

El error en el testamento

ANTONIO GORDILLO CAÑAS

Prof. Agregado de Derecho civil

SUMARIO: I. *Justificación, planteamiento y propósito de este trabajo.*—II. *Indicaciones generales sobre el error.*—III. *La apreciabilidad más pura, "ratione sui", del error en el testamento.*—IV. *La relevancia del error en el testamento en la disciplina del Código civil.* 1. Supuestos singulares. 2. El silencio de los artículos 673 y 674 y la integración del artículo 743 desde los que sancionan el influjo del error, principalmente el artículo 767.—V. *Análisis del tratamiento legal del error en el testamento.* 1. Error obstativo: artículo 773. 2. Error en la formación de la voluntad: artículo 767. a) Análisis objetivo del supuesto: la causa falsa. b) Análisis subjetivo: el error o ignorancia determinante. c) Homogeneidad y paralelismo en el tratamiento legal del error-vicio: el artículo 767 en su comparación con el 1.266 y el 73,4. d) Reflejo testamentario del error y admisibilidad de la prueba extrínseca. e) Integración del artículo 767: inexistencia de causa.—VI. *Conclusiones.*

I

Vayan por delante unas líneas de justificación de este trabajo y de indicación de nuestro propósito al abordarlo. Hace aún relativamente poco tiempo, al traducir, anotar extensamente y concordar el profesor Alonso Pérez la obra de Pietrobon, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, advertía que «en nuestro Derecho carecemos de un estudio monográfico sobre el error»; al mismo tiempo calificaba la regulación del error en nuestro Código civil como «deficiente, incompleta y fragmentaria, careciendo, por otra parte, de rigor científico» (1). La labor del indicado profesor Alonso mejoró sensiblemente la panorámica de nuestro tratamiento doctrinal del error. El dato legislativo sigue sustancialmente inalterado (2), sin que —no obstante ser objetivos y justificados

(1) VITTORINO PIETROBON: *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Traducción y extensas anotaciones y concordancias al Derecho español, por MARIANO ALONSO PÉREZ. Madrid, 1971, pág. XVI.

(2) Algún perfeccionamiento supone el nuevo artículo 73, 4, en su comparación con el antiguo 101,2. Según este último habrá de contarse entre los matrimonios nulos "el contraído por error en la persona"; de acuerdo con el nuevo 73, 4, es nulo "el (matrimonio) celebrado por error

en sí mismos los calificativos que se le atribuyen— el juicio global sobre el mismo haya de ser —creemos— tan desfavorable y severo como se le formula en la autorizada cita de que arrancamos. Lo que indudablemente es cierto es que falta en nuestra doctrina y para nuestro Derecho —excepción hecha de los trabajos dedicados al tema por Albaladejo— un estudio detenido y a fondo, no ya del error en sí, en su influjo respecto a la voluntad negocial en general, sino, más en concreto, del error en relación con la voluntad testamentaria (3), y precisamente en nuestro Derecho un tal estudio resulta especialmente justificado y necesario, toda vez que en el conjunto normativo dedicado por nuestro Código civil a la ineficacia del testamento o de las singulares disposiciones testamentarias se producen datos y destacan normas, quizá no suficientemente conexas, cuya referencia conjunta y literal al tema de nuestro estudio pudiera llevar a conclusiones desenfocadas.

Efectivamente, es notorio en este punto el contraste entre los ordenamientos comparados más próximos al nuestro y que como él responde a un origen común, y el sistema de nuestro Código civil. En la disciplina del error en la voluntad testamentaria la codificación moderna recoge una tradición, cuyo inicio —como en tantas otras materias clásicas del Derecho privado— se sitúa en la evolución del Derecho de Roma, y cuya elaboración más completa es obra del llamado Derecho común (4). Sin entrar de momento en detalles, el error es considerado, también en esta materia, causa de ineficacia. La disciplina general de la ineficacia de la voluntad negocial es de aplicación al testamento; los vicios de la voluntad actúan, en lo fundamental, en el testamento como en los contratos. Varios son los Códigos europeos que así lo establecen expresamente (5). Si no se hace tal declaración expresa el in-

en la identidad de la persona del otro contrayente, o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubiesen sido determinantes de la prestación del consentimiento”.

(3) Destacan, efectivamente, en el panorama indicado los dos estudios del Prof. ALBALADEJO: *El error en las disposiciones testamentarias y De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias*, ambos en “Estudios de Derecho Civil”, Barcelona, 1955, págs. 423 ss. y 459 ss., respectivamente. Vid. también, VIÑAS: *Los vicios de la voluntad testamentaria*, Ilustre Colegio Notarial, Valencia. Conferencias del Curso 1948, Valencia, 1949. En la doctrina alemana, *ex profeso*, ZITELMANN: *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879; SCHULTZ: *Der Irrtum im Beweggrunde bei der testamentarischen Verfügung*, in Festschrift für Seckel, Berlín, 1927, págs. 73 ss. SCHMIDT: *Der motivirtum im Testamentrecht*, Breslau, 1933. En Portugal, ANTUNES VARELA, Joao de Matos: *Ineficacia do testamento e vontade conjectural do testador*. Coimbra, 1950. En Italia son relativamente frecuentes los estudios, breves y ocasionales, algunos de los cuales irán apareciendo en las páginas que siguen.

(4) Cfr. *ad rem* ANTUNES VARELA: *op. cit.*, págs. 82-89.

(5) Así, el artículo 469 del C. c. suizo: “Son nulas todas las disposiciones que su autor ha hecho bajo el imperio de error, de dolo, de amenaza o de violencia”; *Codice* del 42, artículo 624: “la disposizione testamentaria puo essere impugnata da chiunque vi abbia interesse quando e l'effetto di errore, di violenza o di dolo...”; Código portugués de 1966,

flujo viciante del error es regulado con suficiente amplitud (6). Incluso sin el dato legal, allí donde éste falta o es menos amplio o explícito, doctrina y jurisprudencia han coincidido en la aplicación analógica al testamento de las normas reguladoras de la voluntad contractual (7).

¿Qué hace que el planteamiento del tema sea peculiar entre nosotros? Nuestro Código civil ni establece expresamente la aplicabilidad al testamento de la disciplina de los vicios de la voluntad contractual, ni permite con su silencio el juego de la analogía. Más bien parece impedirlo, especialmente en relación con el error, al contener alguna norma específica para la valoración de su influjo en la voluntad testamentaria. Estos son los datos legales más salientes y sobre los que se apoya la elaboración doctrinal del tema: a la causa falsa (error en la causa) se refiere en términos, al menos a primera vista y literalmente, restrictivos el artículo 767: «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». El artículo 773 se ocupa del error en la designación del heredero: «no vicia la institución, cuando de otra manera pueda saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada». En el artículo 862, para el legado de cosa ajena, se establece que «si el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena, será nulo el legado». ¿Previsiones específicas y singulares sobre el error —se dirá— aptas para ser generalizadas? El Código parece impedirlo: de una parte, el artículo 673 dispone —esta vez sí con carácter general— que «será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude». ¿Dónde queda el error; olvido subsanable? Parece impedirlo la que se presenta como absoluta norma de cierre: el artículo 743: «Caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código».

Si no siempre un conjunto normativo claro es bastante para impedir la interpretación, mucho menos podría serlo el que, ahora

artículo 2.201: “E tambem anulavel a disposição testamentaria determinada por erro, dolo ou coacção”; Código civil de la DDR, § 374, 1: “Eine testamentarische Verfügung kann angefochten werden, wenn der Erblasser sich über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum befand und er bei Kenntnis der Sachlage die Erklärung nicht abgeben hätte. Eine Anfechtung ist auch zulässig, wenn die testamentarische Verfügung durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung zustande gekommen ist”.

(6) Es el caso del § 2.078 del BGB: “Eine letztwillige Verfügung kann angefochten werden, soweit der Erblasser über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtume war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte und anzunehmen ist, dass er die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgeben haben würde. 2 Das gleiche gilt, soweit der Erblasser, zu der Verfügung durch die irriige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt ist...”.

(7) Tal ocurre en Francia y ocurrió en Italia bajo el viejo *Codice* de 1865. *Ad rem* ALBALADEJO: *El error...*, cit., págs. 433-436.

referido, ha llegado a ser calificado de *maraña* por la moderada pluma de los profesores Lacruz y Sancho (8). En torno a él «se discute crudamente» —la expresión es ahora de Alonso Pérez (9)— entre nuestros autores si la doctrina general acerca del error es aplicable a la declaración testamentaria o si las normas antes citadas impedirían tal aplicabilidad. Efectivamente, mientras para un sector de la doctrina la entidad negocial del testamento exige —por encima de un silencio legal que se interpreta inadvertido o inintencional— la extensión al mismo de la disciplina general de la voluntad negocial (10), para otros de nuestros autores —encabezados en este punto por Albaladejo— tal extensión vendría impedida por la peculiar disciplina del Código, disciplina que, aun cuando insatisfactoria y difícilmente justificable, según se reconoce, terminaría por vincular al intérprete (11).

(8) LACRUZ-SANCHO: *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, 1971, página 465: “El único cabo firme en esta maraña es el artículo 767...”

(9) M. ALONSO, en anotaciones a PIETROBON, cit., pág. 697: “El problema —como se sabe— surge en torno al artículo 673 del C. c. que no menciona expresamente el error entre los vicios que anulan el testamento, limitándose a consignar la violencia, el dolo y el fraude. Se discute crudamente si en tal precepto ha de considerarse incluido el error...”

(10) Cfr. en este sentido, PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil español*, V, 1. Madrid, 1954, pág. 119: “...creemos que siempre que haya un vicio serio y determinante sobre una voluntad, cualquiera que sea el área del tráfico sobre la que aquélla se proyecta, se puede provocar la anulabilidad del negocio jurídico y ello es así porque los principios de la lógica así lo determinan...”; ROCA SASTRE, en anotaciones a ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, V, 1. Barcelona, 1976, pág. 277: “Es preferible sostener que el silenciamento, por el Código, del error en el contenido de las declaraciones testamentarias, más que una omisión intencionada o de sentido excluyente, implica una laguna o insuficiencia normativa que debe colmarse o satisfacerse por aplicación analógica o interpretación extensiva del artículo 1.265...”; CASTRO: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 129: “Este precepto (se refiere al 743) abre la cuestión de si la ineficacia de las disposiciones testamentarias está expresamente prevenida en el Código. La respuesta será afirmativa si se admite el concepto de negocio jurídico y con él la aplicación —en cuanto lo permita la naturaleza de cada negocio— de las disposiciones de su libro IV (art. 1.090) y, entre ellos, la del artículo 1.265. Eliminadas entonces las dudas que han venido originando los artículos 673 y 743, queda por averiguar si la naturaleza del testamento, como especial negocio jurídico, repugna que se aprecie el error del testador. El máximo respeto debido y reconocido a la voluntad del testador, inclina a que se tenga en cuenta el error que viciara esa voluntad. El carácter formal del testamento (art. 687) no parece que sea un obstáculo insuperable para ello. El Derecho romano, cuyo formalismo extremo fue templado en el Derecho castellano, tuvo en cuenta el error en muchos casos...”. En el mismo sentido, e. c., TRAVIESAS: *El testamento*, RDP, 1935, págs. 132 ss.; BONET RAMÓN: *Derecho de Sucesiones*, V, páginas 238 ss. La cita puede completarse en ALBALADEJO: *El error...*, cit., págs. 438-440.

(11) Cfr. OSSORIO MORALES: *Manual de la sucesión testada*, Madrid, 1957, pág. 469: “El artículo 673 no incluye el error entre las causas de nulidad del testamento, mientras que es esta la primera de las que, según el artículo 1.265, originan la nulidad de los contratos. Semejante omisión,

Especial referencia merece la posición de Albaladejo; han sido sus trabajos sobre la materia —repetimos— los que le han colocado en cabeza de los partidarios de la interpretación restrictiva. Su tesis intenta, sobre todo, la fidelidad al Código; en aras a ella se propone una conclusión que, en sí misma, resulta injustificada. La conclusión es ésta: «Diferencias análogas a las que existen entre los criterios que presiden los artículos 1.116 y 792... se observa que existen también entre el artículo 1.266 —invalidación del consentimiento contractual prestado por error— y el artículo 743

que debe lógicamente presumirse intencionada, conducirá a sostener que el error no puede dar lugar a la nulidad de los testamentos, sobre todo si se tiene en cuenta que, conforme al artículo 743, los testamentos serán ineficaces sólo en los casos expresamente prevenidos en la ley". LACRUZ, en anotaciones a BINDER: *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1953, pág. 88: "El artículo 673 no menciona el error entre los vicios que anulan el testamento, de donde se deduce que el legislador, con más o menos razón, no quiso considerarlo como tal. Es claro, a la vista del artículo 743, que no pueden aplicarse como supletorios los artículos 1.265 y 1.266". Más matizada aparece ya esta postura en el *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1971, en colaboración con SANCHO REBULLIDA —aunque en este punto escrito sólo por LACRUZ—, pp. 464-465: "En mi opinión, el artículo 743 sería inoperante por sí solo, y el 767, contemplando la parte más subjetiva e inmaterial de una decisión subjetiva, ni obliga a aplicar su régimen a todos los supuestos de error, ni obliga a la prueba intrínseca de la existencia del error mismo. Pero el argumento de exclusión del artículo 673 cobra especial relieve con la limitación del 743 y la presencia del 767, haciendo muy difícil la solución del problema, aun cuando desde un punto de vista de política legislativa no se ve razón convincente para eliminar el error entre los vicios de la voluntad testamentaria". Estas palabras se repiten en los *Elementos de Derecho Civil*, V. *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1981. También M. ALONSO PÉREZ: *El error sobre la causa*, en "Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. CASTÁN TOBEÑAS", III, Pamplona, 1969, página 72: "Nos adherimos a esta segunda dirección. Parece evidente que el legislador fue contrario a otorgar relevancia general al error en las disposiciones testamentarias, al contrario de lo que ha hecho el Código italiano vigente (art. 624, ap. 1.^o). Estamos ante un precepto tajante, sin posibilidad de escapes. Por si aún queda duda sobre un posible olvido, el artículo 674 redundante en un *numerus clausus* —dolo, fraude, violencia— sin aludir al error. Parece absurdo imaginar dos preceptos consecutivos que omitan el error por amnesia del legislador. Otro problema es el de justificar la omisión. En él no podemos entrar". Más explícito, en las anotaciones a PIETROBON, cit., pág. 699: "aceptamos en sus líneas generales esta segunda postura, como antes expresamos. Es la única acertada a la luz de una recta interpretación de los artículos 673 y 743 del C. c., aunque no sea lógica desde el punto de vista de la tesis del error. De *lege data* tal teoría es correcta, pero de *lege ferenda* es incoherente con la propia esencia del error y con la tendencia a una teoría del negocio jurídico. Más acertado que el nuestro, el vigente C. c. italiano ha considerado en su artículo 624-625, ap. 1. ... que el error, al igual que el dolo y la violencia, puede ser causa de nulidad de las disposiciones testamentarias... No es posible llegar en nuestro Derecho a una solución similar, aunque sería de desear... Pero si el legislador obra con cierta irracionalidad, obró así y hay que aceptar el hecho. Por tanto, no es posible aplicar la teoría del error... a las disposiciones *mortis causa* en nuestro Derecho". Puede verse también, favorable a la tesis restrictiva, VIÑAS: *Los vicios de la voluntad testamentaria*, cit.

en relación con los 767 y 862 (de cuya relación se deduce que como norma general —y salvo las excepciones de estos dos últimos— en materia testamentaria se hace caso omiso del error, como, según el 792, se hace caso omiso de las condiciones imposibles y contrarias a las leyes o a las buenas costumbres». Su apreciación, la que sigue: «Nosotros opinamos que así como lo uno carece de justificación, así también carece de ella lo otro. Claro es que una cosa es justificar la diferencia y otra ver de hallar un motivo que la explique; pero es que creemos que ni este motivo existe... En definitiva, entendemos que el error debería ser tenido más ampliamente en cuenta en las disposiciones testamentarias, como lo es, por ejemplo, expresamente en el BGB, o en el Código civil suizo o, según la doctrina dominante, en el italiano de 1942, y no de una forma tan restringida como lo es en nuestro Código» (12). Así se cierra el primero de los trabajos dedicados al tema por Albaladejo. En estudio posterior («De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias») volverá sobre él: «no para repetir lo dicho, sino para mostrar una serie de facetas de la cuestión que han pasado inadvertidas y que ponen, aún más claramente en evidencia la exactitud de lo que entonces afirmamos» (13). Se observa claramente un importante cambio de acento: la anterior formulación negativa —irrelevancia general, salvo las contadas excepciones legales— va a dar paso a otra de relevancia matizada del error en las disposiciones testamentarias (14). Bajo ella va a caber, para el testamento, un margen de relevancia del error similar al que para el contrato permite el artículo 1.266: «el error *in persona*, o *in corpore*, o *in substantia*, o cualquier otro error posible, caben dentro del espíritu y de la letra del artículo 767 (15), de tal forma que si alguna diferencia cabe establecer entre el indicado artículo 767 y los 1.265 y 1.266, es sólo la relativa a la admisibilidad de la prueba extrínseca en el ámbito de

(12) ALBALADEJO: *El error...*, cit., págs. 455-57.

(13) Id.: *De nuevo sobre el error...*, cit., pág. 465.

(14) Id.: *De nuevo...*, cit., pág. 469, nota 7: «Ahora bien, una cosa reconocemos, pero referente a la forma y no al fondo de la cuestión. Quizá para expresar la misma idea que defendimos entonces y defendemos hoy —el error es relevante nada más que dentro de los límites del artículo 767— hubiera sido más conveniente decir que la reg a sobre la invalidez por error de las disposiciones testamentarias podía formularse así: se requiere que el motivo (causa) *conste* en el testamento (767, 1.º, principio) y que resulte del testamento que fue *determinante* (767, 1.º *fine*). De tal manera el contenido de la afirmación es exactamente el mismo que encerraba la fórmula que utilizamos entonces: *el error es irrelevante* como causa de invalidación en materia testamentaria, con la *excepción del artículo 767*. Y el contenido de la afirmación es el mismo porque el error opera sólo dentro del artículo 767 —como excepción o como regla—. Pero el que lea a la ligera puede ser que crea que en este último caso se mantiene una tesis temeraria —*irrelevancia* del error—, mientras que en aquel otro piense que la cosa no es tan fuerte, porque sólo se trata de someter la *relevancia del error* a ciertas normas peculiares».

(15) ALBALADEJO: *op. cit.*, pág. 478.

estos últimos y no en el de aquél (16); diferencia que —de nuevo sin justificación en sí misma— vendría impuesta por la 1.ª y (17). Interesaba destacarlo, porque no siempre que en apoyo de la tesis restrictiva se cita la indudable y reconocida autoridad de Albaladejo se recogen los matices que el mismo profesor Albaladejo introduce en ella.

En resumen, pues, y aparte de las actitudes, que tampoco faltan, de prudente suspensión del propio juicio o de formulación y sugerencia de interrogantes no respondidas (18), dos son las opiniones propuestas en nuestra doctrina al tema del error en las disposiciones testamentarias: la que por fidelidad —más que a la lógica— a la naturaleza del testamento tiene que recibir el anatema de ilegal, o la que por fidelidad al texto legal —según se interpreta— tiene que mantener unas conclusiones infundadas en sí, como expresamente se reconoce, y no deseables *de lege ferenda*. ¿No será posible superar la antinomia? ¿Habrà de considerarse inevitable el divorcio entre la conveniencia práctica y la ley? En las páginas que siguen se intenta responder a tales preguntas.

II

Antes de abordar el problema específico del error en el testamento conviene adelantar unas indicaciones generales acerca de la

(16) *Ib.*, pág. 483, nota 24: “Ahí está el interés práctico de mantener que son aplicables los artículos 1.265 y 1.266, o sólo el 767. En este caso, si bien es cierto que los errores esenciales podrían ser causa de invalidez como errores en los motivos, no lo es menos que se requiere la prueba intrínseca. En aquél para los errores esenciales no se precisa ésta, porque los artículos 1.265 y 1.266 no la exigen. Y si esta diferencia pretende salvarse diciendo que independientemente de la aplicación de los artículos 1.265 y 1.266, la prueba del error esencial ha de ser intrínseca, por aplicación, además, del artículo 767, bastaría responder que en ese caso es innecesario e inútil obstinarse en aplicar aquéllos.”

(17) ALBALADEJO: *op. et loc. cit.*: “Y, en definitiva, el modo de dar mayor relevancia al error en las disposiciones testamentarias en nuestro Código Civil, no es el sostener que se le apliquen los artículos 1.265 y 1.266 (los cuales ya caben dentro del 767), sino el de acoger la prueba extrínseca —no contenida en el testamento— del mismo. Prueba que, por muy razonable que sea de *lege ferenda*, no parece que nadie pueda asegurar que se permite por las palabras finales del párrafo primero del artículo 767”.

(18) Cfr., e. c., PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, V, 2. Barcelona, 1963, págs. 172-174, donde se exponen sólo las dos enfrentadas opiniones; o ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, V, Sucesiones, 5.ª ed., Madrid, 1978, págs. 398-99. O el caso de CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*. Nueva edición revisada y puesta al día por ALFONSO DE COSSÍO y ANTONIO GULLÓN, III. Madrid, 1959, página 261: “...resulta en consecuencia, que es nulo el testamento: 1.º, por falta de capacidad en el testador (663); 2.º, por inobservancia de las solemnidades establecidas por el Código para su otorgamiento (687, 688, 715); 3.º, por intervención de violencia, dolo o fraude (673); *¿quid* del error esencial, de la falsa causa (767) de la voluntad que no llega a ser conocida?; 4.º, por mancomunidad en el otorgamiento...”.

significación del error desde el punto de vista del Derecho (19). No se trata de adornar el tema; el adorno encuentra en la estética su justificación. Nosotros necesitamos echar las bases fundamentales para el adecuado tratamiento del error, tanto más cuanto que éste se valora e interpreta —hoy a partir de algunos datos legales— desde concepciones que tienden a diversificaciones radicales, como de inmediato hemos de ver.

El error, como fenómeno general —se ha dicho con evidente acierto (20)— es un elemento que produce consecuencias allí donde, en la vida moral, se tome en consideración el acto del sujeto responsable. La valoración de la actuación humana, en cuanto humana, supone la toma en consideración del hecho del error. En la actuación responsable y libre da el hombre la medida de su humanidad. Dicha actuación es la que nace de la voluntad guiada por la razón. Conocer y querer son presupuestos necesarios en toda actuación auténticamente humana (*nihil volitum quin precognitum*). Por ello cuando la voluntad es violentada, o cuando el entendimiento yerra, se produce un rebajamiento en el actuar humano que no puede resultar indiferente ante aquellas instancias que, como el Derecho, valoran *en humano* el proceder de las personas: *errantis nulla voluntas*, decían ya —en tendencia a la superación del formalismo— las fuentes romanas (21). Es lógico,

(19) Como ya hemos indicado, la producción doctrinal española sobre el tema no es abundante. Además de las extensas anotaciones de M. ALONSO PÉREZ a a obra de PIETROBON, ya citada, hay que mencionar el interesante estudio del mismo autor sobre *El error en la causa*, también ya citado. Igualmente MIQUEL, Juan: *Una aportación al estudio del error "in substantia" en la compraventa*, ADC (1963), págs. 79 ss. En el área hispanoamericana puede verse BORDA: *Error de hecho y de Derecho*, Buenos Aires, 1950; Id.: *Observaciones a la teoría de los vicios del consentimiento y el error como causa de nulidad*, ADC (1961), págs. 925 ss. Traducidas al castellano, CELICE: *El error en los contratos*, Trad. de CAMARGO, s. d.; LENEL: *El error in substantia*, RDP (1924). En el área alemana, ZITELMANN: *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879; LEONHARD: *Irrtum als Ursache nichtiger Verträge*. Breslau, 1907; FULTERER: *Der Irrtum und die Geschäftsgrundlage*, Innsbruck, 1931; HAUP: *Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum seit der Rezeption*, Weimar, 1941; BROX: *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung*, 1960. En Italia, MESSINEO: *Tecnia dell'errore ostativo*, Roma, 1915; VENEZIAN: *Errore ostativo*, en *Opera giuridiche*, Roma, 1919; VERGA: *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941; PEDRAZZI: *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955; CARAMELLA: *Errore*, Enciclopedia filosófica, Venezia-Roma, 1957; BARCELLONA: *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, ya citado; AMORTH: *Errore e inadempimento nel contratto*, Milano, 1967. Además, el resumen de la obra de BARCELLONA, en la voz *Errore (diritto privato)*, Enciclopedia del Diritto, XV, o TRABUCCHI, *Errore (Diritto civile)*, en Nss. D. I., VI, 1960. En Francia, GHESTIN: *La notion d'erreur dans le Droit positif actuel*. París, 1963. En Portugal, ANTUNES VARELA: *op. cit.*; FERRER CORREIA: *Erro e interpretação na teoria do negocio jurídico*, 2.^a ed., Coimbra, 1968.

(20) TRABUCCHI: *op. cit.*, pág. 666.

(21) Vid. ALONSO: *El error sobre la causa*, cit., pág. 27, nota 44. Allí se indica cómo la regla aparece formulada cuatro veces en Dig. (2, 1, 15;

entonces, que el error se valore esencialmente en la doctrina del negocio jurídico. Si es este el vehículo de la actuación libre y responsabilizante, necesariamente ha de calibrarse en él la auténtica e interior voluntariedad del comportamiento negocial: el problema del error —indica Barcellona (22)— está conexo en muchos aspectos al de la autonomía privada y al de la relevancia de lo subjetivo en el ámbito del fenómeno negocial. Por ello, sobre su figura —la cita literal es ahora de Castro (23)— repercuten, y agigantadas, las dificultades que plantean los problemas centrales del negocio jurídico.

Efectivamente, desde una concepción más clásica del negocio jurídico, entendido éste y valorado en cuanto manifestador de un contenido interno voluntario, creador y rector de situaciones jurídicas, el error es, sobre todo, un hecho psicológico, consistente en la inadecuación entre la percepción y representación de la realidad sobre la que el negocio proyecta su eficacia, y esa misma realidad, y cuya más sobresaliente virtualidad será la de *viciar* la voluntad negocial —alma del negocio— hasta el punto de permitir la impugnación de éste. Hoy, en cambio, se proponen enfoques distintos del error, en conexión —claro está— con una diferente visión del negocio jurídico. En la línea de lo que fue la corriente *declaracionista*, el hecho negocial se desplaza del examen de la voluntad tal como ésta se produjo *in interiore hominis*, al de su extrinsecación objetivada en la declaración. El error no es ya la falsa representación que de la realidad se hace el errante, sino un problema de adecuación entre la forma representativa (la declaración) y lo que a través de ella se pretendía manifestar (24). Produce ello consecuencias distintas en cuanto a la apreciación del error de las que brevemente pasamos a indicar algunas.

