

Las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio

(Sobre el art. 132 del Código de Sucesiones de Cataluña [1])

RAMÓN CASAS VALLÉS
(Titular de Derecho civil. Universidad de Barcelona)

SUMARIO: 1) Introducción. 2) Antecedentes. 3) ¿Una norma necesaria? Otros expedientes. 3.1. La posibilidad de revocar. 3.2. La indignidad del cónyuge. 3.3. La voluntad testamentaria: 3.3.1. Interpretación y voluntad real. 3.3.2. Voluntad viciada y nulidad. 4) ¿Presunción de revocación o voluntad testamentaria hipotética? 5) Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El matrimonio no sólo produce efectos inmediatos entre los cónyuges en los ámbitos personal y patrimonial. También abre expectativas sucesorias. En la intestada, se reconoce al viudo o viuda el usufructo de

(1) «Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho civil de Cataluña», Ley 40/1991, de 30 de diciembre, *DOGC* núm. 1544, de 21/1/1992 (corrección de erratas, *DOGC* núm. 1582 de 13/4/1992) y *BOE* núm. 50 de 27/2/1992. El Código de Sucesiones (en adelante CS) entró en vigor a los tres meses de su publicación en el *DOGC* (DF 4.^a CS). Las citas se harán con referencia al texto publicado en el *BOE*. Para mayor comodidad del lector, se incluye a pie de página el texto de los artículos que resultan más relevantes para el presente trabajo. Para la vigente legislación civil de Cataluña *vid.* J. EGEA/J. FERRER, *Legislació civil catalana (amb notes de concordança i jurisprudència)*, 3.^a ed., Barcelona, 1992 y E. ROCA/C. MIRALLES *Compilaciones y Leyes de los Derechos civiles Forales o Especiales*, Tecnos. Madrid, 1993.

toda la herencia (arts. 323.3 y 331 CS) y, faltando hijos y descendientes, se le llama con preferencia a los demás parientes del difunto (art. 333 CS). A idéntica valoración legal del vínculo responde la cuarta viudal (art. 379 CS). Las cosas no son diferentes en el ámbito de la sucesión voluntaria: las disposiciones en favor del esposo o esposa, sea a título de herencia o de legado, no suelen faltar en ningún testamento otorgado por persona casada. Como es lógico, todo ello obliga a plantearse las consecuencias sucesorias de la nulidad, separación y divorcio.

En el caso de la intestada —y de la cuarta viudal— tales contingencias no plantean especiales problemas. Si se trata de nulidad o divorcio, la inexistencia originaria o sobrevenida del vínculo excluirá por sí sola el supuesto de hecho que sería determinante del llamamiento. Si se trata de separación, el matrimonio sigue existiendo hasta la muerte, pero el resultado será el mismo por expresa previsión de la ley en tal sentido (cfr. arts. 331.3, 334 y 381 CS) (2). La dificultad derivada de la posible existencia de procesos matrimoniales en curso viene resuelta permitiendo a los herederos del difunto continuar su tramitación, bajo ciertas condiciones (arts. 335 y 381 CS) (3).

Ahora bien ¿y en el caso de la sucesión testada? Está claro que, en la inmensa mayoría de las ocasiones, habrá sido el vínculo existente lo que llevó al testador a disponer en favor de su cónyuge. ¿Qué sucede si, al abrirse la sucesión, el matrimonio no existe o está en crisis? Las circunstancias aludidas, por sí solas, no afectan en principio a la disposición, pues esta suele hacerse en favor de persona concreta. ¿Significa ello que el cónyuge heredará o resultará beneficiado a pesar de todo?

(2) Art. 331.3 (usufructo de la herencia en la sucesión intestada): «No tiene derecho a gozar de este usufructo el viudo o la viuda que se encuentre en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 334, y lo pierden si contraen nuevo matrimonio o si pasan a vivir maritalmente de hecho con otra persona». Art. 334 (sucesión del cónyuge): «El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a suceder:// 1.º Si al fallecer el causante, se halla en estado de separación por sentencia firme.// 2.º Si está separado de hecho con ruptura de la unidad familiar, por mutuo consentimiento expresado formalmente o por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio». Art. 381 (cuarta viudal): «El consorte sobreviviente no tendrá derecho a reclamar la cuarta viudal:// 1.º Caso de que, al fallecer el otro cónyuge, estuviera separado, judicialmente o de hecho, por una causa que le fuera exclusivamente imputable.// Si estuviera pendiente una demanda de separación, de divorcio o de nulidad del matrimonio, los herederos del premuerto podrán proseguir la acción planteada a los efectos de la denegación de la cuarta viudal.// 2.º En caso de que sea declarado indigno de suceder al consorte premuerto. [...]».

(3) Art. 335 (sucesión del cónyuge): «Si, al fallecer el causante, hay pendiente una demanda de nulidad matrimonial, divorcio o separación, salvo que haya habido reconciliación entre los cónyuges, los herederos llamados en defecto del cónyuge pueden seguir ejerciendo las acciones planteadas y, si lo hacen, deben esperar al resultado de la sentencia definitiva para mantener o para negar al cónyuge sobreviviente el derecho a suceder».

Semejante resultado —amén de provocar la indignación de los familiares— probablemente no habría sido querido por el testador. ¿Pero cómo puede evitarse? (4).

La Compilación no contemplaba el problema de forma específica. Tampoco lo hace el Código civil, aunque se haya expresado alguna opinión en sentido contrario (5). Lo mismo hay que decir de los otros Derechos civiles españoles. Por contra, el Código de Sucesiones de Cataluña le dedica un artículo —el 132— sobre el que el propio Preámbulo llama la atención y que ha despertado no poco interés (6).

Ciertamente, el problema nada tiene de nuevo, al menos en cuanto a la nulidad y la separación se refiere. Sin embargo, es evidente que se ha creído necesario prestarle una mayor atención. Acaso por considerar que el matrimonio —una vez abandonado el viejo, sólido y sensato principio de la conveniencia— se ha convertido en un vínculo frágil, sobre todo entre quienes pueden asumir con mayor facilidad el alto coste económico de la separación y el divorcio, a menudo los mismos

(4) Antes de pasar más adelante, haré algunas precisiones en cuanto a la terminología. Con carácter general, usaré las palabras *testador* y *testamento*, a sabiendas de que el art. 132 CS se aplica a cualesquiera disposiciones en favor del cónyuge, se contengan en testamento, memoria testamentaria o codicilo, caso éste, además, en el que quizá ni siquiera exista testador (cfr. art. 122.1 CS). También hablaré de *cónyuge*, aunque en realidad la persona aludida nunca lo haya sido (nulidad) o haya dejado de serlo (divorcio). Asimismo es obvio que en caso de separación, tras la muerte, ya no hay cónyuge sino viudo. Lo correcto, por tanto, sería hablar de *disponente* y, en cuanto al beneficiario, de *no cónyuge*, *ex cónyuge* y *viudo*. Pero resultaría farragoso e incómodo. El contexto será suficiente para evitar equívocos.

(5) Como observaba R. M.^a ROCA SASTRE, sería forzar las cosas pretender deducir la ineficacia de las disposiciones testamentarias a partir «*de lo dispuesto en materia de divorcio en el art. 73 núm 3.^o, que impone al cónyuge culpable la pérdida de todo lo que le hubiese sido dado o prometido por el cónyuge inocente*» (destacado en el original, cfr. L. ENNECCERUS/T. KIPP/M. WOLFF. *Tratado de Derecho civil, t. V, Derecho de sucesiones [por T. KIPP]*, vol. I, trad. de la 8.^a revisión alemana. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por R. M.^a ROCA SASTRE, Barcelona, 1951, p. 150; téngase en cuenta —en particular en cuanto al término *divorcio*— que en 1951 estaba aún vigente la redacción originaria del art. 73 CC). Por contra, en la segunda edición española de la obra (traducción de la 11.^a revisión alemana, Barcelona, 1976), al cuidado de L. PUIG y F. BADOSA, este último afirma: «*A pesar de lo dicho en la anotación precedente creemos que se podrían utilizar los arts. 73.3.^o y 1333.3.^o in fine. Ello exigiría entenderlos en el sentido más amplio, considerándolos aplicables a toda atribución lucrativa o dispuesta, no solo por actos inter vivos sino también mortis causa [...] Si tal punto de vista fuera aceptado la ineficacia de las atribuciones al ex cónyuge de mala fe o al cónyuge declarado culpable, serían efectos de las respectivas sentencias y no de la interpretación de la voluntad del testador*» (op. ed. cit., p. 254; en este caso, téngase también presente que los arts. 73 y 1333 CC se aluden con referencia a la redacción dada por las Leyes de 2/5/1975 y 24/4/1958, respectivamente). A mi juicio, *de lege lata*, era más razonable la opinión de ROCA SASTRE, pues la contraria supondría inventar, con dudoso fundamento legal, una causa de indignidad; causa que, por lo demás, no resolvería todos los problemas planteados, al ir referida solo al cónyuge de mala fe o declarado culpable.

(6) *Vid.* Preámbulo CS, apdo. IV, c), párrafo sexto.

cuyo matrimonio supera los mínimos a partir de los cuales surge la preocupación de testar (7).

La solución propuesta se presenta como una «presunción de revocación», contra la que se admite prueba en contra. Importa destacar que su aplicación no está limitada a los testamentos, codicilos y memorias posteriores a la entrada en vigor del CS. También afecta a los otorgados con anterioridad, siempre que la sucesión no estuviese ya abierta (cfr. DT 3.^a.1 *in fine* CS) (8).

El texto del art. 132 CS es como sigue:

«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.

La disposición será eficaz si del contexto del testamento, codicilo o memoria testamentaria se desprende que el testador habría ordenado la disposición de última voluntad c. favor del cónyuge incluso en los casos citados en el apartado anterior.

Será de aplicación a los supuestos previstos en el presente artículo lo dispuesto en el artículo 335.»

(7) Comentando el «concepto romántico del matrimonio» —que pese a su origen decimonónico, sigue hoy vigente— señala H. HATTENHAUER que «tenía el gran inconveniente de la inconstancia y el peligro de más altos índices de divorcio». Y añade: «En la praxis jurídica, la emocionalización del matrimonio suscitó escepticismo. Los padres y los suegros burgueses calculaban con prosaico realismo en qué casos el amor eterno de aquella juventud lírica y sentimental podía terminar en pura tontería. Pero los jóvenes empezaron a prestar oídos sordos a los consejos de los viejos, y se fue viendo cada vez más palpablemente lo inseguro que era el matrimonio basado en los meros sentimientos» (Conceptos fundamentales del Derecho civil, Barcelona, 1987, p. 145). Por fortuna, en el caso de Cataluña, los *padres y suegros de la Patria*, en forma de Parlamento, han salido al paso de las perniciosas consecuencias de la labilidad conyugal en el ámbito de la sucesión testada. En cuanto a la incidencia social de la separación y el divorcio, es del dominio público que la imposibilidad de sostener dos hogares mantiene unidos a muchos matrimonios. En cuanto a quiénes testan no parece aventurado asociar el testamento con un cierto *status* económico (aunque, en nuestra sociedad de clases medias, son muchos quienes lo alcanzan).

(8) La DT 3.^a.1 CS —sobre la que se volverá más adelante, pues aporta información de interés para la comprensión del art. 132 CS—dispone: «Son válidos todos los heredamientos, testamentos, codicilos y memorias testamentarias otorgados de acuerdo con la legislación anterior si cumplen las formas exigidas en ella. En las sucesiones abiertas después de la entrada en vigor del presente Código, pero regidas por actos otorgados anteriormente, se aplicarán las reglas interpretativas de la voluntad del causante establecidas en la legislación derogada. Sin embargo, deberá aplicarse a estos actos lo dispuesto en el art. 132».

El precepto parece de una absoluta razonabilidad. ¿Qué más lógico que dejar sin efecto las disposiciones en favor del cónyuge si el matrimonio es nulo, se ha disuelto o se halla en crisis? Se diría tan sensato, que la primera reacción tras su lectura es de sorpresa y reproche hacia la imprevisión del Código civil y de la Compilación. Sin embargo, a poco que se reflexione, y con independencia de que pueda acabarse coincidiendo con la impresión inicial, el art. 132 CS suscita numerosos interrogantes. En primer lugar, su propia necesidad. En segundo, la naturaleza de la ineficacia en él prevista y, de forma más concreta, su relación con la voluntad testamentaria (¿se mueve el art. 132 CS en el espacio cubierto por ésta o lo hace —y en qué medida— al margen de ella?). Pero antes de abordar esas cuestiones, bueno será fijar los antecedentes del precepto e identificar alguno de sus puntos de referencia en otros ordenamientos.

2. ANTECEDENTES

Aunque el art. 132 CS constituya una novedad, no carece de precedentes en la propia historia jurídica catalana, si bien son de carácter extrapositivo. Teniendo en cuenta cómo se ha procedido en la elaboración del CS, era lógico que se encontraran en el Anteproyecto de Compilación de 1955. Así lo pone de relieve el Preámbulo del CS, con particular referencia a la ineficacia testamentaria (9). El citado Anteproyecto, en el mismo artículo dedicado a los motivos de la institución de heredero, incluía un segundo párrafo destinado a privar de eficacia a la dispuesta en favor del cónyuge en los casos de nulidad o dispensa matrimoniales. El texto del precepto —art. 253— era el siguiente:

«Las instituciones de heredero no quedarán ineficaces por fundarse en motivos o circunstancias falsos o ilícitos, salvo demostración de que el testador no las habría otorgado de

(9) Cfr. apdo. IV, c), párrafo 5.º El título completo del Anteproyecto era «*Compilación del Derecho especial de Cataluña formado con arreglo a lo dispuesto en el art 6.º de la Ley de Bases del Código civil y en el Decreto de 23 de mayo de 1947, por la Comisión de Juristas para el estudio y ordenación de las instituciones del Derecho foral de Cataluña*». Se publicó por la RJC en 1956, en número especial. Sobre él, su significación y vicisitudes, vid. L. PUIG/E. ROCA, *Fundamentos de Derecho civil de Cataluña*, I, 2.ª ed., 1984, pp. 130 y ss. y P. SALVADOR, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), XXVII/1.º, Madrid, 1981, pp. 103 y ss. (luego recogido en *La Compilación y su historia [Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes]*, Barcelona, 1985, pp. 214 y ss.). En cuanto a las diferencias entre el Anteproyecto y la Compilación, puede encontrarse alguna información de utilidad en la obra de F. CONDOMINES/R. FAUS, *Derecho civil especial de Cataluña (ley de 21 de julio de 1960 anotada)*, Barcelona, 1960.

haber sabido dicha falsedad, o que los motivos ilícitos fueron la causa de la institución.

La institución de heredero dispuesta a favor del cónyuge del testador, quedará ineficaz si se declara nulo o dispensado el matrimonio a instancia del propio testador; a menos que resulte comprobado que fue otra su voluntad.»

