficacia, bien renunciando a la acción, bien dándole voluntaria ejecución: de esta forma, el resultado práctico sería el de que un testamento nulo habría llegado a producir efectos.

También, en particular, cuando se trate de la que ha dado en calificarse de nulidad radical, que suele considerarse insanable, y que vendría a coincidir con la que el legislador aragonés ha calificado de nulidad imprescriptible. En estos casos se considera que, propiamente, no es que se esté sanando la invalidez de un testamento inválido, lo que sería contrario al escrúpulo dogmático de que en los

38. La cuestión es compleja porque, sobre todo, es discutible quién está legitimado pasivamente, pues hasta la muerte del causante no se sabe si los llamados tienen capacidad y aceptarán la herencia. El Tribunal Supremo ha negado la legitimación del tutor para pedir la nulidad del testamento por incapacidad del otorgante cuando este todavía no ha fallecido (STS de 23 marzo 2010, y hay algún precedente anterior). El caso es muy discutible, en particular porque la sentencia de instancia que es casada por el Tribunal Supremo consideró probado que en el momento del otorgamiento del testamento el testador, posteriormente incapacitado, padecía la enfermedad en grado tal como para considerarlo carente de la capacidad y la volición suficiente (T. Rubio Garrido, “Nulidad de testamento por incapacidad del testador o/y por captación de voluntad, solicitada cuando aún no ha fallecido el testador. Legitimación activa del tutor. Una crítica a la opinión común doctrinal. Comentario a la Sentencia del TS de 23 de marzo de 2010”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, 25, 2010, pp. 363-372).

39. Ampliamente, Martínez Pérez, “La nulidad del testamento”, p. 1229.

casos de nulidad radical, de inexistencia, no se puede sanar el acto⁴⁰: por el contrario, el fundamento de la eficacia de las atribuciones de un testamento inválido procedería en estos casos no del mantenimiento de la voluntad del causante, sino de la fuerza de la voluntad de los beneficiados. Si se admite este planteamiento ello significaría que los bienes se recibirían, no dando cumplimiento a una voluntad testamentaria teóricamente inválida –pero que es la que se está ejecutando–, sino mediante la ficción de que los recibía primero a quien le correspondería de declararse la nulidad pero que, al renunciar a la acción, produciría un efecto semejante a una cesión gratuita al designado por el causante que dispuso inválidamente. Argumento teórico demasiado forzado, en mi opinión, para resolver problemas prácticos, e innecesario dogmáticamente, porque no es verdad que las causas de invalidez se superpongan ontológicamente a la realidad de los bienes, impidiendo que sean recibidos directamente del testador que dispuso inválidamente, precisamente porque la ley lo permite mediante la previsión contenida en el art. 428, y mediando la voluntad de todos los interesados y no habiendo ningún legitimado para hacer eficaz la invalidez, los terceros –el gestor, el inspector de hacienda, el notario...–, no pueden realizar fuera del proceso un juicio paralelo acerca de la corrección dogmática del iter transmisivo de los bienes.

Esta es la interpretación que debe mantenerse también respecto del art. 428 aragonés, que se refiere expresamente tanto a la “nulidad” como a la “anulabilidad”, en un precepto que viene a continuación de los que distinguen casuísticamente los diferentes tipos de nulidad.

Esta norma presenta sin embargo dificultades en la práctica extrajudicial. Por ejemplo, teóricamente, si todos los interesados quieren dar cumplimiento a un testamento ológrafo otorgado por un menor de edad (considerando interesados a quienes podrían impugnarlo y resultarían favorecidos si se declarara la invalidez del testamento) o al testamento ológrafo compuesto por un tratamiento de textos, y se presentan en la notaría para aceptar la herencia y hacer la partición, advertidos de que concurre causa de nulidad, el notario no debería negarse a otorgar la escritura, porque la regla del art. 428 consagra la posibilidad de que, privados todos los interesados de legitimación, mediante renuncia a la acción, el testamento se ejecute y no haya quien pueda hacer valer la nulidad. Lo que sucederá, tal y como he apuntado más arriba, es que resulta difícil que al notario (y, con posterioridad, al registrador) le conste que concurren todos los interesados (puede haber otro testamento ológrafo que no habría quedado revocado por el nulo al que los “interesados” pretenden dar validez). Esa es la dificultad práctica que puede permitir al notario negar su intervención sin incurrir en responsabilidad disciplinaria (art. 2 Ley Orgánica del Notariado). En el caso de que llegara a otorgarse la escritura (y en su caso a practicarse las inscripciones correspondientes, por no constar la causa de invalidez), igualmente queda abierta la vía judicial para hacer valer la invalidez por parte de quien, estando legitimado, no hubiera concurrido. Igualmente si, por el contrario, se deniega el otorgamiento de la escritura o, una vez otorgada esta, la inscripción, quedan abiertas las vías de

40. Lacruz, *Derecho de sucesiones*, 1971, p. 536, nota 7.

recurso contra la actuación de notarios y registradores conforme a la legislación reguladora de su actividad.

c) Prohibición de impugnación

A todos los tipos de invalidez les es aplicable la regla prevista en el art. 429 sobre la “inadmisibilidad de la prohibición de impugnar” y, conforme a la cual, el testador no puede prohibir que sea impugnado su testamento en los casos en que concurra causa de “nulidad o anulabilidad”. La regla, que tiene su precedente en el art. 675 CC⁴¹, muestra que la libertad del testador tiene su límite en las normas de invalidez, que no son disponibles para el testador⁴², tanto en las hipótesis de nulidad como de anulabilidad. Esa regla se ve reforzada por el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

Se ha discutido si la indisponibilidad de la nulidad que deriva de la norma impide que los árbitros se pronuncien sobre la validez del testamento (sobre el arbitraje testamentario, art. 10 de la Ley de arbitraje de 2003)⁴³. En realidad, como se ha hecho notar, la norma civil excluye que el testador prohíba la impugnación, pero dada la naturaleza de equivalente jurisdiccional de esta forma de resolución de controversias, no se debería ver inconveniente en que la impugnación tuviera que ser arbitral⁴⁴. El problema es que la invalidez del testamento (si se impugna por defectos de forma, o por falta de capacidad del testador, o por vicio de consentimiento) acarreará la de la cláusula arbitral, y no existe para el testamento una norma como la prevista para el contrato en el art. 22 (potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia), en el sentido de que la decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entraña por sí sola la nulidad del convenio arbitral⁴⁵. Pero ello no impide que, además de los casos en que proceda la conversión del testamento nulo (art. 430 del Código foral), los supuestos de nulidad de disposiciones testamentarias que no afecten a la arbitral (cfr. art. 424.3) sí podrían ser objeto del arbitraje testamentario⁴⁶.

La voluntad del causante no puede prevalecer sobre las reglas que prescriben la validez de los testamentos pero obsérvese que, con la técnica de la privación de

41. Cfr. art. 675.II CC, conforme al cual, “el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley”.

42 V. T. Rubio Garrido, “Artículo 675”, en *Comentarios al Código civil*, T. IV, dir. R. Bercovitz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5224.

43. Para el Derecho anterior, dando por supuesto que sí es posible el arbitraje testamentario, Lacruz/Sancho, *Derecho de sucesiones*, 1971, p. 232. Lo niega, por entender que se trata de una materia indisponible, dada la exclusión de las materias indisponibles del arbitraje (cfr. art. 2 de la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre) F. Capilla, en *Comentarios a la Ley de arbitraje*, coord. R. Bercovitz, Madrid, Tecnos, 1991, p. 91.

44. E. Campo Villegas, “La partición hereditaria arbitral”, en *La partición hereditaria*, coord. X. O’Callaghan Muñoz, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 243 ss.

45. R. Verdadera Server, “Artículo 10”, *Comentarios a la Ley de arbitraje*, coord. Silvia Berona, 2ª ed., 2013, p. 546.

46 A. Calatayud, “El arbitraje testamentario desde el Derecho aragonés”, en RDCA 2012, p. 178, J. J. Rivas Martínez, *Derecho de sucesiones común y foral*, t. I, Madrid, Dykinson, 2005, p. 676, I. Gomá Lanzón, “El arbitraje en el Derecho sucesorio. El arbitraje testamentario”, p. 16, http://elnotario.es/images/pdf/ARBITRAJE_DERECHO_SUCESORIO.pdf

la legitimación a quien renuncia o ejecuta el testamento o la disposición inválida, el art. 428 permite en cambio que todos los coherederos y los interesados acaben dando validez al testamento inválido. Para ellos, por tanto, no es indisponible la invalidez.

Hay que entender que la norma contenida en el art. 429 del Código foral es de aplicación también cuando el testador no utilice una expresión prohibitiva, pero penalice o sancione a quien ejercite la acción de nulidad, privándole del beneficio sucesorio que le haya atribuido⁴⁷. Pero conviene saber que la aparente sencillez de la norma oculta una polémica doctrinal y jurisprudencial sobre el ámbito de las prohibiciones excluidas –incluidas las que se refieren también a la partición–, pues no toda pérdida de beneficio si se impugna el testamento cae dentro del ámbito de la “prohibición de prohibir”. Nuestro Derecho, por ejemplo, admite la “prohibición” que pudiera considerarse implícita en las cautelas de opción compensatoria cuando cumplen los presupuestos del art. 500⁴⁸. De manera más general el Tribunal Supremo ha declarado, y la doctrina por lo razonable me parece que igualmente debería servir en el Derecho aragonés, que hay que valorar en cada caso el fundamento del contenido impugnatorio, de modo que por aplicación de ese criterio en el ámbito que aquí nos interesa, el testador no puede prohibir –y la prohibición se tendrá por no puesta– las denuncias de irregularidades del testamento, es decir, las impugnaciones del testamento basadas en su invalidez (STS de 3 de septiembre de 2014, con cita de otras anteriores)⁴⁹.

d) Las consecuencias de la invalidez

El Código foral no establece las consecuencias de la invalidez. Con independencia del vicio o irregularidad de que adoleciera el testamento en el momento de su otorgamiento, bien se trate de nulidad o de anulabilidad, los efectos del ejercicio con éxito de la acción de invalidez son los mismos, la privación de efectos de ese testamento y, en el caso de que el testamento se hubiera ejecutado, la entrega de los bienes por quienes los hubieran recibido a quienes, sin ese testamento inválido habrían sido llamados (por sucesión legal, por existencia de otro testamento válido que nombra herederos o legatarios). Siempre que no hayan sido adquiridos por usucapión (v. el apartado III.3).

2. Imprescriptibilidad de la acción declarativa

Los plazos de prescripción de cuatro y quince años previstos por el legislador aragonés solo tienen sentido para la impugnación judicial cuando se ejercita la

47. J. L. Merino Hernández, *Manual de Derecho sucesorio*, Sonlibros, Zaragoza, 2006, p. 341.

48. O, por ejemplo, v. la crítica al tratamiento por parte de la jurisprudencia como condición ilícita de algunas prohibiciones impuestas por el testador, como la de perder la parte libre si no se acepta la partición del testador en Díez-Picazo, “El condicionamiento de los negocios *mortis causa*”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a J. M. Miquel*, coord. Díez-Picazo, Aranzadi, 2014, p. 1185.

49. En definitiva, la aplicación de la cláusula testamentaria de prohibición de intervención judicial de la herencia, so pena de pérdida de lo atribuido en el testamento no es una cláusula que de por sí sea contraria al principio constitucional de tutela judicial efectiva, sino que es plenamente válida y eficaz salvo que se oponga a alguna norma de carácter imperativo o impida la acción de nulidad o anulabilidad del testamento.

acción con la finalidad de que se declare la nulidad de un testamento (bien por ser nulo, bien por ser anulable) al que se ha dado ejecución y con el propósito último de lograr la entrega de los bienes de quienes los recibieron en virtud de un testamento inválido.

Quien ha adquirido aplicando las reglas de la sucesión legal (o de un testamento anterior al que invoca el demandante) siempre podrá oponerse frente a la demanda de quien le reclama los bienes con apoyo en un testamento inválido. Los plazos de prescripción no son aplicables a quien se opone a la validez del testamento exhibido para reclamarle los bienes; dicho de otra manera, no puede alegarse que ha prescrito la invocación de la invalidez de un testamento frente a quien pretende exigir que despliegue efectos.

Imaginemos que, tras el fallecimiento del causante, se abre la sucesión legal y, con posterioridad, aparece un testamento inválido (los argumentos serían semejantes si se distribuye la herencia conforme a un testamento y aparece otro posterior que, de ser válido, sería revocatorio). Frente a la pretensión del favorecido por el testamento inválido, los herederos legales (o los favorecidos por el testamento que se ejecutó) podrán alegar siempre que el testamento que se pretende hacer valer es en realidad inválido, incluso cuando el vicio sea de uno de los que, con arreglo al régimen legal está sometido a un plazo de prescripción. No necesitarán alegar y justificar que han adquirido los bienes de la herencia por prescripción (sobre ello vuelvo más adelante). Podrán invocar en cualquier momento que el testamento que se quiere hacer valer es nulo o anulable⁵⁰. Así, por ejemplo, porque el testador carecía de capacidad natural para otorgarlo: el plazo de prescripción de la acción de anulabilidad es de cuatro años, pero eso no significa que, transcurrido tal plazo, no pueda oponerse, frente a la acción que quisiera hacerlo valer, que el testamento es inválido. Lo contrario significaría que el beneficiado por un testamento otorgado con falta de capacidad, o con engaño, solo tendría que esperar a reclamar la herencia (o el cumplimiento del legado) pasados cuatro años desde el fallecimiento del testador, alegando que había prescrito la posibilidad de impugnar el testamento por anulabilidad (y lo mismo podría decirse para las causas de invalidez sometidas al plazo de quince años). Este resultado absurdo desde el punto de vista práctico encuentra además una explicación teórica que señalo a continuación.

50. Prescindo aquí de la cuestión de si la anulabilidad, en su caso, debería oponerse siempre mediante reconvencción, lo que no creo exacto. Tanto si se trata de nulidad como de anulabilidad es defendible que, aun cuando se opongan como excepción, es aplicable el art. 408 LEC, que literalmente solo se refiere a la nulidad absoluta: "Si el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al Secretario judicial contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvencción, y así lo dispondrá el Secretario judicial mediante decreto".

Debe tenerse en cuenta que, conforme al art. 406.3 LEC, "en ningún caso se considerará formulada reconvencción en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal" y esto es lo que sucedería si los herederos que tomaron la posesión de los bienes quieren oponerse a quien invoca frente a ellos un testamento inválido por ser anulable. Frente a la rotundidad del art. 406.3 no puede deducirse a contrario del art. 408 LEC, que se refiere solo al cauce procesal y las consecuencias de la alegación como excepción de la nulidad absoluta, que la oposición de anulabilidad requiera reconvencción. Y si se alega como excepción, y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del testamento, el actor podrá pedir al secretario judicial contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvencción, y la sentencia que se dicte deberá pronunciarse al respecto y tendrá fuerza de cosa juzgada.

En efecto, la explicación que mantengo equivale, en definitiva, a lo que resultaría si el legislador hubiera establecido expresamente que lo que prescribe es la acción dirigida a lograr la entrega de los bienes: la prescripción, en definitiva, lo es de la acción de condena dirigida a la restitución de los bienes, pero no podría oponerse para impedir una declaración judicial de que un testamento que se pretende hacer valer es, en realidad, inválido. Precisamente porque la acción declarativa de nulidad o de anulabilidad no está sometida a prescripción. Esta es en definitiva la explicación técnica de la que el legislador debió partir, distinguiendo entre acción declarativa y acción de condena. Si no quiso hacerlo, para evitar dogmatismos y presentar una regulación aparentemente más sencilla, al menos hay que aceptar que la distinción es útil para fundamentar que los plazos de prescripción lo son de la acción dirigida a lograr la entrega de los bienes de la herencia.

En un paso más, puede apuntarse que la variedad de plazos de prescripción para las diferentes acciones no es deseable pues, como veremos al analizar los supuestos, los criterios para agrupar las hipótesis de irregularidades del testamento que quedan sometidos a uno u otro plazo, o que son imprescriptibles, no siempre son claros o fáciles de precisar, lo que introduce inseguridad jurídica; tampoco las razones para establecer la distinción son siempre convincentes, ni está justificada la distinción de tratamiento en casos en los que el autor del negocio, el testamento, ni es el legitimado para el ejercicio de la acción, ni resultará beneficiado, pues por hipótesis ha fallecido.

Ya he señalado antes cómo en las reformas legales sobre la materia en Derecho comparado la tendencia es establecer un plazo único, y más corto, para el ejercicio de la acción de nulidad testamentaria. Y, puesto que la acción declarativa es imprescriptible, quien ha recibido los bienes de la herencia (por sucesión legal o voluntaria) siempre podría defenderse frente a quien esgrime un título nulo demostrando la falta de validez del mismo. Ello aunque la ley fije un plazo de prescripción de la acción de nulidad que haya transcurrido porque, como he dicho, lo que prescribe, aunque no acierte a decirlo el legislador, es la acción dirigida a lograr la entrega de los bienes. Precisamente por ello, a quien pretenda hacer valer un testamento inválido para obtener los bienes de quien los adquirió por sucesión legal o por un título voluntario siempre se le podrá oponer la invalidez de su título.

Por el contrario, a quien pretenda obtener los bienes demandando a quien los ha recibido en virtud de un testamento nulo (por ejemplo, el heredero legal demanda al heredero voluntario favorecido por un testamento otorgado con vicio del consentimiento, con error, etc.) sí se le podrá oponer el plazo de prescripción que en cada caso establezca el legislador. La fijación de un plazo siempre tiene algo de discrecional, por no decir arbitrario, pero me parece deseable que los plazos no sean excesivamente largos y, desde luego, si no está justificada por alguna razón convincente establecer una distinción, que los plazos sean únicos para todos los supuestos de invalidez. No se trata solo, que ya sería importante, de garantizar la seguridad jurídica y la estabilidad en las titularidades de los bienes,

evitando que queden abiertas de manera indefinida en el tiempo las posibilidades de alterar las titularidades, sino también de valorar las razones por las que puede merecer protección durante largos espacios de tiempo quien, pudiendo ejercer una acción de nulidad no lo hace. Con independencia de la causa de invalidez los beneficiados por el ejercicio de una acción de nulidad deben disponer de un plazo razonable para el ejercicio de sus derechos y, a medida que transcurre el tiempo desde la muerte del causante, se diluye la necesidad de tutelar, en aras de la defensa a ultranza de la esencia de la validez testamentaria, a quien ha permanecido inactivo, seguramente porque ni mantenía relación suficiente con el testador como para conocer ni preocuparse por las circunstancias del otorgamiento del testamento.

Puede haber razones atendibles que justifiquen que no se haya ejercido la acción (por ejemplo, menores llamados que carecen de representante legal), pero ese no es un problema del plazo de prescripción de la acción de nulidad, sino del régimen general de la prescripción y la conveniencia de que la regulación introduzca causas de suspensión⁵¹.

3. Testamento inválido y usucapión de los bienes

El art. 426, después de establecer que determinadas acciones de nulidad son imprescriptibles añade que “sin perjuicio de la aplicación de las reglas de la usucapión con relación a cada una de las cosas poseídas”. En realidad, la norma se limita a dejar a salvo las reglas sobre prescripción adquisitiva, es decir, a señalar que la imprescriptibilidad de la acción de nulidad no impide que se pueda adquirir por usucapión bienes concretos de la herencia. Se hace referencia a la usucapión de cada uno de los bienes y no, lógicamente, de la herencia en su totalidad.

Muy posiblemente con este pronunciamiento legal tan solo se ha pretendido descartar que, a partir de la regla de la imprescriptibilidad de la acción, se pudiera interpretar que los bienes de los que se dispone en virtud un testamento que adolezca de nulidad imprescriptible nunca podrían adquirirse por usucapión. En este sentido, la Ley parece verse en la necesidad de afirmar que esto no es así en atención a una jurisprudencia, muy criticada y ya superada, conforme a la cual, en caso de título radicalmente nulo no cabría adquirir por usucapión, ni siquiera extraordinaria⁵². Tras declarar la imprescriptibilidad de la acción, el art. 426 niega que ello signifique que no sea posible la adquisición por usucapión⁵³.

La norma suscita en primer lugar la duda de cuál es su ámbito de su aplicación. En particular, resulta discutible que el heredero “aparente” pueda oponer la

51. En el ejemplo propuesto de los menores mientras carecen de representante legal, la tradicional regla *contra non valentem agere non currit praescriptio*: el art. 121-16 del Código de Cataluña, redactado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, suspende la prescripción en este caso.

52. El caso planteado en la jurisprudencia ha sido el de la donación de inmuebles sin el requisito de la escritura pública, y alguna sentencia del Tribunal Supremo negó que el donatario pudiera adquirir por usucapión extraordinaria (v., por todos, P. de Pablo, en *Curso de Derecho civil III*, Colex, Madrid, 2004, p. 421).

53. La aclaración, por lo demás, es común en la doctrina cuando predica la imprescriptibilidad de una acción de nulidad: Lacruz, 1971, p. 534; Díez-Picazo/Gullón, *Sistema*, p. 145.

adquisición por usucapión frente al “heredero verdadero”, frente a quien heredaría si se declarara la falta de validez del testamento. En mi opinión, la respuesta a esta cuestión es negativa. Si se admitiera que el heredero “aparente” puede oponer con éxito su adquisición por usucapión frente a quien ejerce la acción de invalidez ello equivaldría a concluir que, en caso de posesión a título de dueño por el heredero aparente, este quedaría protegido frente a la acción de invalidez transcurridos seis años si se trata de bienes muebles, de modo que una acción que, por hipótesis es imprescriptible, fracasaría mucho antes de lo que lo haría si la acción fuera de nulidad sometida al plazo de prescripción de quince años, para vicios menos graves que los que acarrean la nulidad imprescriptible. Para los inmuebles sería necesaria la posesión durante treinta años. En definitiva, algo semejante a decir que la acción, por hipótesis es imprescriptible, no prosperaría transcurridos seis o treinta años (respectivamente para los bienes muebles y para los inmuebles) si quien recibió en virtud de título que adolece de nulidad radical los ha poseído a título de dueño. Ciertamente que no bastaría con el paso del tiempo, puesto que hace falta el presupuesto de la usucapión, la posesión a título de dueño, pero el resultado práctico sería muy parecido al establecimiento de plazos variables de prescripción de la nulidad, de seis o treinta años, según la naturaleza de los bienes, en las hipótesis normales de que quien recibió los bienes en virtud del título inválido los haya estado poseyendo comportándose como propietario. Esta conclusión no solo sería poco coherente con el diseño legal aragonés de la nulidad del testamento sino que, además, prescinde del fundamento de la usucapión.

En efecto, debe tenerse presente que las reglas de la usucapión tratan de resolver los problemas de falta de propiedad de quien transmite, no las deficiencias del título. La usucapión juega frente a la acción real del verdadero propietario, no frente a la acción personal de nulidad. El problema de relaciones entre usucapión y nulidad se plantea cuando, además de carecer el testador de la propiedad del bien⁵⁴, otorga un testamento inválido. La pregunta que se suscita, en definitiva, es la siguiente: ¿puede el heredero aparente adquirir por usucapión la propiedad del bien y hacer valer esa adquisición?

Del art. 426 se desprende que sí, pero esta regla debe completarse con las que se derivan de la función de la usucapión. En las relaciones entre el heredero “aparente” (y sus herederos) y el legitimado para el ejercicio de las acciones de nulidad (y sus herederos) el régimen de invalidez es preferente. Frente a la acción imprescriptible ejercitada por el legitimado para ello, el heredero “aparente” no podrá oponer la adquisición por usucapión.

Otra cosa es que, aun cuando la acción se califique de imprescriptible, la legitimación activa solo es atribuible a quien ostente un interés legítimo en la impugnación del testamento y, a medida que pasa el tiempo, será difícil justificar en quién concurre ese interés de entre los variados y sucesivos sucesores de quien

54. No me ocupo aquí del régimen que derivaría del legado de cosa ajena: válido si el testador, al legarla, sabía que la cosa era ajena y nulo en caso contrario (arts. 861 y 862 CC).

pudo impugnar, por lo que, con independencia de la prescripción, la acción puede no prosperar.

No hay que descartar sin embargo que, por su simplicidad, el argumento de la usucapión por los demandados será más fácilmente admitido por un tribunal cuando hayan transcurrido los plazos para ello: este argumento viene favorecido por la mención expresa que se contiene en el art. 426 a la usucapión como límite a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad y evita entrar en más detalles, aunque no sea correcto cuando las relaciones son entre los legitimados activa y pasivamente para el ejercicio de la acción de nulidad. Por lo demás, el argumento de la usucapión puede resultar insuficiente cuando no haya transcurrido el plazo de usucapión para la adquisición de la propiedad de un bien concreto, por ejemplo, el plazo de treinta años necesario para los inmuebles: en este caso puede ser útil analizar con detalle si quien demanda solicitando la nulidad puede acreditar que es de forma indubitada el legitimado, si le correspondería la legitimación para el ejercicio de la acción, en función de la cadena de sucesiones que se hayan producido a partir de la persona que originariamente pudo ejercitar la acción de nulidad por ser el favorecido por *el ius delationis*.

El art. 426 solo menciona la usucapión en el contexto de la acción de nulidad imprescriptible. En realidad, los problemas de la relación entre la usucapión y la prescripción de la acción de nulidad se producen en todos los supuestos de invalidez, no solo en la nulidad imprescriptible. Desde este punto de vista la pregunta que debe responderse es qué pasa cuando la acción de nulidad no ha prescrito (por ser imprescriptible, pero también por no haber transcurrido los cuatro o los quince años establecidos legalmente para la anulabilidad o la nulidad), pero han transcurrido los plazos de usucapión.

