

Relevancia jurídica del cambio de voluntad
del testador tras el otorgamiento
del testamento (a propósito de la STS
de 29 de diciembre de 1997)

ALMA M.^a RODRÍGUEZ GUTIÁN

Profesora Titular Interina
Universidad Autónoma Madrid

SUMARIO: I. *Aproximación al problema.*—II. *Variación de circunstancias entre el otorgamiento y la muerte del testador:* II.1. Prueba positiva del cambio de voluntad. II.2. Conciliación del cambio de voluntad con el tenor literal.—III. *Variación de circunstancias tras la muerte del testador.*

I. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

En la vida ordinaria suelen ocurrir acontecimientos nuevos, tanto referentes al propio testador como a personas de su entorno, que pueden conducir a un cambio de la voluntad que el testador tenía en el momento del otorgamiento del testamento. Nos referimos, por supuesto, a una variación de las circunstancias que el testador no previó a la hora de redactar su última voluntad. Porque, como muy bien dice Albaladejo, si el testador indica en el testamento de forma expresa o tácita que su declaración de voluntad se encamine a la situación de hecho que exista a su muerte, no hay tal cambio de voluntad sino que sigue queriendo lo que testó¹. Al variar las circunstancias y por el cambio de éstas, la misma voluntad anterior da un resultado distinto ante las nuevas circunstancias. En este trabajo, por tanto, trato de preguntarme qué tratamiento jurídico deben recibir los casos en que, efectivamente, hay un cambio de voluntad del testador posterior al otorgamiento del testamento: ¿adquiere alguna relevancia jurídica ese cambio de voluntad?

¹ *Curso de Derecho Civil*, vol. V, 5.^a edición, Bosch, Barcelona, 1994, p. 342. Son los supuestos en que alguien nombra heredera a la esposa que tenga al morir o nombra herederos a los hijos que tiene en el momento de testar y a otros que pueda tener después.

La STS de 29 de diciembre de 1997 (Ar. 9490), cuyo ponente es Xavier O'Callaghan, permite acercarse al problema al que nos estamos refiriendo. Los hechos de la misma son muy expresivos: Don Pedro U. hace testamento en fecha de 16 de octubre de 1925, en el que se contiene, entre otras, la siguiente cláusula testamentaria relativa a la institución de heredero: «... *instituye única heredera usufructuaria a su esposa doña Agustina, disponiendo que, muerta ésta, pasarán, también en usufructo los bienes a don Luis E. V. (hijo de un gran amigo del testador al que había cobijado bajo su propio techo desde la muerte de su padre), y por fallecimiento de éste sería heredera usufructuaria su esposa doña María Asunción Ll. C. y muertos éstos dos últimos, dejando sucesión legítima, recaerán en ella todos los bienes en pleno dominio, y caso de no dejar descendientes sería heredera el alma del testado.*» Don Pedro otorga este testamento conociendo la separación de hecho existente entre don Luis E. V. y su esposa doña María Asunción desde el año 1920. Muere don Pedro U. tres días después de otorgar testamento y el 13 de abril de 1939 fallece la primera heredera, doña Agustina. Don Luis E. V. contrae segundo matrimonio con doña Concepción tras haberse divorciado de su primera esposa en 1933, es decir, tras la muerte del testador. Don Luis E. V. muere el 15 de octubre de 1963 y algunos años después también su segunda mujer, dejando dos hijos comunes (don José Luis y Enrique E. J.). Doña María Asunción (ex-esposa con la que no ha tenido sucesión) acepta la herencia en 1983.

Don José Luis E. J. demanda a doña María Asunción Ll. C. y a don Luis Enrique E. J. pidiendo, en primer lugar, la nulidad de la cláusula testamentaria en la que se instituye a doña María Asunción como heredera fideicomisaria del testador en usufructo y, subsidiariamente, para el caso de que sea reconocida heredera la anterior codemandada, que se declare a don Luis Enrique responsable por evicción por la venta de unas fincas pertenecientes a la herencia que éste último ha vendido al actor. El demandante parece pretender (porque del texto de la sentencia no se deduce claramente) la nulidad del llamamiento de doña María Asunción, basándose en que la voluntad del testador no habría sido instituir la heredera fideicomisaria de haber conocido el divorcio de la misma con su padre. Anteriormente a este litigio se había planteado otro entre los hermanos don José Luis E. J. y don Luis Enrique E. J. y el Arzobispado de Valencia, para decidir quién era el fideicomisario último: si la sucesión legítima (es decir, los dos hermanos) o el alma del testador (esto es, si la disposición testamentaria destinaba los bienes para sufragios y obras piadosas en favor de su alma). Al final se desestima el recurso de casación interpuesto por el Arzobispado, quedando los dos hermanos como fideicomisarios últimos.