La norma no coincide, es evidente, con el art. 132 CS. A diferencia de éste, y por razones sistemáticas, se limitaba a la institución de heredero y no contemplaba las hipótesis de separación y divorcio. Por otra parte, evitaba —al menos *expressis verbis*— calificaciones que podrían resultar comprometidas en relación con la naturaleza de la institución. Nótese que solo hablaba de «ineficacia» (sin encajarla en la categoría de la revocación ni en ninguna otra) y, en cuanto a la posible prueba en contra, se limitaba a aludir a la voluntad del testador (sin remitir de forma específica al «contexto del testamento, codicilo o memoria testamentaria»). No obstante, en contra de lo anterior, cabe observar que la ubicación del precepto denotaba una toma de posición favorable a tratar el caso como un supuesto de error en los motivos, reconducible por tanto al régimen de la nulidad (10).

Pese a esas diferencias, es claro que la norma transcrita constituye el precedente de la actual. Es muy probable que se debiese a la pluma de ROCA SASTRE y, en última instancia, al ejemplo del § 2077 del Código civil alemán (11). En cualquier caso, la disposición no pasó al texto de la Compilación de 1960. Seguramente lo impidió su mismo carácter novedoso (12).

Al recuperar Cataluña sus órganos legislativos, la materia sucesoria fue, como es sabido, objeto de diversas iniciativas, que se concreta-

(10) La relación entre la nulidad por error en los motivos y la ineficacia ex. art. 132.1 CS es una de las cuestiones clave y se tratará más adelante. Como se verá, desde el punto de vista sistemático, la norma hoy vigente es el resultado de un recorrido que empieza en la nulidad (Anteproyecto de 1955) y acaba en la revocación (CS) sin que, en rigor, pertenezca a ninguna de las dos.

(11) Como explican F. CONDOMINES/R. FAUS (*Derecho civil especial de Cataluña, cit.*, p. 11), la parte de sucesiones del Anteproyecto de 1955 fue en gran medida obra personal de ROCA SASTRE, a quien se encomendó como «una especie de subponencia». De aquellos mismos años son sus observaciones a propósito del § 2077 del CC alemán, en su versión anterior a 1976 (*vid. supra* nota 5 e *infra* nota 24). Es lógico suponer que el art. 253.2 del Anteproyecto tenga su origen en ellas.

(12) F. CONDOMINES/R. FAUS (*Derecho civil especial de Cataluña, cit.*) no dan razón de la omisión. Posiblemente la explicación pueda hallarse en las actas de la Comisión General de Codificación, autora principal de la severa poda a que se vió sometido el Anteproyecto. En cualquier caso no creo que se aparte mucho de lo apuntado en el texto: no se trataba de innovar sino de compilar el Derecho anterior.

ron tanto en reformas de la Compilación como en leyes al margen de ella (13). No obstante, los objetivos eran más ambiciosos pues, en una segunda fase, se aspiraba a una reforma global del Derecho de sucesiones. Para llevarla a cabo se consideraron varias posibilidades. Entre ellas, insistir en el recurso a leyes independientes, acaso con la vista puesta en un futuro Código civil de Cataluña. Respondiendo a este enfoque, se elaboró un Anteproyecto de Ley de Sucesión Testada (primera parte), que incluía, como art. 38, el antecedente inmediato del vigente art. 132 CS. En él ya se contemplaban las hipótesis de separación y divorcio (14):

«La institución hereditaria ordenada a favor del cónyuge del testador será ineficaz si el matrimonio ha sido declarado nulo o se hubiese interpuesto demanda de divorcio por cualquiera de los cónyuges, haya recaído o no sentencia, y en el caso de separación personal cuando el testador muera dentro del año siguiente a la interposición de la demanda por cualquiera de los cónyuges.

La institución será eficaz si del contexto del testamento resulta que el testador habría ordenado la disposición de última voluntad a favor del cónyuge incluso en los casos mencionados en el apartado anterior.»

En lo sustancial se mantenía la sistemática del Anteproyecto de 1955 pues, si bien la ineficacia de la institución en favor del cónyuge se hacía objeto de un artículo independiente, éste se situaba justo a continuación del dedicado a los motivos de la institución de heredero. El texto fue sometido al dictamen de la Comisión Jurídica Asesora (15). Esta sugirió ampliar el ámbito de aplicación del art. 38, para extenderlo a los legados. Asimismo propuso acomodar la relación de casos o situaciones determinantes de la ineficacia a lo ya previsto para la su-

(13) Entre las primeras —reformas de la Compilación— se cuentan las leyes 13/84, de 20 de marzo (conversión de la Compilación en ley catalana y adecuación a la Constitución), 11/87, de 25 de mayo (reservas legales) y 8/90, de 9 de abril (legítimas). Al segundo grupo —leyes independientes— pertenece la 9/87, de 25 de mayo (sucesión intestada). Para los textos correspondientes pueden verse la primera y segunda ediciones (Barcelona, 1988 y 1990) de la *Legislació civil catalana*, cit. de J. EGEA/J. FERRER.

(14) Trad. del autor. Fuente: ejemplar fotocopiado, «Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques», sin fecha. En algunos de los informes y trabajos que he podido manejar, se alude a borradores y textos anteriores cuyo texto, sin embargo, desconozco.

(15) «Dictamen 42/90 sobre l'avantprojecte de llei de disposicions generals sobre successió hereditària i sobre l'avantprojecte de llei de successió testada (primera part)». Puede consultarse en el volumen núm. 4 de *Documentació parlamentaria* (septiembre 1991), elaborado por el Parlamento de Cataluña para la tramitación del Proyecto de Código de Sucesiones por Causa de Muerte (pp. 465 a 467).

cesión intestada, a fin de evitar discrepancias entre una y otra (16). Al margen de estas observaciones —que serían acogidas— la norma suscitó dudas acerca de su necesidad y también sobre la naturaleza de la ineficacia en ella contemplada. A este respecto, las consideraciones de la Comisión Jurídica Asesora, aunque breves, resultan muy ilustrativas (17).

Al final, como es notorio, se acabó prescindiendo del sistema de leyes parciales en favor de un Código comprensivo de toda la normativa sobre sucesiones. En los primeros borradores, el art. 38 del Anteproyecto de Ley de Sucesión Testada se mantuvo —como art. 55— sin modificación alguna y con el mismo planteamiento sistemático (18). Más tarde se incorporarían las sugerencias hechas en el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora. Ello trajo consigo un desplazamiento del precepto, que pasó del capítulo de la institución de heredero al general sobre ineficacia de los testamentos, codicilos y memorias testamentarias, quedando situado, dentro de él, entre las normas relativas a la revocación (19). El resultado fue un precepto —el art. 135 del Proyecto de Ley de CS— que coincide, casi a la letra, con el vigente

(16) Como señalaba el Dictamen, las mismas razones en favor de la ineficacia de la institución de heredero podían aplicarse a los legados. En cuanto a la segunda cuestión, la Comisión entendió —con razón— que las diferencias entre el art. 38 del Anteproyecto y el art. 14 de la Ley de Sucesión Intestada (actual art. 334 CS) eran demasiado acentuadas, no bastando para justificarlas el hecho de que, en la testada, quepa la revocación (*Documentació parlamentària, cit.*, p. 466).

(17) Helas aquí: «*El segundo párrafo del artículo 38 dice que, a pesar de todo, la institución (y lo mismo debería decirse del legado) será eficaz si así se deduce del contexto del testamento. Todo ello hace pensar en la naturaleza de esta ineficacia especial «ex lege» que establece este artículo 38, situado en el capítulo que trata de la institución de heredero (suponemos que esa es la razón por la cual no se refiere a los legados en favor del cónyuge) y que establece una revocación de la institución de heredero a favor del cónyuge diferente de las causas de indignidad entre los cónyuges de que habla el artículo 14 en relación con el art. 13 y los arts. 15 y 16 del primer anteproyecto [de disposiciones generales sobre sucesión hereditaria]. ¿Qué relación hay entre todos estos artículos? ¿Era necesario, o al menos conveniente, establecer causas de revocación «ex lege» de estas instituciones, teniendo en cuenta que el testador puede revocar en todo momento el testamento que las contiene?»* (*Documentació parlamentaria, cit.*, pp. 466-467, trad. del autor). Como puede verse, en la argumentación se recurría, de manera simultánea y sin precisar, a las nociones de ineficacia *ex lege*, revocación e indignidad.

(18) Al igual que en aquél, el art. 55 del Borrador se situaba inmediatamente después del precepto sobre los motivos de la institución (*cf.* actual art. 146 CS). Fuente: ejemplar fotocopiado, sin título ni fecha. Cabe observar que uno de los juristas cuya opinión fue recabada, opinaba que la norma traducía en términos actuales la probable voluntad del testador (A. ISAC, «*Modificacions mes significatives que proposa introduir en el Dret civil Català el Pre-Avantprojecte de Llei regulador de la successió testamentària*», ejemplar fotocopiado, nov. de 1990).

(19) Téngase en cuenta que en este capítulo, pese a su rúbrica, no sólo se regula la ineficacia del acto en sí sino también —aunque de manera no exhaustiva— la de las concretas disposiciones que forman su contenido. En cuanto a la decisión de calificar el caso como revocación, quizá guarde relación con el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora (*vid. supra* nota 17).

art. 132 CS (20). Durante la tramitación parlamentaria tan solo se presentó una enmienda parcial, que no prosperó (21). Lo único que cambió fue la numeración del artículo y, mínimamente, la redacción (22). Por lo visto, o hubo pleno acuerdo en cuanto a su necesidad o su lógica de fondo hizo que no se le prestase mayor atención.

Hasta aquí los precedentes propios. Pasemos ahora, brevemente, a apuntar algunos extranjeros. Era inevitable que los hubiera, pues las implicaciones testamentarias del matrimonio y de sus vicisitudes constituyen un problema de alcance general (23). Según ha habido ocasión de advertir, el art. 132 CS tiene seguramente su origen en el § 2077 del CC alemán. Como ya hiciera ROCA SASTRE, es más que probable que los autores del Proyecto de CS —y del Anteproyecto de Ley de Sucesión Testada que le precedió— lo tuvieran muy presente. Su texto es como sigue (24):

«Una disposición de última voluntad por la cual el causante ha designado a su cónyuge, es ineficaz si el matrimonio es

(20) El Proyecto puede consultarse en el *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya (BOPC)*, núm. 271, de 3 de junio de 1991, así como en el volumen *Documentació Parlamentaria, cit.*, pp. 3 y ss.

(21) La enmienda, de IC (ex-comunistas), pretendía que para la ineficacia bastase la mera separación, con independencia de su causa. Para ello se proponía la supresión de la frase *«por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio»* (párrafo primero). *Cfr. BOPC*, núm. 306, de 28 de octubre de 1991 y, para la discusión, *Diari de Sessions*, P-núm. 114, de 12 de diciembre de 1991, pp. 5841 y s.

(22) En cuanto a ésta, las diferencias se concretan en la adición de artículos y en la sustitución del futuro por el presente. Estas pequeñas variaciones no se reflejan, sin embargo, en la versión castellana.

(23) En cuanto a la primera cuestión (efectos del matrimonio) y a título de mero ejemplo, cabe mencionar las disposiciones que, como el art. 3826 del CC argentino, prevén la inmediata ineficacia del testamento mismo por el simple hecho de contraerlo (*«Todo testamento hecho por persona que no esté actualmente casada, queda revocado desde que contraiga matrimonio»*). Esa es también, la regla general —con algunas excepciones— en el Derecho inglés (*cfr. PARRY & CLARK, The law of succession*, 9th. ed., by J. B. CLARK, London, 1988, p. 59).

(24) El § 2077 —que ya había sido reformado en 1938 (*cfr. KIPP, Derecho de sucesiones*, 2.^a ed., 1976, *cit.*, p. 249 nt 6) —resultó afectado por la *1. Gesetz zur Reform des Ehe und Familienrechts* (1.Ehe RG) de 14 de junio de 1976. Salvo la última parte del número 1 (entre corchetes, trad. del autor), que es la afectada por la 1.Ehe RG de 1976, la norma transcrita se toma de MELON INFANTE (*Código Civil Alemán [BGB], Traducción directa del alemán al castellano acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950, por C. MELON INFANTE, Apéndice al Tratado de Derecho Civil de L. ENNECCERUS, T. KIPP y M. WOLFF*, Barcelona, 1955). Antes de la repetida reforma, el número 1 establecía: *«Una disposición de última voluntad por la cual el causante ha designado a su cónyuge, es ineficaz si el matrimonio es nulo o si ha sido disuelto antes de la muerte del causante. A la disolución del matrimonio se equipara la circunstancia de que el causante, al tiempo de su muerte, estuviese facultado para interponer acción de divorcio por culpa del —otro— cónyuge y hubiese interpuesto la acción para el divorcio o para la supresión de la comunidad matrimonial»* (MELON INFANTE, *op. cit.*).

nulo o si ha sido disuelto antes de la muerte del causante. A la disolución del matrimonio se equipara la circunstancia de que [al tiempo de la muerte del causante se hubieran dado los presupuestos para el divorcio del matrimonio y el causante hubiera interpuesto la demanda o hubiera consentido en ella. Lo mismo vale cuando el causante, al tiempo de su muerte, estuviera legitimado para demandar la disolución y hubiera interpuesto la demanda].

Una disposición de última voluntad por la cual el causante ha designado a su prometido es ineficaz, si los esposales han sido disueltos antes de la muerte del causante.

La disposición no es ineficaz si ha de entenderse que el causante la habría adoptado también en semejante caso.»

La norma transcrita ha generado bastante polémica en la doctrina alemana. De hecho, ya la provocó antes de entrar en vigor pues, en principio, estaba previsto configurarla no como un supuesto de ineficacia legal sino de impugnabilidad (25). En la actualidad las opiniones siguen siendo encontradas, en particular con referencia al alcance de los actos y declaraciones de voluntad posteriores al testamento, que es sin duda la cuestión más delicada (26).

Una norma semejante, acaso también inspirada en la alemana, se encuentra en el interesante CC portugués de 1966, cuyo art. 2317 se reproduce seguidamente en la parte que interesa (27):

«(Casos de caducidad). Las disposiciones testamentarias, se trate de institución de heredero o nombramiento de legatario, caducan, entre otros casos:

d) Si el llamado a la sucesión era cónyuge del testador y en la fecha de la muerte de éste se encontraban divorciados o separados judicialmente de personas y bienes o el matrimonio había sido declarado nulo o anulado, por sentencia ya recaída o que viniera a recaer en el juzgado o si viniera a ser dictada, posteriormente a aquella fecha, sentencia de divorcio, separación judicial de personas y bienes, declaración de nulidad o anulación del matrimonio.»

(25) Vid. KIPP, *Derecho de sucesiones*, 2.^a ed., 1976, cit., p. 250. Cabe observar que el § 2077 del CC alemán se sitúa entre una norma sobre las condiciones (§ 2076) y otra sobre el error (§ 2078).

