

Nulidad e impugnabilidad del testamento

Algunas consideraciones sobre el régimen de la ineficacia del testamento inválido

FRANCISCO CAPILLA RONCERO

Doctor en Derecho

SUMARIO. — I. *Planteamiento*. — 1. Introducción. — 2. Dispersión e insuficiencia normativa del régimen de ineficacia del testamento.—3. El artículo 743 del Código civil.—4. El segundo párrafo del artículo 675 del Código civil.—5. Precisión del objeto de trabajo.—II. *Nulidad e impugnabilidad del testamento*. 1. Caracterización de la nulidad y anulabilidad como regímenes típicos de la ineficacia negocial.—2. Los criterios de opción entre nulidad y anulabilidad.—3. Inexistencia y nulidad virtual o racional.—4. Nulidad y anulabilidad totales del testamento.—a) Jurisprudencia sobre la invocabilidad de la ineficacia negocial en el testamento.—b) Rechazo de la anulabilidad del testamento.—c) Consecuencia: nulidad absoluta como régimen único.—d) Admisión de la dualidad nulidad anulabilidad del testamento.—5. Replanteamiento del régimen de ineficacia del testamento inválido.—a) Premisas e hipótesis.—b) Cuestiones del régimen de ineficacia que revisten trascendencia.—III. *Legitimación*.—1. Legitimación activa.—a) Amplitud.—b) Los “interesados”.—2. *Apreciabilidad de oficio de la nulidad del testamento*.—3. Invalidez del testamento y calificación registral.—4. Legitimación pasiva.—5. Pluralidad de interesados y eficacia de la sentencia.—a) Extensión subjetiva de la cosa juzgada: artículo 1252-2 del Código civil.—b) Pluralidad de interesados y legitimación activa.—c) Litisconsorcio pasivo.—6. Competencia y procedimiento.—IV. *Plazo de ejercicio de la acción*.—1. Diversidad de plazos en razón de la causa de nulidad.—2. Su imprescriptibilidad como acción declarativa.—3. Acción declarativa y acciones materiales.—4. Indignidad para suceder y nulidad del testamento.—V. *Consolidación de los efectos del testamento inválido*.—1. Prescripción de las acciones materiales de condena.—2. Usucapión de los bienes hereditarios.—3. Inadmisibilidad de la acción por ir contra “actos propios”.—4. Renuncia a la acción de nulidad.—5. Confirmabilidad del testamento por el propio testador.—6. La “convalidación” del testamento por los interesados.—a) Su admisión en la jurisprudencia.—b) Ausencia de cobertura normativa.—c) Ambito de la regla: supuestos en que cabe la “convalidación”.—d) Las explicaciones de la “sanatoria”.—e) Ne-

cesidad de replantear la cuestión.—f) Manifestaciones de la autonomía de los sucesores.—g) Convalidación parcial.—VI. *Consecuencias de la declaración de nulidad.*—*Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO

1. Introducción

Son muy numerosos los problemas que se suscitan, cuando se aborda el tratamiento general de la ineficacia del testamento. Comienzan tales problemas por la inexistencia de una sistemática general, comúnmente aceptada, de tratamiento de las diferentes cuestiones, no habiéndose producido, respecto del testamento, un fenómeno similar al que, sin embargo, sí se ha producido respecto del contrato o, más general, respecto del negocio jurídico. Y, en este sentido, no deja de resultar llamativo el hecho de que el tratamiento general de la ineficacia del negocio jurídico se adapte con enorme exactitud al tratamiento que merece la ineficacia del contrato, mientras que, por el contrario, aun a pesar de integrarse normalmente el testamento dentro de la noción de negocio jurídico, el tratamiento de la ineficacia del testamento precise casi siempre de poner de relieve los puntos de discrepancia que requiere respecto de la categoría general de ineficacia del negocio.

Como ocasión habrá de precisar en el desarrollo de estas páginas, el descrito fenómeno es una de las múltiples consecuencias que se producen por el dispar tratamiento normativo que en nuestro ordenamiento merecen contrato y testamento, y porque la categoría o concepto de negocio jurídico respecto al Código civil español, solamente ha de ser entendido como elaboración doctrinal no recibida legislativamente, a diferencia de lo que puede ocurrir en ordenamientos extranjeros (señaladamente el alemán). Por ello, entre nosotros, ha de procederse con exquisito cuidado a la hora de generalizar planteamientos o soluciones fundados en la teoría general del negocio jurídico, cuando se trata de analizar extremos referentes al testamento. No es, por ello, de extrañar que en los tratamientos generales de la teoría del negocio jurídico con frecuencia, llegada la exposición a un punto determinado, se aprecie cómo se introducen matizaciones y precisiones que ponen de relieve las desviaciones de la teoría general cuando se refiere al testamento (1). O que,

(1) Así, incluso en las obras generales que tienen particular cuidado de no efectuar una mera trasposición a la sede del negocio de los problemas, construcciones y soluciones surgidos en sede de teoría general del contrato, se observa esa necesaria acomodación de los postulados generales a las particularidades de la sucesión testamentaria. Magnífico ejemplo de lo dicho puede encontrarse en la obra de Federico DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967 (y ahora reimpresso en 1985). Así, en la definición que propone del negocio jurídico (véase p. 34) y en la elaboración de la misma cuida particularmente de no prescindir del testamento: pueden servir de ejemplo sus palabras cuando, tratando del negocio como regla, afirma que «el poder de la persona para dictar reglas (testamento) y para dár-

incluso, se haya puesto en tela de juicio el propio carácter negocial del testamento, a la vista de las profundas desviaciones observables entre las cuestiones atinentes al testamento y al negocio jurídico en general (2).

selas a sí mismo (contrato), es decir, la autonomía («subject made law») es la médula del negocio jurídico» (p. 31). En el análisis de los distintos asuntos se impone, sin embargo, la consideración específica del testamento: así, por ejemplo, en sede de interpretación («especial naturaleza del testamento», p. 85); o de error (pp. 127 y ss.). Mayor trascendencia para el objeto de este trabajo tiene la consideración de que las consecuencias de los vicios del negocio seguramente son diferentes en el testamento que en el contrato (p. 158); también en lo que afecta a la causa se producen desviaciones (cfr. pp. 195 y ss., especialmente en materia del motivo de la disposición testamentaria); o en la dudosa admisibilidad de la simulación en el testamento (p. 345), etc.

En el fondo, ello es debido a que la fundamentación normativa de la construcción doctrinal, en que consiste la teoría del negocio jurídico, sólo encuentra cómodo ajuste entre las normas generales del contrato, pues previamente el propio concepto del negocio jurídico había sido construido sobre la base del concepto de contrato. Por eso, con extraordinaria frecuencia el testamento no halla acomodo *exacto* en la teoría general del negocio: por los mismos motivos por los cuales no lo encuentra *directamente* en las normas de la llamada teoría general del contrato.

(2) Las dificultades de encaje del testamento como negocio jurídico son especialmente patentes cuando la pretendida teoría del negocio se limita a ser escuetamente el sosias de la teoría general del contrato. Así ocurre cuando se define la autonomía privada (de la cual el negocio jurídico es el principal, si no único, instrumento) como «el poder que tiene la persona para la autorregulación de sus propios intereses» (GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*, Madrid, 1969, p. 15, reproduciendo la definición de Betti). Ciertamente, en el testamento no cabe hablar de «autorregulación» ni, mucho menos, de «autovinculación» del declarante, pues las disposiciones testamentarias (hecha cuestión aparte del testamento mancomunado y del contrato sucesorio, allí y en los casos en que se admitan) no vinculan al testador (revocabilidad esencial del testamento), y además operan a raíz de su fallecimiento, esto es, cuando ya no cabe decir que los intereses regulados sean propios del testador, pues un muerto no ostenta como propio ningún interés jurídicamente; los intereses regulados y las personas vinculadas son los herederos aceptantes y los legatarios no repudiantes, respecto de los cuales la reglamentación testamentaria se impone como vinculación heterónoma (aunque no como sometimiento *necesario*, dada la posibilidad de repudiar la herencia y el legado). Por ello, la definición de la autonomía privada o del negocio jurídico que pretenda integrar en su seno también el testamento debe rechazar de plano la nota de la «autorregulación», así entendida (cfr. L. FERRI, *La autonomía privada*, trad. y notas por Sancho Mendizábal, Madrid, 1969, especialmente pp. 93 y ss.).