El error, en primer lugar, deja de efectuar en esta renovada concepción, a los elementos estructurales del negocio, para traducirse en un fenómeno de disfuncionalidad del negocio mismo. En el tratamiento jurídico del error no interesa tanto lo que el error sea en sí mismo como hecho real, en su realidad prejurídica, cuanto

5, 1, 2 pr.; 39, 3, 20; 50, 17, 116,2) y tres veces en el *Codex* (1, 18, 8; 1, 18, 9; 4, 65, 23). Para su interpretación, vid. ZILLETTI: *La dottrina dell'errore nella storia del Diritto romano*. Milano, 1961.

(22) BARCELLONA: *Profili della teoria dell'errore...*, cit., pág. 2.

(23) CASTRO: *El Negocio Jurídico*, cit., pág. 101.

(24) Cfr. BARCELLONA: *Errore*, cit., pág. 248: "Piu che un evento psichico destinato ad esaurirsi *in interiore homine*, il concetto di errore indica, pertanto, un fenomeno che assume precise dimensioni oggettive nell'ambito del rapporto sociale ed in relazione a. problema della comunicazione", o pág. 252: "L'attendibilità di questi rilievi sembra, peraltro confermata dai risultati della piu recente dottrina, che repudiando la mitica idea della fusione della volonta, vede nell' accordo nient'altro che la cosiddetta volonta dichiarata, o, in senso piu lato, lo stesso rego amento negoziale reciprocamente approvato (il "voluto"). Por ello, página 248: "la problematica dell'errore... riguarda soltanto l'idoneita della forma rappresentativa ad evocare quel significato".

el significado que el Derecho le atribuye al tomarlo en consideración (25). Y en tal consideración jurídica el error no es sino uno de los presupuestos de la impugnabilidad del contrato o negocio. Así considerado, su estudio debe salir del de los elementos estructurales del negocio. En la concepción tradicional del negocio jurídico, entendido éste como declaración de voluntad, es necesario corolario el de la relevancia de los vicios del consentimiento; el problema del error se identifica con el de la estructura del negocio y la incidencia de aquél sobre la eficacia negocial se explica como consecuencia del defecto o vicio de uno de los elementos de la *species facti* negocial. Es posible, no obstante —dice Barcellona— sustraer el tratamiento del error de la gravosa hipoteca que implica su referencia a la teoría general del negocio jurídico: sin negar la relación entre negocio y error, éste se enfoca como instrumento de valoración de la adecuación existente entre el medio o instrumento (el negocio) y los intereses que a través del mismo se persiguen. La comprobación del error en la configuración de la regulación negocial permite valorar la posible divergencia entre el interés real y el interés regulado. De este modo, disciplina del error y requisitos del contrato corresponden a dos órdenes distintos de valoración y a problemas diferentes. La disciplina de los requisitos del contrato mira al problema de la inserción del negocio en las estructuras del ordenamiento; la disciplina del error garantiza la adecuación del interés regulado al interés real. Esta disciplina manifiesta la necesidad de proporcionar al sujeto la posibilidad de valorar la funcionalidad del negocio, regulando el modo de ejercicio y determinando las causas que permiten el ejercicio de la acción de impugnación. Desde este punto de vista —concluye Barcellona— desaparece toda posibilidad de configurar el problema del error en términos de defecto o vicio de un elemento estructural de la *fattispecie*, y aparece plausible la conclusión de que, a través de la disciplina de los vicios del consentimiento, y del error en particular, lo que viene a resolverse es el problema de la conexión funcional entre el interés regulado y el interés real (26).

Paralela a este desplazamiento del error del núcleo constitutivo del negocio al de su funcionalidad operativa, va la inteligencia del mismo desde la concepción objetiva de la causa. El dato interno subyacente a la declaración de voluntad pierde parte importante de su interés; lejos ya del *errantis nulla voluntas*, se mantendrá ahora la relevancia sólo excepcional del error. La concepción obje-

(25) Cfr. BARCELLONA: *op. cit.*, pág. 247: "La determinazione del concetto di errore, come di ogni altro fatto della vita, assunto dal Diritto ad oggetto di specifica disciplina, non può prescindere dall'individuazione del problema pratico in relazione al quale viene accordata dalla norma la tutela al soggetto che si trovi in determinate condizioni... In questa prospettiva e possibile, altresì, assumere, come punto di riferimento, una nozione di errore, assolutamente svincolata da implicazioni di carattere filosofico e concettuale e che sia pienamente aderente alla natura e alla portata dei dati dell'esperienza quali risultano disciplinati dal diritto".

(26) Cfr. BARCELLONA: *op. cit.*, págs. 250-253.

tiva de la causa —dice Galloni (27)— vuelve al revés la teoría del error. El vicio de la voluntad no altera el esquema legal, ni incide sobre la causa; deja, por ello, intacto el interés típico, aun cuando éste pueda desaparecer en concreto para el erranté. Es evidente —sigue Galloni (28)— que nos encontramos en tal caso ante un contrato perfecto en sus elementos esenciales, capaz, en consecuencia, para realizar en forma típica sus propios efectos. Por otra parte, el ordenamiento ha de velar por el interés de la contraparte en la conservación del contrato. La conclusión es clara: sólo en casos del todo excepcionales puede el ordenamiento proteger el interés de la víctima del error: cuando éste sea esencial y reconocible para la otra parte.

Desde las anteriores bases, ¿qué interés puede tener la diferencia —resaltada por la dogmática moderna (29)— entre el error propio (en la formación de la voluntad) y el error impropio u obstativo (en la manifestación o declaración)? Tal diferencia se basa en el análisis del proceso volitivo; la incidencia del error en uno u otro momento de tal proceso explicaría su distinta repercusión sobre el elemento subjetivo del negocio. Pero se objetará de inmediato que la articulación del proceso volitivo en fases distintas es artificioso y poco fiel a la realidad. Desde el punto de vista del errante no hay diferencia entre el hecho de que el error haya recaído sobre lo declarado o sobre la declaración: en ninguno de los dos casos el sujeto ha querido realmente el concreto negocio que de hecho ha celebrado. Además —se añade con visos de elevación de tono interesante— la contraposición entre «forma representativa» y «contenido representativo» contrasta con el carácter social del fenómeno representativo ya que, desde la experiencia práctica no es hipotizable un «significado» objetivamente existente fuera del signo, cualquiera, que lo manifieste. La misma actividad de representar se presenta como un atribuir significado o producir símbolos absolutamente indistinguibles de la expresión, con la consecuencia de que no es concebible una voluntad ya existente, sino a través de una correspondiente estructura expresiva (30). La distinción, pues, entre error propio y error obstativo es, cuando menos, superflua.

Desde esta visión extrinsecista del error se propugnará, en cambio, la diferenciación más neta entre error e ignorancia. En la concepción más común el error es tomado en consideración por

(27) GALLONI, Giovanni: *Causa e motivo nella teoria dell'errore*, RTDPC, 1956, pág. 47.

(28) *Ib.* pág. 46.

(29) Además de las obras expresamente dedicadas al tema y ya citadas en la bibliografía general, cfr. MIQUEL: *op. cit.*, págs. 80-81; ALONSO PÉREZ: anotaciones, *cit.*, págs. 493-496, y *El error sobre la causa*, *cit.*, págs. 33-39.

(30) BARCELONA: *op. cit.*, págs. 255-257. El mismo autor, más ampliamente, sobre la distinción error-vice error obstativo, en *Profili...*, *cit.*, págs. 87-125.

su eficacia causal sobre la voluntad negocial. La falsa representación de la realidad lleva al errante a la formación de una voluntad *viciada*; esto es, una voluntad que no está en correspondencia con la que, de conocerse la realidad en sus justos términos, se habría formado en sentido distinto. Pero de esta premisa a la equiparación entre ignorancia y error —dirá Barcellona (31)— *il passo è breve*. Basta sólo atribuir a la ignorancia la misma eficiencia causal. La ignorancia influirá «positivamente» en la medida en que cabe entender que el conocimiento de la circunstancia ignorada habría podido orientar en otro sentido la voluntad del sujeto.

Pero una tal concepción es directa consecuencia de la escasa profundización en el fenómeno del error y los problemas prácticos que el error plantea. Se sigue pensando en un error concebido como hecho psíquico y consistente en la defectuosa representación de la realidad. Barcellona entiende —ya lo hemos indicado— que la virtualidad del error consiste en determinar una divergencia entre los distintos puntos de vista desde los que se puede proceder a la valoración de la idoneidad de una determinada expresión o signo representativo para evocar un cierto significado. Tal estructura representativa es la fórmula negocial aprobada por las partes. Por el contrario, la ignorancia absoluta, que por definición consiste en la total ausencia de representación, excluye por sí misma toda cuestión conexas con la traducción de la realidad en términos de expresión representativa, y no puede determinar nunca efectos análogos a los del error, ni dar lugar a problemas prácticos similares a los que el error plantea. La relevancia de la ignorancia se reducirá, así, a la relevancia *sic et simpliciter* de la circunstancia ignorada en orden a la realización de la proyectada composición de intereses. La relevancia de dicha circunstancia derivará sólo del negocio, planteándose entonces un problema de adecuación entre negocio y realidad (ausencia del presupuesto negocial). En el caso del error, en cambio, el objeto de la representación no tendría relevancia alguna por razón del contenido negocial, y sólo a través de la impugnación puede hacerse valer la divergencia entre el significado objetivo de lo declarado y el que el errante le atribuía (32).

Pues bien, expuesto lo anterior, hemos de añadir de inmediato que nosotros no compartimos esta visión renovada del error. Seguimos prefiriendo el tradicional modo de entenderlo como vicio de la voluntad negocial. Sigue siendo cierto, podemos decir con Trabucchi (33), que el error forma parte de la categoría jurídica de los vicios de aquel elemento, voluntad, que, como factor interno, constituye el fundamento de la eficacia negocial. Ciertamente que el error se traduce en un problema de «disfunción» entre el negocio celebrado y el interés que a través de él se quiso regular. Ciertamente,

(31) Op. cit., págs. 248-250.

(32) Cfr. el mismo BARCELLONA: *Profili...*, cit., págs. 91-95.

(33) TRABUCCHI: op. cit., pág. 670.

igualmente, que a tal problema subviene la impugnabilidad del negocio. Pero, cierto, sobre todo, que tales disfunción, así como su remedio jurídico, provienen del hecho de que lo que se proyectó como contenido negocial, se proyectó desde una representación inexacta de la realidad: disfunción entre negocio e interés paralela a la previamente existente entre representación de la realidad por el errante y realidad misma. Y es que el error, como todo dato no exclusivamente jurídico, es un hecho con consistencia y entidad propias, que el Derecho, justamente porque parte de la dimensión moral del hombre, ha de tomar en consideración, pero que el Derecho ni crea, ni transfigura. Por ello no terminamos de encontrar sentido a ese intento de autonomización del error que el Derecho toma en consideración, respecto al fenómeno real y psicológico del error. El error de que el Derecho se ocupa es el error tal como el error es y se produce en la realidad psicológica del hombre; y a ese nivel el error sigue consistiendo en la inadecuación entre la realidad y su representación mental. De tal desajuste entre realidad y representación mental podrá derivar —ordinariamente derivará— la volición de algo que, exactamente conocido, no se habría querido efectivamente: ese es el error, y jurídicamente, esa es su significación como vicio de la voluntad.

Supuesto lo anterior, y habida cuenta del significado institucional del negocio jurídico como cauce y vehículo de la autonomía de la voluntad, lógicamente ha de concluirse la relevancia, en principio, de toda forma de error, por lo que éste supone de eso que en la terminología jurídica se llama vicio de la voluntad. Pero es aquí, justamente, donde la aplicación del prisma del Derecho va —sin transfigurararlo, ni menos desfigurararlo— a dar una peculiar configuración al error. Aun cuando el dato situado *in interiore hominis* puede llegar a tener color jurídico, y aun cuando la actividad jurídicamente relevante no se desconecta de sus ramificaciones *in interiore hominis*, lo específico de la relación jurídica es el dato de la exterioridad y de la intersubjetividad. Por ello el Derecho no puede limitar su tarea a la defensa de la voluntad pura del errante; menos cuando ella no puede obtenerse sin cierto sacrificio para su contraparte negocial. Por otra parte, el Derecho, que valora éticamente intereses, las más de las veces enfrentados, no puede, sin más, proteger al errante sin entrar a apreciar el ingrediente ético subyacente en su situación de error; máxime cuando, como acabamos de indicar, su toma en consideración va a suponer sacrificio para la contraparte, posiblemente más diligente que el errante. Por ello no siempre se podrá llegar hasta el final en la protección del errante, ni nunca podrá el Derecho considerar —supuesto el error— como su única función la de la protección del que yerra. La pura lógica, como indica Castro (34), llevaría en tal caso a conclusiones contrarias al buen sentido: favorecer sin más base que la propia equivocación a quien yerra, y esto a costa

(34) CASTRO: *El Negocio Jurídico*, cit., pág. 102.

de quien ha creído en la palabra dada. Se explica así, sin entrar ahora en concretas determinaciones legales, que con ocasión del tratamiento del error se hagan necesarias matizaciones y límites, paralelos, en buena parte, a los que atemperan, desde la auto-responsabilidad y la confianza, la eficacia de la voluntad real frente a la —por hipótesis, divergente— de la declaración. Aparte de acotar al sustancial la relevancia del error, se tomarán en cuenta tanto su excusabilidad, desde el punto de vista del errante, como su reconocibilidad, desde el de la contraparte. Pero —interesa destacarlo— cuando tal se hace, no es que se entienda, ni implícita ni explícitamente, que sólo en vía excepcional es relevante el error; es que —también con ocasión del error— la eficacia de la voluntad interna ha de atemperarse desde las exigencias de la auto-responsabilidad y de la confianza (35).

En definitiva, pues, que, por más que limitado en su relevancia *ad extra*, el error sigue siendo un dato esencialmente psicológico, radicado *in interiore hominis*, consistente en la falsa representación de la realidad y que actúa —en la forma de error propio—

(35) Cfr. CASTRO: op. cit., pág. 115: “Para justificar la exclusión del error inexcusable como causa de nulidad hubo que salir del campo de la voluntad y atender a la responsabilidad del que actúa. Frente a la protección que merece quien se equivoca (“errare humanum est”), prevalecerá la consideración de la seguridad jurídica (“vigilantibus et non errantibus succurrendum est”). Para ello se recurre al criterio de la culpa, diciéndose que no es digno de protección quien incurre en culpa lata, “quia dolo aequiparatur”. Consecuencia de las vacilaciones de la doctrina será que: por unos se entienda que lo excusable del error es un requisito para que se le aprecie, y que por otros se piense que lo inexcusable del error se ha de oponer como una excepción (“exceptio doli”), por no ser ese “error” digno de protección jurídica”. También, TRABUCCHI: op. cit., página 670: “Si e sempre sentita l’esigenza di subordinare la situazione soggettiva dell’errante all’esistenza di circostanze che tengano conto in qualche modo anche del fattore sociale. E bensì vero che l’errore fa parte della categoria giuridica dei vizi di quell’elemento volontà che costituisce, come fattore interno, il fondamento dell’efficacia negoziale; ma il negozio come fatto sociale tocca anche interessi di altre persone, le quali pure devono essere tutelate contro il pericolo di una troppo unilaterale considerazione dall’elemento volitivo, astratto da ogni valutazione del contegno quale si manifesta nella vita giuridica. E la necessità di un limite, di carattere —ripetiamo per interderci— sociale, si sente tanto più nel sistema moderno che, como detto, ha allargato di molto l’ambito della categoria dell’errore essenziale...”. Añade cita de la Relación Oficial al *Codice* (pág. 671), sobre la justificación del requisito de la reconocibilidad: “Esso si e imposto per la considerazione che l’errore occulto del dichiarante non deve turbare le aspettative del destinatario fondate sulla dichiarazione. La buona fede del destinatario non deve essere sacrificata alle esigenze di un intento che non fu palesato, e che perciò non pote essere preso in considerazione dalla controparte nella valutazione complessiva del contegno del dichiarante. Sarebbe incoerente ammettere che sia fatto valere in qualche modo un intento non esterriorizzato, se la sicurezza del credito e degli scambi ha imposto di dare rilevanza giuridica sollo all’affidamento creato dal significato che socialmente può darsi alla dichiarazione, nel quale soltanto si concreta e vive l’unico intento che il diritto riconosce e tutela”.

como vicio de la voluntad negocial. La concepción psicológica del error, no es una concepción falsa, podrá decirse a lo sumo, como entre nosotros hace Alonso Pérez, que es una concepción incompleta, que, como tal, deberá integrarse desde las exigencias de protección de la contraparte y desde la constante dimensión social de lo jurídico (36).

Desde la misma concepción clásica del error seguirá, además, manteniendo su interés la distinción entre el error-vicio o error propio y el error obstativo o en la declaración. Distinción que no necesariamente ha de traducirse siempre en un régimen jurídico peculiar. Consagrada legalmente en el BGB y en el *Codice* la impugnabilidad del contrato en el que se hubiere producido el error obstativo, cada vez es mayor la corriente doctrinal que, saltando sobre la diferencia estructural de ambas figuras, sostiene la conveniencia de su sometimiento a una común y similar forma de ineficacia. Para nosotros, el caso del error obstativo es iluminador precisamente en este terreno: los regímenes típicos de ineficacia negocial responden, más a consideraciones funcionales que a datos estructurales. El interés, igualmente privado, subyacente a ambas formas de error, así como la adecuación del mecanismo de la impugnabilidad también para el caso del error obstativo, dan razón de la equiparación de su régimen al del error propio, no obstante la distinta significación de uno y otro (37). Ahora bien, decíamos que la distinción entre las dos formas de error ahora consideradas no tiene por qué traducirse siempre en un régimen jurídico peculiar; hemos de añadir ahora: pero puede —en ocasiones— justificar una disciplina diferente.

Y ello, justamente, ocurrirá en el peculiar negocio de última voluntad que es el testamento: en él basta atender —sin atemperaciones *ab altera parte*— a la voluntad del testador. Si ello es así, la presencia del error obstativo no impedirá la realización de la voluntad real siempre que, aun cuando inexactamente declarada, pueda ser ciertamente conocida (art. 773). No puede decirse lo mismo, en principio, respecto al error vicio. Este supone malformación de la voluntad; la voluntad así nacida y declarada no debe ser atendible, por no expresar la que habría sido la voluntad deliberada y fundada del testador, de haber conocido exactamente la realidad (art. 767). Por el contrario, el error obstativo no implica vicio de la voluntad; se limita a plantear tan solo un problema de

(36) Cfr. ALONSO: *El error sobre la causa*, cit., págs. 29-30: "Urge precisar el concepto del error en el negocio jurídico, porque la concepción psicológica no es suficiente... Con razón se indica que no es puro hecho psíquico, ni agota su eficacia en la esfera individual. Se presenta como situación exteriorizada en el ámbito de la realidad social y en relación a la comunidad humana. Es, por tanto, exacta la concepción del error como "falsa representación de la realidad", siempre que los términos se entiendan adecuadamente..."

(37) Cfr. nuestro trabajo *Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual*, RDP/1983 págs. 214 ss.

identificación o conocimiento de la misma. Superado o resuelto tal problema, la voluntad conocida expresa un deseo normal y correctamente formado, cuya eficacia debe sancionar el Derecho. Si el error vicio nos abocaría a la necesidad de desmontar el anómalo proceso volitivo, el error obstativo nos llevará a interpretar —para ejecutarlo— lo inexactamente declarado, pero correcta y deliberadamente querido.

Finalmente, desde la misma concepción clásica del error que —creemos— debe mantenerse, cabe sostener la identidad de significado y régimen, no obstante sus diferencias conceptuales, entre error e ignorancia. En este sentido puede decirse con Trabucchi que el concepto jurídico de error excede el sentido ordinario de la palabra, comprendiendo también a la ignorancia (38). Si lo que el Derecho quiere sancionar es la eficacia de la voluntad deliberada, es claro que, por la misma razón por la que se descalifica la volición viciada de error, ha de descalificarse la basada en la ignorancia. Por más que quepa la distinción lógica entre error e ignorancia, la indistinción de su régimen está más que justificada. M. Alonso Pérez lo ha indicado con toda exactitud y precisión: «Dentro del negocio jurídico, y con referencia a la situación práctica, la ignorancia y el error se sustentan en una disciplina similar. Puede afirmarse que ambas categorías coexisten necesariamente. La ignorancia —aspecto negativo— es ocasión de error —aspecto positivo—, y la invalidación del negocio por *defectuosa representación* (error) lleva implicado el desconocimiento de una situación antecedente. De ahí que a efectos invalidentes, la relevancia es en todo caso del error, en cuanto provoca defectuosa intelección de elementos esenciales del negocio, pero detrás de la falsa representación siempre subyace como antecedente inevitable un estado de ignorancia o desconocimiento, ocasión de que se provoque la deformación errónea... La ignorancia en sí es irrelevante y si vicia la declaración de voluntad, no es por ella misma, sino en cuanto es ocasión y comporta necesariamente una representación inexacta de la realidad; es decir, un error» (39).

En conclusión, pues, el error con que el Derecho se las ha de ver es el error que, como realidad psicológica, se produce en la interioridad del complicado mecanismo humano. Lo que el Derecho necesariamente ha de hacer es seleccionar el error jurídicamente relevante: otra cosa llevaría a la ruina de la certeza jurídica y supondría una puerta incondicionalmente abierta al laberinto de fantásticas interpretaciones nacidas posiblemente en no pocos casos al calor de una realidad, quizá posterior al error, que no llega, a satisfacer, o apoyadas en cambios reales de opinión que al presente se aducen como exponentes de errores en el momento de poner las bases de la situación que ahora se quiere desmontar.

(38) TRABUCCHI: op. cit., pág. 666.

(39) ALONSO PÉREZ, en anotaciones a PIETROBON, cit., págs. 499-500. Vid., también, Id.: *El error en la causa*, cit., págs. 30-31.

Sería tarea imposible la de determinar en detalle y con cierta amplitud o carácter general sobre qué criterios puede basarse la necesaria labor de selección jurídica (40). Por ello estimamos altamente positivos —disentimos en este punto del profesor Alonso— los términos en que nuestro Código se ocupa del tema: tendrá relevancia jurídica el error —permítase la expresión— «de peso»; el error que tenga cierta entidad. Una entidad que resultará más clara cuando —interpretaciones históricas y literales aparte (41)— el error recae sobre la sustancia del objeto o sus cualidades principales, pero que abarcará también —puesto que nuestro ordenamiento no se desinteresa respecto al móvil concreto de la actuación jurídica— el supuesto del error determinante o motivante (distinto al error en los motivos) (42). Es decir, que en nuestro ordenamiento la relevancia jurídica del error es cuestión a resolver con criterio flexible, objetivo y subjetivo, y caso por caso. En esta línea está concebido el artículo 1.266: exclusión del error de cuenta (43) y relevancia del error que recae sobre la sustancia (el *grueso*, para evitar complicaciones de interpretación histórica) del objeto, o que determina el consentimiento, sea cual fuere el objeto del error. Es ello plenamente congruente con el artículo 1.262, según el cual el consentimiento comprende necesariamente la cosa y la causa que han de constituir el contrato. En sentido paralelo el nuevo —y desde este punto de vista, más explícito— artículo 73, 4, sanciona la nulidad del matrimonio cuando éste se celebra 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». A su vez el artículo 767 da relevancia, para el testamento, al error determinante de la institución de heredero o del legado.

Flexibilidad, pues, en la apreciación de la esencialidad del error, abierta en principio a parámetros objetivos, mas no por ello cerrada a su valoración subjetiva *in concreto* (44). Y una última

(40) Explica ello la denunciada por CASTRO —op. cit., pág. 101— “creciente insatisfacción ante las decisiones legales”. El artículo 1.429 del *Codice* ha tratado de ser más explícito y preciso en este punto. No parece —a la vista, e. c., de las elucubraciones de BARCELONA: op. cit., páginas 268 ss.— que haya contribuido a aclarar gran cosa.

(41) Cfr., especialmente dedicado al tema, el trabajo de MIQUEL, ya citado, *Una aportación al estudio del error in substantia en la compraventa*.

(42) Aun cuando hayamos de volver sobre el tema, cfr., ya de entrada, ALONSO, anotaciones..., cit., págs. 504-508, o el mismo texto anotado, de PIETROBON, págs. 479-487.

(43) Sobre él, e. c., el mismo ALONSO: op. cit., págs. 632-633.

(44) Consideramos de interés la siguiente cita de ALONSO, anotaciones a PIETROBON, cit., pág. 502: “Importa delimitar adecuadamente el problema. Porque una cosa es el error y otra el juicio de esencialidad o relevancia. A este respecto se dice que el C. c. valora el error en los supuestos del artículo 1.266 según un criterio mixto, al fijarse, de una parte ‘en la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato’ y por otra, en ‘aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado mo-

observación: como entre nosotros ha destacado Castro, una tal valoración del error, atendida a su significación concreta, no es sino una manifestación más del profundo causalismo de nuestro ordenamiento. El error sobre las condiciones de la cosa que *principalmente dan motivo* a la celebración del contrato (art. 1.266), o en las cualidades personales del otro contrayente que, *por su entidad, hubieren sido determinantes* de la prestación del consentimiento (art. 73,4), son el error en la causa, o constituyen la falsedad de la causa (art. 767) que permiten la impugnación del negocio. La concepción de la causa influye, evidentemente, sobre la valoración del error (45). El realismo causalista de nuestro Derecho, necesariamente ha de traducirse en una valoración realista, abierta y concreta del error (46). En ordenamientos más objetivistas o declaracionistas, allí donde la voluntad se entiende hipostasiada en su manifestación o declaración; donde la causa, cuando se la valo-

tivo a celebrarlo' (MIQUEL: *Una aportación...*). Parece evidente que el Tribunal Supremo en conocidas sentencias (SS. 25 noviembre 1932, 14 junio 1943, 30 septiembre 1963, 8 junio 1968) se inclina prevalentemente hacia un juicio subjetivo de esencialidad, al valorar el objeto y cualidades especialmente tenidas en cuenta en el caso concreto. Lo que parece indicarnos que el error en la sustancia, en las condiciones o en la persona es relevante como error sobre el motivo determinante, que adquiere categoría de causa". Sin admitir —según nos dice— estos planteamientos, propone el autor las siguientes conclusiones sobre la esencialidad del error, que aquí nos vemos precisados a resumir: 1.º El error es falsa representación de elementos objetivos, personales o motivales. 2.º Es menester, para calificar el error de esencial, que la falsa representación de tales circunstancias primordiales al ser del negocio determinen etiológicamente la declaración de voluntad. 3.º En la búsqueda de un criterio objetivo o subjetivo de valoración de la esencialidad del error, el Tribunal Supremo se pronuncia por el subjetivo, según la importancia que la parte equivocada atribuyó a la circunstancia o elemento defectuosamente conocido. 4.º El juicio de esencialidad personal coincidirá, de ordinario, con el juicio de esencialidad del tráfico (coincidencia frecuente, pues, del criterio objetivo y el subjetivo)" (págs. 502-504).

(45) Cfr., de nuevo, GALLONI: *op. cit.*, pág. 47.