En la sentencia de 28 de septiembre de 2012 (referida a unas acciones) el Tribunal Supremo ha declarado que el subadquirente (quien adquiere del “heredero” aparente en virtud de un testamento que luego es declarado nulo) sí puede adquirir por usucapión. Me permito añadir por mi cuenta que esto es así, aunque el Tribunal Supremo se limita a decirlo de pasada, porque contra el subadquirente no se ejercita, ni podría ejercitarse, la acción de nulidad del testamento⁵⁵. Este dato es relevante porque, por el contrario, entre el heredero (o legatario) “aparentes” (y sus herederos), y quien está legitimado para ejercer la acción de impugnación tienen preferencia las normas sobre invalidez, de modo que la acción de nulidad

55. Recuerdo, por si alguien pensara que la falta de legitimación del tercero subadquirente pudiera subsanarse recurriendo a un supuesto principio de “cadena de nulidades”, conforme al cual, la nulidad del testamento acarrearía la nulidad de todos los actos y negocios sucesivos que se realizaran con posterioridad, que este planteamiento no es correcto. El punto de partida es que la ineficacia que deriva de la invalidez solo afecta al negocio que adolece de la irregularidad. En el ámbito contractual puede producirse en determinados casos una propagación de la ineficacia a otros contratos cuando el propósito negocial y el vínculo que une a los contratos celebrados por las partes permita identificar que los diversos contratos celebrados cooperan a la consecución de un resultado que no podrá producirse si falta la validez de uno de ellos. Pero no existe una “cadena de nulidades” en el sentido, por ejemplo, de que la venta de cosa ajena sea nula por el hecho de serlo el contrato en cuyo cumplimiento recibió la cosa el actual vendedor ni, por lo que aquí interesa, es nula la venta realizada por el vendedor que recibió la cosa en virtud de un testamento nulo. El comprador que adquiere la cosa de un heredero en virtud de un testamento nulo no habrá adquirido la propiedad por carecer de la misma su vendedor, por lo que estará expuesto a la reivindicación salvo que haya adquirido de un modo irreivindicable, y solo en este sentido su compra es ineficaz, pero su título válido, de modo que nacen obligaciones para las partes y sirve para la usucapión ordinaria. Vid., para los contratos, Delgado/Parra, pp. 207 ss.

podrá ejercitarse siempre que no haya prescrito, aunque hayan transcurrido los plazos de usucapión.

La usucapión del heredero aparente tendría sentido plantearla, dada la finalidad institucional de la usucapión, contra el verdadero propietario de los bienes en el caso de que el testador no solo hiciera un testamento inválido (por falta de capacidad, por error, engaño...) sino que, además, no fuera propietario de los bienes. Si además se considera que el título anulable es válido para la usucapión ordinaria los plazos de usucapión podrían aligerarse, reduciéndose a tres (para los bienes muebles, si además hay buena fe) o diez o veinte años (para los inmuebles).

Nos hemos referido hasta ahora a los problemas que se plantean cuando el plazo de usucapión es más breve que el de la acción de nulidad. ¿Qué sucede si el plazo de usucapión es más largo que el de prescripción de la acción de nulidad? En particular, quien resultaría beneficiado por el ejercicio de la acción de nulidad, una vez prescrita la acción, ¿podría argumentar que él es el verdadero propietario y ejercitar la acción reivindicatoria frente a quien califica como heredero "aparente", por entender que el título por el que adquirió era nulo? La respuesta aquí me parece necesariamente negativa, porque quien planteara esa acción reivindicatoria no es propietario. El supuesto no tiene nada que ver con lo que sucedería en caso de nulidad contractual y reivindicación por quien transmitió en virtud de un contrato nulo: ese contratante, aun prescrita la acción de nulidad, podría ejercitar la acción reivindicatoria si el plazo de usucapión del demandado todavía no ha transcurrido, porque en este supuesto el demandante (típicamente, el vendedor de un contrato nulo) sigue siendo propietario. Pero este razonamiento solo confirma una vez más que no se pueden importar de manera automática los conceptos y reflexiones nacidos en sede contractual, pues en cada caso debe comprobarse su ajuste y adecuación a la naturaleza del testamento así como a los problemas prácticos que se tratan de abordar.

IV. SUPUESTOS DE NULIDAD. ESPECIAL ATENCIÓN A CASOS DIFÍCILES

1. La nulidad imprescriptible y la distinción de otras nulidades

El Código foral establece, para determinadas irregularidades del testamento, una nulidad imprescriptible. El primer inciso del art. 426.1 dispone que: "La nulidad del testamento contemplada en la letra a) del apartado 1 del artículo 423 es imprescriptible".

No se ha querido usar la palabra "inexistencia", sin duda porque es una categoría discutida doctrinalmente⁵⁶, pero tanto el régimen jurídico que se diseña (caracterizado por la imprescriptibilidad de la acción) como los supuestos que engloba se entienden mejor si se admite que los supuestos de nulidad imprescriptible son casos en los que realmente no hay testamento, porque el sustrato fáctico existente carece de entidad suficiente para considerarlo como tal. El propio

56. J. Delgado/Lacruz, *Elementos de Derecho civil I-3*, p. 254 afirma que es una categoría innecesaria.

preámbulo del Código foral advierte que “acaso” la doctrina prefiera referirse a la inexistencia para referirse a este tipo de nulidad (apartado 33).

A diferencia de lo que sucede con la nulidad prescriptible y con la anulabilidad, que se predicán tanto de los testamentos en su conjunto como de concretas disposiciones testamentarias (art. 424), la invalidez imprescriptible es solo del testamento, lo que aún acerca más esta figura a la de la inexistencia: propiamente no hay testamento. Se trata, más que de irregularidades, de una deficiencia tan significativa, de una presencia de defectos tan burda, que cualquier persona con un mínimo conocimiento jurídico puede advertir que no vale como testamento, que no es testamento.

Los casos están recogidos en el art. 423.1.a), conforme al cual, son nulos “los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los requisitos esenciales prescritos por la ley para los testadores, el contenido o la forma del testamento otorgado”. El artículo se refiere a la inobservancia de requisitos “esenciales” para delimitar la nulidad imprescriptible, lo que tiene trascendencia porque, en cambio, serán nulos, con nulidad prescriptible, los testamentos en los que no se hayan observado “los restantes requisitos y formalidades requeridos por la ley”. Ello obligará al intérprete, al juez en su caso, a delimitar qué es esencial y qué no lo es. Y, con carácter general, puede aventurarse que la interpretación tendrá como guía el principio del *favor testamenti* y la consideración de la irregularidad como perteneciente al tipo menos grave cuando sea posible mantener su validez (argumentando, en particular, que ha prescrito la acción) siempre que se considere acreditado que el testamento recoge la voluntad del causante.

a) Requisitos de forma

Según el art. 423.1.a), los requisitos esenciales pueden referirse a los testadores, al contenido o a la forma del testamento. Empezando por estos últimos, el profesor Lacruz, de quien está tomada esta teoría convertida en ley aragonesa, señalaba para el Código civil como casos de nulidad la falta de forma fundamental (la falta de autografía en el testamento ológrafo o la falta de intervención notarial)⁵⁷. Estos supuestos son aceptados hoy por los comentaristas de la norma aragonesa con normalidad⁵⁸, y es difícil imaginar otros.

El deslinde entre cuándo el requisito de forma es o no esencial tiene trascendencia porque, como ha quedado apuntado, el art. 423.1.b) establece que: “Los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los restantes requisitos y formalidades requeridos por la ley”. El propio artículo se cuida de señalar que algunos defectos formales son irrelevantes. Estas excepciones a la invalidez, discutidas en la doctrina y la jurisprudencia (la falta de expresión de la hora si no se ha otorgado otro en la misma fecha y la falta de indicación de que se han cumplido algunos de sus requisitos y formalidades cuando pueda demostrarse que

57. Esta ejemplificación aparece en Lacruz, *Derecho de sucesiones*, edición de 1981, p. 289. También se mencionaba la falta de testigos, pero el ejemplo no es trasladable a nuestro Derecho aragonés, salvo en los casos de las excepciones previstas en el art. 413 del Código foral acerca de cuándo es necesaria la intervención de testigos.

58. E. Bellod, en *Manual de Derecho aragonés*, dir. J. Delgado, 4ª ed., Zaragoza, 2012, p. 581.

sí se han cumplido)⁵⁹, apuntan a la tendencia de una cierta flexibilización formal, presente en al ámbito contractual y también en materia testamentaria.

El testamento es un acto solemne (art. 407.2) y la forma se exige, precisamente, como garantía de la certeza y autenticidad de la voluntad del testador, puesto que cuando el testamento está llamado a desplegar eficacia su autor no podrá hacer valer qué ni discutir cuál era su verdadera voluntad. Sin embargo, y en la línea de esa jurisprudencia flexibilizadora de las exigencias formales, cuando un juez o tribunal considere que la voluntad declarada se corresponde con la verdadera voluntad del testador, es razonable que tienda a considerar que el defecto de forma en que se ha incurrido no es esencial o, incluso, aun cuando no haya norma expresa que lo establezca para el caso concreto, que el defecto de forma es irrelevante⁶⁰.

El Código foral consagra una aplicación del principio *favor testamenti* en el art. 430, al regular una conversión formal del testamento según la cual el testamento nulo por defecto de forma será válido si reúne los requisitos formales de otra clase de testamento. Se formula con alcance general una norma que tiene sentido para el testamento cerrado nulo que cumpla los requisitos del ológrafo⁶¹, tal y como establecen los arts. 715 CC y 422-6.2 del Código civil de Cataluña.

b) Requisitos de los testadores y capacidad

Por lo que se refiere a la nulidad imprescriptible de los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los requisitos esenciales establecidos por la ley para los testadores puede pensarse, por ejemplo, en el ámbito subjetivo que el art. 716 CC prevé para el testamento militar o en las reglas especiales que resultan para el otorgamiento de ciertas formas testamentarias aplicables a quienes adolecen de deficiencias para evitar la suplantación (por ejemplo, imposibilidad de ciegos y de quienes no saben o no puedan leer de otorgar testamento cerrado, conforme al art. 708 CC).

59. Se ha visto en el art. 423.1.b) del Código foral una actuación irregular del legislador aragonés, dirigida a la protección de actuaciones negligentes de algunos notarios que incumplen sus obligaciones reglamentarias: Así, J. L. Merino Hernández, *Manual de Derecho sucesorio*, Sonlibros, Zaragoza, 2006, pp. 326 ss. Pero el análisis del casuismo planteado en la jurisprudencia sobre el incumplimiento de requisitos formales muestra una atención particularizada a las circunstancias concurrentes y a la tendencia actual de flexibilización de la forma cuando queda acreditada la voluntad del testador. Un análisis en J. A. Martín Pérez, "La nulidad del testamento", pp. 1172 ss. y en J. J. Rivas Martínez, "Artículo 687", pp. 373 ss.

En particular, sobre la expresión de la hora hay que tener en cuenta que para el testamento ológrafo no se exige la expresión de la hora (art. 688 CC, art. 411 del Código foral para el mancomunado), por lo que la norma tiene sentido para el notarial, art. 695 CC. La norma aragonesa es igual a la contenida en la actualidad en el art. 422.1 del Código civil catalán y la doctrina critica el rigor del Código civil en la exigencia de la hora y la aplicación de la nulidad: V. Rivas, pp. 377 y 425), v. SSTS de 21 de junio de 1986 y 6 de febrero de 1993 (la primera declaró la nulidad por falta de expresión de la hora, pero la segunda la rescindió en recurso de revisión una vez confirmada que las copias notariales aportadas al proceso no incluían la fecha, lo que una vez sobreseído un procedimiento penal por una presunta modificación de la matriz, se achaca a la falta de comprobación de la copia con la matriz).

60. La jurisprudencia francesa (*Cour Cass.*, 1ère civ., de 5 de marzo de 2014, Recueil Dalloz 2014, p. 1133) ha llegado a declarar que es válido un testamento ológrafo no datado si del conjunto de referencias contenidas en el mismo (ha fallecido mi marido, a mi hijo no lo veo desde diciembre...) se desprende que es posterior al notarial anterior y realmente contiene las últimas voluntades. Un aviso de lo que puede suceder en el futuro con otros requisitos, como la escritura.

61. V. J. L. Merino Hernández, *Manual de Derecho sucesorio*, Sonlibros, Zaragoza, 2006, p. 341.

Según el art. 408 del Código foral, pueden testar los mayores de catorce años que no carezcan de capacidad natural. Por lo que se refiere al supuesto más relevante de la capacidad exigible, a diferencia de lo que sucede con los defectos de forma, el contraste debe hacerse ahora entre la nulidad imprescriptible y la anulabilidad. En efecto, el art. 423.2 establece que: “Son anulables los testamentos que, aun reuniendo los requisitos y formalidades legales, hayan sido otorgados por persona con la edad requerida para testar y no incapacitada judicialmente para ello pero que carezca de capacidad natural y los otorgados con engaño, violencia o intimidación grave”. Son “anulables”, por tanto, los testamentos cuando el testador tiene la edad requerida y no está incapacitado para testar, es decir, cuando “oficialmente” el testador es capaz para otorgar testamento, pero carece de capacidad natural. En consecuencia, habrá que deducir que la nulidad imprescriptible del art. 423.1.a) relativa a la falta de los “requisitos esenciales” exigidos a los testadores deriva, por lo que se refiere a la capacidad, bien del hecho de que el testador no tenía la edad exigida para otorgar testamento (por ejemplo, otorgamiento de testamento ológrafo por un menor de edad; es difícil de imaginar en cambio un testamento notarial otorgado por un menor de edad, salvo que comparezca con una documentación falsa) o bien estaba incapacitado para testar. Así lo señala la doctrina aragonesa que ha comentado esta materia⁶². Pero es muy discutible que la sentencia de incapacitación pueda prohibir actos que la ley somete a un régimen peculiar, permitiendo su válida celebración a quien concurre lúcido «in actu» (otorgar testamento, arts. 663 y 665 CC)⁶³, por lo que en última instancia la nulidad podría predicarse del testamento otorgado sin las cautelas que establece el Código civil.

Quizás el legislador ha considerado que no existe consentimiento cuando las personas “oficialmente” no son capaces para otorgar testamento y de ahí que la sanción establecida sea la de una nulidad imprescriptible y no una mera anulabilidad. Pero, con independencia de los casos, puesto que aquí no se trata de proteger al autor del acto⁶⁴ no resulta fácil encontrar la explicación que justifique que el testamento ológrafo otorgado por un menor de diecisiete años con capacidad suficiente o de un incapacitado en intervalo lúcido pero sin las cautelas previstas en la ley pueda impugnarse indefinidamente mientras que el testamento otorgado por el mayor no incapacitado pero que carece de capacidad natural solo pueda impugnarse durante un plazo de cuatro años desde su fallecimiento. Cabe pensar que es razonable que la diferencia de tratamiento se justifica en ser la falta de capacidad natural un hecho de más difícil demostración a medida que pasa el

62. E. Bellod, *Manual*, p. 581; Sánchez Rubio, “Cuestiones de invalidez”, p. 152. Cfr., para el Código civil, la edición de 2009 de los Elementos, 4ª ed., p. 231.

63. El TS, en sentencia de 20 mayo 1994 excluye que una sentencia de incapacitación pueda negar la capacidad para otorgar testamento y que, si lo hace, siempre habrá de interpretarse en el sentido de que puede otorgarse testamento en intervalo lúcido con las cautelas del art. 665. Expresamente, art. 421-9 del Código civil de Cataluña. Una crítica al régimen legal aragonés en Merino Hernández, *Manual*, pp. 323 y 330, en especial por la fuerza que parece atribuir a la sentencia de incapacitación cuando, aunque haya sentencia de incapacitación, siempre se puede otorgar válidamente testamento.

64. Razón por la que buena parte de la doctrina excluye la aplicación de la categoría de la anulabilidad a las hipótesis de falta de capacidad del testador: V. Rubio Garrido, “Artículos 662-666”, en *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, 2013, tomo IV, dir. R. Bercovitz, p. 5135, con cita en el mismo sentido de Ramos, Díez-Picazo/Gullón y García Ripoll.

tiempo, por lo que no conviene prologar excesivamente la incertidumbre sobre la validez del testamento. Pero este argumento es reversible: precisamente porque los casos para los que resulta la nulidad imprescriptible son manifiestos y fácilmente demostrables (falta de edad, existencia de una incapacitación) no parece razonable permitir que los legitimados para impugnar el testamento prolonguen la incertidumbre acerca de su validez. Seguramente lo más acertado hubiera sido someter a un mismo plazo de prescripción, si se quiere de cuatro años, todos los supuestos de falta de requisitos de los testadores.

c) Requisitos esenciales del contenido del testamento

Resulta difícil de precisar qué debe entenderse por tales, en un sistema como el nuestro, donde, a diferencia de lo que sucede en otros, no hay un contenido necesario (cfr. art. 421-1.3 del Código civil de Cataluña, conforme al cual, “son nulos los testamentos que no contienen institución de heredero”). Como veremos en el apartado V, algún sistema jurídico, considera tan de esencia la revocabilidad que el testamento que contiene una cláusula de irrevocabilidad es calificado como nulo, pero esta solución tampoco es la que ordena nuestro Derecho, puesto que el art. 431.3 expresamente declara que la cláusula que contraría la facultad de revocación se tendrá por no escrita.

En realidad, el testamento solo debe expresar la voluntad de testar, de disponer de los bienes. Si falta esa voluntad no hay testamento: se trata de ruegos, consejos, admoniciones, no de una disposición. Y si hiciera falta se podría plantear en este caso que falta el contenido esencial del testamento y aplicar el régimen que el Código foral establece para la nulidad imprescriptible. Se trata, parece, de un caso marginal, pero que ha tenido cierto reflejo en la práctica. Así algunas sentencias se ocupan de conflictos en los que se discute si una carta, dirigida al propio beneficiario o a un tercero, un amigo o un hermano, expresa un proyecto o una verdadera voluntad testamentaria. Conviene añadir que la tendencia jurisprudencial es la de considerar que se trata de un verdadero testamento⁶⁵.

Por lo demás, el art. 405 del Código foral reconoce amplia libertad para dar contenido al testamento, tanto por lo que se refiere a cláusulas propias (nombraamiento de heredero, legados, etc.) como por lo que se refiere al posible contenido no patrimonial que puede incorporarse al testamento (designación de tutor, reconocimiento de hijos, etc.). Los límites al contenido del testamento que proceden del liberalismo político y filosófico propio de la época de la codificación y están relacionados con la vinculación de la propiedad –así, las prohibiciones perpetuas de disponer, o los límites a las sustituciones fideicomisarias⁶⁶–, me

65. Así, STS de 19 de diciembre de 2006, carta a amigo. Pero no siempre se valora como testamento la redacción en forma epistolar, en atención a la redacción dada al documento como ocurre, por ejemplo, en la STS de 25 de noviembre de 2014: “No se puede entender que doña Socorro tuviere la resuelta intención de disponer de sus bienes por sí misma de manera definitiva, sino que lo que se exterioriza en dichos documentos es simplemente un deseo que dirige a sus sobrinos, pero no que ella disponga de un bien suyo a favor de un tercero, ya que en ningún momento manifiesta intención de instituir a doña Gema heredera o legataria de un bien, sino que más bien se dirige a sus herederos para que fueran estos los que le cedieran un bien, pero sin hacerlo ella.”

66. Así, T. Rubio Garrido, “Artículo 667”, p. 5154.

parecen aplicables en Aragón. Pero en estos casos, a pesar del tenor literal del art. 423.1.a) del Código foral, el testamento no es nulo: así, solo son nulos los llamamientos que traspasen el límite legal (art. 781 del Código civil)⁶⁷, mientras que las prohibiciones perpetuas no surten efecto (art. 785 del Código civil).

Se ha sugerido que un caso de nulidad por falta de los requisitos del contenido del testamento puede ser aquel en el que todas las cláusulas del testamento son absurdas o resultan contradictorias⁶⁸. Quizás en este caso se puede considerar que estamos ante una nulidad del testamento y, desde luego, parece que puede actuarse como si no hubiera testamento, de acuerdo con lo previsto en el art. 416 del Código foral en materia de interpretación (caso de existir una contradicción irreductible entre varias cláusulas “no será válida ninguna de las que pugnen sustancialmente entre ellas”).

2. La nulidad que prescribe

El Código foral sanciona algunas irregularidades del testamento con una nulidad que prescribe a los quince años y establece para otras una nulidad que prescribe a los cuatro años. Ambas incluyen supuestos de nulidad del testamento (art. 423.1.b. para la que prescribe a los quince años y art. 423.2 para la anulabilidad que prescribe a los cuatro años) y supuestos de nulidad de disposiciones testamentarias (art. 424.1 para la que prescribe a los quince años y art. 424.2 para la que lo hace a los cuatro años). Aunque seguramente al lector avisado no le haría falta el recordatorio, quiero señalar que la distinción de terminología entre nulidad y anulabilidad solo significa que diferentes causas quedan sometidas a plazos distintos de impugnación, pero el testamento anulable, ejercitada la acción, si prospera, será declarado nulo, igual que el que sea nulo por una causa de nulidad que prescribe a los quince años.

Del régimen legal no resulta, frente a lo que se suele decir para distinguir la nulidad de la anulabilidad, que el testamento anulable produce efectos mientras no se impugne: no es necesario el ejercicio judicial de la acción de nulidad, pero tampoco el de la acción de anulabilidad, como ya he explicado antes. El testamento anulable produce efectos mientras no se impugna de la misma manera y con el mismo alcance que el testamento nulo que no se impugna: hasta tal punto es así que para todos los supuestos establece el art. 428 como límite al ejercicio de la acción la renuncia o el haber dado ejecución voluntaria al testamento, o a la disposición inválida. Si quien puede hacerlo no lo impugna y se ejecuta voluntariamente, o todos los legitimados renuncian a su acción, el testamento produce efectos definitivamente incluso antes de que transcurra el plazo de prescripción previsto en la ley.

Tanto para la nulidad que prescribe a los quince años como para la que lo hace a los cuatro, se identifica el *dies a quo* con el fallecimiento del testador, lo que supone fixar un momento cierto, igual para todos los legitimados en el ejercicio de

67. Por todos, Lacruz, 2009, p. 265.

68. J. L. Merino Hernández, *Manual de Derecho sucesorio*, Sonlibros, Zaragoza, 2006, p. 324.

la acción, lo que supone un valor de seguridad jurídica. No es tan convincente, sin embargo, el criterio de establecer plazos diferentes.

2.1. Los supuestos de anulabilidad

La anulabilidad del testamento procede, conforme al art. 423.2 en dos grupos de casos: los que derivan de la falta de capacidad y los que derivan de vicios del consentimiento. Ya he analizado la falta de capacidad en el anterior apartado 1.b). Por lo que se refiere a los vicios del consentimiento en el otorgamiento del testamento me voy a limitar a hacer algunas observaciones breves:

a) La expresión del art. 423.2, referida al testamento otorgado con “engaño, violencia o intimidación grave” está tomada del art. 422-1 del Código civil de Cataluña. La anulabilidad se predica también de la disposición testamentaria otorgada mediando los mismos vicios del consentimiento en el art. 424.2 del Código foral. Se han evitado los términos de “dolo” y “fraude” que utiliza el art. 673 CC y que la doctrina explica conjuntamente, a pesar de la diferencia que Cossío señaló entre ambos conceptos⁶⁹ y se ha sugerido que el engaño engloba a ambos⁷⁰, tanto la captación o sugestión como la conducta maliciosa que induce a otorgar un testamento que, sin ella, no se hubiese otorgado. La verdad es que no se planteaban problemas en la práctica por el uso de la terminología del dolo, muy interiorizada por los juristas, ni constituye un obstáculo para su uso en sede testamentaria el que en sede de contratos el art. 1269 CC refiera el dolo solo al que procede de la contraparte que, por definición, no existe en el testamento. Por ello, en mi opinión, pudo mantenerse la referencia al dolo en la ley aragonesa.

Existe una jurisprudencia muy abundante sobre dolo, en particular en caso de personas “vulnerables”, generalmente como captación de la voluntad⁷¹. La cuestión se conecta en parte con la de la capacidad natural del testador, porque precisamente una persona con capacidad natural insuficiente puede ser más fácilmente engañada o manipulada⁷². La calificación del supuesto como de falta de capacidad natural o de engaño no tiene consecuencias desde el punto de vista del plazo de ejercicio de la acción, puesto que la ley establece para los dos casos el plazo de prescripción de cuatro años. Sin embargo sí es relevante desde el punto de vista de la aplicación del régimen de la indignidad, que es compatible con el de la invalidez, y que da lugar a que el indigno quede privado de la herencia, legado y, en su caso, de la condición de legitimario (art. 330.2).

69. Lacruz, 2009, p. 207; Díez-Picazo/Gullón, p. 53.

70. M. Tarragona Coromines, “Artículo 126”, p. 483.

71. Con planteamientos originales, A. Vaquer Aloy, “Libertad de disponer y testador vulnerable”, en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Rams*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1801 ss.; M. P. García Rubio, “La protección de la voluntad del testador vulnerable en Derecho inglés”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, I, Aranzadi, 2014, pp. 1499 ss.

72. Para evitar algunos problemas en este ámbito, el art. 412-5.2 del CC de Cataluña establece que: “Las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio”.

El problema, en cambio, es totalmente diferente del que se refiere a los motivos determinantes de la disposición a que se refiere el art. 424.1 y del que me ocupo más adelante. Conviene advertirlo porque, jurídicamente, los motivos hacen referencia a las razones que impulsan a hacer una disposición al testador, pero presuponiendo que es capaz y no adolece de un vicio de consentimiento: capacidad y falta de vicios, de una parte, y motivos ilícitos, de otra, están regulados en normas diferentes y la sanción que establece el legislador es distinta en cada caso (anulabilidad para la falta de capacidad o la presencia de vicios, nulidad para las disposiciones testamentarias determinadas por motivos ilícitos).

b) Se contempla el error como causa de invalidez de concretas disposiciones testamentarias (art. 424.2), pero no como causa de invalidez que afecte a todo el testamento, lo que es lógico, como advierte la generalidad de la doctrina del Código civil, por la irrelevancia del error en el acto de otorgamiento del testamento, porque es difícil de imaginar que se pudiera otorgar un testamento por error o con error acerca de su finalidad institucional o de los efectos que produce. La anulabilidad de las disposiciones testamentarias puede proceder, en cambio, del error en la persona o en el objeto⁷³, así como del error en los motivos determinantes de su otorgamiento (art. 424.2). Sobre ello vuelvo más adelante, en el apartado IV.4.