En definitiva, si se quiere que el testamento quepa en el negocio, hay que construir el concepto de este último integrando las notas del primero. Mas no basta con que nominalmente en las definiciones propuestas del negocio se excluyan los extremos incompatibles con la naturaleza y régimen propios del testamento; es además necesario que toda la construcción del negocio tenga en consideración las exigencias impuestas por la estructura y régimen del testamento. Con lo cual, ciertamente, se corre el riesgo de abstraer hasta tal punto la teoría del negocio (como denominador *común* del contrato, testamento, negocios familiares, etc.) que acabe perdiendo sustantividad. Por ello, acaso se justifique el modo habitual de proceder: se exponen las reglas que toman su base en el contrato y, a continuación, las especialidades y desviaciones recabadas por negocios diferentes del contrato.

Todo lo dicho justifica la tendencia de que en el texto se hace mención, que propugna excluir el testamento de la categoría del negocio jurídico, defendida señaladamente por LIPARI, como trama argumental básica de su obra *Autonomía privada e testamento*, Milán, 1970, donde se va advirtiendo reiteradamente de la disparidad de fundamento en los distintos extremos en sede de negocio jurídico y de testamento.

Por otra parte, ha de tenerse presente que no cabe enfocar desde una perspectiva crítica la relación entre testamento y negocio, sin proceder simultáneamente a reconsiderar y redefinir la estructura y función del propio concepto de negocio jurídico. Proceso que seguramente acaba desembocando en la evaporación del propio concepto de negocio jurídico

En cualquier caso, ya concebido como negocio *sui generis*, ya concebido como acto no negocial, y desde el punto de vista instrumental que la aludida cuestión asume desde la óptica del objeto del presente trabajo, cabe compartir el criterio general que propugna no desvincular el testamento de la teoría general del negocio jurídico, no tanto como concesión a un tradicional modo de pensar, cuanto como conveniencia impuesta por la terminología normativa y por razones de política legislativa: de una parte, “la terminología de las normas que se refieren al testamento está integrada por palabras (piénsese en términos como violencia, error, dolo, o motivo, o condición) que en sede de autonomía contractual reciben una más precisa definición de carácter general. A la vez que la disciplina del testamento enriquece el régimen de la autonomía negocial en lo que se refiere a la relevancia de las razones individuales de los actos de los particulares y a las modalidades accesorias que los particulares pueden insertar en la estructura típica de los actos”; de otra parte, “una razón más exquisitamente política induce también a ligar el tema general de la autonomía negocial y el tema específico del testamento, y es la conexión entre la autonomía reconocida a los particulares y la garantía de la propiedad, teniendo en cuenta los instrumentos de la iniciativa económica. El testamento, respetando los deberes de solidaridad familiar asegurados mediante las normas de la sucesión forzosa, es manifestación —la última, si se considera que produce efecto con la muerte— del poder de disposición de sus bienes que corresponde al propietario” (3).

Mas si tal puede ser el planteamiento general, no cabe por ello concluir que las soluciones concretas, avanzadas para puntos específicos del negocio jurídico, sean sin más trasladables y aplicables al fenómeno de la sucesión testamentaria. Por el contrario, la inclusión, a pesar de todo, del testamento entre los negocios jurídicos solamente permite, desde el punto de vista de las soluciones normativas a los problemas concretos, la invocación del régimen propio de los contratos para su traslación al testamento, cuando no exista incompatibilidad de fundamento y estructura o disfuncionalidad del resultado práctico, atendiendo a los específicos caracteres del fenómeno sucesorio y del negocio testamentario. O, en otros términos, no siendo la categoría del negocio jurídico una categoría normativa, sino meramente conceptual en nuestro Derecho, su utilización consiente y facilita, pero sólo dentro de los límites generales en que resulta admisible, el empleo de la analogía como medio de llenar las lagunas que el particular régimen de un concreto negocio padezca. Pues la categoría del negocio jurídico no conlleva, en nuestro Derecho,

co, que se diluiría en el concepto de contrato, una vez expulsadas del ámbito de la categoría negocial todas las figuras que no fueran propiamente contratos. Con ello se acabaría generando una duplicidad conceptual meramente nominal, desprovista de sustancia y función actual (cf. en esta línea GALGANO, voz *Negozio giuridico*, en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, Milán, 1977, pp. 932 y ss., y en *Il Diritto privato fra Codice e Costituzione*, 2.^a ed., Bolonia, 1983, pp. 59 y ss., quien va más allá, extendiendo esas mismas conclusiones al propio concepto de contrato).

(3) RESCIGNO, *Manuale del Diritto privato italiano*, 4.^a ed., Nápoles, 1980, pp. 540 y 541.

la aplicabilidad directa de un específico régimen normativo, pues éste no existe en cuanto tal, sino que es solamente construible a partir del particular régimen de los diferentes negocios concretos (4). Por ello, la utilidad práctica más evidente de la consideración del testamento (o cualquier otro supuesto) como negocio jurídico (o no), se pone de manifiesto en aquellos casos en los cuales el régimen propio de la figura analizada es insuficiente o defectuoso, planteándosele al intérprete la necesidad de encontrar vías de integración que generen un resultado satisfactorio, teniendo en cuenta que en la medida de la bondad del resultado obtenido han de primarse las exigencias impuestas por la particular naturaleza y estructura del supuesto cuya regulación era insuficiente.

2. Dispersión e insuficiencia normativa del régimen de ineficacia del testamento

Tienen por objeto estas páginas el tratamiento de algunas cuestiones relativas al régimen de la ineficacia del testamento inválido. En esta materia se producen las condiciones óptimas desde el punto de vista normativo, para invitar al intérprete a fijar su atención en la teoría general del negocio jurídico, como instrumento de colmar las graves insuficiencias que padece la reglamentación normativa de la ineficacia del testamento.

En efecto, a diferencia de lo que ocurre en materia de contratos, no dedica el Código civil atención, desde el punto de vista sistemático, al régimen jurídico de la ineficacia del testamento. Pues, aunque pudiera parecer lo contrario a la vista de la rúbrica de la Sección Décima del Capítulo Primero del Título III del Libro III, que reza: “De la revocación e ineficacia de los testamentos”, ocurre empero que la única norma que en dicha sede se ocupa de la materia aludida, el artículo 743, carece en la práctica de contenido alguno, teniendo por única utilidad remitir a todo el resto de disposiciones concretas, en las cuales se alude a supuestos específicos de ineficacia del testamento. El régimen material, entonces, de la ineficacia del testamento por causa de invalidez ha de rastrear-se a lo largo de todo el régimen jurídico de la sucesión *mortis causa*, lo cual de entrada ya provoca problemas de índole sistemático. Pero además, las normas que se ocupan de estas cuestiones, son parciales, dispersas y de muy diverso alcance, refiriéndose algunas a la ineficacia de determinadas disposiciones testamentarias, otras a la invalidez de determinadas modalidades de atribución *mortis causa*, otras a las causas que pueden invalidar el testamento en general, otras a la no operatividad del fenómeno sucesorio por ausencia de sus presupuestos, etc.