(46) Cfr. *ad rem*, CASTRO: *op. cit.*, págs., e. c., 102-3. También ALONSO, en PIETROBON, *cit.*, págs. 506 ss. y, especialmente, su estudio *El error sobre la causa*, *cit.*, en el que, como conclusión final, se dice (páginas 75-77): "Con buen sentido se ha considerado vicio de la causa 'cualquier circunstancia a la que el ordenamiento jurídico atribuye el efecto de provocar la invalidez del negocio jurídico y que su influencia no recae ni sobre el elemento subjetivo, volitivo, ni sobre el elemento objetivo en sentido estricto'. Esto nos permite negar que el error sea en realidad, un vicio de la causa. Sólo la voluntad queda mancillada por el error, como por otra parte declara el legislador (art. 1.265 C. c.) ...El valor objetivo del negocio jurídico halla su verdadero sentido cuando existe una adecuación entre los fines realizados y los que las partes se propusieron. En este aspecto la voluntad... es decisiva... De ahí que no pueda suprimirse la vieja concepción del negocio como declaración de voluntad... Pero si el error es siempre una anomalía intencional que vicia el consentimiento, las declaraciones de voluntad, es innegable que, a la vez, puede afectar a la causa. No es vicio de este elemento, pero sus efectos le alcanzan, en ocasiones esencialmente..."

ra, se entiende en sentido objetivo, será necesario compensar esta polarización extrínseca dando entrada autónoma, por exigencias de la realidad, a expedientes como el de la base del negocio u otros similares (47).

III

Partíamos en este trabajo de la constatación del *status quaestionis* en nuestra doctrina en torno a la apreciación del error en el testamento. Observábamos cómo desde el desconcertante dato legal la doctrina se dividía: de una parte, quienes por fidelidad al Código restringen —sin negarla— la relevancia del error; de otra, quienes llevados de la lógica, saltaban sobre el dato legal para completar el artículo 673 desde el 1.265. Procede a continuación tratar de resolver la duda y de explicar e interpretar la ley.

Y para ello creemos necesaria una observación inicial. Entendemos que una adecuada metodología jurídica impone interpretar la ley desde las exigencias del buen sentido y no, por el contrario, primar de tal modo el dato legal —a veces indebidamente recordado— que en fuerza del mismo haya de aceptarse resignadamente el absurdo. La ley es el objeto de la interpretación; debe ser también instancia —no única— de la labor interpretativa; lo que nunca podrá es tiranizar o absolutizar la interpretación hasta el punto de imponer por exigencias de fidelidad a sí misma consecuencias opuestas a lo razonable. Y no deja de ser oportuno recordar en este momento la confesada insatisfacción de quienes, por atenerse entre nosotros al dato legal, se creen forzados a limitar más de lo justo la relevancia del error en el testamento (48). Se llegará incluso a reconocer que la eliminación del error, con carácter general, de entre los vicios de la voluntad testamentaria es más aparente que real en nuestro ordenamiento, toda vez que el legislador, obsesionado por el respeto a la voluntad del testador, concederá relevancia al error en sus supuestos más normales a través de normas singulares —la principal, el art. 767— que vienen así a paliar el silencio del art. 673 (49).

Pues bien, desde las exigencias del buen sentido resulta extraordinariamente llamativo y extraño que haya de negarse al error en el testamento la trascendencia viciante que se le reconoce en el contrato. El testamento es justamente llamado acto de *última voluntad*. La ley permite que sea la voluntad del hombre, manifestada en testamento, quien defiera la sucesión (art. 658), disponiendo para después de la muerte de todos los bienes o parte de

(47) *Ad rem*, de nuevo, CASTRO: op. ant. cit., y en las páginas dedicadas a la base del negocio, esp. pág. 325.

(48) Recuérdense las expresiones, ya citadas, de ALBALADEJO: op. cit., págs. 455-457, y M. ALONSO, anotaciones a PIETROBON, págs. 699-670.

(49) Cfr. ALONSO: op. últ. cit., págs. 700-708.

ellos (art. 667). He ahí un fenómeno jurídico: la sucesión; y he ahí su instancia ordenadora: el testamento. La voluntad del hombre es capaz de promulgar también en este campo la *lex (privata)*, cuya eficacia sancionará el Derecho (*lex testamenti*). Estamos, evidentemente, en el campo de lo que la dogmática moderna llama el negocio jurídico: el terreno en que la voluntad humana ordena y configura libremente relaciones de Derecho. Es claro que si tal relevancia se concede a la voluntad, ha de tratarse de la voluntad deliberada; la voluntad exenta de vicios. El ser negocial del testamento exige aquilatar en la *voluntas testantis* al menos como se aquilata en la voluntad apta para el consentimiento contractual o para los negocios jurídicos *inter vivos*. Esta es la razón que lleva a buena parte de la doctrina a admitir —ante el silencio del artículo 673— la aplicabilidad analógica al testamento de los artículos 1.265 y 1.266.

Pero interesa destacar que el argumento, desde el contrato al testamento, no discurre simplemente *a pari*. La razón de apreciación del error en los contratos es válida *a fortiori* para el testamento. Es este un dato que, impuesto por la naturaleza del mismo testamento, recoge incluso entre nosotros la práctica unanimidad de la doctrina (50). También la Jurisprudencia: la Sentencia de 24

(50) Cfr., e. c., SAVIGNY: *Sistema de Derecho romano actual*, vertido al castellano por JACINTO MESÍA y MANUEL POLEY, 2.^a ed., tomo segundo, página 330: "El error que descansa sobre la causa determinante del acto jurídico, no tiene en regla influencia acerca de su validez. Aun cuando la causa estuviere expresada y no tuviese fundamento (falsa causa), el acto no sería menos válido. Sólo para los testamentos existen muchos casos en que esta especie de error anula la disposición, no distinguiéndose si la causa se expresaba o no...". Id. en Ap. VIII, pág. 393: "El error ejerce una influencia más marcada sobre los actos jurídicos relativos al Derecho de sucesión que sobre las transacciones entre vivos", o pág. 395: "aun cuando el error tenga aquí más influencia que sobre los contratos, nos engañaríamos mucho si, traspasando los límites de los casos antes enumerados, se atribuyese la misma eficacia a toda clase de error..."; KAPP, en ENNECERUS, V, 1. Barcelona, 1976, pág. 256: "En el testamento no hay, frente al causante, ninguna otra persona que, confiando en el tenor literal de la declaración emitida, oriente su conducta según ésta; de ahí que, al considerar los errores en que ha incurrido el causante, la ley pueda proceder con mucha mayor magnanimidad que en los negocios entre vivos"; FLUME: *Algemeiner Teil... Das Rechtsgeschäft*, 1975, págs. 429-430: "Bei der Verfügung von Todes wegen ist die Problematik der Beachtung eines Irrtums grundsätzlich anders gelagert als bei dem Rechtsgeschäft unter lebenden. Durch das Testament gibt der Testator nicht einem anderen sein Wort hinsichtlich der testamentarischen Regelung. Bei der Verfügung von Todes wegen geht es vielmehr nur darum, den Willen des Testators hinsichtlich der von ihm getroffenen Regelung zu respektieren. Daraus ergibt sich mit Notwendigkeit, dass der Irrtum bei Verfügung von Todes wegen stärker beachtet werden muss als bei den Rechtsgeschäften unter Lebenden... Bei der Verfügung von Todes wegen geht es dagegen in jedem Falle um nichts anderes als um die Verwirklichung des Willens des Testators, und deshalb kann eine normative Bestimmung des Inhalts der Verfügung von Todes wegen entgegen einem anderen Verständnis des Testators, wenn dieses festzustellen ist, nicht in

de febrero de 1934 (51) afirma (aunque en relación con el *metus*) que «el negocio unilateral testamentario, inspirado en una noción de liberalidad... requiere mayor diaphanidad y limpieza en las voliciones electivas». La afirmación es *ratione sui* igualmente válida para el error, sobre todo si, como establece la Sentencia de 8 de julio de 1940 —fundamental y muy citada en materia de negocio o acto de última voluntad— el testamento constituye un acto de negocio jurídico que tiene como elemento esencial una declaración de voluntad sujeta a todas las reglas generales concernientes a las manifestaciones de voluntad con efectos jurídicos.

La unilateralidad, de una parte; la gratuidad, de otra (52), y,

Frage kommen". En la doctrina francesa puede verse, e. c., CAPITANT, Henri: *De la causa de las obligaciones*, trad. EUGENIO TARRAGATO Y CONTRARAS. Madrid, s. d., págs. 121-122. En Italia, STOLFI: *Il negozio giuridico e un atto di volonta*, Giur. it. 1948, IV, 41; PIETROBON: op. cit., página 678 (aun cuando habiendo mantenido antes una analogía entre testamento y contrato entendida en términos, al menos, discutibles): "se explica, por consiguiente, la inexistencia de todo límite a la eficacia invalidante de ciertos estados subjetivos, como la incapacidad de entender y de querer en el testador, a diferencia de lo que sucede para los contratos (art. 591. n. 3, C. c.). De este modo, la relevancia del error no puede aparecer subordinada a su reconocibilidad y tampoco, claro es á, a su excusabilidad". En nuestra doctrina, además de los autores citados en ALBALADEJO: op. cit., págs. 437-440, cfr. ROCA SASTRE, en anotaciones a ENNECCERUS., V. 1, cit., pág. 275: "Esta doctrina general... cabe considerarla aplicable a los testamentos... No obstante esta aplicación no puede ser absoluta, ya que entre el contrato y el testamento se dan fundamentales diferencias, debido principalmente al carácter del testamento de ser un negocio jurídico no recepticio y de estructura unilateral en el que domina prevalentemente la voluntad "al de otorgante"; LACRUZ-SANCHO: *Derecho de Sucesiones*, cit., pág. 461, a propósito del error obstativo: "Finalmente cabe preguntarse si una extrema restricción en la admisión del error obstativo tiene alguna justificación en la vida real: no parece haberla, ni ello se acordaría con la misión y naturaleza del acto de última voluntad"; CASTRO: op. cit., pág. 129: "Eliminadas entonces las dudas que han venido originando los artículos 673 y 743, queda por averiguar si la naturaleza del testamento como especial negocio jurídico, repugna que se aprecie el error del testador. El máximo respeto debido y reconocido a la voluntad del testador, inclina a que se tenga en cuenta el error que viciara esa voluntad...".

(51) Sentencia comentada por DÍEZ PICAZO: *Jurisprudencia civil*, III, Madrid, 1976, págs. 367-369.

(52) Cfr., a este respecto, especialmente, CAPITANT: op. cit., páginas 88-90: "...llegamos a concluir que la causa de un legado es la misma que la de una donación entre vivos... importa, no obstante, notar una diferencia de naturaleza entre los dos géneros de liberalidades, que produce aquí sus efectos. Pues en un caso la manifestación de voluntad es unilateral, mientras que el otro es contractual. Se deduce que no se puede emplear el mismo procedimiento para delimitar en cada uno de estos casos el contenido exacto de la volición. En presencia de un contrato, es a delimitación más difícil de hacer (sic); fácilmente se separa el contenido de la manifestación de voluntad de los motivos que la han precedido... En un contrato unilateral, como la donación, la manifestación de voluntad comprende el hecho de obligarse y además el fin, necesariamente conocido por el donatario que busca el donante... Pero esta delimitación no es posible tratándose de un legado, porque se encuentra entonces en pre-

siempre, como entre nosotros ha afinado Jordano (53), la peculiar naturaleza del acto de última voluntad, permiten y al mismo tiempo recomiendan, una mayor atención o, si se quiere, una atención más pura, a la voluntad del testador (*in testamentis voluntates testantium plenius interpretamur*, Paulo, Dig. 50, 17, 12), en la cual podrá valorarse el error con más fidelidad que en los contratos. El testamento es un negocio —dirá Roca Sastre (54)— no recepticio; en el testamento, efectivamente, no hay frente al causante ninguna otra persona que, confiando en el tenor literal de la declaración emitida, oriente su conducta según ésta; de ahí que, al considerar los errores en que ha incurrido el causante la ley pueda proceder con mucha mayor magnanimidad que en los negocios entre vivos (55). No juega en el testamento el límite que a la apreciación de la voluntad suponen en el campo de los negocios jurídicos *inter vivos* los principios de auto-responsabilidad y confianza (56). La voluntad, pues, del testador, sin correctivos ni atemperaciones *ab alteris*, es el fundamento único del

sencia de una voluntad única, y es muy difícil separar la voluntad del legante de los móviles que la han determinado... Resulta de estas observaciones que el motivo tiene en esta materia una importancia de que carece en los contratos...". También ALONSO PÉREZ, en PIETROBON, cit., páginas 507-508: "Es preciso insistir en que el gran problema que presentan los supuestos de error sobre el motivo determinante es la de su relevancia, porque resulta muy difícil probar la determinabilidad de las motivaciones. Su dificultad probatoria da lugar a que salgan fuera del ámbito causal. Por tanto, a que pocas veces, se presente la figura de la causa errónea. Los supuestos de excepción adquieren relieve en los actos jurídicos a título gratuito. Fundamentalmente en las disposiciones testamentarias...".

(53) JORDANO: *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, páginas, esp., 37-42.

(54) ROCA SASTRE: op. cit., Ib.

(55) KIPP: op. cit., pág. 256.

(56) Cfr. PIETROBON, en el lugar ya citado, pág. 678: "se exp'ica, por consiguiente, la inexistencia de todo límite a la eficacia invalidante de ciertos estados subjetivos... la relevancia del error no puede aparecer subordinada a su reconocibilidad y tampoco, claro está, a su excusabilidad". FLUME: op. cit., pág. 331: "Für das Testament geht es nur darum, dass der Wille des Testators erfüllt wird. Danach wäre es sinnwidrig, das Testament in einer objektiven, durch 'Auslegung' ermittelten Sinndeutung gelten zu lassen, wenn diese nicht dem 'Gedanken' des Testators entspricht. Für eine Selbstverantwortung des Testators bei einer Verfehlung in der Publikation seiner Anordnung ist kein Raum. In der Gegenüberstellung von Testament und Rechtsgeschäft *inter vivos* tritt besonders klar in Erscheinung, welche Konsequenzen sich aus dem Wesen des Rechtsgeschäft als Akt der Selbstbestimmung ergeben, wenn der Gesichtspunkt der Selbstverantwortung nicht im Spiel ist". CASTRO: op. cit., página 130: "En el testamento, como ya se ha indicado, el error se tiene en cuenta en consideración al testador, y no se limita su eficacia atendiendo a la confianza que la declaración origina en quien la reciba y, así, a diferencia de los contratos, no juega en su respecto el principio de responsabilidad negocial. Por esta misma razón, no parece justificado que se haya sostenido y discutido sobre lo excusable del error, como requisito para darle valor jurídico".

testamento y el criterio exclusivo de su interpretación (57). ¿Cómo en tales condiciones no se ha de apreciar el error del testador, y en medida más amplia a lo que permite hacerlo la naturaleza y funcionalidad del contrato?

No se oponen a lo anterior, ni el carácter formal de la declaración de voluntad testamentaria, ni tampoco el *favor testamenti*. No el primero, toda vez que la forma testamentaria no es constitutiva, sino tan sólo —como perfectamente distingue Castro (58)— integrativa. Suscribimos plenamente las siguientes palabras de Albaladejo (59): «una cosa es que dicha voluntad no sea eficaz si no es manifestada con las formalidades requeridas por la ley, y otra, que, aun en el caso de que se observen esas formas en la declaración, pueda ser invalidado el negocio jurídico —inatacable por lo que a la forma respecta— por razón de la voluntad, pues si es cierto que la validez de la declaración formal requiere la observancia de la forma, no lo es menos que también requiere una voluntad real y no viciada». Tampoco es obstáculo el *favor testamenti*, pues con Lacruz-Sancho hay que reconocer que «sería muy dudoso favor el mantenimiento de una disposición testamentaria contraria a la voluntad del causante. La regla *favor testamenti* ha de entenderse como un obsequio a esa voluntad cuando el rito o las condiciones subjetivas no se llena exactamente, pero no como un culto injustificado a una hoja de papel escrita» (60). Y, para terminar: ¿qué sentido puede tener impedir la norma relevancia del error en el testamento, cuando su virtualidad encuentra fácil cauce a través del juego de la condición? Donde son posibles las determinaciones accesorias de la voluntad, allí mismo ha de reconocerse al error su influjo viciante de esa misma voluntad, alma y norma del negocio jurídico (61).

(57) Cfr., de nuevo JORDANO: op. cit., págs., esp., 79-85.

(58) Cfr. CASTRO: op. cit., pág. 280: "Ello no significa que la forma tenga en el testamento verdadero valor constitutivo; tiene valor integrativo". Cfr. también, pág. 129.

(59) ALBALADEJO: *El error en las disposiciones...*, cit., pág. 456.

(60) LACRUZ-SANCHO: op. cit., pág. 458. Por esta razón nos cuesta entender que, según propone ALBALADEJO: op. cit., pág. 438, nota 17, el Código disponga que prevalezca la voluntad del testador, entendiendo que tal voluntad es tanto la viciada por error propio como la no viciada.

(61) Al respecto, CAPITANT: op. cit., págs. 121-122, y en él, la alusión (nota 3) a la obvia observación de GAYO: hay un procedimiento muy simple para subordinar la eficacia de los legados a la exactitud del motivo indicado; consistiría en hacer del motivo la condición del legado. El testador debía solamente modificar su fórmula y decir: Yo lego a Ticio si ha gestionado mis negocios, en vez de: porque ha gestionado mis negocios.

IV

1. El peculiar ser negocial del testamento, no sólo no impide, sino que permite e incluso postula una apreciación del error más aquilatada y fina que en el contrato. Pero nuestro análisis debe desenvolverse ahora a otros niveles. No ya en el de la abstracción teórica de la naturaleza negocial del testamento, sino en el de su concreta plasmación en nuestro ordenamiento. ¿Habrá olvidado nuestro Código su inspiración fundamental al establecer la disciplina relativa al acto de última voluntad? Importa romper el cerco de los artículos 673 y 743. Aislados pueden ser ocasión de tropiezo; situados en el conjunto, adquirirán su propio valor y significado.

Efectivamente, precisión hecha en este momento de los artículos 767 y 773, es claro que el testamento que el Código civil permite dibujar es un auténtico acto de voluntad real —aunque necesitada del vehículo formal y solemne de su manifestación—, apta y deliberada; de tal forma que la sola declaración ritual no es bastante si lo que bajo ella subyace es una voluntad no apta o mal formada. Del mismo modo que si la declaración permite interpretar un contenido de voluntad distinto al objetivamente manifestado, será éste el que, en atención a la *voluntas testantis*, prevalezca sobre la declaración. Señalamos a continuación el fundamento de este enunciado.

Conviene comenzar por la Base 15 de las de la Ley de 11 de mayo de 1888. En ella se compendia el contenido fundamental de la disciplina relativa a la sucesión testamentaria, la cual habrá de establecerse —termina diciendo la indicada Base 15— «ordenando y metodizando lo existente, y completándolo con cuanto tienda a asegurar *la verdad* y facilidad de expresión en las últimas voluntades». Este es, pues, el criterio básico. La verdad de las últimas voluntades habrá de ser principio rector de la regulación del testamento. Ha de pretenderse la fácil expresión de la voluntad testamentaria, pero ésta no basta: es necesario, además, asegurar su verdad. He ahí unidas, como criterio rector, la realidad o verdad de la voluntad y la facilidad de su fiel manifestación. La expresión, a través de la esencial forma testamentaria, no es bastante si la voluntad manifestada no se corresponde con la verdad de la voluntad real.

El artículo 658 comienza a desarrollar este criterio: la sucesión se defiende *por la voluntad* del hombre *manifestada en testamento*; entonces se la llama sucesión testamentaria. La *voluntas testantis* es el alma de esta forma de sucesión, pero —evidentemente— no cualquier voluntad; ha de tratarse de una voluntad apta: la que deriva del *cabal juicio* del testador. Esta es la justificación de los artículos 662-666: ni los menores de catorce años —porque *no han entendimiento cumplido*, como dicen las Parti-

das (62)— ni quienes, teniéndolo, habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio, se consideran capacitados para testar; puede, en cambio, hacerlo el demente en intervalo lúcido (art. 665). Comentaba García Goyena (63): *Cabal juicio*: ... este punto es de jurisprudencial universal: de consiguiente el borracho, mientras lo está, no podrá testar. Ni —a *pari*— el que es víctima del propio engaño, añadiríamos nosotros.

Efectivamente, la voluntad testamentaria puede resultar afectada por el error en las dos formas en que el error puede producirse: error en la formación de la voluntad y error en su manifestación. En ambos casos la ley trata de superar el hecho del error para dar efectividad jurídica a la auténtica voluntad del testador.

Comencemos por el error obstativo. En la discordancia entre lo que realmente se quiere y lo que, para expresarlo, se declara, la ley manda atender a lo realmente querido, sin más límite, claro está, que el necesario de su cierta cognoscibilidad. Este es el sentido del artículo 675, precepto que cuenta con numerosas aplicaciones singulares.

En cuanto a las formas de disposición *mortis causa* se establece, e. c., que aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, *si su voluntad está clara acerca de este concepto*, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia (art. 668). Victoria del espiritualismo sobre el puro ritualismo, que se reafirma en el artículo 768: el heredero instituido en cosa cierta y determinada será considerado como legatario. El contenido de la institución es índice más fiable de la *voluntas testantis* que el empleo del *nomen heredis* (64).

Al mismo criterio responden los artículos 772 y 773. De este último hemos de ocuparnos más adelante con mayor detenimiento.

También en orden al *contrarius actus* de la revocación puede encontrarse en el Código la norma de preferencia del contenido interno de voluntad real sobre la conducta significativa de una voluntad contraria; es el caso del artículo 742: se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen. Sin embargo, dicho testamento será válido cuando se pruebe haber ocurrido el desperfecto *sin voluntad ni conocimiento del testador*, o hallándose éste en estado de demencia. En definitiva, pues, que cuando se yerra en la declaración o en la conducta significativa el Código

(62) Vid., ironizando sobre otras "elevadas" explicaciones de la norma, IHERING: *Bromas y veras en la jurisprudencia*, trad. de TOMÁS A. BANZHAF Buenos Aires, 1974, págs. 48-49.

(63) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Reimpresión de la ed. de Madrid, 1852, al cuidado de la cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 1974, pág. 600.

(64) Sin que en este momento podamos ni debemos entrar en la polémica y conocida interpretación de los dos preceptos que acaban de indicarse.

civil toma en consideración el hecho del error para atender a la realidad de lo verdaderamente querido, aun cuando discordante de lo objetivamente declarado o manifestado.

¿Y respecto al error vicio; al error que interviene en la formación de la voluntad? También el Código cuenta con él como elemento que hay que valorar para privar de eficacia a lo querido por error o para dársela, cuando ello es posible, a la voluntad cierta al margen de la determinación errónea.

En esta línea conviene recordar en primer lugar el juego de la ineficacia de la disposición testamentaria en favor de un incapaz por causa de indignidad. Las causas de indignidad, dice el artículo 757, dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento o si, habiéndolas conocido después, las remitiere en documento público. Es decir, que el juego ordinario de la ineficacia de la disposición por causa de indignidad supone un acto de disposición, válido en sí mismo, pero realizado por desconocimiento de la causa, ya producida, de indignidad, o, al menos, en la ignorancia de la verificación, ulterior, de tal causa. El desconocimiento o error de la verificación del hecho determinante de la indignidad constituye la base de la ineficacia de la disposición en favor del indigno.

Igualmente el Código vuelve a ocuparse del error propio a propósito de la disposición condicional. Respecto a la condición causal o mixta dispone el artículo 796 que «si hubiese existido o se hubiese cumplido al hacerse el testamento, y el testador *lo ignoraba*, se tendrá por cumplida»; régimen distinto al previsto para el caso de conocimiento del mismo cumplimiento: «si lo sabía, sólo se tendrá por cumplida cuando fuese de tal naturaleza que no pueda ya existir o cumplirse de nuevo». El sentido de la regulación parece claro. En principio resulta extraño que el testador someta la eficacia de la disposición testamentaria al cumplimiento de una condición ya realizada; ¿cómo interpretar tal —posible— supuesto? Si, conociendo el testador la realización ya producida, la condición es iterable, se estará a su ulterior verificación. En cambio, si no es iterable y, siéndolo o no, si el testador *ignoraba* su anterior cumplimiento, se la tendrá por cumplida. Por lo que hace a la ignorancia —el punto que nos interesa— es claro que también en este caso es tomada en cuenta por el legislador para dejar sin efecto el juego de la condición. La disposición vale como pura y simple, más que por el hecho de que la condición efectivamente se cumplió, porque al añadirse ésta por desconocimiento de su verificación, no debe producir el efecto condicionante que en principio le sería propio.

También a un caso de error o ignorancia se refiere el artículo 798: la disposición se ordena en términos que no son realizables sin culpa o hecho propio del heredero o legatario. La ley no puede, naturalmente, imponer un cumplimiento imposible, pero sí que puede, superando la ignorancia o el error del testador y

persiguiendo su voluntad conjetural —o presunta, como la llama García Goyena (65)— ordenar tal cumplimiento en los términos más análogos o conformes a tal voluntad.

La preterición puede, igualmente, verse afectada de error: es la que hoy distingue el reformado (66) artículo 814 como preterición *no intencional*. En esta materia, por afectar la misma a la sucesión forzosa, los relieves de la voluntad pierden gran parte de su interés ante el juego propio de la ley imperativa. La preterición no perjudicará la legítima, aunque el juego de la nulidad de la disposición *contra legem* se reducirá al mínimo necesario: a salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador, y en lo exigido para salvar aquéllas se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Con todo, el legislador entra a distinguir la preterición por ignorancia o error —no intencional— disponiendo que si la preterición comprende a todos los legitimarios se anularán todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. En otro caso se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante —añade todavía el art. 814— la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas. Es claro a la vista de esta regulación que —aparte la descalificación legal de todo supuesto de preterición— el Código valora de forma específica la producida por ignorancia. En este caso hay una valoración del error que correlativamente determina una menor atención a la viciada voluntad testamentaria: la institución de heredero, en todo caso, e incluso la totalidad de las disposiciones de contenido patrimonial cuando todos los legitimarios resultan preteridos, pierden valor ante la ley; cosa que no ocurre —como hemos visto— cuando la preterición es consciente o intencional. El error se ha valorado de nuevo, y a la vista del mismo se ha interpretado o conjeturado —salvado el respeto a las legítimas— la que hubiera sido voluntad del testador exenta de error (67).

(65) *Concordancias...*, cit., pág. 381.

(66) Reforma que acoge en este punto lo que venía siendo propugnado por la doctrina más autorizada. Cfr., por todos, LACRUZ-SANCHO: op. cit., II, págs. 174-178.