(26) Además de la *op. ed. ult. cit.* de KIPP (pp. 249 y 250), para el estado de la cuestión en Alemania, vid. D. LEIPOLD, § 2077, *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 6, 2. Auf., München, 1989.

(27) Trad. del autor. El artículo fue reformado por *Dec.Lei* núm. 496/77, de 25/11.

No obstante, a diferencia de lo que sucede con el alemán, no parece que el precepto portugués haya sido utilizado por los autores del Proyecto catalán (28).

3. ¿UNA NORMA NECESARIA? OTROS EXPEDIENTES

Es inmediato preguntarse qué sucedía antes de la entrada en vigor del CS. A primera vista, se diría que el art. 132 CS ha venido a llenar un incomprensible vacío legislativo. Sin embargo, la realidad es otra pues no faltaban expedientes a los que recurrir para impedir la eficacia de las disposiciones en favor del cónyuge en los casos de nulidad, separación o divorcio. El más sencillo, la revocación, sólo estaba al alcance del propio testador. Pero, en su defecto, había otros —independientes de la voluntad testamentaria o reconducibles a ella— que sí eran accesibles a los eventuales interesados en la ineficacia, una vez abierta la sucesión.

Tales expedientes siguen existiendo tras el CS y su análisis resulta obligado. En primer lugar, porque sólo a través del mismo lograremos la comprensión cabal de una norma que —cabe suponer— ha venido a cubrir un espacio vacío o al menos —y de forma más probable— a potenciar vías de solución cuyo desarrollo, en su ausencia, podría resultar muy dificultoso (29). En segundo lugar, porque la posible variación de las circunstancias existentes al otorgar el acto, es un problema que desborda al art. 132 CS, para convertirse en uno de los mas impor-

(28) Es razonable suponer que, en otros ordenamientos, ha de haber mas disposiciones del género de la que nos ocupa. M. GARCÍA AMIGO, por ejemplo, mencionaba la Ley sueca sobre Sucesión Hereditaria de 5/2/1965, señalando que, en sede de interpretación, admite «*la posibilidad de dar validez a la voluntad presunta del testador cuando cambien las circunstancias que motivaron la disposición testamentaria por ejemplo, disposiciones a favor de un cónyuge si luego se disuelve el matrimonio, o si se dispone de un bien que luego es vendido por el testador, etc.*» («Interpretación del testamento», RDP, 1969, p. 945). En Inglaterra, antes de la *Administration of Justice Act* de 1982, la anulación o disolución del matrimonio no tenía efecto sobre el testamento. En esa fecha se estableció el principio contrario: salvo que del propio testamento resulte una voluntad opuesta, el cónyuge no se beneficiará de las disposiciones en su favor anteriores a la disolución o anulación del matrimonio, manteniéndose aquél en todo lo demás. Recientemente se ha elaborado un borrador de reforma para —respetando el principio expuesto— sustituir el expediente de la caducidad por una presunción o ficción de premoriencia del favorecido, referida a la fecha del divorcio. Cfr. *The Law Commission (Law Com. N.º 217), Family Law: The effect of divorce on wills, september 1993, HMSO. London, 1993*. Sería de mucho interés conocer todas las normas que presentan algún grado de semejanza con nuestro art. 132 CS. No obstante, escapa al objeto de estas páginas llevar a cabo un estudio exhaustivo de Derecho comparado.

(29) Téngase en cuenta que, tratándose de una ley que asume la forma de Código, el argumento económico o *hipótesis del legislador no redundante*, aunque no pueda elevarse a la categoría de axioma, adquiere una particular relevancia (cfr. G. TARELLO, *L'interpretazioni della legge*, 1980, pp. 371 y ss.).

tantes en materia testamentaria (30). En algunas ocasiones, la ley da soluciones concretas. Así sucede con la superveniencia de hijos, por citar un ejemplo señalado, cuyo paralelismo con los casos contemplados en el art. 132 CS resulta, además, evidente (31). Pero en la mayoría no hay más previsión que las normas generales sobre interpretación y, en su caso, nulidad del testamento.

El art. 132 CS contempla unas determinadas circunstancias sobrevenidas (declaración de nulidad, separación o divorcio). Pero existen otras, más o menos semejantes, que quedan fuera de su ámbito de aplicación. Considérese la disposición en favor de un hijo que luego resulta no serlo (nulidad del reconocimiento o de la adopción, etc.) o la hecha en favor del prometido cuando el matrimonio no llega a celebrarse (cfr. § 2077.2 CC alemán). Problemas análogos —y quizá no infrecuentes— plantearán las uniones extramatrimoniales. Es muy dudoso que en tales casos pueda invocarse por analogía el art. 132 CS. La solución tendrá que venir por otras vías: las mismas a las que, antes de la entrada en vigor del CS, había que recurrir para las disposiciones en favor del cónyuge.

3.1. LA POSIBILIDAD DE REVOCAR

Ante las situaciones que contempla el art. 132 CS y, en general, ante cualquier circunstancia imprevista, el testador tenía —y tiene— una

(30) En ninguna obra sobre el testamento en general y sobre su interpretación en particular, faltan advertencias a este respecto. Las dificultades serán tanto mayores cuanto más dilatado sea el espacio de tiempo entre el otorgamiento y la apertura de la sucesión. Según la gráfica imagen de J. PUIG BRUTAU, «*como un proyector de luz que movido sólo de manera imperceptible provoca en el lugar distante donde se proyecta un rápido desplazamiento de luces y sombras, sucede que a veces una ligera variación en los términos de la declaración o su distinta calificación puede provocar unos resultados completamente diferentes*» («La interpretación del testamento en la jurisprudencia», *AAMN*, XIII, 1962, p. 525).

(31) La superveniencia es también un hecho nuevo, con el que el testador seguramente no contaba. La solución legal se apoya en una serie de valoraciones o conjeturas acerca de la voluntad típica de quienes testan. Tales conjeturas se dirigen, en primera instancia, a salvar el testamento, sin perjuicio del derecho a la legítima. La ineficacia se contempla sólo como última solución (cfr. arts 126.1 y 367 CS). Como veremos, ese planteamiento de fondo, consistente en apoyarse en conjeturas acerca de la voluntad del testador, es también el del art. 132 CS, si bien el régimen de ineficacia en uno y otro caso difiere pues la preterición implica nulidad. No obstante, conviene no olvidar que esta última cuestión —naturaleza de la ineficacia por preterición— resulta discutida en la doctrina, entre otras cosas por el carácter sobrevenido del hecho determinante de la ineficacia. Sobre la polémica vid. L. PUIG/E. ROCA, *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, III/1.^o, Barcelona, 1979, pp. 313 y ss. y allí las oportunas referencias a otros autores. Tras el CS, aunque incluyendo la preterición en la relación de causas de nulidad para respetar el planteamiento de los arts. 125 y 126 CS, los autores citados —más en concreto E. ROCA— insisten en su opinión contraria a esta calificación (*Institucions del Dret civil de Catalunya (Dret de successions)*, II, 4.^a ed., Valencia, 1992).

solución muy simple: revocar las disposiciones que en su día otorgó. Eso es algo que puede hacer en cualquier momento y con la más absoluta libertad, *ad nutum* (32).

Siendo así, en principio resulta extraña una interferencia legal como la que parece llevar a cabo el art. 132 CS. Téngase en cuenta que hablamos de alguien que ya sabe lo que es hacer testamento y que muy probablemente habrá tenido tiempo sobrado para reflexionar y tomar una decisión al respecto. Quien acude a un abogado para consultar su problema matrimonial y luego a un notario para otorgar poderes o llega a suscribir un acuerdo formal de separación, en el que no olvidará resolver las cuestiones patrimoniales ¿acaso no ha podido también revocar o modificar el testamento?... ¿Es lógico que la ley deje sin efecto unas disposiciones que el testador —pudiendo— no ha revocado?

Desde este punto de vista, una norma como el art. 132 CS resultaría comprensible solo en aquellos casos en los que la revocación está excluida, sea por razones jurídicas o de hecho. Así, por ejemplo, cuando las disposiciones en favor del cónyuge se contienen en un testamento mancomunado, en la medida en que este se admita (33). También

(32) La revocación —aunque causal— es también el cauce previsto para las donaciones entre cónyuges (art. 21 Compilación; tras la reforma por Ley 8/93 de 30 de septiembre, *DOG* 11/10, *vid.* art. 19). Asimismo habrá que acudir a él —salvo en caso de nuevo matrimonio— en otro supuesto cuya proyección sucesoria no ha pasado inadvertida a la doctrina y, menos aún, al Fisco [*cf.* art. 3.1.c) de la Ley 29/87, del Impuesto sobre sucesiones y donaciones]: los seguros de vida (*cf.* arts. 85 y 87 Ley 50/80 del Contrato de Seguro). ¿Cabría replantearse los a la luz del art. 132 CS? Ciertamente, se trata de actos *inter vivos*. No obstante, al menos en el caso de los seguros, quizá sería oportuno hacerlo; como mínimo, interesante.

(33) No es el caso de Cataluña, donde ese tipo de testamento está excluido. En el curso de los trabajos para la elaboración del CS se pensó en reconocerlo. Llegó a figurar en el Anteproyecto de Ley de Sucesión Testada (arts. 21 a 24) y se mantuvo en los primeros borradores del que sería Proyecto de CS (arts. 38 a 41). Pero no pasó al texto definitivo de éste. En el vigente CS no hay una prohibición expresa —al estilo de la que, por ejemplo, se contenía en el Anteproyecto de Compilación de 1955 (art. 468.2)— pero esa es la conclusión que resulta del art. 125.1 CS (tipicidad de las formas testamentarias), del silencio al respecto y, en fin, de los antecedentes aludidos. En cambio, en España, hay otros Derechos que sí admiten el testamento mancomunado. Así sucede en Aragón y por ello el art. 98 de su Compilación (reformado por Ley 3/85 de 25 de mayo), bajo la rúbrica «Efectos de la nulidad, divorcio y separación», dispone: «1. Las sentencias de nulidad de matrimonio, de divorcio y de separación hacen ineficaces las liberalidades que los cónyuges se hubieran concedido en el testamento mancomunado y todas las disposiciones correspondientes [*cf.* art. 97]. // 2. A estos efectos, podrá continuarse el proceso por los herederos de un cónyuge, quedando en suspenso la efectividad de dichas disposiciones y liberalidades». No obstante, la solución aragonesa —ineficacia *ex lege* a partir de la sentencia— no es imprescindible. También cabía haberse limitado a permitir la revocación unilateral, como hace, por ejemplo, el art. 22.2 de la Ley estatal del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, de 24/12/1981: «Este testamento [mancomunado] sólo podrá ser revocado o modificado en vida de ambos Cónyuges y conjuntamente. Sin embargo, en caso de disolución en vida del matrimonio declarada judicialmente, o de separación efectiva de los cónyuges, será válida la revocación unilateral, que habrá de

cuando no hay posibilidad material de revocar, sea por muerte (el testador fallece al recibir de forma inesperada la demanda de separación...), pérdida sobrevenida de la capacidad natural (circunstancia que podría muy bien ser, además, la razón de la separación o el divorcio) u otra causa cualquiera.

Quizá, yendo un poco más allá de la imposibilidad estricta, también cabría considerar las hipótesis de muerte o incapacidad producidas en ese período gris, que se da en toda crisis matrimonial, en el que aún no se ha tomado una decisión. Se podría objetar que, por lo general, esa fase de incertidumbre no es óbice para la adopción de medidas cautelares (como la rápida retirada de los fondos depositados en cuentas comunes) y que, en definitiva, revocar o modificar el testamento no exige un esfuerzo mucho mayor. Pero, en sentido contrario, cabría observar que la urgencia del caso es muy diferente. La mayoría de las cuestiones que se plantean en las crisis matrimoniales están sujetas a acuerdos que no es bueno posponer. En cambio, ni el testamento atribuye derechos a los designados en él ni su modificación o revocación está sometida a pacto alguno. La decisión es unilateral y puede formalizarse en cualquier momento.

No obstante, abordar la cuestión desde el punto de vista de la imposibilidad —o grave dificultad— de revocar supone plantear mal el problema. La simple lectura del art 132 CS indica que con él no se ha querido dar una solución limitada a situaciones como las antes mencionadas. En él, a diferencia de lo que sucede con otras normas, no se exige que el testador muriese queriendo revocar y sin poder hacerlo (34). Es cierto que se podía haber introducido esa precisión y no es raro que se sugiera darla por sobreentendida (35). Sin embargo, se ha omitido, lo que, a mi juicio, constituye una opción deliberada que aleja el precepto que nos ocupa del restringido ámbito de la imposibilidad de revocar.

notificarse fehacientemente al otro cónyuge». Volviendo al Derecho catalán, esta solución —revocabilidad— es también la prevista para los heredamientos en caso de divorcio (cfr. arts. 71 CS y 10 Compilación; tras la reforma por Ley 8/93 de 30 de septiembre, vid. art. 13).

(34) Vid. por ejemplo, el art. 653 CC (revocación de donaciones por ingratitud): «No se transmitirá esta acción a los herederos del donante, si éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado». En otras palabras, la acción no se transmite si el donante no quiso ejercitarla, cosa que se presume si, pudiendo, no la ejercitó (cfr. S. DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* [dir. M. ALBALADEJO], VIII/2.º, 1986, p. 473). Como se verá, en el art. 132 CS la mera inactividad —aunque pueda ser expresiva de una determinada voluntad— resulta por sí sola insuficiente.

(35) En las VII Jornadas de Derecho civil catalán (Tossa de Mar, Gerona, septiembre de 1992), se expresaron, verbalmente, opiniones en tal sentido. Cabe observar que el art. 38.1 del Anteproyecto de Ley de Sucesión Testada, en el caso de separación, solo preveía la ineficacia de la disposición en favor del conyuge cuando el testador falleciese «dentro del año siguiente a la interposición de la demanda». En cambio, si la muerte era posterior, la disposición mantenía su eficacia. Probablemente se pensó que solo una vez transcurrido cierto tiempo —fijado de manera arbitraria en un año— debía otorgarse relevancia a la inactividad del testador, como expresiva de una voluntad contraria a la revocación y favorable a la eficacia de la disposición.

Por ello la ineficacia *ex art 132.1 CS* también se producirá en los casos en que la falta de revocación obedece a simple olvido o inadvertencia. Si responde a una voluntad consciente, la cuestión resultará mas dudosa. Pero parece que los promotores de la norma tenían en mente idéntico tratamiento: aplicación del art. 132.1 CS. Como se dijo durante la tramitación parlamentaria del Proyecto, quien desee que las disposiciones en favor del cónyuge se mantengan que teste de nuevo (36).