Este caso permite distinguir a mi juicio dos hipótesis distintas: primera, que las circunstancias varíen en el tiempo que transcurre desde el otorgamiento del testamento hasta la muerte del testador y segunda, que la variación de circunstancias se produzca tras la muerte del testador. Como puede apreciarse de los hechos inmediatamente narrados, la STS de 29 de diciembre de 1997 queda circunscrita a la segunda hipótesis: el divorcio de los instituidos herederos fideicomisarios se produce con posterioridad a la muerte del testador. Pero las argumentaciones del ponente de la sentencia no sólo aluden a este último caso sino también a la primera de las hipótesis, otorgando a ambas idéntico tratamiento jurídico: no cabe que el testamento recoja una voluntad del testador posterior al otorgamiento. Aquí se estudia a continuación si la dos situaciones suponen realmente un cambio de voluntad del testador y qué tratamiento jurídico deben recibir cada una de ellas.

II. VARIACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS ENTRE EL OTORGAMIENTO Y LA MUERTE DEL TESTADOR

Parece indiscutible la afirmación de que no debe admitirse una incorporación de las últimas intenciones reales del testador sin exigir ningún tipo de condición. La resolución que como comentario estima el recurso de casación interpuesto por doña María Asunción Ll. C. (heredera fideicomisaria que pretende la validez de su llamamiento), en el que ésta alega como único motivo de casación la infracción del artículo 675 del Código Civil en relación con el artículo 1281 del Código. El ponente ha lugar al recurso de casación y califica la interpretación que han hecho las sentencias de instancia de la cláusula testamentaria de «*absurda, ilógica y contraria directamente al artículo 675*»². A su juicio, el testamento, ante una variación de las circunstancias entre el otorgamiento y la muerte del testador, no puede recoger una voluntad posterior al otorgamiento. La sentencia enumera para justificar esta afirmación dos de los tres argumentos que apunta aquella corriente doctrinal contraria a la relevancia jurídica del cambio de voluntad del testador posterior al otorgamiento: el concepto de testamento y la posibilidad de revocar el primer testamento. El tercer argumento, y quizás más importante, es el carácter formal del testamento, que más tarde se comenta extensamente.

Respecto al argumento del concepto de testamento, se alega que el testamento no sólo es perfecto, sino también eficaz para su autor desde el momento en que se otorga. Así, para Jordano Barea³ el testamento no es un negocio jurídico *in itinere*, para los terceros y para el testador, con forma fija y voluntad variable hasta el momento de su muerte. En la esfera del autor es, pues, un negocio perfecto, cumplido, acabado, que adquiere un valor definitivo para él apenas constituido y que tiene forma y voluntad fijas. Este concepto de testamento es minoritario en cuanto suele concebirse como negocio perfecto *ab initio*, pero con eficacia *post mortem*, tanto para el autor como para los terceros. En relación con el segundo argumento, la posibilidad de revocar el testamento, O'Callaghan⁴ estima que si cambió de intención podía haberlo reflejado en un testamento posterior. Creo que tal argumento no sirve en todos los casos como apoyo para la irrelevancia de la última voluntad real del testador, sino que, como se explica después, cuando no hay una prueba positiva del cambio de voluntad del testador tras la variación de circunstancias es posible utilizarlo para que prevalezca la voluntad del otorgamiento.

A mi juicio, puede concederse relevancia jurídica al cambio de voluntad del testador por la variación de circunstancias entre el momento en que redacta el documento y su muerte, con dos condiciones: que haya una prueba extrínseca del cambio de voluntad y que tal cambio de voluntad sea conciliable con el tenor literal del testamento⁵.

² Según abrumadora jurisprudencia la función de interpretar el testamento es del tribunal de instancia, no revisable en casación a no ser que sea ilógica, absurda o contraria a la ley. Véase por todos DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 7.ª edición, Tecnos, Madrid, 1997, p. 366.

