



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

**DISPOSICIÓN
TESTAMENTARIA A
FAVOR DEL CÓNYUGE O
PAREJA ¿INEFICAZ
CUANDO SE PRODUCE
NULIDAD, DIVORCIO O
SEPARACIÓN?**

MINERVA NAVARRO ALEGRE

Mayo, 2020

RESUMEN/ABSTRACT

Este trabajo fin de grado sobre “*disposición testamentaria a favor del cónyuge o pareja ¿ineficaz cuando se produce nulidad, divorcio o separación?*” analiza si las disposiciones testamentarias son eficaces o no, cuando van dirigidas al cónyuge o pareja y posteriormente se produce crisis matrimonial.

Se reflexiona sobre ésta situación tanto en el derecho común como en algunos derechos forales; también su resolución por la jurisprudencia, debido a que hasta hace recientemente poco había una discrepancias sobre su actuación.

This final Project on “*testamentary disposition in favor of the spouse or partner, ineffective when nullity, divorce or separation occurs?*” It analyzes whether the testamentary dispositions are specific or not, when they are addressed to the spouse or partner and later there are marital crises.

This situation is reflected both in common law and in some statutory rights; also its resolution by jurisprudende, because until recentrly it had discrepancias on its performance.

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| 1. DIFERENCIA ENTRE LAS DISTINTAS CAUSAS DE CRISIS MATRIMONIAL. | |
| 1.1. La nulidad matrimonial..... | 2 |
| <i>1.1.1. Las causas de nulidad matrimonial.....</i> | <i>2</i> |
| <i>1.1.2. La acción de nulidad.....</i> | <i>4</i> |
| <i>1.1.3. Convalidación del matrimonio nulo.....</i> | <i>5</i> |
| <i>1.1.4. Matrimonio putativo.....</i> | <i>5</i> |
| 1.2. La separación conyugal..... | 5 |
| <i>1.2.1. La separación legal.....</i> | <i>6</i> |
| <i>1.2.2. La separación de hecho.....</i> | <i>8</i> |
| <i>1.2.3. La reconciliación conyugal.....</i> | <i>9</i> |
| 1.3. El divorcio..... | 10 |
| 2. DERECHOS LEGITIMARIOS DEL CÓNYUGE VIUDO EN EL CÓDIGO CIVIL. | |
| 2.1. Introducción..... | 12 |
| 2.2. Conmutación del usufructo del cónyuge viudo..... | 13 |
| <i>2.2.1. Conmutación según artículo 839 del código civil.....</i> | <i>13</i> |
| <i>2.2.2. Conmutación según artículo 840 del código civil.....</i> | <i>15</i> |
| 3. EL TESTAMENTO A FAVOR DEL CÓNYUGE O PAREJA Y POSTERIOR NULIDAD, DIVORCIO O SEPARACIÓN. | |
| 3.1. Derecho Común..... | 16 |
| <i>3.1.1. Tratamiento de los artículos 675, 738, 743 y 767 en el código civil</i> | <i>16</i> |
| <i>3.1.2. posición de la jurisprudencia menor, sobre la eficacia o ineficacia de las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge, y posterior crisis matrimonial.....</i> | <i>20</i> |
| <i>3.1.3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre la eficacia o ineficacia de las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge, y posterior crisis matrimonial.....</i> | <i>22</i> |
| 3.1.3.1. Análisis de las resoluciones del Tribunal Supremo..... | 26 |
| 3.2. Derecho Foral..... | 29 |
| <i>3.2.1. Derecho foral de Galicia sobre disposición testamentaria a favor del cónyuge y posterior crisis matrimonial.....</i> | <i>29</i> |
| 3.2.1.1. Tratamiento de los artículos 208 y 230 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia..... | 29 |

| | |
|---|-----------|
| 3.2.1.2. Jurisprudencia sobre la ineficacia de las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y posterior crisis matrimonial..... | 32 |
| 3.2.2. <i>Derecho foral de Cataluña sobre disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y posterior crisis matrimonial.....</i> | 35 |
| 3.2.3. <i>Derecho foral de Aragón sobre disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y posterior crisis matrimonial.....</i> | 37 |
| 3.2.4. <i>Derecho foral de Navarra sobre disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y posterior crisis matrimonial</i> | 40 |
| CONCLUSIÓN..... | 43 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 45 |
| ANEXO..... | 46 |

INTRODUCCIÓN

Este trabajo fin de grado analiza la regulación actual sobre la eficacia o no, de las disposiciones testamentarias dirigidas al cónyuge o pareja y posterior crisis matrimonial.

Los temas a tratar tienen relevancia práctica, al tratarse de una situación muy común en nuestros días, ya que la mayoría de las personas otorgan testamento a favor de sus respectivas parejas o cónyuges, pero también es muy común que se acaben separando, divorciando, reconciliando.... Surgiendo entonces la incertidumbre de si estas disposiciones son o no eficaces. Puesto que cuando se otorga testamento la pareja sí está unida, pero en el momento de la apertura ya no, ¿en ese caso se mantiene o no el derecho sucesorio del cónyuge viudo? Y ¿las disposiciones siguen siendo válidas o por el contrario se tiene por no puestas? Para resolver estas preguntas es importante ver cómo como el legislador lo ha previsto, al igual que la jurisprudencia lo ha interpretado.

Debido a que en derecho Común podremos ver la ausencia de normativa al respecto, provocando sentencias muy dispares entre sí, ya que se interpreta el código civil desde un punto de vista diferente; considerando en ocasiones la eficacia de las disposiciones testamentarias y sin embargo en otras su ineficacia. Pero a partir de 2018, se crea jurisprudencia por parte del Tribunal Supremo, poniendo fin a sentencias contradictorias. No sucediendo en los derechos forales, ya que el legislador si han regulado la ineficacia testamentaria a favor del cónyuge si posteriormente hay divorcio, nulidad o separación, en sus distintos Códigos.

Por lo que el objetivo de este trabajo es averiguar a través de la jurisprudencia, y la normativa existente, si la nulidad, separación o divorcio, causan la ineficacia testamentaria a favor del cónyuge. Para ello he comenzado explicando los efectos que causa la nulidad matrimonial, la separación, tanto de hecho como legal y el divorcio. Seguido de la legítima del cónyuge viudo. A continuación, he entrado a explicar el articulado del código civil, que regula la eficacia o no de las disposiciones testamentarias, además de jurisprudencia proveniente de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo sobre el tema. También he buscado regulación sobre la eficacia o no de las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y posterior crisis matrimonial, en derechos forales, basándome en el derecho gallego, catalán, aragonés y navarro. Y por último he expuesto una conclusión.

1. DIFERENCIA ENTRE LAS DISTINTAS CAUSAS DE CRISIS MATRIMONIAL

1.1. La nulidad matrimonial

La nulidad supone la ineficacia originaria del vínculo matrimonial, es decir, se produce desde el mismo momento de la celebración nupcial, a pesar de que durante años haya existido apariencia de unión conyugal. La falta de validez, es ocasionada por la carencia de alguno de los requisitos matrimoniales necesarios. Su regulación se encuentra entre los artículos 73 al 80 del código civil.

La nulidad provoca la vuelta al estado civil anterior a la celebración del matrimonio, perdiéndose el vínculo matrimonial. También da lugar, a la extinción del régimen económico matrimonial por sentencia firme (artículo 95 CC) y a la revocación de donaciones por razón de matrimonio (artículo 1434 CC). En el caso de que uno de los cónyuges fallezca y la acción de nulidad se encuentre en proceso judicial, se ha de esperar hasta sentencia firme, y si tras el fallecimiento de uno de los cónyuges la acción de nulidad es ejercida por una tercera persona con interés legítimo y directo, habrá que esperar a la sentencia firme, en el caso de que determine la nulidad matrimonial ha de restituir todo lo recibido en testamento, salvo si el sobreviviente hubiese obrado de buena fe¹. Ahora bien a los hijos no le afecta la nulidad matrimonial *<<la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos>>*. (Artículo 92.1 CC).

1.1.1. Las causas de nulidad matrimonial

Como dice M^a Amalia Blandido Garrido “*Es necesario alegar una causa que legitime la acción de nulidad matrimonial, puesto que la Ley 15/2005, de 8 de julio sólo eliminó la necesidad de alegar una causa para obtener la separación o el divorcio*”². Además añadir que las causas de nulidad han de ser anteriores o en el mismo momento de la celebración matrimonial.

El artículo 73 del código civil fija un *numerus clausus* de las causas que provocan la nulidad matrimonial. Ahora bien, la doctrina, defiende la idea de incluir a esa numeración que establece el artículo otras causas.

1 Se da este caso cuando la nulidad ha sido posterior al fallecimiento, siendo siempre necesaria la buena fe del cónyuge sobreviviente.

² Álvarez Alarcón, A. (2016). Régimen jurídico material de las crisis matrimoniales. En M^a A. Blandino Garrido y P. Sánchez Martín (coord.), Las crisis matrimoniales, Edición 2^a. Valencia: Tirant lo Blanch (p. 24)

- <<El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial>>.
 - o Simulación y reserva mental.
 - o Matrimonio celebrado por persona con anomalía física o psíquica, que le impida prestar consentimiento de forma libre y consciente.
 - o Matrimonio por poder que finalmente es revocado con anterioridad a la celebración, pero a pesar de ello se producen nupcias (artículo 55 CC).
- <<El matrimonio celebrado entre las personas que se refieren los artículos 46 y 47 salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48>>.
 - o Matrimonio entre menores de edad no emancipados. Artículo 46 CC.
 - o Matrimonio entre personas que ya estén ligadas con vínculo matrimonial. Artículo 46 CC
 - o Matrimonios entre pariente en línea recta por consanguinidad o adopción. Artículo 47 CC
 - o Matrimonios entre parientes colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. Artículo 47 CC.
 - o Matrimonios entre autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos. Artículo 47 CC.
- <<El que contraiga sin la intervención del Juez de Paz, Alcalde o Concejal, Secretario judicial, Notario o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos>>.

En este caso se aplicaría el artículo 53 del código civil <<La validez del matrimonio no quedará afectada por falta de incompetencia o falta de nombramiento del Juez de Paz, Alcalde, Concejal, Secretario Judicial, Notario o funcionario ante quien se celebre, siempre que al menos uno de los cónyuges hubieran procedido de buena fe y aquellos ejercieran sus funciones públicamente>>.

Al igual que el artículo 78 del código civil << El Juez no acordará la nulidad de un matrimonio por defecto de forma, si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe, salvo lo dispuesto en el número 3 del artículo 73>>
- <<El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento>>.
- <<El contraído por coacción o miedo grave>>.

1.1.2. La acción de nulidad

La nulidad matrimonial se declara judicialmente. Siendo necesario el ejercicio de la acción de nulidad, que da lugar al proceso judicial, en el que se dictará una sentencia que declare la nulidad. Cuando sea firme la sentencia se comunicará de oficio al Registro Civil, para su inscripción, además de la cancelación de la anterior inscripción matrimonial.

Los legitimados para pedir la nulidad, es decir, para poder iniciar la acción de nulidad son:

- Los que poseen legitimación general (artículo 74 CC):
 - *«Los cónyuges».*
 - *«Ministerio Fiscal».* “En los procesos para la nulidad de un matrimonio siempre será parte, sea como demandante, sea como demandado. De modo que en unas ocasiones goza de legitimación activa y en otras pasiva”.³
 - *«Cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella».* Correspondiendo al juez competente en cada caso, si las personas que pretenden iniciar la acción de nulidad tienen o no interés legítimo y directo.
- Los que poseen legitimación especial:
 - *«Si la causas de nulidad fuere la falta de edad, mientras el contrayente sea menor sólo podrá ejercitar la acción cualquiera de los padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal. Al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquella».* Artículo 75 CC.
 - *«En los casos de error, coacción o miedo grave solamente podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio. Caduca la acción y se convalida el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o haber cesado la fuerza o la causa del miedo >>.* (Artículo 76 código civil).
Teniendo solamente legitimación el cónyuge que sufrió el vicio, a pesar de

³ Álvarez Alarcón, A. (2016). Régimen jurídico material de las crisis matrimoniales. En M^a A. Blandino Garrido y P. Sánchez Martín (coord.), Las crisis matrimoniales, Edición 2^a. Valencia: Tirant lo Blanch (p. 59)

que el otro cónyuge no fuera conecedor, de la coacción, el miedo... que le obligó a contraer matrimonio.

1.1.3. Convalidación del matrimonio nulo.

La convalidación significa que a pesar de que hayan existido causas de nulidad⁴, los efectos del matrimonio se mantienen y no desaparecen. De hecho la convalidación, se produce de forma automática. Los matrimonios que pueden ser convalidados son:

- <<La convivencia durante un año después de alcanzar la mayoría de edad>>. Artículo 75 CC.
- <<La convivencia durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo>>. Artículo 76 CC.
- <<El juez podrá dispensar, con justa causa... los impedimentos de muerte dolosa y parentesco de grado tercero entre colaterales. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes >>. Artículo 48 CC.