(4) Aunque con referencia a los contratos, la base normativa principal que sirve de sustento para nutrir el régimen del negocio no se encuentre primordialmente en el régimen de cada contrato, sino en las normas generales (fruto ya ellas mismas de un proceso de abstracción conceptual) que contienen el régimen general del contrato, como categoría general formulada y regulada por el propio legislador. Cfr. GALGANO, *Il Diritto privato fra Codice e Costituzione*, cit. pp. 66 y ss.

Dejando a un lado la regulación de los múltiples supuestos en los que el Código se refiere a la ineficacia de particulares disposiciones (5), las normas que se refieren al régimen de la ineficacia del testamento en sí, comprenden diversas hipótesis de ineficacia muy diferentes entre ellas. Así, carece ciertamente de efectos, siendo ineficaz (6) en sentido amplio, el testamento revocado, el que caduca (7) o el inválido (8).

Tampoco merece regulación satisfactoriamente completa el régimen

(5) Por ejemplo, entre otros supuestos, cfr. artículos 737, 750, 752, 754, 781, 785, 792, 794, 862, 865, 869, etc., del C.c.

(6) La terminología en materia de ineficacia del negocio jurídico es harto dudosa, como es bien sabido y puede comprobarse en las obras generales (cfr., por ejemplo, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. pp. 461 y ss., y DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XVII, volumen 2.º, Madrid, 1981, especialmente pp. 231 y ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2.ª ed., Nápoles, 1969, pp. 327 y ss.). En particular, el término ineficacia es objeto de un doble uso. De una parte, se habla de ineficacia en un sentido amplio o general, comprensivo de todas las hipótesis en que un negocio produce realmente unas consecuencias distintas de las previstas o esperadas (cfr. DÍEZ-PICAZO, *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, «A.D.C.», 1961, pp. 820 y ss.), o, más sencillamente, es ineficaz el negocio «al que cualquier obstáculo o defecto impide que despliegue sus naturales consecuencias» (DE CASTRO, cit. p. 462; cfr. también OERTMANN, *Invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos*, R.D.P., 1929, pp. 65 y ss.). Por otro lado, con frecuencia se reserva el término ineficacia, en sentido restringido, para aquellas situaciones en que el negocio no produce sus efectos naturales como consecuencia de causas diferentes de la falta o defecto de los requisitos legalmente exigidos para su validez, contraponiéndose así las nociones de ineficacia e invalidez (cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, ob. cit., p. 233). De acuerdo con ello, la invalidez sería, por una parte, un conjunto de supuestos de ineficacia en sentido amplio, y simultáneamente comprendería los supuestos en que un negocio carece de efectos «normales» por defecto de sus requisitos «constitutivos» frente a la ineficacia en sentido estricto, que comprendería todas las demás hipótesis de ineficacia en sentido general (cfr. SANTORÓ PASSARELLI, *Doctrinas generales del Derecho civil*, trad. y concordancias por Luna Serrano, Madrid, 1964, especialmente pp. 294 a 299 en relación con las pp. 318 y ss.; más amplias referencias sobre la cuestión en CLAVERÍA, *La confirmación del contrato anulable*, Bolonia, 1977, pp. 23 y ss.). Para evitar equívocos conviene aclarar que en este trabajo el término ineficacia va utilizado en el primero de los sentidos indicados (en sentido amplio y general). Por ello se reputan casos de ineficacia, no sólo los de nulidad del testamento, sino también los casos de caducidad, revocación e incluso la que ha sido llamada «inutilidad» del testamento (cfr. LACRUZ, en LACRUZ/SANCHO, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1971, p. 530).

(7) Sobre la revocación véanse los artículos 737 y ss. y cfr. PASTOR RIDRUEJO, *La revocación del testamento*, Barcelona, 1964; sobre la caducidad véanse los artículos 689, 703, 719, 720, 730 y 731 C.c.

(8) El concepto de invalidez del negocio jurídico es discutido. De una parte, como consecuencia de las dudas generales existentes en tema de ineficacia (cfr. nota 6); de otra, porque admitida la noción de ineficacia en sentido amplio, el término invalidez es tachado de superfluidad, pues con él no se acota ninguno de los regímenes típicos de ineficacia negocial como autónomo, disolviéndose su régimen en el de los negocios nulos y anulables, términos éstos que sí hacen propiamente referencia a dos de los regímenes típicos de la ineficacia (cfr. en especial DÍEZ PICAZO, *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, cit. p. 824). Sin duda, la clasificación de los tipos de ineficacia más útil es el que utiliza como criterio el del mecanismo como opera la propia ineficacia (cfr. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. pp. 467 y ss.) o, en otros términos, la distinción que se fundamenta en los regímenes típicos de la propia ineficacia negocial. A pesar de ello, con carácter general, sigue siendo mantenible el concepto de invalidez, entendiendo por tal, en relación con el negocio jurídico en general, «la negación de la fuerza vinculante de un contrato por ser contrario a Derecho, como sanción por su ilegalidad» (DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios*, XVII-2.º, cit. pp. 232 y ss., y allí las razones para mantener el término invalidez respecto

de ineficacia de los testamentos inválidos. Respecto de ellos, el Código civil prácticamente se limita a mencionar, sin definirlos ni desarrollarlos, las causas que acarrearán la consideración del testamento como inválido. Así ocurre respecto de la forma, tanto con carácter general en el artículo 687, como en particular, reiterando la misma disposición, para el testamento cerrado en el artículo 715. También en el mismo sentido para el testamento ológrafo, aunque con formulación a la inversa, se expresa el segundo párrafo del artículo 688 (9). Provoca también invalidez del testamento la ausencia de capacidad del otorgante, regulada en general por los artículos 662 a 666, y en particular para el ológrafo en el 688 (10).

de los contratos, pues se trata del comentario al capítulo VI del título II del libro IV, rubricado «De la nulidad de los contratos»; cfr. también OERTMANN, *Invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos*, cit. pp. 65 y ss.). Admitida su persistencia con carácter general, hay más fuertes razones que aconsejan su mantenimiento en relación con el objeto de estas páginas. En efecto, en materia de contratos la noción de invalidez, desde el punto de vista de los regímenes típicos de la ineficacia contractual, acaba desembocando en el régimen de la nulidad o en el de la anulabilidad, ambos firmemente asentados y aceptados, a pesar de los defectos de regulación que padecen; por ello es comprensible que se propugne prescindir de la noción de contrato inválido. En materia de testamento, por el contrario, las cosas están mucho menos claras, pues aunque se utiliza normalmente el término de la nulidad del testamento, no está claro si éste se corresponde con un único régimen de ineficacia del testamento, o si hay una pluralidad de regímenes de ineficacia, que sean reconducibles (a grandes trazos) a las categorías de nulidad radical e impugnabilidad o anulabilidad. Lo cual constituye, precisamente, el objeto de este trabajo. A lo dicho cabe añadir que, seguramente, cuando se habla de nulidad (y de impugnabilidad o anulabilidad) del testamento no se expresa exactamente lo mismo que cuando se habla de nulidad (y anulabilidad) del contrato, ya que el fenómeno sucesorio es completamente diferente del fenómeno de la contratación, razón por la cual las consecuencias de un testamento ineficaz no pueden ser idénticas a las del contrato ineficaz. Por todo ello, porque es término menos comprometido y porque no se refiere a un régimen típico de ineficacia, parece conveniente hablar, al menos de momento, de testamento inválido.