³ *Interpretación del testamento*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 118-119. Véase, además, «Teoría general del testamento», *Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al profesor Serrano y Serrano*, I, Universidad de Valladolid, 1965, pp. 451-453.

⁴ *Compendio de Derecho Civil*, tomo V, 4.ª edición, Edersa, 1993, p. 297.

⁵ Estos dos requisitos aparecen ya mencionados en la obra de LANGE, H.: *Das Recht des Testaments*, Tubinga, 1937, pp. 107-110. Buena parte de la doctrina española muestra una posición ambigua respecto a la admisión de la voluntad última del testador, pero en cualquier caso exigen para su admisión estos requisitos mencionados. Véase en

II.1 Prueba positiva del cambio de voluntad

Pienso que es perfectamente posible admitir una prueba extrínseca del cambio de voluntad del testador. Nuestra doctrina no tiene dificultad en reconocer la validez de la prueba extrínseca –actos o comportamientos del testador sucesivos al otorgamiento del testamento–, pero como medio interpretativo de la voluntad del testador plasmada en el testamento. No ocurre lo mismo cuando la prueba extrínseca recae sobre actos que implican una nueva orientación de la voluntad ⁶.

Ahora bien, el peligro de conceder relevancia a la prueba extrínseca como expresión de la voluntad real posterior del testador es claro. Por ello, con el fin de eliminar en cierta medida este peligro, creo que ha de exigirse, en aras del principio de seguridad jurídica, una determinada clase de prueba. De manera que sólo deberían estimarse válidas las manifestaciones escritas del testador (diario, correspondencia...) y no las declaraciones de testigos sobre conversaciones con el testador. En el caso de que las manifestaciones escritas de este último reúnan los requisitos necesarios para valer como testamento ológrafo, es evidente que no estaríamos ya ante una voluntad posterior extratestamentaria sino ante un cambio de voluntad manifestado por el medio que el Código Civil estima como idóneo: el otorgamiento de un nuevo testamento.

La prueba puede servir, pues, o para demostrar el cambio de voluntad del testador, o que, por el contrario, el testador no ha variado su último pensamiento plasmado en el documento. El problema radica en aquellos casos en que no existe prueba de la voluntad del testador en un sentido u otro. Es decir, si el testador ha guardado silencio respecto a su posición sobre la nueva circunstancia, cómo debe interpretarse su actitud de no otorgar un nuevo testamento. A mi juicio este silencio vale como manifestación tácita de que el testador no ha querido el cambio ya que podía haber hablado y no lo ha hecho. Este deber de hablar deriva de la propia normativa reguladora de la revocación de los testamentos, ya que siempre queda la posibilidad al testador de manifestar su cambio de voluntad otorgando un nuevo testamento. Pero este deber ha de considerarse cumplido desde el momento en que ya hay una prueba positiva del cambio de voluntad del testador: éste ya «ha hablado» ⁷.

España, ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil...*, cit., p. 341; ALFÉREZ CALLEJÓN, G.: «El testamento y su interpretación», *RCDI*, 1973, p. 110, y SIMÓ SANTONJA, V. L.: «La interpretación de las disposiciones *mortis causa*», *RDP*, 1961, p. 383. En la doctrina portuguesa, VARELA, J.: *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador*, Coimbra, 1950, pp. 22-61, no se pronuncia abiertamente sobre la tesis de Lange, a cuyo análisis dedica numerosas páginas de su monografía, aunque en un momento dado llega a calificarla de «peregrina y extravagante», al menos a primera vista (vid. especialmente las pp. 23 y 39 y nota de pie de página 2).

⁶ En este sentido, JORDANO BAREA, J. B.: «Comentario al artículo 675 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo IX, Edersa, 1990, p. 256.

⁷ Pero según CARIOTA FERRARA, L.: *El negocio jurídico*, traducción, prólogo y notas de Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1956, pp. 339-340; como regla general, no existe un deber de hablar todas las veces que hay posibilidad de hacerlo, ni en virtud de la ley, ni en virtud de la costumbre ni en virtud de los principios de responsabilidad y confianza. Sólo en función de las circunstancias puede establecerse que el deber en cuestión existe, habida cuenta del deber de comportarse normal en la vida de los negocios.