1.1.4. Matrimonio putativo

*“El matrimonio putativo es un matrimonio que ha sido declarado nulo, pero que mantiene los efectos matrimoniales ya producidos desde la celebración del matrimonio hasta la declaración de nulidad, respecto de los hijo y del contrayente o contrayentes de buena fe”*⁵. Por tanto para los hijos nacidos antes o posteriormente a la declaración de nulidad seguirán siendo hijos matrimoniales, además de que no perderán su vínculo padre e hijo. Sin embargo el cónyuge de buena fe, solamente mantendrá los efectos matrimoniales producidos hasta la declaración de la nulidad matrimonial, como pueden ser por ejemplo la nacionalidad española adquirida por el matrimonio.

1.2. La separación conyugal

La separación no produce la ruptura del vínculo conyugal, sino la convivencia entre la pareja. Por lo que no podrán contraer nuevas nupcias hasta que se ponga fin al vínculo conyugal. La separación puede decretarse siempre ante el Juez y en algunos casos ante el letrado de la Administración de Justicia o ante Notario.

⁴ Para que resulte la convalidación del matrimonio nulo es un requisito indispensable que la causa que provocó la nulidad se extinga o desaparezca

⁵ Álvarez Alarcón, A. (2016). Régimen jurídico material de las crisis matrimoniales. En M^a A. Blandino Garrido y P. Sánchez Martín (coord.), Las crisis matrimoniales, Edición 2^a. Valencia: Tirant lo Blanch (p. 66)

1.2.1. La separación legal

La separación legal viene recogida en los artículos 81 y 82 del código civil. Se decreta bien por sentencia (por el Juez), decreto (por el letrado de la Administración de Justicia) o escritura pública (por el Notario).

El artículo 81 del código civil, atribuye competencia al Juez⁶ para intervenir, cuando en el momento de la separación *<<existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio>>*. También cuando *<<sea realizada por uno solo de los cónyuges, siendo necesario que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. La demanda acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación>>*. Y en el caso de que la separación se produzca de mutuo acuerdo, puede realizarse ante el Juez, Notario o letrado de la Administración de Justicia, en el caso de que se realice ante el Juez *<<puede ser a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme el artículo 90 del código civil>>*.

El artículo 82 CC, tras la reforma introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, permite la separación ante Notario⁷ o letrado de la Administración de Justicia, siempre que en el momento de la separación *<<no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores>>*, y sea una separación de mutuo acuerdo, debiendo transcurrir tres meses desde la celebración. El acuerdo se realizará mediante convenio regulador⁸, constandingo en el convenio la voluntad de separarse y las medidas de la

⁶ Competencia que ha sido dada tras la reforma al código civil, por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

⁷ Artículo 82.1 código civil *<<los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación>>*.

⁸ Artículo 90.2.III código civil *<<Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el letrado de la Administración de Justicia o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los mayores o menores emancipados afectados, lo*

separación según lo establecido en el artículo 90 del código civil. Además de la *«intervención en el otorgamiento por parte de los cónyuges de forma personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el letrado de la Administración de Justicia o Notario. Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el letrado de la Administración de Justicia o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar»*.

De los artículos 81, 82 y 86 del código civil, se puede entender que el cónyuge es la única persona que está legitimada para solicitar la separación. Por lo que la acción de separación se extinguiría o el proceso no continuaría, si se declara el fallecimiento de alguno de los cónyuges. Según M^a Amalia Blandido Garrido *“se reconoce la legitimación al tutor del cónyuge incapacitado para ejercer la acción de separación del tutelado, según las resoluciones del Tribunal Constitucional, en la sentencia 311/2000, de 18 de diciembre y la S.T.S de 27 de febrero de 1999”*.⁹

Los efectos de la separación legal ya sea judicial o no son:

- *«La sentencia o decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine producen la suspensión de la vida en común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica»*. Artículo 83 CC.
- *«La sentencia firme, el decreto firme o la escritura pública que formalicen el convenio regulador, en su caso, producirán respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto»*. Artículo 95 CC.
- *«Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges »*. Artículo 116 CC.
- *«El juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres: cuando los padres vivieren separados»*. Artículo 320 CC.

advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador».

⁹ Álvarez Alarcón, A. (2016). Régimen jurídico material de las crisis matrimoniales. En M^a A. Blandino Garrido y P. Sánchez Martín (coord.), Las crisis matrimoniales, Edición 2^a. Valencia: Tirant lo Blanch (p. 79)

- «No tendrá lugar el llamamiento del cónyuge sobreviviente, en defecto, de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, de la sucesión de todos los bienes del difunto¹⁰ >>. Artículo 945 CC.
- El artículo 1.343 CC. Permite la revocación de las donaciones por razón de matrimonio.

1.2.2. La Separación de hecho¹¹

“Es una situación fáctica de cese de la convivencia conyugal, sin observar las formalidades legales de la separación judicial. La interrupción de la convivencia conyugal puede ser impuesta de forma unilateral por uno de los esposos (aunque, posteriormente, sea aceptada por el otro cónyuge) o acordada¹² convencionalmente por ambos cónyuges desde el principio”¹³. Incumpléndose, en este caso, el contenido del artículo 68 CC. «Los cónyuges están obligados a vivir juntos¹⁴ ...>>. Ahora bien, no incumplirá el deber de convivencia, según el artículo 105 CC. «El cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda o solicitud de nulidad matrimonial, separación o divorcio>>.

El hecho de que los cónyuges vivan bajo el mismo techo, no es impedimento para entenderse producida la separación de hecho. Lo importante, es dejar de cumplir las obligaciones del artículo 68 CC y los deberes del artículo 67 CC. Según el Tribunal Supremo.

El incumplimiento de los derechos y deberes conyugales, son causa de justa desheredación (artículo 855.1ª CC.), cese de la obligación de dar alimentos (artículo 152.4º) y la revocación de las donaciones por razón de matrimonio (artículo 1.343 CC). Llevar separado de hecho, más de un año, ya sea por acuerdo o por abandono del hogar, es motivo suficiente para que uno de los cónyuges, solicite ante el Juez, la

¹⁰ Tampoco tendrá derecho, si concurre con hijos o descendientes en la herencia, al usufructo del tercio destinado a mejora, puesto que es necesario, que los cónyuges no se hallen separados legalmente. Artículo 834 CC

¹¹ Con la modificación introducida, por la Ley 15/2005, de 8 de julio, el código civil ha eliminado la necesidad de justificar la separación.

¹² Cuando se realiza la separación de hecho, de mutuo acuerdo, se suele plasma en escritura pública, ante Notario. Donde acuerdan mediante pactos, las relaciones jurídicas tanto personales como patrimoniales, siempre que no sean perjudiciales para ninguno de los cónyuges, ni para los hijos.

¹³ Álvarez Alarcón, A. (2016). Régimen jurídico material de las crisis matrimoniales. En Mª A. Blandino Garrido y P. Sánchez Martín (coord.), Las crisis matrimoniales, Edición 2ª. Valencia: Tirant lo Blanch (p. 84)

¹⁴ No se incurriría en delito de abandono de familia, por el hecho de que uno de los cónyuges ponga fin a la convivencia matrimonial. Siendo necesario según el artículo 226 CP. «Dejar de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados>>.

conclusión de la sociedad de gananciales (artículo 1393.3º CC) o el régimen de participación en las ganancias (artículo 1415 CC). Con respecto, al llamamiento en la sucesión, el cónyuge sobreviviente, separado legalmente o de hecho, no tiene derecho a suceder los bienes del difunto, en caso de que carezca de ascendientes o descendientes (artículo 945 CC), al igual, que tampoco tendrá derecho, al usufructo del tercio destinado a mejora, cuando el difunto sí que tenga hijos o descendientes.

La presunción de los hijos, una vez producida la separación de hecho, depende del tiempo transcurrido, desde la separación hasta el nacimiento del menor. Según el artículo 116 CC. *«Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges»*. Ahora bien, la Ley permite, en el artículo 118 CC, la inscripción del nacido, como hijo matrimonial, aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de separación legal o de hecho de los cónyuges. Siempre que exista consentimiento entre ambos.

La patria potestad¹⁵, según el artículo 156, párrafo quinto, del código civil, será ejercida por el cónyuge con quien conviva el hijo, salvo *«el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio»*. Siendo necesario, que en el momento de la separación, los padres se pongan de acuerdo, sobre la patria potestad. Si no lo hacen lo decidirá el Juez, tomando en consideración, la voluntad de los hijos que tenga suficiente juicio y, en todo caso, los que sean mayores de doce años (artículo 159 CC).

1.2.3. Reconciliación conyugal

Para M^a Amalia Blandido Garrido *“La reconciliación es un acto jurídico que da lugar al cese voluntario de la situación de separación, restableciendo la convivencia conyugal entre quienes no habían dejado de ser cónyuges. Los tribunales la definen como el negocio jurídico de Derecho de familia por el que los cónyuges libre y voluntariamente hacen cesar la situación jurídica de la separación e implantan de nuevo una comunidad de existencia”*.¹⁶ Y el artículo 84 CC nos dice que *«la*

¹⁵ Según el artículo 320.2º CC, se puede conceder por el Juez, la emancipación de los hijos mayores de diecisiete años, cuando los padres vivan separados, siempre que los hijos quieran y previa audiencia de los padres.

¹⁶ Álvarez Alarcón, A. (2016). Régimen jurídico material de las crisis matrimoniales. En M^a A. Blandido Garrido y P. Sánchez Martín (coord.), Las crisis matrimoniales, Edición 2ª. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 95-96).

reconciliación pone fin al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él>>.

Es necesario, que la reconciliación se pongan en conocimiento del Juez competente, o se formalice en escritura pública o acta de manifestaciones, cuando la separación no haya sido judicial (artículo 84 CC). Para que surta eficacia frente a terceros, es necesario, su inscripción en el Registro Civil.

Si la reconciliación se ha producido durante el proceso judicial, se pondrá fin y no se dictará sentencia. Tampoco dará lugar a la aplicación de los artículos 102 y 103 del código civil. Ahora bien, si ya se ha dictado sentencia, quedará sin efecto, pero según el artículo 84 CC *<<serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique>>*, al igual, que como dice el artículo 1443 CC *<<La separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal o por la desaparición de cualquiera de las demás causas que la hubiesen motivado>>*.

Los derechos del cónyuge viudo, según el artículo 835 CC, se restablecen, *<<si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos>>*.

1.3. El Divorcio

El divorcio, causa el cese de la convivencia, además de la disolución del vínculo matrimonial, a diferencia de la nulidad (nunca ha existido matrimonio) o de la separación (el vínculo matrimonial se mantiene, no se pierde). El artículo 85 CC, permite la disolución matrimonial *<<sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio>>*. Por tanto, la Ley admite tanto el matrimonio celebrado por vía civil, como el celebrado en forma religiosa.¹⁷

Con la sentencia de divorcio, se disuelve el matrimonio, pero solamente a efectos civiles, no religiosos, debido a que hay formas religiosas que impiden o limitan¹⁸ el divorcio, es decir, a efectos civiles se habría disuelto el matrimonio, pero a efectos religiosos seguirían casados.

¹⁷ Se admiten, todas las religiones. que hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España

¹⁸ Como sucede en el matrimonio canónico. Solamente permite la disolución del matrimonio rato o no consumado (artículo 80 CC).

El artículo 89 del código civil, determina que: *«Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo establecido en el artículo 87¹⁹. No perjudicará a terceros de buena fe, sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil >>*. Permitiendo, el legislador con éste artículo, el divorcio procesal judicial, el dictado por el letrado de la Administración de Justicia o el Notarial. Siendo los mismos cauces y parámetros, que en la separación matrimonial, salvo, que en el divorcio no se permite, *“el divorcio de hecho”*.

Con la reforma introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se concede la competencia al Juez, cuando se trate de una disolución matrimonial contenciosa y cuando, a pesar, de ser de mutuo acuerdo, haya hijos menores no emancipados, o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores. Si el divorcio es de mutuo acuerdo y no existen hijos menores no emancipados, o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, permite a los cónyuges, divorciarse a través de Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario.

Se ha de llevar a cabo un convenio regulador, no pudiendo ser perjudicial, para ninguna de las partes, ni tampoco para los hijos. Si el divorcio ha sido llevado ante Notario o Letrado de la Administración de Justicia, y el convenio es dañoso, se dará por terminado el expediente, siendo la única vía de disolución matrimonial, la judicial. La acción de divorcio, según el artículo 88 CC *«se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges y por su reconciliación, que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda»>>*. Si la reconciliación, se produce, después de haberse divorciado, no tiene efectos legales, aunque los cónyuges, pueden volver a contraer matrimonio. M^a Amalia Blandido Garrido, entiende la reconciliación como *“la voluntad expresada de los cónyuges de restituir vigencia plena al matrimonio”*.²⁰

¹⁹ Artículo 87 CC *«Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio»>>*.

²⁰ Álvarez Alarcón, A. (2016). Régimen jurídico material de las crisis matrimoniales. En M^a A. Blandino Garrido y P. Sánchez Martín (coord.), Las crisis matrimoniales, Edición 2^a. Valencia: Tirant lo Blanch (p. 132).

Los efectos del divorcio son: la desaparición del vínculo matrimonial, de todos los deberes recíprocos entre ellos, la pérdida de los derechos sucesorios y la disolución del régimen económico matrimonial.