Sería por lo tanto un error ver la ineficacia *ex art. 132.1 CS* como un complemento de la posibilidad de revocar. Nada tiene que ver con ella. De hecho, la fórmula a la que se ha recurrido —«presunción de revocación»— constituye un desacierto, según habrá ocasión de comprobar. El art. 132.1 CS no pretende suplir la inadvertencia o limitaciones del testador en cuanto a la revocación. Simplemente, como tantas otras normas, tiende a expresar un criterio de normalidad —de carácter dispositivo— referido a la voluntad testamentaria en su día expresada. En términos económicos diríamos que constituye una opción en favor de la solución menos costosa, dada la mentalidad del testador medio o típico: mejor imponer la carga de un nuevo pronunciamiento a los pocos que puedan querer que las disposiciones que hicieron en favor de su cónyuge sean eficaces, que obligar a revocar a los muchos que, de haber considerado el problema, nunca lo habrían querido.

3.2. LA INDIGNIDAD DEL CÓNYUGE

La revocación es el procedimiento mas eficaz y sencillo para dejar sin efecto las disposiciones en favor del cónyuge. Pero, por fortuna para los sucesores, no es el único. A falta de él, hay otros a los que recurrir. Entre ellos, la eventual acción de indignidad. Si se da alguna de sus causas, la ineficacia estará prácticamente asegurada. Ahora bien, de ahí no resulta la inutilidad del art. 132 CS pues la ineficacia en él contemplada y la indignidad son instituciones con ámbito de aplicación, régimen y efectos muy diferentes.

En primer lugar, la indignidad obedece a causas tasadas: solo lo son las previstas en el art. 11 CS. Es posible, desde luego, que el cónyuge del testador haya incurrido en alguna de ellas. Pero, en la práctica, será muy excepcional que esto suceda. La mera separación o divorcio —aunque sea por culpa del cónyuge en cuyo favor se ha dispuesto— no implican indignidad. Y menos aún lo hace la nulidad. Nótese

(36) CAMPS ROVIRA («CiU», nacionalista), tras calificar la ineficacia de las disposiciones en favor del cónyuge como presunción *iuris tantum*, concluía: «No hay nada tan sencillo como otorgar testamento, ratificándolo, para que se rompa esta presunción» (cfr. *Diari de Sessions*, P-núm. 114, 12 de diciembre de 1991, p. 5842).

que el art. 11-4.º CS, en esos casos, sólo considera indigno al cónyuge que deja de pagar las pensiones a su cargo (37). Por otra parte, es obvio que la indignidad actúa solo contra quien incurre en ella. En cambio,

(37) Aunque poco tiene que ver con el objeto de estas páginas —y es acreedor de un estudio individualizado— debe criticarse este inciso, añadido al art. 11.4 CS en el curso de la tramitación parlamentaria del Proyecto (cfr. art. 1.3 Pr. CS, *Documentación parlamentaria*, cit., p. 9; para la enmienda de adición —de IC— y su discusión, vid. BOPC núm. 306, de 28/10/1991, p. 20954 y *Diari de Sessions*, P-núm. 114, 12/12/1991, pp. 5823 y s.). Por supuesto, las objeciones no van contra la finalidad de la disposición, que responde a un grave problema social, sino contra su instrumentación. Prescindiendo de la incorrección que supone no dedicarle un número independiente, son muchos los problemas que plantea. Me limitaré a apuntar algunos, sin ánimo de exhaustividad.

Evidentemente, el art. 11.4 *in fine* CS es tributario del art. 487 bis CP (LO 3/89, de 21 de junio), que introdujo el delito de impago de pensiones: «*El que dejare de pagar durante tres meses consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio, será castigado con pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 ptas.*». Ahora bien, para apreciar la indignidad ¿es preciso que haya delito? o, en otras palabras, ¿establece el art. 11.4 *in fine* CS un ilícito civil independiente? A favor de esta segunda hipótesis juega el hecho de que en otros números (1 a 3) el art. 11 CS es muy taxativo al exigir «*sentencia firme en juicio penal*» (téngase en cuenta además que esta precisión se incluyó en el curso de los debates parlamentarios y a instancia del mismo grupo —IC— que introdujo el actual art. 11.4 *in fine* CS; cfr. art. 11 Pr. CS *Documentació Parlamentària*, loc. cit. y BOPC, loc. ult. cit.). En el impago de pensiones, por contra, se habla simplemente de «*condena en sentencia firme*», lo que en teoría puede aplicarse tanto al ámbito civil como al penal, pese a ser más propio de éste. En el mismo sentido, nótese que el supuesto se sitúa en un número, el 4, cuya primera parte contempla una causa de indignidad que no exige delito. Cabría objetar, en relación con la omisión de la precisión «*juicio penal*», que otro tanto sucede en el art. 11.5 CS que, sin embargo, parece presuponer la existencia de delito. No obstante, esto último también resulta discutible. Como se ve, la cuestión que aquí interesa (¿ha de haber delito por impago de pensiones?) no es clara. A pesar de ello y para dar una solución, los trabajos parlamentarios —y la misma fórmula empleada: condena no «*a pagar*» sino «*por no pagar*»— parecen apuntar a una respuesta afirmativa.

El hecho de que el art. 11.4 CS reproduzca —no por simple remisión— el tipo previsto en el art. 487 bis CP también merece algunas objeciones. Suponiendo —como parece— que la indignidad exija delito, se corre el riesgo de que, en el futuro, a causa de eventuales modificaciones en el Código penal, la norma civil quede total o parcialmente vacía de contenido o, simplemente, desfasada en relación con aquél. Eso es lo que probablemente sucederá en el caso de aprobarse el proyectado nuevo Código Penal (*Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*, ed. Ministerio de Justicia, 1992).

Por otra parte, aunque el tipo no cambie, la indignidad por esta causa será muy excepcional. Ciertamente, el delito es independiente de las consecuencias del impago, pues no se exige que implique falta de asistencia o abandono (lo que ha provocado críticas en la doctrina penal, que ha llegado a poner en duda la constitucionalidad del art. 487 bis CP esgrimiendo el argumento de la prisión por deudas; cfr. J. BOIX/E. ORTS/T. S. VIVES, *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989, pp. 169 y ss.). No obstante, al exigirse *animus* o intencionalidad (cfr. *op. loc. ult. cit.*), la apreciación de tal delito será muy rara. Da la impresión de que la norma penal es una simple declaración de buenas intenciones. Incluso es lícito sospechar que, en el fondo, el legislador nunca ha pretendido realmente que la criminalización del impago de pensiones llegue a tener efectividad. Parece un puro gesto político. En cualquier caso —y pese a las críticas

el art. 132.1 CS lo hace en perjuicio de ambos cónyuges: para su aplicación es indiferente a quién sea imputable la nulidad o crisis matrimo-

doctrinales— la norma se mantiene en el art. 229 del Proyecto de Código Penal, si bien con algunas diferencias tendentes a ampliar el tipo (extensión a las pensiones impuestas en procesos de filiación y adición de un núm. 2 en virtud del cual también se sanciona el impago de «cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior»).

Si, contra lo que parece más probable, se entendiera que el impago de pensiones actúa como causa de indignidad aun sin condena penal, no hay duda de que el art. 11.4 *in fine* CS cobraría mayor virtualidad. Pero entonces se haría acreedor, directamente, de reproches que, en otro caso, habría que dirigir en primer lugar al CP. Nótese que el ilícito descrito en el art. 11.4 *in fine* CS da por supuesto que las prestaciones en favor del cónyuge siempre tendrán carácter mensual, con lo que no se cometería infracción alguna si su periodicidad es diferente (como sucede a veces en el mundo rural: se paga al cosechar) o el incumplimiento afecta a prestaciones no periódicas (por ejemplo, entrega de la vivienda cuyo disfrute se ha adjudicado al otro cónyuge). Nótese, en este sentido, cómo el art. 229.2 del Proyecto de CP extiende el delito al impago de «cualquier otra prestación establecida de forma conjunta o única». Por otra parte, para el caso de que el incumplimiento no sea continuo, resulta desacertado que no se señale un plazo máximo para contabilizar seis mensualidades. En períodos de tiempo que pueden ser muy largos resulta relativamente fácil dejar de pagar en seis ocasiones (¿se considerará la eventual prescripción o se prescindirá de ella?). Téngase en cuenta además que la norma alude a «cualquier tipo de prestación económica». ¿Bastará que un padre o madre obligados a pagar la cuota mensual del gimnasio de uno de los hijos dejen de hacerlo durante tres meses consecutivos o seis alternos para incurrir en indignidad?

Por último y sobre todo, resulta confusa la referencia conjunta al cónyuge y los hijos que hace el art. 11.4 *in fine* CS. En primer lugar, no está claro que consecuencias tiene el impago que afecta a unos en la sucesión de los otros. En segundo, en relación con los hijos y su sucesión, no resulta justificada la limitación a las resoluciones recaídas en procesos matrimoniales. Analicemos ambas cuestiones.

1.a) ¿Dejar de pagar las prestaciones debidas a los hijos implica indignidad respecto del cónyuge progenitor de éstos? ¿Y lo contrario?... La primera pregunta debe, a mi juicio, responderse de manera afirmativa. No obstante, tal motivo de indignidad tendrá un campo de actuación muy limitado. En efecto: en la sucesión intestada el cónyuge —incumplidor o no— ya estará excluido (*cf.* arts. 331.1, 334, 381 y 335 CS, *supra* notas 2 y 3); y lo mismo sucederá en la testada por aplicación del art. 132.1 CS. La indignidad, por tanto, solo serviría para cubrir aquellos casos en los que el testador hubiera favorecido al cónyuge con voluntad de que la disposición se mantuviera a pesar de una futura declaración de nulidad, separación o divorcio.

En cuanto a los efectos, en la sucesión de los hijos, del impago de pensiones al cónyuge, entiendo que también hay indignidad, siempre —claro está— que el cónyuge perjudicado sea progenitor del hijo de cuya sucesión se trate. No parece que esta solución deba cambiar por el hecho de que el hijo causante no conviviera con el cónyuge perjudicado sino con el incumplidor o por la circunstancia de que viviera con independencia de ambos.

2.a) No hay duda de que el impago de prestaciones debidas a los hijos implica indignidad respecto de ellos o, más en concreto, respecto de aquél afectado por el impago (puede tratarse de prestaciones individualizadas y no cabe extender la indignidad al impago de pensiones a hermanos). Ahora bien, ¿por qué se limita ese efecto al caso de que tales prestaciones hayan sido impuestas en procesos de nulidad, separación o divorcio? ¿Y si se trata de una resolución que, al margen de esos procedimientos, condena al pago de alimentos (por ejemplo, sentencia de filiación o en aplicación de los arts. 142 y ss. CC)?... La restricción, que seguramente pasó inadvertida, carece de justificación.

nial (38). En suma: puede haber indignidad sin nulidad, separación o divorcio y, al revés, estas situaciones —que implican ineficacia *ex art.* 132.1 CS— pueden darse sin caer en aquella.

Si del ámbito de aplicación pasamos al régimen, las diferencias no son menores. La indignidad debe ser invocada por quienes en su caso resultarían favorecidos (art. 12 CS), accionando dentro del plazo de cinco años a partir de la apertura de la sucesión (art. 15 CS). De no hacerlo, el llamamiento en favor del indigno surtirá efecto: si ya tiene los bienes, consolidará su adquisición y, si no los tiene, podrá reclamarlos. En cambio, el art. 132.1 CS, al margen de que su aplicación pueda ser —y será— ocasión de pleitos, provoca una ineficacia que es independiente de toda acción judicial. El cónyuge beneficiario de las disposiciones nunca podrá exigir los bienes que constituyen su objeto, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la apertura de la sucesión. Y si ya están en su poder, solo podrá convertirse en propietario de los mismos a través de la usucapión (39).

Ya se ha visto cómo el Proyecto de CP rectifica en parte al incluir las resoluciones dictadas en procesos de filiación (pero no las recaídas por demandas de alimentos al amparo de los arts. 142 y ss.). Ante el silencio del art. 11.4 CS, para conseguir la declaración de indignidad queda el recurso al art. 11.5 CS (abandono de los hijos), pero este precepto abre nuevos interrogantes. Ya se ha dicho que es dudoso si esta última causa presupone delito. Personalmente me inclino por la negativa. Primero porque el art. 11.5 CS omite la precisión de que la sentencia sea penal; segundo porque, en caso contrario, quedarían sin sanción muchas actuaciones mercedoras de ella (por ejemplo, daños al honor o dignidad del hijo apreciados en sentencia civil). En cualquier caso, se exija o no delito, la existencia del art. 11.5 CS añade dificultades a la causa de indignidad prevista en el art. 11.4 *in fine* CS. En efecto, si el art. 11.5 CS presupone delito, la indignidad por impago de pensiones *ex art.* 11.4 CS se revela demasiado limitada (habrá casos de abandono real que no entrarán en ninguno de los dos números: por ejemplo, impago de pensiones establecidas en proceso de filiación sin que se haya llegado a seguir causa penal por ello). Por contra si, como creo, el art. 11.5 CS no exige delito, entonces el art. 11.4 *in fine* CS resulta —respecto de los hijos— prácticamente inútil: bastaría con aquél para sancionar con la indignidad al progenitor que no cumpliera sus deberes de asistencia.

Aun consciente de que el examen realizado en esta desmesurada nota es limitado —y seguramente apresurado— creo que basta para concluir que, una vez haya entrado en vigor el nuevo Código penal, sería oportuno plantear una reforma del CS para resolver las dudas existentes y adecuar la regulación de la indignidad a los diversos delitos incluidos en la Sección que trata «*Del abandono de familia, menores o incapaces*» (arts. 228 y ss. del Proyecto de CP).

(38) El art. 253.2 del Anteproyecto de 1955, por contra, sólo preveía la ineficacia si la nulidad o dispensa eran pedidas por el propio testador.

(39) La admisión de la usucapión de los bienes de forma individual —no la de la herencia en su globalidad, que hay acuerdo en rechazar— ha sido discutida con referencia al *possessor pro herede*, alegando que su posesión no reúne los requisitos de la *ad usucapionem* (LACRUZ, en LACRUZ/SANCHO *Derecho de sucesiones*, I, 1971, p. 314). Pero una cosa es el título que ampara la adquisición y otra el concepto en que se posee: Se adquiere como heredero, pero el concepto posesorio es el de dueño. Visto el art. 342 CS, debe admitirse la usucapión individual de los bienes por parte de cualquier sujeto, incluido el *possessor pro herede*. En este sentido, L. PUIG/E. ROCA (*Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, III/2.^o, 1980, pp. 629 y 630 y III/1.^o, 1979, p. 285) y, con referencia al Código civil, ALBALADEJO (*Curso de Derecho civil*, V, 1982, pp. 202-203).