2.2. Los supuestos de nulidad

El art. 423.1.b) se ocupa de las causas de nulidad del testamento que prescriben a los quince años: “Los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los restantes requisitos y formalidades requeridos por la ley”. Ya me he referido al hablar de la nulidad imprescriptible a la dificultad de distinguir cuándo un requisito es esencial o no. Aunque no sea evidente a simple vista, ya he dicho también que debe considerarse, mediante una interpretación sistemática, que es causa de nulidad que prescribe a los quince años el otorgamiento de testamento por persona que no tenga la edad requerida para testar o que esté incapacitada para ello (si bien es discutible que la sentencia pueda privar de la capacidad para testar, pero si lo ha hecho, habrá que entender que la nulidad procede de que no se cumplan las cautelas del art. 665 CC).

La nulidad también se contempla para la sanción de determinadas disposiciones testamentarias. A este supuesto se refiere el art. 424 (Invalidez de la disposición testamentaria), que en su apartado 1 establece: “Es nula la disposición testamentaria esencialmente determinada por un motivo contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres”. A este supuesto, de gran complejidad, me refiero a continuación.

⁷³. Si bien, conforme al art. 425, “si el testador hubiera indicado erróneamente la persona del heredero o del legatario, o los bienes que son objeto de la disposición, pero de la interpretación del testamento fuera posible concluir a qué persona o bienes pretendía referirse, la disposición vale relativamente a esta persona o a estos bienes”.

3. En especial, la ilicitud de los motivos del testador

3.1. Introducción

Para poder comprender bien los problemas que plantea la norma aragonesa es preciso conocer sus antecedentes. Lo primero que hay que advertir es que el art. 424.1 incorpora a la ley aragonesa la interpretación que la doctrina del Código civil ha elaborado a partir del texto del art. 767.II.

El precepto del Código civil se estructura en dos párrafos. El primero establece que “La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa”. Literalmente, el párrafo segundo solo dice que la causa contraria a derecho se tendrá por no escrita (“la expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, *se tendrá también por no escrita*”). Falta una mención que precise que eso no es así cuando la causa contraria a derecho haya sido determinante de la institución.

Díez-Picazo y Gullón⁷⁴ comentando el párrafo 2º, que literalmente habla de “causa contraria a Derecho” aclaran que el precepto se refiere a que el motivo de la institución es ilícito por ser contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres (que es la expresión que utiliza el art. 424.1 aragonés); y en relación con la consecuencia prevista de que se tendrá por no escrita añaden: “la inmoralidad de la norma no puede ser más patente, y reclama una urgente supresión”. Esta disconformidad con la solución que literalmente establece el segundo párrafo del art. 767 ha llevado a otros autores a proponer una interpretación sistemática de todo el artículo, advirtiendo que el párrafo segundo debe ponerse en relación con lo dispuesto en el párrafo primero, cuya redacción da por supuesta al decir que “también”: de este modo se llega a la conclusión de que cuando la causa –entendida como los motivos o razón de disponer– contraria a Derecho haya sido determinante de la disposición, la consecuencia no es que el motivo se tenga por no escrito, sino que procede la nulidad absoluta de la institución, lo que se considera más conforme con los principios generales, pues en otro caso se premiaría la recompensa a hechos ilícitos o inmorales⁷⁵.

Nos encontramos, por tanto, con que el legislador aragonés, al establecer la nulidad de la disposición testamentaria determinada por un motivo ilícito, contrario a Derecho, o contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, porque todas estas expresiones deben tenerse como equivalentes, recogiendo lo que es doctrina mayoritaria en el ámbito del Código civil, ha querido controlar el ejercicio de la libertad testamentaria atendiendo a los motivos subjetivos del testador. Este modelo no era el único posible y, en particular, la norma aragonesa contrasta con el Derecho catalán vigente, que considera que los motivos ilícitos

74. *Sistema IV*, tomo 2, p. 85.

75. Gordillo, con cita de Royo y Moreno Quesada, en “Artículo 767”, en *Comentarios del Código civil* Ministerio de Justicia, tomo I, 1991, p. 1184. Parecidamente, Lacruz, 1971, pp. 445 ss.; Gómez Calle, “Artículo 767”, en *Código civil Comentado*, III, Civitas, 2011, p. 686.

son irrelevantes, no afectan a la validez de la disposición (art. 423-11 del Código civil de Cataluña).

El art. 424 del Código foral se refiere a la invalidez de la disposición testamentaria pero, en el mismo cuerpo legal, dentro del Título que establece las normas comunes a las sucesiones voluntarias (por tanto, también, para el testamento), el art. 471 bajo la rúbrica de “motivación de la disposición”, establece que: “La expresión en el pacto o testamento de los motivos de una disposición no afectará a su eficacia, a no ser que, siendo falsos o ilícitos, resultara del propio título sucesorio que han sido esencialmente determinantes de la disposición”.

El art. 471 se ocupa de los motivos falsos y de los motivos ilícitos. Vamos a centrarnos ahora en los motivos ilícitos, y dejamos para el siguiente apartado los motivos falsos. La cuestión es qué relación existe entre lo dispuesto en el art. 471 para la sucesión voluntaria en general (pacto y testamento) y en el art. 424.1 para las disposiciones testamentarias.

Se advierte, en primer lugar, una cierta descoordinación terminológica entre ambos artículos, que creo es debida a las diferentes fuentes de inspiración que se tuvieron en cuenta en las distintas secciones al elaborar el Código foral. De una parte, como ya he explicado, el art. 424 de nuestro Código⁷⁶ es un reflejo de la interpretación doctrinal elaborada en torno al art. 767 del Código civil, mientras que el art. 471⁷⁷ parece un reflejo de un precepto del Código de sucesiones catalán⁷⁸, aunque la solución final sea diferente.

En particular, de la comparación del art. 424 y con el art. 471 de nuestro Código foral resulta lo siguiente:

a) *Ilicitud del motivo.* El art. 424.1 habla de disposición testamentaria “esencialmente determinada por un motivo contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres”. El art. 471 se refiere al “motivo ilícito” que ha sido “esen-

76. Art. 424.1 del Código foral (Invalidez de la disposición testamentaria). Es nula la disposición testamentaria esencialmente determinada por un motivo contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

77. Art. 471 del Código foral (Motivación de la disposición). La expresión en el pacto o testamento de los motivos de una disposición no afectará a su eficacia, a no ser que, siendo falsos o ilícitos, resultara del propio título sucesorio que han sido esencialmente determinantes de la disposición.

78. Cuando se redactó nuestra Ley de sucesiones estaba vigente el art. 146 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre (Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña), cuya redacción era la siguiente: “Las instituciones hereditarias *no serán ineficaces* por el hecho de fundarse en motivos ilícitos o en motivos o circunstancias erróneas, *salvo*, en este último caso, que del propio testamento resulte que el testador no las habría otorgado en caso de conocer el error”. Este precepto se encuentra en sede de la regulación de la institución de heredero, no en la regulación de la invalidez del testamento. La segunda parte solo se refería al error, y parecía que no afectaba esa referencia a la mención de ilicitud contenida en la primera parte del precepto. En sede de nulidad del testamento, el art. 126 solo declaraba la nulidad de “la institución de heredero, el legado y otras disposiciones que se hayan otorgado con error en la persona o en el objeto, engaño, violencia o intimidación grave y en los casos en que resulte que se han otorgado por error en los motivos si del testamento resulta que el testador no lo habría otorgado de haber conocido el error”. Nada se decía de la ilicitud de los motivos.

La redacción actualmente vigente corrige la redacción de la norma, que ahora está incluida en el art. 423-11 del Código civil de Cataluña (motivos ilícitos o erróneos en la institución de heredero), redactado por la Ley 10/2008, de 10 de julio: “La institución de heredero *no es nula* por el hecho de fundamentarse en motivos ilícitos o en motivos o circunstancias erróneas, *salvo en el supuesto a que se refiere el artículo 422-2.1*”. Este último precepto – en sede de “Nulidad e ineficacia de los testamentos y de las disposiciones testamentarias” – se refiere al error en la persona o el objeto y al “error en los motivos, si resulta del propio testamento que el testador no lo habría otorgado si se hubiese dado cuenta del error”. De modo que, en el Derecho catalán, la ilicitud en los motivos, aunque sea determinante de la institución no la anula.

cialmente determinante de la disposición". ¿Es lo mismo el motivo ilícito que el motivo contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres? Puede aceptarse que sí.

b) *¿Es necesaria la expresión del motivo en el testamento?* El art. 424 declara la nulidad de la disposición determinada por un motivo contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres, pero no exige que el motivo se haga constar expresamente en la disposición. El art. 471, en cambio, no solo se refiere a "la expresión" de los motivos ilícitos en el pacto o en el testamento, sino que debe resultar "del propio título sucesorio" que han sido determinantes de la disposición.

¿Es necesario que se expresen en el testamento los motivos de la disposición testamentaria para poder concluir que si son contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres la disposición es nula? La redacción del art. 471 apunta no solo a la necesidad de que el motivo ilícito se haya expresado, sino que se haya expresado precisamente en el mismo testamento (o pacto sucesorio). La cuestión, en definitiva, tiene que ver con la admisión de medios extrínsecos de prueba en la interpretación de los testamentos que la jurisprudencia, por lo demás, admite con carácter general⁷⁹. Hubiera sido deseable una mayor concordancia entre ambas disposiciones.

Para llegar a una interpretación razonable creo que hay que considerar que el art. 471, en realidad, no exige que se expresen los motivos; lo que dice, por el contrario, es que es irrelevante que se expresen, pero sí es verdad que luego, al introducir la excepción de cuándo el motivo afecta a la eficacia de la disposición, menciona expresamente que "resultara del propio título sucesorio" que tal motivo ha sido esencialmente determinante de la disposición. De este modo, se frenarán impugnaciones de testamentos basadas en alegaciones de supuestas ilicitudes de los motivos del testador que, en muchas ocasiones, no pasarán de ser meras especulaciones de personas con expectativas hereditarias frustradas. El problema de la falta de expresión del motivo no dará lugar a un mero problema de prueba, sino que hará imposible al intérprete concluir que el motivo subjetivo que impulsó a hacer la disposición era ilícito.

c) *Las consecuencias de la ilicitud del motivo.* El art. 471 establece que la expresión de motivos ilícitos, como regla general, no afecta a la "eficacia" de la disposición "a no ser que" resulte del título sucesorio que, siendo ilícito, ha sido esencialmente determinante de la disposición. Puede entenderse, por tanto, que el motivo ilícito determinante sí afecta a la eficacia de la disposición. Pero el art. 471 no explicita cómo afecta a la eficacia de la disposición la ilicitud del motivo. Para concretar esa consecuencia hay que acudir al art. 424.1, que establece expresamente la nulidad de la disposición, nulidad que, según el art. 426.2, prescribe a los quince años desde el fallecimiento del testador.

El art. 424, que ha sido calificado de desafortunado por el profesor Delgado, presidente de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil en la que se preparó el

⁷⁹. Sobre la interpretación del testamento y la admisión de medios extrínsecos de prueba, por todos, Lacruz, 2009, p. 214.

anteproyecto de ley de sucesiones en el que se recogía ya la norma⁸⁰, plantea además el problema práctico de si el notario puede incluir o no disposiciones que parecen legal o moralmente reprobables en el momento en que se otorga el testamento pero que, dado el carácter cambiante de los conceptos que deben tenerse en cuenta para valorar la nulidad de las disposiciones y que la valoración de la ilicitud deberá hacerse en el momento del fallecimiento del disponente, pueden dejar de serlo en el futuro (como ha sucedido, por ejemplo, con la evolución legal y social de la consideración de la homosexualidad). Merino, por ello, defiende razonablemente que lo conveniente en estos casos será autorizar el testamento previa la debida advertencia al otorgante de la posible ilicitud⁸¹.

3.2. Motivos contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres

Merece la pena profundizar algo más en qué debe entenderse por motivo ilícito, en expresión del art. 471, o motivos contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, en expresión del art. 424.1.

a) Motivos contrarios a la ley

La referencia a la ley, de un lado, me parece demasiado amplia como para tener un significado propio pero, sobre todo, no es fácil encontrarle un sentido cuando se trata de los motivos del testador.

Ciertamente la ley no quiere tutelar las disposiciones que obedecen a móviles ilegales, pero lo que realmente importa cuando una disposición sucesoria es contraria a la ley es, precisamente, esa contrariedad de la ley, no el motivo. Otra cosa es que si el testador quiere burlar la ley mediante una disposición sucesoria, y lo hace indirectamente (con la intención, el motivo, podríamos decir, de burlar la ley) la aplicación de la regla general del fraude de ley dará lugar a la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir (art. 6.4 del Código civil).

Ante un testador que quiera fomentar o premiar con sus disposiciones sucesorias actuaciones ilegales, hay que tener en cuenta que nada impide que las personas físicas, sean delincuentes, terroristas, asesinos o pedófilos, puedan recibir bienes *mortis causa*, salvo lo que pueda resultar de la aplicación de las reglas de indignidad, referidas a comportamientos “indignos” respecto del propio causante o su entorno familiar (art. 328), pero no a comportamientos frente a otras personas o frente a la sociedad en general. Si el testador hace una disposición para recompensar al terrorista porque se siente identificado con sus ideales de terror, el motivo podría calificarse de “ilegal” en un sentido demasiado amplio, en la medida en que premia un comportamiento ilícito, y de que puede constituir un estímulo para otros actos ilícitos, pero quizás sea más adecuado calificarlo de contrario a la ética, salvo que pueda considerarse como incitación o inducción para la comisión de delitos. Sin embargo, si no resulta del propio título (“instituyo heredero a

80. J. Delgado Echeverría, “Autonomía privada y Derecho de sucesiones”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, vol. 1, p. 532.

81. J. L. Merino, *Manual*, p. 335.

Fulano por haber participado en el atentado de Hipercor”) parece poco probable que prospere la impugnación, salvo que se relaje el rigor del art. 471 y, contra su tenor literal, se admita la prueba extrínseca del motivo determinante (declaraciones del causante emitidas en cualquier momento a favor de los terroristas, unidas a una falta de toda vinculación personal con el favorecido que permitiera explicar otro motivo de la disposición...). Si el testador declarara expresamente que deja sus bienes a una organización terrorista la ineficacia de la disposición resultará más fácilmente no tanto del motivo como de la falta de capacidad sucesoria de las asociaciones ilegales (art. 327 del Código foral), también si se hiciera mediante persona interpuesta.

Por otra parte, el Código foral se ocupa de diversas disposiciones que podrían considerarse “contra ley” y, en esos casos, hay que atender a la propia norma, que no establece la nulidad de la disposición, sino que la cláusula en cuestión se tiene por no puesta: así, en el caso de prohibición de viudedad impuesta por el ascendiente al cónyuge del descendiente (art. 272.2), la prohibición de impugnar (art. 429); en otras ocasiones se reduce para ajustarse a lo permitido legalmente (la prohibición de dividir que exceda el plazo de quince años, art. 365).

b) Motivos contrarios al orden público

El orden público es un concepto jurídico indeterminado de difícil precisión. De manera reiterada, se ha declarado el valor de orden público del principio de protección del menor en materia de Derecho de familia⁸². ¿Podría utilizarse este argumento para impugnar la validez de un testamento que favoreciera a los descendientes mayores en perjuicio de los menores? En el diseño legal, como la legítima es colectiva, un testador puede, por ejemplo, favorecer en exclusiva a sus hijos mayores y no dejar nada a los menores, o a sus nietos. ¿Sería una disposición contraria al orden público por vulneración del principio de protección de menores? A mi juicio, rotundamente, no, con independencia de que sea criticable el uso que puede hacerse de la legítima colectiva. En el caso de que se dieran los presupuestos para la aplicación de la norma podrían solicitarse alimentos, conforme al art. 515 del Código foral⁸³.

En el Derecho de sucesiones, modernamente, el orden público se vincula cada vez más a la tutela de los derechos fundamentales. Desde este punto de vista la pregunta que debe formularse es la de si el testamento y la libertad de testar están sometidos al principio de igualdad y no discriminación. La discriminación puede estar conectada al sexo, la religión, las ideas políticas...

82. SSTs de 25 de abril de 2011, de 31 de mayo de 2011, entre otras.

83. Según ese precepto: “Los legitimarios de grado preferente que al hacerse efectivas las disposiciones sucesorias estén en situación legal de pedir alimentos podrán reclamar los que les correspondieran, como descendientes del causante, de los sucesores de éste, en proporción a los bienes recibidos”.

La única sentencia en la que el TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el derecho de alimentos, estando en vigor el art. 121 Comp. 1967, ha sido para denegarlos: STS de 21 de diciembre de 1990. El motivo fue no concurrir en las demandantes –nietas del causante– el requisito de “ser descendientes sin mediación de persona capaz de heredar”. Los nietos del causante no son legitimarios de grado preferente salvo que opere la sustitución legal (arts. 339 y 488 del Código foral), requisito necesario para entrar dentro del ámbito de aplicación de los alimentos (art. 515.1).

En principio, parece una contradicción someter el testamento al principio de igualdad porque, por definición, dentro de los límites legales (en particular, los que resultan de la legítima), el causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión (art. 318). Imponer el principio de igualdad equivaldría a negar la libertad de testar. Pero al mismo tiempo es el propio legislador el que permite el control de los motivos del testador, sancionando con nulidad las disposiciones testamentarias que no superen el test del art. 424. Ello obliga a reflexionar acerca de si una distinción, que en principio estaría dentro de la libertad de disponer, podría ser nula si el motivo que la determina parte de un criterio que se considera discriminatorio.

En la jurisprudencia francesa hay ejemplos de testamentos sexistas, que favorecen en exclusiva a los hijos varones y excluyen a las hijas⁸⁴, o de testamentos racistas, que excluyen a la nieta casada con un judío⁸⁵. La invalidez de un testamento deriva, en el sistema vecino, de su consideración como inconstitucional por ser contrario al principio de igualdad. El orden público se identifica aquí con la legalidad republicana proclamada por la Constitución.

En un contexto más amplio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró en la sentencia de 13 de julio de 2004, caso Pla et Puncernau contra Andorra, que la voluntad del difunto debe interpretarse conforme a la Convención Europea y, en particular, con arreglo al principio de igualdad y no discriminación. En el caso, en una sustitución fideicomisaria, se preveía que fueran sustitutos los “hijos o nietos de matrimonios legítimos y canónicos”, y se discutía si podían ser sustitutas unas hijas adoptivas (adoptadas legalmente conforme a la legislación española) de quien debía ser sustituido. Los tribunales de Andorra concluyeron que solo podían ser sustitutos los hijos carnales, biológicos. La sentencia del Tribunal Europeo considera que el problema es de interpretación del testamento y afirma que debe hacerse conforme al Convenio, que consagra el principio de igualdad, por lo que entiende que el tribunal nacional, al no interpretar el testamento conforme al Convenio actuó contra él. La sentencia, aunque ha sido criticada por varios motivos⁸⁶, representa una línea de pensamiento que excluye los testamentos discriminatorios por ser contrarios al Convenio Europeo de Derechos Humanos. A la sentencia se le formula una opinión disidente conforme a la cual los particulares, en sus relaciones privadas, no están sometidos al Convenio. Esta es una idea digna de consideración.

La sentencia Pla et Puncernau ha tenido su influencia en España. En particular, la STC 9/2010, de 27 de abril, que la cita, mantuvo que los tribunales inferiores habían incurrido en violación del principio de igualdad al interpretar una disposición testamentaria en el sentido de que favorecía solo a los hijos biológicos

84. *Arrêt de la Cour de Cassation* de 19 de enero de 1982. V. los comentarios de Ch. Bahurel, *Les volontés des morts*, LGDJ, Paris, 2014, p. 373.

85. T. Civ. Seine de 22 de enero de 1947, D. 1947.126; Ph. Malaurie, *Les successions. Les libéralités*, Défrenois, Paris, 2010, p. 190; Bahurel, p. 373.

86. Entre nosotros, E. Arroyo i Amayuelas/D. Bondía García, “¿Interpretación de testamento contraria a los derechos humanos?”, en *Derecho Privado y Constitución*, 18, 2004, pp. 7 ss.

frente a los adoptivos⁸⁷. La sentencia del Tribunal Constitucional va acompañada de un voto particular de Rodríguez Zapata en el que se pone de relieve –además de que la interpretación del testamento es cuestión de legalidad ordinaria y no de incumbencia constitucional–, con acierto, que nadie tiene derecho a un acto de liberalidad, por lo que las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE no se proyectan sobre los actos de liberalidad *inter vivos* o *mortis causa*.

En la jurisprudencia española encontramos otras referencias que pueden ilustrar el tipo de casos que pueden plantearse en este contexto. En primer lugar, el caso de la STC 27/1982, de 24 de mayo, que afirmó que en el ámbito del Derecho de sucesiones “podría” ser inconstitucional la exigencia de casarse con un noble, pero había que entender en cambio que no lo era cuando se trata de un requisito exigido en el título constitutivo de un título nobiliario⁸⁸. El Tribunal Constitucional sugiere, aunque no llegue a pronunciarse sobre ello, que una condición semejante a la que nos ocupa podría ser contraria a los valores fundamentales de libertad personal cuando se trata de una sucesión hereditaria ordinaria. Pero este es un asunto poco claro y es debatido en Derecho comparado, donde las condiciones de casarse o no casarse o de hacerlo con determinada persona merecen un juicio muy diferente, incluso a los legisladores recientes, como veremos más adelante (apartado 3.3).

Otro supuesto que permite reflexionar sobre esta materia es el de la STS de 27 de febrero de 1995, que no se refiere a sucesión, sino a la improcedencia de revocación de una donación hecha por los padres a la hija que abandona después el hogar familiar para irse a vivir con su amante, un hombre de raza árabe. Además de los argumentos estrictos de las causas de revocación de las donaciones, la sentencia tiene en cuenta que la “explicación complementaria que proporciona el recurrente para justificar la revocación para poner de relieve que «los sentimientos de una sociedad pequeña que condicionan el repudio de una conducta escandalosa tenga lugar con una persona de distinta raza y de una raza justa o injustamente, que en la actualidad es objeto de una cierta actitud de rechazo por parte de la sociedad tanto española como extranjera», hace aún más patente la juridicidad de la sentencia impugnada y la injusticia del rechazo social, así como el no aceptable proceder de los padres que asumen como propio tal rechazo, con apoyo en componentes claramente xenófobos, contrarios a la dignidad de la persona humana y al principio de igualdad ante la ley que consagra nuestra Constitución en el artículo 14 y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en el artículo 7.^o”. Una muestra más de la inclinación de los tribunales a

87. V. el comentario crítico de M. Herrero Oviedo, “El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación *inter privatos* de los derechos fundamentales”, www.indret.com, Barcelona, abril 2012.

88. La postura del Tribunal Constitucional puede resumirse en las dos ideas siguientes. En primer lugar, que son igualmente anacrónicos la sucesión en el título que la condición para hacerlo, por lo que si se permite lo primero y no se considera discriminatoria –la sucesión en el título– debe permitirse la segunda y juzgarse con el mismo parámetro de inconstitucionalidad –la condición de casarse con noble–. En segundo lugar, que lo que podría ser inconstitucional para hacer depender el nacimiento de un derecho público o, incluso una sucesión hereditaria ordinaria –sin que el Tribunal se pronuncie sobre ello– no lo es en un ámbito meramente simbólico y cuyo contenido jurídico se agota en el derecho a usarlo y a protegerlo de modo semejante a lo que sucede con el derecho al nombre.

rechazar actuaciones y voluntades privadas que no respeten los principios constitucionales.

Con carácter general, creo que no hay que negar la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, pero también creo que hay que distinguir dentro de las mismas aquellas relaciones que tienen lugar en el mercado (en el ámbito laboral, en la contratación) de las relaciones privadas de índole familiar (libertad de escoger a la persona con la que me caso, por ejemplo, sin que aquí jueguen los principios de igualdad, no discriminación, ni los de mérito y capacidad...) y sucesorio, donde sin duda los ámbitos de libertad personal deben ser más amplios. En el ámbito sucesorio (y en este sentido creo que podría argumentarse de la misma manera para las liberalidades *inter vivos*), en mi opinión, cuando no existe el derecho a recibir una liberalidad no debe reconocerse el derecho a recibirla, frente a la voluntad del testador, argumentando que el motivo es ilícito por discriminatorio: la tía soltera feminista que prefiere dejar sus bienes a sus sobrinas y nada a los sobrinos, la madre que no deja nada al hijo que pertenece a un partido o practica una religión cuyas ideas le repugnan, o a la hija lesbiana por no admitir sus preferencias sexuales... El ejemplo límite que, por absurdo, muestra que el camino de las discriminaciones es muy aventurado, es que el testador creyente que hace un legado a su iglesia, para no ser acusado de discriminatorio, debería hacer al mismo tiempo un legado semejante a favor de las demás confesiones.

Imponer la igualdad y negar la posibilidad de que el testador, dentro de los límites legales, escoja a sus sucesores equivaldría a negar la libertad testamentaria. En última instancia, acabaría considerándose discriminatoria toda disposición que, en ejercicio de la libertad de disponer, se apartara del modelo de la sucesión legal, que se inspira en un principio de igualdad (cfr. art. 521 del Código foral).

La redacción del art. 424.1 del Código foral, sin embargo, permitirá intentar que se declare nula la disposición discriminatoria, por ser contraria al orden público constitucional. Al menos, entonces, habrá que insistir en la exigencia de que el carácter determinante de ese motivo ilícito resulte del propio título sucesorio (cfr. art. 471), como he explicado antes, y no se podrá presumir la discriminación.

c) Motivos contrarios a las buenas costumbres

La concreción de qué sean buenas costumbres quedará en cada caso en manos del juez, que deberá atender a los criterios morales imperantes en la sociedad en el momento, no en que se otorgó la disposición, sino cuando esté llamada a desplegar sus efectos.

Un caso que muestra cómo la ética permite controlar la libertad testamentaria en función de los motivos del testador, aun cuando sus disposiciones respeten los límites legales es el que da pie a la sentencia francesa de la Cour Cassation de 2 de enero de 1997⁸⁹. Un padre, condenado por abuso sexual a sus hijas, otorga testamento ológrafo que va precedido de un preámbulo en el que explica que, puesto

89. Recueil Dalloz 1997, p. 13, comentario de Henry Vray.

que no le han perdonado y le trataron con odio y desprecio, les iba a hacer pagar por ello. A continuación, al disponer de los bienes, no les deja nada a las hijas y favorece a unos nietos. Las hijas solicitan la declaración de nulidad del testamento por ilicitud e inmoralidad y el tribunal declara la nulidad del testamento. En el caso la ilicitud se aprecia porque se entiende que el testador quería legitimar su comportamiento repugnante. Cabe plantearse cuál hubiera sido la solución del tribunal si el testador no se hubiera explayado acerca de los motivos de su disposición y si se hubiera llegado a la misma solución realizando una interpretación extrínseca del testamento para identificar los verdaderos motivos del contenido del testamento que no se oponía realmente a las facultades de distribución del causante.