2. DERECHOS LEGITIMARIOS DEL CÓNYUGE VIUDO EN EL CÓDIGO CIVIL

2.1. Introducción

El artículo 806 CC, define la legítima como: *« la porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto heredero forzosos»*. El cónyuge viudo es heredero forzoso (en la forma y medida que establece el Código), junto con los hijos, descendientes, padres y ascendientes (artículo 807 CC).

La cuestión de si el cónyuge sobreviviente, es heredero o no, ha sido muy rebatida por la doctrina. Triunfado finalmente la corriente, que considera, que no es heredero. Puesto que, el cónyuge viudo, al tratarse de un heredero forzoso, ha de recibir la legítima por cualquier título. En este caso nuestro conformidad con la corriente mayoritaria, puesto que el heredero forzoso a de recibir su legítima, de hecho, del código civil se puede deducir que los herederos forzosos pueden recibir por cualquier título, ya que el artículo 815 dice *«el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título...»*.

El cónyuge viudo, puede promover la partición de la herencia, sin realizar la función de contador-partidor, debido a que está llamado a suceder. Tampoco se podrá partir la herencia sin que se hayan satisfecho sus derechos. De hecho, el testador, no puede privar, ni dejar, menos de la legítima que les corresponde a los herederos forzosos.

Los derechos del cónyuge viudo, vienen regulados, desde el artículo 834 al 840 del código civil. Determinando, que solamente tiene derecho a la legítima, el cónyuge viudo, que no esté separado judicialmente o de hecho, ni divorciado, o cuyo matrimonio no sea nulo, salvo reconciliación, en el caso de la separación y el divorcio, o convalidación del matrimonio nulo.

No se trata de una legítima de pleno dominio, sino, de usufructo sobre una parte proporcional de la herencia. Una de las obligaciones del usufructo, es la realización de inventario, además de prestar garantía; el cónyuge viudo, estaría exento, tanto de realizar el inventario como de prestar la garantía, salvo, vuelva a contraer matrimonio. Añadir, que los usufructos legales, no pueden hipotecarse, pero el artículo 108 de la Ley Hipotecaria, introduce la excepción del usufructo del cónyuge viudo, permitiendo su hipoteca.

La legitima del cónyuge viudo, variará, dependiendo de los herederos forzosos con los que concurra. Tendrá derecho al usufructo del tercio destinado de mejora, según el artículo 834 CC, cuando concurra con hijos o descendientes, sin embargo, le corresponderá, el usufructo de la mitad de la herencia, cuando no existan descendientes, pero sí ascendientes (artículo 837 CC). Y en el caso de que no concurren ni ascendientes ni descendientes, le corresponderá, el usufructo de dos tercios de la herencia (artículo 838 CC)²¹. Sin embargo en la sucesión intestada, el artículo 944 CC dice: *«En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente»*. Sucediendo, por tanto, en propiedad, la totalidad de la herencia, y no en usufructo.

2.2. Conmutación del usufructo del cónyuge viudo

2.2.1. Conmutación según artículo 839 del código civil.

Dice el artículo 839 CC: *«Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial. Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge»*. El artículo, concede la facultad de conmutar a los herederos, en general, no distingue que tengan que ser herederos forzosos o voluntarios, ascendientes, descendientes, extraños... *“Sin embargo, parece bastante claro que sólo los herederos (o legatarios) gravados con el usufructo viudal serán titulares de la facultad de conmutación. Ciertamente que la ley, no hace ninguna exclusión, pero tampoco dice que deban ser todos los herederos quienes tengan que decidir la forma de pagar la cuota legitimaria del viudo.”*²²

En el supuesto de que haya varios herederos (o legatarios) facultados, la doctrina mayoritaria, considera que han de ponerse todos de acuerdo, para adoptar la decisión de conmutar y la forma de pago. Pero la doctrina, también añade que si hay varios herederos, pero el usufructo solamente afecta a uno de ellos, este será el que determine la conmutación y la forma de sustituir el usufructo, dentro de las formas permitidas en el artículo 839 CC. Estoy de acuerdo con la mayoría de la doctrina, puesto que el heredero o herederos que realmente se vean afectados por el usufructo del cónyuge

²¹ Igualmente, tendrá derecho al usufructo de dos tercios de la herencia, cuando no concurren ascendientes ni descendientes, pero sí otros herederos voluntarios.

²² Rivas Martínez, J.J. (2020). Capítulo XIII. Derecho de sucesiones común, estudios sistemáticos y jurisprudenciales. Tomo II. Valencia: tirant lo Blanch (p. 1734).

viudo son los que han de decidir si quieren o no llevar a cabo la conmutación, ya que son los más idóneos para decidir lo que es beneficioso para ellos, y en caso de que sí quieran llevar a cabo la conmutación, han de mostrar todos su aprobación con la forma de conmutar, en caso de que sean varios los afectados por el usufructo.

Hay distintas posturas en la doctrina, a la hora de entender las palabras: “*procediendo de mutuo acuerdo*”, expresadas en el artículo 839 CC; una parte de la doctrina, entiende que el cónyuge viudo, no puede oponerse judicialmente a la conmutación, ni a la forma elegida (salvo, se perjudique a sus derechos); otorgando por tanto, solamente a los herederos facultados, la posibilidad de conmutar o no el usufructo del cónyuge viudo, y la forma de llevar a cabo esa conmutación, no se permite una conmutación parcial²³. Sin embargo, la otra parte de la doctrina reconoce a los herederos, la facultad de llevar a cabo o no la conmutación, y la elección de su fórmula de pago; siendo necesario, el consentimiento del cónyuge viudo para la forma de realzar el pago, en su defecto, decidirá el juez. Bajo mi punto de vista, si tuviera que decantarme por alguna de las dos doctrinas anteriores, elegiría la segunda, puesto que el cónyuge viudo participa algo más en la sustitución de su usufructo viudal, sin embargo, ninguna de las dos me parece del todo correcta, yo considero más beneficioso para ambos, que los hijos exijan la conmutación y el cónyuge viudo elija la forma de conmutar, de entre las determinadas en el artículo 839 CC, ya que de esta forma ambas partes salen beneficiadas, escogiendo lo más conveniente para cada uno, al igual que sucede en el artículo 840 CC, en el que el cónyuge viudo elige la conmutación y los hijos eligen la forma de conmutar.

El momento para realizar la conmutación, no viene determinado en el código civil, pero la doctrina entiende que ha de ser antes o en el momento de la partición, así “*constata, con el límite previsto en el artículo 844 CC, en el que se fija el plazo de un año desde la apertura de la sucesión, y con el artículo 1056-2º CC que se refiere a cinco años.*”²⁴

Las formas previstas en el artículo 839 CC, para conmutar el usufructo del cónyuge viudo, son tres: renta vitalicia, asignación de productos de determinados bienes, o

²³ Una conmutación parcial, serian distintas formas de conmutar, es decir, que cada uno de los legitimados para conmutar impusiera al cónyuge una forma distinta de conmutación; por eso es necesario que todos se pongan de acuerdo.

²⁴ Rivas Martínez, J.J, (2020). Capítulo XIII. Derecho de sucesiones común, estudios sistemáticos y jurisprudenciales. Tomo II. Valencia: tirant lo Blanch (p. 1741).

capital en efectivo²⁵. No siendo necesario, la elección de uno de ellos en este orden, sino que simplemente se ha de elegir uno, descartando el resto.

2.2.2. *Conmutación según artículo 840 del código civil*

El artículo 840 CC dice: «*Cuando el cónyuge viudo concurra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios* >>. El artículo faculta, al cónyuge viudo para exigir la conmutación de su usufructo, cuando concurra con hijos, que no son de ambos, sino solamente del causante. No pudiendo los hijos, negarse; simplemente escoger la forma de pago.

*“En cuanto a la valoración del usufructo y de los bienes que se asignen en conmutación suya, deberá hacerse, procediendo de mutuo acuerdo y en su defecto, por virtud de mandato judicial, conforme previene el artículo 839, que en esto es aplicable al supuesto 840, pues éste no constituye sino una variante de la norma general de aquél, con las particularidades expuestas.”*²⁶

La finalidad de éste artículo, es evitar que acreedor y deudor, tenga una relación persistente, por ello se excluye la renta vitalicia y los productos de determinados bienes. En caso, de que el cónyuge viudo, no haga uso de la facultad que le concede el artículo 840 CC, sí que podrán hacerlo los hijos del causante, a través del artículo 839 CC.

3. EL TESTAMENTO A FAVOR DEL CÓNYUGE O PAREJA Y POSTERIOR NULIDAD, DIVORCIO O SEPARACIÓN.

El código civil, no regula la eficacia o ineficacia, de las disposiciones a favor del cónyuge tras la separación, el divorcio o la nulidad matrimonial; causando numerosas sentencias contradictorias entre sí. Hasta que en 2018, el Tribunal supremo se pronunció al respecto, poniendo fin a las dudas surgidas hasta el momento.

Algunas legislaciones forales, como la gallega, aragonesa, catalana o navarra, al contrario que el código civil, sí que han previsto la solución de las disposiciones a favor del cónyuge, que se encuentra en crisis matrimonial.

²⁵ Se trata de una cantidad de dinero, que puede proceder del caudal relicto o no.

²⁶ Rivas Martínez, J.J, (2020). Capítulo XIII. Derecho de sucesiones común, estudios sistemáticos y jurisprudenciales. Tomo II. Valencia: tirant lo Blanch (p. 1748).

3.1. Derecho común

3.1.1. Tratamiento de los artículos 675, 738, 743 y 767, en el código civil.

- El artículo 675 CC dice: *«Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento. El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por ley»*.

Como norma general, el testamento ha de “entenderse en sentido literal”, es decir, en el momento de la lectura del testamento, todo su contenido ha de ser claro, sin que surja duda alguna sobre la voluntad del causante; en caso de que no sea así, se debe interpretar la verdadera voluntad del testador, como dice Bercovitz Rodríguez-Cano “*La primera regla interpretativa del artículo 675 es la literalidad y para que nazca otra se precisa, como no podría menor de ser, la concurrencia de unos datos, unos elementos que claramente demuestran que fue otra la voluntad del testador; elementos que deberán estar acreditados con la misma fuerza e idéntica seguridad que lo están las palabras literales que constan en el testamento.*”²⁷ Por lo que, todo lo que no se pueda relacionar con “el tenor propio del testamento”, quedará descartado, de la interpretación que permite el artículo 675 CC.

Los criterios a seguir para la interpretación del contenido del testamento, son: “*el criterio lógico, sistemático (hay que tener en cuenta todas las disposiciones testamentarias por entender que todas, es su conjunto, vienen a integrar la verdadera voluntad del testador) y teológico (para hallar el verdadero sentido que impulsó al testador a disponer)*”²⁸, siempre que el contenido del testamento, no muestre con claridad la voluntad del causante; si el contenido es claro e inequívoco, no se ha de interpretar nada, simplemente aplicar lo expresado en testamento.

- El artículo 738 CC dice: *«El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar»*. Para revocar el testamento, es necesario tener las mismas solemnidades que se necesitaron, en su momento, para el otorgamiento del testamento; pudiendo revocarse por cualquiera de las formalidades

²⁷ Bercovitz Rodríguez-Can, R. (2013) De los testamento. Comentarios al código civil, Tomo IV. Valencia: tirant lo Blanch (p. 5213).

²⁸ Bercovitz Rodríguez-Can, R. (2013) De los testamento. Comentarios al código civil, Tomo IV. Valencia: tirant lo Blanch (pp. 5213-5214).

permitidas por Ley, ya que, el artículo no excluye ninguna forma de revocar testamento. La doctrina, dentro de las solemnidades requeridas para llevar a cabo la revocación, incluye, la necesidad de tener capacidad (al igual que se exige para el otorgamiento del testamento) y la ausencia de vicios de la voluntad. Considero al igual que la doctrina que la capacidad legal y la voluntad del testador para llevar a cabo la revocación, son elementos imprescindibles a tener en cuenta, para evitar así vicios de cualquier tipo.

*“La revocación no es un acto de última voluntad porque el artículo 738 CC haga necesario que se efectúe cumplimiento de las solemnidades necesarias, sino que el precepto establece dicha exigencia porque es en sí misma una disposición mortis causa de última voluntad.”*²⁹ La revocación elimina la eficacia de un llamamiento sucesorio, al sustituirlo por otro; tratándose por tanto de una exteriorización de la voluntad del testador, convirtiendo la revocación en una disposición testamentaria, que puede ser sustituida, por otra revocación por parte del testador. Se convierte, en una disposición testamentaria definitiva y eficaz, en el momento del fallecimiento del testador.

La revocación puede llevarse a cabo, de tres formas:

- Expresa: Realización de nuevo testamento, en el que se expresa la revocación del anterior.
 - Tácita: Realización de nuevo testamento, sin expresar la revocación del anterior; quedando ineficaz el contenido de las disposiciones que contradigan a las expresadas en el nuevo testamento, sin embargo las disposiciones que no sean contrarias, se mantienen.
 - Presunta: No se realiza nuevo testamento, que revoque el anterior, simplemente, se deduce que la voluntad del testador no es la reflejada en el testamento, quedando sin efecto su contenido.
- El artículo 743 CC dice: *«caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente previstos en éste Código»*. Como bien dice Bercovitz Rodríguez-Can, la caducidad realmente, sería un género de la ineficacia, por lo que no son diferentes, a pesar de que el artículo, especifica que la caducidad afecta a todo el conjunto de las disposiciones (al

²⁹ Bercovitz Rodríguez-Can, R. (2013) De los testamento. Comentarios al código civil, Tomo IV. Valencia: tirant lo Blanch (p. 5526).

testamento completo), y la ineficacia a disposiciones concretas. La caducidad finalmente da lugar a la ineficacia del testamento.