También cabe observar que, en caso de indignidad, se admiten de manera expresa la reconciliación (bilateral) a través de actos indudables y el perdón (unilateral) en escritura pública (art. 14-2 CS). Por contra, tratándose de nulidad, divorcio o separación, el alcance subsanador de tales actos —en cuanto expresivos de una voluntad posterior, netamente diferenciada de la testamentaria— resulta dudoso, sin que pueda darse una solución global (40).

Por último, en el terreno de los efectos, hay que decir que la indignidad actúa tanto en la sucesión testada como en la intestada. Si el cónyuge favorecido en el testamento, codicilo o memoria es indigno, tampoco podrá suceder abintestato. Se dirá que, en los casos contemplados en el art. 132 CS, llegaremos a la misma solución —ineficacia de la disposición— aplicando los arts. 334 CS y concordantes. Pero pudiera no ser así. El art. 132 CS, a diferencia de la indignidad, no impide el llamamiento abintestato del cónyuge por un título distinto. Supongamos que se trata de un matrimonio entre primos hermanos (parentesco de cuarto grado, art. 340 CS). El art. 132 CS dejaría sin efecto las disposiciones contenidas en el testamento, codicilo o memoria, pero no impediría la sucesión abintestato. Y lo mismo hay que decir en el caso —si se quiere de laboratorio, pero igualmente útil a efectos dogmáticos— de un matrimonio cuya nulidad obedezca a no haberse respetado los límites de parentesco impuestos por el Código civil (así el contraído entre hermanos o con un progenitor).

En resumen, el expediente de la indignidad constituye una solución posible pero muy limitada. En cualquier caso, su utilización como forma de excluir al cónyuge de la sucesión testada presupone algo que acaso no se de: una voluntad testamentaria, carente de vicios, favorable a la eficacia de la disposición. Su existencia es lo primero que habría que comprobar (41).

(40) La cuestión será tratada más adelante.

(41) Prácticamente concluido este trabajo, se ha publicado la cuarta edición de la obra de Ll. PUIG y E. ROCA, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, cit. En ella, E. ROCA opta por incluir el art. 132 CS dentro del epígrafe general de la indignidad sucesoria, si bien dándole un tratamiento autónomo, bajo el título «*Causas de exclusión de los cónyuges en las sucesiones entre ellos*». Según E. ROCA, la nulidad, el divorcio y la separación judicial o de hecho (con causa o mediante acuerdo formal) son «*causas especiales de exclusión que actúan de forma automática*». Y concluye: «*Dado que excluyen la delación, han de considerarse como causas de indignidad sucesoria; no creemos que puedan considerarse como prohibiciones de disponer, ya que el causante afectado puede perdonarlas*» (*op. cit.*, p. 74, t.d.a.; *vid.* también p. 76, en cuanto al perdón y la reconciliación). Es obvio, por lo expuesto en el texto, que —salvo en lo relativo al automatismo del efecto— no comparto esta autorizada opinión. Sin excluir que, en algún caso, el cónyuge del testador pueda ser —además— indigno, el art. 132 CS no ha creado una nueva causa de indignidad.

3.3 LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA

Tanto la revocación como la indignidad son independientes de la voluntad testamentaria expresada en su día. Respecto de ella aparecen como hechos externos y sobrevenidos: la primera —la revocación— supone una nueva y distinta voluntad, la segunda —la indignidad— resulta de la ley (42). Pero hay otros expedientes en los que la ineficacia de las disposiciones en favor del cónyuge se reconduce, de una u otra forma, a la voluntad testamentaria. Eso es lo que sucede con la interpretación *strictu sensu* y, sin salir del marco de ésta, con la posible nulidad por vicios. Entre una y otra se sitúa la interpretación integradora que es el campo al que pertenece el art. 132 CS, como habrá ocasión de comprobar.

3.3.1. Interpretación y voluntad real

Cuando las disposiciones en favor del cónyuge no se han revocado y tampoco hay indignidad, parece que el art. 132.1 CS ha de ser la única vía para evitar su eficacia. Sin embargo, una vez más, no es así. Ante todo se ha de estar a la voluntad real del testador, pues no hay que descartar que éste —por propia iniciativa, sugerencia familiar o previsión del notario— contemplase en su día el problema, dándole solución anticipada de acuerdo con sus deseos. En tal caso, la suerte de las disposiciones en favor del cónyuge dependerá de la simple averiguación de la voluntad testamentaria.

Un testador consciente del riesgo de anulación, separación o divorcio puede adoptar varias resoluciones. En primer lugar, cabe que quiera que las disposiciones mantengan su eficacia a pesar de todo. Semejante voluntad es infrecuente, pero no imposible. En algunas ocasiones será muy clara (así cuando haya una manifestación expresa en tal sentido). En otras, requerirá un esfuerzo interpretativo

(42) En el caso de la indignidad, no obstante, son precisas algunas aclaraciones. En primer lugar, su condición de causa externa a la voluntad testamentaria no implica situarse fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad. Si la causa de indignidad era anterior y se testó conociéndola, no producirá efecto (art. 14-1 CS). Y si se llegó a saber o se produjo más tarde, siempre caben la reconciliación y el perdón (art. 14-2 CS). Pero una cosa es la voluntad —variable hasta la muerte— de la persona que en su día testó y otra la voluntad testamentaria, fijada en el acto de que se trate. En segundo lugar, como resulta de lo dicho, cabe que la causa de indignidad sea previa y no sobrevenida, de modo que, si se testa ignorándola, desplegará sus efectos. En otro orden de cosas, no está de más observar que esa ignorancia puede dar lugar, además, a un vicio de la voluntad (error en los motivos), con la consiguiente superposición de indignidad y nulidad. En este caso el perdón o reconciliación eliminarían la primera, pero no la segunda. Para esto último sería preciso reiterar la disposición. Sobre indignidad y nulidad *vid.* F. CAPILLA, «Nulidad e impugnabilidad del testamento (algunas consideraciones sobre el régimen de ineficacia del testamento inválido)», *ADC*, 1987, pp. 61 y ss.

mayor o menor (por ejemplo, si al testar ya se conocía la nulidad del matrimonio o el proceso de divorcio estaba en curso). Pero, al margen de su dificultad, se tratará de un puro y simple problema de determinación de una voluntad existente. Si finalmente llegamos a la conclusión de que, en efecto, la intención de favorecer al cónyuge era independiente de su condición de tal y del mantenimiento de la convivencia, las disposiciones en su favor serán eficaces en todo caso. Y no sobre la base de conjeturas sino en aplicación de una voluntad —la real del testador— contra la cual no podrá invocarse el art. 132.1 CS, claramente subordinado o subsidiario en relación con ella (43).

En segundo lugar, como hipótesis más habitual, cabe que el testador no desee que las disposiciones en favor de su cónyuge sobrevivan a una posible nulidad o crisis del matrimonio. A este objeto, puede recurrir a una simple designación formal de *su cónyuge no separado* —sin especificar nombre y apellidos— con intención de favorecer a aquél que lo sea al abrirse la sucesión, se trate de la misma persona o de otra diferente por haberse contraído nuevas nupcias. En tal caso, si al tiempo del fallecimiento no hubiera matrimonio (por no haber llegado a contraerse, nulidad o divorcio) o, habiéndolo, la convivencia se hubiese roto (separación), las disposiciones quedarían sin efecto por inexistencia de beneficiario.

A la posibilidad de disponer en favor *del cónyuge*, cualquiera que este sea, no se opone la exigencia de que el notario haga constar el nombre de la persona favorecida. Además, nada impediría recurrir a esta forma de designación en un testamento hológrafo. En el mismo sentido, basta también pensar en el soltero, sin compromiso, que no descarta casarse en el futuro. Ahora bien, la voluntad de proceder a una designación formal —utilizando la categoría *cónyuge* como un *nomen vacio*— ha de estar muy clara. En otro caso la disposición deberá entenderse referida a quien lo era en el momento de otorgar el acto. No puede admitirse que quien dispuso en favor de *su cónyuge* —pensando en quien entonces lo era— mantenga el testamento para aplicarlo a un cónyuge ulterior. Esta solución —que, sin embargo, es la prevista para los seguros de vida (art. 85 LCS)— sólo cabría en el caso de admitir la tesis de la llamada *voluntad verdaderamente última*, que impli-

(43) En cuanto a la fijación de la voluntad real, téngase en cuenta que el art. 110 CS —única norma general sobre interpretación del testamento— dispone que «*las cláusulas ambiguas u oscuras se interpretarán en sentido favorable a su eficacia*» (párrafo segundo) y, de forma más concreta, que «*en los casos de duda, la interpretación se realizará en sentido favorable al favorecido*» (párrafo tercero). La norma, en el caso que nos ocupa, parece jugar en beneficio del cónyuge. Sin embargo, su aplicación no es mecánica, pues exige *dudas* y no una pura y simple imprevisión. En la práctica, el recurso al art. 110 CS quedará normalmente bloqueado por el art. 132 CS, que —aun referido, como se verá, a una voluntad hipotética— es una norma interpretativa de carácter especial.

ca una concepción del testamento que no goza de aceptación entre nosotros (44).

No obstante, el procedimiento descrito —designación *per relationem*— es muy inusual. Más normal será disponer en favor del cónyuge, identificado por su nombre y apellidos, pero dejando claro que se le favorece en cuanto a tal y, por tanto, solo en la medida en que lo siga siendo y la convivencia se mantenga hasta la muerte del testador (45). En cualquier caso, se utilice el primer procedimiento o el segundo, el resultado final —exclusión de quien era cónyuge en el momento del otorgamiento— nada tendrá que ver con el art. 132.1 CS. La ineficacia —o, en su caso, eficacia a favor de otra persona— se producirá, sencillamente, porque así consta que lo quiso el causante. Para ello es indiferente que la voluntad testamentaria sea expresa o tácita. Una vez hemos llegado a identificar la voluntad real del testador, nada importa que la tarea haya resultado sencilla o complicada o que haya sido necesario recurrir a la prueba extrínseca (46).

Hasta aquí hemos considerado una serie de situaciones que tienen en común el hecho de que el testador, contemplando la posibilidad de una nulidad o crisis de su matrimonio, se ha pronunciado, en el acto testamentario, acerca de la eficacia de las disposiciones. Sin embargo, en muchos casos, quizá la mayoría, no habrá considerado en absoluto tales eventualidades, limitándose a favorecer a su cónyuge sin planteamiento de futuro alguno. Por consiguiente faltará toda voluntad real,

(44) Según la tesis de la voluntad verdaderamente última, en palabras de JORDANO, «*el testamento no constituiría un negocio formal con posición de la voluntad en un solo momento (el del otorgamiento), sino, por el contrario, un negocio con posición en un determinado momento del elemento formal y posible variación del elemento volitivo, con la obligación para el intérprete de fijar el más próximo a la muerte, si es compatible con la declaración solemne*» (J. B. JORDANO, *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, p. 115). Sobre la teoría y su crítica —con una referencia específica al caso de nuevas nupcias del testador— *vid. op. ult. cit.*, pp. 111 y ss., en part. pp. 116-117 y, del mismo autor, «La voluntad verdaderamente última del testador en la teoría de la interpretación del testamento», *RDEA*, 1960, pp. 229 y ss. y *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (dir. M. ALBALADEJO)*, IX/1.^o-A, 1990, pp. 266 y ss., obra ésta que, en gran medida, es reproducción de la primera que JORDANO dedicó a esta materia.

(45) Para algunos una previsión semejante sería reconducible a la categoría de la condición. En este sentido, KIPP señala que «*las atribuciones de un cónyuge a favor del otro [...] es previsible que dependan de la condición de la validez y duración del matrimonio*» (*Derecho de sucesiones*, 1.^a ed., 1951, *cit.*, pp. 146 y 147 y 2.^a ed., 1976, p. 249). Por contra ROCA SASTRE, en la anotación correspondiente, rechazaba la idea de condición tácita en favor de la de «*motivo causalizado*» (1.^a ed., 1951, *cit.*, p. 151). Sobre la cuestión, *vid.* P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952 pp. 168 y ss. (con particular referencia a la cláusula «*si convive conmigo hasta la muerte*», *vid.* p. 169 nt 16).

(46) Sobre la admisibilidad de esta —con los límites y cautelas que impone la naturaleza formal del testamento— hay hoy amplio acuerdo en doctrina y jurisprudencia. *Vid.*, por todos, J. B. JORDANO, *Comentarios... IX/1.^o-A*, *cit.*, pp. 252 y ss., y allí las oportunas referencias doctrinales y jurisprudenciales.

propicia o adversa. Sabremos que se dispuso a favor de alguien que, en ese momento, era esposo o esposa del testador. Pero no sabremos cómo se habría dispuesto de haber previsto una eventual nulidad, divorcio o separación. Y esa es precisamente la cuestión.

Cuando se trata de problemas no imaginados ni considerados, ya no podemos seguir hablando de interpretación en sentido estricto. Del espacio de lo querido por el testador pasamos al de *lo que hubiera probablemente querido* de haber conocido lo que luego iba a suceder. Ello nos lleva al terreno de la voluntad hipotética y, por tanto, al ámbito de la interpretación integradora. No obstante, antes de entrar en él, me ocuparé de una cuestión previa, que todavía pertenece a la esfera de la voluntad real: la eventual nulidad de la disposición por vicios en su otorgamiento y, más en concreto, por error en los motivos.

3.3.2 Voluntad viciada y nulidad

La labor interpretativa, como hemos visto, puede llevarnos a concluir que el testador ni tan siquiera se planteó el problema o bien que sí lo hizo y le dió una solución, favorable o contraria a la eficacia de las disposiciones. Pero cabe una posibilidad más, que no hay que desear: que el testador favoreciese a su cónyuge creyendo positivamente que seguirían casados y conviviendo hasta su muerte. Nótese que en este caso no hay imprevisión o laguna sino equivocación: se pensó que las cosas serían de una forma —por eso se decidió en determinado sentido— y luego resultaron ser de otra.

Si la causa o motivo de la institución, legado u otra disposición fue la condición de cónyuge del beneficiario y la presunción consciente de que ésta se mantendría con normalidad hasta la apertura de la sucesión, es posible que nos encontremos ante un supuesto de causa falsa o error en los motivos. De ser así, parece que seguiríamos sin necesitar el recurso al art. 132.1 CS, pues la ineficacia resultaría de la nulidad de la disposición viciada. Esa era la solución que, con carácter general, sugería ROCA SASTRE con referencia al Código civil: acudir a su art. 767.1 (47). De ahí que el Anteproyecto de Compilación de 1955

(47) ROCA SASTRE, tras descartar el posible recurso al art. 73 CC para privar de eficacia a las disposiciones en favor del cónyuge en los casos de nulidad, separación y divorcio (*vid. supra* nota 5), anadía: «*La solución en nuestro C.C. a base del criterio que inspira a su art. 767 ap. 1, y la S. de 10 febrero 1942, es más bien la contraria, o sea que la disposición de última voluntad, otorgada por el causante a favor de su cónyuge o prometido en matrimonio, no queda ineficaz aunque el matrimonio se declare nulo, se decrete el divorcio o se rompan los esponsales antes de la muerte de dicho causante, salvo empero cuando haya razón para entender que el motivo determinante de aquélla disposición de última voluntad fue precisamente la consideración de que el favorecido era cónyuge o prometido del finado. La solución hay pues que buscarla en la teoría de la causa, aplicada a las disposiciones testamentarias, las cuales en sus*

incluyese la ineficacia por nulidad o dispensa matrimoniales en el mismo precepto que el error en los motivos, adoptando un planteamiento que, según ha habido ocasión de comprobar, continuaría hasta los primeros borradores del vigente CS.