Pero el ejemplo clásico en la jurisprudencia europea es el de los legados otorgados a favor de la amante. Antes del Código civil, una ordenanza del siglo diecisiete las consideraba incapaces de adquirir: la norma no fue recogida en el Código civil pero la jurisprudencia declaró durante muchos años que concurría ilicitud en la causa, que hacía nula las disposiciones a su favor. La evolución de la moral social dio lugar a una evolución jurisprudencial en la que se tenía en cuenta, para apreciar la ilicitud, si el motivo era mantener la relación, o si el causante había sido un adúltero que infringía su deber de fidelidad conyugal en contra de los deberes del matrimonio; atendiendo a la finalidad de la disposición se consideraba que, por ejemplo, no había causa ilícita si se trataba de compensar el perjuicio causado a la amante o de mantener a la familia nacida de esa relación. Los tribunales franceses llegaron a considerar la ilicitud de las disposiciones hechas a favor de hijos adulterinos y el TEDH entendió que esa jurisprudencia era contraria a la protección de la vida familiar consagrada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Solo a partir del año 2004 las atribuciones mortis causa a favor de la *concubine* se consideran válidas⁹⁰.

En España, la STS de 18 de noviembre de 1994, que suele citarse como pionera en la negación de que haya causa ilícita en los legados entre amantes, en realidad entra a analizar las circunstancias del caso para considerar si se ajustaba o no a los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial francesa, ya que el causante era un súbdito francés afincado en España, pero la ley aplicable era la francesa. En particular se tuvo en cuenta que el causante ya estaba divorciado y que había algo más que sexo en la relación –puesto que compartían algunos negocios y ella acabó cuidándole en su última enfermedad–. Es decir, hay un juicio de la moralidad de la relación.

La evolución de la moral social en este terreno ha sido extraordinaria, pero cabe imaginar que puede dar entrada de manera cambiante, pero con apoyo en los criterios de la mayoría, al control de los motivos determinantes de la disposición testamentaria, restringiendo la libertad de disponer *mortis causa*. Se trata de una materia en la que, en mi opinión, se debe actuar con mucha cautela, pues la

90. Terré, François, Lequette, Yves, Gaudemet, Sophie, *Droit civil: les successions, les libéralités*, 4^e éd. 2013, p. 323 y ss.; Ph. Malaurie, *Les successions. Les libéralités*, Défrenois, Paris, 2010, p. 194 ss.; Ch. Bahurel, pp. 361 ss.

moral social no debería imponer ni restringir las libertades de las minorías, siempre que su comportamiento no sea contrario a la ley.

3.3. Condiciones ilícitas

a) Condiciones válidas y condiciones que no lo son. Efectos

El control de los motivos que impulsan al testador a otorgar una disposición está estrechamente vinculado al tratamiento que se dispensa a las condiciones ilícitas. Los problemas que se plantean son dos: qué consecuencias produce sobre una disposición testamentaria que el testador haya impuesto una condición ilícita y cuándo debe entenderse que es ilícita la condición.

Para el Derecho aragonés establece el art. 476 del Código foral, dentro de las normas comunes a las sucesiones voluntarias, que “son válidas todas las condiciones que no sean imposibles o contrarias a las leyes o las buenas costumbres”. De ello se desprende que el legislador no quiere que valgan las imposibles, las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres.

Si la condición es válida, produce sus efectos: como no hay regulación de la condición en el Código foral habrá que considerar aplicable la regulación del Código civil. Partiendo del supuesto más sencillo, por ejemplo, si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse (art. 801.I del Código civil). Si no se cumple no llegará a producirse la delación a su favor (art. 321.2 del Código foral). Pero no es este el aspecto que me interesa, sino el de las consecuencias de una condición inválida.

Como es más fácil aprender que olvidar, lo primero que viene a la cabeza, por ser algo ya sabido, es que la condición imposible, la contraria a las leyes o a las buenas costumbres “se tendrán por no puestas” y en nada perjudicarán al heredero o al legatario. Esta es la previsión del art. 792 del Código civil. El Derecho sanciona al testador que ha querido imponer una condición, digamos genéricamente, “ilícita”: el resultado sería que la disposición desplegaría sus efectos aunque la condición no se cumpliera. Se favorece así al beneficiario de la disposición, que la puede recibir sin cumplir la condición.

Sin embargo, hay que explicar que la doctrina más moderna interpreta el art. 792 del Código civil de manera sistemática con lo dispuesto en el art. 767, que ya hemos visto al explicar la causa ilícita de la atribución y, prescindiendo del tenor literal del precepto, llega a la conclusión de que si la condición es determinante de la disposición, la disposición es nula. Esta interpretación sistemática del Código se basa en la idea del mayor respeto a la voluntad del testador, que realmente no quería que la disposición desplegara efectos si no era con el cumplimiento de la condición⁹¹.

91. Por todos, con Díez-Picazo, “El condicionamiento de los negocios mortis causa”, pp. 1173 ss.; M. Espejo Lerdo de Tejada, “Artículo 792”, en *Código civil comentado*, Civitas, vol. II, 2011, p. 907; G. Galicia Aizpurua, “Artículo 792”, *Comentarios al Código civil*, T. IV, Tirant lo Blanch, 2013, p. 5765.

Curiosamente, una evolución semejante se ha producido en el Derecho francés, cuyo art. 900 del *Code* es de redacción semejante al artículo español⁹². En un primer momento, tras la promulgación del *Code*, se aceptaba con agrado la solución legal porque se pensaba que las condiciones podían ser utilizadas por los aristócratas del Antiguo Régimen para coartar los principios de libertad e igualdad propios de la Revolución. A medida que pasa el tiempo y se relaja ese fervor revolucionario se contempla como lejano ese peligro que se trataba de conjurar y la doctrina y la jurisprudencia empiezan a considerar que es más razonable respetar la voluntad del causante y se concluye que, si la condición querida como determinante de la disposición es ilícita la regla más adecuada es la que sanciona con nulidad la propia institución. Pero conviene advertir cómo, en tiempos más recientes, sin embargo, aquellas ideas primitivas que inspiraron la redacción del *Code* se retoman con el impulso que está adquiriendo la protección de los derechos y libertades al amparo de los Convenios internacionales de derechos humanos⁹³.

Tratando de encontrar argumentos acerca de posibles soluciones para la condición ilícita podemos dirigir la mirada, dentro de los Derechos españoles, al Derecho catalán, que solo tiene por no puestas las condiciones imposibles⁹⁴ pero para las condiciones ilícitas que sean motivo determinante de la institución de heredero, el art. 423-17 de su Código civil⁹⁵ establece que hacen nula la institución. Pero en el Derecho catalán esta norma es expresa para la condición e independiente de la consagrada para los motivos ilícitos determinantes de la disposición que, como hemos visto, son irrelevantes.

En ausencia de norma expresa, para el Derecho aragonés, la interpretación conjunta y sistemáticamente de los arts. 471 (este en relación, como hemos visto, con el art. 424.1) y 474 del Código foral, permitirían defender también que la condición ilícita determinante hace nula la disposición. Puesto que la interpretación sistemática de los preceptos aragoneses excluye el recurso al Derecho supletorio del Código civil esta sería la conclusión, y no la aplicación de la regla que resulta del art. 792 del Código civil, según el cual, literalmente, la condición se tiene por no puesta.

92. Art. 900 *Code civil*: "Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux moeurs, seront réputées non écrites".

93. Terré, François, Lequette, Yves, Gaudemet, Sophie, *Droit civil: les successions, les libéralités*, 4^e éd. 2013, p. 333.

94. Artículo 423-16. Condiciones imposibles, irrisorias y perplejas. Las condiciones imposibles, las irrisorias y las perplejas se tienen por no formuladas. En mi opinión, para la condición imposible, más bien hay que pensar que realmente, si el testador conocía la imposibilidad, y no estaba de broma (es lo mismo que se podría pensar para las que la ley llama irrisorias), es que no quería que la disposición desplegara efectos: si hago testamento en el que te nombro heredero si vuestras con tus orejas, es muy posible que no quisiera que me heredaras. En otro caso, puede ser razonable que la condición se tenga por no puesta.

95. Artículo 423-17. Condiciones ilícitas. Las condiciones ilícitas se tienen por no formuladas, pero, si resulta claramente que el cumplimiento de la condición ilícita es motivo determinante de la institución de heredero, esta es nula.

Ampliamente, sobre la institución de heredero bajo condición en el Derecho catalán, v. A. Calatayud Sierra, en los *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, I. Bosch, Barcelona, 1994, pp. 600 y ss.

Es reprochable que el legislador aragonés no haya clarificado una materia sobre la que puede existir confusión y que no es meramente retórica. Si la condición es ilícita y determinante (te nombro mi heredero si matas a Fulano, o si le das una paliza a mi enemigo), la regla de que la condición se tiene por no puesta responde al reconocimiento de un valor profiláctico del Derecho civil. El llamado denunciará la ilicitud de la condición para recibir la disposición sin tener que cumplir la condición. En cambio, si se entiende que, por ser un motivo determinante de la institución, debe recibir el tratamiento que la ley establece para los motivos ilícitos, esto es, que la disposición misma es nula, el resultado es que el favorecido no denunciará la ilicitud, pues entonces no recibirá la atribución.

Esta última reflexión apunta a otro tipo de argumentos que son dignos de consideración. La diferencia entre los motivos que llevan al testador a hacer una disposición se refieren a unos hechos ya pasados, mientras que con la condición el testador trata de estimular un comportamiento –por hipótesis, ilícito–. Quizás ello explique que puedan separarse los efectos que se anudan a uno y otro caso y mantener que la condición ilícita se tendrá por no puesta. Pero si el argumento es desincentivar conductas ilegales solo sirve para las condiciones contrarias a la ley, pero no en otros casos discutidos en los que al llamado se le impone una condición que puede, si quiere, cumplir y, si no quiere, no, aunque con ello no reciba la herencia o el legado (por ejemplo, como veremos más adelante, las de casarse o no casarse). Esa es la grandeza de la libertad personal: ejercerla a costa de no recibir algo a lo que tampoco se tiene derecho, sino que dependería de la voluntad de quien dispone. El razonamiento, por tanto, debe matizarse en función del tipo de ilicitud que sea reprochable a la condición.

b) Condiciones imposibles, contrarias a las leyes o a las buenas costumbres

Por lo que se refiere a los límites que establece el art. 476 para que las condiciones sean válidas, figuran la imposibilidad y el ser contraria la condición a la ley o a las buenas costumbres. Se trata de los mismos límites que establece el Código civil, por lo que el análisis que debe efectuarse es semejante.

Las principales dificultades que se presentan en este ámbito tienen que ver con la clarificación de lo que es contrario a las buenas costumbres. Es fácil admitir que se incluyen en este supuesto las condiciones torpes, que imponen realizar una conducta inmoral, aunque concretar después qué es inmoral vuelve a ser complejo, por ser necesario remitirse nuevamente a la moral social, difícil de aprehender. Pero, además, junto a este concepto de la torpeza de la condición, la doctrina y el Derecho comparado tienden a considerar como ilícitas las condiciones que imponen conductas que atentan contra la libertad individual de los designados como herederos o legatarios. Es el caso de lo que podríamos llamar el “testamento liberticida”. Los ejemplos que se proponen están relacionados con la imposición de creencias políticas o religiosas, el libre ejercicio del matrimonio, la decisión de tener hijos, la fijación de la residencia, etc. Así, la tía feminista que deja la fortuna a su sobrina con la condición de que no se case y no tenga hijos, el

abuelo que nombra heredero a su nieto con la condición de que no se divorcie, la madre al hijo con la condición de que abandone un partido político...⁹⁶

El Derecho francés nuevamente vuelve a ofrecer algunos ejemplos reales en los que se han impuesto condiciones en las que se discute si se coarta o no la libertad personal de los llamados a la herencia. Así, el nombramiento de heredero sometido a la condición de que la mujer y los hijos se conviertan al judaísmo, pues en otro caso la atribución iría a una asociación cultural judía⁹⁷, o de que la hija no se case con un hombre negro, porque, en otro caso, la herencia irá a parar a la asociación contra el cáncer⁹⁸.

De manera expresa el Código foral se ocupa de algunas condiciones que en la práctica han resultado conflictivas y, sobre las que no existe un consenso entre los distintos Derechos civiles españoles. Según el art. 476 es válida la condición de contraer o no contraer primero o ulterior matrimonio o hacerlo con persona determinada. El art. 793 CC, en cambio, establece que la condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste. Podrá, sin embargo, legarse a cualquiera el usufructo, uso o habitación, o una pensión o prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero o viudo⁹⁹. La doctrina ha venido poniendo el precepto en relación con la libertad de contraer matrimonio, que se considera un derecho de la personalidad en el que no cabe coacción, y ejemplifica con posibilidades razonando que en unos casos son lícitas (si se conectan con cierta edad, o con la situación económica de quien permanece soltero, o si es para legitimar hijos...) y, cuando no, propone que deben someterse al control de las buenas costumbres¹⁰⁰. En mi opinión, si se respetan los límites a la libertad de testar impuestos en cada caso por el legislador –en particular, los derivados de la legítima–, la autonomía de la voluntad del testador debería permitir imponer condiciones para la adquisición de una herencia o legado a quien no tiene derecho a recibir la liberalidad. Con ello no se le privan de derechos fundamentales –de hecho puede casarse o no– y otra cosa es que con su decisión no llegue a adquirir o se vea privado de una herencia que por ley no podía exigir.

No estamos aquí ante tradiciones jurídicas diferentes, ni ante diferentes sensibilidades sociales en los distintos territorios. Se trata de materias en las que,

96. Ch. Bahurel, pp. 376 y ss.

97. Civ. 1ère, de 21 de noviembre de 2012, Bull. Civ. I, n° 56. V. Terré, François, Lequette, Yves, Gaudemet, Sophie, *Droit civil: les successions, les libéralités*, 4è éd. 2013, p. 330.

98. Civ. 2è de 28 de junio de 2012. V. Terré, François, Lequette, Yves, Gaudemet, Sophie, *Droit civil: les successions, les libéralités*, 4è éd. 2013, p. 323: en el caso no quedó acreditado que quisiera privar a la hija de la herencia por haberse casado con un hombre negro y se tuvo en cuenta que la esposa había fallecido de cáncer antes de que él otorgara testamento.

99. Existe una jurisprudencia relativamente abundante, pero algo antigua, analizada por J. A. Martín Pérez, en la obra *Jurisprudencia Civil Comentada. Código civil*, 2ª ed., T. II, Dir., Pasquau, Granada, Comares, 2009, pp. 1449 y ss.

100. Por todos, Lacruz, 1971, p. 484; Díez-Picazo/Gullón, p. 86.

sencillamente, cada legislador ha aprovechado para introducir su percepción sobre temas sobre los que no existe un consenso doctrinal.

El art. 476 del Código foral considera igualmente válida la condición de que el heredero o legatario haga alguna disposición *mortis causa* en favor del disponente o de otra persona. Solución que contrasta con la que dan a las condiciones captatorias el Código civil y el Derecho catalán¹⁰¹. La razón de una norma expresa en Derecho aragonés se justifica en el deseo de evitar la solución del Código, que la doctrina critica porque se piensa que, si el codicioso plan del testador era recibir algo del beneficiario y este sobrevive al testador, este último nada podrá obtener de aquél a título sucesorio; por el contrario, si el instituido bajo condición premuere, si efectivamente dispuso a favor del testador, éste logrará su propósito y no hace falta declarar la nulidad de la disposición que, por premoriencia del instituido, no será eficaz¹⁰².

La validez de una condición como la referida en el precepto significa que, fallecido el testador, el heredero o legatario sometidos a condición resultan llamados, y la atribución será válida si el testamento del instituido cumple la condición. Más complejo es precisar qué sucedería si, con posterioridad, el instituido revoca su disposición: no puede considerarse que sea irrevocable, sino que es preciso analizar los efectos que el incumplimiento de la condición provoca sobre su propia adquisición, con las dificultades que pueden derivar del paso del tiempo, pues la eficacia de su disposición solo se produciría en el momento de su fallecimiento. Si fallece primero el testador, siempre puede jugar la sustitución legal prevista para el caso de premoriencia (art. 336.1 del Código foral).

También parece preferible admitir la validez de la condición de que el llamado haga una disposición *mortis causa* a favor de un tercero sobre todo porque hay que tener en cuenta que, en este caso, podría llegarse al mismo resultado por otra vía, como por ejemplo imponiendo el testador al instituido una carga.

4. Los motivos falsos o erróneos y la validez del testamento

El art. 471 no solo contempla los motivos ilícitos en las disposiciones voluntarias, también se ocupa de los motivos falsos. Recordemos que, según este precepto, que lleva como título, “motivación de la disposición”, “la expresión en el pacto o testamento de los motivos de una disposición no afectará a su eficacia, a no ser que, siendo *falsos* o ilícitos, resultara del propio título sucesorio que han sido esencialmente determinantes de la disposición”. De tal forma que, si el motivo determinante de la disposición es falso, “afectará a su eficacia”.

El precepto se refiere a la “eficacia” y, para la falta de eficacia en el caso de que el motivo sea ilícito hemos señalado que la interpretación conjunta del art. 471 con el art. 424.1 permite llegar a la conclusión de que esa invalidez es una nulidad que, a la vista de la referencia que el art. 426.1 hace a la nulidad de “alguna” de

101. Según el art. 794 CC, será nula la disposición hecha bajo condición de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona. Conforme al art. 423-19 del Código civil catalán, las condiciones captatorias determinan la nulidad de la institución de heredero.

102. Sigo a M. Espejo Lerdo de Tejada, “Artículo 794”, en *Código civil Comentado*, vol. 2, Civitas, 2011, p. 910.

las disposiciones del testamento, es una nulidad que prescribe a los quince años a contar desde el fallecimiento del testador.

Para precisar el tipo de ineficacia de los motivos falsos determinantes de la disposición, el art. 471 debe ponerse en relación con el art. 424 pero ahora no con su apartado primero, sino con el segundo. Conforme al art. 424.2: "Será anulable la disposición testamentaria [...] en los casos en que resulte que se ha otorgado por error, de hecho o de derecho, en los motivos si del testamento resulta que el testador no la habría otorgado de haber conocido el error".

Lo primero que llama la atención es la diferencia de terminología: de error habla el art. 424.2 y de motivo falso habla el 471. Pero, ¿qué es un motivo falso? La falsedad del motivo de la disposición puede proceder, en primer lugar, de que el testador miente: sabe que no es su sobrina la beneficiada por la disposición, aunque se refiera a ella así, pero quiere justificar ante terceros la disposición y disimular las verdaderas razones por la que la otorga (que es su amante, por ejemplo). Si el testador miente al expresar los motivos la conclusión más razonable es que el motivo es irrelevante en todo caso, aunque sea falso y determinante de la disposición. El art. 471, sin duda, no estaba considerando al testador mentiroso.

La falsedad del motivo puede proceder también del error del testador. Enlaza, ahora sí, el art. 471 con el art. 424.2 i.f. La exigencia de que no hubiera otorgado la disposición "de haber conocido el error" (art. 424.2) es equiparable a la exigencia de que el error haya sido "esencialmente determinante" del art. 471. Es irrelevante en cambio que el error sea excusable o no, porque a diferencia de lo que sucede en los contratos, donde hay dos partes y el contrato pretende ser anulado por quien sufrió el error frente a la otra parte que pretende mantenerlo, en el ámbito sucesorio no es preciso exigir requisitos que carguen sobre la parte que ha sufrido el error (el testador) los efectos de su escasa diligencia.

Por otra parte, vuelve a plantearse aquí nuevamente la cuestión de la necesidad de que el motivo se haya expresado en la propia disposición voluntaria: exigencia que viene requerida en el art. 471, y cuyo cumplimiento reduciría las posibilidades de impugnación de la disposición, pero en cambio no se menciona en el art. 424, por lo que, aplicando las reglas generales de interpretación de los testamentos podría quedar demostrada también por medios extrínsecos de prueba. Una pequeña contradicción legal que, posiblemente, permitirá a los tribunales apoyarse en uno u otro precepto según su inclinación a aceptar en cada caso concreto la invocación del error.

La consecuencia del error determinante es la anulabilidad de la disposición porque la voluntad del testador estaba viciada. El régimen de anulabilidad establece, como hemos visto, un plazo de cuatro años de prescripción, de manera análoga a lo que sucede en el ámbito contractual. Lo que sucede es que, como ya he dicho, legitimados para impugnar el testamento son los mismos que los que pueden hacerlo cuando el testamento adolece de una causa de nulidad sometida al plazo de prescripción de quince años, a diferencia de lo que sucede con los contratos, lo que hace que la diferencia de trato no esté justificada.

Conviene señalar, por otra parte, que la sanción de anulabilidad no es siempre la más adecuada para todos los casos de error en el testamento, y ello se agrava si se considera que, a diferencia de lo que sucede en los contratos, donde invoca el error quien lo ha sufrido, y solo si le conviene, en el testamento lo invocará quien resulte beneficiado por la impugnación, lo que puede llevar a consecuencias poco razonables para el beneficiado por la disposición motivada por un error. Por ejemplo, si el error consiste en que se hace un legado a Fulano, porque se le quiere favorecer y precisamente porque se piensa que la finca o la joya legada poseen gran valor, cuando no es así. La solución en este tipo de casos no es privar a Fulano del beneficio realizado, aplicando automáticamente el art. 424 y la sanción de nulidad. Hay que dar prioridad, por el contrario, a la interpretación de la voluntad del testador porque, con seguridad, el testador hubiera hecho otra disposición pero, al menos, siempre será preferible y más respetuoso con la voluntad del causante que al menos conserve la atribución hecha.

V. LA REVOCACIÓN TESTAMENTARIA

1. La revocabilidad del testamento es esencial

El art. 431 del Código foral se ocupa de la facultad de revocación, al establecer que las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, reiterando lo que el art. 406.2 afirma de manera general para el testamento unipersonal. En la misma sección dedicada a la revocación, el Código foral se refiere también a la revocación del testamento (arts. 432, 433.1, 435, 436). Es posible, por tanto, la revocación del testamento en su totalidad, pero también la revocación que afecte solo a concretas disposiciones testamentarias. Para este último caso hay que recordar que en sede de “nulidad y anulabilidad” el art. 424.3 se refiere expresamente a la falta de comunicación de la revocación de una disposición a las demás.

El carácter esencial que se atribuye a la revocación lleva a excluir la posibilidad de renuncia. En este sentido, el art. 431.2 declara que “el testador no puede renunciar a la facultad de revocar, en todo o en parte, su testamento”. Siguiendo al Código civil, además, el legislador aragonés ha decidido proteger la autonomía de la voluntad del testador contra las propias limitaciones que él mismo quisiera imponerse prohibiendo incluso las cláusulas “ad cautelam”, admitidas en el Derecho común hasta la promulgación del Código civil y que en Navarra sí se admiten porque se entiende que su finalidad no es evitar la revocación, sino proteger la libertad de disposición o revocación, permitiendo hacerlo solo cuando de verdad se quiera¹⁰³. En este sentido, el art. 431.3 establece que “Se tendrá por no escrita cualquier cláusula que contraríe la facultad de revocación, como la

103. Establece la ley 208: “Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de disposiciones futuras. No obstante, al tiempo de otorgarse un testamento podrá disponer el testador que no valgan o se entiendan revocados cualquier testamento ológrafo o memoria testamentaria que pudieran aparecer como otorgados por él, si no llevan determinados lemas o signos u otros requisitos”. V. ampliamente, M. Albaladejo, “Artículo 737”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dir. Albaladejo, t. IX, vol. 2º, Edersa, 1983, p. 395; B. Rodríguez-Rosado, “Ley 208”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dir. Albaladejo, t. XXXVII, vol. 1º, Edersa, 1998, p. 939. Desde este punto de vista, una crítica al Derecho aragonés por no admitir las cláusulas *ad cautelam* en J. L. Merino Hernández, *Manual de Derecho sucesorio*, Sonlibros, Zaragoza, 2006, pp. 367 ss.

derogatoria de disposiciones futuras o aquella en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no lo hiciera con ciertas palabras o señales”.

A la función que con carácter general desempeña la facultad revocatoria del testamento, como índice de que la voluntad testamentaria no compromete al testador, que no queda vinculado por ella porque no despliega eficacia hasta su fallecimiento, pudiendo revocarla en todo momento sin necesidad de invocar causa alguna, se le suma en un sistema como el aragonés, donde se admite el pacto sucesorio, la fuerza del contraste con esta otra institución. Se refuerza la idea de que el testador no puede comprometerse consigo mismo y si lo que se desea es una voluntad irrevocable es preciso acudir al pacto sucesorio. Cabe imaginar supuestos en los que un testador desee quedar vinculado de manera irrevocable por su voluntad testamentaria, y cabe también imaginar que las razones de ello pudieran ser admitidas *lege ferenda* por el ordenamiento. Por ejemplo, quien desea nombrar heredero a Fulano con la condición de que lo cuide en su última enfermedad, y desea quedar vinculado sin posibilidad de que en el último instante, por debilidad, o por influencias indebidas cambie de opinión. La solución del Derecho aragonés es que debe llevarse a cabo tal propósito mediante un pacto en el que, en su caso, el favorecido asuma como carga el cuidado personal del instituyente, con todo el contenido contractual que ello conlleva y que, para algunas personas, puede ser algo indeseable, pues ya para empezar obliga al instituyente a revelar su voluntad, lo que puede ser algo no querido, y puede generar la sensación, tampoco deseada, de que el instituido actúa movido por impulsos no desinteresados. Como sucede tantas veces que un legislador se ocupa de la autonomía privada, se protege la libertad personal prohibiéndola.