“los supuestos de ineficacia se clasifican en: ineficacia por defectos estructurales (falta de capacidad, voluntad carente de vicios o infracción de una prohibición legal) e ineficacia sobrevenida (cambio en la voluntad del testador o por ser la eficacia claudicante inherente a la forma testamentaria elegida).”³⁰

Entiendo que este artículo pretende, tasar los supuestos que devienen ineficaces, para que en el momento de determinar si existe validez o no de la disposición testamentaria, se observe, que en el momento en que se otorgó testamento se cumplen con las formalidades exigidas para ello, evitando que posteriormente se pretenda la ineficacia de la disposición.

- El artículo 767 CC dice: *«La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa. La expresión de una causa falsa contraía a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita»*. En todo testamento, es necesario que la voluntad del testador sea libre y carezca de cualquier vicio, sino sería nulo.

Cuando se haya dispuesto a favor de una persona por un motivo que resulta finalmente dudoso o falso, se tendrá por no puesto. Para Bercovitz Rodríguez-Can, cuando se alude a la persona, por ejemplo lego a mi hijo o a mi esposa, es para especificar a quien, pero no se trata de una condición, por el simple hecho de manifestar el motivo que le llevó realizar la disposición; a no ser que el testador sí que haya determinado que sea una condición. En este caso discrepo con Bercovitz Rodríguez-Can, yo entiendo que cuando se alude a una persona añadiendo expresiones como “esposo”, “pareja”... es para establecer una condición, para dejar claro que ese fue el motivo por el que el testador dejó a esa persona la disposición testamentaria, queriendo por tanto que ese motivo se mantenga hasta su fallecimiento, por lo que a mi parecer no son expresiones identificativas.

³⁰ Bercovitz Rodríguez-Can, R. (2013) De los testamento. Comentarios al código civil, Tomo IV. Valencia: tirant lo Blanch (p. 5588).

Es necesario que el error³¹, por el que se ha llevado a cabo la disposición, no sea producido por una tercera persona; si no el testamento sería nulo cuando haya violencia, dolo o fraude en el otorgamiento (artículo 673 CC) y quedará privado de la herencia, además de la responsabilidad criminal que le corresponda, cuando se impida por violencia, dolo o fraude, la libre designación de herederos o legatarios por parte del testador (artículo 674 CC).

En el caso de que el motivo que dio lugar a la disposición testamentaria sea esencial, la disposición será inválida, *“por ejemplo de quien instituye a una persona porque es su hijo o porque le salvó la vida. En cambio, no sería esencial, la simple mención de la condición de hijo extramatrimonial, del instituido aun cuando el reconocimiento se anulara más tarde.”*³² Por lo que, para considerar esencial, el motivo erróneo, es necesario que se pueda suponer del contenido del testamento, o que se haya reflejado de alguna forma; evitando conjeturas, sobre la voluntad del testador, en caso de haber conocido la verdad. De todas formas, se permite acudir a la prueba extrínseca, es decir, a la deducción del testamento, *“ya que una cosa es que el error padecido por el testador necesariamente haya de tener reflejo testamentario y otra, que se exija la expresión directa del error o la indicación explícita de su fuerza esencialmente motivante o determinante.”*³³

Cuando el artículo habla de “causa verdadera”, algunos autores consideran que se trata de algo pasado, que ya ha ocurrido, de ahí su veracidad, ya que no se puede saber si es verdadera o falsa si aún no ha pasado. Sin embargo otros autores, con los que coincido, entienden que puede darse la ineficacia de disposiciones, que se hicieron pensando que en el futuro todo seguiría igual; por ejemplo disposición hecha en favor del cónyuge y posterior nulidad, separación o divorcio.

3.1.2. *La posición de la jurisprudencia menor, sobre la eficacia o ineficacia de las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge, y posterior crisis matrimonial.*

La jurisprudencia menor es la única referencia que existía hasta hace dos años, sobre la eficacia o ineficacia de las disposiciones matrimoniales, y posterior nulidad, separación o divorcio; ocasionando resoluciones muy distintas entre sí. Puesto que en

³¹ El error en disposición testamentaria ha de ser probado por el interesado.

³² Bercovitz Rodríguez-Can, R. (2013) De los testamento. Comentarios al código civil, Tomo IV. Valencia: tirant lo Blanch (p. 5677).

³³ Bercovitz Rodríguez-Can, R. (2013) De los testamento. Comentarios al código civil, Tomo IV. Valencia: tirant lo Blanch (p. 5678).

unas sentencias se falla a favor de la ineficacia testamentaria y en otras se entienden eficaces.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de abril de 2013.³⁴

El causante (don Benedicto) instituye como heredera del tercio de libre disposición a su esposa (doña Pura), pero pasado un tiempo los cónyuges se divorcian; sin que el testamento se hubiera revocado. En el momento de la apertura del testamento, el encargado de su partición omitió a la esposa del causante, considerando que esa sería la voluntad de Don Benedicto, debido a que estaban divorciados.

Doña Pura interpone una demanda a los hijos del causante, mostrando su desacuerdo, al haberla omitido en la partición de la herencia, debido a que ella y

Don Benedicto tenían muy buena relación, además de una comunicación casi diaria; el juzgado falla a favor de doña Pura, declarando nulo el cuaderno particional y por tanto condenando a los demandados a realizar uno nuevo, en el que se incluya como heredera del tercio de libre disposición a doña Pura.

Los hijos del causante decidieron interponer un recurso de apelación, alegando que el fallecimiento se produjo repentinamente, además de haber pasado simplemente un año y medio desde el divorcio hasta la muerte del causante; de hecho en ese año y medio estuvo sumido en una gran depresión, afectando a su capacidad de decidir. Además añadieron que la relación entre doña Pura y don Benedicto, no era tan buena.

Se acude por parte de los hijos del causante a los artículos 675 y 767 del código civil, considerando que se ha de interpretar la verdadera voluntad del testador, ya que al referirse a la heredera como “su esposa doña Pura”, se entiende que lo hace con la condición de que siga siéndolo hasta su muerte, es decir, la disposición testamentaria la hace movido por el vínculo matrimonial que les une, desconociendo que en un futuro se extinguirá, ya que de haberlo sabido no la hubiera dispuesto. El juzgado dictó auto, en contra, entendiendo, una vez valoradas todas las pruebas pertinentes, que él causante tenía suficiente juicio para haber revocado el testamento, y si no lo hizo en ese tiempo, es porque su voluntad era la plasmada en testamento.

³⁴ Sentencia en contra de la ineficacia de disposición testamentaria a favor del cónyuge, y posterior crisis matrimonial. (Aranzadi JUR\2013\213081)

Los hijos del causante, mostraron disconformidad con lo dictado en juicio, por lo que recurrieron en alzada, remitiéndose los autos a la Audiencia Provincial. Se dictó sentencia fallando a favor de Doña Pura, y desestimando el recurso de apelación interpuesto por lo hijos del causante, debido a los siguientes motivos:

El tercio de libre disposición puede ser otorgado a cualquier persona que tenga capacidad para adquirir la herencia, incluido los legitimarios, salvo las excepciones recogidas entre los artículos 745 a 756 del código civil, o la revocación; no dándose en este caso ninguna de las excepciones. En lo referido a la parte apelante, sobre la referencia a la demanda en testamento como, “su esposa doña Pura”, se añade que la jurisprudencia tiene como finalidad buscar la voluntad del testador, a través de la interpretación de las disposiciones testamentaria; siguiendo el orden establecido en el artículo 675 CC. Además añade que si el motivo por el que se instituye como heredera del tercio de libre disposición a Doña Pura, es con la condición de seguir casados hasta su fallecimiento, debería haberlo indicado. De hecho el añadido “esposa” simplemente es para identificarla, pero no se entiende que sea una condición.

El divorcio es producido de mutuo acuerdo y no siempre una crisis matrimonial da lugar a una mala relación entre las partes. El tribunal muestra conformidad con el Juzgado de Primera Instancia, sobre la capacidad del testador para revocar el testamento, entendiendo que si no lo hizo fue porque su voluntad era mantenerlo tal y como estaba. Además añade que el contador partidor, en el momento de la apertura testamentaria, tenía que haber ejecutado la disposición testamentaria, tal y como venía recogida, respetando así la voluntad del testador.

- Sentencia Audiencia provincial de Granada, 11 de junio de 2010.³⁵

El causante (don Sebastián), deja en legado el usufructo vitalicio a favor de su esposa (doña Daniela), pudiendo ser sustituido por fianza e inventario de todos los bienes de su herencia, o el pleno dominio del tercio de libre disposición, además de lo que le corresponda por la viudedad. Pero pasado un tiempo los cónyuges se separan, y se disuelve la sociedad legal de gananciales, seguida de su liquidación; sin que el testamento se hubiera revocado.

³⁵ Sentencia a favor de la ineficacia de disposición testamentaria echa al cónyuge, y posterior crisis matrimonial (Roj: SAP GT 796/2010)

El hijo del causante (don Efraín) interpone demanda contra doña Daniela, solicitando la ineficacia de la disposición testamentaria a favor de la demanda, debido a que en el momento de la apertura del testamento, se hallaba separada de don Sebastián. Dictándose resolución, a favor de la demandada, considerando que la disposición no era ineficaz.

Don Efraín, decidió interponer recurso, remitiéndose los autos a la Audiencia Provincial declarando, la ineficacia del legado por los siguientes motivos:

El artículo 834 del código civil, determina *«El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora»*; no correspondiéndole, puesto que ambos se hallan separados.

La no revocación testamentaria por parte del causante, a pesar de haber transcurrido trece años, desde la formalización de la separación y la muerte de don Sebastián, se entiende, debido a la certeza del testador, de que su esposa no pudiera tener derecho a la disposición testamentaria, por no corresponderle la cuota viudal (al hallarse separados) y por la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Debiendo resolverse por tanto *“por la vía de la interpretación de la voluntad hipotética”*³⁶, es decir, entendiéndose que la disposición testamentaria se hizo por el vínculo matrimonial que les unía, pensado que en el momento de su fallecimiento ambos seguían casados, porque en caso contrario no la hubiera dispuesto.

En ambas sentencias, puede apreciarse que las diferencias básicamente radican, en la interpretación del testamento (si la voluntad del testador es la que aparece recogida en testamento o por el contrario es otra) y en entender o no que se hace la disposición testamentaria a favor del cónyuge, con la condición de seguir siéndolo hasta el momento de su fallecimiento. (Sí la expresión “esposa”, es o no una condición).

3.1.3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre la eficacia o ineficacia de las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge, y posterior crisis matrimonial.

El Tribunal Supremo, en 2018 se pronunció sobre la validez o no de la disposición testamentaria hecha en favor del cónyuge, y posterior separación, nulidad o divorcio; sentando jurisprudencia, ya que como dice el artículo 1.6 CC *«la jurisprudencia*

³⁶ Sentencia Audiencia provincial de Granada, 11 de junio de 2010. (Roj: SAP GT 796/2010, página 2)

complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado³⁷, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho>>.

- Sentencia Tribunal Supremo, 26 de septiembre de 2018³⁸:

El causante (don Constantino), deja en legado a su pareja (doña Celia), la cantidad de ciento cincuenta mil euros (en pleno dominio). En 2009, un año después de la redacción del testamento, don Constantino y doña Celia realizan un convenio regulador, estableciendo una serie de normas, por si en un futuro la pareja decide poner fin a su relación; *“los pactos contenidos en el convenio son: 1. Celia podrá continuar en la vivienda que hasta ese momento ha sido domicilio común, hasta que Constantino cumpla íntegramente las obligaciones a las que se compromete. 2. Se compensará por el tiempo que ha durado la convivencia, entregando Don Constantino a Doña Celia, la cantidad de ciento treinta mil euros, entregándose en este momento mil quinientos euros, y posteriormente en tres pagos el resto de dinero, hasta hacer el total de ciento treinta mil euros. En caso de que Don Constantino no pague la cantidad acordada en el último pago, se le abonara mil euros de forma mensual, interrumpiéndose ese pago mensual, si Doña Celia no desaloja la vivienda.”³⁹* En 2011 el testador (don Constantino) fallece.

La hija del causante (doña Elsa) demanda a doña Celia, solicitando el desalojo de la vivienda; a lo que la pareja del causante, alega no estar separada del testador, pidiendo, además, la cantidad de diecisiete mil euros (los mil euros mensuales, acordados en convenio). La Audiencia Provincial, dicta el desahucio de Doña Celia, junto con el pago, por parte de los hijos del causante, de diecisiete mil euros.