Nuestro Tribunal Supremo parece también favorable a la orientación de estimar el silencio o inactividad del testador como contrario al cambio de voluntad, si bien es cierto que en las dos ocasiones en que así se pronuncia tal silencio va acompañado además de una prueba contraria al cambio de voluntad. Se trata de las SSTs de 23 de octubre de 1925 y 6 de diciembre de 1952⁸.

⁸ En la STS de 23 de octubre de 1925 (*Colección de Jurisprudencia Civil* núm. 64), don José María López interpone demanda contra don Manuel Joaquín Prado Segade, pidiendo la nulidad de la institución de heredero otorgada en testamento a favor de éste último y al mismo tiempo la declaración de herederos abintestato del causante a sus hermanos, sobrinos y viuda. En el testamento del 5 de enero de 1901 el causante instituye por única y universal heredera usufructuaria vitalicia en todos sus bienes, derechos y acciones que queden a la hora de su fallecimiento a su esposa María Josefa Prado. Instituye por único y universal heredero en propiedad de todos sus bienes, derechos y acciones que queden a la muerte de su esposa a su cuñado. La esposa premuere al testador en el año 1910 y él se vuelve a casar de nuevo. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia desestiman la demanda. Don José María López interpone recurso de casación, que no ha lugar. El TS considera correcta la interpretación lógica y sistemática de las instancias anteriores, ya que de ella se deduce que el testador manifestó su deseo de que sus bienes no saliesen del patrimonio de su mujer y de su cuñado; por eso a su mujer le dejaba el usufructo vitalicio y a su cuñado el derecho de nuda propiedad. Y además, nombraba a la mujer sustituta de su hermano. Todo ello para que no hubiese lugar a la sucesión intestada y a los llamamientos familiares. El TS estima como prueba del no cambio de voluntad el hecho de que el testador podía haber modificado el testamento y no lo ha hecho, a pesar de haber sobrevivido bastantes años a su esposa, pero es verdad que también existe aquí una prueba en contra del cambio de voluntad: anteriormente al otorgamiento del testamento, el testador se había enemistado con sus familiares a causa de pleitos que le habían interpuesto. Pero nótese cómo en este caso no se trata de una prueba posterior.

En la STS de 6 de diciembre de 1952 (*Ar.* 2430) los demandantes, nietos de la testadora, solicitan en su demanda la procedencia del derecho de representación, invocado para heredar a su abuela en el tercio de mejora y de libre disposición, en los que, juntamente y por partes iguales con otra heredera, había sido instituido el padre de aquellos, premuerto a la testadora. Los demandados sostienen que el derecho de representación sólo alcanza a la parte que al representado le correspondía en el tercio de legítima estricta. Tanto el Juzgado de Primera instancia como la Audiencia entienden desestimada la demanda. El TS tampoco admite el recurso de casación, confirmando la tesis de que en aquel momento el ordenamiento jurídico no da acceso al derecho de representación en la porción libre de la que ha dispuesto el testador en favor de un hijo que le ha premuerto y ha dejado descendencia. Hoy en día nuestro artículo 814 del Código Civil parece admitir otra conclusión distinta. Pero respecto al tema que ahora nos ocupa, el TS llega a plantearse, en el considerando sexto, la posibilidad de conceder relevancia al cambio de voluntad de la testadora *«para estimar incorporada al testamento, por medios de prueba extrínseca, el llamamiento de los nietos en vía de sustitución vulgar, como aclaración o complemento de una disposición testamentaria deficientemente expresada por previsión del posible fallecimiento del hijo viviendo su madre»*. Pero al final desestima tal posibilidad porque, entre otras cosas, hay una prueba contraria al cambio de voluntad: la testadora fue advertida de que era necesaria una nueva disposición testamentaria para que los hijos del premuerto heredasen la porción libre de la herencia y, fallecida cinco meses después de haber muerto su hijo, se abstuvo de disponer su última voluntad en la forma aconsejada. De ahí que el TS interpreta el silencio de la testadora como *«falta de persistencia en el primer propósito de que los nietos heredasen en toda la extensión en que había sido llamado a la herencia el hijo premuerto y se avino a que se cumpliese el testamento en los términos enunciados por los informantes, que son a los que se atuvo el contador-partidor»*.