La coherencia con el principio de esencialidad del carácter revocable del testamento lleva en otros sistemas jurídicos a concluir que una voluntad formulada como irrevocable no es propiamente una voluntad testamentaria y no vale como tal. La explicación no se limita a la coherencia dogmática con el principio proclamado de la revocabilidad esencial, sino que posee además un carácter práctico. En efecto, se advierte que si puede presumirse que la voluntad declarada y recogida en un testamento es la del causante, mantenida hasta el momento del fallecimiento, es porque pudiendo revocarla en cualquier momento el testado ha decidido no hacerlo. Pero, por el contrario, esto no puede presumirse cuando el testador declara “sea esta mi voluntad irrevocable” o una expresión semejante que transmita su deseo en el momento en que la formula de irrevocabilidad pero, sobre todo, su creencia de haber quedado vinculado y la imposibilidad de emitir eficazmente una declaración diferente. La coherencia con este planteamiento es negar la existencia de un verdadero testamento porque no se puede presumir que la voluntad expresada se haya mantenido hasta el momento del fallecimiento y la duda de si, de haber creído que era revocable, se hubiera mantenido o no. Desde este punto de vista, la jurisprudencia belga declara que una voluntad emitida como irrevocable no es verdadera voluntad testamentaria, no hay testamento. Como es fácil de comprender cláusulas de este estilo se introducen en testamentos ológrafos, otorgados sin asesoramiento experto, y de ahí que la duda de la

verdadera voluntad y la creencia del testador de haber quedado vinculado pueda ser mayor¹⁰⁴.

Finalmente, hay que señalar que la STS de 8 de octubre de 2010 declaró, para el ámbito de aplicación del Código civil, que la revocabilidad no es un principio de orden público que impida la aplicación en España de un Derecho extranjero que admita la irrevocabilidad (el caso se refería a un testamento alemán mancomunado). En Derecho aragonés, donde se admite tal clase de testamento, el mismo art. 431, después de establecer el carácter esencialmente revocatorio de las disposiciones testamentarias deja a salvo lo establecido en su sede correspondiente para el testamento mancomunado (art. 421 del Código foral).

Otro rasgo propio del Derecho aragonés, y que es común a otros sistemas en los que se admite el pacto, es que la revocación del testamento puede efectuarse también mediante pacto sucesorio¹⁰⁵. En este sentido, el art. 432 del Código foral establece que el testamento anterior queda revocado por el pacto sucesorio o testamento posteriores perfectos.

2. Ejercicio discrecional de la revocación

La discrecionalidad de la revocación es total. La revocación, para ser válida y eficaz, no necesita expresar motivo alguno y no es preciso que el testador invoque ninguna causa, ni se establece una regulación de supuestos tasados en los que puede llevarse a cabo la revocación.

En la práctica es conocido que algunas personas otorgan sucesivamente testamentos al hilo de la evolución de sus circunstancias personales y familiares, y más ampliamente, sin alteración de situaciones objetivas, a medida que cambian de manera voluble sus sentimientos y afectos. Tampoco es excepcional que una persona otorgue un testamento favoreciendo a un hijo o a una persona con la que convive, sencillamente porque se siente presionado por ellos, a quienes comunica el otorgamiento del testamento, para inmediatamente otorgar un nuevo testamento, que no comunica, porque no tiene obligación de hacerlo, en el que realmente declara su verdadera y libre voluntad.

En un caso límite planteado en Francia, la *Cour de Cassation* llegó a analizar si la voluntad testamentaria es absolutamente discrecional o si, en determinadas circunstancias la lealtad y la buena fe imponen algún límite que permita llegar a la conclusión de que la revocación efectuada es abusiva, ha generado daños y debe dar lugar, al menos, a una indemnización a cargo de los herederos. Se trata del supuesto de la “concubina contrariada”, resuelto por el *Arrêt* de 30 de no-

104. Alain-Charles van Gysel (dir.), *Précis du Droit des successions et des libéralités*, Bruylant, 2008, pp. 241 ss.; “Les testaments. Forme”, Stradalex, Éd. Larcier, arrêté au 1er mars 2006, con cita de la sentencia Civ. Bruges, 5 janv. 1981, T.v.B.R., 1985, p. 34. V., con posterioridad, Cour d’appel Liège (10e chambre), 09/09/2009, J.L.M.B., 2011/27, pp. 1292-1293.

105. La ley 210 de la Compilación navarra establece que: “El testamento se entenderá revocado de pleno derecho por el otorgamiento posterior de otro testamento o de un pacto sucesorio válidos, a menos que en ellos se dispusiera que aquél subsista en todo o en parte”. Para el Derecho catalán, el art. 431-23.1 de su Código civil: “El heredamiento válido revoca el testamento, el codicilo, la memoria testamentaria y la donación por causa de muerte anteriores a su otorgamiento, aunque sean compatibles con el mismo”.

viembre de 2004 (nº 02-20883)¹⁰⁶. En el caso, el difunto había hecho, conforme al Derecho francés, un testamento ológrafo depositado ante notario en el que legaba a su compañera desde hace varios años el piso en el que vivían, y así se lo hizo saber a ella; al día siguiente hizo nuevo testamento revocando el anterior y sin atribuir ningún beneficio a la mujer, que descubrió el cambio tras el fallecimiento y la apertura de la sucesión de su compañero. La mujer demanda a los hijos, herederos del difunto, y les reclama una indemnización por un importe equivalente al valor del inmueble -650.000 francos-. La Cour de Caen estimó en parte la demanda apoyándose en que el difunto dio publicidad al primer testamento en el que beneficiaba a su pareja pero, en cambio, ocultó durante años, hasta que se descubrió tras su fallecimiento, la revocación y el otorgamiento del nuevo testamento. Pero la indemnización se redujo a 30.000 francos porque se entendió que el perjuicio no era material, sino moral, y no podía equipararse al valor total del inmueble.

Interpuesto recurso de casación la *Chambre civile* de la *Cour de Cassation* censura esta decisión y defiende que la facultad de revocación no puede ejercerse de modo abusivo porque es discrecional: el testador dispone de la mayor libertad para ejercer su facultad revocatoria, de modo que es implanteable discutir la validez de una revocación –dando por supuesto que se hace libremente y sin vicios del consentimiento–. Enfocando el asunto desde el punto de vista de la responsabilidad civil es difícil identificar la culpa del testador –que el art. 1382 del *Code* exige de forma paralela a nuestro art. 1902 CC–, así como identificar el perjuicio concreto sufrido (“la decepción legítima”) si no se quiere confundir con el valor patrimonial esperado, o la relación de causalidad, dado el tiempo transcurrido desde el otorgamiento del acto hasta la producción del daño e, incluso, la legitimación pasiva de los herederos. El tribunal de apelación hizo referencia, para justificar el legado del piso a la mujer, a la existencia de un cierto deber de conciencia en el testador dirigido a asegurar el alojamiento de la pareja tras el fallecimiento, pero la doctrina ha puesto de relieve que, en su caso, la mujer debía reprochar al legislador la falta de reconocimiento de derechos a favor de las parejas, pero no la obligación del varón de favorecerla y, por lo que se refiere a la ocultación maliciosa que tuvo en cuenta el tribunal de apelación se observa que, quizás, esta manera de proceder fue la única que permitió al testador gozar de una convivencia pacífica y evitar las exigencias patrimoniales de su pareja...¹⁰⁷. La clave, de todas formas, se encuentra en la libertad de testar y en la falta de protección que el ordenamiento está dispuesto a conceder a quien confía en recibir una atribución patrimonial en virtud de una disposición testamentaria¹⁰⁸. Creo que los razonamientos podrían ser parecidos con arreglo a nuestro Derecho.

106. V. los comentarios de Jean-Yves Maréchal, “La concubine dépitée et le testeur inconstant”, *Recueil Dalloz* 2005, p. 1261 y ss.

107. Ch. Bahurel, pp. 273 y ss.

108. Si esto es así cabe pensar que con mucha más razón se rechazarían pretensiones del estilo de las que se están aceptando en el Derecho norteamericano, donde se admiten genéricamente la validez de las promesas, en las que de manera verbal se emiten declaraciones del estilo de “todo esto será tuyo”, sin que llegue a formalizarse un testamento. El problema hace referencia a una cuestión más amplia, las relaciones entre la confianza y la libertad de testar. V. Martin Dixon, “Conveyancer and Property Lawyer. 2008. Case Comment. Estoppel and testamentary freedom”, 2013, *Sweet&Maxwell and its Contributors, Westlaw.uk*

3. Algunas reglas interpretativas sobre revocación

De una manera breve, puesto que apenas suscitan problemas prácticos, hay que mencionar que el Código foral contiene en los arts. 432 a 436 algunas reglas inspiradas en otros textos legales, señaladamente en el Código civil, o en las críticas que la doctrina formula al mismo.

En primer lugar, el art. 432 del Código foral se aparta de la redacción del Código civil¹⁰⁹, evitando el problema interpretativo que suscita el art. 739¹¹⁰ en caso de pluralidad de testamentos. De acuerdo con la norma aragonesa, “el testamento anterior queda revocado por el pacto sucesorio o testamento posteriores perfectos, salvo que del contenido de éstos se infiera la subsistencia del anterior testamento en todo o en parte”. No plantea dudas la posibilidad de subsistencia total o parcial del testamento anterior, pues lo que importa es la compatibilidad de los testamentos.

Lo que se desprende del precepto es que no es necesaria una voluntad explícita del testador acerca de la subsistencia del anterior testamento y debe acudir a la interpretación de la voluntad testamentaria a fin de averiguar si el testador quiso la compatibilidad¹¹¹. Por ejemplo si en el segundo solo se introduce una norma aclaratoria (testamento interpretativo), o se dispone de bienes de los que no se dispuso en el primer testamento (testamento complementario).

Añade la norma aragonesa una presunción de subsistencia del testamento anterior “cuando el pacto sucesorio o testamento no tienen contenido patrimonial o éste se limita a solo una parte del caudal hereditario”. Se trata simplemente de supuestos en los que es razonable interpretar que son testamentos compatibles¹¹², pero naturalmente que el testador podría haber querido otra cosa, por lo que la presunción es *iuris tantum*; así, si el testador no dice otra cosa, parece razonable entender que no quedará revocado un testamento utilizado como vehículo para formalizar declaraciones no patrimoniales –por ejemplo, designación de tutor– por otro que solo contenga disposiciones patrimoniales; también que hay compatibilidad entre sucesivos testamentos en los que se efectúan legados distintos, o testamentos referidos a grupos de bienes o nombramientos sucesivos de dos heredero en la mitad de la herencia, etc.

Pero quizás hubiera sido preferible que el legislador no enumerara ejemplos introducidos bajo la fórmula de la presunción de compatibilidad, porque puede

109. Norma semejante se contiene en la ley 210 de la Compilación navarra: “El testamento se entenderá revocado de pleno derecho por el otorgamiento posterior de otro testamento o de un pacto sucesorio válidos, a menos que en ellos se dispusiera que aquél subsista en todo o en parte”. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el Código civil, en Navarra se mantiene la diferencia entre testamento y codicilo, con lo cual se entiende que este y no el testamento el instrumento idóneo para llevar a cabo una modificación o complemento del testamento anterior. V. en este sentido B. Rodríguez-R en Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, dir. Albaladejo, t. XXXVII, vol. 1º, Edersa, 1998, “Ley 210”, pp. 945 y ss.

110. Según el primer párrafo de este precepto: “El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte”.

111. Para el Código civil, superando el tenor literal de la norma, Díez-Picazo, “La pluralidad de testamentos”, en RDN 27, 1969, p. 11 ss. En la actualidad, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia se apartan del tenor literal del precepto y de sus orígenes romanos. Ampliamente, sobre el tema, M. E. Rovira Sueiro, “Artículo 739”, en Comentarios al Código civil, dir. R. Bercovitz, t. IV, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 5536 y ss.

112. Dejando a un lado las deficiencias de redacción de las excepciones a la revocación que pone de relieve en J. L. Merino Hernández, *Manual de Derecho sucesorio*, Sonlibros, Zaragoza, 2006, pp. 344 y 345.

suscitarse la duda de si, ahora sí, es necesario para enervar la presunción legal que el testador diga explícitamente que revoca el primer testamento. No lo creo. Lo importante, en mi opinión, será interpretar en cada caso la voluntad del testador, por todos los medios de prueba, sin que sea exigible una declaración explícita en ningún sentido (art. 416 del Código foral).

Atendiendo al caso de que el testamento o el pacto posterior hayan revocado el testamento anterior, establece el art. 433.2 que el testamento anterior recobra, no obstante, su fuerza si el testador, al revocar el pacto o testamento posterior, declara ser su voluntad que revivan las disposiciones del primero o si se limita a revocar un testamento meramente revocatorio del anterior. Con una redacción diferente, la norma aragonesa reproduce la regla del segundo párrafo del art. 739 CC¹¹³: la reviviscencia no es automática por la sola revocación del testamento revocatorio. Pero el art. 433.2 del Código foral añade también una regla expresa para el supuesto discutido en la doctrina del Código civil de reviviscencia del testamento revocado por la simple revocación del testamento meramente revocatorio, previendo que en este caso la reviviscencia se produce sin necesidad de declaración expresa de que valga el primero¹¹⁴.

El requisito de ser perfecto el testamento (o el pacto sucesorio, en el caso del Derecho aragonés), que el Código civil se recoge, como ya he dicho, en el art. 740, el Código foral lo exige en el art. 432. La diferente sistemática de uno y otro texto no cambian el sentido de la regla, que por lo demás no es tan sencilla como a simple vista pudiera parecer. Se habla de testamento perfecto, y la doctrina refiere esta perfección a la puramente formal o extrínseca, en el sentido de que no se exige la llamada “perfección interna”, de modo que aunque el llamado por el segundo testamento no pueda o no quiera heredar, el primero quedará revocado. Pero la doctrina incluye también en el concepto de perfección la validez del testamento, esto es, que se otorgue sin vicios que lo invaliden¹¹⁵.

El art. 433.1, reproduciendo la interpretación doctrinal del resto del art. 740 CC –la exigencia de que el testamento sea perfecto se recoge en el art. 432–, y

113. Según el art. 739 párrafo 2º CC: “Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero”. La doctrina advierte que aquí, como en otros lugares, el Código civil usa la palabra “expresamente” no en su sentido correcto, sino para significar que algo conste realmente en la declaración o se deduzca de ella con seguridad. Por todos, Albaladejo, “Artículo 740”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. Albaladejo, t. IX, vol. 2, Edersa, Madrid, 1983, p. 417.

114. Se recoge de esta forma la opinión de Lacruz y otros autores sobre el art. 739 CC (*Elementos de Derecho civil, tomo V, Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 226, con cita en contra de Albaladejo) sobre un tema discutido en la doctrina. Por ejemplo, en la actualidad, contra la tesis recogida en el Código foral, Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil, IV-2, Derecho de sucesiones*, undécima ed., Tecnos, Madrid, p. 147. Entendiendo que debe interpretarse que la intención del testador que revoca un testamento anterior que únicamente contenía una revocación expresa pura y simple es la de reconvertir en última voluntad la expresada en el primer testamento afectado por la revocación, M. E. Rovira, “Artículo 739”, p. 5552.

115. Pastor Ridruejo, *La revocación del testamento*, Nauta, Barcelona, 1964, pp. 92 y ss.; Albaladejo, “Artículo 740”, p. 410; M. E. Rovira, “Artículo 740”, p. 5559.

El Derecho catalán exige no solo la validez, sino también la eficacia del testamento revocatorio. En este sentido, el art. 422-9.2 del Código civil de Cataluña establece que: “El otorgamiento de un testamento *válido y eficaz* revoca de pleno derecho el testamento anterior. Consecuentemente, no producen efectos revocatorios los testamentos a que se refieren los artículos 422-1 [nulidad del testamento] y 422-7 [ineficacia por preterición errónea], sin perjuicio de lo establecido por el artículo 422-3.2 y 3, ni los testamentos caducados. Tampoco tienen eficacia revocatoria los testamentos destruidos sin posibilidad de reconstrucción”.

El art. 130.2 del Código de sucesiones de 1991 exigía simplemente que el testamento revocatorio fuera válido. Ahora, con el nuevo texto legal, se entiende que no basta que el testamento sea válido, ha de ser eficaz, y no lo es el que carece de heredero sobrevenidamente por repudiación (art. 422-6-1). V. Antoni Vaquer, en *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2009, p. 90.

mejorando su redacción¹¹⁶, establece que la revocación produce su efecto aunque el pacto o testamento revocatorio sea a su vez revocado o pierda luego su eficacia por cualquier causa. Se distingue así entre la voluntad de revocar lo anteriormente dispuesto y una nueva disposición de bienes y derechos. Aun cuando esta segunda no llegue a producir efectos la primera produce los que le son propios. Pero se trata de una norma dispositiva, de modo que el testador ha podido hacer depender la eficacia revocatoria de que las disposiciones contenidas en el nuevo testamento o en el pacto— lleguen a ser eficaces.

El art. 434.1 del Código foral se refiere al caso del otorgamiento de varios testamentos en un día y recoge la opinión de Díez-Picazo y Pastor Ridruejo, a quienes siguen ahora la mayoría de la doctrina del Código civil¹¹⁷. Establece el art. 434.1 que si aparecieren dos testamentos de la misma fecha, sin que sea posible determinar cuál es posterior, se tendrán por no escritas en ambos las disposiciones contradictorias de uno y otro¹¹⁸. Ello significa que solo se tienen por no puestas las incompatibles pero los testamentos pueden considerarse como si fueran una unidad y los dos testamentos valen conjuntamente. Presupuesto de la norma es que no sea posible determinar cuál es posterior, porque en ese caso se trataría de un supuesto de revocación de testamento.

Cuando lo que se otorga el mismo día es un pacto y un testamento, sin que sea posible determinar cuál es posterior, el art. 434.2 ordena que prevalezcan las disposiciones contradictorias del pacto sobre las del testamento. La regla simplifica los problemas que pueden plantearse y equivale a considerar que, no pudiéndose probar lo contrario, se considerará que el pacto es posterior, por lo que habrán quedado revocadas las disposiciones del testamento que sean incompatibles con el pacto. El criterio parece coherente con el hecho de que el pacto puede revocar libremente un testamento otorgado por uno de los instituyentes, pero la revocación unilateral del pacto en cambio está sometida a causas tasadas (art. 401), a las que debería estarse, sin que sea suficiente el otorgamiento de un testamento posterior. Si se supiera que el testamento es posterior al pacto su eficacia revocatoria dependería en todo caso del ajuste a lo dispuesto en este precepto.

116. Conforme al art. 740 CC: “La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero o de los legatarios en él nombrados, o por renuncia de aquél o de éstos”. Es criticable que se hable de caducidad para los supuestos de incapacidad o renuncia, cuando aquel término en sentido técnico se utiliza para los supuestos en que por disposición legal un testamento pierde su vigencia, bien por un término final o porque no se cumplen los requisitos exigidos para consolidar su eficacia (art. 743 CC). Es criticable, también, la enumeración de supuestos, cuando puede haber otras razones por las que el testamento no despliegue su eficacia. Ampliamente, M. E. Rovira, “Artículo 740”, pp. 5553 y ss.

117. Lacruz, *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, Librería Bosch, Barcelona, 1981, p. 283. Más ampliamente en la ed. de 1971, p. 519.

118. En el testamento ológrafo no se exige la expresión de la hora (art. 688 CC, art. 411 del Código foral para el mancomunado) y, para el notarial, como hemos visto, el art. 423.1.b) prevé que la falta de expresión de la hora no anula el testamento si no se otorgó otro en la misma fecha. Explica Merino que habrá que entender que si el testador otorgó dos testamentos en la misma fecha y uno indicó la hora y en los otros no, prevalece el que lleva fecha. Añado yo que siempre que, a pesar de no llevar hora, no se pueda deducir de algún dato que no es posterior. Si ninguno lleva indicación de hora se aplicará la regla de la compatibilidad (*Manual de Derecho sucesorio*, p. 328).

El art. 435 del Código foral¹¹⁹ reproduce literalmente el contenido del art. 742 CC sobre la llamada revocación real del testamento cerrado y el art. 436 del Código foral¹²⁰ convierte en norma aragonesa la opinión de Lacruz¹²¹ que, al comentar una sentencia del TS de 5 de junio de 1925 que negó que fuera aplicable al ológrafo lo dispuesto en el art. 742, referido al cerrado, argumentó a favor de la tesis de la revocabilidad real del testamento ológrafo. Decía Lacruz que si, por ejemplo, el testador rompía el testamento ológrafo manifestando que lo hacía con intención de revocarlo, habría que admitir que el testamento habría dejado de tener su potencial existencia por destrucción voluntaria de su *corpus mechanicum*, y esta es la filosofía que recoge el art. 436 del Código aragonés. La idea clave de Lacruz, que sirve para entender la norma aragonesa, es que el testamento permanece, pese a la rotura, si esta se realiza sin voluntad del testador.

4. Excepciones al principio general de revocación

El art. 431 del Código foral establece que: “La revocación de un testamento no afectará a la validez y eficacia, en su caso, del reconocimiento de hijos no matrimoniales”. El problema de las excepciones a la eficacia de la revocación no es específico del Derecho aragonés, y la solución que ofrece se limita a reproducir en este punto el sentido de la regla contenida en el art. 741 CC¹²².

Son reproducibles aquí por tanto las observaciones habitualmente hechas en este ámbito en el entorno del Código civil. En particular, hay que observar que la regla que mantiene la eficacia del reconocimiento pese a la revocación del testamento es una norma meramente aclaratoria y un recordatorio del carácter irrevocable que se atribuye al reconocimiento de hijo, en la medida en que se limita a declarar el hecho de la filiación. Cuestión diferente es, naturalmente, que pueda impugnarse no solo la filiación derivada del reconocimiento –mediante el ejercicio de las acciones correspondientes de filiación–, sino también el propio reconocimiento¹²³. Cuestión

119. Art. 435. Inutilización del testamento cerrado. 1. Se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen. 2. Este testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador, o hallándose éste en estado de demencia; pero si aparecieren rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez. 3. Si el testamento se encontrare en poder de otra persona, se entenderá que el vicio procede de ella y no será aquél válido como no se pruebe su autenticidad, si estuvieren rota la cubierta o quebrantados los sellos; y si una y otros se hallaren íntegros, pero con las firmas borradas, raspadas o enmendadas, será válido el testamento, como no se justifique haber sido entregado el pliego en esta forma por el mismo testador.

120. Art. 436. Inutilización del testamento ológrafo. El testamento ológrafo se presume revocado si aparece rasgado o inutilizado, o aparecen borradas, raspadas o enmendadas sin salvar las firmas que lo autoricen, salvo que se pruebe que los citados hechos ocurrieron sin la voluntad o sin el conocimiento de alguno de los testadores o que han sido llevados a cabo por el testador en estado de enfermedad mental.

121. *Elementos V*, 1981, p. 286.

122. Conforme a este precepto: “El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere”.

123. En este sentido, establece el art. 141 CC: “La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación corresponde a quien lo hubiere otorgado. La acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquél, si hubiere fallecido antes de transcurrir el año”.

diferente también es la dificultad para conocer el reconocimiento hecho en un testamento que se revoca si el testador no pone además el hecho en conocimiento de otras personas¹²⁴, con independencia de la posibilidad de que puedan pedirse copias del testamento revocado por quien tenga interés legítimo¹²⁵.

Más dudas y polémicas se suscitan en la doctrina y la jurisprudencia acerca de la eficacia de la revocación del testamento en relación con otras manifestaciones “no testamentarias” contenidas en él. Resumiendo la que me parece mejor doctrina al respecto puede observarse que cuando se trate de reconocimiento de hechos contenida en un testamento, la revocación del mismo no le afectará, de modo que ese reconocimiento puede servir, junto a otros, como medio de prueba del hecho reconocido. Pero en ese caso lo que sucede es que, propiamente, no es un tema de revocación de una voluntad, a diferencia de lo que sucede con las declaraciones de voluntad de disponer propiamente testamentarias, sino de una suerte de “confesión”, susceptible de ser utilizada como un medio más de prueba. Esta doctrina es igualmente aplicable en Aragón. De entre los casos que se han planteado ante los tribunales esta es la solución razonable para el supuesto en el que en el testamento revocado se reconocía que hubo simulación en una compraventa¹²⁶ y la misma solución propone hoy la mayoría de la doctrina para otros supuestos tradicionalmente discutidos, como el reconocimiento de deuda¹²⁷.

Los supuestos de reconocimiento de hechos merecen un tratamiento diferente de las verdaderas declaraciones de voluntad. En estos casos hay que analizar si la declaración es revocable cuando se hace *inter vivos* porque, entonces, habrá que concluir que lo mismo debe mantenerse aunque la declaración se haya recogido en forma testamentaria. Por ejemplo, si se incluye en un testamento la designación de tutor (cfr. art. 110 del Código foral)¹²⁸.

5. El testamento irrevocable de hecho

La proclamación legal de la revocabilidad esencial del testamento se enfrenta en la realidad a los testamentos que, de hecho, devienen irrevocables, cuan-

124. Por todos, E. Rovira, Artículo 741, p. 5571.

125. Tal y como establece el art. 226 del Reglamento Notarial (redactado por el número ciento cuarenta del artículo primero del R.D. 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por D. de 2 de junio de 1944): “*En vida del otorgante*, sólo éste o su apoderado especial podrán obtener copia del testamento. *Fallecido el testador*, tendrán derecho a copia: a) Los herederos instituidos, los legatarios, albaceas, contadores partidores, administradores y demás personas a quienes en el testamento se reconozca algún derecho o facultad. b) Las personas que, de no existir el testamento o ser nulo, serían llamados en todo o en parte en la herencia del causante en virtud de un testamento anterior o de las reglas de la sucesión intestada, incluidos, en su caso, el Estado o la Comunidad Autónoma con derecho a suceder. c) Los legitimarios. Las copias de testamentos revocados sólo podrán ser expedidas a los efectos limitados de acreditar su contenido, dejando constancia expresa de su falta de vigor”.

126. V. el comentario de Carmen Gete-Alonso a la STS de 6 de junio de 1986, en CCJC, p. 3725. En el caso, además de la declaración contenida en el testamento luego revocado, había otros elementos para llegar a la convicción de que hubo simulación, como la falta de pago del precio, por ejemplo.