Doña Celia interpone demanda contra los hijos del causante, doña Elsa y don Vicente (menor de edad y representado por su tutora legal doña Inmaculada) y contra los encargados de repetir la herencia; solicitando ciento cincuenta mil euros, más intereses. A lo que los hijos interpusieron una demanda reconvencional, pidiendo la ineficacia y nulidad del legado de doña Celia. Declarando el Juez de Primera Instancia, *“la validez del legado, y en consecuencia condena a Doña Elsa, Don Vicente y a los contadores- partidores, a abonar a Doña Celia la cantidad de ciento*

³⁷ Basta con que se establezcan dos sentencias, que afecte a la misma materia y que la interpretación tenga el mismo sentido.

³⁸ Roj: STS 3378/2018

³⁹ Sentencia Tribunal Supremo, sala 1ª, 26 de septiembre de 2018, (Roj: STS 3378/2018, página 4).

cincuenta mil euros, de los que habiendo ya percibido ciento treinta mil euros, restan entregar únicamente veinte mil euros, más los intereses legales.”⁴⁰

Doña Celia, decidió recurrir en apelación y los hijos del causante impugnaron la sentencia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto por doña Celia, y admitió la demanda reconvenional de los hijos del causante, manifestando, al contrario que en primera instancia, la ineficacia y nulidad del legado de doña Celia. Entendiendo que la convivencia de la pareja, había finalizado antes del fallecimiento de don Constantino, ya que en lugar de los ciento cincuenta mil euros dejados en legado, aceptó los ciento treinta mil euros pactados en el convenio regulador. Añadiendo que *“A pesar de que no hay una norma expresa que prive de la eficacia a la disposición hecha a favor de esposo o pareja que deja de serlo, la doctrina y jurisprudencia, con invocación del artículo 767 CC, reconocen que nos encontramos ante una causa falsa, en el sentido de móvil incorporado al acto de disposición.*”⁴¹

Doña Celia interpone recursos de casación, entendiendo que se produce el incumplimiento del artículo 675 párrafo primero, aunque también nombra los artículos 738, 873, 790 y 791 del código civil. Finalmente se desestima recurso; por entender junto con la mayoría de la doctrina, que se ha ocasionado un cambio en las circunstancias, dando lugar a que el motivo, por el que se llevó a cabo la disposición testamentaria se pierda (se basa en la interpretación del artículo 767 CC). Con respecto a la utilización de “pareja”, se entiende que no es para identificar a doña Celia, sino, para expresar que dispone a favor de su pareja, porque es su pareja, es decir, con la condición de que siga siéndolo. Añade además que los artículos 873 y 738 del código civil no son infringidos, ya que no se produce la ineficacia por una revocación, ni por el pago del crédito, sino, interpretando del propio testamento la verdadera voluntad del testador. Al igual que tampoco son infringidos los artículos 790 y 791 del código civil, ya que no declara ineficaz el legado por incumplir una condición, sino por la *“aplicación analógica del primer párrafo del artículo 767 del código civil, en relación con el artículo 675 CC.*”⁴²

⁴⁰ Sentencia Tribunal Supremo, sala 1ª, 26 de septiembre de 2018_ (Roj: STS 3378/2018, página 2).

⁴¹ Sentencia Tribunal Supremo, sala 1ª, 26 de septiembre de 2018_ (Roj: STS 3378/2018, página 4).

⁴² Sentencia Tribunal Supremo, sala 1ª, 26 de septiembre de 2018_ (Roj: STS 3378/2018, página 6).

- Sentencia Tribunal Supremo, 28 de septiembre de 2018⁴³:

Doña Gracia, deja como heredero único a su esposo (don Esteban), la cantidad de ciento cincuenta mil euros (en pleno dominio). Pero pasado un tiempo, los cónyuges se divorcian; sin que el testamento se hubiera revocado.

Consuelo (hermana de Gracia), interpone demanda contra don Esteban, solicitando la sucesión intestada y la ineficacia de la interposición hereditaria a favor de su ya exmarido. Don Esteban no comparece, declarándose en rebeldía, y en 2014 doña Consuelo fallece, pasados dos años desde la interposición de la demanda. Don Baltasar, don Benito y don Calixto (hijos de doña Consuelo), deciden continuar con la demanda interpuesta por su madre; pero el juzgado de Primera Instancia, falla a favor de don Esteban.

Los hijos de doña Consuelo recurren en apelación. La Audiencia Provincial, al igual que en primera instancia, falla a favor de don Esteban, *“fundamentándose, en que la condición nunca se presume, hay que dar prevalencia al artículo 675 CC, de modo que hay que estar a la interpretación literal a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador; no siendo una condición la institución de heredero en favor de su esposo. Además añade que no hay error invalidante, porque en el momento del otorgamiento del testamento, si era esposo de la instituyente. Y no puede deducirse del divorcio una revocación tácita, porque no hay norma legal que permita la presunta revocación”*⁴⁴

Mostrando desacuerdo con la resolución, vuelven a recurrir en casación, alegando que se instituyó heredero por el vínculo matrimonial que les unía, es decir con la condición de seguir siéndolo hasta el fallecimiento. Por tanto, al nombrarlo en testamento con la expresión “esposo”, se entiende según el artículo 767 CC que se trata de causa falsa, porque están divorciados en el momento de la apertura del testamento. Fallando a favor de los hijos de doña Consuelo, declarando por tanto la ineficacia de la institución de heredero y abriendo la sucesión intestada; por los siguientes motivos: por entender junto con la mayoría de la doctrina, que debido a la falta de normativa y a la identidad de razón, se ha de aplicar el artículo 767 primer párrafo del código civil; considerándose que se ha ocasionado un cambio en las circunstancias, dando lugar a la pérdida del motivo por el que se llevó a cabo la disposición testamentaria. Con respecto a la utilización de la expresión “esposo”, se entiende que no es para

⁴³ Roj: STS 3263/2018

⁴⁴ Sentencia Tribunal Supremo, sala 1ª, 28 de septiembre de 2018, (Roj: STS 3263/2018, página 3).

identificar a don Esteban, sino, para especificar que lo ha hecho por ser su marido y por tanto con la condición de que siga siéndolo hasta su fallecimiento.

3.1.3.1. Análisis de las resoluciones del Tribunal Supremo

- Semejanza en las resoluciones del Tribunal supremo:

En ambas sentencias,⁴⁵ el Tribunal Supremo ha admitido, que no hay normativa en el código civil que regule si la disposición testamentaria a favor del cónyuge o pareja, se hace con la condición de que lo sigan siendo hasta el momento de su fallecimiento. Por lo que, el Tribunal Supremo, junto con la opinión dominante de la doctrina, considera, que si se trata de una condición; basándose, por identidad de razón, en la aplicación el artículo 767 párrafo primero del código civil.

El Tribunal Supremo, ha entendido que la finalidad del artículo 675 CC es buscar la verdadera voluntad del testador; por ello *“la literalidad del artículo 767 párrafo primero del código civil, que se refiere a la “expresión” del motivo de la institución o del nombramiento de legatario no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja del testador.”*⁴⁶ Por ésta razón, se ha determinado por parte del Tribunal Supremo que las expresiones “esposo”, “pareja” u otras que especifiquen el vínculo que les une, como puede ser “marido”, “mujer”..., se entienden como una condición. Bajo mi punto de vista también se trata de una condición determinante, por la que se ha de declarar la ineficacia de la disposición testamentaria a favor del cónyuge o pareja, pero a mi parecer no solamente debería ser cuando se utilicen las expresiones “esposo”, “pareja”... sino, cuando se deje disposición testamentaria a favor de cónyuge o pareja, sin referirse a ellos como tal, sino utilizando sus nombres y posteriormente se produzca nulidad, divorcio o separación.

Además añade el Tribunal Supremo en la sentencia 26 de septiembre de 2018, que los artículo 873 y 738 del código civil no son infringidos, ya que no se produce la ineficacia por una revocación, ni por el pago del crédito, sino, interpretando del propio testamento la verdadera voluntad del testador. Al igual que tampoco son infringidos loa artículo 790 y 791 del código civil, ya que no declara ineficaz el legado por

⁴⁵ Sentencia Tribunal Supremo, 26 de septiembre de 2018 y Sentencia Tribunal Suprem, 28 de septiembre de 2018.

⁴⁶ Muñoz de Dios Sáez, L.F. (2018). ¿Divorcio quita testamento en derecho común?. *Notarios y Registradores* [en línea], disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficins-notarial/otros-temas/divorcio-quita-testamento-en-derecho-comun/>.

incumplir una condición, sino por la “*aplicación analógica del primer párrafo del artículo 767 del código civil, en relación con el artículo 675 CC.*”⁴⁷

- Incumplimiento del artículo 767 CC para el notario Muñoz de Dios Sáez, Luis F.

El art 767 CC dice: <<*La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa. La expresión de una causa falsa contraía a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita*>>. Para Muñoz de Dios Sáez, la “la causa falsa”, ha de ser anterior al otorgamiento del testamento, ya que no se puede saber si es verdadera o falsa si aún no ha pasado, sin embargo para el Tribunal Supremo y la doctrina se acepta que “la causa falsa”, sea posterior al otorgamiento del testamento.

Con respecto al comentario del Tribunal Supremo sobre la carencia del normativa para determinar la voluntad real del testador en el código civil, añade Muñoz de Dios Sáez, que “*la única impresión cierta es la de los testadores, porque la del legislador español puede no ser tal impresión: puede que el legislador se dé por satisfecho con la regla general del 767 CC y la quiera aplicar también al caso que nos ocupa, del divorcio-ruptura posterior al testamento, pero no como la entiende el Tribunal Supremo.*”⁴⁸

Para el notario Muñoz de Dios Sáez, no habría identidad de razón entre el testamento a favor del cónyuge y posterior nulidad, separación o divorcio, y el artículo 767 CC, sino más bien una oposición entre ambos, porque todos los motivos de las disposiciones testamentarias, se consideran no esenciales (teniéndose como no escrito), salvo se demuestre la esencialidad⁴⁹ del motivo (provocando la ineficacia de la disposición testamentaria); sin embargo, el Tribunal Supremo, considera esencial, el hecho que la disposición testamentaria sea a favor, del cónyuge o pareja del causante; como sucede en el derecho foral aragonés y catalán, pero a diferencia de estos, el código civil no lo regula de la misma forma.

A pesar de que para Muñoz de Dios Sáez, la disposición testamentaria a favor del cónyuge o pareja y posterior crisis matrimonial, no es esencial, admite prueba en contra, siempre que se encuentre la prueba en el mismo testamento, es decir, que se

⁴⁷ Sentencia Tribunal Supremo, 26 de septiembre de 2018, (Roj: STS 3378/2018, página 6).

⁴⁸ Muñoz de Dios Sáez, L.F. (2018). ¿Divorcio quita testamento en derecho común?. *Notarios y Registradores* [en línea], disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficins-notarial/otros-temas/divorcio-quita-testamento-en-derecho-comun/>.

⁴⁹ El testador, no hubiera realizado la disposición testamentaria, de haber conocido la verdad.

demuestre, a través de medios extrínsecos⁵⁰, la esencialidad de la condición de cónyuge o pareja. Como sucede en la Sentencia Tribunal Supremo 26 de septiembre de 2018, en la que se puede apreciar medios de prueba extrínsecos, como son: el poco tiempo para revocar testamento (dos años) y la aceptación por parte del cónyuge de la cantidad ofrecida en convenio regulador. Sin embargo en la Sentencia Tribunal Supremo 28 de septiembre de 2018, no hay ningún medio de prueba extrínseco, ya que tuvo diecisiete años para revocar el testamento y no lo hizo.

Sobre los medios extrínsecos e intrínsecos, habla la abogada Antelo Espasandín, basándose, en el concepto que ofrece la Sala del Tribunal Supremo del 18 de junio de 1994, *“cuando el texto de las cláusulas es claro y expresivo y puede deducirse de su sola lectura el propósito e intención del testador, a dicho literal contexto deberá el juzgador atender: pero añade que es facultad, sin embargo, del mismo, si tuviese sobre el alcance de dichas cláusulas alguna duda, la de interpretarlas fijando su sentido conforme el examen de las circunstancias del caso y tal interpretación y criterio debe prevalecer, a menos que aparezca de modo manifiesto que es equivocado.”*⁵¹

Muñoz de Dios Sáez entiende, que a pesar de que las parejas se divorcien, separen o se declare la nulidad matrimonial, pueden querer que la disposición hecha en favor de su pareja o cónyuge se mantenga. Como son los casos en los que las parejas se divorcian y luego se reconcilian, pero por alguna razón no vuelven a contraer nupcias; también puede ser cuando se divorcian para obtener algún beneficio, ya sea administrativo, fiscal... pero siguen viviendo juntos y se siguen considerando un matrimonio; otro caso puede ser un divorcio, separación o nulidad matrimonial real, en el que la pareja deja de vivir junta, pero a pesar de ello se tienen un gran aprecio y cariño. Por lo que según Muñoz de Dios Sáez, en estos casos, no es esencial la condición de cónyuge o pareja en la disposición testamentaria. Distinto es cuando el divorcio o la separación, se han producido de forma contenciosa y muy dura para las partes. Estoy de acuerdo con Muñoz de Dios Sáez, en que hay parejas o matrimonios, que a pesar de haber tenido una crisis matrimonial, quieran que la disposición testamentaria se mantenga, por las razones que el mismo ha dado, pero bajo mi punto de vista en estos casos, el testador debería reflejarlo en testamento, bien en el momento en que lo dispuso, o

⁵⁰ Se admiten por la jurisprudencia, siempre que el sentido de la interpretación se encuentre en el testamento.