II.2 Conciliación del cambio de voluntad con el tenor literal

Una de las más importantes objeciones a la admisión de la voluntad real última del testador es precisamente el carácter formal del testamento. De hecho del propio artículo 675 del Código Civil, único precepto que se ocupa de una manera general de la cuestión de la interpretación testamentaria, se deduce que la única voluntad que se tiene en cuenta es la declarada en el testamento⁹. Es precisamente la relevancia de la voluntad verdaderamente última del testador uno de los puntos de interferencia entre el principio de la autodeterminación, del que deriva que no pueda establecerse una regulación contraria a la voluntad del testador, y el principio de la forma, por el que se discute que la disposición querida por el testador pueda cumplirse si no está cubierta por la forma testamentaria¹⁰.

Sin embargo, a mi juicio no hay problema en incorporar al testamento el cambio de voluntad del testador siempre y cuando esta intención última del testador sea conciliable con el tenor literal del testamento. De hecho la práctica demuestra cómo en muchas ocasiones el testador no hace un nuevo testamento tras el cambio de voluntad, porque piensa que la letra del antiguo es perfectamente compatible con su última voluntad. Es decir, si la disposición testamentaria admite dos sentidos, uno acorde con la voluntad anterior declarada en el testamento y otro conforme a la voluntad posterior, hemos de estar a la voluntad última y no a la del otorgamiento¹¹. De este modo se respetan a la vez el principio de forma (vale sólo la voluntad que está cubierta por la letra del testamento) y el principio de voluntad del testador (la interpretación que prevalece es la subjetiva, la verdadera intención del causante, y si el testamento tiene por objeto regular ciertas relaciones posteriores a su muerte, es más acorde con tal finalidad acoger su última voluntad¹²).

Parte de la doctrina mantiene otra tesis que parece eliminar los obstáculos que plantea la realización de la última voluntad del testador en relación con el principio formal en materia testamentaria. Se acude a una interpretación integradora del testamento para acomodar la disposición *mortis causa* a la realidad. Consiste en hallar la voluntad hipotética de ese concreto testador: ¿habría querido el testador –al otorgar el testamento– que el favorecido en la disposición testamentaria lo siguiera siendo de haber conocido en ese momento el cambio de circunstancia?¹³.

⁹ Por todos, LLEDÓ YAGÜE, F.: *Compendio de Derecho Civil*, Sucesiones, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 92-93, y ROCA SASTRE, R.: *Derecho de Sucesiones*, Estudios de comparación y adaptación a la obra de Kipp, 2.ª edición, Bosch, Barcelona, 1976, p. 232.

¹⁰ En este sentido, FLUME, W.: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Zweiter Band Das Rechtsgeschäft, Zweite überarbeitete Auflage, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 1975, pp. 331-332. Puede consultarse también la traducción de esta obra en *El negocio jurídico*, parte general del Derecho Civil, tomo 2.º, 4.ª edición no modificada, por MIGUEL GONZÁLEZ, J. M., y GÓMEZ CALLE, E., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 397-398.

¹¹ En contra, JORDANO BAREA, J. B.: «La voluntad verdaderamente última del testador en la teoría de la interpretación del testamento», *Revista de Derecho Español y Americano*, núm. 23, 1960, p. 233.

¹² LANGE, H.: «Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers», *Jherings Jahrbücher*, 1932, p. 11.

¹³ FLUME, W.: *Allgemeiner Teil des...*, cit., p. 337, considera incorrecta tal doctrina únicamente en la medida en que se coloca en la voluntad hipotética del testador al tiempo de otorgar el testamento. A su juicio ha de situarse en el momento de la muerte.

Ésta parece ser la solución que adopta el artículo 132 del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña (Ley 40/1991, de 30 de diciembre), a su vez fiel ejemplo del parágrafo 2077 del *BGB*¹⁴. Sin embargo, tales preceptos sólo regulan uno de los muchos supuestos en que hay un cambio de circunstancias posterior al otorgamiento del testamento: tras instituir el testador como beneficiario a su cónyuge, el matrimonio se anula, separa o divorcia. En el caso del *BGB*, se añade, además, la disposición *mortis causa* en favor del prometido cuando el matrimonio no llega a celebrarse. Otras circunstancias sobrevenidas, por tanto, quedan fuera de sus respectivos ámbitos de aplicación¹⁵.