De haberse seguido el punto de vista Roca Sastre, la norma aplicable a las situaciones que nos ocupan sería hoy el art. 126.4 CS, según el cual «*será nula 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*» (48). Ahora bien, ¿realmente pueden llegar a subsumirse en esta norma las hipótesis de anulación, separación y divorcio sobrevenidos a la disposición en favor del cónyuge?

Una respuesta afirmativa no plantea demasiadas dudas en el caso de la nulidad, pues ésta implica un defecto de origen: el testador, al tiempo de otorgar la disposición cree estar válidamente casado cuando, en realidad, no lo está (49). Por contra, la separación y el divorcio, son hechos futuros. ¿Cabe el error respecto de ellos? ¿Puede viciar la voluntad un error de previsión? La cuestión es muy dudosa, aunque seguramente habría que responderla en sentido positivo (50).

efectos deben ser referidas al momento de la muerte del causante. El C.c español no ha querido adoptar en los casos indicados ninguna norma especial que implicara una desviación al juego de la causa» (KIPP, *Derecho de sucesiones*, 1.^a ed, 1951, cit., pp. 150 y 151 y, también, p. 174. Esta última página falta, por un fallo de composición, en la 2.^a ed. de la obra: comp. pp. 174 y 175 ed. 1951 y p. 277 ed. 1976).

(48) En el mismo sentido, con específica referencia a la institución de heredero e incurriendo en una innecesaria reiteración, se pronuncia el art. 146 CS: «*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*».

(49) La causa de nulidad ya existe, aunque su declaración judicial sea posterior. No obstante, en teoría, cabría imaginar algún caso en que el error afecte a ésta y no a aquélla. Por ejemplo, el testador sabe que su matrimonio es nulo (por estar ya casado o por parentesco) pero dispone en favor de su cónyuge en la creencia de que tal nulidad nunca será objeto de una resolución judicial.

(50) En este sentido se pronuncia el § 2078.2 del CC alemán, según el cual la impugnación es posible «*siempre que el causante haya sido inducido a la disposición por la errónea creencia o esperanza de la producción o no producción de una circunstancia*» (MELON INFANTE, *op. cit.*). Sobre él, admitiendo el error de futuro, *vid.* KIPP, *Derecho de sucesiones*, 1.^a ed., 1951, cit., p. 158 y 2.^a ed., 1976, cit., p. 259. ROCA SASTRE, en cambio, en la anotación correspondiente, se mostraba muy cauto: «*Unicamente con ciertas precauciones puede darse relevancia jurídica al error en la disposición testamentaria fundado en circunstancias sobrevenidas, esperadas o no por el testador (cfr. 5. 15 diciembre 1920)*» (*op. cit.*, 1.^a ed., 1951, p. 174 y —antes— p. 134, al tratar de la interpretación). En la doctrina española, remitiéndose a J. ANTUNES VARELA (*Ineficacia do testamento e vontade conjectural do testador*, Coimbra, 1950), se pronuncia a favor del posible error del testador sobre circunstancias futuras A. GORDILLO, autor de los trabajos de referencia en la materia (*cfr.* «El error en el testamento», *ADC*, 1983).

La posibilidad de que los problemas que nos interesan —declaración de nulidad o crisis conyugal sobrevenidas— puedan tener encaje en el art. 126.4 CS, obliga, una vez más, a marcar distancias en relación con la ineficacia *ex art.* 132.1 CS. Desde el punto de vista de los respectivos regímenes jurídicos, se diría que no ha de resultar muy difícil hacerlo (51).

Si se trata de nulidad de la disposición por error en los motivos, la ineficacia exigirá impugnación previa por parte de los interesados, dentro del plazo de cuatro años previsto en el art. 128.2 CS y corriendo a su cargo la prueba del vicio (52). De forma semejante a lo ya visto con referencia a la indignidad, cuando la acción no sea ejercitada tempestivamente el cónyuge hará suyos los bienes, si es que están en su poder (53). Si no lo están, la cuestión es menos clara, pues parece que, trascurridos los cuatro años, ya no podrá alegarse la nulidad. Sin embargo, el eventual demandado por el cónyuge siempre podría oponerla como excepción (54). Por contra la ineficacia *ex art.* 132.1 CS se produce al margen de toda acción y de todo plazo, sin perjuicio de la posi-

en part. pp. 797 y ss. y *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), XI/1.º, Madrid, 1987, pp. 342-343). En la doctrina italiana la posibilidad de aplicar la disciplina del error al «*motivo mancato*» —del que las disposiciones en favor del cónyuge cuando luego sobreviene el divorcio serían un ejemplo típico— resulta controvertida (cfr. G. CIAN/A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile*, 1981, pp. 264-265). Sobre la cuestión, P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., pp. 163 y ss. y, antes, D. RUBINO, «La mancanza sopravvenuta del motivo espresso e determinante della disposizione testamentaria», *Riv. Dir. Priv.*, 1938, II, pp. 23 y ss. y F. SATTÀ, «Motivo mancato e motivo erroneo nel testamento», *Giur. It.*, 1949, I, c. 665.

(51) En este punto, el CS parece haber seguido al CC alemán, respecto al cual KIPP observaba: «*Es también un caso de desconocimiento por parte del causante de circunstancias futuras el caso, regulado por el § 2077, de la ulterior disolución del matrimonio o de los esposales. Sin embargo, aquí la ley prevé ineficacia, no impugnabilidad*» (*Derecho de sucesiones*, 2.ª ed, 1976, cit., p. 263).

(52) A los efectos del presente trabajo no interesa la cuestión de la posible distinción, dentro de la nulidad *lato sensu*, entre nulidad e impugnabilidad. De ella, con referencia al testamento en sí y en el marco normativo del CC, se ha ocupado amplia y acertadamente F. CAPILLA, en su artículo «*Nulidad e impugnabilidad del testamento...*», cit.». En relación con el CS el estudio de esa cuestión —muy necesario— está aún pendiente. Por ahora, baste con decir que el art. 128 CS parece distinguir entre nulidad *strictu sensu* e impugnabilidad, sometiendo a este último régimen la invalidez por vicios, con independencia de que éstos afecten al contenido del testamento o a su mismo otorgamiento. En cuanto al alcance del error, el CS lo limita a las concretas disposiciones, sin admitirlo en relación con el acto en sí (compárense los párrafos 3 y 4 del art. 126 CS). También esta cuestión reclama la atención de la doctrina. Sobre ella, con referencia al CC, *vid.* A. GORDILLO, «*El error...*», cit.», pp. 774 y ss. y *Comentarios...* XI/1.º, cit., p. 336.

(53) Prescindo ahora de si ese hacer suyos los bienes implica adquirir *mortis causa* su propiedad o, simplemente, hallarse en una situación inatacable por haber prescrito las acciones utilizables en su contra.

(54) Cfr. CAPILLA, «*Nulidad e impugnabilidad del testamento...*», cit.», pp. 57-59.

bilidad de que el cónyuge en cuyo favor se dispuso pueda consolidar su adquisición por vía de usucapión, cuando se den los requisitos de ésta.

Por otra parte, cuando la disposición es nula por error, nada impide que los legitimados para la impugnación renuncien a la acción (art. 128.2 CS). De este modo, y siempre que lo hiciesen todos, las disposiciones en favor del cónyuge podrían lograr plena eficacia a pesar de la nulidad, separación o divorcio del matrimonio. Se dirá que lo mismo sucede con el art. 132.1 CS si —no pudiendo acudir al párrafo segundo— hay acuerdo unánime a favor de que el cónyuge haga suyos los bienes de que se trate. Pero es dudoso que, en este caso, haya sucesión. Más bien parece producirse una transmisión *inter vivos*, con todo lo que ello supone, sobre todo desde el punto de vista fiscal.

También es preciso tener en cuenta que la nulidad no puede ser subsanada por el testador. Si se incurrió en error al testar, la disposición es y seguirá siendo nula aunque el error se desvanezca y el testador se muestre conforme con ella, salvo —claro está— si esta voluntad asume la forma de una nueva declaración testamentaria (55). En principio se diría que la solución es la misma en relación con la ineficacia *ex art.* 132.1 CS, pues parece que no podrá eludirse recurriendo a manifestaciones sanatorias informales posteriores a la voluntad testamentaria (cfr. art. 132.2 CS). No obstante, las hipótesis —ya aludidas al tratar de la indignidad— de una posible reconciliación de los separados o de nuevas nupcias entre los mismos divorciados hacen surgir la duda. Limitémonos aquí a plantearla. Habrá ocasión de volver sobre ella una vez aclarada la naturaleza del art. 132 CS.

La lógica sugiere que las diferencias de régimen entre la ineficacia derivada de nulidad y la ineficacia *ex art.* 132.1 CS, deben corresponderse con un diverso ámbito de aplicación. La nueva norma no tendría mucho sentido si los supuestos en ella contemplados encajasen siempre en el art. 126.4 CS. Dicho de otra forma, si al disponer en favor del cónyuge se incurrió en error no tendremos un caso de ineficacia *ex art.* 132.1 CS sino un caso de nulidad. Pero ¿cómo definir los campos respectivos?

En principio, parece inmediato que la nulidad exige que haya una voluntad: sin ella no puede haber vicio. Así, para poder recurrir a los arts. 126 CS y concordantes se requeriría que, tras la interpretación, llegásemos a la conclusión de que el testador pensó que seguiría casado y en normal convivencia hasta su muerte. En otras palabras, que efectivamente creyó que nunca se producirían la nulidad, separación o divorcio y, precisamente por ello, dispuso en favor de su cónyuge. Sólo

(55) Sobre la cuestión, nuevamente, CAPILLA, «Nulidad e impugnabilidad del testamento...», *cit.*», pp. 69 y ss.

entonces podremos hablar de error, como algo distinto de la pura y simple imprevisión, aplicando el régimen de la nulidad (56).

No obstante, hay que reconocer que la línea divisoria entre *imprevisión* y *equivocación respecto de hechos futuros* puede ser muy oscura (57). ¿Cuándo nos hallamos ante una *representación positiva falsa* —constitutiva de error propiamente dicho— y cuándo ante una falta de previsión? ¿Cabe impugnación por error si la testadora nombró heredera a su hermana porque temía que, en caso de dejar sus bienes al marido, acabaría beneficiándose la primera esposa de éste —acreedora de alimentos— cuando, antes de la apertura de la sucesión, se llegó a un acuerdo que eliminó tal riesgo? (58). ¿Y si un aristócrata hace un legado a un sobrino que luego —¡quién lo iba a decir!...— contrae matrimonio con una plebeya? (59). Como se ve, las fronteras entre el error *strictu sensu* y la imprevisión se desdibujan al introducirse la no-

(56) Como dice KIPP, al comentar el § 2078 del CC alemán (*vid. supra*, nota 50): «El causante debe haber tenido una determinada creencia o esperanza, fuese de contenido positivo o negativo: de que algo sea o no sea, de que algo sucederá o no ocurrirá. Si el causante no ha tenido una de estas determinadas ideas, si ha dudado o para nada ha tenido en cuenta las circunstancias, la disposición no puede ser impugnada porque se crea que no la hubiera adoptado en el caso de haber conocido la verdad o de haber previsto el futuro» (KIPP, *Derecho de sucesiones*, 1.^a ed., 1951, cit., p. 158).

(57) El propio KIPP, a renglón seguido de la cita transcrita en la nota precedente, habla de «*esperanzas tácitas*» del causante con referencia al problema de una inesperada y excepcional devaluación monetaria: habría error, pues se testó con una *esperanza tácita* en la estabilidad de la moneda (*Derecho de sucesiones*, 1.^a ed., 1951, cit., pp. 158 y s.). Posteriormente, KIPP parece haberse replanteado la cuestión. Así, en la segunda edición española de su obra, empieza afirmando que «“error” significa, en primer lugar, una idea que existe positivamente, pero que es falsa», para añadir de inmediato que, sin embargo, «según el común sentir de la gente, hay que equiparar a éste el caso en que el causante no ha tomado en absoluto en consideración determinadas circunstancias que se han producido más tarde y cuyo conocimiento le hubiera inducido a testar de distinto modo, o sea, que hubieran constituido un “contramotivo”. Como dice Savigny, “error” e “ignorancia” son “jurídicamente equivalentes”» (*Derecho de sucesiones*, 2.^a ed., 1976, cit., p. 260).

(58) El caso, tomado de la jurisprudencia alemana, fue resuelto admitiendo la impugnación de la institución por parte del marido, al entenderse «que la causante había sido decidida por una representación concreta pero errónea de acontecimientos futuros» (KIPP, *Derecho de sucesiones*, 2.^a ed., 1976, cit., p. 262).

(59) El caso también corresponde a la jurisprudencia alemana y se planteó cuando el heredero de un príncipe de Hessen impugnó el legado del castillo de Philippstal, aduciendo que el beneficiario —el sobrino menor del causante— se había casado, después del otorgamiento del testamento con una americana «de estado llano». En el testamento el causante no había hecho manifestación alguna sobre el matrimonio que esperaba contrajeran sus sobrinos. Sin embargo, el Tribunal del Reich admitió la impugnación, «habida cuenta de las opiniones del causante, demostradas a satisfacción». Como explica KIPP, la sentencia «supuso que el causante había abrigado «inconscientemente» la esperanza, para él natural, de que el sobrino se casaría con arreglo a su condición, y esta esperanza fue lo que le indujo a otorgar su disposición» (*Derecho de sucesiones*, 2.^a ed., 1976, cit., p. 262).

ción de «representación inconsciente» y recurrir a la suposición de que el causante se había formado representaciones positivas (60).

En la doctrina española, se ha ocupado del asunto Gordillo, quien se manifiesta de acuerdo con la última opinión de Kipp: «*Al error se equipara la ignorancia. A pesar de que conceptualmente el error, como juicio erróneo positivamente existente, se distingue nítidamente de la ignorancia, simple desconocimiento que se traduce en mera imprevisión, lo cierto es que en la realidad será difícil deslindar ambos supuestos [...] Tiene razón Varela cuando indica que puede considerarse determinada por una causa falsa toda disposición fundada en la convicción de perdurabilidad de una determinada situación que posteriormente resulta interrumpida, no interesando al caso saber si el declarante llegó, o no, a pensar concretamente en el hecho interruptivo de la situación*» (61).