(67) Cfr. en este sentido y sobre la base del originario artículo 814, PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, V, 3. Barcelona, 1964, página 208: "En el Derecho del Código civil, concretamente en su artículo 814, no hay duda que están equiparadas la preterición intencional y la que se ha realizado por error o involuntariamente. Sin embargo, se trata de actos sumamente diferentes. La base psicológica de lo realizado es tan distinta que probablemente debería reflejarse en una diferencia de efectos jurídicos. Cuando el testador prescinde a conciencia de un legitimario, el Derecho debería reaccionar rectificando estrictamente lo que el testador no debía hacer. Pero cuando el hecho de prescindir de los legitimarios deriva de que el testador desconocía su existencia, hay una firme base para presumir que el contenido del testamento no se ajusta a lo que el mismo testador hubiese dispuesto sin tan decisiva ignorancia".

Caso así mismo —éste muy citado en tal sentido— de ineficacia por causa de error propio es el de la nulidad del legado de coja ajena, ignorando el testador la ajenidad de la cosa (art. 862). A él puede asimilarse el del artículo 866: legado —que no produce efecto— de cosa que al tiempo de hacerse el testamento fuera ya propia del legatario; o el del artículo 873: si la cosa legada era propia del legatario a la fecha del testamento, no vale el legado, aunque después haya sido enajenada...».

En definitiva, pues, que —al margen de art. 767— el Código civil cuenta con el error propio como elemento que vicia la voluntad dispositiva del testador. Las consecuencias, no obstante, del error pueden ser distintas, según hemos tenido ya ocasión de apreciar y ahora conviene resaltar: mientras en determinados supuestos el error, como viciante de la voluntad dispositiva, hace ineficaz la disposición (arts. 757, 862, 866, 878), en otros casos —interferencia del *favor testamenti* y posibilidad de salvar la prevalente voluntad deliberada y exenta de vicio de su parcial determinación errónea— se mantiene lo querido sin error en los términos compatibles y permitidos por la realidad parcialmente distinta a la prevista (art. 798); o se trata de compatibilizar la voluntad imperativa de la ley con la presunta voluntad real del testador en los términos en que ésta se hubiera formado de no quedar afectada por el error o la ignorancia, como ocurre en el caso ya indicado de la preterición no intencional. En cualquier caso creemos que resulta suficientemente claro que en nuestro Derecho se toma en cuenta, como no podía ser de otro modo, el influjo del error, sea cuando éste se produce en la declaración o expresión de la voluntad testamentaria, sea cuando determina la anómala y viciada formación de la misma. A la vista de los preceptos que acaban de indicarse, los polémicos y desconcertantes artículos 673 y 674 no deben —pensamos— entenderse de forma que impidan reconocer al error en materia de testamentos la eficacia que la regulación del mismo testamento impone de modo claro e indiscutible.

2. ¿Cómo explicar entonces el silencio respecto al error en los artículos 673 y 674? Efectivamente, hay que reconocer que un tal silencio resulta, a primera vista al menos, desconcertante; sobre todo si su lectura se hace desde la perspectiva mental de la reunión sistemática de los vicios de la voluntad negocial según la pauta que, para la disciplina del contrato, marca el artículo 1.265. ¿Significa tal silencio —como entiende, fundamentalmente, Albaladejo (68)— exclusión deliberada del error como factor de inefi-

(68) ALBALADEJO: *El error en las disposiciones...*, cit., págs., esp., 433-434: "Queda, pues, excluido el error... Aparte de la posibilidad que exista de aplicar la no inclusión del error en el artículo 673, suponiendo estimó el legislador que violencia, dolo y fraude vicien el testamento entero, por creer que afectan a todo él y no a disposiciones aisladas —lo cual no nos es preciso dilucidar para resolver nuestro problema— es lo cierto que

encia de la voluntad testamentaria? Creemos que no. Como tampoco pensamos que se trate de simple olvido (69): el legislador contó con el error, como hemos podido ya ver y hemos de comprobar con mayor detalle y detenimiento. El silencio del artículo 673 puede responder a otra razón. Es que el precepto no trata de hacer una académica o sistemática —por tanto, completa— enunciación de los vicios de la voluntad testamentaria; ni respecto al testamento en general, ni tampoco respecto a las concretas y singulares disposiciones testamentarias (70). Lo que el artículo 673

no lo incluyó. Y esa no inclusión no es sospechable que fuese un lamentable olvido, productor de una laguna legal, sino que, por el contrario, muestra claramente una decisión: la de no hacerlo. Es palpable que este parecer lo abonan: 1.º El que se adoptase la postura contraria en los contratos (art. 1.265, que incluye el error). 2.º El que se considere el error como causa de invalidez de ciertas disposiciones testamentarias. Ambas cosas prueban que el legislador lo tuvo suficientemente presente para no ser presumible un olvido involuntario, sino, más bien, una omisión consciente. Y no solamente no se quiso hablar de invalidez del *testamento entero* por causa de error (teniendo presente que éste puede afectar, y por lo general afecta, sólo a disposiciones aisladas, sino que aún se quiso más: que las propias disposiciones testamentarias sólo se invalidasen por su causa en supuestos concretos y seguros. 3.º El que tampoco olvidase el legislador en otros casos, en los que quiso ordenarlo, que el error vicia el consentimiento...". Se insiste, resumidamente, en la misma interpretación, en *De nuevo...*, cit., págs. 466-467. Interpretación que comparte, como ya hemos tenido ocasión de indicar, M. ALONSO PÉREZ, en anotaciones a PIETROBON, págs. 699-700: "El artículo 673 es un precepto tajante, sin posibles escapes, que contiene una enumeración cerrada, imposible de ampliar por analogía con los artículos 1.265 y 1.266 del C. c. ... El error no se menciona en el artículo 673, y si aún quedara alguna duda sobre un posible olvido del legislador, a continuación, el artículo 674 vuelve a redundar en el *numerus clausus* (dolo, fraude o violencia): sería absurdo pensar que el legislador, en dos artículos consecutivos, no hiciera mención del error por puro olvido, considerándolo implícito en ambos preceptos... Dos preceptos —los arts. 673 y 674— que, en relación con el artículo 743, nos indican que el legislador conscientemente estimó irrelevante el error en las disposiciones testamentarias".

(69) Explicación propuesta en ocasiones. Cfr., e. c., ROCA SASTRE: op. cit., pág. 277: "Es preferible sostener que el silenciamiento, por el Código, del error en el contenido de las declaraciones testamentarias, más que una omisión intencionada o de sentido excluyente, implica una laguna o insuficiencia normativa que debe colmarse o satisfacerse por aplicación analógica o interpretación extensiva del artículo 1.265".

(70) Restricción ésta, del influjo del error a las concretas disposiciones, que se ha presentado a veces como explicación de la exclusión del error en el artículo 673. Ya MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, V, 7.ª ed. corregida, aumentada y puesta al día por PASCUAL MARÍN PÉREZ, Madrid, 1972, pág. 572, decía: "... Por ahora nos basta indicar que los artículos que comentamos, y especialmente el primero de ellos, sólo se refieren a la violencia, fraude o dolo, dejando los efectos del error para el artículo 767, por no tener la generalidad de aquéllos". Más explícito, ROYO MARTÍNEZ: *Derecho Sucesorio*. Sevilla, 1951, págs. 121-122: "Salta a la vista la omisión en este artículo de la figura del error, pero es explicable, ya que si éste puede jugar importante papel en cuanto a las disposiciones contenidas en el testamento, respecto del acto en sí, sólo podría intervenir en muy improbables hipótesis, como *error in negotio*, lo que

se propone es garantizar la esencialísima libertad del testamento. Para ello protege al testador respecto a cualquier influjo exterior que pudiera interferir en la libre determinación de la voluntad testamentaria. Este punto de vista es el que da razón de la referencia sólo a la violencia, dolo o fraude: todos ellos proceden *ab extrinseco*, y como tales influjos exteriores sobre la libertad del testador son condenables en sí mismos, sin necesidad de atender al hecho de que tales influjos hayan llegado a interferir, o no, efectivamente, en el contenido de la disposición testamentaria (71). El error, por el contrario, es espontáneo en su producción: interfiere en el recto proceso de formación, o en la fiel y exacta mani-

implicaría inexistencia de verdadera voluntad de testar". Explicación que para CASTRO: op. cit., págs. 128-129, constituye una "aguda observación (que) cambia el planteamiento de la cuestión y permite considerar aparte el error sobre lo dispuesto en cada cláusula testamentaria". No obstante observa ALBALADEJO: *El error...*, cit., pág. 444, nota 30, y creemos que con razón, que la observación hecha respecto al error podría valer igualmente para el dolo o fraude: "Nos parece que respecto a la violencia se puede afirmar que, en efecto, vicia el testamento entero, aunque, por ejemplo, al violentar no se haya querido nada más que la inclusión, supresión o modificación de una determinada cláusula, habiéndose respetado, en lo referente al resto del testamento, la voluntad del testador. Opinamos así porque afecta la violencia, también, el acto del testador por el que hace suya la declaración testamentaria —por ejemplo, la firma del documento—, y aunque realmente hubiese hecho suya tal declaración, exceptuada la cláusula de que hablamos en el ejemplo anterior, aun sin ser violentado, es lo cierto que el acto antedicho no es libre. No nos atreveríamos a afirmar lo mismo del dolo o fraude, por parecernos concebible que afecten exclusivamente a parte del testamento".

(71) Aspecto éste perfectamente indicado por BADOSA, en la puesta al día de las anotaciones de ROCA SASTRE a ENNECERUS, V, cit., págs. 275-276: "El artículo 673 es menos extenso que el artículo 1.265, ya que solamente se refiere a vicios que resulten de una indebida intromisión de un tercero en la testamentificación del causante. Los vicios de la voluntad del artículo 673 se reconducen realmente a vicios en la libertad de testar (arg. *ex* arts. 673 y 674, que los relacionan con el acto de otorgamiento). Y ello hasta el punto que el artículo 673 prescinde de que el vicio haya afectado o no al contenido de la institución, de modo que se debe aplicar aún en el caso hipotético de que tal contenido coincidiera con el que el testador hubiese querido, de actuar libremente". Y continúa BADOSA en los siguientes términos, discutibles ya en algún punto: "El artículo 673 no menciona, en cambio, el error. Entre éste y los supuestos del citado artículo se pueden señalar tres importantísimas diferencias: En primer lugar, su localización: los vicios del artículo 673 se ubican en el acto de otorgamiento, mientras que el error lo hace en el contenido de una concreta institución testamentaria (arg. *ex* art. 767, 1). En segundo lugar, su valoración, los vicios del artículo 673 se toman en cuenta por el mero hecho de su existencia determinante, el error, en cambio, sólo cuando su existencia resulta del propio contenido testamentario (arg. *ex* art. 675, 1 final y 767, 1). De estas dos características del error, se desprende la tercera y más importante: el error no actúa como vicio del testamento, sino que su tratamiento jurídico se inserta en el tema, más general, de la interpretación del mismo". Es en esta última consecuencia donde disentimos, obviamente, del pensamiento de BADOSA COLL.

festación de la voluntad, pero sin que suponga intervención alguna de nadie en la persona del testador.

Que el indicado es el punto de vista que adopta el legislador en el artículo 673, resulta suficientemente claro de la conexión de este precepto con el que inmediatamente le sigue. En él la atención se centra —para condenarla— en la conducta manipuladora de la voluntad testamentaria ajena: «el que con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona de quien sea heredero *ab intestato*, otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido». Evidentemente el error —por su peculiar espontaneidad— queda fuera de esta perspectiva; como lo está de la de los artículos que constituyeron el precedente inmediato de nuestros 673 y 674 (72) y lo estuvo en nuestro Derecho histórico de la ley 29, título 1, de la Partida sexta (73). Admitido esto, nada de extraño tiene ya la omisión del error en el artículo 673, ni de ella puede concluirse que el error deje de tomarse en cuenta como vicio de la voluntad testamentaria; mucho menos cuando con la referencia a la violencia, dolo o fraude se pretende completar la disciplina —en este punto lagunosa— proyectada en 1851, en la cual, sin embargo, hay clara constancia de la admitida trascendencia viciante del error (74). En este punto, pues, no era necesaria norma nueva complementadora.

En definitiva, que el error, aun cuando coincidente como vicio de la voluntad con la violencia o el fraude, tiene su propia feno-

(72) Sin precedentes en el Proyecto de GARCÍA GOYENA, el Anteproyecto de 1882-1888 aduce como tales los artículos 1.748 del antiguo portugués y 1.007 del de Chile, respecto del actual 673 (668 del Anteproyecto), y el 1.749 portugués respecto al actual 674 (669 del Anteproyecto). Con alguna pequeña diferencia —tan sólo terminológica— el contenido de los artículos del Anteproyecto y los actuales del Código es coincidente. Sus preceptos inspiradores dicen así: Los del 673: 1.748 portugués: “Es nulo el testamento arrancado por violencia o captado por dolo o fraude”; 1.007 de Chile: “El testamento en que de cualquier modo haya intervenido fuerza es nulo en todas sus partes”. Respecto al 674, el 1.749 portugués: “El que por dolo, fraude o violencia impidiere que alguna persona haga sus últimas disposiciones será castigado con arreglo a la ley penal; y cuando sea heredero *ab intestato* quedará, además, privado de su derecho a la herencia, que pasará a las personas a quienes correspondiera si tal heredero ya no existiese”.

(73) Ley XXIX. “Como aquel que embarga el que quiera fazer testamento, que non lo faga, deve pechar doblado, el que lo fizo perder, aquellos a quien el testador quería mandar algo. Voluntad auiedo algund ome de establecer a otro por heredero en su testamento, o de mandarle alguna cosa en el: si otro tercero le embargasse por fuerza, o por engaño, que non lo fiziesse; si el embargo, o el engaño podiesse ser provado: deve aquel que lo fizo pechar al otro a quien deve ser fecha la manda, doblado, todo aquello que fizo perder por tal razón como esta.”

(74) Fundamentalmente en el artículo 721 del Proyecto, modificado en parte en la redacción del definitivo y actual 767. En el Proyecto de 1851, y según explicaba GARCÍA GOYENA: op. cit., pág. 384, la relevancia del error es “la regla general”.

menología (de ahí la distinción y el diferente tratamiento del error y del dolo) (75) y es ésta —perfectamente señalada por Trabucchi en sede de tratamiento general del error (76)— la que da razón de su no inclusión —dada la perspectiva del precepto— en los artículos 673 y 674. Lo que de ahí no puede concluirse en ningún modo es que deje, por ello, de ser y actuar como vicio de la voluntad testamentaria en el caso del error propio, o como supuesto de discordancia entre voluntad y declaración, en el del error obstativo; merecedor en ambos casos de la atención que el ordenamiento presta a toda causa de malformación de la voluntad o de inexacta expresión de la misma. Los artículos 673 y 674 no tienen como misión propia la de enumerar completa y sistemáticamente los vicios de la voluntad testamentaria. Esa es función de la doctrina, sobre la base —eso sí— del dato legal; y nuestra ley —recuérdese la serie de artículos más arriba relacionados— permite la afirmación de la influencia viciante del error. Con tales artículos debe integrarse el 673; del conjunto podrá obtenerse la enumeración completa de los vicios de la voluntad testamentaria.

A la luz de lo hasta ahora dicho desaparece también la dificultad que a la relevancia del error en esta sede pudiera suponer el artículo 743: los testamentos serán ineficaces —por lo que a nosotros ahora interesa— en todo o en parte sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código. Para algunos este precepto supondría un obstáculo insuperable contra la relevancia del error (77); para otros se trata sólo de una dificultad superable,

(75) Cfr. especialmente CASTRO: op. cit., págs. 148-49: "El concepto de dolo, como engaño que induce al error del declarante, ha sido aceptado de modo tan general que puede parecer temeridad ponerlo en duda. Sin embargo, si se van examinando con atención las decisiones de los tribunales, antiguas y modernas, no podrá menos de advertirse que se consideran viciados por dolo negocios jurídicos en los que no hubo error, sino indebida influencia sobre la voluntad de quien declara... Además, la mecánica del dolo, en cuanto vicio de la voluntad, se diferencia en su misma raíz de las propias del error y del miedo. En estos dos últimos se tiene en cuenta sólo la situación de quien declara (ha caído en error, está amedrentado), en el dolo la atención se centra en el carácter reprochable del actuar insidioso de quien induce a la declaración..."

(76) TRABUCCHI: op. cit., pág. 667: "La figura dell'errore si distingue pero da quella degli altri due vizi del volere, poiche per l'errore il diritto tiene conto solamente della volonta del dichiarante, mentre per gli altri e presuposta anche la considerazione del contegno di un soggetto estraneo (autore della minaccia o del raggio). ...l'errore si distingue sempre sostanzialmente almeno in cio, che quando l'errore non fu causato dal dolo, produce invalidita soltanto se cade in a cuni elementi piu importanti del negozio, mentre quando venne provocato da dolo, produce invalidita anche se cade su semplici motivi o elementi non obiettivamente essenziali... se tratta de due vizi distinti, ciascuno dei quali richiede diversi presupposti."

(77) Principalmente, ALBALADEJO: *El error...*, cit., pág., esp., 443: "Pero en nuestro Derecho basta ese artículo 743 para deshacer la tesis de que se aplique a las disposiciones testamentarias lo establecido para el caso de error en los contratos...". Insiste, resumiendo, en *De nuevo...*, cit., págs. 466-468.

bien porque el régimen del testamento pueda integrarse —dada la unidad sustancial del negocio jurídico— desde la disciplina del contrato (78), bien porque, sin necesidad de remisión genérica fuera del Libro III del Código, el artículo 743 por sí sólo se considere inoperante (79); bien, final y simplemente, porque se considere posible una interpretación del precepto no atendida a su rigor literal (80). En realidad, y según entendemos, el artículo 743 no representa dificultad de ningún tipo, ya que su conjugación sólo con el artículo 673 (que no pretende una enumeración completa de los vicios de la voluntad testamentaria) es improcedente. El artículo 743 ha de referirse también a cuantos preceptos valdrían el error, en sus distintas formas, como causa de ineficacia de las disposiciones testamentarias. Entre ellos el artículo 767 es el más general y representativo, pero no —ciertamente— el único, según hemos tenido ya ocasión de comprobar. El 743 no impide la apreciación del error en el testamento simplemente porque éste es contemplado expresamente como causa de ineficacia en la regulación del mismo testamento.

(78) Así, MANRESA: op. cit., pág. 944: "Cuando tratemos de los requisitos esenciales de los contratos, y especialmente del consentimiento, expondremos la explicación de dichos conceptos, imitándonos por ahora a indicar que todos aquellos testamentos en que haya mediado alguna de las causas expuestas, serán otras tantas disposiciones testamentarias en que no surten efectos por expresa declaración de la ley"; CASTRO: op. cit., pág. 129: "Este precepto (el art. 743) abre la cuestión de si la ineficacia de las disposiciones testamentarias está expresamente prevenida en el Código. La respuesta será afirmativa si se admite el concepto de negocio jurídico y con él la aplicación —en cuanto lo permita la naturaleza de cada negocio— de las disposiciones de su libro IV (art. 1.090), y, entre ellas, la del artículo 1.265. Eliminadas entonces las dudas que han venido originando los artículos 673 y 743...".

(79) LACRUZ: op. cit., pág. 464: "En mi opinión, el artículo 743 sería inoperante por sí solo", y 458: "En mi opinión —distinta ahora de la que mantuve en otro tiempo— la fijación del elenco de los vicios de la voluntad y la declaración ha de hacerse prescindiendo del artículo 743, si bien ello no arguye la aplicación indiscriminada de los artículos 1.265 y ss. al acto *mortis causa*, dada la distinta situación de intereses en uno y otro supuesto". Inmediatamente —pág. 457— ha dicho: "Hay que entender —se alega— que los casos expresamente prevenidos en este Código, a que el artículo se refiere, son los mencionados en el título tercero del tercer libro, ya que de otro modo la disposición sería prácticamente inútil. La conclusión no es segura. Hay muchos supuestos de falta de requisitos formales no sancionados expresamente por el C. c. con la nulidad del testamento, y el precepto podría referirse útilmente a ellos."

(80) Cfr. DE DIEGO: op. cit., pág. 261: "Grande es el favor que se dispensa a las últimas voluntades, pero no autorizada a que se entienda el artículo 743 en el rigor literal de los términos, por lo que, conformes con el doctor SÁNCHEZ ROMÁN, creemos que serán nulas e ineficaces, no sólo cuando la ley expresamente lo declare, sino también cuando, sin esa declaración, resulte inconciliable la validez de los mismos con los requisitos esenciales e indispensables exigidos por el Código para ellas".

V

Superadas las dificultades que con frecuencia se oponen a la relevancia del error en materia de testamentos, procede a continuación detenerse en el estudio de su tratamiento. Y para ello conviene atender al artículo 773 como norma, la más representativa, si bien no única (81), acerca del error en la declaración, y al artículo 767, como precepto más general, y tampoco único (82), sobre el error determinante de una voluntad malformada. La distinción entre error obstativo, impropio o en la declaración y error propio, vicio, o en la formación de la voluntad es hoy una distinción ya consagrada en la dogmática del error (83), y que en el testamento permite, además, trazar con nitidez la línea divisoria entre dos regímenes diferentes: al suponer el error obstativo simple error en la declaración, y al atenderse exclusivamente en el testamento a la *voluntas spectanda* o *voluntas testantis*, es posible, corregida por la interpretación la declaración errónea, atender al contenido de voluntad, real y sana, del testador para reconocerle su propia eficacia jurídica. El error vicio, por el contrario, al suponer *malformación* en la voluntad testamentaria, abrirá paso a la impugnación de la misma (84).

(81) Recuérdense los ya vistos artículos 668, 675, 768, 797, 742.

(82) Vid. arts. 757, 796, 798, 814, 862, 878.

(83) No vemos lugar, fuera de ella, al tercer tipo de error a que —quizá confundiendo error determinante y error en los motivos— se refiere ROCA SASTRE: op. cit., pág. 276: “Dicho artículo 673 no alude al error como causa de invalidación de los testamentos, por bien que el C. c. se refiere al error obstativo (art. 773 y S. 23 mayo 1935) y al error en los motivos (art. 767, ap. 1). Queda, pues, por completo silenciado el error propiamente dicho, esto es el que recae sobre el contenido de la declaración, influyendo sobre el contenido de la voluntad”. Comprende la indicada clasificación la que, más analíticamente, propone CASTRO: op. cit., págs. 127-128: “La dificultad que ya de por sí encierra la cuestión sobre la naturaleza del error en el testamento, se acrecienta por el hecho de que, con esa misma frase, se alude a situaciones dispares. En efecto, el error puede darse respecto a la declaración misma y a lo declarado. El error en la declaración puede resultar de que se firme el texto de un testamento, creyendo se trata de otro documento (por ejemplo, persona de mala vista que no advierte el cambio del documento que firma y que lo guarda en la plica como testamento cerrado), o que se firme creyendo no tiene valor de testamento (de mera carta, de condicionado al consentimiento del otro cónyuge aragonés, para que sea mancomún). El error sobre el contenido puede resultar de equivocación en la expresión, de dar a ésta un sentido ajeno al uso del lenguaje y también del no existir, o ser de distinto carácter el hecho que determina la disposición testamentaria (motivo causal o determinante) o que así resulta ser antes de fallecer el causante (atendible como voluntad presunta). A su vez, el error considerado puede haber sido determinante del testamento (cuestión de la ineficacia del testamento) o de alguna de sus cláusulas o disposiciones (cuestión de la ineficacia parcial o de la corrección del texto del testamento)”.

(84) Diferencia indicada, e. c., por KIPP: op. cit., pág. 257: “Así se

1. Error obstativo: artículo 773.

Distinto el error obstativo del error propio por cuanto el primero recae sobre la declaración, no sobre la formación de la voluntad, recibe en el Código, más claramente en sede de testamento, tratamiento específico; y es que, justamente en la regulación del testamento, donde el juego de la voluntad negocial es más puro, es posible hilar más fino en torno al significado y a la disciplina del error (85).

Efectivamente, sin necesidad de entrar aquí en detalles sobre la historia de la más neta distinción entre el error obstativo y el error vicio, ni en precisiones sobre el acotamiento de una y otra forma de error (86), si conviene resaltar el fundamental e indiscutido dato diferenciador: el llamado error obstativo o impropio (Savigny) es un error en la declaración (87), mientras que el error propio incide en la formación de la voluntad negocial (88). Diferencia que interesa retener y destacar pues, como tuvimos ya

explica, sobre todo, la *solución*: puesto que la impugnación hace valer un vicio de la voluntad, su consecuencia es la *aniquilación* de la disposición de última voluntad; no se intenta introducir una regulación positiva que correspondiera a la voluntad que hubiera tenido el causante de haber conocido plenamente las circunstancias". Con mayor detalle y determinamiento, SATTI, Fausto: *Intorno al errore sul motivo nelle disposizioni testamentarie*. Giur. it. 1948, I, esp. 270: "Una simile ricostruzione della volontà del defunto e possibile solo in quanto si tratti di errore sulla dichiarazione... Si ricerca *che cosa* il dichiarante *ha voluto*, e si attua questa volontà nel suo reale contenuto, senza che sia necessario passare per il previo annullamento della disposizione. Invece, nel caso di errore sul motivo, l'indagine sarebbe rivolta a *quel che avrebbe voluto* il dichiarante, in luogo di ciò che ha voluto per errore, e sarebbe diretta a sostituire quella ipotetica volontà alla volontà realmente formatasi, se pure in modo viziato, dopo l'annullamento di questa".

(85) Aun cuando, como indica LACRUZ —*Derecho de Sucesiones*, cit., pág. 459— "tampoco el error obstativo es objeto de una consideración genera. por el C. c.", creemos, con ALONSO, en PIETROBON, cit., pág. 494, que es factible encontrar su previsión legal a través de los arts. 1.281, 675 del C. c., e incluso en el art. 773,1".

(86) Cfr., para ello, la bibliografía general, ya citada, y más inmediatamente, las páginas 493-498 de M. ALONSO, en PIETROBON, cit., o 33-39 de *El error sobre la causa*, también repetidamente citado.

(87) Así se identifica este tipo de error en el artículo 1.433 del *Codice*: "Le disposizioni degli articoli precedenti si applicano anche al caso in cui l'errore cade sulla dichiarazione/". La denominación es aquí más exacta y ceñida que la empleada en el BGB, § 2.078 al hablar de error en el contenido de la declaración. "...der Erb assen über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtume war oder eine Erklärung dieses inhalt überhaupt nicht abgeben wollte...".