127. Para el que una buena parte de la doctrina más antigua defiende que equivale a un legado, y por ello le aplica las normas de la última voluntad. Un resumen de las diferentes posturas en M. E. Rovira, “Artículo 741”, p. 5574.

128. Lacruz, *Elementos V*, 2004, p. 236,

do el testador, incapacitado o no, carece de la capacidad necesaria para otorgar un nuevo testamento revocatorio del anterior. Puesto que el testamento es un acto personalísimo, cuando el testador carece de capacidad para otorgarlo, aun cuando estuviera incapacitado y tuviera nombrado un tutor, tampoco podría hacerlo este último en su lugar.

Podría pensarse que nada grave ocurre, puesto que si expresó su voluntad cuando era capaz de hacerlo no hay razones para considerar que esa voluntad no deba mantenerse en el tiempo. Sin embargo, lo cierto es que un cambio en las circunstancias personales y familiares que rodean al testador aconseja prestar más atención a este supuesto. Cabe imaginar, entre otros, por su tipicidad, el caso de divorcio –para el que la jurisprudencia admite incluso la legitimación del tutor¹²⁹– si previamente se hubiera otorgado un testamento en el que se incluyeran disposiciones a favor del esposo.

De manera más amplia algunos legisladores han prestado atención a las hipótesis de la influencia de la discapacidad en las personas llamadas a su herencia. Para un caso concreto, la reforma del Código civil efectuada por Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, añadió en el art. 756.7 CC una causa de indignidad, según la cual, son indignas, tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil. No parece probable que una regla semejante esté llamada a desplegar una gran eficacia en la práctica, pues si la persona con discapacidad necesitaba que le prestaran alimentos posiblemente no disponía de un patrimonio para heredar, pero también cabe pensar en supuestos en los que no disponga de un patrimonio líquido, pero sí de la vivienda y otros bienes que no fueran fácilmente realizables o que no estén produciendo rentas para hacer frente a sus necesidades pero, sin embargo, alcancen un valor patrimonial relevante mediante una enajenación o gestión adecuadas. Cabe incluso pensar que, aun cuando tradicionalmente se haya venido defendiendo que las causas de indignidad y de desheredación son de interpretación restrictiva, la jurisprudencia siga la senda abierta por el Tribunal Supremo, en el ámbito del Código civil, para la desheredación. De esta forma, de la misma manera que se ha entendido que incurre en causa de desheredación quien abandona emocionalmente y menosprecia, no se interesa por el padre o la madre, incurriendo de esta forma en “maltrato psicológico” (STS de 3 de junio de 2014¹³⁰), podría llegar a defenderse, dada la finalidad de la norma y el sentido amplio que cabe conferir a las atenciones que requiere

129. La STC 311/2000, de 18 de diciembre admite la legitimación del tutor para ejercer la acción de separación patrimonial del incapacitado y la STS de 21 de septiembre de 2011 admite la legitimación del tutor para ejercer la acción de divorcio.

130. V., con anterioridad, de manera no tan rotunda, las SSTs de 28 de junio de 1993 y 26 de junio de 1995.

una persona con discapacidad, que no se las ha prestado quienes no los han cuidado, atendido, visitado...

Con todo, como el Derecho de sucesiones que recoge nuestro Código foral procede de la Ley de sucesiones aragonesa y esta es de 1999, en ella se tomó como modelo el Código civil vigente en ese momento, que no contemplaba la referida causa de indignidad. En Derecho aragonés, por tanto, sin una reforma legal que introduzca una causa semejante no es posible en la actualidad mantener su existencia. No tendría mucho sentido aplicar supletoriamente el Derecho estatal cuando se ha introducido una regulación propia de la indignidad. Pero podemos proponer una solución más general para los supuestos que se susciten en la práctica por otro camino, inspirándonos en otras experiencias jurídicas.

A estos efectos es útil observar que en el Derecho francés, en 1968 se introdujo en el Código civil una norma que permite a los herederos impugnar el testamento alegando falta de validez por desaparición de la causa¹³¹. La norma se explica en la actualidad como una regla coherente con el carácter esencialmente revocable del testamento y la necesidad de ofrecer una solución a la injusticia de mantener la eficacia de ciertas disposiciones testamentarias en los casos en los que el testador carece de capacidad para revocarlo.

La norma legal, que se ha mantenido en las sucesivas reformas del Derecho de sucesiones francés de los años 2007 y 2009, recoge una interpretación doctrinal que, en ausencia de norma expresa, entendía no obstante que era posible alcanzar esa solución por aplicación de las reglas generales de validez e invalidez de los negocios jurídicos, que requieren causa válida y que esta se mantenga en el tiempo, pudiendo invocarse en otro caso la doctrina de la desaparición de la base del negocio¹³². Destaco esta idea porque, profundizando en ella, sería posible defender, también en nuestro Derecho, la posibilidad de impugnar la eficacia de un testamento cuando hayan variado las circunstancias que tuvo en cuenta el testador al otorgarlo.

VI. CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS Y EFICACIA DEL TESTAMENTO

Lo cierto es que el legislador aragonés solo ha tenido en cuenta un caso específico, el de la nulidad, separación o divorcio del testador, y ha desvinculado su tratamiento del hecho de que el testador hubiera perdido la capacidad y por

131. Conforme al art. 476 (modificado por la Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 7 JORF 7 mars 2007 en vigor desde el 1 enero 2009): "Le testament fait antérieurement à l'ouverture de la tutelle reste valable à moins qu'il ne soit établi que, depuis cette ouverture, la cause qui avait déterminé le testateur à disposer a disparu".

La Loi n°68-5 du 3 enero 1968 - art. 1 JORF 4 enero 1968 en vigor desde el 1 noviembre 1968 introdujo esta redacción en el art. 504 del *Code*; el precepto fue modificado por la Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 29 JORF 24 juin 2006 en vigor desde el 1 enero 2007, que sin embargo mantuvo este párrafo. La Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 8 JORF 7 mars 2007 en vigor desde el 1 enero 2009, que vuelve a modificar la materia incluye el contenido de este párrafo en el art. 476 del *Code*.

132. Terré, François, Lequette, Yves, Gaudemet, Sophie, *Droit civil: les successions, les libéralités*, 4è éd. 2013, p. 289.

tanto la posibilidad de revocar el testamento en el que existiera una disposición a favor de su cónyuge.

La regla, que está recogida en la actualidad en el art. 438 del Código foral (*Efectos de la nulidad, el divorcio y la separación*) es la de 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”.

El precepto no establece una presunción de revocación, a diferencia de lo que hacía el Código de sucesiones catalán de 1991¹³³. 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 interpretación¹³⁴.

Hay otro caso típico en el que se produce un cambio de circunstancias, como el que sobrevengan hijos, que es tratado en el art. 506 del Código foral

133. El art. 132 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, establecía una presunción de revocación: “La institución, el legado y demás disposiciones ordenadas a favor del cónyuge del testador se presumirán revocadas en los casos de nulidad, divorcio o separación judicial posteriores al otorgamiento y en los supuestos de separación de hecho con ruptura de la unidad familiar por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio, o por consentimiento mutuo expresado formalmente”.

En la actualidad, no se establece una presunción de revocación, sino una norma de integración de la voluntad hipotética del testador y se extiende la regla prevista a los miembros de una pareja. En ese sentido dispone el art. 422-13 (Ineficacia sobrevenida por crisis matrimonial o de convivencia) de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, modificado por los números 2 y 3 de la disposición final segunda de la Ley 25/2010, 29 julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia: “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. 2. Las disposiciones a favor del conviviente en pareja estable devienen ineficaces si, después de haber sido otorgadas, los convivientes se separan de hecho, salvo que reanuden su convivencia, o se extingue la pareja estable por una causa que no sea la defunción de uno de los miembros de la pareja o el matrimonio entre ambos. 3. Las disposiciones a favor del cónyuge o del conviviente en pareja estable mantienen la eficacia si del contexto del testamento, el codicilo o la memoria testamentaria resulta que el testador las habría ordenado incluso en los casos regulados por los apartados 1 y 2”.

134. Es clásica la STS Federal alemán de 6 de mayo de 1959 en la que, otorgado testamento a favor de la esposa y de la amante, el testador se divorcia de la primera y se casa con la segunda, sin modificar el testamento. El Tribunal interpretó que de la disposición a favor de las dos se debía deducir la intención del testador de favorecer a ambas, con independencia de la suerte del matrimonio. V. Esther Gómez Calle, *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Civitas, 2007, obra en la que se presta una atención especial al Derecho alemán; A. Vaquer, *Derecho civil de Cataluña*, p. 96.

como un caso de preterición no intencional¹³⁵, con las consecuencias específicas previstas en el art. 508.

Es discutible, entonces, si cuando no existe una regla expresa que se ocupe de un supuesto concreto resulta posible atacar la eficacia de una disposición testamentaria en atención a un cambio de circunstancias que el testador no tuvo en cuenta. Ello permitiría alcanzar un resultado semejante a lo que la doctrina francesa califica como de “revocación judicial”. En este ámbito, la jurisprudencia, lógicamente, se ha mostrado muy prudente, y tiende a declarar que los tribunales no deben interferir en la voluntad declarada por el testador si, pudiendo haberla cambiado, no lo hizo¹³⁶.

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 art. 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.

En el ámbito del Código civil, la SAP Málaga de 13 de diciembre de 1999 había llegado a la misma solución interpretando el art. 767 CC, que tiene en cuenta la expresión de una causa falsa en el testamento que sea determinante de la disposición e interpretando que el testador benefició a su esposa por serlo, y no lo hubiera hecho en otro caso. Este razonamiento podría servir, con las debidas adaptaciones a otros supuestos diferentes del divorcio cuando tenga lugar un cambio de las circunstancias que determinen la desaparición del motivo que dio lugar a cierta disposición testamentaria. En el caso del Derecho aragonés, como hemos visto con anterioridad, el art. 471 del Código foral podría servir a este fin cuando establece que la expresión de un motivo falso y determinante afecta a la eficacia de la disposición.

135. Art. 506 (Preterición no intencional): “Es no intencional la preterición cuando el disponente, al ordenar la sucesión, desconocía la existencia del legitimario o su condición de tal, y en particular por haber nacido después, creer el causante que había fallecido o desconocer que era descendiente suyo”.

136. Cuando se invoca error o la causa falsa –tratando de extenderlo al cambio de circunstancias, es decir, a hechos posteriores al otorgamiento del testamento– que afecta a los motivos subjetivos que explican la disposición, más allá de la causa abstracta del ánimo liberal, la jurisprudencia francesa tiende a excluir el examen de la causa, considerando que es el testador capaz quien expresa su voluntad y debe revocar su disposición en el caso de que desaparezca la causa que la motivó. En este sentido, el *Arrêt de la Cour Cass.* 1^è civ., 15 décembre 2010, n^o 09-70834, en un caso en el que para compensar las donaciones hechas a dos hijos, unos padres otorgan testamento favoreciendo a los demás, pero en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión, resulta que los donatarios habían restituido los bienes donados (v. los comentarios de Ch. Bahurel, pp. 294 ss.). Así se declara también en el *Arrêt* n^o 187 de 15 febrero 2012, n^o 10-23026 (Recueil Dalloz 2012, p. 553), en un caso de sucesivas donaciones y testamentos en los que se van haciendo adjudicaciones a las hijas “restableciendo” equilibrios por los bienes adjudicados a las otras. Parecidamente en el *Arrêt de la Cour Cass.* 1^è civ., 29 enero 2014, n^o 12-28751. En el caso, el difunto lega a sus hijas un complejo inmobiliario, atribuyendo a cada una de ellas un lote, siendo el atribuido a la menor de un valor muy superior al atribuido a la mayor, a pesar de que el testador declaró que consideraba los lotes “réputés équitables”; con posterioridad, hace además un legado a favor de la menor con el propósito declarado de “establecer un equilibrio de los bienes atribuidos a cada hija”, con el que todavía desequilibra más la adjudicación en perjuicio de la mayor. La hija mayor interpone demanda solicitando la nulidad de las disposiciones argumentando que existió error en los motivos determinantes de la disposición. V. los comentarios de Estelle Naudin, “La cause du testament”, Recueil Dalloz 2011, p. 795; Sophie Gaudemet, “La croyance erronée du testateur en l’existence du déséquilibre patrimonial qu’il entendait corriger”, Revue des Contrats 3, septembre 2014, pp. 450 y ss.

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 art. 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 nueras 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 art. 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.

La jurisprudencia sí ha aplicado por analogía la norma prevista para los cónyuges a los miembros de una pareja estable no casada. Así, en el Derecho catalán, la SAP Lleida de 16 de julio de 2009, aplica el art. 132 del Código de sucesiones de 1991 entonces vigente a una unión extramatrimonial. En la actualidad, el art. 422-13.2 del Código civil catalán se refiere tanto a los cónyuges como a los convivientes¹³⁷. Para el Derecho aragonés llega a solución semejante la STSJA de 20 junio 2005, recurriendo a la analogía¹³⁸.

Otra cosa es que, sin practicar todas las pruebas que permite una contienda judicial pueda decretarse la ineficacia de un testamento cuando no exista una norma que la establezca expresamente. Esta es la doctrina que recoge la Dirección General de los Registros y el Notariado en la Resolución de 26 de febrero de 2003. En el caso, el contador partidor prescinde del legado hecho por la testadora a favor de su cónyuge por entender que, producido el

137. Las disposiciones a favor del conviviente en pareja estable devienen ineficaces si, después de haber sido otorgadas, los convivientes se separan de hecho, salvo que reanuden su convivencia, o se extingue la pareja estable por una causa que no sea la defunción de uno de los miembros de la pareja o el matrimonio entre ambos.

138. Puede leerse en la sentencia: “Dada la identidad de situación fáctica y relaciones jurídicas con el caso presente, sí cabe la analogía con la normativa propia de las relaciones patrimoniales entre particulares presididas por las características propias de la relación de pareja. Normativa que en el ordenamiento civil aragonés viene constituida principalmente por la Ley 2/2003, de régimen económico matrimonial y viudedad y, en lo aplicable por partir de la institución matrimonial, por la Ley 1/1999, de sucesiones por causa de muerte.

Por ello, sí resulta de observancia el artículo 123 de la Ley sucesoria citada. Precepto que, atendiendo a la importancia que el matrimonio tiene en la formación de la decisión del cónyuge testador, y salvo que sea otra la voluntad clara manifestada, deja ineficaces las liberalidades hechas a favor del otro cónyuge cuando el matrimonio se separa o disuelve, o se comienzan los trámites para ello.

Circunstancias causantes de ineficacia que se dieron en el caso actual, en el que consta tanto la separación real y efectiva de los convivientes Jesús Carlos Constanza como la completa tramitación de procedimiento destinado a resolver las cuestiones económicas surgidas tras la separación. Por lo que, en consecuencia, dada la identidad de situaciones de hecho y jurídicas entre lo previsto para el matrimonio y la situación de convivencia mencionada, debe estarse a declarar ineficaz el legado concedido por don Jesús Carlos a favor de doña Constanza tal y como se solicitó en la demanda reconventional y la sentencia recurrida acordó”.

divorcio, resulta ineficaz. El Registrador de la Propiedad deniega la inscripción de la escritura de protocolización de las operaciones particionales. El Presidente del TSJ Andalucía dictó auto desestimando el recurso contra la calificación del Registrador y declaró que excede de las facultades del contador partidor pronunciarse sobre la ineficacia del legado. Interpuesto recurso ante la Dirección General ésta dicta Resolución desestimatoria –con cita de la Resolución de 26 de noviembre de 1998 en el mismo sentido– y confirma la calificación por entender que el contador no puede declarar por sí mismo la ineficacia de una disposición testamentaria a pesar de la separación o el divorcio, por no estar previsto tal efecto “a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los poderes o consentimientos (arts. 102.2 y 106) o las soluciones que se adoptan en la legislación comparada o en determinados cuerpos normativos de la legislación especial o foral”.

En particular, por tanto, en el ámbito del Derecho aragonés, para la nulidad, la separación o el divorcio, en los términos del art. 438 del Código foral, no será necesaria una declaración judicial para que pueda tener acceso al Registro una partición en la que se prescindiera de las liberalidades a favor del cónyuge. Ahora bien, no desaparecen los problemas ni la posibilidad de una impugnación judicial, porque el propio art. 438 exceptúa el supuesto de que del testamento resulte que la voluntad del testador fuera otra, de modo que queda abierta la posibilidad para que se plantee el asunto ante los tribunales discutiendo cuál era la voluntad real del testador. Cabe esperar que en la práctica, cuando la crisis matrimonial sea posterior al otorgamiento del testamento no se considere acreditada una voluntad diferente a la de la pérdida de eficacia de la disposición salvo cuando se diga expresamente que se desea que se mantenga la eficacia de la misma a pesar de una nulidad, una separación o un divorcio posterior, lo que será raro.

Como conclusión puede observarse que en los casos más graves y claros los tribunales pueden llegar a declarar la ineficacia de una disposición mediante una interpretación integradora de la voluntad del testador, interpretando cuál era la voluntad hipotética del mismo. El legislador aragonés ha convertido en norma expresa un supuesto típico, el de la nulidad o crisis matrimonial del testador y los beneficios previstos a favor de su cónyuge. Esta solución se había alcanzado ya jurisprudencialmente en el ámbito del Código civil por aplicación del art. 767 y se ha extendido por analogía en el Derecho aragonés a las parejas no casadas. La posibilidad de argumentar la pérdida de la eficacia de una disposición para supuestos no previstos puede basarse, como ha ido quedando expuesto a lo largo de esta exposición por dos vías. Bien argumentando que estamos ante un caso en el que es posible la aplicación del art. 471 del Código foral (motivo falso determinante) bien argumentando que la disposición es anulable por error (art. 424.2), si bien esta segunda vía debe superar

la dificultad de que el error se refiere a hechos anteriores al otorgamiento del testamento, por lo que parece más segura la invocación del art. 471.

REVOCACIÓN E INEFICACIA DEL TESTAMENTO

D. MARIANO JESÚS PEMÁN MELERO

Notario

El testamento individual es esencialmente revocable y, por tanto, cuando es otorgado por un solo testador, éste no tiene límites a su libre facultad revocatoria. Pero cuando dos testadores disponen simultáneamente en un mismo acto, plasmando su voluntad en el mismo documento, especialmente si se vinculan en alguna disposiciones, el legislador históricamente ha venido a limitar la facultad de revocar unilateralmente, o sea por solo uno de ellos, y a regular los efectos de esa revocación unilateral en las disposiciones del otro.

Esa vinculación entre disposiciones de dos cotestadores es lo que llamamos correspectividad

CORRESPECTIVIDAD

Muchos regueros de tinta ha vertido la doctrina aragonesa sobre la correspectividad, ya que la existencia de disposiciones correspectivas en el testamento mancomunado hacen que éste comparta rasgos de la sucesión contractual, que especialmente se hacen notar en la revocación unilateral de dichas disposiciones, estableciendo limitaciones a la revocación unilateral de disposiciones correspectivas en vida de ambos testadores y la irrevocabilidad post-mortem de uno de ellos, a semejanza de la sucesión paccionada.

En la doctrina se ha ido configurando un concepto partiendo de la identificación de la correspectividad con la simple reciprocidad, exigiendo después ya una condicionalidad, ya una causalidad, ya una interdependencia entre las disposiciones correspectivas, y por último exigiendo una voluntad expresa declarando la correspectividad.

La vinculación entre correspectividad y revocabilidad se ve recogida en nuestro Derecho escrito, que va evolucionando desde un sistema de no correspectividad en el derecho antiguo de las observancias, al permitir la revocación unilateral sin

excepciones, al sistema contrario del apéndice de 1.925, que parte de la presunción de correspectividad de todas las disposiciones al no permitir la revocación en vida sin notificación previa o post-mortem sin renuncia a los beneficios del premuerto, pasándose a un sistema intermedio con la compilación de 1.967, que solo vincula las limitaciones de revocabilidad a disposiciones declaradas correspectivas en el mismo testamento o en un documento público que podía ser posterior; así se llega al último estadio, la ley de sucesiones de 1.999, que traslada la configuración doctrinal de la correspectividad al derecho vigente dando un concepto, recogido en el actual artículo 420.1 del CDFA, y con las novedades de que la correspectividad solo se puede declarar en el mismo testamento, no en documento ulterior o complementario y que la notificación ya no va a ser de la revocación de las disposiciones correspectivas sino del mero hecho de la revocación del testamento. El citado artículo 420 declara que son correspectivas entre sí las disposiciones de contenido patrimonial cuya eficacia, por voluntad declarada de ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio estuviera recíprocamente condicionada, sean en beneficio mutuo o de tercero. La correspectividad no se presume.

REGIMEN REVOCATORIO ACTUAL DEL ARTICULO 421 CDFA

El artículo 421.1.2 CDFA establece el principio de la revocabilidad del testamento mancomunado, ya proclamado por el artículo 406 al decir que es un acto naturalmente revocable, pero distinguiendo entre la revocación por ambos testadores en un mismo acto u otorgamiento (sea nuevo testamento o pacto sucesorio) y la revocación unilateral, que en vida de ambos testadores deberá notificarse siempre al otro en la forma que establece el propio artículo 421.4 y cuyos efectos dependerán de si hay o no disposiciones correspectivas. La revocación unilateral por el sobreviviente no requiere notificación y solo tendrá eficacia respecto de las disposiciones no correspectivas, siendo irrevocables las correspectivas salvo que concurra alguna causa prevista para la revocación unilateral de los pactos sucesorios.

Distinguiremos pues:

1. Revocación por ambos testadores,

que no plantea problemas.

2. Revocación unilateral en vida de ambos testadores,

que deberá hacerse en testamento abierto ante notario, notificando al otro testador el mero hecho del nuevo testamento en el plazo de 8 días hábiles siguientes por el propio notario, al que el revocante deberá informar de la existencia del testamento mancomunado y del domicilio donde debe notificar. La falta de notificación o de la información necesaria para practicarla no afecta a la eficacia de la revocación, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar.

El primer requisito es que se haga en testamento abierto ante notario, cuya inobservancia, por ser esencial, producirá la nulidad del acto revocatorio según el artículo 423.1.a del CDFA. Se critica por los juristas, con razón, que el vehículo exclusivo para la revocación sea el testamento abierto, cuando lo lógico sería exigir únicamente la forma notarial, pues no hay razón para excluir el testamento cerrado, ya que la notificación no tiene por finalidad dar a conocer al otro el contenido del testamento revocatorio sino solo el hecho del otorgamiento.

¿Y si el testamento revocatorio se limita a revocar el nombramiento de fiduciario efectuado en un testamento mancomunado?

El artículo 443.1 del CDFA establece que, con independencia de la forma del nombramiento de fiduciario, dicho nombramiento puede ser revocado en testamento o escritura pública; por lo tanto, si el nombramiento se hizo en testamento se puede revocar en otro testamento, que no se exige sea abierto ante notario, o en escritura pública, sin exigir tampoco la notificación en ninguno de ambos casos. ¿Cómo conciliar este precepto con el artículo 421.4? ¿Es el artículo 443.1 ley especial o específica, que se impone al artículo 421.4? Yo me inclino por la que creo que es la única forma de conciliar ambos preceptos, que el artículo 443.1 establezca la norma general en cuanto a que el nombramiento de fiduciario se puede revocar en testamento o escritura pública, pero cumpliendo u observando las exigencias que otros preceptos requieran para el acto de revocación; si es en testamento, cumpliendo los requisitos previstos para la revocación de aquel, por tanto si el nombramiento se dispuso en testamento mancomunado, con los requisitos del artículo 421.4.

En cuanto a los otros requisitos, la información sobre la existencia de un anterior testamento mancomunado y del domicilio del otro testador, así como la notificación notarial, serán objeto de un análisis exhaustivo posteriormente.

Los efectos de la revocación unilateral en vida de ambos testadores serán distintos según haya o no disposiciones correspectivas:

a) si no hay disposiciones correspectivas, la revocación tendrá plena eficacia revocatoria de todas las disposiciones propias del revocante y sin efectos para las del cotestador.

b) si hay disposiciones correspectivas, la revocación unilateral de un testador de las suyas arrastra la ineficacia total de las correspectivas del otro.

¿Cuando se produce la ineficacia de las disposiciones correspectivas del otro? El testamento revocatorio es un acto perfecto en cuanto al testador revocante desde su otorgamiento pero su eficacia externa se despliega con la muerte del testador. Por tanto distinguiremos dos supuestos:

I. Que fallezca primero el testador revocante.- Tanto si se notificó como si no, el testamento revocatorio, producirá todos sus efectos en el revocante y la ineficacia de las disposiciones correspectivas del sobreviviente.

Adelanto ya que en este caso la falta de notificación de la revocación unilateral por el primer fallecido no producirá perjuicio patrimonial ni al testador

sobreviviente ni a terceros favorecidos por este, puesto que los efectos de la revocación unilateral habrían sido los mismos con notificación o sin notificación.

II. Que sobreviva el testador revocante.- Al fallecer el testador no revocante se abre su sucesión, distinguiendo en este caso si se le notificó la revocación o no. Si se le notificó hay constancia de la revocación y por tanto de la ineficacia de las disposiciones correspectivas, por lo que habrá certeza en quienes sean los verdaderos llamados a la herencia. En cambio, si no se notificó la revocación unilateral, por tanto desconociéndose la ineficacia de las disposiciones correspectivas, los llamados a éstas sucederán como herederos aparentes, pero perderán los beneficios sucesorios obtenidos cuando se constate la ineficacia de su derecho sucesorio al fallecer el testador revocante que no notificó.

Solo en este último caso habrá daño o perjuicio y legitimado para exigir responsabilidad ex artículo 1.902 C.c. por falta de notificación.

Nos podemos, plantear todavía más hipótesis ¿Y si el revocante se arrepintió y revocó el testamento revocatorio disponiendo que reviviera el testamento mancomunado revocado?

La solución no puede cambiar, porque la revocación produce su efecto aunque el testamento revocatorio sea a su vez revocado, como dispone el artículo 433.1, y porque nadie puede ir contra sus propios actos en perjuicio de tercero (aunque respecto al revocante las disposiciones propias del testamento revivido vuelven a ser eficaces pero sin carácter de correspectivas)

3. Revocación unilateral por el sobreviviente post-mortem del otro.

El sobreviviente puede revocar **las propias disposiciones no correspectivas**, pero solo puede revocar **disposiciones correspectivas** si concurre alguna de las causas que posibilitan la revocación unilateral de los pactos sucesorios, hoy enumeradas en el artículo 401 CDFA.