Como antes decía, esta tesis parece salvar aparentemente el obstáculo del principio formal del testamento en cuanto no se admiten conjeturas que no tengan un mínimo de fundamento en el propio testamento. Ahora bien, al final se ven impulsados a servirse de elementos externos, incluidos los posteriores al otorgamiento del testamento, para integrar la voluntad testamentaria fijada en dicho momento. Deben admitir tales datos externos, porque si tuvieran que recurrir de forma exclusiva a los que proporciona el propio testamento la búsqueda de la voluntad hipotética de ese testador se convertiría en la mayoría de los casos en un objetivo imposible, ya que con frecuencia el texto del testamento es completamente inexpresivo. Eso sí, insisten en que es distinto admitir la prueba extrínseca como expresión de una voluntad autónoma posterior al otorgamiento del testamento que tomar la prueba extrínseca como elemento de juicio para hallar la voluntad hipotética en el momento del otorgamiento. Pero el mismo Casas Vallés reconoce que la diferencia práctica entre una y otra posición es mínima, apenas apreciable¹⁶. ¿Por qué entonces hablar de una voluntad hipotética del testador —que al final no tiene más remedio que apoyarse en pruebas extrínsecas posteriores al otorgamiento— en vez de admitir directamente la relevancia de la voluntad real última del testador? Eso sí, exijamos una prueba del cambio de voluntad que sea estricta y rigurosa y dejemos la interpretación integradora para aquellos casos en que es absolutamente imposible conocer el cambio de voluntad real del testador: cuando las circunstancias varíen tras su muerte.

Por tanto, en mi opinión, siempre que exista prueba positiva del cambio de voluntad y que tal voluntad sea conciliable con el tenor literal es posible incor-

¹⁴ Artículo 132 CS: «*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 a 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».

¹⁵ CASAS VALLÉS, R.: «Las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio (Sobre el artículo 132 del Código de Sucesiones de Cataluña)», *ADC*, 1993, p. 1783; cuando comenta el precepto citado del CS, explica que éste parte, en primer lugar, de la voluntad testamentaria hipotética típica, es decir, la que cabe presumir en el testador medio. La voluntad testamentaria se integra con una previsión legal contraria a la eficacia de la disposición. Pero esta previsión queda supeditada a que exista una voluntad hipotética individual de signo diverso: ¿Habría querido el testador que las disposiciones fueran eficaces a pesar de todo?

¹⁶ *Ídem*, cit., p. 1779.

porarla al testamento. Casos de clara conciliación de la voluntad última con el tenor literal son aquellos en que el testador designa de forma genérica al favorecido en la disposición testamentaria: mi mujer, mi hijo...¹⁷. Por el contrario, esta conciliación con el tenor literal no se da cuando el testador designa por su nombre y apellidos al beneficiario o cuando éste viene identificado por sus rasgos característicos. Esto sucede en la resolución que comento, ya que en ella la heredera fideicomisaria viene nombrada por su nombre y apellidos. Es cierto, como dice el ponente de la sentencia, que en este caso la condición de esposa de ninguna manera determina el llamamiento a la herencia (al revés de como lo entienden las sentencias de instancia)¹⁸. Qué ocurre en estos casos en que hay una prueba positiva del cambio de voluntad pero tal cambio no se ajusta al tenor literal: ¿ha de concederse alguna relevancia jurídica a esta última intención del testador no declarada en testamento? Desde luego, al no tener esta última intención ninguna cobertura en la letra del testamento no se podría en ningún caso incorporar al mismo. La única consecuencia posible es que los favorecidos con la nueva voluntad del testador solicitaran la ineficacia de la declaración *mortis causa*. De hecho tal consecuencia la ha mantenido nuestro Tribunal Supremo en alguna ocasión¹⁹.

¹⁷ KIPP, T.: *Derecho de Sucesiones...*, cit., p. 224 y nota de pie de página 14, comenta el clásico caso de la jurisprudencia alemana en que el testador instituye como heredera universal a su esposa, con exclusión de sus hermanos, que en otro caso hubieran tenido derecho a heredar. La esposa muere y el testador contrae nuevo matrimonio y muere a su vez, sin haber modificado su testamento. En virtud de este testamento la viuda reclama la herencia en exclusiva. El *Kammergericht* asiente a su demanda, ya que, por vía de interpretación integradora, el testamento también podía ser referido a la segunda esposa. El Tribunal del *Reich* lo deniega, diciendo que la tesis del *Kammergericht* presupondría como norma de experiencia que en semejante testamento el testador quería instituir heredera a la que en cada momento fuera su esposa, pero tal norma no existe (sentencia de 10 de diciembre de 1931). A juicio de Kipp, tampoco, porque «*la experiencia general dice que el fin del testador no era instituir heredera a la que "en un momento dado" fuera su esposa; su disposición particular no estaba subordinada a ningún otro fin*». En idéntico sentido, ALFÉREZ CALLEJÓN, G.: «El testamento y su interpretación»..., cit., p. 110, para quien tal tesis supondría considerar ciertas instituciones, como el matrimonio, como algo fungible.