⁵¹ Antelo Espasandín, A. B. (2018). Interpretación de los testamentos. *Abogada. Ana B. Antelo Espasandín* [en línea], disponible en <https://www.anaanteloabogada.es/interpretación-de-los-testamentos>.

posteriormente, añadiendo por ejemplo “lego a favor de mi esposa a pesar de divorcio”, dejando claro que su voluntad es mantener la disposición testamentaria.

Finalmente, Muñoz de Dios Sáez añade que bajo su punto de vista “*las dos sentencias*⁵² *del Supremo provocan una gran inseguridad jurídica porque dicho Tribunal puede interpretar y aplicar las leyes –aquí el Código Civil español- pero no puede crear nuevas normas jurídicas, función que compete únicamente a las Cortes Generales para el Derecho Común. Máxime cuando no se está creando con las SS TS 3378/2018 y 3263/2018 una norma ex novo (extra legem, sine legem) sino una norma contra legem, pues va frontalmente contra el artículo 767 del Código civil. No sólo no respeta la separación de poderes judicial y legislativo sino que se infringe la ley del Código Civil flagrantemente.*”⁵³

3.2. Derecho foral

El derecho foral gallego, catalán, aragonés y navarro han previsto en sus distintos códigos civiles, la solución a las disposiciones testamentarias hechas en favor del cónyuge y posterior, nulidad, separación o divorcio.

3.2.1. Derecho foral de Galicia sobre disposición testamentaria a favor del cónyuge y posterior crisis matrimonial.

3.2.1.1. Tratamiento de los artículos 208 y 230 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

- Artículo 208 de la Ley 2/2006: *«Salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones a favor del cónyuge no producirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin. Tampoco producirán efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges».*

La disposición testamentaria en favor del cónyuge, se trata de una condición determinante; el legislador entiende que la disposición se hace por el vínculo que les une y con la intención de que se mantenga hasta el momento del fallecimiento del testador. Por lo que si se produce el divorcio, la separación o la nulidad matrimonial, la disposición hecha a favor de los cónyuges o parejas, será ineficaz; pero no solamente cuando ya sea firme la separación, nulidad o el divorcio, sino también

⁵² Sentencia Tribunal Supremo, 26 de septiembre de 2018 y Sentencia Tribunal Supremo, 28 de septiembre de 2018.

⁵³ Muñoz de Dios Sáez, L.F. (2018). ¿Divorcio quita testamento en derecho común?. *Notarios y Registradores* [en línea], disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficins-notarial/otros-temas/divorcio-quita-testamento-en-derecho-comun/>.

cuando se encuentre en trámites; dando por sentado el legislador, que ese proceso acabaría en divorcio o separación. Salvo prueba en contra, es decir, se demuestre que la voluntad del testador es mantener la disposición en favor del cónyuge o pareja, a pesar de dejar de serlo posteriormente; permitiéndose para su averiguación, los medios extrínsecos, y recayendo la carga de la prueba en el interesado.

El artículo determina como ineficaces los casos de separación de hecho⁵⁴ entre los cónyuges, considerándose como pareja de hecho, solamente las que están inscritas en el correspondiente registro; surgiendo la duda de si las parejas que no están inscritas se ven afectadas por el artículo 208 o no. Para Mariño Pardo *“debe de aplicarse indistintamente se esté o no inscrito en el Registro de parejas de hecho de Galicia, puesto que carecería de sentido dar un tratamiento diferenciado a ambos tipos de pareja, se ha de aplicar la analógica de ésta norma para este supuesto.”*⁵⁵

El artículo 208, solamente hace referencia a la ineficacia de las disposiciones, pero en ningún momento habla de los pactos, por lo que en caso de divorcio o separación se considerarían eficaces, no siéndolo en caso de la nulidad matrimonial, debido a que se eliminan todos los efectos del matrimonio desde que se produjo, salvo en el caso de buena fe. En Galicia es muy común el pacto de apartación,⁵⁶ y según el contenido del artículo no sería ineficaz, ya que solamente hace referencia a las disposiciones testamentarias.

La Ley 2/2006, en su artículo 208 habla de la ineficacia de las disposiciones en testamento, siendo también aplicable al testamento mancomunado⁵⁷, debido a que el artículo no especifica ningún tipo de testamento. El testamento mancomunado a diferencia del testamento unipersonal, muestra una mayor complejidad a la hora de

⁵⁴ La disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, define lo que es la pareja de hecho: *«Tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Pareja de Hecho de Galicia, expresado su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio. Hay determinadas personas que no pueden ser parejas de hecho»*.

⁵⁵ Mariño Pardo, F. (2015). la disposición testamentaria a favor del cónyuge y la posterior nulidad, divorcio o separación. Su tratamiento en las legislaciones forales (Galicia, Cataluña, Aragón y Navarra). *Iuris Prudente* [en línea], disponible en <https://www.iurisprudente.com/2015/08/la-disposicion-testamentaria-favor-del.html>.

⁵⁶ Se trata de un pacto en el que se da en vida la legítima correspondiente (en nuestro caso al cónyuge o pareja), es una especie de pago anticipado; se hace para así apartar del testamento al heredero forzoso que debe aparecer en testamento, pero como ya recibió lo le correspondía en su momento, se omite en el testamento.

⁵⁷ Se trata de un testamento que es llevado a cabo como mínimo por dos personas, en un mismo documento, en el que se realizan disposiciones a favor de ellas mismas o de terceros, y están condicionadas a la voluntad de ambas.

revocarlo, siendo necesaria la voluntad de todos los que otorgaron el testamento, salvo en las disposiciones no correspectivas, pudiendo ser revocadas unipersonalmente; además el artículo 191 de la Ley 2/2006 añade *«la revocación o modificación unilateral de las disposiciones correspectivas sólo podrán hacerse en vida de los cónyuges y producirá la ineficacia de todas las recíprocamente condicionadas»*; si no se revocan en vida, las disposiciones correspectivas se convierten en irrevocables, permitiéndose de forma excepcional la revocación por el cónyuge sobreviviente, cuando las disposiciones vayan dirigidas a una persona incapaz para suceder, que esté en proceso de incapacitación o que haya fallecido. .

Mariño Pardo, entiende que las disposiciones a favor del cónyuge no producen efectos, ya sean provenientes de testamento unipersonal o mancomunado, y se traten de disposiciones correspectivas o no, siempre que se haya producido o se hallen en proceso de divorcio, separación o nulidad matrimonial, salvo se demuestre lo contrario. Sin embargo para Busto Lago J. no se deben considerar ineficaces por la nulidad matrimonial, el divorcio o la separación, las disposiciones correspectivas del testamento mancomunado, pudiendo solamente quedar sin efecto, por revocación según el contenido de los artículos 190 y 191 Ley 2/2006.

- Artículo 230.1 de la Ley 2/2006: *«el usufructo del cónyuge viudo quedará sin efecto en los supuestos de indignidad para suceder o por ser el cónyuge justamente desheredado, por declaración de nulidad del matrimonio, divorcio y separación judicial o de hecho de los cónyuges»*. El artículo numera los motivos, por los que el cónyuge viudo no va a percibir lo que le corresponde por legítima, siendo:
 - o La indignidad para suceder, recogida en el artículo 756 código civil, como pueden ser entre otros: *«el condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, la libertad, integridad moral del cónyuge, persona unida por análoga relación de afectividad, ascendientes o descendiente; o el que con amenaza, fraude o violencia, obligarle al testador a hacer testamento o a cambiarlo»*.
 - o El justamente desheredado, recogido en el artículo 263 Ley 2/2006: *«son justas causas para desheredar a cualquier legitimario: haberle negado alimentos a la persona testadora; haberla maltratado de obra o injuria gravemente; el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales; y las causas de indignidad expresadas en el artículo 756 del código civil»*. Pero en caso de reconciliación, entre el ofendido y ofensor, el artículo 265 de la Ley 2/2006: *«priva*

al ofendido del derecho de desheredar, dejando sin efecto el desheredamiento ya hecho>>.

- declaración de nulidad del matrimonio, divorcio y separación judicial o de hecho de los cónyuges.

3.2.1.2. Jurisprudencia sobre la ineficacia de las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y posterior crisis matrimonial.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra del 20 de enero de 2015⁵⁸:

El causante (don Ruperto) deja como heredera a su hija (doña Serafina) además de legar el usufructo universal y vitalicio a su esposa, liberándola de realiza inventario y prestar fianza. En caso de que la legataria muestre disconformidad, su esposa, recibirá el pleno dominio del tercio de libre disposición, además del usufructo que le corresponde por legítima. Pasado un tiempo doña Marisol (primera esposa de don Ruperto) fallece; contrayendo nuevo matrimonio con doña Alejandra. Hay que añadir que el causante y su hija eran cotitulares mancomunados de una cuenta bancaria, y que don Ruperto tenía una cuenta con dinero privado; además en el momento del otorgamiento, el causante manifiesta su matrimonio con doña Marisol.

Doña Serafina, interpone demanda contra la entidad bancaria, en la que tiene una cuenta en cotitularidad con su padre. Solicita la retirada del dinero de la cuenta bancaria, a lo que la entidad bancaria se niega, requiriendo para la retirada del dinero la firma de la usufructuaria (doña Penélope). El Juzgado de Primera Instancia *“rechaza la demanda por considerar que no se había producido la liquidación de la sociedad de gananciales con la segunda esposa del padre de la actora y que ostentado el cónyuge viudo en los términos del artículo 839 un derecho de afección sobre los bienes de la legítima, no tenía derecho a la retirada del numerario de la cuenta bancaria que reclamaba en tanto no se hubiera realizado la partición.”*⁵⁹

Doña Serafina, mostrando disconformidad recurre en apelación, debido a que ella es tanto heredera como cotitular mancomunada de una cuenta bancaria que tenía con su padre, no pudiendo la entidad bancaria requerir para poder disponer de sus bienes, la firma de doña Penélope; además añade que la verdadera usufructuaria era su madre (doña Marisol), ya que era la esposa de su padre en el momento del otorgamiento del

⁵⁸ Roj: SAP PO 56/2015

⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra del 20 de enero de 2015 (Roj: SAP PO 56/2015, página 2).

testamento. La entidad bancaria alega por su parte, que doña Serafina, pretende retirar el saldo perteneciente a la cuenta privada que tenía don Ruperto; por lo que es necesaria la firma de la usufructuaria, ya que aún no se han determinado los bienes afectos al usufructo. Finalmente la Audiencia Provincial, falla en contra de doña Serafina, por los siguientes motivos:

Es cierto que en el momento del otorgamiento del testamento, don Ruperto estaba casado con doña Marisol, por lo que el legado a favor de “su esposa”, va dirigido a doña Marisol y no a doña Penélope. Pero también, al contraer nuevas nupcias y no haberse producido nulidad matrimonial, separación o divorcio, doña Penélope pasa a ser viuda de don Ruperto, y por tanto legitimaria del usufructo vitalicio de la cuarta parte de la herencia (artículo 253 ley 2/2006), según los criterios establecidos en el artículo 245 ley 2/2006.

Además añade, que es necesario determinar los bienes afectados por el usufructo, ya que hasta que no se especifiquen *<<estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo>>* (artículo 839 CC).

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia del 23 de mayo de 2019⁶⁰

El causante (Don Carlos Jesús), deja heredera universal a su esposa (Doña Penélope), siempre que no tenga descendientes en el momento de su fallecimiento, y como sustituta de su esposa heredaría su madre (Doña Rosa). En 2012, los cónyuges se separan de hecho, pasados dos años desde el otorgamiento del testamento. En el año 2013 comienza una relación con doña Caridad, conviviendo juntos durante un año, pero finalmente la relación se acaba. En mayo 2014 ingresa en un centro de rehabilitación, abandonándolo al mes y medio, y comenzando una relación con doña Florinda. Finalmente en agosto de 2014 fallece, acudiendo al velatorio como pareja del causante doña Florinda.

Doña Rosa interpone demanda, solicitando la ineficacia de la institución de heredera a favor de doña Penélope. Fallando a favor de doña Rosa y por tanto declarando ineficaz la institución de heredero.

Mostrando disconformidad con la resolución doña Penélope interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial, desestima el recurso. Por lo que vuelve a interponer recurso, en este caso de casación.

⁶⁰ Roj: STSJ 2677/2019

El Tribunal Superior de Justicia, falla a favor de doña Rosa, debido a que la institución de heredero, pasó a ser ineficaz, en el momento de la separación de hecho, como expone el artículo 208 de la ley 2/2006, donde se declara ineficaz las disposiciones hechas a favor del cónyuge, cuando estos se separen de hecho, salvo se deduzca del testamento que fue otra la voluntad del testador, o se de reconciliación entre ambos y se demuestre. Pero en este caso no se da ninguna circunstancia que determine que la voluntad del testador sea mantener la institución de heredero.

Con el artículo 208 de la ley 2/2006, no es necesario la revocación de legados o instituciones testamentarias hechas en favor del cónyuge y posterior separación, sino que se entiende que la disposición testamentaria a favor del otro cónyuge se hizo por el vínculo que les unía, es decir, se establece la condición de seguir siendo pareja o matrimonio hasta el fallecimiento del testador, y en el caso de que ese vínculo se pierda, la disposición deja de tener eficacia.