La revocación por una de estas causas produce la ineficacia de las disposiciones correspectivas del otro ya fallecido, es decir, que se resolverá o claudicará el derecho de los beneficiarios de una disposición correspectiva del premuerto (en este sentido el llamado a una disposición correspectiva se puede entender que está sujeto a condición).

Fuera de esas causas la disposición correspectiva es irrevocable por el sobreviviente, por tanto cualquier disposición testamentaria del sobreviviente sobre bienes sujetos a correspectividad es nula.

NOTIFICACION

Solo es necesario notificar la revocación unilateral otorgada en vida de ambos.

El requisito de la notificación para la revocación unilateral aparece por primera vez en el artículo 19 del apéndice de 1.925, y se trata de una notificación notarial previa de la intención de revocar.

La compilación de 1.967 mantiene la notificación pero con un régimen muy distinto, pues ya no es previa, se notifica solamente el mero hecho de la revocación de disposiciones correspectivas, y su omisión no afecta a la validez y eficacia de la revocación, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar. La ley sucesoria de 1.999 mantiene la necesidad de notificación con el mismo régimen, pero con la diferencia de que se amplía al mero hecho de haber otorgado el testamento revocatorio y no solo cuando había disposiciones correspectivas.

CASOS EXCLUIDOS DE NOTIFICACION

1. Renuncia a la notificación.

¿Se puede renunciar en una cláusula del testamento mancomunado a la necesidad de notificar al otro en caso de revocación unilateral? La doctrina ya lo admitía unánimemente, incluso LACRUZ lo admitió con respecto a la notificación del artículo 19 del Apéndice. En el derecho vigente se fundamenta esta posibilidad en que la norma no es imperativa sino dispositiva, su ratio legis es tuitiva respecto a los propios cotestadores, en pro de la lealtad, luego ambos pueden prescindir de una cautela o beneficio exclusivo para ellos.

Esta pregunta se puede incardinar dentro de la más amplia de si se puede preveer en un testamento mancomunado un régimen revocatorio distinto al legal. El propio precepto establece su carácter dispositivo dejando a salvo que los testadores dispongan otra cosa, naturalmente, siempre que se debiliten las limitaciones a la revocabilidad, ya que el artículo 431 CDFA, que es imperativo, impide agravar el régimen legal sustitutivo de la voluntad de los testadores.

2. Cuando un cotestador haya revocado antes y lo haya notificado al otro.

En este supuesto el notificado no deberá notificar al que revocó antes, pues ya se cumplió la finalidad de la notificación, pero deberá acreditarlo al notario y éste hacerlo constar en el testamento para no incurrir en responsabilidad, caso en que el testador último en revocar fallezca antes que el que revocó primero.

3. Nulidad, divorcio y separación de cotestadores cónyuges.

En estos supuestos la finalidad de la notificación, proteger la lealtad, no tiene sentido pues en el matrimonio roto ya no hay lealtad que proteger; no obstante el notario exigirá al revocante que acredite dicho estado civil nuevo y que el testamento que pretende revocar no contiene cláusula o previsión al efecto para que aquel refleje el motivo por el que no procede la notificación. Aun así, yo me inclino por la conveniencia de practicar la notificación, por si al fallecimiento de uno de los cotestadores estuviesen reconciliados o hubiesen contraído matrimonio entre sí los divorciados, con lo que habría desaparecido el supuesto de hecho que nos permitía prescindir de la notificación (art. 438 CDFA).

CONTENIDO, FORMA Y PLAZO

Se comunica el mero hecho del nuevo otorgamiento, para lo cual se establece un plazo de ocho días hábiles, pero no se establece la forma, por lo que el notario seguirá el procedimiento del reglamento notarial para las notificaciones; en síntesis, dejará constancia en el testamento revocatorio de que el testador le requiere en acta complementaria para que practique la notificación, que podrá realizar personalmente o por carta certificada con acuse de recibo conforme al artículo 202 del reglamento notarial, dentro del plazo de ocho días hábiles siguientes al otorgamiento del testamento revocatorio, bastando con haber iniciado el proceso dentro del plazo aunque no se haya producido la recepción dentro del mismo

En cuanto al retraso en la práctica de la notificación hay que distinguir: si cuando se inicia el proceso notificador todavía vive el testador al que hay que notificar, la finalidad prevista por el legislador para la notificación se ha cumplido y por tanto se equiparará a la hecha en plazo; mientras que si hubiera fallecido el testador al que se dirige, su finalidad no se ha cumplido, por lo que se equiparará a la notificación no hecha.

EFFECTOS DE LA NOTIFICACIÓN

La falta de notificación no afecta a la eficacia de la revocación, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar.

Como dice FERNANDO GARCÍA VICENTE la notificación no es receptiva y esa naturaleza de la misma nos da luz para resolver la pregunta que se hacían la mayoría de los juristas para el supuesto de que el cotestador que ha de ser notificado no puede reaccionar, porque no tiene capacidad para testar, bien porque no tiene capacidad natural o ha sido declarado incapaz. MERINO decía que este caso se debe equiparar al fallecimiento ya que si el notificado no puede testar es como si hubiera muerto y por tanto las disposiciones correspondientes son irrevocables.

A mi entender no se puede aplicar una solución restrictiva por analogía y desde luego no se puede discriminar y hacer de peor condición al testador vivo que tiene capacidad para testar pero no se le ha notificado; el legislador no ha querido distinguir y el interprete no ha de hacerlo pues si el argumento es que el incapaz no puede reaccionar a la notificación, tampoco puede hacerlo el capaz al que no se le notificó; la sanción legislativa haya o no notificación, sea ésta posible o no, es la misma, que la falta de notificación no afecta a la eficacia de la revocación.

RESPONSABILIDAD POR FALTA DE NOTIFICACIÓN

En los proyectos de Codificación anteriores que desembocaron en la Compilación de 1.967, se aludía únicamente a la responsabilidad del notario. En el texto definitivo desaparece esa alusión, lo que se interpreta como que la expresión "... sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar..." abarca la posible responsabilidad del notario y del testador revocante.

En cuanto a la responsabilidad del notario parece que se refiere a su responsabilidad civil, ex artículo 1.902 del C.c, ya que si por su culpa, o negligencia se produce un daño debe indemnizar.

Como dice GARCIA VICENTE la negligencia del notario puede nacer de no haber preguntado al revocante si había otorgado testamento mancomunado anterior, y en caso afirmativo, por no hacer la notificación, o no hacerla en plazo; respecto a lo primero, por ser una cuestión difícil de probar, conviene hacer constar expresamente en todo testamento una cláusula similar a la que yo incluyo: “manifiesta el testador o testadores que no han otorgado anteriormente testamento mancomunado con otra persona”, con lo que queda claro, que si hubiera un testamento mancomunado anterior, la falta de notificación no será responsabilidad del notario.

La condición para que haya responsabilidad es que esa actuación notarial por obra u omisión haya causado un daño; pero no podremos valorar si ha habido daño hasta que se abra la sucesión del causante cuyo testamento revocatorio no se notificó. Al abrirse la sucesión nos podremos encontrar con los siguientes supuestos, en los que no habrá daño ni por tanto legitimados para exigir indemnización:

a. Que en el testamento mancomunado no hubiera disposiciones correspondientes por lo que la modificación o revocación era libre para el testador y no produce efectos en las disposiciones del cotestador.

b. Que el otro cotestador, haya sobrevivido, y habiendo disposiciones correspondientes, la revocación produce la ineficacia de las correspondientes de la misma forma que si se le hubiere notificado.

En cambio en el supuesto de que hubiese premuerto el cotestador al que se le debió de notificar, habiendo disposiciones correspondientes, aquellos que se beneficiaron de una disposición correspondiente del premuerto y que al fallecer el revocante se constata que por ineficacia de su llamamiento son otros los verdaderos beneficiarios, deberán restituir lo recibido indebidamente, por lo que sufrirán un perjuicio y podrán exigir la indemnización que corresponda.

En cuanto a la **responsabilidad del testador revocante** que impidió la notificación, ocultando la existencia del testamento mancomunado o la identidad y dirección del cotestador, se le puede aplicar, mutatis mutandis, el mismo criterio de responsabilidad civil que se ha expuesto para el notario, aunque en realidad la indemnización se exigiría a sus causahabientes porque el testador responsable ya habría muerto cuando se produjera el daño. GARCIA VICENTE en los terceros encuentros del Foro decía que el que impidiera la notificación de la revocación unilateral por ocultar la existencia del testamento mancomunado, diere al notario un domicilio equivocado o alegare que el cotestador estaba muerto, incurría en causa de indignidad (hoy sería la del artículo 328.g) del CDFA “el que con amenaza, fraude o violencia impidiera a otro revocar o modificar su testamento”). En mi opinión, aparte de que sería una prueba difícilmente practicable por el carácter subjetivo del fraude, no es necesario forzar la interpretación del citado

precepto pues el legislador ya ha establecido como sanción la ineficacia de las disposiciones correspectivas, y si no hubiera disposiciones correspectivas sería intrascendente la falta de notificación.

LA LLAMADA REVOCACION MATERIAL O INDIRECTA

Una novedad en la ley de 1.999 fue la incorporación de una regulación de la llamada revocación material o indirecta, entendiéndose por tal, la disposición inter-vivos de los bienes comprendidos en una disposición testamentaria correspectiva que implique su revocación; la exposición de motivos justifica el mismo trato de revocación para evitar que puedan, por este medio, dejar indirectamente sin efecto disposiciones correspectivas, sin entorpecer el tráfico y la seguridad de terceros adquirentes.

Dicha regulación se contiene en el actual artículo 422 CDFa.

La regla general es que el testador conserva siempre, después de testar la facultad de disposición inter vivos, entendiéndola en su acepción más amplia de enajenación o gravamen, pero con distinto régimen legal (a salvo la previsión distinta de los testadores), según se produzca en vida de ambos testadores o post-mortem de uno de ellos, distinguiendo a su vez en este último supuesto, según sea a título lucrativo u oneroso.

1. En vida de ambos, el artículo 422.2 establece que si la disposición inter vivos de uno de los otorgantes del testamento mancomunado conlleva una revocación o modificación sustancial de una disposición correspectiva, se produce la ineficacia total de la correspectiva del otro. La dificultad estará en como medir o valorar lo sustancial de la modificación, lo que resuelve SANCHEZ-RUBIO GARCIA aplicando las pautas del derecho de daños, entendiéndose que se refiere a una disminución sustancial de su valor material, o sea, que no sea mínima o inapreciable.

2. Muerto un otorgante, el artículo 422.3 establece que el sobreviviente puede disponer inter vivos de los bienes comprendidos en una disposición correspectiva pero con distintos efectos según sea:

a. Por título lucrativo, en cuyo caso, la persona a quien el testamento atribuía dichos bienes podrá, una vez fallecido el disponente, pedir a los donatarios o sus herederos, su valor actualizado; por tal hay que entender, siguiendo a SANCHEZ-RUBIO GARCIA, no el que tuviera al tiempo de la enajenación, sino el que tenga en el momento de la apertura de la sucesión, que es cuando nace el derecho o crédito pecuniario, actualizándolo desde ese momento hasta su cobro.

b. Por título oneroso, en cuyo caso el perjudicado podrá de igual forma reclamar el valor actualizado de los herederos del disponente, con la limitación de los bienes que reciba del caudal hereditario, ya que en Aragón la aceptación se produce a beneficio de inventario (el artículo 355 CDFa limita la responsabilidad del heredero por deudas del causante al caudal relicto).

El derecho a reclamar caduca en el plazo de dos años desde el fallecimiento del disponente.

CONFLICTOS DE LEYES

Ha habido debate en la Doctrina, como se puso de manifiesto en los décimos encuentros de este Foro, sobre si la posibilidad de testar mancomunadamente es una cuestión de forma o sustantiva.

Muchos autores entienden que es una cuestión meramente formal, y por tanto en conflictos internacionales se aplicaría el Convenio de La Haya de 5 de Octubre de 1.961 sobre conflictos legales en materia de forma testamentaria, ratificado por España en 1.988 pudiendo testar mancomunadamente un español con un extranjero, aunque sus leyes nacionales se lo prohíban, si le da cobertura alguno de los puntos de conexión relacionados en el artículo uno del Convenio; por consiguiente los artículos 669 y 773 del C.c habrían sido desplazados por este Convenio.

La opinión dominante considera que no es cuestión de forma sino de fondo, de estatuto personal, ligada a la capacidad del testador en el momento del otorgamiento; y ciñéndonos a los conflictos de leyes interregionales la postura del estatuto personal se fundamenta mejor: en los artículos 9.8 del C.c., que deja a salvo el testamento otorgado conforme a la ley nacional del otorgante en el momento de otorgarlo aunque a su sucesión se aplique otra; en los artículos 669 y 773 del C.c., que prohíben a los españoles otorgar testamento mancomunado aunque lo autoricen las leyes del país donde lo pretendan otorgar; y en las legislaciones autonómicas gallega, navarra y aragonesa, que permiten a sus nacionales otorgar testamento mancomunado aún fuera de su territorio.

Para los defensores de esta última tesis, cuando los testadores tienen distinta nacionalidad o vecindad, se deben reunir cumulativamente los requisitos que impongan todas las legislaciones civiles aplicables a todos los otorgantes para la validez del testamento. ¿Y que ocurre con el testamento revocatorio del mancomunado? El acto revocatorio se registrará, en cuanto a las exigencias o requisitos formales y a los efectos revocatorios, por la ley aplicable a los testadores en el momento del otorgamiento del testamento mancomunado; por tanto los seguidores de la tesis cumulativa también exigirán la observancia de los requisitos y aplicación de los efectos que todas esas leyes impongan para su revocación. Este criterio cumulativo viene a imponer la ley más restrictiva o que imponga más exigencias, lo que me parece injusto y discriminatorio para el testador sujeto a la ley menos rigurosa. Teniendo en cuenta la divergencia de las legislaciones autonómicas en la exigencia y eficacia de formalidades para la revocación unilateral del testamento mancomunado (por ejemplo, en Aragón la falta de notificación no afecta a la eficacia de la revocación, en el País Vasco y en Galicia es imprescindible, y en Navarra se exige el conocimiento del notificado), para evitar que se imponga la ley más rigurosa cabría defender que salvo que los testadores hayan establecido otra cosa en materia de revocación del testamento mancomunado se

aplique literalmente el artículo 9.8 del C.c. en el sentido de exigir a cada testador únicamente las formalidades que exija su ley civil propia en el momento de otorgar el testamento mancomunado, considerándolo a estos efectos como si de dos testamentos se tratara. Se puede oponer que se rompe la unidad del acto testamentario, pero en realidad la propia tesis acumulativa, al no encontrar un punto de conexión neutro, exige la acumulación de requisitos para otorgar el testamento mancomunado, luego lo considera como dos simultáneos para no primar una ley sobre otra; esa neutralidad en la revocación solo se consigue aplicando a cada testador su ley civil originaria en el otorgamiento. Por eso creo que es la solución más equitativa para conseguir un régimen de igualdad entre las legislaciones coexistentes. Y con mayor fundamento se puede seguir el desdoblamiento en dos testamentos simultáneos, a estos efectos revocatorios, cuando no hay disposiciones correspectivas en el testamento mancomunado que se pretenda revocar.

A partir del 17 de Agosto de 2.015, cuando entre en vigor el Reglamento Europeo de Sucesiones la solución al conflicto de leyes puede ser más fácil en esta materia, pues establece en sus artículos 21 y 22 como ley sucesoria la de la residencia habitual en el momento del fallecimiento, salvo que en ese momento tuviere un vínculo más estrecho con otro Estado distinto, y siempre que sea su ley nacional en el momento de la elección o de su fallecimiento. Y el artículo 25, en cuanto a los pactos sucesorios, establece que se regirán por la ley que hubiera sido aplicable a la sucesión de cada uno de ellos, si hubieran fallecido en la fecha de conclusión del pacto.

Y el artículo 3 define como pacto sucesorio las disposiciones correspectivas de los testamentos mancomunados. Hay mejor cobertura para la admisión del testamento mancomunado y para su revocación, al haber más puntos de conexión, por lo que será más fácil encontrar una sola ley aplicable al testamento mancomunado y al acto revocatorio de sus efectos; y por supuesto cuando no hay disposiciones correspectivas habrá una sola ley aplicable a la revocación unilateral del testamento mancomunado, la que correspondía al causante en el momento del otorgamiento del testamento mancomunado.

También hay que decir que el Reglamento Europeo de Sucesiones no es aplicable a los conflictos de leyes interregionales.

También se ha planteado el conflicto móvil, cuando los testadores están sometidos a la misma ley civil, por tener la misma vecindad en el momento del otorgamiento del testamento mancomunado, y luego uno de ellos cambia de vecindad; en ese caso, si los cotestadores no hubiesen previsto nada sobre la revocación del propio testamento mancomunado, su revocación se regirá, solo a estos efectos revocatorios y a su eficacia (ya que el otorgamiento del acto revocatorio en cuanto a capacidad se rige por la nueva ley civil del testador revocante), por la ley civil común de ambos cotestadores que regía en el momento del otorgamiento del testamento mancomunado.

REALIDAD ACTUAL

En la práctica muchos de los problemas planteados son hipótesis de laboratorio pues los notarios solemos reconducir los casos en que los testadores quieren establecer una vinculación entre sus disposiciones al pacto sucesorio que es el conducto más adecuado, por lo que hay pocos testamentos con disposiciones correspectivas.

Quiero agradecer a mis compañeros aragoneses su respuesta a la encuesta que les formulé respecto a la revocación de los testamentos mancomunados, y de esa encuesta y de las estadísticas facilitadas por el colegio notarial, puedo extraer con un alto grado de fiabilidad las siguientes conclusiones:

1. Que el 95 % de los testamentos mancomunados son otorgados por cónyuges o por parejas de hecho.
2. Que en el 90 % de los testamentos mancomunados no hay disposiciones correspectivas.
3. Que en el 99,90 % de los testamentos no hay previsiones sobre la revocabilidad de los mismos.
4. Que las notificaciones de las revocaciones unilaterales se suelen practicar personalmente, cuando el notificado tiene su domicilio en el lugar de residencia del Notario, mientras que en los demas casos se utiliza el correo.
5. Y por último, el testamento mancomunado habitual y típico en la actualidad, es el que otorgan los cónyuges, nombrándose mutua y recíprocamente fiduciarios, disponiendo que para el caso de conmorienca o no ejercicio de la fiducia por el sobreviviente hereden los hijos a partes iguales. Esto demuestra la confianza sin limites de los cotestadores y que el peligro de la revocación fraudulenta es minimo.

Muchas Gracias por su atención

ALGUNAS CUESTIONES ACERCA DE LA INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS

ILMO. SR. D. ÁNGEL GARCÍA BERNUÉS

Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Huesca

Buenas tardes a todos.

En primer lugar, es obligado que manifieste mi agradecimiento a la organización del Foro por haber contado conmigo. Es la segunda ocasión, en la ya larga existencia de estos encuentros, en que tengo el honor de participar, por lo que sospecho que en la selección de los ponentes y coponentes no solo se tiene en cuenta el profundo conocimiento del Derecho Aragonés, caso de quienes me acompañan en la ponencia, sino también, este es mi caso, el deseo de conocerlo, única cualidad que yo puedo exhibir.

He de confesar que desde el principio, el tema de la ineficacia, al cual me he dedicado, me ha ocasionado muchos quebraderos de cabeza. Yo, desde luego, no sería capaz de sistematizar una exposición completa y ordenada.

Pero como no es este mi cometido como coponente de quien, creo, se espera que me detenga en algún aspecto concreto, haciendo de la necesidad virtud, les propongo dos cuestiones que confío que tengan algún interés para Vds. A mí me parecen interesantes.

Conviene que antes les presente una pequeña clasificación de supuestos de ineficacia que puede resultar clarificadora.

Ineficacia significa, por lo pronto, falta de eficacia. El testamento será ineficaz cuando no llegue a tener eficacia y ello puede ocurrir por dos grandes grupos de causas: originarias y sobrevenidas.

Son causas originarias, las que concurren en el momento de otorgar el testamento o la disposición y están vinculadas a las formalidades que este debe reunir, a la capacidad del testador y a los vicios del consentimiento, determinando los

supuestos de inexistencia o nulidad absoluta en unos casos y los de anulabilidad o nulidad relativa en otros.¹

Hay otras causas que hacen que el testamento, que nace válido y perfecto, sea ineficaz por una causa sobrevenida, esto es, posterior a su otorgamiento.

Frente a lo que ocurre en el régimen común del Código Civil, cuyo artículo 743 se limita a decir que serán ineficaces, en todo o en parte, las disposiciones testamentarias, solo en los casos expresamente prevenidos en el propio Código, el actual artículo 437 del CDFa sí que permite extraer una definición de lo que podríamos denominar “Ineficacia propiamente dicha”. Dice este artículo:

“La institución de heredero y el nombramiento de legatario devienen ineficaces, a falta de sustitución voluntaria o derecho de acrecer, entre otros, en los siguientes casos:

a) Si el instituido o nombrado fallece antes que el testador, salvo que haya sustitución legal.

b) Si la institución o el nombramiento estuvieran sujetos a condición suspensiva y el sucesor falleciere antes de que la condición se cumpla.

c) Si el instituido o nombrado se torna incapaz de adquirir la herencia o el legado, salvo que haya sustitución legal.

d) Si el llamado a suceder repudia la herencia o el legado.”

Tanto de la lectura de los supuestos que detalla, como de la propia literalidad del precepto que utiliza la expresión “*devienen ineficaces*”, se concluye que la ineficacia propiamente dicha se produce, como ya he anticipado, cuando la institución de heredero y el nombramiento de legatario, válidos y perfectos en un principio, van a quedar sin eficacia por una causa que sobreviene con posterioridad al otorgamiento.

A diferencia de lo que ocurre con los supuestos de anulabilidad, cuya determinación será con frecuencia o siempre conflictiva y de difícil acreditación, en los de ineficacia son causas fácilmente constatables: la muerte del instituido, su renuncia etc.

Resulta palmario, por otro lado, que la relación de casos de ineficacia que hace el artículo no es exhaustiva: el mismo precepto dice que, “*entre otros*”, la ineficacia se produce en los casos que a continuación señala.

A lo largo de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte, incluida ahora en el CDFa, se advierten bien pronto otros supuestos, como es el caso del artículo siguiente, el 438 que determina que: **“Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspectivas entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin.”**

1. No son infrecuentes las sentencias que usan en forma indistinta los términos ineficacia y nulidad. Así, por ejemplo, “el testamento es nulo y por lo tanto ineficaz...” y otras expresiones similares.

No les descubro nada nuevo si les recuerdo que esta causa de ineficacia se aplica por analogía a los casos de ruptura de la pareja con convivencia “more uxorio”, como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 20 de mayo de 2005, recogida con el núm. 8 del año 2004-2005 de la Revista de Derecho Civil de Aragón (RDCA), confirmando lo dicho por las sentencias de las dos instancias. Ha de subrayarse, además, la circunstancia de que se trataba de una pareja que no podía formalizar su situación conforme a la Ley de Parejas Estables no Casadas, porque el varón estaba casado.

Otro caso de ineficacia, el que ahora me interesa para mi exposición, por concurrir una causa sobrevenida que priva de eficacia a una disposición testamentaria, es el de la preterición no intencional que se produce cuando una persona que no tiene descendencia en el momento de otorgar el testamento, la tiene después. Art. 506 CFDA.

¿De qué forma, cuál es la vía para resolver este caso de ineficacia?

Este es el supuesto resuelto en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 13 de septiembre de 2001, que a buen seguro conocerán.

Los hechos son estos:

D. J.S.M., el causante, fallece en 1993 en estado de casado y con dos hijos; había otorgado testamento en marzo de 1939, en el que, después de declarar que era soltero, sin descendientes ni ascendientes, hizo diversos legados a dos hermanos y nombró herederos a sus cinco hermanos. Posteriormente contrae matrimonio y tiene dos hijos. El Notario de Mérida actuante, entendiendo que el testamento ha quedado sin efecto por aplicación del artículo 814 del Código Civil autoriza Acta de Declaración de Herederos Abintestato en la que se declaran herederos los dos hijos y la viuda en su cuota legal usufructuaria. Presentada en el Registro el Acta expresada, en unión de escritura de manifestación parcial de herencia otorgada por la viuda y los dos hijos, el Registrador no practica la inscripción por faltar la ratificación de los herederos testamentarios o resolución judicial de nulidad del testamento. Recurrida la calificación por uno de los herederos, el Presidente del Tribunal Superior estima el recurso y el Registrador apela el Auto presidencial.

Los principales argumentos para fundamentar el recurso gubernativo fueron los siguientes:

1. La preterición no intencional de todos los herederos forzosos descendientes del testador, según el artículo 814 CC da lugar “ope legis” a que se anulen las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

2. Dicha sanción legal de nulidad no requiere de un pronunciamiento jurisdiccional porque el hecho de la preterición es objetivamente determinable por notoriedad.

3. Anuladas las disposiciones de contenido patrimonial, procede la apertura de la sucesión legal o intestada.

El notario en su informe insiste en que, si bien de la expresión “se anularán” podría deducirse la necesidad de una declaración jurisdiccional, no se estima

necesaria porque el hecho de la preterición es notorio, apreciable y declarable como tal por el notario. Un proceso judicial no acarrearía ventajas y sí costes y dilaciones. Porque la DGRN en otras resoluciones no ha exigido que la existencia de preterición fuera declarada judicialmente. (Resolución de 14 de agosto de 1959, entre otras).²

El Registrador, por su parte, defiende la calificación con los siguientes argumentos:

Califica el caso de preterición no intencional en el que el causante no otorgó, una vez casado y con descendencia, un nuevo testamento. Que el Código Civil, dice que “se anularán las disposiciones testamentarias”, lo cual indica claramente que es un supuesto de anulabilidad, que supone el ejercicio de la acción de preterición. Que la resolución citada de 14 de agosto de 1959 no tiene relación con el caso y que acreditar la no intencionalidad de la preterición, es facultad exclusiva de los tribunales.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, por su parte, revocó la nota del Registrador fundándose en que las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial son nulas de pleno derecho, y en que dada la claridad del tema enjuiciado, de la preterición de los herederos forzosos y de su carácter objetivo no susceptible de interpretación jurídica, es suficiente con el acta notarial de declaración de herederos abintestato, instrumento que es un acto de jurisdicción voluntaria de competencia del Notario. Así lo considera, entre otras, la Resolución de 14 de agosto de 1959.