¹⁸ En este sentido, también REGLERO CAMPOS, L. F.: «Comentario a la STS de 29 de diciembre de 1997», *CCJC*, núm. 47, 1998, p. 617.

¹⁹ En la STS de 13 de febrero de 1943 (*Ar.* 134), don F. B. fallece en abril de 1929 bajo testamento otorgado en 1923, cuya cláusula 2.ª dice: «*Por el presente instituye y nombra por su única y universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuras, a su esposa doña Encarnación V. R. en pleno y absoluto dominio; pero los bienes que conserve a su fallecimiento pasarán a la institución de San Vicente de Paúl del pueblo en que ocurra su fallecimiento, y, si no existiera en tal pueblo, para los pobres de la capital de la provincia, rogando a aquellos la encomienden a Dios y los disfruten venturosamente*». Doña Encarnación premuere a su marido. Por escritura pública de 22 de mayo de 1928 (un año después de la muerte de su esposa), el propio don F. B. adopta como hijo suyo a un niño (Manuel O. C.), concediéndole el derecho a usar sus apellidos y los demás que las leyes reconocen a los hijos legítimos, obligándose además a instituirle heredero, por lo menos en un tercio de sus bienes. El representante legal del hijo menor demanda al Gobernador civil de la provincia de Jaén, como Presidente de la junta municipal de beneficencia, para que se declare la ineficacia del testamento otorgado por don F. B. y el derecho del demandante a la herencia (pretende, pues, que la última voluntad del causante se considere relevante jurídicamente). Las dos primeras instancias acogen la demanda del actor y el demandado recurre en casación, alegando la infracción del artículo 675 del Código Civil. El Tribunal Supremo entiende que los tribunales de instancia hicieron una correcta interpretación literal de la cláusula, en la medida en que el testador establece como único supuesto previsto para el llamamiento de la institución de San

III. VARIACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS TRAS LA MUERTE DEL TESTADOR

Ya he indicado que la resolución objeto del presente comentario se refiere a unos hechos que ocurren tras la muerte del testador (divorcio entre los nombrados herederos fideicomisarios). Las sentencias de instancia buscan asegurar la voluntad real del testador, en la fecha del testamento y de su muerte, en función de estos hechos posteriores a su muerte. Y concluyen que el testador no habría nombrado heredera a la demandada de haber conocido el divorcio de ésta con su esposo. El ponente del Supremo considera que *«pensar en su voluntad real, por unos hechos posteriores a la muerte del testador, es ya caer en el absurdo»*. Probablemente lo que pretenden las sentencias de instancia no es otra cosa que hallar la voluntad hipotética del testador mediante una interpretación integradora. Pero, desde luego, el concepto de voluntad real no es, sin duda, el más acertado. Así como en el supuesto anterior existe un cambio de voluntad real del testador, en éste es imposible la búsqueda de una prueba del cambio de voluntad real: ¿cómo va a cambiar de voluntad ante determinadas circunstancias una persona ya fallecida? Aquí, pues, sí tiene pleno sentido realizar una interpretación integradora del testamento para la regulación de circunstancias supervinientes, mediante la reconstrucción conjetural del propósito del testador. La admisión de una interpretación semejante no deja de ser controvertida en la medida en que se corre el peligro de inventar la voluntad del testador. Jordano Barea ²⁰ sí admite la voluntad virtual que, con base en la línea de pensamiento contenida en el testamento, hay que suponer que se habría formado el disponente si hubiera conocido la hipótesis no prevista en el momento de la elaboración del testamento.