(88) ALONSO, anotaciones a PIETROBON, pág. 493: "Empleamos la expresión *error determinante o motivante* (llamado usualmente motivo o vicio) para indicar la falsa representación que 'motiva' una defectuosa formación de la voluntad negocial. Reservamos la expresión *error obstáculo* (obstativo o en la declaración) para aludir a la representación equivocada que impide u obstaculiza una adecuada manifestación volitiva".

ocasión de ver, no faltan hoy quienes, a partir sobre todo de la identificación de régimen de ambas formas de error en la disciplina del contrato, tratan de minimizarla o incluso de negarla con alcance general: la distinción en el proceso volitivo de fases distintas, una de formación de la voluntad, otra de manifestación de la voluntad formada, sería —se dice— artificiosa y escasamente fiel a la realidad. Creemos que en realidad, más que excesos de análisis psicológico en la distinción, lo que sobra es torpeza y confusión de puntos de vista en la opinión que la niega (89). El distinto objeto del error da significación diferente a cada una de las hipótesis: sólo en el error propio hay auténtico vicio o malformación de la voluntad negocial (90); en el error obstativo la voluntad inexacta o infielmente expresada —como exenta de vicio en su formación— es una voluntad apta de suyo, si es reconocible, para producir efectos negociables. El error obstativo, por tanto, lo que propiamente plantea es un problema de interpretación (91): si a través de la errada expresión puede descubrirse el

(89) Para la negación, cfr. BARCELLONA: *voz Errore*, cit., páginas 255-257. Por la validez de la distinción, e. c., MESSINEO: *Il contratto in genere*, Z. Milano, 1972, pág. 340, nota: "Nel senso della totale identificazione fra errore obstativo ed errore-vizio, si pronunziano altri Autori (Scognamiglio... e Barcellona...) argomentando che le due figure non differiscono nell'intrinseco, in quanto l'una e l'altra hanno, come effetto, che il contratto non è voluto; e quindi, essi sarebbero stati giustamente assimiati dall'art. 1.433. L'assunto non è accettabile per ragioni strutturali e funzionali; in un caso (errore obstativo), non è voluta addirittura la dichiarazione di una delle parti (l'errante non vorrebbe dichiarare affatto, o, rispettivamente, dichiarare nel modo in cui dichiara); mentre, nell'altro caso (errore-vizio) la dichiarazione è voluta ed è voluto anche il contratto, sebbene la volontà negoziale dell'errante si sia formata viziosamente, su altre parole, i due citati Autori non si sono accorti che proprio la legge, dando dell'errore obstativo una nozione impeccabile, descrivendo tale figura come errore che colpisce la dichiarazione del soggetto (errante), volendo dire che quest'ultimo dichiara, ma senza volere (difetto dalla volontà di emettere quella dichiarazione); onde, la dichiarazione esiste, soltanto nella sua materialità; non in senso giuridico; laddove, l'errore-vizio si concreta in un'incidenza sulla formazione della volontà negoziale; pertanto, in ciascuno dei due casi è colpita una diversa volontà. Circostanza, questa, che costituisce il punto centrale della situazione e della distinzione...".

(90) Como indica ALONSO: *El error sobre la causa*, cit., pág. 59, refiriéndose al error en la declaración, "la causa en tal caso existe y no ha sido objeto de equivocada representación; simplemente se da una falsa demonstratio, incorrecta designación de lo querido, que no perjudica (non nocet)... Deberá estarse, siempre que no haya causa errónea, por la subsistencia del negocio realmente querido". Idea en la que insiste SATTI: op. et loc. ant. cit.

(91) Así, expresamente, en el artículo 2.203 del C. c. portugués: "Se o testador tiver indicado erroneamente a pessoa do herdeiro ou do legatario, ou os bens que são objecto da disposição, mas da interpretação do testamento for possível concluir a que pessoa ou bens ele pretendia referir-se, a disposição vale relativamente a esta pessoa ou a estes bens". En la doctrina, cfr. MANRESA: *Comentarios...*, VI, 1, 8.^a ed. Madrid, 1973, puesta al día por MARTÍNEZ CALCERRADA, pág. 197: "Este precepto —dice a propósito del artículo 773— se funda en el respeto que merece la vo-

verdadero contenido de la voluntad, nada hay de parte de ésta que impida su toma en consideración como voluntad rectora de una determinada relación jurídica. Es esto posible en el testamento, donde la peculiar naturaleza del acto de última voluntad permite atender sólo a la *voluntas testantis*, sin las limitaciones impuestas en el contrato desde las exigencias del *affidamento* de la contraparte (92). Sin necesidad de especial *favor testamenti*, el

luntad del que ordena la distribución de sus bienes para después de su muerte y, relacionándolo con el 675 —que tampoco anula la voluntad del testador por la desconformidad que puede haber a veces entre el sentido literal de sus palabras y la verdadera intención—, dice la Sentencia de 7 de enero de 1928 que da margen a la función interpretativa y que ha de ejercitarse en buena regla de hermenéutica a favor de la eficacia de la disposición, siempre que sea posible"; JORDANO: op. cit., págs. 53-55: "Por las razones expuestas, a nuestro modo de ver, el artículo 773 está también subordinado... a la norma fundamental del artículo 675, y se refiere a un caso de error en la declaración (designación de heredero o legatario)... admitiendo el recurso a la prueba extrínseca para rectificar dicho error mediante la interpretación (mal llamada correctora) siempre que la voluntad real descubierta por el intérprete encuentre todavía algún apoyo en a declaración testamentaria; en caso contrario, el error en la declaración invalida la disposición. Así entendido el artículo 773 es también, en parte, desarrollo y aplicación del artículo 675, respecto del que no constituye ninguna regla excepcional..."; PUIG BRUTAU: op. cit., V, 2, págs. 172-173: el error obstativo o en la declaración "existe cuando el testador no declara —no lo declara por lo menos de forma indudable—, lo que ha querido, sino otra cosa diferente, suscitando con ello un problema de interpretación."

(92) Cfr., sobre todo, JORDANO: op. cit., págs. 17-43, esp. 39-40: "A diferencia del acto *inter vivos*, que por su misma naturaleza y estructura está siempre destinado a originar una situación que incide o tiene relevancia al mismo tiempo tanto en la esfera jurídica de su autor como en la de uno o más terceros determinados o indeterminados —arguye GIAMPICCOLO—, el negocio de última voluntad, dada su irrelevancia jurídica externa *ante mortem*, está cualificado por la ausencia de contrainte-resados; no tiene ni se dirige a crear ninguna relación intersubjetiva entre el disponente y los terceros que de algún modo vincule o interese correlativamente a varias personas vivientes; es hecho esencialmente para ordenar los intereses propios de su autor para caso de muerte; regu a, en fin, un interés personalísimo en el que no hay posible sucesión por parte de nadie después de la muerte del sujeto mismo. De ahí que cualquier expectativa extraña que, una vez muerto el *auctor*, se reconduzca al acto, no puede ser tenida en consideración ni merecer tutela, sino subordinadamente al hecho de que el mismo acto se reconozca ante todo coincidente con la determinación y el intento efectivos de su autor". También, FLUME: op. cit., pág. 430: "Daraus ergibt sich für die Verfügung von Todes wegen, dass für eine Anfechtung wegen Irrtums über den Inhalt der Erklärung oder in der Erklärungshandlung sehr weniger Raum ist als bei den Rechtsgeschäften unter Lebenden. Eine Anfechtung nach § 2.078 Abs. 1 wegen Irrtums über den Inhalt der Erklärung oder in der Erklärungshandlung kommt nur in den Fällen in Frage, in denen feststeht, dass der Testator sich geirrt hat, sich aber nicht ermitteln lässt, in welchem Sinne der Testator von Todes wegen zu verfügen gemeint hat". En este sentido, estimamos excesivamente forzado y sumamente discutible el intento de PIETROBON: op. cit., págs. 669-678, por extender al máximo la analogía del contrato al testamento y del testamento al contrato.

descubrimiento, tras su errónea expresión, de la verdadera voluntad, abre cauce a su eficacia; en caso contrario, la imposibilidad de reconocer la auténtica voluntad condena a ésta —no por sí misma, sino por no poder llegar a ser conocida— a la ineficacia (93).

El indicado es el sentido del artículo 773. Recogiendo y aplicando a vieja máxima *falsa demonstratio non nocet* (94), establece el precepto que el error en el nombre, apellido o cualidades del heredero no vicia la institución cuando de otra manera pueda saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada. Si tal conocimiento es imposible, el error —siguiendo la terminología legal— viciará la institución (95).

La norma, referida concretamente a la institución de heredero, pero extensible analógicamente a otros supuestos de errónea declaración testamentaria (96), supone, en el común sentir de

(93) Para TRABUCCHI: op. cit., págs. 669-670, operaría aquí el *favor testamenti*: "E certo un'eccezione ai principi generali sulla dichiarazione di volontà, e sulle conseguenze della non corrispondenza fra l'elemento interno e quello esterno, ma può intendersi anche semplicemente come una forma di interpretazione correttiva, determinata dal principio del *favor testamenti*, poiché per volontà dei testatori l'annullamento sarebbe irreparabile, dato che essi *iam a'iud velle non possunt*". Creemos que no hay que recurrir al *favor testamenti* para justificar esta disciplina: el 1.281, 1 y 1.289, 2 utilizan el mismo criterio en materia de interpretación de los contratos. La peculiaridad del testamento en esta materia no reside en el criterio, que como vemos es el mismo, sino en la posibilidad de llevar a sus últimas consecuencias, sin límites *ex affidamento*, la búsqueda y el respeto de la voluntad del declarante.

(94) Cfr., sobre ella, BANG: *Falsa demonstratio. Ein Beitrag zur Lehre der Aus'egung und Anfechtung*, en Iherings Jahrbücher, 1916, pág. 390; TRABUCCHI: *Il rispetto del testo nell'interpretazione degli atti di ultima volontà*, en Scritti giuridici in onore di F. CARNELUTTI, III. Padova, 1950, págs. 687 ss. GROSSO: *Sulla falsa demonstratio nelle disposizioni di ultima volontà*, en Studi in onore di Pietro BONFANTE, II, 1930, págs. 187 ss.

(95) El artículo responde a precedentes de nuestro Derecho histórico, recogidos y señalados por ALBALADEJO: op. cit., págs. 429 ss. A la misma inspiración respondería el que NAVARRO AMANDI: *Código civil de España*, Madrid, 1880, proponía como segundo párrafo del artículo 938: "El simple error de nombre cuando, por otra parte, resulta clara la voluntad del testador, no invalida la institución; pero sí cuando el error fuere acerca de la persona del instituido". Acompañaba el siguiente comentario —pág. 473—: "esta ley confirma de manera indirecta el mismo principio anteriormente consignado de que siempre que a voluntad del testador se haya manifestado de manera que sea imposible dudar acerca de la persona a quien se refiere el testador debe la voluntad de éste ser cumplida". En el Derecho comparado son de destacar como concordantes, el artículo 625 del *Codice*: "Se la persona dell'erede o del legatario e stata erroneamente indicata, la disposizione ha effetto, quando del contesto del testamento o altrimenti risulta in modo non equivoco quale persona il testatore voleva nominare. La disposizione ha effetto anche quando la cosa che forma oggetto della disposizione e stata erroneamente indicata o descritta, ma e certo a quale cosa il testatore intendeva riferirsi", así como el 2.203 del C. c. portugués, ya citado, supra, nota 91.

(96) El artículo 773 no es norma excepcional, sino aplicación del

nuestra doctrina, la clara consagración del régimen del error obstativo en el testamento. No lo entiende así, no obstante, Albaladejo, quien, en este punto casi en solitario (97), mantiene una interpretación en nuestra opinión algo forzada y cuya justificación ni teórica ni práctica, llegamos a ver con claridad (98).

criterio general informador —ciñéndonos a la disciplina del testamento— del artículo 675. En este sentido, cfr. MANRESA: op. cit., págs. 198-199, donde afirma MARTÍNEZ CALCERRADA, comentando el artículo 625 del vigente *Codice*: "Como se ve, la legislación italiana es más precisa que la nuestra, pues no habla de error en el nombre, apellidos o cualidades, sino que se refiere a cualquier indicación errónea con que fuere designado el heredero y, aunque así se debe deducir también de nuestro artículo 773, el Código italiano, por su mejor expresión, evita toda duda". MANRESA, en las páginas de comentario al precepto destacaba la coherencia entre el artículo 773 y el espíritu informador de nuestro derecho, manifiesto, sobre todo, en el artículo 675. Con mayor amplitud y precisión, JORDANO: op. cit., págs. 53-54: "...a nuestro modo de ver, el artículo 773 está también subordinado... a la norma fundamental del artículo 675, y se refiere a un caso de error en la declaración (designación de heredero o legatario) que, por identidad de *ratio*, cabe extender a supuestos semejantes (designación del objeto de la institución o de la cosa legada)".

(97) El mismo ALBALADEJO, en *El error...*, cit., pág. 447, nota 31, presenta una nutrida relación de autores que ven en el artículo 773 un supuesto de error que, frecuentemente incluso, se califica de obstativo. M. ALONSO, partidario en lo fundamental de la tesis de ALBALADEJO sobre el error en el testamento, discrepa en este punto, afirmando, con la común doctrina, que el artículo 773 recoge un caso de error obstativo. Cfr. anotaciones a PIETROBON, págs. 497 y 703-704. Sólo BADOSA, en la puesta al día de las anotaciones a KIPP, ENNECCERUS, V, 1, Barcelona, 1976, pág. 277, sigue la opinión de ALBALADEJO: "El C. c. —dice— no contempla el error obstativo ni en el artículo 673, ni en el 773. El artículo 773, lo mismo que el artículo 772, se refiere al tema de la identificación del instituido y de los datos teóricamente adecuados para designarlo y concretamente, al supuesto de la inidoneidad de los mismos para tal función. Los artículos 772, 2 y 773, 1 contemplan respectivamente su no utilización y su insuficiencia. En efecto, la expresión 'error' del artículo 773, 1 se refiere a los nombres, apellidos o cualidades del instituido en cuanto a su valor designativo y, por tanto, es sinónimo de 'inidoneidad' para el fin de saber quien sea ('nombre, apellido o cualidades' erróneos). No enfoca, en cambio, el tema de la situación psicológica del testador. Por tanto, el artículo 773,1 sería aplicable aun cuando la inidoneidad haya sido consciente, siempre que tal conciencia no implique realmente la voluntad de que el instituido no llegara a ser conocido (en cuyo caso, no habría propiamente voluntad de instituir). Su objeto es establecer que dicha ineptitud designativa carece de importancia si el instituido puede llegar a ser conocido por otros medios, aunque no se hallen dirigidos específicamente a ello. Consagra así el principio fundamental de la necesidad de identificación del instituido (en idéntico sentido, el art. 750) y la irrelevancia del medio utilizable para tal fin".

(98) Decimos que la interpretación resulta forzada, por cuanto parece exigida por la tesis inicial de que nuestro C. c. no concede, por regla general, relevancia al error, en ninguna de sus formas, en el testamento. Desde ella se hace necesaria una interpretación del artículo 773 distinta a la que nos parece obvia, del error obstativo. El pensamiento, generalmente meridiano de ALBALADEJO, se hace confuso en este punto: LACRUZ: op. cit., pág. 460, nota 2, expresa temer no haber llegado a entenderlo bien: "Para ALBALADEJO, en suma (y si no he entendido

Comienza, efectivamente, el profesor Albaladejo (99) por establecer los términos esenciales de su tesis: en ningún artículo del Código se prevé que algún supuesto de error obstativo pueda ser causa para invalidar una disposición testamentaria. Luego —obediendo el mandato del art. 743— hemos de concluir que el error vicio —y solamente en los casos antedichos— es la única clase de error apta para producir tal invalidez. Este es el punto de partida: al artículo 773 va a llegarse desde el establecimiento de un —discutible— principio que hará que su contenido resulte forzado de modo necesario. No hay inducción de un principio desde la base del artículo 773, sino lectura de éste desde un principio construido al margen del mismo.

Para la negación de que el artículo 773 responde al régimen del error obstativo adelanta Albaladejo dos observaciones. La primera se formula del siguiente modo: «Ante todo nos interesa destacar, después de repetir algo tan archisabido como que el error obstativo es la discordancia inconsciente entre voluntad y declaración, que, como dice Enneccerus sólo hay disconformidad entre la voluntad y declaración, si el sentido de la declaración, tal y como se determina por su interpretación, diverge de la voluntad. Como advierte Pérez y Alguer, si la verdadera voluntad puede fijarse por la interpretación, cualesquiera sean las dificultades o aparentes divergencias de la declaración, es evidente que, restituido el auténtico sentido de la voluntad, no puede llevar a ninguna otra consecuencia una disconformidad sólo aparente que la recta interpretación desvanece» (100). Desde esta premisa la conclusión es clara: cuando, no obstante la errónea designación, puede llegar a saberse cuál sea la persona nombrada, no hay error; la interpretación lo ha superado (101).

La segunda observación adelantada por Albaladejo se refiere al exceso —dice— de la inspiración espiritualista en la doctrina referente al testamento: «el haberse hablado, con notoria inexactitud y tan señaladamente en lo que a los testamentos respecta, de que la voluntad debe triunfar sobre la declaración, y de que nuestro Código sigue decididamente tal corriente, mandando que se tenga en cuenta la voluntad del testador para hacerla prevalecer en todo caso, ha abonado el campo para llegar a considerar, incluso

mal su tesis) hay que sustituir...". Sobre el resultado práctico de la tesis indicada, concluye LACRUZ: loc. cit., pág. 461: "Finalmente cabe preguntarse si una extrema restricción en la admisión del error obstativo tiene alguna justificación en la vida real: no parece haberla, ni ello se acordaría con la misión y naturaleza del acto de última voluntad. Resulta preferible, por tanto, la interpretación de la doctrina dominante".

(99) *El error...*, cit., págs. 447-454.

(100) ALBALADEJO: op. cit., pág. 448.

(101) ALBALADEJO: op. cit., págs. 453-454: "Para nosotros, el párrafo primero del artículo 773 contiene dos hipótesis... *Primera hipótesis*: Que se pueda llegar a saber quién es el nombrado. En este caso no hay error".

a los que tienen una noción clara y exacta de lo que es y de lo que debe ser lo anterior, que este artículo 773 es un típico caso de esos en que al articulado de nuestro Código aflora 'la protección de la voluntad, dispensada decididamente frente a la declaración» (102).

Lo anterior supuesto, hay que acercarse al artículo 773 con respeto y atención a la literalidad de su expresión. En ella encontrará Albaladejo la base de su interpretación. No parte el precepto de una situación de discordancia entre lo realmente querido y lo efectivamente declarado, ya que cuando salva la institución es porque, a pesar de la equivocada designación del heredero, puede saberse ciertamente cuál es la persona *nominada*; no la *querida nominar*. La dificultad con que se encuentra el intérprete —dice (103)— no es dificultad para averiguar la persona que el testador *quiso nominar* (quiso designar), sino dificultad para averiguar cuál es la persona que *designa* en la declaración. O sea: no es —en primer término— dificultad para hallar la voluntad real, sino dificultad para hallar el *verdadero sentido de la declaración*. Y naturalmente, si la dificultad lo es para esto, la fórmula que el artículo 773 da para superarla es una fórmula, no para hallar la voluntad real, sino para llegar al *verdadero sentido de la declaración*. De lo cual se infiere que en el artículo 773 no se hace triunfar la voluntad sobre la declaración, sino que se hace triunfar el verdadero sentido de ésta sobre el falso o equivocado. En conclusión: el artículo 773 contiene dos hipótesis y ninguna de ellas se resuelve según el tratamiento propio del error obstativo. Primero: que a pesar de la errónea designación se pueda llegar a saber quién es el nominado. No hay error obstativo; según antes decíamos, lo salva la interpretación y, además, lo que se hace valer es la voluntad declarada; no la real, supuestamente distinta. Segundo: que no se pueda llegar a saber quién es el nominado. Tampoco en este caso hay error, sino pura invalidez de la declaración por absoluta *ininteligibilidad* de la misma. Creemos, pues, queda demostrado —termina Albaladejo (104)— que este artículo no puede considerarse como comprensivo de uno de los casos en que, por excepción, el error invalida las disposiciones testamentarias.

Nosotros pensamos que el artículo 773 tiene un sentido obvio, que le lleva, sin más, a la disciplina de lo que hoy llamamos error obstativo, impropio o en la declaración, y que permite entenderlo como una pieza armónica en el conjunto espiritualista de nuestro ordenamiento, no impedido por la exigencia formal del testamento, sino potenciado en relación con el acto de última voluntad —aun supuesto su carácter formal— dada la peculiar naturaleza de éste, como en varias ocasiones hemos ya resaltado. Difícilmente el

(102) Id. ib.

(103) Op. cit., pág. 451.

(104) Op. cit., pág. 454.

subrayado de este criterio podrá desorientar en la interpretación del artículo 773.

Tampoco compartimos el criterio de que allí donde la interpretación permite desvanecer o superar el error de expresión deje de producirse un supuesto de error obstativo, a tratar —o tratado, cuando se respeta la voluntad querida, aun inexactamente expresada— como tal error obstativo. Es oportuno resaltar que en las citas de Enneccerus y Pérez y Alguer aducidas por Albaladejo, no se niega, para el caso indicado, la existencia del error; lo que propiamente se niega es que la disconformidad entre voluntad y declaración subsista cuando la interpretación permite descubrir sobre la errada declaración la voluntad verdadera. El artículo 773 es claro en este sentido: la interpretación que podrá dar como resultado el conocimiento cierto del instituido, tiene como presupuesto el error en el nombre, apellido o cualidades del heredero. Es dicho error el que fuerza a una interpretación que en otro caso sería innecesaria. Ciertamente que la interpretación permite superar el error y poner en armonía voluntad y declaración; pero en su origen hay, sin duda, un error en la declaración, un error obstativo (105).

Y no se diga que tal error, más que error es «mera equivocación o error en sentido no técnico» (106), porque la razón aducida para tan sutil distinción, a saber, el hecho de que, interpretada la declaración, la institución produzca efecto y no se la invalide (107),

(105) Sobre error e interpretación, cfr. FERRER CORREIA: *Erro e interpretação na teoria do negocio jurídico*, cit. págs. esp. 150-154. Específicamente para el error obstativo en el testamento, págs. 224-234. De todas formas, el indicado en el texto será el fundamental argumento en la tesis de ALBALADEJO: Excluido el artículo 773, niega que tampoco en el 767 quepa el error obstativo; lo impediría la exigencia de prueba intrínseca, imposible ésta en el indicado tipo de error. Cfr. *De nuevo sobre el error...*, cit., pág. 485: “Pero en el caso del error obstativo —discrepancia entre lo querido y lo declarado— no es posible la prueba intrínseca del error. Puede creerse que esta afirmación es inexacta porque también es pensable que del testamento se deduzca que el testador quería realmente cosa distinta de la que declaró. Mas esa creencia es falsa, porque en tal caso, realmente lo que se hace es interpretar en su conjunto la declaración testamentaria (utilizando incluso medios ajenos a ella, pero que en definitiva nos llevan a configurar un sentido susceptible de admitirse según el tenor de la declaración testamentaria, habida cuenta de las normas sobre interpretación de declaraciones no recepticias), de forma que se llega a alcanzar el *verdadero* sentido y no el *aparente* que es el que, discrepando del verdadero, provocaba el *supuesto* error vicio” (sic).

(106) ALBALADEJO: op. cit., pág. 450.

(107) ALBALADEJO: Ib. “Que en este caso no hay error obstativo, sino como decimos, *mera equivocación*, lo prueba el que la institución —es decir, la declaración— produzca efecto y que este efecto se produzca de acuerdo con el sentido que se da a la declaración, después de salvada la equivocación... Ahora bien, si hubiere habido error obstativo, a lo más que se podría haber llegado hubiera sido a invalidar la disposición, pero nunca a hacer que esa disposición, que esa declaración, produzca

no es más que pura consecuencia del significado del error obstativo y del tratamiento que éste merece allí donde, sin limitaciones *ex affidamento*, se sigue hasta el final la voluntad testamentaria que cuenta con algún reflejo o apoyo («de otra manera pueda conocerse») en el testamento (108). Como tampoco puede —en nuestra opinión— decirse que cuando, de acuerdo con el artículo 773 la institución resulta viciada por no poder llegar a saberse ciertamente cuál es la persona nombrada, ello es consecuencia, no del error en la declaración u obstativo, sino de la simple ininteligibilidad de la designación. Evidente que tal ininteligibilidad se produce; pero no es menos evidente que se produce —en la concreta y literal hipótesis del art. 773— por error en la designación del instituido: error en el nombre, apellido o cualidades que le identifican. Difícilmente cabe un supuesto más claro de error en la declaración.

Tampoco es —creemos— convincente el argumento extraído por Albaladejo del empleo por el legislador de la palabra *nombrada*. En dicho término se encontraría la clave para la correcta interpretación del artículo 773. Al referirse el legislador a la persona *nombrada* (y no a la querida nombrar), será claro —entiende Albaladejo— que no se encuentra en el precepto referencia alguna a una posible voluntad real, distinta a la declarada. De lo cual se infiere que en el artículo 773 no se hace triunfar la voluntad sobre la declaración, sino que se hace triunfar el verdadero sentido de ésta sobre el falso o equivocado (109). En nuestra opinión, el reconocimiento de la tensión entre la voluntad real in-

efecto, de acuerdo, no con su sentido, sino con el de la voluntad real (que, por definición, discrepa de ella)».

(108) *Ad rem*, JORDANO: op. cit., págs. 93-98. Tenemos, pues, que discrepar de ALBALADEJO: op. cit., pág. 450, nota 30: «Aun en los Derechos que presten la mayor protección posible a la voluntad real, podrá esta protección permitir invalidar el negocio por error obstativo, siempre que lo haya. Pero lo que no es concebible es que esta protección llegue al extremo de que en esos casos de error obstativo, no sólo no se produzcan los efectos que según el sentido de la declaración se debían producir, sino que se produzcan aquellos otros que estuvieron tan solo en la voluntad de la parte que erró, pero sin que —por definición, repetimos— llegasen a ser encontrados, siquiera fuese mal expresados, en la declaración». En el testamento no hay oposición de partes que atempere el juego de la voluntad como en los negocios *inter vivos*. Por otra parte, el error obstativo supone, ciertamente, inexactitud o error en la expresión, pero no exige que del contexto de la declaración pueda descubrirse el verdadero contenido de voluntad erradamente expresada».

(109) ALBALADEJO: op. cit., págs. 451-452, cuyo contenido se resume del siguiente modo: «El contenido volitivo hallado no podrá ser otro que el declarado. Interpretando una declaración de voluntad podremos hallar lo que, con más o menos propiedad, se expresó; ahora bien, si lo querido y lo declarado difieren, es claro que lo que no podemos llegar a conocer es lo querido. O sea: que la *persona nombrada* del 773 es exactamente «la *persona designada en la declaración*». Y la ley dice «*nombrada*», y dice bien, sin que se deba entender que quiso o debió decir «*querida nombrar*»».

terna y la declaración no requiere del legislador el empleo de la expresión «querida nombrar»; resulta por sí sola de la hipótesis de la errada designación del instituido. Cuando a éste se le señala a través de nombre, apellido o cualidades inexactas, la declaración hablará por sí misma de persona —posiblemente inexistente— distinta a la de quien se quería instituir. Si el contexto de la declaración —no sólo su estricto y directo contenido designativo— permite superar el error, podrá llegar a saberse ciertamente cuál sea la persona *nombrada erróneamente*; esto es, la persona que se quiso designar y que de hecho, aunque erróneamente, se designó. El salvar la institución en favor de la persona *nombrada* (erróneamente) no significa dar valor a la declaración errada (contra la voluntad real), sino, justamente, superar y corregir el errado contenido designativo de la declaración, para, desde el conjunto de ésta, dar cumplimiento a la voluntad inexacta o erradamente expresada. Llamar al erróneamente designado implica, previamente, haber desvelado y corregido el error en la designación. En tal caso, hablar literalmente del *nombrado* (erróneamente, insistimos) es tanto como hacerlo del *querido nombrar* (exacta o correctamente). La discordancia entre voluntad y manifestación resulta por sí misma de la hipótesis central del error en el artículo 773.