(9) Sobre la forma en el testamento prácticamente no existe bibliografía específica que aborde esta cuestión globalmente. Por ello, de una parte, ha de remitirse a la búsqueda de información a la bibliografía general y a las obras sobre el testamento (cfr., entre otros, TRAVIESAS, *El testamento*, R.D.P., 1935, pp. 97 y ss., 129 y ss. y 169 y ss., especialmente p. 110; CICU, *El testamento*, trad. y notas por Fairén Guillén, Madrid, 1959, pp. 37 y ss.; JORDANO BAREA, *Teoría general del testamento*, en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al prof. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano*, I, Valladolid, 1965, pp. 431 y ss., especialmente p. 460 y allí cita de Allara; consideraciones generales de interés sobre la forma pueden verse en PRADA GONZÁLEZ, *Las formalidades testamentarias y la nueva Ley uniforme*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, II, Madrid, 1976, pp. 483 y ss., especialmente pp. 488 y ss.). Si hay estudios concretos sobre ciertos extremos formales de los testamentos (cfr. BLOCH, *Los testigos en los testamentos notariales*, R.D.N., XVI, 1957, pp. 533 y ss. y XVII-XVIII, pp. 315 y ss.; ALBALADEJO, *Nulidad de la disposición y nulidad del testamento abierto, cuando el instituido es testigo o lo son determinados familiares suyos*, R.D.P., 1967, pp. 3 y ss. y 195 y ss.). Sobre la nulidad por vicio formal del testamento cerrado cfr. ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, IX-2.º, Madrid, 1983, pp. 98 y ss. Sobre la forma en el testamento ológrafo cfr. TORRES, *El testamento ológrafo*, Madrid, 1977, pp. 166 y ss. y 225 y ss., quien incluye también consideraciones sobre la forma del testamento en general en pp. 35 y ss.

(10) Sobre la capacidad para testar, además de las obras generales, cfr. BELTRÁN DE HEREDIA y ONIS, *Incapacidad para testar del que habitual o accidentalmente no se hallase en su sano juicio*, R.D.P., 1963, pp. 247 y ss.; DE ALFONSO, *Apreciación de la capacidad mental del testador*, R.J.C., 1973, pp. 617 y ss.; PUIG FERRIOL, *La capacidad para testar en Cataluña después de la Compilación*, R.J.C., 1969, pp. 7 y ss.

Es asimismo inválido el testamento que padece vicios de la voluntad, de los cuales el Código civil menciona explícitamente en el artículo 673 la violencia, el dolo y el fraude (11). Finalmente, también se suelen incluir en la categoría del testamento inválido aquellos casos en los cuales se quebrantan las notas de unipersonalidad, establecida por los artículos 669 y 733 (12), y carácter personalísimo, que se desprende del artículo 670 (13) (14).

Acerca del régimen jurídico de la ineficacia del testamento inválido, el Código prácticamente guarda silencio, limitándose a utilizar términos como el de nulidad (15), que claramente evocan regímenes de ineficacia típicos del contrato, siendo también anudables a la sanción general de nulidad contemplada por el artículo 6.º-3 del Código civil para los actos contrarios a leyes imperativas. En suma, pues, laguna legal que invita a integrar el régimen jurídico mediante el argumento de la analogía, y que no se encuentra paliada por las escasísimas normas generales exis-

(11) Sobre los vicios de la voluntad en el testamento, junto con las obras generales, cfr. VIÑAS *Los vicios de la voluntad testamentaria*, en *Conferencias del curso 1948, Ilustre Colegio Notarial*, Valencia, 1949, pp. 431 ss.; COSSÍO, *Dolo y captación en las disposiciones testamentarias*, A.D.C., 1962, pp. 277 y ss.; ALBALADEJO, *El error en las disposiciones testamentarias*, y *De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias*, recogidos en sus *Estudios de Derecho civil*, Barcelona, 1955, pp. 423 y ss. y 459 y ss.; GORDILLO CAÑAS, *El error en el testamento*, A.D.C., 1983, pp. 747 y ss.

(12) Aparte los Derechos forales, cfr. CUADRADO IGLESIAS, *El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981*, R.D.P., 1983, pp. 1091 y ss.

(13) Cfr. DÍAZ FUENTES, *Excepciones al personalismo de las disposiciones testamentarias*, A.D.C., 1965, pp. 141 y ss. y 887 y ss.; PUENTE MUÑOZ, *Una interpretación del artículo 671 del Código civil*, en *Estudios en homenaje al profesor Santacruz Teijeiro*, II, Valencia, 1974, pp. 261 y ss.; CELAYA IBARRA, *El testamento por comisario*, A.D.C., 1972, pp. 735 y ss.

(14) VALLET DE GOYTISOLO, en *Panorama de Derecho de Sucesiones, II: Perspectiva dinámica*, Madrid, 1984, pp. 191 y ss. y 213 y ss. incluye entre las causas de nulidad («en sentido lato», cfr. p. 187) del testamento la preterición no intencional y total, a que se refiere el párrafo segundo, número 1.º del artículo 814 del C.c., reformado por la Ley 11/1981 de 13 de mayo. Y es verdad que materialmente la «anulación» de las «disposiciones testamentarias de contenido patrimonial» implica una situación muy similar a aquella en que se encuentra el testamento inválido por alguna de las causas mencionadas en el texto. Sin embargo, entiendo que es diferente, gozando de un régimen distinto, especialmente en lo que se refiere a la legitimación para impugnar, aunque en otros extremos sus concomitancias con el régimen del testamento inválido sean grandes. Con todo, entiendo que existe una diferencia fundamental: la ineficacia dimanante del caso de preterición total y no intencional afecta sólo al *contenido patrimonial* del testamento, pero no a éste en sí, quedando vigentes las disposiciones no patrimoniales. Por el contrario, las hipótesis de invalidez aquí tratadas afectan a todo el testamento en bloque, tanto a su contenido patrimonial como al no patrimonial. A pesar de ello, la cuestión es dudosa y desde el punto de vista práctico es posible que, a la postre, resulte más conveniente asimilar esta hipótesis a las demás de testamento inválido, en bastantes puntos atinentes al régimen de la acción de impugnación por preterición total errónea (cuestión debatida, empero, existiendo quien califica esta acción como «rescisorias», cual VALLET, cit. p. 218, y quien prefiere asimilarla a las acciones de nulidad, como LACRUZ, en su obra en colaboración también con SANCHEO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, V, Madrid, 1981, pp. 526-527; y en ambas obras otras referencias).

(15) Califican como «nulo» el testamento los artículos 673, 687, 705, etc. del C.c. El segundo párrafo del artículo 675 habla expresamente de «nulidad».

tentes para la invalidez o la ineficacia de los testamentos. Curiosamente, sin embargo, y con buen criterio no se ha producido la incorporación en bloque de las normas dictadas, siquiera, sobre la nulidad del contrato al testamento, habiendo procedido jurisprudencia y doctrina con extrema y plausible cautela, como ocasión de ver habrá en las páginas sucesivas.

3. El artículo 743 del Código civil

Escasísimas son las normas de alcance general sobre la ineficacia del testamento en el Código civil. Y además, se ocupan de cuestiones de relativa importancia, sin que sean capaces de dispensar una guía útil para integrar adecuadamente el régimen jurídico de la ineficacia del testamento.

En efecto, salvo descuido por mi parte, entiendo que solamente merecen el calificativo de normas generales sobre la ineficacia de los testamentos los artículos 743 y 675-2 del Código; referido el primero de ellos a anunciar una pretendida regla de carácter restrictivo acerca de las causas de ineficacia, y el segundo a privar de alcance la prohibición de impugnar el testamento “en los casos en que haya nulidad declarada por la ley”.

El mandato contenido en la primera de estas normas carece de antecedentes claros (16) y su virtualidad es de dudoso alcance. Parece limitarse a reiterar el clásico principio del *favor testamenti*, enunciando respecto de los testamentos la regla de procedencia francesa en materia de contratos que, conceptualmente la nulidad como sanción que había de ser mirada restrictivamente, se plasmaba en la máxima *pas de nullité sans texte*.