Ahora bien, si admitimos que la imprevisión referida al cambio de circunstancias constituye un caso de error (de futuro), parece inevitable concluir que, cuando se ha dispuesto en favor del cónyuge y luego sobrevienen la declaración de nulidad, separación o divorcio, deben aplicarse los arts. 126.4 CS y concordantes. Así la disposición en favor del cónyuge será nula, siempre que del testamento resulte «*que el testador no lo habría otorgado de haber conocido el error*» (art. 126.4 in fine) (62).

Pero entonces ¿para qué sirve el art. 132 CS? Considerada la cuestión desde el punto de vista del error, quizá habría bastado con presumir su existencia y carácter determinante cuando se dispone en favor del cónyuge y luego sobrevienen la nulidad, separación o divorcio. De esta forma y sin perjuicio de la posible prueba en contra, las disposiciones serían impugnables por los sujetos legitimados, aplicándose, sin

(60) Esta es la razón por la cual, como se ha visto (*supra* nota 57), KIPP acaba sugiriendo volver a la doctrina de la equivalencia entre error e ignorancia propia del Derecho común (*Derecho de sucesiones*, 2.^a ed., 1976, cit., pp. 260-261). Contra esta opinión se manifiesta, sucintamente, BADOSA en la correspondiente anotación: «*No se puede equiparar ignorancia a error. En la ignorancia falta la expresión testamentaria de la circunstancia y, por supuesto, la de su valor determinante. Por ambas razones no entra en el art. 767.1*» (*op. ed. ult. cit.*, p. 278).

(61) GORDILLO, «*El error...*», cit., p. 799 y también pp. 812 y ss.; asimismo, del propio autor, *Comentarios...XI*., cit., pp. 340 y ss. Pero nótese que el autor exige al menos la «*convicción de perdurabilidad*» de la situación.

(62) Cabe observar que el art. 126.4 CS, tomado literalmente, refiere el error al otorgamiento del testamento («*no "lo" habría otorgado...*») cuando, en realidad, el propio art. 126 rechaza la posibilidad de un testamento otorgado por error y limita este vicio al contenido (*vid. supra* nota 52). Obviamente se trata de una expresión defectuosa. El art. 126.4 CS, que establece la nulidad de institución, legado y otras disposiciones, debiera decir «*no "las" habría otorgado...*». Véase cómo el art. 146 CS, correctamente, usa esta expresión referida a «*las instituciones hereditarias*».

más, el régimen ordinario de la nulidad previsto en el art. 128 CS (63). Esa era, en teoría, una de las soluciones posibles: mantenerse en el ámbito de la nulidad por error, facilitando —vía presunción— la prueba del vicio. Sin embargo, el art. 132 CS se ha apartado de este enfoque, estableciendo un régimen de ineficacia diferente, que cubrirá los casos de imprevisión evitando que entre en juego la nulidad. Es muy posible que en esta decisión pesase, de forma determinante, la opinión de que no cabe hablar de voluntad viciada por error en los casos de divorcio y separación, por tratarse de circunstancias sobrevenidas (64).

Como es sabido, antes de anular hay que interpretar (65). Pero para ello no hay que limitarse a la voluntad real. También cabe la llamada interpretación integradora, dirigida al establecimiento de la voluntad testamentaria hipotética (66). Ciertamente, en los casos que nos interesan —nulidad, separación y divorcio— esa voluntad hipotética es, en principio, contraria a la eficacia de las disposiciones en favor del cónyuge, con lo que, en última instancia, se llega a un resultado análogo al que se conseguiría mediante la nulidad por vicios. Pero esa coincidencia no debe hacer perder de vista la realidad: prescindiendo del desenlace final —en este caso, ineficacia de la disposición— la interpretación integradora se dirige a dar virtualidad a la voluntad —conjetural— del causante. Por contra, la nulidad tiene un alcance meramente negativo: impedir que produzca efectos una voluntad irregularmente formada, sin entrar en especulaciones acerca de lo que se habría decidido en ausencia del vicio.

La interpretación integradora es, como se verá, el espacio en que se ubica el art. 132.1 CS. Con él no se trata de evitar la eficacia de una

(63) Paradójicamente, por esta vía las disposiciones en favor del cónyuge podrían llegar a adquirir eficacia con más facilidad (por ejemplo, por prescripción de la acción), a pesar de constar con certeza que ese efecto no fue querido. En cualquier caso, esta consecuencia es la general prevista por el CS en materia de vicios y se aplicará incluso en los casos de intimidación grave y violencia, lo que no deja de ser llamativo.

(64) Sobre el error de futuro y las dudas que suscita *vid. supra* nota 50.

(65) En palabras de FERRER CORREIA, «sólo después de resolver un problema de interpretación puede ser planteada y resuelta la cuestión del error y de sus consecuencias jurídicas» (*Error e interpretação na teoria do negócio jurídico*, Coimbra, 1955, *apud*. JORDANO, *Interpretación del testamento*, *cit.*, p. 52 y *Comentarios...*, IX/1.º-A, *cit.*, p. 228).

(66) Así lo señala GORDILLO: «La ley ordena —cuando el supuesto así lo permite (art. 798)— el cumplimiento de la voluntad del testador, si no en sus propios términos, si en otros, los más análogos y conformes a su voluntad. La interpretación de la voluntad hipotética, presunta o conjetural del testador —favor testamenti— opera así como límite a la impugnación del testamento por error» («El error...», *cit.*, p. 812). Sobre la interpretación integradora del testamento *vid.* J. B. JORDANO, *Interpretación del testamento*, *cit.*, pp. 101 y ss. y *Comentarios...*, IX/1.º-A, *cit.*, pp. 261 y ss.; M. GARCÍA AMIGO, «Interpretación del testamento», *cit.*, pp. 947 y ss. y 965 y ss., en part. 967 a 971; J. PUIG BRUTAU, «La interpretación del testamento...», *cit.*, pp. 519 y ss.; G. ALFEREZ, «El testamento y su interpretación», *RCDI*, 1973, pp. 109 y ss. y V. SIMO SANTONJA, «La interpretación de las disposiciones "mortis causa"», *RDP*, 1961, pp. 372, 378 y 383.

voluntad viciada sino de lograr que sí la tenga una —conjetural— no viciada. En definitiva, la solución ideada para los casos de nulidad matrimonial, separación o divorcio posteriores al acto en que se dispuso en favor del cónyuge, no ha pasado por presumir el error (nulidad) sino por presumir una voluntad testamentaria contraria a la eficacia. Se trata, por tanto, de una ineficacia *ex voluntate*, con todo lo que ello significa en cuanto a su régimen jurídico.

4. ¿PRESUNCIÓN DE REVOCACIÓN O VOLUNTAD TESTAMENTARIA HIPOTÉTICA?

Desechado el recurso a la nulidad, el problema de la anulación, separación o divorcio sobrevenidos podía haber sido resuelto mediante una ineficacia *ex lege* y sin excepciones, al estilo del Código portugués. Sin embargo, el art. 132 CS, como el Código alemán y el Anteproyecto de Compilación de 1955, ha preferido dejar una puerta abierta al mantenimiento de las disposiciones en favor del cónyuge. De esta forma, la cuestión ha quedado situada en el ámbito de la voluntad y su alcance. Este es el marco en el que se mueven la «presunción de revocación» (art. 132.1 CS) y la posibilidad de probar «que el testador habría ordenado la disposición de última voluntad en favor del cónyuge incluso en los casos mencionados» (art. 132.2 CS). A ellas se añade, como dato de indudable interés, la DT 3.^a.1 CS en la que se alude al art. 132 CS como una «regla interpretativa de la voluntad del causante» (67). Este es, en esencia, el material normativo del que se ha de extraer la naturaleza de la institución.

¿Realmente se trata de una «presunción de revocación», como nos dice el precepto? (68). La clave para entender la ineficacia prevista en el párrafo primero del art. 132 CS reside, sobre todo, en el segundo: ¿Qué es exactamente lo que hay que probar, y con referencia a que momento, para que se mantenga la eficacia de la disposición a pesar de la nulidad, separación o divorcio? Desde este punto de vista, se diría que existe una contradicción entre los párrafos primero y segundo del artículo. En efecto, la noción de revocación sugiere valorar o tomar en consideración no la voluntad pretérita (expresada y contenida en el acto otorgado en su día) sino una posterior; y, sin embargo, para desvirtuar

(67) *Vid. supra* nota 8, *in fine*.

(68) Quizá, si la ineficacia se asociase sólo a actos del testador (limitándose a los casos en que es él quien pide la nulidad, separación o divorcio) cabría haber recurrido a la noción de revocación «tácita». Sin embargo, para cubrir los casos de inactividad absoluta —es decir, de ausencia de todo comportamiento expresivo— se hacía necesaria una presunción. Sobre variación de la causa de las disposiciones y revocación tácita, *vid. también* P. VOIRIN, «Évolution de la cause des libéralités postérieurement à la donation ou au testament», en *Études de Droit Civil à la Mémoire de Henri Capitant*, Vaduz/París, 1977 (reimp. de la ed. de 1939), pp. 895 y ss.

la pretendida revocación se nos remite al pasado: al testamento, codicilo o memoria o, para ser más exactos, a su «*contexto*» (69).

Configurada la hipótesis como un caso de revocación presunta, la prueba en contra debería ir referida a la voluntad —simultánea o posterior— de mantener la disposición a pesar de la nulidad, separación o divorcio. Ello obligaría a tomar en consideración el impacto que esas situaciones —una vez han tenido lugar— han producido o dejado de producir en el ánimo del testador, dando así cabida a una voluntad revocatoria informal. Por contra, si lo que hay que valorar es lo que el causante quería o pensaba o, mejor, lo que habría querido o pensado cuando otorgó la disposición, entonces lo que no cuadra es que se hable de revocación. ¿Hemos de dar preferencia al primer párrafo (presunción de revocación), corrigiendo el tenor literal del segundo o, por contra, debemos otorgar preferencia a éste, recalificando la naturaleza jurídica de la institución?...

En mi opinión, la opción procedente es la segunda. Así lo confirma la DT 3.^a 1 *in fine* CS cuando, como se ha visto, sitúa al art. 132 CS entre las normas interpretativas de la voluntad testamentaria (70). De ahí que sea correcta la remisión al pasado —al acto en que se otorgó la disposición— e incorrecta la perturbadora referencia a una supuesta voluntad de revocar (71).

En este sentido, dogmáticamente, era preferible la indefinición —terminológica, aunque no sistemática— de los Anteproyectos de Compilación y de Ley de Sucesión Testada. La pregunta no es ¿quiso el causante —después de la nulidad, separación o divorcio— mantener la disposición? (72). Es otra la que hay que hacerse: ¿Habría querido el

(69) La expresión «*contexto*» resulta algo equívoca. De acuerdo con su significado normal, no alude tanto al acto en sí —el testamento— como a su entorno. De ser así, el art. 132.2 CS se apartaría de otros preceptos, como los arts. 126.4 CS (error en los motivos si «*del testamento*» resulta...), 126.5 CS («...*de su contenido*...») ó 146 CS (que «*del mismo testamento*» resulte...). Pero no cabe ignorar que a menudo también se habla de contexto para referirse al *conjunto* del testamento. Así sucede en el art. 132 CS, aunque sería más correcto hablar del contexto *de la disposición* (la disposición es eficaz si *de su contexto en el testamento*...). En cualquier caso, es evidente que el art. 132.2 CS nos remite a una voluntad pretérita.

(70) No obstante, en relación con el art. 132 CS, cabe observar que la DT se aparta de la regla general —contraria a la eficacia retroactiva de las reglas interpretativas— estableciendo su aplicabilidad a los actos otorgados antes de la entrada en vigor del CS, siempre que la sucesión se abra después. Así, al art. 132 CS tan sólo escapan las sucesiones ya abiertas en ese momento.

(71) Considérese el caso de quien ha perdido la capacidad natural (p.e. por demencia). Si luego se producen la declaración de nulidad, la separación o el divorcio ¿cómo presumir que ha revocado, si es incapaz? ¿Y qué sentido tiene admitir prueba en contra? ¿Cómo se demostrará que no quiso revocar?... Como señalaba RUBINO, recurrir a una ficción de revocación cuando se produce una falta sobrevenida del motivo, no pasa de ser una «*solución infeliz*» («*La mancanza sopravvenuta...cit.*, p. 24 y p. 27).

(72) Planteándola así volveríamos a la interpretación según la *voluntad verdaderamente última* (vid. *supra* nota 44).

testador —al otorgar el acto— que su cónyuge heredase o recibiese bienes aunque en el futuro se declarase la nulidad o se produjeran la separación o el divorcio?

La correcta inteligencia del art. 132.2 CS exige poner el acento no tanto en su primera parte (en la que se nos dice de qué debemos valernos: el contexto del acto) como en la segunda (en la que se nos indica qué debemos buscar: lo que el testador *habría* ordenado). Como se ha señalado anteriormente, el hecho de que se nos remita al testamento, codicilo o memoria no debe hacernos pensar que la cuestión se agota en la voluntad real. Para ésta nos bastaría la simple y estricta interpretación. En cambio, el art. 132 CS empieza a actuar allí donde el testador ha callado. De otra forma, su párrafo segundo quedaría reducido a afirmar algo obvio: que las disposiciones en favor del cónyuge son eficaces, a pesar de la nulidad, separación o divorcio, si así resulta que lo quiso el testador.

¿Cómo se habría testado de haber considerado la posibilidad de que el matrimonio fuese declarado nulo o de que sobrevinieran la separación o el divorcio?... El art. 132.1 CS da una respuesta clara, estableciendo, con base en una valoración de corte sociológico, la que podemos considerar *voluntad hipotética típica*: el causante no habría querido que las disposiciones en favor de su cónyuge fueran eficaces en tales casos. Pero, a pesar de ello, no se rechaza una eventual *voluntad hipotética individual* de signo diverso: ¿Habría querido el testador —este testador— que las disposiciones fueran eficaces a pesar de todo? Ese es el interrogante que —siempre referido a una voluntad anterior, histórica— plantea el art. 132.2 CS (73).

Como dice Jordano, se trata de reconstruir «*la presumible voluntad del disponente: aquella voluntad virtual que, con base en la propia voluntad real y línea de pensamiento, hay que suponer se habría formado el disponente si se hubiera producido la hipótesis no pre-*

(73) Puede aplicarse al art. 132 CS la siguiente observación de JORDANO: «No faltan disposiciones legales (cfr. arts. 769, 770, 771, 772, pfo 3.º, 779 y 780 CC) que, para colmar las posibles lagunas de la interpretación testamentaria, procuran también inspirarse, aunque no siempre con gran acierto (es el caso del art. 770 CC), en la voluntad presumible media de todo testador. En tales supuestos, el régimen establecido «*ex lege*» con carácter dispositivo puede ser apartado no sólo por una voluntad real opuesta, aun incompletamente expresada en el testamento, sino también, en algún caso (art. 770 CC), demostrando que otra habría sido la solución adoptada por el testador, siempre que la conclusión se apoye en datos concretos y especiales no compulsados por la estatución general y abstracta de la ley: entonces la presumible voluntad del testador prevalecerá sobre la presumible voluntad testatoria media» (*Interpretación del testamento*, cit., p. 107 y Comentarios..., IX/1.º-A, cit., pp. 265-266).

vista». Es esa «línea volitiva trazada en el testamento» la que hay que establecer (74).