No quisiéramos terminar esta referencia al artículo 773 sin antes desvirtuar la impresión que en algún punto pudieran producir las líneas precedentes. Parecería, en efecto, que el profesor Albaladejo da al precepto comentado un contenido totalmente distinto al que le atribuye la común doctrina. No ocurre así. La diferencia más que de contenido es de «etiquetación» del mismo. También Albaladejo admite que si la «equivocación» en la designación del instituido puede subsanarse por la interpretación, la institución valdrá, haciéndose triunfar el verdadero sentido de la declaración sobre el falso o equivocado (erróneo, dice él, en sentido vulgar) (110), y que en el caso contrario, si no puede llegar a saberse quién es el nombrado, la declaración resultará inválida. Lo que Albaladejo niega es que ambos resultados deriven de la existencia de un supuesto de error obstativo, tratado como tal por el ordenamiento. ¿Por qué esta distinta explicación de algo que nos parece suficientemente claro en la interpretación común? Es aquí donde interviene el dato que antes nos permitía calificar de algo forzada la opinión de Albaladejo: se la construye, no espontáneamente desde la lectura del artículo 773, sino desde la afirmación, como tesis, de la irrelevancia, en general y salvadas las excepciones legales, del error en materia de testamentos. Si no se quiere decir que se entiende el artículo 773 desde un «preconcepto», se basará su interpretación en la restrictiva, de los artículos 673 y 743. Nosotros hemos ya indicado cómo a nuestro entender estos preceptos admiten otra inteligencia; no cierran el paso a la apre-

(110) *El error...*, cit., págs. 451-452.

ciación del error en el negocio de última voluntad. De esta forma el artículo 773, entendido —como su sentido y su letra imponen, según nos parece— en clave de error obstativo, no plantea ninguna dificultad. Es más, resulta una pieza coherente en el conjunto, e. c., de los artículos 675, 768...

El artículo 773 es, pues, como indicaba Manresa (111), pura consecuencia del principio que informa la doctrina del Código acerca de la designación del heredero, que es el de que la *forma* de la institución es accidental y sólo importa que pueda saberse con claridad y certeza, por cualquier medio, cuál sea la persona designada. La voluntad reconocible se impone aun cuando ha sido mal expresada. El error obstativo se toma en consideración, no para permitir la impugnación de la declaración —lo que no serviría a la *voluntas testantis*— sino para, a través del conjunto de la misma declaración y superado el error en lo designativo, hacer valer la voluntad, suficiente aunque inexactamente manifestada (112). No significa ello que el error obstativo sea irrelevante en materia de testamento (113); se le concede la relevancia que le corresponde: detectado y apreciado el error de expresión, se abandona el sentido que impondría la literalidad de la declaración para dar cauce a la voluntad real, exenta de vicio en su formación, pero inexactamente manifestada. Sólo la irrecognoscibilidad de dicha voluntad impide, de Derecho y de hecho, su efectividad.

2. Error en la formación de la voluntad: artículo 767.

Distinto del error obstativo es el llamado error-vicio; el error no se produce ahora en la fase de la declaración o manifestación

(111) MANRESA: op. cit., pág. 196.

(112) Cfr. ALONSO, en PIETROBON, cit., págs. 703-704: "Tanto el artículo 773 de nuestro Código civil, como el 625 del C. c. italiano, se limitan a sancionar el principio *falsa demonstratio non nocet*, precisamente porque no es posible otorgar relevancia a la voluntad declarada del testador desde el momento en que se ha expresado erróneamente y ha de buscarse siempre la intención efectiva del mismo. También el artículo 773 de nuestro Código resalta ambos estados, limitándose a otorgar relevancia a lo efectivamente querido por el testador conforme al criterio general interpretativo del artículo 675 del C. c."

(113) Afirmación ésta mantenida por ALONSO: op. cit., pág. 704: "La irrelevancia del error en la designación o cualidades del instituido heredero, salvo que sea imposible saber cuál sea la persona nombrada, es una muestra más de que el legislador no quiso consignar excepciones de suerte al principio taxativo del artículo 673 del C. c.". BADOSA, en cambio, op. cit., págs. 277-278, que, con ALBALADEJO, niega que el artículo 773 contemple un caso de error obstativo, concluye al respecto: "No puede afirmarse, sin embargo, que el error obstativo sea irrelevante en esta materia, sino sólo que no está contemplado específicamente. El artículo 675 establece que la norma testamentaria ha de entenderse en el sentido correspondiente a la voluntad del testador, deducida del propio testamento. Por tanto, cuando de éste aparezca que las palabras no responden a tal voluntad (sea por error o voluntariamente), quedan automáticamente descalificadas en su función de enunciar una regla con valor jurídico".

de la voluntad, sino en la de la producción o formación de la misma: se declara lo querido, pero eso que se quiere y se declara, se lo quiere por error. Con razón se le llama error propio o error vicio: la voluntad se forma a impulsos del error; no es, por ello, la voluntad deliberada que el ordenamiento reconoce como fuente generadora y configuradora de relaciones de Derecho (114). También a él, según vimos, se refiere en más de una ocasión nuestro Código civil al regular el testamento (arts. 757, 796, 798, 814, 862, 878). No podría ser de otra forma, dada la naturaleza negocial, unilateral y gratuita del acto de última voluntad (115). Pero es la contenida en el artículo 767, 1, la norma que en esta materia alcanza una mayor generalidad (116). A ella hemos de dedicar a continuación nuestra atención.

Respondiendo a claros precedentes en nuestro Derecho histórico (117) y con no menos claros paralelos en el Derecho compa-

(114) Es el que, e. c., KIPP: op. cit., pág. 259, llama error en el motivo para diferenciarlo del error en la declaración: "En el error sobre el motivo —dice— coinciden voluntad y declaración; el causante quiere lo que ha declarado. Pero han sido consideraciones erróneas las que le han inducido a testar como lo ha hecho".

(115) Cfr. CASTRO: op. cit., pág. 196: "En ellas (las disposiciones testamentarias), como negocio unilateral y gratuito, tiene máxima relevancia la voluntad del testador..."

(116) En contra del sentir común, BADOSA: op. cit., pág. 279: "... el artículo 767, 1 no plantea propiamente un problema de vicios de la voluntad en el autor del testamento, ya que tal cosa exigiría tener en cuenta siempre el error, cualquiera que fuera el modo en que apareciera (si en materia testamentaria se prescinde del error cuando la voluntad de instituir se manifiesta testamentariamente como absoluta o abstracta es que no interesa propiamente el modo como se ha constituido o formado la voluntad del causante). Lo que realmente plantea el artículo 767, 1 es un problema de interpretación del alcance de la voluntad del causante tal y como se halla expresada en el testamento, dándole el valor absoluto o relativo que tenga según los propios términos testamentarios".

(117) ALBALADEJO: *El error...*, cit., págs. 427 ss., ha recogido cuidadosamente los precedentes del precepto en las leyes de Partidas. No todos los textos son tan claros como el contenido e. c. en 6, 1, 21: "... e el heredero que era fecho en el primer testamento deve aver la heredad, según que fue escrito en él. E el otro que fue escrito en el segundo, non deve aver nada, pues que non era verdadera la razón, porque el testador se movio a fazerlo heredero". He aquí la conclusión de ALBALADEJO: "... Las Partidas desarrollaron una legislación casuística de los distintos supuestos de error en las disposiciones testamentarias. Lo cual hace a primera vista surgir dudas respecto de cualquier caso que, presentado en la práctica, careciere de norma legal en cuyo supuesto de hecho encajare exactamente... Podemos resumir trazando, una vez vistos los supuestos regulados, las líneas genera es que a través de los mismos se observan: ... El error vicio... no afecta a su validez (de la disposición)... Como excepción a ella encontramos los errores antes indicados, que recaen: 1.º Sobre la muerte de un primer instituido, cuando se expresó en el segundo testamento que se instituye a otro heredero por creer aquél muerto. 2.º Sobre la paternidad del heredero instituido, cuando el testador lo instituya creyendo o su hijo y después de su muerte se conoce la verdad. 3.º Sobre la pertenencia de la cosa legada, cuando el testador la creyó suya sin serlo, ni serlo tampoco de su heredero. 4.º Sobre la

rado (118), establece el primer párrafo de nuestro artículo 767 que «la expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa». Interesa detenerse en su contenido.

a) En primer lugar se refiere el precepto a la expresión de una *causa falsa*. Los dos términos subrayados piden su propia exégesis. A la causa falsa en los contratos se refieren los artículos 1.276 y 1.301: ¿en igual sentido? ¿Comprende el artículo 767 tanto la que Castro llama «causa mentida» (119), como la causa viciada por error? ¿Se refiere indistintamente a la falsedad consciente y a la derivada del error, o debe circunscribirse a sólo una de ellas? La exégesis en este punto no resulta difícil: el contenido de la regla establecida en el primer párrafo del artículo 767 ayuda a atribuir su preciso significado a las expresiones *causa falsa* o *falsedad de causa* en el distinto lugar en que respectivamente se emplean. El precepto en estudio, efectivamente, establece una norma cuyo enunciado lógico-gramatical se articula en la formulación de una regla y la indicación de una excepción. La regla será la irrelevancia de la causa falsa: se la considera no escrita; la excepción, su relevancia como factor de ineficacia de la disposición testamentaria: cuando del testamento resulta que el testador no habría dispuesto si hubiese conocido la falsedad de la causa. Quiere ello decir que bajo idéntica expresión gramatical se encierran significados jurídicos distintos. La más vaga *causa falsa* que se considera como no escrita puede abrazar tanto la causa errónea

cantidad de dinero legada, cuando el testador cree tener una suma mayor de la que tiene en realidad". En el Proyecto de GARCÍA GOYENA se dedicaba al error vicio en la disposición testamentaria el artículo 721: "Toda disposición testamentaria a título universal o particular fundada en una causa falsa, quedará sin efecto si el interesado no probase que el testador tuvo, para hacer la disposición, otra causa tan atendible como la expresada". Como resaltaba el mismo GARCÍA GOYENA: op. cit., pág. 384, lo que en el Derecho histórico pudiera ser norma excepcional "en nuestro artículo sería una consecuencia de la regla general". En el Anteproyecto de 1882-88 se da forma al precepto (art. 768,1) de acuerdo con los términos literales del artículo 3.380 del Código Mejicano: "La expresión de una causa falsa será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho aquella disposición conociendo la falsedad de la causa".

(118) Así, el artículo 624, 2 del *Codice*: "L'errore sul motivo, sia esso di fatto o di diritto, e causa di annullamento della disposizione testamentaria, quando il motivo risulta dal testamento ed e il solo che ha determinato il testatore a disporre"; artículo 2.202 del C. c. portugués: "O erro, de facto ou de direito, que recaia sobre o motivo de disposição testamentaria só e causa de anulação quando resultar do proprio testamento que o testador não teria feito a disposição se conhecesse a falsidade do motivo". También al error vicio se refieren el § 2.078 BGB y el 374 del C. c. de la DDR, ambos citados supra, notas 5 y 6.

(119) CASTRO: op. cit., pág. 500.

no determinante, como cualquier otra posible forma de falsedad en la causa: también la causa mentida o simulada. Es muy claro que quien simula una causa inexistente no es determinado en cuanto al acto dispositivo por la falsedad de tal causa; dispone, por el contrario, poniéndola por pantalla; la efectiva voluntad dispositiva prevalece sobre la motivación fingida. En tal caso hay constancia o, mejor, certeza sobre la fundada voluntad dispositiva, que la ley decide respetar (120). Por el contrario, la más concreta falsedad de la causa que llega a producir la ineficacia de la disposición sólo puede entenderse referida a la causa errónea o al error en la causa, ya que la hipótesis se restringe en este caso al hecho de que del testamento resulte que el testador no habría dispuesto *si hubiese conocido la falsedad de la causa* (121).

(120) Cfr., e. c., MANRESA: op. cit., pág. 178: "Si el testador conocía la falsedad de la causa, la institución surtirá efecto, por la misma razón de ser decisiva su intención de favorecer al instituido". ALBALADEJO: *De nuevo...*, cit., pág. 480: "Este supuesto —dice refiriéndose a la simulación— cae asimismo dentro del párrafo primero del artículo 767. Ahora bien, ocurrirá que del testamento no resultará que el testador no habría hecho tal institución si hubiese conocido la falsedad (discrepancia de la realidad), de la causa, ya que ello sería absurdo, puesto que, si resultase, sería como no querer instituirlo, cuando realmente lo quiere, pero por causa (motivo) distinto del manifestado". También BADOSA: op. cit., pág. 278, cuando dice: "El concepto de error no está implícito en la falsedad de la causa, puesto que la expresión de la misma puede ser voluntaria; es decir, a sabiendas de su inexistencia. Así lo manifiesta el artículo 767, 1, final, cuando alude al desconocimiento de la falsedad de la causa".

(121) Cfr., ampliamente, ANTUNES VARELA: op. cit., págs. 89-95: "O vocábulo *falso* aparece correntemente usado, quer na doutrina, quer nas diversas legislações, nunca acepção susceptível de contrair para a expressão mencionada o sentido global de *causa suposta, ficticia, aparente, proveniente de mentira, contraposta*, portando, a *causa real* ou a *causa verdadeira* da disposição testamentaria... Apesar disso, pode assegurar-se, com inteira tranquilidade, ser outro o sentido da expressão perfilhado no artigo 1.745 do Código civil. En primeiro lugar, a regra de PAPINIANO, sobre a qual foi declarada a disposição legal em exame, e na qual se usava a mesma expressão *fa'sa causa*, foi constantemente entendida em termos de a *falsidade* da causa respeitar a relação lógica existente entre a representação do declarante e a realidade externa correspondente... De facto, a parte final do artigo previne e regula a hipótese de o testador não conhecer, a data do negócio, a falsidade da causa invocada, e essa suposição e manifestamente descabida, na invocação duma causa suposta... Uma das razões preferentemente invocadas pelos autores na defesa da regra de PAPINIANO, e dos vários preceitos baseados no sistema romanista, consiste, porém, na relativa frequência com que o testador, a ajuizar pela própria criação dos factos, refere no testamento *motivos supostos* ou *fictícios*... Quando se refere a invocação duma causa falsa, a lei quer, portanto, aludir aos casos em que aparece no testamento, como causa de determinada disposição, uma *proposição objetivamente falsa ou inexata*, pouco importando ao caso saber se a falsidade e ou não conhecida do testador. A excepção aberta na segunda parte do artigo e que assenta sobre a ignorancia da falsidade da proposição. No fundo, a lei afirma então que irrelevancia da causa falsa so

¿Se entenderá entonces desmentido el fundamental criterio de que en el testamento se aprecia más fielmente la voluntad negocial que en el contrato, toda vez que en éste la simulación es relevante (art. 1.276) mientras que en el testamento se prescinde de ella? Infundada inteligencia: la causa verdadera no desvirtuada por la simulación —*inter partes* (122)— en el régimen de los contratos es la que se corresponde con la voluntad negocial real y efectiva, la misma cuyo respeto en el testamento impone la ley cuando ordena estar a la efectividad de la disposición realmente querida por encima de su simulada fundamentación. La voluntad del testador sigue siendo la suprema ley de la sucesión; precisamente por ello, sólo cuando tal voluntad se forma por efecto del error (cuando deja de responder a la voluntad real del testador) la ley permite la impugnación del testamento. Es el mayor respeto a la voluntad testamentaria rectamente formada —exenta de vicio— lo que justifica el juego en este punto cuasi abstracto de la misma que se dibuja en el artículo 767: de no constar el error en el motivo, la disposición será eficaz aun cuando no revele su causa concreta, y sin necesidad de entrar en el análisis y comprobación de la misma (123).

cede se a falsidade objectiva da proposição constante do testamento crescer um juízo falso —um erro— do declarante sobre a configuração exacta da realidade”. También ALONSO, en PIETROBON, cit., págs. 701-702: “No dudan a gunos autores en extender la falsedad de la causa del artículo 767 al motivo *simulado* respecto del cual el testador conoce que no corresponde a la realidad... Notemos sin embargo, que si en el plano contractual la causa falsa obedece con demasiada frecuencia a la simulación (art. 1.276 del C. c.), escasas veces se apreciará en la institución de heredero (art. 767, 1). Es posible, en cambio, que la expresión de causa falsa se haga por el testador conscientemente, mas como señala PASTOR RIDRUEJO... ello se hace con la finalidad de justificar socialmente su conducta, o con la de proteger la manda frente a posibles impugnaciones. Podrían incluso hallarse otros móviles... En cambio, el reieve que adquiere la voluntad del testador, suple tales deficiencias: si se prueba que una apreciación errónea de los motivos fundidos en la causa le han llevado a disponer en un sentido distinto que el deseado, será anulable la institución. Hablamos en tal caso de una equivocada representación de las motivaciones. Y a la vez puede afirmarse que se declara o expresa una causa (motivación) carente de base real (falsa) por equivocadas creencias o apreciaciones erróneas”.

(122) Cfr., por todos, FERRARA, Franciasco: *La simulación de los negocios jurídicos*. Trad. de Rafael ATARD, y Juan A. DE LA PUENTE, segunda ed., Madrid, 1931.

(123) Lo que tiene su explicación en la naturaleza del negocio unilateral y gratuito de atribución *mortis causa*: el heredero o legatario, por el hecho de serlo, en nada se obliga frente al causante, y la atribución gratuita encuentra justificación suficiente en la liberalidad del disponente. Sólo en este sentido puede hablarse —creemos— de abstracción en la disposición testamentaria. Afirmaciones más tajantes en este punto, exigen necesariamente, la matización: Así, BADOSA: op. cit., págs. 278-279, quien tras decir: “El Código civil distingue energícamente la institución de su causa (art. 767, 1 y 2) como diferencia igualmente entre institución y condición (art. 792). Y en ambas tiende a hacer prevalecer la voluntad

¿Y por causa, qué se entiende en el artículo 767? ¿Se verá enturbiado el sentido de la norma por la ambigüedad o confusión reinante en torno al significado jurídico de la causa? No es así. El buen sentido permite la inequívoca interpretación del término en el concreto contexto que examinamos, por encima y a pesar del enrevesamiento de la causa en su tratamiento jurídico. La doctrina es hoy unánime en la inteligencia del término; la misma que ya mantenían nuestras Partidas (6, 9, 21): «... los fazedores de los testamentos ponen razones en las mandas quando las fazen. E a esta razón llaman en latin causa». La causa es entonces el *motivo* (124); el motivo que lleva a disponer (*Beweggrund*) (125). La causa, pues, del artículo 767 es la causa en sentido subjetivo (126), abarcando la causa concreta o el motivo incorporado a la función de liberalidad que explica adecuadamente la voluntad del testador (127), pero sin encerrarse en él, puesto que, según hemos de

reflejada en la institución. Ello significa, en materia de institución y su motivo, afirmar el carácter abstracto de aquélla, entendida como declaración de voluntad con valor absoluto, frente al meramente ejemplar (y por tanto jurídicamente irrelevante) a que se ve relegada la causa". De inmediato, la matización: "Sin embargo, tal consideración no juega cuando el valor de ésta como determinante de la institución no sólo existe, sino que se establece en la propia sede testamentaria. La declaración institucional se relativiza en función del motivo... en el artículo 767, 1, la causa desempeña una función acorde con su concepto (motivación), y esta función es tenida en cuenta por el C. c."

(124) ALBALADEJO: *De nuevo...*, cit., págs. 472-473: "Nuestro legislador, en la materia que tratamos, pensó que el *motivo determinante* (se considere o no que tal motivo es la *causa* en sentido técnico jurídico del acto) es lo *único* que, siendo erróneo, fundamenta la invalidación de la disposición que se basó en él. Y para aludir a este *motivo determinante erróneo*, utilizó la expresión *causa falsa* en el artículo 767 (sub. del a.). BADOSA: op. cit., pág. 278: "La institución sucesoria fundada por error en un motivo falso, sólo es nula cuando la existencia de tal motivo y su carácter determinante, son conocidos a través de la propia declaración testamentaria (art. 767,1). Con la expresión 'causa' el citado artículo designa toda circunstancia que, no teniendo valor designativo respecto de la institución, ni en su sujeto, ni en su contenido, ni en su objeto (puesto que su constancia testamentaria es indiferente, arg. 767 pr.), tiene como función la de impulsar al testador a realizarla".

(125) FLUME: op. cit., pág. 429: "Nach § 2078 ist jedweder Irrtum bei der testamentarischen Verfügung beachtlich, wenn er nur für die Verfügung kausal gewesen ist. Der Irrtum im Beweggrunde... durch welche der Erblasser zu seiner Verfügung bestimmt worden ist...".

(126) Cfr., ampliamente, VARELA: op. cit., págs. 95-107. Entre nosotros, e. c., ZUMALACÁREGUI MARTÍN-CÓRDOVA, Tomás: *Causa y abstracción causal en el Derecho Civil español* (tesis), Madrid, 1977, pág. 97: "La ratio de los textos romanos (y, por ende, del art. 767) está clara por demás: los *motivos personales del testador son absolutamente inoperantes, a menos que claramente conste la condicionalidad del legado o institución*. El empleo de la palabra *causa* no puede ni debe reconducir el caso al artículo 1.274. Una cosa es la *causa objetiva*, y otra muy distinta la *razón subjetiva* (Papiniano dixit) del testador" sub. del a.).

(127) ALONSO, en PIETROBON, cit., pág. 701; Id. *El error sobre la causa*, cit., pág. 73.

ver más adelante, la causación del acto no se limita sólo a los puros motivos, entendidos éstos en sentido propio, como elementos ajenos a la estructura intrínseca del negocio, sino que se extiende también a la valoración de los distintos elementos de dicha estructura, determinante, dicha valoración, de la celebración del acto.

La causa falsa será entonces el *motivo erróneo* que, al resultar del testamento (exigencia formal de la manifestación de voluntad testamentaria), hace ineficaz la disposición testamentaria. Constando suficientemente la última voluntad, aun cuando sus motivos no se manifesten, el Derecho sanciona su respeto y efectividad (la liberalidad no es sospechosa); pero cuando hay constancia cierta de la malformación de dicha voluntad, el Derecho abre cauce a su impugnabilidad. La exigencia formal no ahoga a la causa; la valoración del motivo erróneo en la disposición testamentaria supone la conjugación armonizada de los postulados de la forma y de la causa. El causalismo, a través de la relevancia de la causa falsa, mantiene en los límites de lo razonable el significado y alcance de la forma testamentaria.

Así entendida la expresión *causa falsa*, interesa añadir unas observaciones sobre su amplitud objetiva. En primer lugar, y con la mejor doctrina, hemos de indicar que aun cuando directamente referida en el artículo 767 la falsedad de la causa a la institución de heredero o al nombramiento de legatario, su apreciación procedería igualmente, y por evidente razón de analogía, en cualquier cláusula de trascendencia dispositiva, aun cuando ésta no lo fuera directamente de institución de heredero o de nombramiento de legatario (128). En segundo lugar, y siguiendo ahora principalmente a Antunes Varela, hemos de añadir que el error constitutivo de la causa falsa puede referirse a circunstancias, tanto presentes o pasadas, como futuras (129). Efectivamente, la previsión de cir-

(128) ALBALADEJO: *De nuevo...*, cit., pág. 473, nota 10, bis: "El artículo 767 literalmente sólo se refiere a la institución de heredero y al nombramiento de legatario, pero advierte LACRUZ... que 'la expresión de un motivo erróneo en una cláusula mediante a cual el testador excluye de su herencia a una determinada persona (legitimario, heredero ab intestato o extraño), produce, por aplicación analógica del artículo 767, la nulidad de la disposición, mas no confiere al excluido derechos hereditarios distintos de los lega es si no resulta así del testamento: Ello debe entenderse así, independientemente de que cualquier legitimario preterido o desheredado en base a una causa no cierta, no pierde —por aplicación de los principios generales— sus derechos (arts. 814 y 851)".

(129) Así, también, KIPP: op. cit., pág. 259. Menos decidido y pareciendo terminar por decantarse a sólo los hechos presentes o pasados, LACRUZ-SANCHO: op. cit., pág. 445: "Se discute si la causa a que alude el artículo 767 ha de entenderse necesariamente referida al pasado o puede consistir en un destino o previsión futuros. Generalmente aludirá el testador a circunstancias, merecimientos, sucesos, etc., pretéritos o presentes que le han (o puede haberle) movido a hacer la concreta disposición, y cuando tales presupuestos no existen en la realidad, el C. c. habla de una causa falsa, cuya falsedad ha de referirse a algo que ya existía en el

cunstancias futuras puede determinar la voluntad del testador en igual medida que las presentes o pasadas. Por otra parte, su intervención en el proceso de formación de la voluntad puede reflejarse en el testamento con igual evidencia y seguridad que las representaciones relativas a hechos presentes o pasados. Los hechos futuros —además— son también susceptibles de errónea representación. Nada, pues, impide referir al error sobre hechos futuros la falsedad de la causa, objeto del artículo 767 (130). Finalmente hay que indicar que la falsedad de la causa ha de situarse propiamente en la inexacta representación de la realidad que determina la formación de la voluntad dispositiva. El motivo erróneo es sólo el derivado del errado conocimiento de los hechos objetivos sobre los que se asienta; no se refiere, en cambio, a la torcida apreciación de esa realidad, por hipótesis, fielmente conocida. Si la psicología —dice Satta— puede distinguir en el proceso volitivo representación de la realidad, valoración de la misma y, finalmente, impulso volitivo, el error en que consiste la causa falsa o el motivo erróneo reside sólo en el primero de los pasos indicados: en la representación mental de la realidad. La valoración de ésta, en cuanto motivo de la voluntad, es cuestión subjetiva, ajena propiamente, a la problemática del error invalidante de la disposición testamentaria (131).

momento de disponer. Empero igualmente cabría imaginar la expresión de un motivo futuro... Pero incluso no constituyendo índice de la designación, cabría mantener que los acontecimientos y previsiones de futuro cuando constituyen causa ilícita expresa anulan la disposición, al exceder los límites de la norma de favor de artículo 767, la cual entendería por causa hechos pasados, excluyendo las intenciones para el porvenir. Sólo así puede hablar el precepto de *causa contraria a derecho verdadera*: para serlo ha de ser un acontecimiento ya ocurrido, una cualidad ya existente, etc.; pues si ha de sobrevenir, actualmente la causa no es verdadera ni falsa. Configurada así la causa como conjunto de móviles relativos al pasado que han inducido a disponer, cabría distinguirla de los motivos o finalidad pretendida con la disposición en el futuro; resultado práctico, incluso mediato, que el testador desea conseguir con la atribución, luego de su muerte, el cual, igualmente, puede ser conforme o contrario a Derecho (sub. de¹ a.).