El tenor del precepto, aunque no particularmente preciso (17), no deja lugar a dudas acerca de su intención: persigue básicamente restringir las causas de ineficacia (en general), tanto del testamento en cuanto tal, como de las diferentes disposiciones testamentarias, estableciendo que solamente se dará tal ineficacia en los casos expresamente establecidos en el propio Código. Sin embargo, al igual que la regla que parece querer

(16) Su antecedente inmediato se encuentra en el artículo 921 del Anteproyecto del C.c. de 1882-1888 y, según la edición de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en el *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección cuarta, vol. I, Madrid, 1965, parece que fue originalidad de nuestros legisladores, no indicándose (como sin embargo sí se hace en general para cada uno de los preceptos de tal Anteproyecto) fuente de procedencia (pero tampoco lleva la indicación «nuevo»). Desde luego, en el Proyecto de 1851 no hay precepto que pueda ser considerado su antecedente. Además, según indican MANRESA/Pascual MARÍN PÉREZ (*Comentarios al Código civil español*, tomo V, 7.ª ed., Madrid, 1972, p. 947) tampoco hay preceptos «concordantes concretos en la generalidad de los Códigos extranjeros, pues si bien se observan algunas semejanzas, no se hallan éstas determinadas con la claridad y precisión necesarias para apreciar identidad entre ellos».

(17) Cfr. las críticas formuladas por SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, VI, vol. 2.º, 2.ª ed., Madrid, 1910, pp. 1487 y ss. y VALLET, *Panorama*, II, cit. p. 187.

expresar (*pas de nullité sans texte*), su virtualidad y alcance reales son prácticamente nulos (18).

De una parte, porque en no pocas ocasiones la tipificación de las causas de ineficacia en el Código se formula en términos extraordinariamente generales e imprecisos: ejemplar en este sentido es el artículo 687 que decreta la nulidad del testamento por defectos de forma en su otorgamiento, los cuales se dan siempre que no se observen las formalidades establecidas en todo el Capítulo I del Título III del Libro III, esto es, en los artículos 662 a 743.

Pero además, y sobre todo, porque esta norma no ha impedido que se consolide la opinión que sostiene que los testamentos serán ineficaces, no sólo cuando concorra alguna de las causas taxativamente determinadas por la Ley, sino también “cuando resulte inconciliable la validez de los mismos con los requisitos esenciales o indispensables exigidos por el Código” para tal validez, aunque no exista norma expresa que determine la ineficacia (19). Y es curioso que no se haya utilizado el recurso de acudir a una pretendida categoría de inexistencia del testamento con este fin, a diferencia de lo que sí ocurrió con los contratos (20).

La virtualidad, entonces, de este artículo 743, prácticamente se limita a servir de norma de remisión al resto de los preceptos del Código, sin que ello suponga restricción propiamente en el elenco de las causas de ineficacia del testamento o de las particulares disposiciones testamentarias. Por ello, cuando se discute acerca de la admisibilidad o no de causas de nulidad del testamento no expresamente recogidas en el Código, los argumentos que se fundamentan en el tenor del artículo 743 son siem-

(18) Sobre el origen y suerte de la regla «pas de nullité sans texte» cfr. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, París, 1909, especialmente pp. 121 y ss.; DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. pp. 463 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios*, XVII-2.º, cit. p. 240. Como es bien sabido el expediente técnico para la superación de tal regla consistió fundamentalmente en la elaboración de la categoría de la inexistencia, de dudosos perfiles y utilidad en nuestro Derecho.

(19) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, VI-2.º, cit. pp. 1488-1489. Es opinión común: cfr. DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, III, revisado y puesto al día por Cossío y Guillón, Madrid, 1959, p. 261; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, I, ed. 1971, p. 531; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-2.º, 2.ª ed., Barcelona, 1977, pp. 180-181. En la jurisprudencia consagra ese criterio la sentencia de 5 diciembre 1950 (DÍEZ PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, 2.ª ed., Madrid, 1976, n.º 516, pp. 343 y ss.), aunque en realidad se limita a recoger la argumentación aducida en el tercer motivo de casación, rechazándose el recurso por otras causas. Por contra, la resolución D.G.R.N. de 21 enero 1898 (recogida por MANRESA/MARÍN, *Comentarios*, V, cit. p. 946) en base al artículo 743 declaró que «el estar hecha una partición por el Notario autorizante del testamento, como contador nombrado en el mismo, no es defecto que impida o suspenda la inscripción». También se invoca el artículo 743 en la sentencia de 12 noviembre 1964 (Ar. 5.080), aunque incorrectamente, a mi juicio, pues toma base en él (junto con otros preceptos) para deducir la preferencia de la ineficacia parcial sobre la total, asunto para el cual esta norma es, entiendo, de todo punto indiferente.

(20) Como más adelante se verá, sí ha habido quien ha tratado de incorporar la categoría de la inexistencia del testamento, pero con otros fines ajenos a la flexibilización del carácter restrictivo que impone el artículo 743 del C.c.

pre de valor secundario; aunque, claro es, toman base en el mismo quienes, por ejemplo, no admiten el error como causa de invalidez de los testamentos (21). La decisión acerca de si el error (22) o la intimidación (23),

(21) Señaladamente ALBALADEJO, *El error en las disposiciones testamentarias y De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias*, cts. pp. 423 y ss. y 459 y ss. Seguramente por la postura del mencionado autor acerca de la inadmisibilidad del error como causa de nulidad del testamento en bloque, se justifica su opinión sobre el artículo 743 (*Comentarios*, IX-2.º cit., Madrid, 1983, pp. 455-456) en el sentido de que de él se desprende «que hay que rechazar las posibles causas de invalidez o ineficacia que a la vista de la Ley no sean seguras». Sobre la polémica acerca del error, cfr. GORDILLO, *El error en el testamento*, cit. pp. 747 y ss., en especial 778 y 779 sobre el artículo 743.

(22) Como más adelante se indica, excede del objeto de este trabajo el tratamiento de las causas de invalidez del testamento. Con todo, y acerca de la admisibilidad del error como causa de invalidez *total* del testamento, entiendo conveniente reducir el alcance de la discusión a, los que creo son, sus justos términos. Parece compartible la idea de que el error, tanto obstativo como vicio, es relevante en el testamento, en base a no pocos preceptos (cfr. GORDILLO, *El error en el testamento*, cit. *passim* y especialmente sus conclusiones en pp. 814-815). Ahora bien, la relevancia del error afecta fundamentalmente a las concretas disposiciones testamentarias y a la interpretación de la voluntad del testador, es decir, al *contenido* del testamento; y, por ello y como plasmación del *favor testamenti*, la disposición errónea puede (según los casos y requisitos) perder su eficacia, pero sin provocar por ello la ineficacia *total* del testamento (acaso con la salvedad de la preterición errónea total del artículo 814 del C.c.). Por eso es razonable el silencio del artículo 673 sobre el error: 1.º Pues tal precepto vela porque no se *atente* contra la libertad del testador a la hora de otorgar el testamento (cfr. por todos GORDILLO cit. pp. 775 y ss. y allí referencia de otras opiniones), y en el error no hay atentado de tercero contra la libertad del atestador. 2.º Pues es muy difícil que en la práctica se dé una hipótesis de error en el testamento en sí, un caso de *error in negotio* (como agudamente fuera señalado por ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Sevilla, 1951, pp. 121-122; sobre el tema cfr. también GORDILLO, loc. cit. y allí referencias). En efecto, las propias formalidades que integran el otorgamiento del testamento, hacen poco imaginable que alguien teste por error. DE CASTRO (*El negocio jurídico*, cit. pp. 127 y ss.) formula el caso en 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)». Mas tal hipótesis no es de testamento erróneo, pues lo que se introduce en la plica no es el testamento, que en definitiva no se otorga. Fallecido el «testador» y abierta la plica, se llevarán los interesados la sorpresa de que en ella había un documento diferente del testamento; hallado el que iba a ser testamento cerrado, seguramente no valdrá por falta de forma, salvo que cumpla los requisitos del ológrafo. La otra hipótesis mencionada por DE CASTRO sería el caso en que se firme un documento «creyendo no tiene valor de testamento (de mera carta, de condicionado al consentimiento del otro cónyuge aragonés, para que sea en mancomún)» (*idem ibidem*). En Derecho común el ejemplo imaginable sería el del pretendido testamento ológrafo firmado pensando que no es testamento. Mas tal cuestión es en realidad reconducible al requisito de la voluntad actual de disponer, que consiente privar de la consideración de testamento al documento que incorpora «un proyecto, unas notas, o la expresión de meros deseos o recomendaciones» (LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, ed. 1971, pp. 402 y ss.), lo cual acaba centrándose en una cuestión previa: la calificación del documento. Por otra parte, una cosa es que erróneamente se piense que el documento firmado no es testamento, y otra es que el documento firmado carezca de la voluntad de disponer «mortis causa». El ordenamiento, entiendo, no exige que se sea consciente de que se firma un testamento; solamente exige que el documento contenga disposiciones de última voluntad, atribuyendo, luego, la calificación de testamento al mismo (argumento *ex* artículo 667). Luego, si un sujeto en una carta o unas notas, que reúnen los requisitos formales del testamento ológrafo, manifiesta efectivamente su voluntad de disponer «mortis causa», tal escrito será testamento, lo sepa o ignore el testador. En suma, es irrelevante la opinión equivocada del sujeto acerca de la calificación jurídica del acto que realmente realiza. Por todo ello, y así se subraya más adelante, en tema de invalidez (y causas de la misma) del testamento se mantiene una neta