Además se hace alusión a la coincidencia con la doctrina del Tribunal Supremo, manifestada en las sentencias 26 de septiembre de 2018 y 28 de septiembre de 2018; *“y eso a pesar de que en derecho común, es necesario para revocar un testamento, la realización de otro (artículos 737 y 739 CC); además de no estar prevista, como consecuencia de una situación de ruptura o crisis matrimonial, la ineficacia o revocación ope legis de las disposiciones testamentarias efectuadas por un cónyuge a favor de otro”*⁶¹. Pero a pesar de ello el Tribunal Supremo ha considerado, basándose en el contenido del artículo 767 CC, que la realización de una disposición testamentaria a favor del cónyuge o pareja, y posterior crisis matrimonial, produce la ineficacia de la disposición, ya que fue otorgada por el vínculo que les unía, por la condición de esposo o pareja.

Por lo que para concluir, se entiende que don Carlos Jesús, en el momento en que deja como heredera universal a su esposa, está determinado el porqué de la institución hereditaria; por lo que en el momento de la separación de hecho, queda ineficaz la institución a favor de doña Penélope, ya que en testamento don Carlos Jesús, no expresó que su voluntad fuera el mantenimiento de la institución, ni tampoco ha mediado reconciliación entre los cónyuges.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia del 23 de mayo de 2019. (Roj: STSJ 2677/2019, página 5).

3.2.2. *Derecho foral de Cataluña sobre disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y posterior crisis matrimonial.*

Anterior a la Ley 25/2010, de 29 de julio de derecho civil de Cataluña, había un código de sucesiones, en el que se consideraban revocadas las disposiciones hechas a favor del cónyuge o pareja, si posteriormente se producía la nulidad matrimonial, el divorcio o la separación. Con la nueva Ley, se ha eliminado la revocación y en su lugar, se ha establecido como ineficacia sobrevenida; esta modificación se ha hecho para entender eficaces aquellas disposiciones hechas en favor del cónyuge o pareja, que quieran ser mantenidas por el testador, a pesar de que posteriormente se produzca una crisis matrimonial.

El artículo 422-13 Ley 25/2010, tiene como título: la ineficacia sobrevista por crisis matrimonial o de convivencia, y viene a decir: <<1. *La institución de heredero, los legados y las demás disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante devienen ineficaces si, después de haber sido otorgados, los cónyuges se separan de hecho o judicialmente, o se divorcia, o el matrimonio es declarado nulo, así como si en el momento de la muerte está pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, salvo reconciliación.* 2. *Las disposiciones a favor del conviviente en pareja estable devienen ineficaces si, después de haber sido otorgadas, los convivientes se separan de hecho, salvo que reanuden su convivencia, o se extingue la pareja estable por una causa que no sea la defunción de uno de los miembros de la pareja o el matrimonio entre ambos.* 3. *Las disposiciones a favor del cónyuge o del conviviente en pareja estable mantienen la eficacia si del contexto del testamento, el codicilo o la memoria testamentaria resulta que el testador las habría ordenado incluso en los casos regulados en los apartados 1 y 2>>*

El derecho foral de Cataluña es exactamente igual, al derecho foral de Galicia, en que la disposición testamentaria en favor del cónyuge, se trata de una condición determinante; el legislador entiende que la disposición se hace por el vínculo que les une y con la intención de que se mantenga hasta el momento del fallecimiento del testador. Por lo que si produce el divorcio, la separación o la nulidad matrimonial, la disposición hecha a favor de los cónyuges o parejas, será ineficaz; pero no solamente cuando ya sea firme la separación, nulidad o el divorcio, sino también cuando se encuentre en trámites; dando por sentado el legislador, que ese proceso acabaría en divorcio o separación. Salvo prueba en contra, es decir, se demuestre que la voluntad del testador es mantener la disposición en favor del cónyuge o pareja, a pesar de dejar

de serlo posteriormente; permitiéndose para su averiguación, los medios extrínsecos, y recayendo la carga de la prueba en el interesado. La diferencia es que el legislador catalán sí que ha establecido en su articulado la ineficacia, tanto en la institución de heredero, como en los legados y en las demás disposiciones, sin embargo en el derecho foral gallego, su articulado solamente hace alusión a las disposiciones testamentarias.

En el artículo 422-13, apartado dos habla de pareja estable, y se entiende que es según el artículo 234-1 Ley 25/2010: *«dos personas que conviven en una misma comunidad de vida análoga a la matrimonial, se consideran pareja estable en cualquiera de los siguientes casos: a) si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos. B) si durante la convivencia, tienen un hijo común. C) si formalizan la relación en escritura pública»*. No será necesaria la convivencia ininterrumpida durante dos años, cuando se den los apartados B o C.

En el artículo 244-13, apartado tres se habla del codicilo y las memorias testamentarias, estos dos términos viene definidos En el artículo 221-20: *«1. En codicilo, el otorgante dispone de los bienes que se ha reservado para testar en heredamiento, adiciona alguna cosa al testamento, lo reforma parcialmente o, si falta éste, dicta disposiciones sucesorias a cargo de sus herederos ab intestato. 2. En codicilo, no se puede instituir o excluir ningún heredero ni revocar la institución otorgada anteriormente. Tampoco puede nombrarse albacea universal, ni ordenar sustituciones o condiciones, salvo que se impongan como legatarios»*. Y el artículo 221-21 en su apartado segundo dice: *«En las memorias testamentarias, solo pueden ordenarse disposiciones que no excedan del 10% del caudal relicto y que se refieran a dinero, objetos personales, joyas, ropa y menaje de casa o a obligaciones de importancia moderada a cargo de los herederos o legatarios»*.

- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona del 6 de noviembre de 2013⁶²

El causante (don Carlos Alberto) deja como legataria del usufructo universal y vitalicio de todos sus bienes presentes y futuros a su cónyuge (doña Casilda). Pero pasado un tiempo, concretamente siete años, doña Casilda presenta una demanda de separación contra don Carlos Alberto, admitida el 7 de mayo de 2009. Fallece finalmente el testador el 29 de junio de 2009.

⁶² Aranzadi AC\2013\2046

Las hijas del causante (doña Adolfinia y doña Asunción) demanda a doña Casilda. El Juzgado de Primera Instancia falla a favor de las hijas del testador, declarando ineficaz el usufructo universal y vitalicio de doña Casilda. La resolución se basa en el artículo 422-13.1 de la Ley 25/2010, en el que se determina la ineficacia de los legados hechos a favor del cónyuge, si después de su otorgamiento hay pendiente una demanda de separación, salvo reconciliación, no siendo el caso, ya que no hay prueba que acredite la reconciliación del matrimonio.

Mostrando disconformidad doña Casilda interpone un recurso de apelación, basándose en el 422-13.3 de la Ley 25/2010, el cual dice *«Las disposiciones a favor del cónyuge o del conviviente en pareja estable mantienen la eficacia si del contexto del testamento, si resulta que el testador las habría ordenado incluso en los casos regulados en el apartado 1.»*, además de en el artículo 421-6 de la Ley 25/2010, que determina que se ha de tener en cuenta la verdadera voluntad del testador, según el contexto del testamento. La Audiencia Provincial, falla a favor de doña Adolfinia y doña Asunción, declarando por tanto la ineficacia del legado; por los siguientes motivos: doña Casilda, no ha presentado ninguna prueba fehaciente, que acredite la intención del testador de mantener el legado, a pesar de haberse producido la demanda de separación, siendo una causa dentro del artículo 422-13.1 que deja ineficaz el legado. Por tanto a falta de pruebas que den lugar a la causa de excepción recogida en el artículo 422-13.3, se declara ineficaz el legado.

3.2.3. *Derecho foral de Aragón sobre disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y posterior crisis matrimonial.*

La regulación sobre las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y posterior nulidad matrimonial, divorcio o separación, viene recogida en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo⁶³; concretamente en los artículos 404 (relativo a los contratos) y 438 (relativo al testamento).

- Artículo 404 del Decreto Legislativo 1/2011, tiene como título “Efectos de la nulidad, el divorcio y la separación” y dice: *« Salvo que del contrato resulte otra cosa, las atribuciones sucesorias pactadas entre cónyuges quedarán sin efecto si, al fallecimiento de uno de ellos, estuviera declarada judicialmente la nulidad del*

⁶³ Aprobándose el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, con el título *«Código del Derecho Foral de Aragón»*

matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin>>

- Artículo 438 del Decreto Legislativo 1/2011, tiene como título “Efectos de la nulidad, el divorcio y la separación” y dice: *<< Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspectivas entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin>>.*

El derecho foral de Aragón es, exactamente igual, al derecho foral de Galicia y al de Cataluña, en que la disposición testamentaria en favor del cónyuge, se trata de una condición determinante; el legislador entiende que la disposición se hace por el vínculo que les une y con la intención de que se mantenga hasta el momento del fallecimiento del testador. Por lo que si produce el divorcio, la separación o la nulidad matrimonial, la disposición hecha a favor de los cónyuges o parejas, será ineficaz; pero no solamente cuando ya sea firme la separación, nulidad o el divorcio, sino también cuando se encuentre en trámites; dando por sentado el legislador, que ese proceso acabaría en divorcio o separación. Salvo prueba en contra, es decir, se demuestre que la voluntad del testador es mantener la disposición en favor del cónyuge o pareja, a pesar de dejar de serlo posteriormente; permitiéndose para su averiguación, los medios extrínsecos, y recayendo la carga de la prueba en el interesado. El legislador aragonés, ha establecido en su articulado la ineficacia de disposiciones correspectivas o de liberalidades testamentarias, dando a entender por tanto que ésta ineficacia sería tanto para testamento unipersonal (porque habla de testador en singular), como para mancomunado (ya que habla de las disposiciones correspectivas); la liberalidad más común es la donación, entendiéndose según artículo 618 CC como *<<un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta>>.*

El concepto de disposición correspectivas, viene regulado en el artículo 420 del Decreto Legislativo 1/2011: *<<1. Son correspectivas entre sí las disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente condicionada, sea en beneficio mutuo o de un tercero. La correspectividad no se presume. 2. La nulidad o anulación de una disposición produce la ineficacia total de*

la correspectividad. Sin embargo, la ineficacia sobrevenida de una disposición no produce la de su correspectiva, que dejará de tener ese carácter>>.

En el derecho foral de Aragón se permite el testamento mancomunado, pero ocurre igual que en el derecho foral de Galicia, el artículo 438 del Decreto Legislativo 1/2011 no especifica ningún tipo de testamento, entendiéndose aplicable también la ineficacia al testamento mancomunado⁶⁴. El testamento mancomunado a diferencia del testamento unipersonal, muestra una mayor complejidad a la hora de revocarlo, siendo necesaria la voluntad de todos los que otorgaran el testamento, salvo en las disposiciones no correspectivas, pudiendo ser revocadas unipersonalmente; además el artículo 421 del Decreto Legislativo 1/2011 añade *«la revocación o modificación unilateral de las disposiciones correspectivas sólo podrán hacerla un testador en vida del otro o, después, si concurre alguna causa de las que posibilitan la revocación unilateral de los pactos sucesorios, y producirá la ineficacia total de las disposiciones correspectivas del otro. Todo ello salvo que en el testamento o en el contrato sucesorio se prevea otra cosa>>.*

- Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza del 10 de febrero de 2004⁶⁵

El causante (don Augusto) deja en testamento a su esposa (doña Estíbaliz) el usufructo viudal. Pero pasado un tiempo, en el año 1996 se dicta resolución de separación matrimonial, y el 21 de julio del año 2000 se dicta sentencia declarando la reconciliación entre ambos. Finalmente fallece el 19 de agosto del año 2000.

Doña Estíbaliz demanda al contador partidor, solicitando la revocación del cuaderno particional, debido a que en el momento del reparto de la herencia fue omitida. Fallando el Juzgado de Primera Instancia en contra de doña Estíbaliz, ya a que se encontraba separada del testador.

Doña Estíbaliz recurre en apelación, alegando que se había producido reconciliación, correspondiéndole por tanto el usufructo viudal. La Audiencia Provincial, dicta fallo a favor de doña Estíbaliz, revocando el cuaderno particional y reconociendo el usufructo viudal; ya que como recoge el derecho foral de Aragón, si los cónyuges se separan o están en proceso de separación, se dará por extinguido el derecho sucesorio del

⁶⁴ Se trata de un testamento que es llevado a cabo como mínimo por dos personas, en un mismo documento, en el que se realizan disposiciones a favor de ellas mismas o de terceros, y están condicionadas a la voluntad de ambas.

⁶⁵ Aranzadi JUR\2004\82278

cónyuge viudo, pero en caso de que posteriormente se reconcilien volverán a obtener los derechos sucesorios.

3.2.4. *Derecho foral de Navarra sobre disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y posterior crisis matrimonial.*

La regulación sobre las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y posterior nulidad matrimonial, divorcio o separación, viene recogida en la Ley 1/1973, de 1 de marzo de 1973⁶⁶; concretamente en el artículo 2 Ley 200.