La resolución de la DGRN se fundamenta, muy resumidamente, en una interpretación a mi juicio muy formalista, muy apegada a la letra del artículo 814 del CC, que prevé la anulación de las disposiciones testamentarias en este caso y que, a falta de conformidad de todos los afectados, precisa una previa declaración judicial.³

2. Esto es lo que dice la resolución de 14/08/1959

“NOVENO.- que si bien este Centro directivo tiene declarado que podrán ser objeto de inscripción en el Registro las escrituras de partición en que los herederos instituidos hubieren reconocido a los descendientes del premuerto el derecho que les habría correspondido si se hubiera abierto total o parcialmente la sucesión abintestato, doctrina que concuerda con la sustentada por el Tribunal Supremo, quien en base del artículo 1059 reconoce la validez de las particiones hereditarias cuando los interesados hubieren convenido no impugnar la institución, y con la declarada en la Resolución de esta Dirección General de 10 de mayo de 1950, no es menos cierto que para lograr tan saludable efecto ha de ser formalmente expreso el convenio de los herederos, sin que por la sola falta de impugnación haya de presumirse tal reconocimiento...”

3. Un caso similar es que resolvió la DGRN en su resolución de 4 de mayo de 1999. También en este caso se había producido una preterición no intencional por nacimiento de un hijo en momento posterior al del testamento. Aquí, no obstante, hubo acuerdo entre el heredero instituido, el cónyuge del causante, y el heredero forzoso preterido y, en consecuencia, pese a lo que entendía el Registrador que denegó la inscripción de la escritura manifestación y aceptación de herencia con su partición, así como el Presidente del TSJ en recurso gubernativo, no era precisa el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, ya que el acuerdo de todos los interesados puede “crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia”, “se subsana el descuido o imprevisión del testador, se acata e interpreta racionalmente su institución presunta, se salvaguardan los derechos de los legitimarios y se evitan dilaciones y gastos que pueden consumir buena parte de la propia herencia”.

Tanto el Registrador como el Presidente TSJ entendían que era precisa el Acta de Declaración de Herederos Abintestato para despejar dudas sobre la posible existencia de otros herederos forzosos preteridos, a lo que la DGRN, con mucha sensatez responde que dicho argumento, “no puede ser estimado, toda vez que ello conduciría a la ineficacia de todo testamento como título sucesorio si no va acompañado de un acta acreditativa de la inexistencia de otros legitimarios que los nombrados en el propio testamento, consecuencia ésta que aparece claramente contradicha en la propia regulación legal (cfr. art. 14 de la Ley Hipotecaria).”

Si he extraído este supuesto es porque creo que conforme a nuestro derecho, la solución habría sido distinta.

En caso de la preterición no intencional -y el nacimiento posterior a ordenar la sucesión lo es sin duda-, los efectos son los que prevé el artículo 508 del CDFR: cuando resultan preteridos todos o el único legitimario de grado preferente y no se ha designado heredero o legatario ningún otro descendiente, se produce la delación legal de todo el caudal relicto. En otros supuestos, el preterido tiene derecho a la porción que después de hecha la reducción corresponda al menos favorecido.

No sería precisa, creo, una declaración judicial para anular en todo o parte las disposiciones patrimoniales, aquí no podría la DGRN apoyarse en la letra de la ley -"se anularán", dice el Código Civil-, para exigir una resolución judicial en el caso de no haber acuerdo entre todos los interesados.

La otra cuestión que hoy quisiera dejar apuntada ante Vds. se encuadra en los supuestos que he denominado de ineficacia originaria.

Se trata de la protección de la libertad de testar de personas vulnerables, de personas que por sus circunstancias peculiares están fácilmente expuestas a que su voluntad testamentaria se vea alterada por la injerencia de terceros. Tiene que ver con la capacidad y libertad de testar.

Debo dejar constancia de que me sirvo en parte del trabajo del catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Lérida, Antoni Vaquer Aloy.

En el derecho norteamericano, Estados Unidos y Canadá, la doctrina ha creado un medio específico para la protección de estas personas vulnerables, que se denomina "undue influence"; influencia indebida. No es desconocido este remedio tampoco en la jurisprudencia inglesa y en la australiana, que sin embargo lo aplican con menor intensidad.

Ha de partirse de que la persona vulnerable es una persona capaz, que no recibe violencia, intimidaciones o amenazas para inclinar su voluntad en un determinado sentido y tampoco es engañado con esa finalidad. Es decir, no concurre ninguna causa invalidante, ya que, de ser así, el testamento o la disposición serían nulos por defecto o vicio del consentimiento.

Para apreciar un caso de influencia indebida, la jurisprudencia tiene en cuenta diversas circunstancias: que el causante tenga una fuerte dependencia respecto del favorecido; que haya una gran confianza entre ambos; que la persona favorecida haya intervenido en la preparación del testamento (en algunos casos es el propio abogado del causante); que la edad del testador u otras circunstancias pongan de manifiesto una capacidad atenuada, aunque no invalidada; que haya disposiciones "no naturales", sorprendentes o inesperadas, o cambios de testamentos anteriores, etc.

En resumen que se den circunstancias que hagan sospechar que en el momento de otorgar testamento, el testador estaba bajo el influjo indebido de un tercero, influjo que, sin incurrir en ninguno de los clásicos defectos o vicios de la voluntad, le quita a esta espontaneidad y libertad.

Para ayudar a situar la cuestión, les indico que es un caso paradigmático el de una persona de edad avanzada, aislada de los suyos, que en los últimos años es atendida por una persona ajena a su círculo familiar, o atendida por uno de sus parientes mientras se mantiene alejada del resto de posibles herederos, y esta persona es la que resulta favorecida en el testamento en perjuicio de quienes en otro caso serían sus herederos, en perjuicio de quienes serían sus herederos naturales. Por supuesto no es el único ejemplo.

Cuando concurren estas circunstancias sospechosas se produce una inversión en la carga de la prueba de modo que es el beneficiario del testamento o de la disposición quien ha de probar su neutralidad, es decir, que no influyó en la voluntad del testador; ha de probar que el contenido del testamento o disposición se correspondía con la voluntad del testador, que este conocía y aprobaba su contenido.

Esta doctrina se ha aplicado también, en ocasiones, en las donaciones. En el caso *Bale vs Bale*, (Corte Suprema de Ontario-Canadá, noviembre de 2007)⁴ una

4. De la sentencia, incorporo a continuación un extracto de los fundamentos de derecho, traducidos de su original inglés por Cristina Giménez Galindo, a quien agradezco su trabajo y generosidad.

[74] La principal cuestión a resolver en este caso es la validez de la donación inter vivos de la granja Glanworth hecha por Monica Bale a su hijo, John Bale, y su esposa, Bárbara. Lo más relevante para que se active la presunción de influencia indebida es determinar si John y Bárbara Bale tuvieron la capacidad de dominar la voluntad de Mónica Bale mediante manipulación, coacción o abuso de poder.

[78] En el caso de *Goodman Raíces vs. Geffen* [1991] 2 SCR 353 J. Wilson dijo en p. 13:

43. *¿Qué debe alegar el demandante para desencadenar una presunción de influencia indebida? Desde mi punto de vista, la investigación debe comenzar con un examen de la relación entre las partes. La primera cuestión que debe abordarse en todos los casos es si la posibilidad de dominación es inherente a la naturaleza de la relación en sí. La prueba abarca aquellas relaciones que ya son consideradas de por sí como situaciones dominantes, como son abogado y cliente, padre e hijo o tutor y pupilo, así como otras relaciones de dependencia.*

*Una vez que el demandante ha establecido que las circunstancias son tales como para desencadenar la aplicación de la presunción, es decir, que aparte de los detalles de la transacción impugnada particular, la naturaleza de la relación entre el causante y el demandado fue tal que pueda considerarse que ha podido existir influencia, la carga de probar lo contrario recae en la parte demandada. Como el Señor Evershed MR declaró en el caso *Zamet vs. Hyman*, supra, pág. 938, el demandado debe demostrar que ha recaído sobre él el beneficio de la donación por el “pensamiento pleno, libre e informado” del causante*

[99] No hay duda de que Mónica Bale tenía una relación muy estrecha con John Bale y su familia. Ellos le proporcionaron atención y cuidados y le permitieron pasar el tiempo en su granja. Estaba decidida a evitar entrar en un hogar de ancianos y gracias a ellos lo consiguió hasta sus últimos meses de vida.

[100] Richard y Carl Bale no estaban cerca de su madre. Richard Bale intentó mantenerse en contacto con ella por teléfono y la visitaba de vez en cuando. Carl Bale no tenía interés en mantener el contacto con su madre como queda evidenciado al haber acudido a visitarla únicamente en 3 ocasiones en los últimos 9 años de su vida.

[101] No tengo ninguna duda de que Mónica Bale sentía un gran afecto hacía su hijo John y su familia. No obstante, creo que no es suficiente para dar por válida la donación de la granja.

[102] La donación se produjo en un momento en el que Mónica Bale era particularmente vulnerable: acababa de salir del hospital el 2 de marzo de 1999 y John Bale y su familia estaban pasando una mala temporada con su cuidado. Como dice el Dr. Chernoff en su nota, “considero que la paciente debería entrar en el hospital para tratar de conseguir una plaza en una residencia de la tercera edad. Su hijo será finalmente el que tome esta decisión”. Es en ese contexto en el que Mónica Bale transfirió la granja a John Bale.

[103] Resulta evidente que Mónica Bale era particularmente vulnerable en la primavera de 1999. Su salud estaba fallando, su familia estaba teniendo problemas para cuidarla y ella estaba preocupada por tener que ir a una residencia.

[104] John Bale quería la granja pero no podía comprarla. Su madre estaba debilitándose y su estado mental se deterioraba poco a poco. En esas circunstancias estoy convencido de que la decisión de Mónica Bale de donar la finca a su hijo, John Bale, se vio influenciada por la gran dependencia que sentía hacía él y su familia así como por el deseo de él de que fuera suya.

[105] Yo, por lo tanto, considero que la donación no se hizo como resultado del pensamiento pleno, libre e informado de Mónica Bale. Estoy seguro de que se hizo como resultado de la influencia indebida ejercida por John Bale sobre su madre, Mónica Bale.

madre dejó su patrimonio a sus tres hijos por partes iguales. No obstante, antes de morir, sin que lo supieran sus otros dos hijos, donó su finca al hijo que estaba cuidando de ella en su vejez. Tras su muerte, los hijos no beneficiarios de la donación la impugnaron, solicitando su nulidad, alegando que había existido una influencia indebida por parte del otro hijo, a lo cual el Tribunal respondió que en el momento de la donación la edad de la madre –de 93 años–, la hacía vulnerable y por lo tanto influenciable y consideró la donación nula. A pesar de que quedó probado que la madre no tenía mermada su capacidad, que la relación con los otros dos hijos era inexistente, el tribunal no consideró hecha la donación de forma consciente, libre e informada, y que tampoco el hijo beneficiado había conseguido probar de manera suficiente que la donación se hizo libremente por gratitud a sus cuidados.

Para resolver este supuesto, bastó que se acreditase una situación de dependencia de la madre para con el hijo, a pesar de que no se probase una verdadera influencia ni siquiera la intención por parte del beneficiado de mermar la parte de sus hermanos.

El elenco de situaciones que puede dar pie a la aplicación de esta doctrina es muy amplio y variado. Imaginen el caso de una relación sentimental tardía en que la pareja resulta beneficiada en la sucesión en perjuicio de los sobrinos del causante o de sus hijos, que esperaban algo más que la legítima.

Esta doctrina ha sido criticada con frecuencia por cuanto da pie a que los órganos judiciales introduzcan criterios morales para juzgar las decisiones de los causantes y decidir si su testamento debía ser o no declarado nulo, de modo que, en lugar de garantizar la libertad del testador, sirve a menudo para coartarla y para primar las expectativas de los herederos “normales”, si se me permite la expresión, de los herederos social o moralmente aceptables.

No creo que esta doctrina pueda trasladarse al derecho español, en general y menos aún al derecho aragonés, en particular.

Nuestra tradición jurisprudencial ha reforzado siempre la presunción de capacidad del testador. Quien no está incapacitado se presume plenamente capaz, de modo que, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 14 de octubre de 2010, (EDJ 2010/270771) “...*La prueba sobre la falta de capacidad en el momento de la testamentificación ha de ser, como decíamos en nuestra sentencia de 30 de marzo de 2007, «evidente y completa» o «muy cumplida y convincente» o «de fuerza inequívoca» que destruya la «enérgica presunción iuris tantum» que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena sobre la base de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el notario (artículo 696 del Código civil), según reiterada jurisprudencia recogida, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2005 y las que allí se citan...*”.

O como dice, entre otras muchas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 14 de febrero de 2005 (EDJ2005/88920) “...*toda persona debe reputarse en su cabal juicio y presumirse su capacidad como testadora, en tanto no se demuestre que al*

tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección.

Asimismo que la aseveración notarial sobre la capacidad del otorgante constituye una presunción *iuris tantum* de aptitud, sólo destruible mediante una evidente y completa prueba en contrario (entre otras S.S. T.S. 21.06.86 y 10.04.87) y aparece evidente que la carga de la prueba respecto a la capacidad mental de la testadora, al momento del otorgamiento del cuestionado testamento, corresponde a quien sostiene la existencia de dicha incapacidad (S. T.S. 26.09.88). La fe notarial, pues, puede ser destruida mediante una prueba cumplida, convincente e inequívoca que enerve la indicada presunción *iuris tantum*, prueba concluyente en contrario que como tal cuestión de hecho debe ser apreciada por el Tribunal de instancia (S. T.S. 7.10.82).” 5

Muestra de en qué términos tan contundentes se sustenta nuestro derecho sucesorio en la voluntad y capacidad del testador es la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 9/11/2010 (EDJ 2010/333782) que se hace eco de la síntesis de la doctrina del Tribunal Supremo que se recoge en su sentencia de 27/01/1998 (EDJ 1998/318):

“La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1998, también recogida por la jueza “a quo” en la resolución recurrida, hace una síntesis recopilatoria de la jurisprudencia en esta materia, en los siguientes términos: “es constante la jurisprudencia que de antiguo y en interpretación de tales preceptos ha establecido: a) que la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (sentencia de 25 de abril de 1959); b) no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, **siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentación y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social**, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (sentencia de 25 de octubre de 1928); c) que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (sentencia de 18 de abril de 1916); d) **que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1) la edad senil del testador**, «pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrepito y achacoso...», ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a ésta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (sentencia de 25 de noviembre de 1928); 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si éstos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (sentencia de 25 de octubre de 1928); 3) no obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador

5. Ver S. TS. 31/03/2004 (EDJ 2004/12747) La capacidad del testador ha de destruirse con severidad precisa, acreditando que estaba aquejado de insania mental con evidentes y concretas pruebas, ya que juega a su favor la presunción de capacidad establecida en el artículo 662, presunción calificada con el rango de fuerte presunción en la sentencia de 22 de junio de 1992, no obstante admite que pueda destruirse mediante pruebas cumplidas y convincentes demostrativas de que en el acto de la disposición testamentaria la testadora no se hallaba en su cabal juicio ». Ver también TS 14/02/2006 (EDJ 2006/11954).

padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos (sentencia de 28 de diciembre de 1918); e) la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (sentencia de 1 de noviembre de 1956), pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (sentencia de 25 de abril de 1959); de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción iuris tantum que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario «evidente y completa» (sentencias de 8 de mayo de 1922 y 3 de noviembre de 1951), «muy cumplida y convincente» (sentencias de 10 de abril de 1944 y 16 de noviembre de 1945), «de fuerza inequívoca» (sentencia de 20 de noviembre de 1975), cualesquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aun en estado latente en el sujeto (sentencia de 25 de abril de 1959), pues ante la dificultad de conocer dónde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (sentencias de 23 de febrero de 1944 y 1 de febrero de 1956); f) la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre «cumplidamente» en vía judicial su incapacidad, destruyendo la «enérgica presunción iuris tantum» (sentencias de 23 de marzo de 1894 y 16 de febrero de 1945), que revela el acto del otorgamiento, en el que se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el Notario (sentencia de 23 de marzo de 1994)...».⁶

La misma prueba cumplida es la que ha de darse respecto de las causas que vician la voluntad del testador, sea violencia, dolo o fraude, como dice el art. 672 CC o, con más precisión, engaño, violencia o intimidación grave, como dice el art. 423 del CDEFA para la invalidez del testamento y el art. 424 CDEFA para la invalidez de la disposición testamentaria.⁷

Las situaciones que pueden dar lugar a la aplicación de la doctrina de la “undue influence” son las que en nuestro derecho, con frecuencia, dan lugar a impugnaciones por captación o sugestión de la voluntad del testador.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1962 (EDJ1962/2304), la “captación no es más en el sistema sucesoria que una modalidad del dolo causal específicamente dirigido a excluir, en todo o en parte, de una sucesión dada a determinados sujetos que en otro caso serían llamados a ella por la ley o por el propio testador, sin que, por tanto, pueda purificarse con la influencia de los naturales afectos y sentimientos que impulsan las declaraciones de última voluntad, siempre protegibles al adecuarse a las normas jurídicas en vigor, cualesquiera que sean otras valoraciones, que los Tribunales

⁶. En el mismo sentido, S. AP Valencia 26/11/2012 (EDJ 2012/324022); S. AP Baleares de 18/11/2011 (EDJ 2011/292023) y otras muchas.

⁷. Señala la S. AP Álava 5/7/2012 (EDJ 2012/343410) que “Las palabras dolo o fraude que emplea el artículo 673 CC suelen considerarse por la doctrina como matices de un simple vicio de consentimiento...”

no pueden hacer por sí mismas suplantando actos personalísimos y hasta íntimos del causante...”

Me parece muy ilustrativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 5 de julio de 2012 (2012/343410) citada también al pie, que dice:

La estimación del dolo como causa determinante de la nulidad de la disposición testamentaria requiere la concurrencia de una serie de requisitos:

A) Empleo por parte de un tercero de **artificios o maquinaciones insidiosas con la intención de desviar la voluntad del testador**, en su libre determinación, a la hora de disponer de su patrimonio. Los mecanismos utilizados a tal fin son de lo más variado, desde los supuestos de captación o sugestión de su voluntad hasta los de “simulación de conveniencia”.

B) Que **la meritada maquinación insidiosa sea grave**, es decir que tenga la entidad suficiente para viciar la voluntad testamentaria; **de ahí que se considere no suficiente el dolos bonus, es decir, las atenciones, los mimos, los especiales cuidados que una persona dispensa a otra para que la misma dirija a su favor la disposición patrimonial mortis causa.**

C) La existencia de una relación de causalidad entre el hecho doloso y el contenido de la disposición testamentaria.

D) El dolo no se presume sino que habrá de ser objeto de cumplimiento acreditamiento (S. 7 de enero de 1975, en concordancia con las de 22 de marzo de 1941 y 10 de mayo de 1972).”

En cuanto a la prueba del dolo, dice la sentencia que “no es preciso que la misma resulte del testamento; puede ser acreditada por cualquier medio de prueba, o sea con documentos, con testimonio e incluso presunciones.”⁸

Como modalidades del dolo como vicio de la voluntad, dice la sentencia que nos podemos encontrar “también con los supuestos de captación o sugestión de la voluntad del testador, referida a inducir al testador a disponer a favor de quien la realiza o a favor de terceros; distinción que tiende a abandonarse por inútil, dado que ambas conductas son subsumibles dentro de la maquinación dolosa.” Sobre las formas o maneras en que puede presentarse la captación o la sugestión continúa diciendo que “son de la más variada índole, señala la doctrina, que a los efectos de determinar si concurre un supuesto de captación dolosa de la voluntad testamentaria, es importante considerar las circunstancias subjetivas del testador y entre ellas su fortaleza de espíritu...” “Que la eficacia determinante del dolo o la sugestión se debe valorar caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias y especialmente las condiciones de salud física y mental del testador, de su edad, de su predisposición a someterse o no a voluntades ajenas, etc.”

Para mejor apreciar la diferencia de trato entre la doctrina norteamericana de la “undue influence” y la jurisprudencia española, cito la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 21/7/2011 (EDJ 2011/219434). Se trata de una persona de edad avanzada que sufre un ictus, tras el cual otorga testamento ins-

8. Respecto de la prueba de presunciones judiciales dice el artículo 386 LEC, que “A partir de un hecho admitido o probado, el Tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.”

tituyendo heredera a su sobrina que fue quien la cuidó en esos momentos, revocando un testamento anterior en que instituía herederas a dos hermanas suyas. El testamento impugnado se otorga en el hospital y al notario se le había hecho llegar una instrucción.

No solo es uno de los supuestos paradigmáticos que vienen a solucionarse mediante la aplicación de la doctrina analizada, sino que presenta muchos de las circunstancias de sospecha. Sin embargo, tanto el juzgado de Primera Instancia como la Audiencia desestiman la demanda porque no consideraban probado que la voluntad de la testadora hubiese sido captada.

Similares circunstancias son las que se presentan en el asunto resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 15 de junio de 2011 (EDJ 2011/258487). Dice esta sentencia que “... en los testamentos ha de primar la voluntad de la testadora, que siempre es prevalente (Ss. T.S. 23-9-81, 24-3-82, 9-3-84, 9-6-87, 10-6-92, 31-12-92, 6-10-94...), y la voluntad reflejada por la testadora en el testamento que se cuestiona es designar como heredera universal a la hoy demandada, **bien fuera ello porque en su vejez y decadencia física se viera asistida, retribuida o no, por la Sra. Luz, bien porque, al contrario, en esos momentos de necesidad se viera desasistida y desamparada por quién había nombrado heredero cuatro años antes. En cualquier caso, frente a la **presunción de capacidad de la causante, corroborada por la certidumbre de capacidad que da el Notario autorizante, tendría que haber sido el demandante, en cuanto impugnante del testamento, quién debería haber acreditado, con prueba evidente, completa e inequívoca, la merma intelectual y volitiva que dice presentaba la Sra. Adelaida al tiempo de otorgar el testamento, y la captación de voluntad que afirma realizó sobre ella la demandada para obtener con malicia el otorgamiento de un testamento a su favor**”**

Como he dicho antes, la doctrina de la “undue influence” se ha criticado porque a través de ella se ha querido introducir juicios de valor sobre los motivos del testador, algo que en nuestra jurisprudencia no tiene cabida. La sentencia ya citada del TS de 1 de junio de 1962, decía que los Tribunales no pueden suplantar actos personalísimos y hasta íntimos del causante, lo que evidencia que no pueden hacer cuestión de los afectos o motivos del causante para determinar de un modo u otro su voluntad. Por su contundencia en este aspecto, señalo la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25/06/2008, sec. 11, EDJ 2008/138296, en el que se anula un testamento por falta de capacidad pero considera válido uno anterior, porque “... ningú impugna el testament fet l’any 2004. Ningú qüestiona que aleshores el Sr. Braulio estava indubtablement capacitat. I el seu contingut és clarament una demostració de que preferia estranys als propis familiars com a hereus. **Els seus motius tindria; seguiran sent desconeguts per a nosaltres; pertanyen a l’essència de la llibertat; en aquest cas a la de testar...**”

Todo lo expuesto debe entenderse en el mismo sentido, si no aumentado en nuestro derecho aragonés, que ha hecho de la libertad civil, de la libertad de testar y del respeto a la voluntad del testador, una de sus más propias señas de identidad, acogiendo este principio, en cuanto a la materia sucesoria, en el artículo 318 CDFA que creo necesario transcribir: “**El causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión por pacto, por testamento individual**

o mancomunado, o por medio de uno o más fiduciarios, sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio standum est chartae.”

Ni el artículo 423 ni el 424 CDFA incluyen el dolo como causa de vicio del consentimiento. Creo que los supuestos de influencia indebida en nuestro derecho habría que tratarlos como supuestos de engaño, habida cuenta de que se exige que la intimidación sea grave.

Por último, recuerdo que en nuestro derecho se recogen otros mecanismos de protección de la libertad del testador, como son los supuestos de indignidad del artículo 328 CDFA, (en este punto sigue la distinción que hace el artículo 756 CC) que declara indignos a quienes con amenaza, fraude o violencia obliguen a otro a hacer o revocar disposiciones testamentarias, o los supuestos de vulnerabilidad mediante la prohibición para suceder del artículo 475, en el que destaco la no inclusión del sacerdote que hubiese confesado al causante en su última enfermedad o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto, que sí se incluyen en el artículo 752 CC.⁹

(Destaco también que no he encontrado en el Código de Derecho Civil de Aragón una disposición similar a la del artículo 755 del Código Civil, que dice:

“Será nula la disposición testamentaria a favor de un incapaz, aunque se disfraza bajo la forma de contrato oneroso o se haga a nombre de persona interpuesta”.)

Con estas prohibiciones se trata de evitar supuestos de captación de la voluntad del testador por parte de personas que, en ese momento, podrían fácilmente inclinar en su favor la voluntad de aquel.

Es decir, en nuestro derecho hay mecanismos suficientes de protección de la libertad de testar, incluidos los supuestos de testador vulnerable, sin que sea preciso recurrir a una solución que, en la práctica, lesiona más que protege dicha libertad.

Nada más y muchas gracias.¹⁰

9. El Artículo 412-5.2 del Código de Derecho Civil Catalán ha incluido otra prevención similar respecto de las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de ellas, que hayan prestado servicios asistenciales al causante en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio

10. Concluida la redacción de esta intervención, veo publicado en la Revista de Derecho Civil Aragonés que publica la Institución Fernando el Católico, (XIX año 2013, pág. 149 a 165) un interesante artículo de la profesora Elena Bellod Fernández Palencia sobre un asunto que concluyó en la sentencia del TSJ de Aragón de 31 de mayo de 2012, en el que se analiza la imposibilidad o ineficacia en la ejecución de la fiducia.