no expresamente mencionados por el artículo 673, son causas de nulidad o invalidez total del testamento, debe fundarse en más sólidos argumentos que el de la mera literalidad de este artículo 743.

4. El segundo párrafo del artículo 675 del Código civil

Establece este precepto que “el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley”, de donde se desprende que quien tenga interés en la impugnación, puede intentarla, aunque en el testamento exista prohibición, teniéndose por no puesta en su caso tal prohibición, en base al artículo 792.

El fundamento de la norma parece claro: existiendo normas de carácter imperativo para el testador, que de no ser respetadas provocan la ineficacia del testamento en sí o de determinadas disposiciones testamentarias, su infracción es demandable por los sucesores, que son los titulares de los intereses en juego, en cualquier caso. De otro modo, se quebrantaría el principio constitucional consagrado en el artículo 24-1 de nuestro Texto fundamental.

distinción, según que se trate de la ineficacia del testamento en sí o del contenido del mismo. Y, puestas así las cosas, cabe afirmar la dificultad de imaginar supuestos de error como causa de ineficacia *total* (del testamento en sí). Lo cual no impide que si sea tenido en cuenta el error en el contenido del testamento, pero ya con sede en preceptos distintos del artículo 673. Hay un supuesto intermedio, verdaderamente de ineficacia del contenido del testamento, pero que por su amplitud produce, o puede producir, una situación similar a la de ineficacia del testamento en sí: obvio es que me refiero a la preterición errónea total (cfr. *supra* nota 14).

(23) Es pacífico el entendimiento de que, aunque no lo diga el artículo 673 del C.c., es nulo el testamento otorgado bajo intimidación. El medio formal para ello consiste en sostener que el término «violencia» abarca la violencia física en sentido estricto y la violencia moral o intimidación (cfr., por todos, LACRUZ, *Elementos*, V, cit. pp. 263-264 y VALLET, *Panorama*, II, cit. pp. 206 y ss.). En la jurisprudencia es importante la sentencia de 22 febrero 1934 (Ar. 274). Según la de 30 junio 1944 (cit., entre otros, por MANRESA/MARIN, *Comentarios*, V, cit. p. 574; ROYO, *Derecho sucesorio*, cit. p. 122 y LACRUZ, *Elementos*, V, cit. pp. 263-264) «para apreciar la existencia de la intimidación deben ser tomadas en cuenta todas las condiciones que en el caso concurren y, por tanto, no sólo los hechos coactivos, sino además las circunstancias que se den tanto en la persona que ejerció la coacción como en la que fue objeto de ésta». En la de 12 mayo 1945 (cit. por VALLET, ob. cit. p. 208) se declara que «no implica coacción alguna el hecho de que, al otorgarse el testamento, estén presentes el heredero y sus familiares». En la más reciente de 13 julio 1981 (Ar. 3.077), relativa a un testamento de hermandad en Navarra, donde se demanda la nulidad por coacciones de la esposa bajo la amenaza de abandonar el hogar, se declara, entre otras cosas, no suficientemente probada la coacción, sin que quepa revisar la apreciación de la sentencia de instancia por no concurrir causa para ello.

Sobre el sentido de las expresiones «dolo y fraude», cfr. COSSÍO, *Dolo y captación en las disposiciones testamentarias*, A.D.C. 1960, pp. 277 y ss. y VALLET, *Panorama*, II, pp. 205 y ss. En la más reciente jurisprudencia pueden verse las sentencias de 24 febrero 1961 (Ar. 351), 31 mayo 1961 (Ar. 3.001), 14 junio 1963 (Ar. 3.059), 7 diciembre 1970 (Ar. 5.437), 10 mayo 1972 (Ar. 2.135), 9 mayo 1974 (Ar. 2.016), 3 febrero 1977 (Ar. 293), 17 octubre 1977 (Ar. 3.812).

El origen de esta regla, que se encontraba ya sustancialmente formulada en los inmediatos precedentes del Código (24), parece encontrarse en los abusos por los testadores de cláusulas prohibitivas de la interpretación de sus testamentos (25).

La virtualidad de esta prohibición ha sido, sin embargo, puesta en tela de juicio, afirmándose que, cuando el testador condiciona ciertas atribuciones a la no impugnación del testamento, la jurisprudencia ha admitido o rechazado ese condicionamiento, “según, respectivamente, fracasara o triunfara la impugnación” (26). Sin embargo, la sentencia de 15 de febrero de 1911 (27), que se refiere a un caso en que había cláusula que prohibía la intervención judicial bajo pena de desheredación, reclamándose, entre otras cosas, la declaración de nulidad del testamento por incapacidad de la testadora y pretendido defecto formal, declaró la no nulidad del testamento en cuestión, sin admitir, sin embargo, la validez de la prohibición de impugnar; y expresamente se declara que el segundo párrafo del artículo 675 “tiene aplicación sea cualquiera el resultado del litigio, con tal que la impugnación descansa en causa legal de nulidad”.

(24) El artículo 722 del Proyecto isabelino decía: «La cláusula por la que el testador prohíbe impugnar su testamento no se extiende a las demandas de nulidad por falta de solemnidades, ni a las de interpretación de voluntad». Cita GARCÍA GOYENA como concordantes los artículos 720 austríaco y 757 prusiano. El segundo inciso del precepto da más clara idea, como se indica en el texto, del motivo de la disposición: los abusos de la prohibición de interpretar. Se mantiene ese segundo inciso en el artículo 671 del Anteproyecto, inspirado (según la edición de PEÑA cit. p. 195) en el Proyecto y en el artículo 1.752 portugués, alterándose su ubicación sistemática, pues pasa a las normas generales sobre el testamento, tras el precepto que es el antecedente del actual artículo 675-1.º. En la versión definitiva, el precepto pierde numeración independiente, convirtiéndose en el segundo párrafo de la norma general sobre interpretación del testamento, razón por la cual puede seguir manteniéndose su motivación, aunque se corrigiera la redacción final, adoptando la del precedente portugués, que es de una parte más amplia (no sólo «nulidad por falta de solemnidades», sino en cualquier caso en que haya «nulidad declarada por la ley»), y de otra más breve (suprimiendo la expresa mención de la interpretación).