(130) ANTUNES VARELA: op. cit., págs. 108-114, esp. pág. 111: "Assentemos, por conseguinte, em que: 1.º As representacoes psicologicas relativas a circunstancias posteriores a elaboração do testamento são susceptives de intervenir, de modo essencial, na formação da vontade do testador. 2.º A essencialidade da intervenção dessas representações na volição do *de cuius* não é decisivamente contrariada pela circunstancia de a disposição respectiva não revestir natureza condicional. 3.º Nenhunas razoes concernentes a atitude do declarante ou as expectativas do chamado justificam a irrelevancia dos eventos futuros, sob o aspecto considerado".

(131) SATTA: *Intorno all' errore sul motivo nelle disposizioni testamentarie*, Giur. it. 1948, I, 272-274, esp. 273: "Rappresentazione delle circostanze di fatto, volutazione delle circostanze rappresentate, reazione emotiva sono gli elementi che il processo di disintegrazione condotto dalla moderna psicologia ha individuato nel motivo... Ora, quale di questi elementi puo essere inficiato da errore?... Solo per la rappresentazione si

b) Centrado a continuación el análisis de la causa falsa en su aspecto subjetivo, conviene comenzar indicando que, también en este punto, al error se equipara la ignorancia. A pesar de que conceptualmente el error, como juicio erróneo positivamente existente, se distinga nítidamente de la ignorancia, simple desconocimiento que se traduce en mera imprevisión, lo cierto es que en la realidad será difícil deslindar ambos supuestos; y sobre todo, que uno y otro, con similar significación en lo psicológico, son acreedores a también similar tratamiento jurídico. Tiene razón Varela cuando indica (132) que puede considerarse determinada por una causa falsa toda disposición fundada en la convicción de perdurabilidad de una determinada situación que posteriormente resulta interrumpida, no interesando al caso saber si el declarante llegó, o no, a pensar concretamente en el hecho interruptivo de la situación. Interrumpida ésta efectivamente, lo querido en la previsión de su permanencia deja ya de tener apoyo en la voluntad real y concreta del declarante (133). A esta idea parece responder nuestro artículo 757: las causas de indignidad sucesoria funcionan como tal en tanto que desconocidas por el testador. Si éste las

puo dire che e falsa, inesatta, non corrispondente alla realtà... Il modo di valutare e di reagire a dati fatti, di comportarsi in certe situazioni, corrisponde al carattere e alla personalità proprii dell'individuo...". Aun cuando con matizaciones que en nada lo alteran, admite este mismo criterio ANTUNES VARELA: op. cit., páginas 171-175; en la página 174 concluye: "A disposição de ultima vontade determinada por certa *apreciação* do testador so podera, por conseguinte, ser impugnada com base no erro inerente as representações psicológicas explicita ou implicitamente invocadas, de vendo, alem disso, a essencialidade de representação espelhar-se— de algum modo, no proprio teor do testamento". Entre nosotros, cfr. ALBALADEJO: *De nuevo...*, cit., páginas 479-480: "El error debe recaer sobre la existencia del motivo y no basta el error en la valoración de éste. Es decir, el error se refiere a la existencia o inexistencia de un hecho considerado por el testador como inexistente o existente. Es indiferente, pues, la corrección o incorrección con que el testador haya juzgado los hechos, cuando haya tenido exacto conocimiento de ellos". ALONSO: *El error sobre la causa...*, cit., pág. 74: "Bien consideradas las cosas, no hay un motivo erróneo, pero aquello de que toda motivación como tal es siempre verdadera o real; lo erróneo es la equivocada representación intelectual de lo que integra su contenido". En igual sentido, en las anotaciones a PIETROBON: cit., págs. 701-702.

(132) VARELA: op. cit., pág. 169.

(133) En igual sentido, KIPP: op. cit., pág. 260: "A este propósito 'error' significa, en primer lugar, una idea que existe positivamente, pero que es falsa. Por ejemplo, el causante cree que su patrimonio es menor de lo que realmente es. Pero, según el común sentir de la gente, hay que equiparar a éste en el caso en que el causante *no ha tomado en absoluto en consideración* determinadas circunstancias que se han producido más tarde y cuyo conocimiento le hubiera inducido a testar de distinto modo, o sea, que hubieran constituido un 'contramotivo'. Como dice SAVIGNY, 'error' e 'ignorancia' son jurídicamente equivalentes". (sub. del a.). Discrepa BADOSA: op. cit., pág. 278: "No se puede equiparar ignorancia a error. En la ignorancia falta la expresión testamentaria de la circunstancia y, por supuesto, la de su valor determinante. Por ambas razones no entra en el artículo 767,1".

conocía al tiempo de hacer testamento o, habiéndolas conocido después hay constancia clara de su remisión, dejan de producir efecto. El supuesto, pues, normal de actuación de la indignidad es el del *desconocimiento* de su causa.

Pues bien, tal —genéricamente denominado— error ha de ser un error espontáneo. Y no porque el intencionalmente producido *ab altero* deje de generar en la víctima la situación de desconocimiento o de errado conocimiento propia del error, sino porque la inducción del error recibe en esta materia trato peculiar y más enérgico en los artículos 673 y 674: el testamento, y no sólo la concreta disposición que se trató de influenciar, será nulo —dice el art. 673— y el autor del dolo o fraude quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido (art. 674). Además —habría que añadir—, centrada en este caso la intencionalidad de la ley en la represión de la conducta dolosa o fraudulenta de quien manipula la voluntad testamentaria ajena, bastaría la comprobación del dolo o fraude para que, sin necesidad de calibrar las condiciones de efectividad del error producido, ni su constancia o reflejo en el texto del testamento, hubiera de apreciarse la nulidad de éste (134).

En fuerza del concepto mismo del error, también el constitutivo de la falsa causa del artículo 767 excluye el simple estado de duda del declarante, ni se compadece con los meros juicios de posibilidad o de probabilidad, ni con el puro deseo o con la esperanza de cierta correspondencia con la realidad. Pero —como indica Varela (135)— tampoco es necesario que implique una certeza absoluta, dogmática, en la exactitud del juicio emitido. Basta —esto es lo importante— el grado de convicción necesario para que la causa falsa funcione realmente como causa esencial de la disposición. Es lo que se indica cuando al error en la causa se le

(134) VARELA: op. cit., págs. 182-184, esp. pág. 182: "O que sucede e que o erro proveniente do dolo ou da fraude, usados para captar a disposição, goza de uma tutela mais enérgica, de uma protecção jurídica mais ampla, como se desprende do simples facto de o artigo 1748 não inserir nenhuma alusão aos pressupostos objectivos da relevancia fixados no artigo 1745". También ALONSO, en las anotaciones a PIETROBON, cit., pág. 700: "El dolo —decimos nosotros— no es el error, sino una de sus causas. Las maquinaciones insidiosas pueden provocar el error en el testador, pero no suponen error. Uno y otro vicio tienen esferas distintas de actuación, son vicios diferentes, aunque a veces el error tenga su origen —sólo su origen— en artificios o maquinaciones fraudulentas. Cuando la disposición testamentaria esté viciada de error motivado por engaño o actuación dolosa, su anulabilidad está apoyada plenamente en el artículo 673 del C. c., mas no por el error —que es irrelevante—, sino por el propio dolo que lo produjo y que prevé como causa de impugnación el mencionado artículo. También BADOSA: op. cit., pág. 278: "La falsedad consiste en dar espontáneamente como cierta una circunstancia que resulta inexistente en el momento en que el testador consideró que debiera existir. Espontáneamente (arg. ex art. 1.276) para distinguirlo del producido por influencia exterior (art. 673)".

(135) VARELA: op. cit., págs. 170-171.

denomina error determinante o error esencial. Importa detenerse en tales calificativos.

En primer lugar error determinante: es el error que mueve (*Beweggrund*) a disponer o *error motivo*. Expresión, ésta última, que, en bien de la claridad, interesa distinguir frente a la muy similar en lo terminológico, pero realmente diferente en su contenido, de *error en los motivos* (136). Hay que evitar —como advierte Santoro Pasarelli— el equívoco verbal y distinguir entre el hecho de que el motivo del negocio pueda ser erróneo y el supuesto de que el error esencial constituya de hecho el motivo de la celebración del negocio (137). No se trata de un juego de palabras; el error motivo es sensiblemente más amplio —y distinto— del puro error en los motivos. Este último se referiría sólo al motivo, extraño, mientras no se le causalice, al esquema y estructura negocial; el error motivo puede producirse tanto respecto al objeto como respecto al sujeto o sujetos del negocio (138) siem-

(136) Ven en la hipótesis del artículo 767 un supuesto de error en los motivos, e. c., BADOSA: op. cit., pág. 278: "Cuando, por el contrario, el error en el motivo del otorgamiento repercute en la institución, estaríamos en el supuesto del a. 767"; VARELA: op. cit., págs. 176-182: "Por consecuencia —concluye, págs. 181-182— o erro regulado no artigo 1745 coincide efetivamente, com a noção do erro-nos-simples-motivos ou erro extranegocial, mais divulgada na doutrina germanica moderna". Sobre el error en los motivos, en general, cfr. PIETROBON: op. cit., págs. 479-487.

(137) SANTORO PASARELLI: *Disposizione testamentaria. Errore sul motivo*. "Riv. Dir. Civ." 1942, IV, pág. 245: "Confessiamo di non intendere questo linguaggio, che e frutto, a nostro sospetto, di un equivoco verbale. L'errore essenziale e determinante, inducente annullabilita del negocio, e impropriamente chiamato talora in dottrina errore sui motivi. Qui non e gia che un motivo del negozio sia erroneo, e l'errore essenziale che costituisce il motivo del negozio."

(138) Cfr. ALONSO: *El error sobre la causa*, cit., págs. 63-64: "Mas una cosa es el *error en los motivos*, como falsa representación de una realidad ajena al negocio, v. gr., adquiero un libro que no poseo por creer que lo tengo (sic), y otra el *error motivo*, como defectuosa intelección de elementos negociales —cualidades de la persona, del objeto, etc.— que motiva o determina una declaración de voluntad. El primero recae directamente sobre el motivo; el segundo sobre otros elementos que motivan —juicio de esencialidad— la declaración de voluntad". Id., en anotaciones a PIETROBON, cit., págs. 504-505: "Si se quiere es menester separar la motivación determinante de la esencialidad del error sobre los motivos. En el primer supuesto se encaja la gran mayoría de las hipótesis que se dan en el vasto campo negocial. Así, en los contratos el error se caracteriza por un conocimiento equivocado de la sustancia —identidad, materia— de la cosa objeto del contrato, de las condiciones —cualidades— de la misma o de la persona (art. 1.266 C. c.). Tal conocimiento equivocado reviste carácter esencial si además se complementa con una originación o motivación principalmente impulsora de la declaración de voluntad. No se yerra sobre las motivaciones, éstas no son objeto de representación defectuosa; simplemente hay un conocimiento equivocado de cosas, objetos, cualidades, personas, que, *a posteriori*, dan motivo principal (conexión etiológica) a la celebración del contrato. Aquí, en cambio, nos debemos referir al *error sobre los motivos*, que se traduce en una intelección defectuosa de hechos extraños al esquema negocial. Supone inexacta represen-

pre que, de hecho, dé lugar a la celebración del mismo. En tal sentido —como indica Albaladejo—, el error motivo viene a coincidir con el error vicio (139); es el error que influye en la formación de la voluntad con entidad tal que determina el acto de volición.

Pues bien, así entendida la distinción, ¿a cuál de estos tipos de error se refiere el artículo 767? Decíamos líneas más arriba que la *causa* contemplada en tal precepto era la razón o el motivo que llevaba al testador a disponer, causa en sentido subjetivo o móvil incorporado al acto de disposición. ¿Habrá de ceñirse entonces la falsedad de la causa viciante de la voluntad testamentaria a sólo el motivo en sentido estricto? ¿Será, pues, irrelevante el error que, aun determinando la voluntad, recaiga sobre el objeto de la disposición o sobre la persona del instituido? Evidentemente no. El artículo 767 abarca ambas formas de error; aunque referido directamente a la causa, entiende a ésta como el dato determinante de la voluntad del testador: «a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución si hubiere conocido la falsedad de la causa». Y es claro —art. 1.266— que el error sobre el objeto o sobre la persona puede *dar motivo*, o ser *causa principal* del negocio en medida no inferior al error en el puro motivo. Las condiciones de la cosa o las cualidades de la persona, aun cuando lógicamente referibles a los elementos objetivos y personales del negocio, se integran en la causación del acto de voluntad concreta que, referido al objeto y a la causa en su penetración inescindible —art. 1.262— da lugar al negocio jurídico. El error no será entonces un error referido pura y directamente a la causa, pero se convierte él mismo en causa de la celebración del negocio, viciando de tal modo su causación.

Así, pues, el error que cuenta es el error determinante, sea cual fuere su objeto; y tan determinante es el error en el motivo, como el error que, recayendo en aspecto distinto, mueve efectivamente a disponer: el error motivo, aun sin recaer en el «motivo», es *motivo* o determinante de la disposición (da motivo a la disposición, en la expresión del art. 1.266). La causalización concreta

tación de las razones o móviles personales que inducen a contratar... Por tanto, no erramos sobre los elementos objetivos que, por ejemplo, recoge el artículo 1.266 del C. c., sino sobre las motivaciones o finalidades que las partes persiguen al negociar, con independencia de la finalidad intrínseca y objetiva (causa) a que por su naturaleza tiende cada figura negocial”.

(139) ALBALADEJO: *De nuevo...*, cit., pág. 473, nota 12: “Si se quiere desechar todo escrúpulo —provocado por la terminología— se puede hablar en vez de *error en los motivos...* de *error-motivo*, ya que no cabe duda que todo error vicio, en cuanto incide en el proceso de formación del negocio, se sitúa entre las representaciones intelectuales que determinan la voluntad o si es *error-motivo determinante* exclusivo, constituye la *solá* representación intelectual *determinante* de la voluntad y en tal sentido puede hablarse de que constituye un *error-motivo*, ya que funciona efectivamente como *motivo* de la decisión”.

adviene al acto tanto del que, siendo motivo en sentido propio, se incorpora a la voluntad negocial en condiciones de considerabilidad jurídica, como de la estimación —posiblemente errada— de los elementos objetivos y subjetivos del negocio, determinantes (motivantes) de la celebración del mismo. La peculiar naturaleza del acto de última voluntad permite la más fácil causalización de los móviles dispositivos, por lo mismo que la sola voluntad —liberal— del disponente, sin necesidad de atemperaciones desde su inteligibilidad *ab altero* y suficientemente expresada, es la ley suprema de la sucesión. He aquí por qué en el testamento cuenta tanto el error en el motivo, y no sólo en vía excepcional —«la razón o motivo de legar es la parte noble y decisiva del legado», decía García Goyena (140)—, como el error motivo, recayente en objeto diferente; uno y otro «causalizan» la única voluntad que en esta materia cuenta (141). El error motivo termina siendo «motivo» (*causam dans, für die Verfügung kausal*) del acto dispositivo, comprendido, por tanto, en la previsión normativa del artículo 767. La distinción entre error en los motivos y error motivo se nos revela —una más— como otra de tantas distinciones más clara en el terreno de las abstracciones lógicas que en el plano de la observación de la realidad concreta.

Esa misma causalidad del error es la que da base a su designación como error esencial. Error esencial es el error determinante o causal (142). Se trata de una esencialidad que, a tono con todo lo relativo a la voluntad testamentaria, ha de ser subjetivamente

(140) *Concordancias...*, cit., pág. 384.

(141) Cfr. SANTORO PASARELLI: op. et loc. ant. cit.: "Qui non e gia che un motivo del negozio sia *erroneo*, e l'errore essenziale che costituisce il motivo del negozio. Questo e l'errore rilevante. L'errore sul motivo, come errore non essenziale, e normalmente irrilevante. Invece nella disposizione testamentaria e eccezionalmente rilevante anche l'errore sul motivo, purché il motivo sia indicato nel testamento e sia esclusivo". ALBALADEJO: *De nuevo...*, cit., pág. 478: "El error en los motivos o error-motivo o motivo-error, como quiera llamársele, no queda reducido al mero ámbito de los simples motivos que la teoría general del negocio jurídico contrapone a la causa, para declararlos irrelevantes como regla general (aunque se entiende que no lo eran en el art. 767), sino que se extiende a cualquier tipo de móvil que haya determinado al sujeto a formar una voluntad dada. Por eso el error *in persona* o *in corpore* o *in substantia*, o cualquier otro error posible, caben dentro del espíritu y de la letra del artículo 767, y por ello, serán base para invalidar las disposiciones testamentarias con tal de que hayan sido, como dice el artículo, 'causa falsa' (es decir, motivo determinante erróneo) de las mismas. Con lo cual en nuestro Derecho también se pueden invalidar aquéllas, por ejemplo, cuando el beneficiado no reúna las condiciones *por las que* se le instituyó, o la cosa legada *por ser de cobre sea de oro*."

(142) Cfr. e. c., LACRUZ-SANCHO: op. cit., pág. 465: "El legislador quiso invalidar, a través de este precepto, todas y solas las atribuciones que, estando determinadas causalmente por un motivo, por una representación que no tiene correspondencia con la realidad, no sólo expresan en el testamento la existencia del motivo, sino también su esencialidad, su carácter determinante".

apreciada: no interesa tanto el peso objetivo de determinabilidad de una cualquiera representación errónea respecto al patrón abstracto del hombre medio, cuanto el concreto y subjetivo valor motivante del error respecto al testador individual (143). Esencialidad que requiere, además, que el error invalidante sea —como expresamente dispone el art. 624 del *Código* (144), el que, él sólo, determina al testador a disponer; en otro caso, si se han expresado varios motivos como determinantes de la institución, aunque uno de ellos sea falso, subsistirían los otros expresados, como entre nosotros advertía Manresa (145). También aquí puede resultar más fácil fijar lógicamente el requisito de la determinabilidad o esencialidad que señalar con nitidez y claridad sus condiciones de apreciabilidad *super casum*; la historia enseña que es esta una cuestión de hecho que debe resolverse según las circunstancias del caso (146).

c) Llegados a este punto —antes, por tanto, de entrar en la consideración de la exigencia de reflejo testamentario del error— conviene hacer un alto en el camino para comparar en su contenido los artículos 767 y 1.266. Es verdad que en el primero destaca el tono negativo de su enunciado: la expresión de una causa falsa no cuenta, a no ser que... La regla jurídica de la relevancia del error determinante se expresa gramaticalmente en forma de excepción a una regla más amplia. Aunque menos llamativamente, algo similar ocurre en el artículo 1.266: «Para que el error invalide el consentimiento deberá recaer...». *Ergo* no todo error, sino sólo el que cumpla las condiciones fijadas en el precepto, será un error jurídicamente relevante. En todo caso, y más allá de la simple formulación gramatical, ¿difieren mucho en su contenido los artículos 767 y 1.266? Pregunta de interés, porque si su respuesta es negativa; esto es, si el artículo 767 aplica al testamento la misma regla que el 1.266 a los contratos, podrá comprobarse lo

(143) VARELA: op. cit., pág. 184: Basta, contudo, segundo a opinião pacificamente aceite entre os autores, a essencialidades subjectiva do erro, ou seja, a essencia idade da representação erronea no animo do testador; não se torna necessario que, em abstracto, o erro seja tambem essencial para a generalidade dos individuos.”

(144) “... ed e il solo che ha determinato il testatore a disporre”.

(145) MANRESA: op. cit., pág. 177. También, ALBALADEJO: *De nuevo...*, cit., pág. 479: “Basta que el motivo erróneo, aun concurriendo con otros más o menos relevantes (erróneos, a su vez, o no) sea el *determinante exclusivo*. Si los motivos que compelieron al testador a disponer como lo hizo fueron *varios*, todos igualmente determinantes, de forma que cada uno aisadamente hubiese sido suficiente para provocar la disposición, el hecho de ser erróneo alguno de ellos no permite basar la invalidación, ya que no fue determinante *exclusivo*. Si los motivos fueron varios, pero ninguno tuvo *por sí solo* eficacia determinante, pues el testador dispuso determinado por el *complejo de motivos*, tampoco basta que uno sea erróneo para que la disposición sea inválida, sino que se requiere el error en el complejo.”

(146) *Ad rem*, CAPITANT: op. cit., págs. 481-483, 488-491. Para otras consideraciones sobre la esencialidad del error en el testamento. Vid. VARELA: op. cit., págs. 184-195.

inane de la polémica sobre la aplicabilidad analógica del artículo 1.266 al testamento, y lo infundado del criterio restrictivo a la apreciabilidad del error testamentario sobre la pretendida base de los artículos 673 y 743: como si el artículo 767 no contuviera una *amplia* previsión sobre la materia, por más que al error no se aluda en el artículo 673!

Pues bien, según hemos comprobado, el artículo 767 sanciona la fuerza invalidante del error determinante, pudiendo considerarse tal, tanto el error en el motivo como el error motivante. ¿Varía mucho el criterio sustentado en el artículo 1.266? El análisis detenido de este precepto excede, evidentemente, la economía de este trabajo. Su atenta lectura, no obstante, permite afirmar su inspiración —bien clara, por cierto— desde la misma idea del error determinante (147). Así lo ha puesto de relieve Castro. «Este especial significado —dice— del artículo 1.266 resulta de dos expresiones: la que considera aquello que *principalmente* da motivo para celebrar el *contrato* y la que atiende a la *causa principal* del *mismo* contrato. Son coincidentes —añade—, no obstante la diferencia de los términos; pues la causa principal aludida no es la tenida en cuenta para tipificar y caracterizar en general los contratos (art. 1.274), sino aquellas condiciones de la persona, consideradas al modo como lo son las condiciones de la cosa y que dan motivo para celebrar un contrato. Lo que constituya el motivo o causa principal tenido en cuenta, podrá ser la sustancia de la cosa objeto del contrato, sus condiciones y la consideración de la persona. La mención de la *sustancia* no parece permita aislarla de su estimación como motivo» (148).

También Alonso interpreta el precepto en esta línea: «En los contratos —dice (149)— el error se caracteriza por un conocimiento equivocado de la sustancia —identidad, materia— de la cosa objeto del contrato, de las condiciones —cualidades— de la misma o de la persona (art. 1.266). Tal conocimiento equivocado origina o motiva una declaración viciada de voluntad (150). Incluso

(147) Cfr., de nuevo, el trabajo de MIQUEL, Juan: *Una aportación al estudio del error in substantia...*, cit., págs. esp. 83-84.

(148) CASTRO: op. cit., pág. 110; también, pág. 102.

(149) ALONSO: *El error sobre la causa*, cit., pág. 67.

(150) También, id. en anotaciones a PIETROBON, págs., esp., 502-504. Sin que por ello, no obstante, resulte tan claro en el pensamiento del autor el paralelismo entre el artículo 1.266 y el 767: el primero se ocuparía del error motivo; el segundo se limitaría al error en el motivo. En tal sentido ALONSO difiere del pensamiento de ALBALADEJO sobre el contenido del 1.266: "En realidad —dice en *El error sobre la causa*, págs. 74-75, nota 177— no es que cualquier tipo de error —*in persona, in corpore, in substantia*, etc.— quepan dentro del espíritu y de la letra del artículo 767, como piensa ALBALADEJO... Precisamente tal precepto es una limitación a la norma contenida en el artículo 673, que declara irrelevante el error del testador como regla general, en el sentido de que sólo puede anularse una institución de heredero viciada de falsa representación sobre el motivo causalizado. No parece viable, en consecuencia, invocar otros supuestos que excedan de consideraciones o creencias erróneas sobre

para Albaladejo —a la cabeza, como ya dijimos, de la corriente restrictiva en la apreciación del error testamentario— el contenido del artículo 1.266 cabe en la norma del artículo 767 (151) ¿Cómo entonces podrá admitirse el pretendido carácter excepcional del artículo 767? ¿Ni qué necesidad queda, contando con él, de aplicar analógicamente al testamento el artículo 1.266?

El artículo 1.266, digamos para terminar este punto, es entonces un buen precepto, que permite, por encima de su casuismo, posiblemente insuficiente (152), inducir el criterio universal de la apreciabilidad del error *determinante*. Con él coincide, para el testamento, el artículo 767 (153), y para el matrimonio —inequívocamente, tras su nueva redacción— el artículo 73, 4: es nulo el matrimonio celebrado por error en la identidad de la persona o «en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento». El error propio es, pues, objeto de una bien marcada homogeneidad normativa en los tres puntos más sobresalientes de la disciplina —dispersa— de la voluntad negocial.

d) Ahora bien, admitida la homogeneidad entre el artículo 767 y el 1.266 en razón del error que se considera invalidante, ¿no impondrá la esencialidad de la forma testamentaria especiales condiciones de apreciabilidad al error en el acto de última voluntad? Aun cuando el error relevante en el testamento sea el mismo que

las razones que llevan a disponer 'mortis causa' en la dirección señalada por el testador". En sentido parecido, BARCELLONA, *Errore*, cit., páginas 266-268, en la doctrina italiana, refiriendo el artículo 1.429 del *Codice* (nuestro 1.266) a la disciplina propia del error, mientras que el 624 (nuestro 767) pertenecería al peculiar juego de la causa en el negocio "mortis causa".

(151) ALBALADEJO: *De nuevo...*, págs. 470-471: "... puesto que: 1. El art. 767 no deja intacta, es decir, no deja *aparte* la aplicación a las disposiciones testamentarias de la teoría del error, sino que ésta sólo puede aplicarse a través de él. 2. Al legislador, en materia testamentaria, no le importa otro error que no sea el error en los motivos. Ahora bien, como indicábamos, los errores esenciales en base a los cuales, según la teoría general del error, el negocio sería inválido, son ni más ni menos que errores *en los motivos*, como pasamos a demostrar". Id. pág. 478: "Por eso el *error in persona* o *incorpore* o *in substantia*, o cualquier otro error posible, caben dentro del espíritu y de la letra del art. 767".

(152) Insuficiencia señalada por ALONSO. Nuestro 1.266 no llegaría ni al más completo casuismo del 1.429 italiano, ni a la feliz síntesis del § 119 BGB. Habría de ser completado para obtener una más suficiente regulación del error. Cfr. ALONSO: *El error...*, cit., pág. 40, y anotaciones a PIETROBON, págs. 508-509. Nosotros disentimos en el sentido indicado en el texto.

(153) De él ya decía MANRESA: op. cit., pág. 177, que está "en un todo conforme... con los preceptos generales de Derecho". Afirmaciones similares, en el Derecho italiano, pueden verse en PIETROBON: op. cit., páginas 669 ss. y en TRABUCCHI: op. cit., pág. 670: "Per l'errore nella determinazione vale, invece, la norma dell'art. 625, la quale sostanzialmente estende alla volontà testamentaria gli effetti dei vizi del volere per la generalità degli atti negoziali".

se toma en consideración en los contratos, el formalismo testamentario puede imponer restricciones en cuanto al vehículo de expresión o medio de constancia de la existencia y esencialidad del error (154). Efectivamente, es eso lo que ocurre cuando el artículo 767 impone como condición o requisito de apreciabilidad de el error que «del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa».