Si se aplica este tipo de interpretación al caso objeto de este comentario, quizás debamos concluir que en la STS de 29 de diciembre de 1997, el testador no habría querido la ineficacia de la institución de la recurrente como heredera fideicomisaria. Primero, hay un dato que se desprende del propio testamento: él la nombra heredera por su nombre y apellidos (por tanto, no de forma exclusiva en calidad de esposa del heredero fideicomisario) y segundo, existe un elemento de juicio exterior: el llamamiento se produce a pesar de que conoce la separación de hecho existente entre los cónyuges desde hacía tiempo. En una resolución anterior, en la STS de 15 de noviembre de 1921, bien pudo hacerse por el tribunal una interpretación integradora del testamento, pero no lo hace, sin embargo. Probablemente es una muestra clara de la dificultad que hay para acoger en todo caso este tipo de interpretación ²¹.

Vicente de Paúl el que quedasen bienes de la herencia del testador a la muerte de la heredera doña Encarnación, después de haberse ejercitado por ésta el derecho de libre disposición con respecto a los mismos. Sólo al final del considerando el TS alude a un cambio de voluntad del testador, ya que las circunstancias del testador en el momento del otorgamiento *«no subsistían ya en el momento de su muerte»*. En el caso, existe indudablemente una prueba extrínseca de su cambio de voluntad (la escritura pública en la que manifiesta el testador su deseo de hacer heredero a su hijo adoptivo), pero tal voluntad no es en absoluto conciliable con el tenor literal del testamento.

²⁰ «Comentario al artículo 675 del Código Civil»..., cit., pp. 262-263.

²¹ Véase esta sentencia en *Colección de Jurisprudencia Civil*, núm. 140. El 17 de diciembre de 1915, fallece don Félix Galarza, bajo testamento notarial otorgado en 1913 y que contiene, entre otras, la siguiente cláusula 6.ª: *«Recomienda con mucho interés a su hija doña Ángela y al marido de ésta don Ricardo que conserven siempre a su lado a la antigua sirvienta Benita Pascual, en la seguridad de que por lo mucho que la quieren así lo harán, no le deja legado alguno, porque no lo necesita, y si lo que no es de esperar, surgie-*

ra entre ellos alguna desavenencia y que por mutuo consentimiento de los dos se decidieran a separarse, para tal caso suplica a sus citados hijos doña Ángela y don Ricardo que le señalen un tanto diario con el que pueda la Benita vivir modestamente, dejando esto a la conciencia de sus hijos, en los que tiene absoluta confianza que sabrán cumplir y cumplirán los deseos del testador», y en la cláusula 7.ª, lega y manda de libre disposición a su hija Ángela «*el tercio de todos sus bienes, cuya mejora y legado hace en compensación de los muchos gastos causados en la carrera dada a los hijos del testador, quien nombró herederos en el remanente de todos sus bienes, por iguales partes, a sus hijos don Ángel y doña Ángela*». Aunque a la muerte del testador los demandados conservaron a su lado a Benita (demandante), pronto empezaron a surgir entre ellos algunas desavenencias, hasta que, hallándose ausente doña Ángela, don Ricardo la despidió con un pretexto y la echó de casa con malos modos, sin pagarle un solo céntimo de salario. Benita demanda ante los tribunales a don Ricardo y a doña Ángela, y el Juzgado de Primera Instancia entiende que los demandados están obligados a dar a la sirvienta mientras viva una pensión diaria. La Audiencia confirma la decisión del Juzgado y los demandados recurren en casación. El TS entiende que la Sala no infringe el artículo 675 del Código Civil, ya que la interpretación que se hace del testamento es la correcta: la cláusula por la que el testador recomienda a su hija y al marido de ésta que conserven siempre a su lado a la antigua sirvienta, procurando que no carezca de las cosas más elementales mientras viva, encierra un legado de alimentos. Además, considera que las locuciones de recomendación, de encargo y de cariño que emplea el testador determinan un vínculo de derecho, eficaz y solemne, por las personas que las dictan, por aquellas a quienes se dirigen, por los momentos en que se consignan y por la confianza y seguridad del testador de que serán cumplidas.

Hay, pues, como puede verse, una circunstancia sobrevenida a la muerte del testador (abandono de la sirvienta por parte de su hija y el marido), circunstancia que el testador ni previó en el testamento (sólo prevé el supuesto de las desavenencias entre el matrimonio) ni tampoco pudo conocer. Y elude el Supremo la interpretación de cuál hubiera sido la voluntad presunta del testador de haber conocido tal circunstancia, alegando que en el testamento se encierra un legado de alimentos. Sin duda, una salida fácil.