(25) Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-2.º, 2.ª ed., cit. p. 232, quien cita en este sentido a Bonet Ramón. MANRESA (en *Comentarios*, V, 7.ª ed., cit. p. 577) habla más en general del «abuso... de la cláusula prohibitiva de impugnación del testamento».

(26) VALLET, *Panorama*, II, cit. p. 195. En la p. 146 (adonde se remite) insiste en la misma idea, remitiéndose, sin citarlo, a un estudio suyo anterior. Creo que se refiere a las notas 5 y siguientes de su obra *Cautelas de opción compensatoria de las legítimas*, en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección 3.ª, I, Madrid, 1964, pp. 397 y ss., en especial 409 y ss. Mas en tal trabajo las sentencias posteriores al C.c. que se estudian no abordan realmente la cuestión. La de 21 marzo 1902 trata de una prohibición de exigir cuentas al hijo administrador y de reclamar judicialmente contra la herencia; y los demandantes lo que solicitan, según el Tribunal Supremo, es el cumplimiento del testamento, pidiendo, entre otros extremos, que se declarase que ciertas acciones pertenecían a los herederos en la forma determinada por los albaceas. En la de 2 diciembre 1929 un heredero voluntario insta juicio de testamentaria, habiendo contador-partidor, y sin que se solicite en modo alguno la impugnación del testamento. Tampoco hay impugnación del testamento, sino demanda de testamentaria o de reclamación de cantidad, concurriendo herederos forzosos, en las sentencias de 20 noviembre 1910, 8 julio 1924 y 1 junio 1946. Las sentencias que cita en la nota 8 son todas de impugnaciones de partición.

(27) *Jurisprudencia civil*, tomo 38, pp. 391 y ss.

En realidad, en el fondo de esta cuestión lo que se debate es si resulta o no razonable que, existiendo previsión en el testamento al respecto, el impugnante temerario que sólo persigue obtener ganancia en río revuelto escape indemne. Y en este punto, la abundante jurisprudencia recaída, no solamente sobre cláusulas de prohibición de impugnación del testamento por nulidad, sino en general sobre cláusulas de no intervención judicial (normalmente en la partición), y que contenían la previsión de determinadas sanciones para el caso de incumplimiento, se mueve en un difícil camino intermedio, que intenta dotar de eficacia a la disposición del testador cuando resulta razonable y el impugnante actúa torcidamente o sin fundamento suficiente (28).

Por otra parte, parece claro que la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 675 puede tener efecto, cuando se trata de una hipótesis de nulidad parcial, esto es, de nulidad del contenido del testamento, excluida la cláusula en cuestión (29). Pues si se trata de una hipótesis de nulidad del testamento en sí, siendo esta ineficacia total y afectando a todo el testamento, queda también dañada la eficacia de la cláusula aludida, en cuanto parte del testamento que es. Con lo cual, alegada una causa que provoque la ineficacia total del testamento, solamente tendrá sentido indagar acerca de la validez o nulidad de la cláusula prohibitiva de la impugnación, si ésta no prospera. Y no parece, entonces, razonable sostener que, precisamente en ese caso, la sanción con que se conmina al sucesor impugnante sería plenamente eficaz, por ser válida la cláusula.

Fuera ya de su objeto específico, en base al artículo 675, segundo párrafo, se ha dicho que la acción para demandar la nulidad de un testamento es de "orden público" (30). Expresión que, a mi juicio, pudiera ser fuente de equívocos, entendiéndose que la acción de impugnación o nulidad es de carácter indisponible en general. Lo cual, sin embargo, no es cierto respecto de los legitimados activamente para ejercitarla, como ocasión habrá de ver más adelante. Así, realmente lo que se quiere indi-

(28) Con cita de abundante jurisprudencia véase ALBALADEJO, en el tomo X vol. 2.º de los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, 1984, pp. 415-416. Según el autor estas cláusulas «no son admisibles cuando chocan con el artículo 675, 2.º... o persiguen excluir reclamaciones justas que el instituido tiene derecho a interponer, o privarle del amparo que le corresponda de la Autoridad judicial. Eso es lo que se puede decir en abstracto. En concreto, serán los Tribunales los que decidan si la condición de que se trate es inadmisibles por eliminar o recortar el legítimo derecho del instituido a impugnar lo verdaderamente inválido o a reclamar la intervención judicial realmente necesaria, o admisible, y dentro de qué límites, por tender a evitar ejercicios de impugnación o peticiones de intervención judicial que persigan realmente conseguir entorpecer el desarrollo normal y sin litigios de la sucesión, aunque no sea so pretexto y alegando acatar y defender la supuesta voluntad verdadera del testador, negando tener ánimo de ir contra ella». Cfr. LA CRUZ, *Elementos*, V, cit. pp. 320-321 y Díez PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, 2.ª ed., Madrid, 1982, pp. 497 y 498.

(29) En este sentido parece expresarse la sentencia de 3 marzo 1980 (cit. por Díez PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, IV, cit. p. 497).

(30) ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, V, 3.ª ed., Madrid, 1974, p. 376.

car es que, *respecto del testador* la determinación de las causas y régimen de ineficacia del testamento, es de derecho imperativo o, en otros términos, que son cuestiones que quedan fuera de su libre arbitrio; mas, respecto de los interesados en la sucesión, la norma del segundo párrafo del artículo 675 no supone la imposibilidad de renuncia a la acción de impugnación o que no puedan libremente decidir, dentro de los límites generales, acerca de lo que más convenga a sus propios intereses. Esta situación, por demás, no es extraña en el ámbito del Derecho de sucesión testada: basta recordar que la libertad del testador en cuanto al destino de su herencia se halla limitada por las disposiciones en materia de legítimas, lo cual no implica que los legitimarios, incluso en contra de su voluntad, tengan que convertirse en sucesores de acuerdo con las cuotas legalmente establecidas (31).

En segundo término, relacionado con lo anterior y también al hilo de la norma analizada, se ha señalado que de la misma se desprende “la irrelevancia que tiene la decisión del afectado (el testador) respecto de los vicios que hubiera podido sufrir” al testar (32). De donde se podría traer argumento para negar la posibilidad de que el propio testador, salvo otorgando nuevo testamento, pueda “confirmar” el vicioso, cuestión que es estudiada más adelante. Mas puede avanzarse que realmente esta norma ni quita ni pone para ese asunto, pues si se trata de un vicio de la voluntad que genera ineficacia total del testamento, la cláusula prohibitiva adolece del mismo vicio, extendiéndosele a ella también al ineficacia (33). Y si se trata de cualquier otra causa de nulidad, la cuestión se resuelve en la determinación de la imperatividad de la norma que ordena esa ineficacia, es decir, lo antes indicado (34).

5. Precisión del objeto de este trabajo

La conclusión que se desprende de la rápida panorámica efectuada es clara: la ineficacia del testamento en nuestro Derecho se encuentra par-

(31) El tema está en relación con cuestiones tales como la apreciabilidad o no de oficio de la nulidad del testamento y la determinación del ámbito de los activamente legitimados. En relación, por otra parte, con el juego de las normas sobre las legítimas y su diversa eficacia respecto del testador y de los legitimarios, la confirmación de lo dicho se manifiesta, por ejemplo, en la renunciabilidad de la acción de preterición por parte del interesado (cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *Las legítimas*, vol. 2.º, Madrid, 1974, pp. 915 y ss.).