Para llevar a cabo esta tarea ¿hemos de limitarnos al acto? Así cabría pensarlo a la vista del art. 132.2 CS. Sin embargo, una cosa es el momento en relación con el cual debe fijarse la voluntad testamentaria y otra los elementos de juicio de que podemos valernos. Si éstos se agotasen en el testamento, el art. 132.2 CS resultaría prácticamente inútil ya que, con frecuencia aquél será por completo inexpresivo. Por ello es razonable admitir la posibilidad de utilizar datos posteriores (75). Pero no como expresión de una voluntad ulterior de mantener la disposición, sino como elementos para establecer la hipotética voluntad testamentaria individual, siempre pretérita (76). Hay que reconocer que la diferencia práctica entre esta explicación y la de quienes puedan entender que debe darse beligerancia, sin más, a la voluntad posterior en cuanto a tal —al margen de un nuevo acto testamentario— es seguramente limitada. Pero creo que sólo con ella se logra conciliar los diferentes párrafos del art. 132 CS, dando satisfacción a los principios y naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado (77).

(74) JORDANO, *Interpretación del testamento*, cit., p. 103 y *Comentarios... IX/1.^o-A*, cit., p. 262. En términos parecidos se expresa E. BETTI: «Aunque se trate de una disposición con lagunas o redactada en términos ambiguos, el intérprete puede perfectamente persistir y proseguir en la dirección psicológica de la investigación y proponerse el problema de reconstruir en tal dirección la presumible voluntad del disponente, o su presumible modo de ver; es decir, aquella voluntad virtual que —argumentando desde una compleja línea de conducta— es de suponer sería la del disponente, si se hubiese planteado la hipótesis no prevista» (*Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, trad. de la 2.^a ed. ital. [1971] por DE LOS MOZOS, Madrid, 1975, p. 884-385). Vid. asimismo la doctrina citada *supra* en nota 66.

(75) En este sentido, KIPP, *Derecho de sucesiones*, 2.^a ed., 1976, cit., pp. 49 y 250. También, con el correspondiente estado de la cuestión, LEIPOLD, *Münchener Kommentar*; cit., § 2077, Rn 17, p. 800.

(76) Cfr. JORDANO, *Interpretación del testamento*, cit., p. 91 y *Comentario... IX/1.^o-A*, cit., p. 256. Asimismo, LEIPOLD, *Münchener Kommentar*; loc. ult. cit. Parece contrario a esta opinión KIPP quien —dejando constancia de un cambio de criterio respecto de ediciones anteriores— dice: «Se discute, a propósito de esta regla, si lo que importa es sólo la actitud del causante en el momento de la otorgación del testamento [que sería la opinión dominante], o si también hay que tomar en consideración su criterio posterior. Si se adopta el primer punto de vista, la regla apenas sí poseerá importancia práctica. Según la última concepción bastará, por ejemplo, que después de la separación los cónyuges se hayan reconciliado. [...] El § 2077 ap. 1 y 2 toman en cuenta la posibilidad de que ulteriormente se haya producido un importante cambio en las relaciones entre el causante y el designado, atendiendo en ella a la experiencia general de la vida. Contra lo que opina la doctrina dominante, esta disposición no ha de ser considerada como regla de interpretación, sino como norma dispositiva para un caso especial. Según ello hay que considerar lícito que el (anterior) cónyuge designado, etc., demuestre con cualquier medio de prueba posible que el causante a pesar del divorcio, etc., quería dejar en pie la disposición» (*Derecho de sucesiones*, 2.^a ed., 1976, cit., p. 250).

(77) Sobre las diversas concepciones del testamento, J. B. JORDANO, «El testamento», *RDN*, 1962, pp. 59 y ss. Para la opinión expresada en el texto, *vid.* en part. p. 88.

En orden al establecimiento de la hipotética voluntad testamentaria individual, es difícil precisar qué datos admiten una proyección hacia el pasado (interpretación integradora de una voluntad pretérita) y cuáles no (expresión de una nueva voluntad —informal— desconectada de la anterior) (78). Es seguro que quien pretenda la eficacia de la disposición en favor del cónyuge —este mismo o sus herederos— no podrá ampararse en la mera inactividad del testador. El argumento al que de inmediato se recurriría (no sabemos cómo habría testado el causante si hubiese previsto la nulidad, separación o divorcio, pero sí sabemos cómo testó y —sobre todo— que podía revocar y no lo ha hecho) resulta por sí solo insuficiente (79). Para establecer una voluntad hipotética favorable a la eficacia deberán concurrir actos o comportamientos que vayan más allá de la pura y simple inactividad. Quizá una nueva disposición en favor del cónyuge, posterior a la declaración de nulidad o crisis matrimonial (por ejemplo, tras haberle instituido heredero en su día, se le hace un legado en un codicilo o memoria). O acaso el hecho de permitirle —siempre tras la nulidad, separación o divorcio— un disfrute anticipado del bien objeto de la disposición (80).

Sin duda el caso más interesante es el de una eventual reconciliación de los cónyuges. A primera vista, se diría que es un dato favorable a la eficacia de la disposición. Casi definitivo (81). Y así parece con-

(78) Como observa JORDANO con referencia a la interpretación, «*los actos o comportamientos del testador sucesivos al otorgamiento del testamento sólo pueden valer como medios interpretativos si no implican una nueva orientación de voluntad*» (*Interpretación del testamento*, cit., p. 92 y *Comentarios... IX/1.º-A*, cit., p. 256).

(79) En este sentido, D. RUBINO, «*La manzanca sopravvenuta...*», cit., p. 34.

(80) Cfr. J. B. JORDANO (*Interpretación del testamento*, cit., p. 93 y *Comentarios... IX/1.º-A*, cit., p. 257). He de admitir que reconocer la posibilidad de reconstruir la voluntad conjetural del testador recurriendo a actos posteriores al otorgamiento parece implicar una cierta contradicción, de signo opuesto a la que en estas páginas se ha imputado a la presentación de la ineficacia *ex art. 132 CS* como un caso de revocación presunta. En efecto, el CS presume que, tras la anulación, separación o divorcio, el testador ha revocado y, sin embargo, para salvar la disposición, se remite al pasado (con lo que viene a admitir que el problema no es tanto qué pensó el testador después de tales contingencias como qué pensaba —*rectius*, habría pensado— cuando testó). Por contra, centrada la cuestión en la voluntad testamentaria, el problema es el inverso: evitar que una rígida concepción *histórica* del testamento conduzca a resultados contrarios al sentido común. Para resolverlo, nos vemos obligados a admitir la interpretación —incluso integradora— mediante actos posteriores. Así *prolongamos* hacia el futuro una voluntad, la testamentaria, por definición *pretérita*. Pero ese es en definitiva un problema general inevitable, que deriva de la naturaleza del testamento: un acto formal y perfecto desde que se otorga, cuya eficacia se produce, sin embargo, tiempo después, cuando seguramente ya ha habido numerosos cambios en relación con el momento de la perfección. Nada tiene de extraño que, en los ordenamientos que parten de semejante concepción, sea frecuente el recurso a la noción de revocación —tácita— para cubrir ciertas contingencias (cfr. P. VOIRIN, «*Évolution de la cause des libéralies...*», cit., p. 899).

(81) En este sentido observa KIPP: «*Si los cónyuges se han vuelto a casar después de su divorcio o han restablecido la comunidad conyugal disuelta, es presumible que la intención del causante sea la de que su disposición de última voluntad quede vigente*» (*Derecho de sucesiones*, 1.ª ed., 1951, cit., p. 147 nt 11).

firmarlo el art. 335 CS —al que se remite el art. 132.3 CS— cuando impide a los herederos continuar con las demandas ya interpuestas si hubo reconciliación entre los cónyuges.

No obstante, la reconciliación, en rigor, es un hecho expresivo de una voluntad actual, separada de la testamentaria. Constituye un dato posterior que, en sí, no es significativo en cuanto a la pregunta subyacente en el art. 132.2 CS (¿cómo se habría dispuesto —entonces— de haber sabido o previsto lo que luego iba a pasar?). En efecto, de admitir la relevancia de la reconciliación para establecer la voluntad hipotética individual del testador, nos encontraríamos con una voluntad testamentaria cambiante. Cada nueva separación y posterior reconciliación de la pareja implicaría una variación de la misma, lo que pugna con su naturaleza de dato histórico, fijado de manera definitiva en el momento de otorgar el acto, sin perjuicio —claro está— de una nueva voluntad formalmente expresada.

¿Significa lo dicho que, a pesar de la reconciliación, el testador deberá disponer de nuevo en favor de su cónyuge para evitar la ineficacia prevista en el art. 132.1 CS? Una conclusión semejante no parece muy conforme con el sentido común. Pero ¿resulta ineludible? Consideremos las diversas hipótesis contempladas en la norma.

En caso de separación sí ha de admitirse que la reconciliación determina la eficacia de la disposición en favor del cónyuge. Ahora bien, no porque permita entender que eso es lo que habría querido el testador sino porque restablece la convivencia conyugal (art. 84 CC), excluyendo así el supuesto de hecho del art. 132.1 CS. La eficacia, por tanto, no resultaría de la aplicación de la excepción (art. 132.2 CS) sino, simplemente, de no darse los presupuestos de la regla.

La hipótesis del divorcio es algo diferente. Por lo pronto hay que distinguir aquellos casos en los que la reconciliación se produce cuando el procedimiento judicial está aún abierto y aquellos otros en los que tiene lugar tras la firmeza de la sentencia. En los primeros, sigue habiendo vínculo y la reconciliación resulta eficaz, con la consiguiente extinción de la acción (art. 88.1 CC). Esta es la razón por la cual el art. 335 CS no permite a los herederos continuar la demanda. Por contra, en los segundos, la reconciliación —es decir, el restablecimiento de la convivencia— carece de efectos en cuanto al vínculo. Se trata de una situación de puro hecho, sin perjuicio de un eventual nuevo matrimonio entre los divorciados (art. 88.2 CC).

La reconciliación antes del divorcio nos llevará a una situación semejante a la descrita para la separación. Así, la disposición en favor del cónyuge será eficaz porque no se dan las condiciones para aplicar el art. 132.1 CS. La reconciliación tras el divorcio resulta en cambio problemática. ¿Indica una voluntad favorable a la eficacia de las disposiciones? Es posible que así sea en la práctica. Sin embargo, esa voluntad —del todo informal— carece de relevancia testamentaria. No nos sirve para excluir la aplicación del art. 132.1 CS (sigue sin haber

vínculo conyugal) ni para poner en juego el art. 132.2 CS (establecimiento de la voluntad hipotética individual). Para excluir la ineficacia *ex art. 132.1 CS* sería preciso un nuevo testamento o bien un nuevo matrimonio de los divorciados (82). Pero quede claro que con este último no se integraría la voluntad testamentaria: la inaplicación del art. 132.1 CS derivaría de la falta de sus presupuestos.

En cuanto a la nulidad, el problema se plantea en otros términos, pues la idea de reconciliación —como la de crisis— le es extraña (83). Lo que sí cabría plantearse es el alcance del mantenimiento de la convivencia en aquellos casos en los que la acción ha sido iniciada —o proseguida— por un tercero o de oficio (cfr. art. 74 CC). Considérese, por ejemplo, la hipótesis de bigamia. Imaginemos que alguien, ya casado, contrae nuevo matrimonio y otorga testamento en favor del segundo cónyuge. Supongamos que, interpuesta demanda de nulidad por el primero, la convivencia con el segundo no se interrumpe, continuando incluso una vez declarada la nulidad. Si la voluntad testamentaria no estuviese viciada (por error) y, además, resultase inexpresiva en cuanto al problema que nos ocupa ¿cabría recurrir al art. 132.2 CS y utilizar la convivencia como un dato significativo para establecer lo que habría decidido el testador en el caso de haber considerado la posibilidad? Seguramente sí.

5. CONCLUSIONES

El art. 132 CS es una norma subordinada a la voluntad real del testador y, por tanto, a la actividad interpretativa en sentido estricto. Cuando la voluntad testamentaria contemple y resuelva de forma anticipada el problema de la nulidad, separación o divorcio sobrevenidos, habrá que estar a ella sin más. A este objeto son indiferentes tanto la naturaleza de la voluntad (expresa o tácita) como la prueba (intrínseca o extrínseca) a la que se haya hecho preciso recurrir.

El art. 132 CS presupone una laguna en la voluntad testamentaria. El testador no consideró la posibilidad de que sobrevinieran la nulidad, separación o divorcio; y no por estar convencido de que no se producirían —error propio— sino porque ni siquiera se lo planteó. Ante ese vacío, el art. 132 CS se dirige a facilitar una tarea —la de la interpretación integradora— que sin él —aun siendo posible— podría resultar

(82) En este sentido LEIPOLD, *Münchener Kommentar*, cit., § 2077, Rn 17.

(83) Le es extraña sólo en términos jurídicos, pues en la práctica no pocas veces la demanda de nulidad se sigue utilizando como expediente para resolver situaciones de crisis conyugal. Era de esperar que la aceptación del divorcio devolviese la nulidad a sus límites naturales y así ha sucedido en buena medida. Pero no de una forma absoluta, seguramente debido a la eficacia civil de las sentencias canónicas y al atractivo que sigue teniendo la boda religiosa.

muy dificultosa, con la inseguridad y litigiosidad consiguientes. Esa es la razón de ser de la norma.

Para ello, en primer lugar, se establece la voluntad testamentaria hipotética típica, es decir, la que cabe presumir en el testador medio. De este modo, la voluntad testamentaria se integra con una previsión legal, de carácter interpretativo, contraria a la eficacia.

Pero, antes de llegar a este resultado (ineficacia), se deja una puerta abierta a una eventual voluntad hipotética individual de signo diverso. Para establecerla, a través de una interpretación integradora, no pueden admitirse conjeturas que no tengan un mínimo fundamento en el testamento. De ahí la remisión a su contexto. Pero ello no impide servirse de elementos externos, incluidos los posteriores al acto en que se otorgaron las disposiciones.

En suma, la secuencia lógica en los casos de nulidad, separación o divorcio sobrevenidos, será: Primero, interpretación estricta para averiguar la voluntad real del testador; segundo, interpretación integradora dirigida a establecer una eventual voluntad hipotética individual (art. 132.2 CS); tercero, recurso a la voluntad hipotética típica, elevada por la ley al rango de norma dispositiva (art. 132.1 CS).