- Ley 200 de la Ley 1/1973 dice: *«El testamento de hermandad vendrá ineficaz en todas sus disposiciones en los supuestos siguientes: 1. Cuando hubiera sido otorgado por cónyuges, incluso con anterioridad a contraer matrimonio constituyendo o no pareja estable, por la separación legal, divorcio o nulidad del mismo. La mera interposición de la demanda judicial producirá la ineficacia salvo posterior reconciliación. 2. Cuando hubiera sido otorgado por dos personas constituidas en pareja estable, incluso con anterioridad a su constitución, por la extinción de la misma en vida de sus miembros que conste de modo fehaciente y siempre que sea por causa distinta al posterior matrimonio entre ambos, supuesto en el que, en su caso, tendría lugar la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior»*.

En este caso, a diferencia de lo que ocurre en el derecho foral de Galicia y de Aragón, el legislador navarro ha previsto los efectos que producen la nulidad matrimonial, la separación o el divorcio en el testamento de hermandad⁶⁷, pero no en el testamento unipersonal; sin embargo igual que en el derecho foral de Galicia, Cataluña y Aragón se aplicaba a todos los testamentos, en este caso debe de aplicarse también a todos, pudiendo aplicarse como recoge la ley 5 Ley 1/1973 dice *«la analogía, puesto que no se contempla el supuesto específico, pero sí que se regula otro semejante, con el que hay identidad de razón.»*⁶⁸

El derecho foral de Navarra es, exactamente igual, al derecho foral de Galicia, al de Cataluña y al de Aragón, ya que la disposición testamentaria en favor del cónyuge, se trata de una condición determinante; el legislador entiende que la disposición se hace por el vínculo que les une y con la intención de que se mantenga hasta el momento del fallecimiento del testador. Por lo que si se produce el divorcio, la separación o la

⁶⁶ Modificada y actualiza la Compilación del Derecho Civil de Navarra, el 21/2019, de 4 de abril

⁶⁷ El testamento de hermandad es otorgado por dos o más personas, en un mismo documento, en el que se realizan disposiciones a favor de ellas mismas o de terceros, y están condicionadas a la voluntad de ambas, es prácticamente igual que el testamento mancomunado.

⁶⁸ Viene regulado con las mismas palabras en el artículo 4 del código civil.

nulidad matrimonial, la disposición hecha a favor de los cónyuges o parejas, será ineficaz; pero no solamente cuando ya sea firme la separación, nulidad o el divorcio, sino también cuando se encuentre en trámites; dando por sentado el legislador, que ese proceso acabaría en divorcio o separación. Salvo prueba en contra, es decir, se demuestre que la voluntad del testador es mantener la disposición en favor del cónyuge o pareja, a pesar de dejar de serlo posteriormente; permitiéndose para su averiguación, los medios extrínsecos, y recayendo la carga de la prueba en el interesado. La diferencia es que el legislador navarro, también ha considerado ineficaces las disposiciones testamentarias a favor de los cónyuges, incluso antes de que contraigan matrimonio, sean o no pareja estable; al igual que, si las disposiciones fueron otorgadas a favor de la pareja estable, incluso antes de que se constituya la pareja estable.

El concepto de pareja estable viene recogido en el artículo 2 Ley 106 de la Ley 1/1973: << *Dos personas mayores de edad o menores emancipadas, en comunidad de vida afectiva análoga a la conyugal*>>; y para constituirse como pareja estable, viene recogido en mismo artículo y Ley, siendo necesario << *manifestar su voluntad en documento público, e inscribirse en un Registro único de parejas estables de la Comunidad Foral de Navarra a los efectos de prueba y publicidad previstos en la norma que lo regule, así como a los efectos que establezcan otras disposiciones legales*>>

- Sentencia Audiencia Provincial de Navarra del 14 de febrero de 2019⁶⁹

El causante (don Luis Ángel) y doña Salome (convivían juntos como pareja), otorgaron testamento de hermandad, instituyéndose como herederos universales mutuamente en el año 1983 y contraen matrimonio en 1998. Pasado un tiempo, concretamente quince años, se dicta sentencia de divorcio, y en 2013, un año antes de la disolución matrimonial, realizan un Convenio Regulador, en el que se liquida la sociedad de gananciales. Finalmente en 2014 Luis Ángel fallece.

Los hermanos del causante (don Secundino y doña Remedios) interponen una demanda contra doña Salomé, solicitando ineficacia sobrevenida del testamento, tal y como recoge la Ley 201 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra, debido a que se encontraban divorciados en el momento del fallecimiento de don Luis Ángel. Dictando el Juzgado de Primera Instancia, sentencia a favor de doña Salome, puesto

⁶⁹ Aranzadi JUR\2019\315200

que la Ley 201 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra, deja claro que la ineficacia de las disposiciones testamentarias, se aplica cuando el testamento ha sido otorgado por cónyuges, no siendo el caso, ya que en el momento del otorgamiento del testamento aun no estaban casados.

Los hermanos de don Luis Ángel, mostrando disconformidad con la resolución recurrieron e apelación; alegando “*I. Que es errónea la interpretación literal de la Ley 200 acogida por la sentencia impugnada, procediendo una interpretación teleológica y finalista de la misma ex artículo 3 CC en función de la cual la ineficacia sobrevenida del testamento de hermandad por las causas expresadas en dicha norma sería aplicable al caso de parejas estables que otorguen dicho testamento, contrayendo luego matrimonio, dada la “equiparación” de ambos supuestos al desaparecer la causa que dio lugar a su otorgamiento. II. Debe equipararse la pareja estable al matrimonio conforme a la Ley 6/2000 para la igualdad jurídica de las parejas estables. III. Lis Ángel no revocó testamento por error al creer que el divorcio lo hacía ineficaz ope legis.*”⁷⁰

La Audiencia Provincial dicta sentencia, declarando la ineficacia del testamento de hermandad, por los siguientes motivos: el hecho de que la Ley 201 exprese que serán ineficaces las disposiciones cuando sean otorgadas por los cónyuges, no exige necesariamente que el otorgamiento se haya tenido que realizar cuando estén casados, pudiendo haberse otorgado antes y posteriormente contraer matrimonio.⁷¹ Además añade, que si nos basamos en la voluntad de los testadores, se entiende que las disposiciones serían validas, siempre que siguieran juntos en el momento del fallecimiento de alguno de ellos, puesto que en el Convenio Regulador del divorcio, se renunció por las partes, al usufructo de fidelidad (recogido en la Ley 253 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra) “*siendo ilógico renunciar al usufructo de*

⁷⁰ Sentencia Audiencia Provincial de Navarra del 14 de febrero de 2019 (Aranzadi JUR\2019\315200) página 3

⁷¹ En la sentencia se hace alusión, aunque no se puede aplicar ya que es anterior a la entrada en vigor, de la reforma del 4 de abril de 2019 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra, quedando regulada en el la Ley 200 y vendría a decir: <<El testamento de hermandad vendrá ineficaz en todas sus disposiciones en los supuestos siguientes: 1. Cuando hubiera sido otorgado por cónyuges, incluso con anterioridad a contraer matrimonio constituyendo o no pareja estable, por la separación legal, divorcio o nulidad del mismo. La mera interposición de la demanda judicial producirá la ineficacia salvo posterior reconciliación. 2. Cuando hubiera sido otorgado por dos personas constituidas en pareja estable, incluso con anterioridad a su constitución, por la extinción de la misma en vida de sus miembros que conste de modo fehaciente y siempre que sea por causa distinta al posterior matrimonio entre ambos, supuesto en el que, en su caso, tendría lugar la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior>>. Por lo que en este caso, no sería discutible si han de estar o no casados, antes de otorgar el testamento de hermandad, declarándose ineficaces por tanto las disposiciones en favor de los cónyuges cuando se produzca divorcio.

fidelidad por parte de quien resultaría ser no ya usufructuario sino pleno propietario de los bienes del premuerto vía testamento de hermandad.”⁷²

CONCLUSIÓN

Antes de comenzar la conclusión, quiero explicar que la elaboración de este trabajo me ha resultado muy interesante, ya que se trata de un tema muy importante, porque tarde o temprano acaba afectando a la mayoría de las personas, además de ser muy actual, que se da todos los días, y que al igual que yo, supongo que muchas personas desconocen.

- I. A consecuencia del estudio realizado, entiendo que la nulidad matrimonial, la separación legal o de hecho y el divorcio, a pesar de ser formas muy distintas entre sí; ya que unas ponen fin a la convivencia, otras al vínculo matrimonial, e incluso otras, como es el caso de la nulidad provocan la inexistencia del vínculo conyugal; todas dan lugar a la pérdida del llamamiento a la sucesión por parte del cónyuge sobreviviente. A no ser que se produzca una reconciliación en los casos de divorcio y separación, o buena fe en el caso de la nulidad matrimonial.
- II. El cónyuge viudo no es técnicamente un heredero, salvo que en el testamento haya sido instituido como tal, puesto que al tratarse de un heredero forzoso, ha de recibir su legítima necesariamente por cualquier título permitido en derecho. Y con respecto a la conmutación del usufructo del cónyuge viudo considero, que igual que en el artículo 840 del código civil, el cónyuge viudo exige la conmutación y los hijos eligen la forma de conmutar, en el artículo 839 del código civil, debería hacerse exactamente igual, es decir, que los hijos exijan la conmutación y el cónyuge viudo elija la forma de conmutar. Ya que de ésta forma ambas partes salen beneficiadas, escogiendo lo más conveniente para cada uno. También entiendo, que los hijos legitimados para exigir o no la conmutación, deberían ser aquellos que están afectados por el usufructo del cónyuge viudo, ya que son los más idóneos para decidir lo que es beneficioso para ellos.

⁷² Sentencia Audiencia Provincial de Navarra del 14 de febrero de 2019 (Aranzadi JUR\2019\315200) página 4

- III. Mostrando conformidad con el Tribunal Supremo y la mayoría de la doctrina entiendo, que las disposiciones testamentarias realizadas a favor de las parejas o cónyuges que pasado un tiempo se divorcian, separan o se declara la nulidad matrimonial, salvo el testador quiera que se mantengan o se produzca reconciliación, deben entenderse ineficaces por causa sobrevenida, debido a que el testador realiza la disposición a favor de su esposa o pareja por el vínculo que les une, pensando que van a estar juntos toda la vida, ya que si supiera que no lo van a estar no dispondría a su favor; por lo que se establece una condición, que a mi juicio es determinante, porque es el motivo por el que se dispone. Además entiendo que en muchas ocasiones los testadores no revocan o modifican el testamento por no saber que es necesario, por creer quizás que con la separación, la nulidad o el divorcio se pierde todo derecho sucesorio.
- IV. Los divorcios, las separaciones y las nulidades matrimoniales, son hoy en día muy comunes, el código civil debería regular ésta situación de una forma clara, al igual que ya han hecho algunos derechos forales como Galicia, Cataluña, Aragón o Navarra, para de ésta forma evitar multitud de demandas, que van seguidas de recursos y alargan la situación durante demasiado tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Alarcón, A. (2016). Régimen jurídico material de las crisis matrimoniales. En M^a A. Blandino Garrido y P. Sánchez Martín (coord.), *Las crisis matrimoniales*, Edición 2^a. Valencia: Tirant lo Blanch.

Antelo Espasandín, A. B. (2018). Interpretación de los testamentos. *Abogada. Ana B. Antelo Espasandín* [en línea], disponible en <https://www.anaanteloabogada.es/interpretación-de-los-testamentos>.

Bercovitz Rodríguez-Can, R. (2013) De los testamento. Comentarios al código civil, Tomo IV. Valencia: tirant lo Blanch.

Rivas Martínez, J.J, (2020). Capítulo XIII. Derecho de sucesiones común, estudios sistemáticos y jurisprudenciales. Tomo II. Valencia: tirant lo Blanch.

Mariño Pardo, F. (2015). La disposición testamentaria a favor del cónyuge y la posterior nulidad, divorcio o separación. Su tratamiento en las legislaciones forales (Galicia, Cataluña, Aragón y Navarra). *Iuris Prudente* [en línea], disponible en <https://www.iurisprudente.com/2015/08/la-disposicion-testamentaria-favor-del.html>.

Muñoz de Dios Sáez, L.F. (2018). ¿Divorcio quita testamento en derecho común?. *Notarios y Registradores* [en línea], disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficins-notarial/otros-temas/divorcio-quita-testamento-en-derecho-comun/>.

ANEXO.

Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza del 10 de febrero de 2004 (Aranzadi JUR\2004\82278)

Sentencia Audiencia provincial de Granada, 11 de junio de 2010. (Roj: SAP GT 796/2010)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de abril de 2013 (Aranzadi JUR\2013\213081).

Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona del 6 de noviembre de 2013 (Aranzadi AC\2013\2046).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra del 20 de enero de 2015 (Roj: SAP PO 56/2015).

Sentencia Tribunal Supremo, 26 de septiembre de 2018 (Roj: STS 3378/2018)

Sentencia Tribunal Supremo, 28 de septiembre de 2018 (Roj: STS 3263/2018)

Sentencia Audiencia Provincial de Navarra del 14 de febrero de 2019 (Aranzadi JUR\2019\315200).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia del 23 de mayo de 2019 (Roj: STSJ 2677/2019).