Pero, ¿cómo entender tal requisito formal? Entre nosotros se viene indicando a veces que en él se excluye la posibilidad de la prueba extrínseca y se impone la necesidad de indicación expresa, tanto del error como de la esencialidad. Entendemos que el artículo 767 no impone tal conclusión. La exigencia de la prueba intrínseca se apoya sólo, y sin base suficiente según creemos, en el texto del precepto. Se entiende que, aun cuando otra cosa sería deseable de *lege ferenda*, de *lege lata*, el artículo 767 la impone (155). Al igual que llega a afirmarse, con idéntica falta de apoyo

(154) “La naturaleza formal del testamento —dice CASTRO: op. cit., pág. 130— y su carácter unilateral, determinan ciertas particularidades para la apreciación del error en el testamento”. LACRUZ-SANCHO: op. cit., pág. 465: “Como cualquier representación puede actuar como motivo determinante, indica ALBALADEJO que por esta vía se introduce en el negocio *mortis causa*, en cierta medida, la operancia del error *in genere*. Pero las condiciones puestas a tal operancia por el propio precepto (causa y esencialidad expresas) de tal modo restringen el campo de crítica del acto que, en realidad, el art. 767 habrá de reducirse a su texto... Un motivo, aún determinante, que no resulta del testamento sino a través de la interpretación de la voluntad del testador recurriendo a medios extrínsecos de prueba, ya no entra en el supuesto legal”. ALBALADEJO: *De nuevo...*, cit., pág. 468: “siguiendo, como hace nuestro Código, el sistema de la prueba *intrínseca*... es indudablemente infundada la afirmación de que en esta materia el error es, a efectos de invalidez, igualmente relevante que en los contratos. Pues todos los errores, por muy esenciales que sean y por muy plenamente que puedan ser probados al margen del testamento, no servirán para invalidar la disposición, ya que el Código los desprecia, como desprecia el motivo ilícito (767,2) o el motivo erróneo (767,1, principio), cuando no resulte del testamento que fueron determinantes, considerándolos ‘como no escritos’ e inúti es, por tanto, para basar en ellos la invalidación”. Id. pág. 483: “Y ahí está la verdadera trascendencia del art. 767, artículo que no cierra el paso al error como causa de invalidez, puesto que cualquier error decisivo es base para la invalidación, con tal de que se pruebe intrínsecamente. Por ello la conclusión que es necesario extraer es la de que el art. 767 restringe sólo la prueba del error determinante”.

(155) Cfr. ALBALADEJO: op. cit., pág. 482: “El art. 767 requiere que se pruebe mediante el testamento cuál fue el motivo, es decir, que se exprese en el testamento la causa. Asimismo exige que conste en el testamento el carácter determinante de la misma, es decir, ‘que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa’. El legislador ha acogido, pues, sólo la prueba intrínseca —contenida en el propio testamento—. Lo que está fundado —aparte de que sea acertado o no— en la seguridad que, quizá yendo demasiado lejos, se ha querido dar a las disposiciones testamentarias... Partiéndose, pues, incluso, si se quiere, de la base de

en la ley, la necesidad de indicación expresa de la motivación errónea esencial (156).

Nosotros entendemos que son cosas distintas la exigencia de constancia expresa y el simple «resultar del testamento» que, como todo y sólo requisito, exige el artículo 767 (157). Varela, que ha destacado magistralmente la diferencia, concluía en relación con el artículo 1.745 del antiguo Código portugués (y la conclusión es perfectamente aplicable a nuestro 767) que la invocación de la causa exigida por la ley puede traducirse en la mera alusión a una circunstancia, cuya conexión psicológica con la voluntad del declarante puede desprenderse del fluir de la cláusula, sin necesidad de que venga explícitamente enunciada en el tenor del testamento (158). Siendo ello así es claro que el *resultar del testamento* no debe impedir el recurso a la prueba extrínseca (159). Hay entre nosotros jurisprudencia suficiente en favor de este criterio (160)

que el Código debió ser más liberal en la admisión de pruebas, lo que no cabe negar *de lege lata* es que exige la prueba intrínseca”. ALONSO, en anotaciones a PIETROBON, cit., pág. 702: “Del art. 767, ap. 1.º, se deduce que el legislador admite únicamente la *prueba intrínseca*, inferida de elementos ajenos al testamento”.

(156) LACRUZ-SANCHO: op. et loc. cit.: “Pero las condiciones puestas para tal operancia por el propio precepto (causa y esencialidad expresas)...”

(157) La diferencia resalta de la simple comparación entre el artículo 828 del viejo *Codice* de 1865 y el artículo 624 del vigente, de 1942. Según el primero el motivo erróneo había de ser expreso; de acuerdo con el segundo, basta que resu te del testamento (justamente la misma expresión que utiliza nuestro 767). He aquí cómo enjuicia SANTORO PASARELLI: op. cit., pág. 244, el cambio: “Questo importava, a nostro avviso, non solo che il motivo poteva provarsi unicamente col documento testamentario, ma anche che la forma, quella precisa forma di manifestazione del motivo era condizione di rilevanza del medesimo. Secondo il nuovo Codice e sufficiente che il motivo *risulti* dal testamento (art. 624; cfr. anche art. 626). Cio vuol dire che *e mutato non solo il regime della prova*, pur restando questa documentale, *ma anche quello della forma di manifestazione del motivo* per la rilevanza dello stesso: non solo la prova, ma la forma e resa piu agevole”.

(158) VARELA: op. cit., pág. 206.

(159) Cfr. CASTRO: op. cit., págs. 129-130, donde, refiriéndose al artículo 767, dice que “respecto de la institución de heredero ‘caput et fundamentum’ del testamento, se atiende al error, y que para ello se han de tener en cuenta circunstancias extrañas al tenor del testamento. Teniendo, además, en cuenta que la doctrina admite ‘las pruebas extrínsecas’ para la interpretación del testamento, no parece haya dificultad para atender a la equivocación, por ejemplo, respecto a la designación de una finca... No se puede prescindir del apoyo del texto mismo del testamento (art. 675). Cuando se trata de error que determina la voluntad habrá que partir de lo expresado en el testamento, para averiguar si el hecho sobre que recaé el error era considerado por el testador como determinante de su voluntad; las pruebas extrínsecas se podrán utilizar como corroborantes o aclaratorias...”.

(160) A partir, sobre todo, de la importante sentencia de 8 de julio de 1940: “En toda interpretación de voluntad, y más cuando se trata de declaraciones de voluntad que la doctrina científica llama ‘no recepticias’, entre las cuales figura como una de las más típicas el testamento, se ha de considerar decisiva la voluntad real del declarante, cual así lo da

que, por otra parte, es criterio legal en el moderno Código civil portugués (161). Y es que, como entre nosotros ha destacado Jordano, los fundamentales criterios de interpretación de la voluntad testamentaria —previa a la valoración del error (162)— y de primacía de la intención o voluntad real interna sobre la inexacta o insuficientemente declarada, exigen, por un mínimo de coherencia, la utilización también en este caso de cuantos elementos puedan iluminar sobre la exacta y real voluntad del causante, reflejada suficientemente, aun cuando no perfectamente expresada en el texto del testamento (163). Incluso el mismo Código civil, en pre-

a entender el artículo 675, apartado 1 de nuestro C. c. y está sancionado por la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, mas ello es, como se infiere de este mismo artículo, a base de que el contenido de dicha voluntad haya tenido expresión en la declaración y pueda reconocerse en ésta de algún modo, cualquiera que sea, pues si bien no hay obstáculo legal que impida al juzgador acudir, para la interpretación del contenido de las disposiciones testamentarias, a circunstancias exteriores al testamento (.os llamados medios de prueba 'extrínsecos'), es menester, por razón sobre todo del carácter de acto formal o solemne que tiene el testamento, y que aparece consagrado en el artículo 687, que el sentido averiguado y desenvuelto por la interpretación tenga una expresión, cuando menos incompleta, en el documento...". En esta línea se mantiene la jurisprudencia posterior, con la sola y poco significativa excepción de la sentencia de 11 de abril de 1958: "el criterio rector que ha de presidir la exégesis de ésta (disposición de última voluntad) ha de tomar como base el testamento mismo, por la elemental razón de que se trata de una declaración de voluntad no recepticia, cuyo sentido y alcance no aconseja, ni acaso permite, acudir a los llamados medios de prueba extrínsecos...". Para Díez PICAZO: *Jurisprudencia civil*, III, cit., pág. 490, esta sentencia constituye una extraña regresión en la doctrina jurisprudencial.

(161) El artículo 2.202, exige, como nuestro 767, que el error "resultar do proprio testamento", y el 2.187 (interpretación del testamento) dispone en su segundo párrafo: "E admitida prova complementar, mas não surtira qualquer efeito a vontade do testador que não tenha no contexto un minimo de correspondencia, ainda imperfeitamente expressa".

(162) Cfr. BADOSA, en KIPP, cit., pág. 282: "La interpretación determina si la representación del testador tiene realmente el valor de motivo de la institución y si este va'or es además decisivo".

(163) JORDANO: *Interpretación del testamento*, cit., págs. esp. 51-54: "La verdad es, sin embargo, que el artículo 767 está subordinado a la norma fundamental del artículo 675; previamente ha de intervenir la interpretación para puntualizar: 1. Si el motivo resulta del testamento (cuando no es declarado abiertamente, puede todavía ser inducido por vía interpretativa, recurriendo incluso a la prueba extrínseca, con tal que dicho motivo tenga alguna *expresión*, aun incompleta, en el mismo documento testamentario); 2. Si el carácter determinante del motivo resulta del testamento, porque, a través de su propio contexto, o *aliunde*, pero, en todo caso, con algún apoyo textual, siquiera imperfecto, puede demostrarse que el motivo fue determinante de la voluntad, en el sentido de que, en su falta, el sujeto no habría hecho la disposición. La pretendida exigencia de la prueba intrínseca del error impediría, en el pensamiento de ALBALADEJO, la atendibilidad, tanto del llamado error obstativo, como del error vicio en los casos en que éste resulte puesto de manifiesto por la interpretación, valiéndose de la prueba extrínseca. Mas esto implica un fuerte contrasentido, pues, o se admite por igual la posibilidad del recurso a la prueba extrínseca en los dominios del error y de la inter-

ceptos concretos, favorece la admisibilidad de la prueba extrínseca; el error determinante no necesita indicación expresa en el testamento. Tal ocurre, e. c., en el desconocimiento de las causas de indignidad (art. 757), o en el de la ajenidad de la cosa, desencañenante de la nulidad del legado (arts. 861-862) (164).

Y así, efectivamente, debe ser. La forma, aún esencial, es siempre funcional y relativa: vale en cuanto vehículo de conocimiento de la auténtica voluntad negocial. En tal sentido se la puede exigir y así se la ha de tratar. En el testamento es especialmente marcada la necesidad de la forma. El testador no puede expresar ni aclarar su voluntad —ley de la sucesión— al tiempo de producirse ésta. Dicha voluntad, en interés de su efectividad y como garantía de seguridad en la sucesión, ha de quedar reflejada en forma suficiente: esta es la función del testamento. Función que plenamente cumple cuando se le entiende al servicio de la voluntad que manifiesta y no como límite o barrera de la intención no expresamente indicada, aunque sí suficientemente manifestada (165). El testa-

pretación, o se niega también por igual... Además, siguiendo la tesis criticada se pondría en grave crisis la interpretación subjetivista del testamento y el valor del principio de la prevalencia de la voluntad sobre la declaración en el negocio unilateral *mortis causa*...". Vid. también, VARELA: op. cit., págs., e. c., 162-167.

(164) "En nuestro artículo —decía GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, cit., págs. 367-368— no se ha adoptado el rigorismo sobre la necesidad de expresarse en el testamento la ciencia del testador, porque puede haber otras pruebas de esto que su declaración o enunciativas, y al juez toca la apreciación de los hechos". Tal disciplina era perfectamente homogénea con el entonces proyectado artículo 721 (actual 767) en el que no se hacía referencia alguna al reflejo testamentario del error: "Toda disposición testamentaria a título universal o particular, fundada en una causa falsa, quedará sin efecto si el interesado no probare que el testador tuvo, para hacer la disposición, otra causa tan atendible como la expresada". Comentaba GARCÍA GOYENA (pág. 384): "El 811 Sardo, dice: 'si no resulta del testamento que la causa expresada ha sido la sola que ha determinado al testador, la disposición producirá efecto, aun cuando la causa resulta falsa': nuestro artículo se aparta mucho de éste y evitará pleitos determinando cuándo y por quién ha de hacerse la prueba". Nuestro legislador prefirió a este precepto el 3.380 del Cod. mejicano, y en él se hace referencia al "resutar del testamento"; aun así, es claro que los artículos 861-862 prescinden de la prueba intrínseca (que, además, no puede verse impuesta genéricamente, por la expresión del art. 767). De hecho, ALBALADEJO, en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XII, 1. Madrid, 1981, pág. 53, dice: "La prueba de que el testador sabía ser ajena la cosa puede ser de cualquier tipo, y facilitarse a base del testamento (como si en él expresa o tácitamente declara el testador saberlo, o consta en el mismo de algún modo que lo sabía) o por otros medios cualesquiera, ya que la ley no pide que se deduzca de aquél".

(165) Cfr. CAPITANT: op. cit., págs. 89-90: "¿Dónde comienza esta voluntad, dónde es preciso detenerse, cómo aislar el acto de volición de los motivos psicológicos que le han precedido y acompañado? No tenemos otro elemento de determinación que los términos mismos de que se ha servido el testador, la fórmula a que ha incorporado su intención liberal. Mas hay que guardarse de atenernos exclusivamente a esta fórmula, porque correríamos el riesgo de desconocer la voluntad exacta del tes-

mento cumple su función cuando en él la voluntad encuentra algún reflejo; cuando —como dijo la sentencia de 8 de julio de 1940— «haya tenido expresión en la declaración y pueda reconocerse en ésta de algún modo, cualquiera que sea». Hasta aquí es razonable la exigencia formal; aquí ya evita lo que Endemann llamaba *die Jagd nach den Motiven*; más allá comenzaría a sacrificar la voluntad a la forma. La negativa a la prueba extrínseca termina por suponer la hipertrofia de la forma y la desvirtuación de la *voluntas testantis* (166).

He aquí, pues, en su justa medida, según creemos, la particularidad del error apreciable en el negocio de última voluntad: la necesidad de su reflejo en el testamento. Es pura derivación de la exigencia formal del mismo testamento. Su *ratio* es clara: la constancia cierta de que el error motivante se integra en el contenido del acto de la voluntad. La necesidad de que *ante mortem* quede suficientemente fijada la *voluntas testantis*, impone el reflejo testamentario del error padecido por el testador; no necesita, en cambio, ni la exige la ley, la expresión directa del error ni la indicación explícita de su fuerza esencialmente motivante o determinante.

Quedaría aún por indicar un punto en que la disciplina del error testamentario difiere de la regulación general del error en el negocio jurídico. La diferencia —ya aludimos anteriormente a ella— no se refiere ahora a las condiciones o requisitos de apreciabilidad del error, sino al régimen a que, una vez apreciado, es sometido dicho error. En el contrato la impugnación siempre deja la puerta abierta a la posibilidad de un nuevo acuerdo que, sustituyendo al impugnado, da a su objeto solución conforme al interés y voluntad de las partes. En la sucesión, por el contrario, la impugnación del testamento o de alguna de sus concretas disposiciones abriría el camino, en defecto de previsión *ex voluntate*, a alguno de los resortes legales sustitutivos. El remedio puede resultar excesivo cuando, no obstante el error o desconocimiento del testador sobre concretos hechos o circunstancias, conste la dirección prevalente de su voluntad dispositiva, más próxima al retoque accidental en lo expresado como contenido de voluntad,

tador. Con razón tiene aplicación aquí el adagio clásico: 'el espíritu vivifica, la letra mata'. Ante todo debemos inquirir el espíritu que ha dictado la letra, porque lo que importa principalmente es conocer la intención real y completa del disponente. Y para descubrirla hay que atender no sólo a los términos empleados, sino a todas las circunstancias que permiten reconstruir en toda su integridad la voluntad del testador, pues sólo ella interesa. Ahora bien, es necesario para ello penetrar en su fuero interno e investigar no sólo el fin que buscaba, sino también las razones que ejerciesen influencia determinante sobre sus intenciones. Si el testador ha obrado erróneamente es preciso averiguar si este error ha sido determinante, y si se llega a la conclusión de que, informado exactamente, no habría hecho el legado, no debe dudarse en pronunciar su nulidad. Porque, repetimos, en esta materia hay que atenerse escrupulosamente a su voluntad."

(166) Cfr., de nuevo, JORDANO: op. cit., págs. esp. 85-90.

que, e. c., a la apertura de la sucesión legal. Por esta razón la ley ordena —cuando el supuesto así lo permite (art. 798)— el cumplimiento de la voluntad del testador, si no en sus propios términos, sí en otros, los más análogos y conformes a su voluntad. La interpretación de la voluntad hipotética, presunta o conjetural del testador —*favor testamenti*— opera así como límite a la impugnación del testamento por error (167).

e) Terminado el análisis del artículo 767, queda aún por responder una cuestión cuya formulación puede hacerse en este lugar, pero cuyos datos de respuesta resultan ya suficientemente de lo anteriormente expuesto. El artículo 767 se refiere a la significación invalidante de la causa falsa: ¿será de aplicación restrictiva o podrá extenderse su mandato a la causa no verificada, aun sin juicio previo sobre ella que en rigor permita hablar de error y de falsedad (168)? Late en la pregunta el tema ya abordado sobre el significado sustancialmente idéntico del error y la ignorancia. Evidentemente no es, lógicamente, lo mismo errar por emitir un juicio disconforme con la realidad que no prever un determinado estado de cosas, significativo, no obstante, para la efectividad razonable y con sentido, según la intención del testador, del propio acto de disposición. En el primer caso hay error y falsedad; en el segundo sólo imprevisión o ignorancia. ¿Deberá ceñirse el artículo 767 sólo a los casos de error?

Códigos de mayor rigor y riqueza técnica que el nuestro —como

(167) Cfr., en la doctrina alemana, KIPP: op. cit., págs. 266-267: “De todos modos la jurisprudencia ha atenuado los desagradables efectos de la regulación legal, desarrollando la *interpretación complementaria* de los testamentos y atribuyendo a esta interpretación *preferencia ante la impugnación*. Con ello la zona de aplicación de las normas de impugnación ha quedado esencialmente disminuida... Se trata de que se han producido ulteriormente circunstancias contrarias a las esperanzas del causante o totalmente imprevistas por éste... La disposición del causante debida a suposiciones erróneas, no queda anulada, sino adecuada al cambio de las circunstancias. Con ello se toma en consideración la hipotética (irreal) *intención positiva* del causante...”. En Portugal, VARELA: op. cit., pág. 194: “Tanto os princípios básicos, que governam a sucessão testamentaria, como as considerações de justiça e de razoabilidade, adequadas ao caso, convergem na seguinte ideia: a disposição testamentaria —sancionada pela vontade real e livre do *de cuius*— so deve ser declarada ineficaz quando subsistam razões serias para presumirmos que o enganado teria preferido a nulidade (com as respectivas consequências) a validade da *clausula*. Noutros termos: o julgador, chamado a apreciar a validade da disposição influenciada por um erro-nos-motivos, deve, adoptar a solução que o proprio testador perfilharia se, *com pleno conhecimento de causa*, fosse chamado a pronunciar-se sobre o mesmo problema; e na duvida, deve optar sempre pela validade da disposição”. Entre nosotros, para la interpretación integradora del testamento y la voluntad conjetural del declarante, cfr. JORDANO: op. cit., págs. 101-107.

(168) Cfr. *ad rem*, SATTA: *Motivo mancato e motivo erroneo nel testamento*, Giur. it. 1949, I, págs. 665-668.

es el caso de los dos alemanes: el BGB y el de la DDR (169)—expresamente comprenden, equiparados, en la misma norma el error y la imprevisión. ¿Podríamos nosotros, sin una norma similar, extender hasta la imprevisión lo que el Código expresamente dispone sólo para el error? Sin necesidad de habernos de detener ahora en su justificación, creemos procede la respuesta afirmativa. La semejanza de significado del error y de la ignorancia lo permite. Es más: si en Alemania la distinción se hace necesaria —Castro lo ha destacado magistralmente— es por el abandono de la rica y fecunda figura de la causa concreta. Animando ésta en nuestro Derecho la regulación del error, ninguna necesidad hay de añadir al margen de ella recursos supletorios como el de la base del negocio o el de la reserva virtual (170). Si, como ha indicado Alonso Pérez (171), el error, sin ser vicio de la causa, llega a afectar a la causa, a la inversa, podemos añadir, el defecto de causa termina por reconducir el supuesto a la disciplina del error. La relevancia viciante de la causa falsa es extensible a la imprevisión o desconocida inexistencia de causa. Si nuestro legislador no destaca la hipótesis es más por insuficiencia técnica que por voluntad de exclusión (172).

No puede ser argumento en contra de esta opinión el, a veces propuesto como tal, basado en la falta de expresión testamentaria de la simple ignorancia y de su alcance determinante (173): sin necesidad de manifestación *expresa* —según antes expusimos—

(169) Parágrafos 2.078 y 374 respectivamente.

(170) CASTRO: op. cit., pág. 103: "No estará de sobra advertir toda vía que esta señalada conexión entre declaración negocial y causa concreta (motivo incorporado) no es algo peculiar del Derecho español; la doctrina alemana, impulsada por las necesidades de la práctica y guiada por las decisiones de los tribunales, ha creído necesario construir la figura del fundamento o base del negocio jurídico (*Rechtsgrundlage*) (sic) para, en buena parte, resolver con ella casos de error, a a manera como lo vienen haciendo los Tribunales españoles". Id., pág. 325.

(171) ALONSO PÉREZ: *El error sobre la causa*, cit., págs. 75-77.

(172) Ampliamente, sobre el Código portugués derogado, VARELA: op. cit., págs. 209 ss., esp., e. c., pág. 348: "O facto de os artigos 659 e 660 aludirem somente ao erro sobre a causa, e de o artigo 1.745 se referir apenas a invocação duma causa *falsa* e a reacção que o testador experimentalmente, se conhecesse a *falsidade* da causa invocada, deve atribuir-se, portanto, segundo a conclusão imposta pela análise teleológica dos mesmos preceitos, a simples circunstância de o legislador —tal como a ciencia jurídica da época, toda enfeudada a uma deficiente perspectiva dos problemas ventilados— ter raciocinado sobre um círculo apriorísticamente limitado de hipóteses: a essa circunstância e não a intenção firme e esclarecida de subordinar a existencia do *erro* a atendibilidade da vontade conjectural do declarante, visto o *erro* nao se mostrar imprescindível na consecução dos objectivos substanciais prosseguidos pelo legislador, dentro dos regimes analisados."

(173) BADOSA: op. cit., pág. 278: "No se puede equiparar ignorancia a error. En la ignorancia falta la expresión testamentaria de la circunstancia y, por supuesto, la de su valor determinante. Por ambas razones no entra en el artículo 767. 1."

ambas pueden *resultar* del testamento. Y lo que más cuenta: en ocasiones aisladas el Código somete a la misma disciplina del error supuestos de imprevisión o simple ignorancia. ¿No podría ser éste el caso de la sobreveniencia de legitimarios, desencadenante de una preterición no intencional (174) y el de la pérdida de lo que le hubiere dejado el testador por el albacea que no acepte el cargo o que lo renuncie sin justa causa (art. 900) (175)? En definitiva, pues, que aun cuando referido expresamente sólo al error (falsedad de la causa), lo dispuesto en el artículo 767 es igualmente aplicable a la imprevista inexistencia de causa. La voluntad concreta está tan supeditada a la verdad como a la existencia de la causa. El defecto de ésta se produce igualmente cuando positivamente se yerra sobre la causa que cuando sin juicio completo sobre ella, se deja de prever su inexistencia o se proyecta sobre presupuestos que posteriormente dejarán de producirse.

VI

Hemos pretendido en este trabajo dar respuesta a una cuestión cuyo tratamiento en nuestra doctrina no es pacífico: el error en el testamento. He aquí, de modo resumido y en lo principal, nuestras conclusiones:

1. No puede afirmarse, desde nuestro Código civil, que el error sea irrelevante, o sólo excepcionalmente relevante en el testamento. No son pocos los preceptos del Código que toman en consideración, tanto el error obstativo o en la declaración (arts. 668, 675, 768, 773) como el error vicio o en la formación de la voluntad (arts. 757, 767, 796, 798, 814, 862...).

(174) En este sentido la trata VARELA: op. cit., págs. 214-239, quien se hace eco, no obstante, de la explicación objetivista de ENDEMANN, pág. 234, nota 2: "Die Anfechtbarkeit ist nicht die Folge des Irrtums des Erblassers, sondern sie wird aus des erbrechtlich geschützten, familienrechtlichen Stellung des Pflichtteilberechtigten geboren". La distinción —hoy expresa en nuestro art. 814— entre preterición intencional y no intencional, obliga a completar la explicación objetiva y normativista. Podrá, con todo, decirse que el supuesto indicado lo es más de error que de ignorancia. Prueba de la proximidad de ambas hipótesis, justificante del igual sometimiento de las mismas a idéntico régimen.

(175) ¿Se trata de una sanción legal o es que el legis'ador interpreta la voluntad conjetural del testador? VARELA: op. cit., págs. 239-252, esp. 246, se inclina por lo segundo. Entre nosotros, ALBALADEJO: *Comentarios...*, cit., págs. 146 y siguientes, apunta hacia la sanción legal; no obstante justifica la norma —pág. 152— del siguiente modo: "Puesto que la recompensa *por* el albaceazgo o *para* el albacea, se deja, precisamente, a causa de la carga que la misión supone, si no se soporta ésta, carece, en principio, de razón la percepción de aquella... (sub. del a.). En cuanto a lo dejado *mortis causa*, también la razón de la pérdida habría de estar, en principio, en ser aquello compensación, que no procede por servicio no prestado."

2. Nada significan en contra de esta afirmación, ni el silencio de los artículos 673 y 674, concebidos ambos desde perspectiva ajena a la del error, como es la de la interferencia *ab altero* de la libre voluntad testamentaria; ni el carácter pretendidamente excluyente del artículo 743; precepto, éste, que debe ser leído también desde los artículos antes citados, especialmente desde el 773 y el 767.

3. El artículo 773 recoge, y trata como tal, un supuesto típico, quizá el más amplio y general, de error obstativo (norma susceptible de aplicación analógica). Descubierta a pesar de su defectuosa expresión la voluntad testamentaria, a ella ha de estarse; en caso contrario, la disposición será ineficaz.

4. El artículo 767 contiene la más general previsión (igualmente susceptible de aplicación analógica) sobre el error vicio en el negocio de última voluntad. Su amplitud y contenido (paralelo al de los artículos 1.266 y 73, 4) hacen innecesaria la aplicación analógica del artículo 1.266 al testamento.

5. La peculiar exigencia formal impuesta por el artículo 767, ni impone la indicación expresa de la falsedad y esencialidad del motivo, ni, por tanto, veta el recurso a la prueba extrínseca.

6. Lo dispuesto en el artículo 767 respecto a la falsedad de la causa es analógicamente aplicable a la inexistencia de la misma.