(32) ROCA SASTRE en *Anotaciones a KIPP, Derecho de sucesiones*, I, 2.ª ed. al cuidado de Puig Ferriol y Badosa Coll, Barcelona, 1976, p. 275.

(33) Así, por ejemplo, si la causa de nulidad es un defecto formal, estando incluida la cláusula prohibitiva en el testamento defectuoso, la ineficacia le alcanza. Cuestión distinta puede ser que en *testamento posterior* sin defectos, el causante se remitiera a las disposiciones que integran el contenido material del testamento anterior defectuoso, reiterándolas materialmente. La cuestión se aborda más adelante al tratar de la «confirmabilidad» del testamento por el propio testador.

(34) Cuestión diferente es la reconciliación del causante con el desheredado (artículo 856) o el perdón del ofendido en la indignidad (artículo 757), pues en ambos casos el ordenamiento pone a disposición del causante la decisión de impedir o consentir el juego de la desheredación o indignidad, en los casos en que ciertamente esté aún vivo el causante para decidir.

cial, fragmentaria e insuficientemente regulada. Y, por consiguiente, se plantean los lógicos problemas de integración del exiguo régimen jurídico de la ineficacia del testamento. A tratar de llenar en parte ese vacío se encamina este trabajo.

Mas emprender la labor de realizar un tratamiento sistemático y completo del régimen del testamento ineficaz, excede con mucho las pretensiones del presente trabajo. Es necesario, entonces, acotar el ámbito dentro del cual se desenvuelven las consideraciones que siguen.

Así, en primer lugar y como capital punto de partida, sólo va a versar este trabajo sobre la que se pudiera denominar ineficacia del testamento en sí, y no sobre la ineficacia de su contenido; distinción que, en términos generales, viene a corresponderse con la que habitualmente se realiza entre la llamada ineficacia total y la ineficacia parcial del testamento (35). Esta distinción no solamente tiene en cuenta el alcance cuantitativo de la ineficacia, sino que obedece a razones más profundas, que encuentran su oportuno reflejo en el propio régimen positivo. En efecto, las normas que se refieren a lo que aquí llamamos ineficacia del contenido del testamento son específicas y diferentes de las que se ocupan (aun escasamente) de la ineficacia del testamento en cuanto tal. Tal ocurre respecto de la incapacidad para suceder, de la indignidad, de las cláusulas que por expresa disposición del Código se tienen por no puestas o su ineficacia no afecta al resto del testamento (36), de los supuestos de ineficacia que solamente afecta a la institución de heredero o al legado, etc. La sede normativa diferente, debe conducir a que el régimen de la ineficacia en cada hipótesis sea también distinto, aunque sin que quepa la posibilidad de asignar necesariamente la ineficacia total a un único régimen de ineficacia, mientras la parcial queda en otro diferente y único (37). Ciertamente, es posible algún supuesto de ineficacia del contenido que, por su magnitud, vacíe de toda sustancia en la práctica al testamento en bloque (38); mas todas las clasificaciones en estas cuestiones

(35) Tal es la terminología más usual. Cfr. LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, cit. p. 527; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, VI-2.º, cit. p. 1.490; OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, p. 473, prefiere hablar de *nulidad del testamento y nulidad de alguna o algunas disposiciones*. Para el negocio jurídico cfr. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. pp. 491 y ss. La sentencia de 12 noviembre 1964 (Ar. 5.080), importante doctrinalmente, señala a este respecto que «existen dos grupos de causas de nulidad, unas que llaman de nulidad general, pues afectan al testamento considerado como un todo orgánico indivisible —son las referentes a la capacidad, al consentimiento, a las solemnidades esenciales para su validez—, y otras, denominadas causas de nulidad parcial, que sólo originan la ineficacia de la cláusula que contraviene un determinado precepto legal, sin comunicarlo a todo el testamento».

(36) Cfr. artículos 737, 767, 786, 792, 793, 794, 814 (salvo la preterición errónea total), etc., del C.c.

(37) ROCA SASTRE, *Anotaciones*, I, cit. p. 275 parece, sin embargo, pensar que los supuestos de ineficacia total implican siempre nulidad, mientras que los casos de ineficacia parcial que afectan al título sucesorio (heredero o legatario) son de impugnabilidad, aunque no muy claramente.

(38) Me refiero, obvio es decirlo, al caso paradigmático de la preterición errónea total del artículo 814-1.º, acerca lo lo cual se discute, precisamente, si la acción de preteri-

son instrumentales y relativas, y la existencia de hipótesis que se sitúan en el límite, no debe llevar necesariamente a desecharlas.

La distinción entre ineficacia total y parcial (entendida en los expresados términos) encuentra también su oportuna correspondencia en el ámbito de los contratos, respecto de los cuales, la categoría de la nulidad o ineficacia parciales es el colofón de las restricciones legales a la libertad contractual de los particulares; esto es, a la libertad en la configuración del contenido del contrato (39), que ha de atenerse a las pautas legalmente establecidas, de tal suerte que el quebrantamiento de la legalidad puede llevar a que se sustituya la cláusula ilegal por lo que la norma disponga. Este fenómeno, relativamente reciente en el ámbito de la contratación, es sin embargo antiguo respecto del contenido de la voluntad del testador, plasmándose sustancialmente en el régimen de las legítimas (40).

Junto a esas hipótesis en que la regla voluntariamente determinada pierde fuerza para ser sustituida por la regla establecida por la Ley, hay otras en las cuales cabe hablar de ineficacia parcial como consecuencia de vicio parcial en la disposición. Tal ocurre cuando, por ejemplo, el vicio del consentimiento afecta solamente a una parte o un elemento de determinado acto. En materia de contratos esta situación es difícil, pues la unidad de la intención práctica de las partes, la concreción que habi-

ción es rescisoria (en general para la preterición) o de nulidad. Cfr. la polémica en VALLET, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XI, cit. pp. 170 y ss. y, ya tras la reforma de 1981, en PANORAMA, II, cit. pp. 210 y ss.

(39) Sobre tal cuestión, además de DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. pp. 491 y ss., véase especialmente GORDILLO CAÑAS, *La nulidad parcial del contrato con precio ilegal*, A.D.C., 1975, pp. 101 y ss., especialmente pp. 121 y ss.

(40) El régimen de las legítimas es el ejemplo más evidente, pero cabe decir que en general el fenómeno descrito se da en todos los casos mencionados anteriormente como de ineficacia parcial, si bien en ocasiones parece ocultarse por el hecho de que la ley simplemente ordena la eliminación de determinadas cláusulas. No implica ello que no haya regla legalmente determinada que sustituya a la voluntaria eliminada, pues, evidentemente, cuando por ejemplo se tienen por no puestas las condiciones imposibles, se está diciendo que la atribución condicionada pierde ese carácter, convirtiéndose en atribución pura (cfr. artículo 792). El contenido de la regla sustitutiva puede, en consecuencia, estar exactamente fijado por la ley, o puede dar origen a la necesidad de integrar el vacío resultante atendiendo incluso a la propia voluntad del disponente en combinación con la ley. Tal ocurre, por ejemplo, si juega el derecho de acrecer en favor de los demás por la incapacidad de uno de los llamados (cfr. artículo 982). Ha de tenerse además en cuenta que, a menudo, la reglamentación final resultante, aunque pueda pretender respetar una hipotética o presunta voluntad del disponente, encuentra realmente su base en la disposición legal, provocando la vigencia de una regla que puede, no ya no corresponderse, sino ser absolutamente contradictoria del querer real del sujeto disponente. Por eso, en el ámbito de los contratos se afirma que el mantenimiento de la reglamentación contractual amputada, sólo cabe si el contrato continúa «poseyendo aptitud para realizar su esencial función económico-social y el propósito práctico de las partes» (DÍEZ PICAZO, *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, cit. p. 829), si bien habrá de corregirse ese respeto, a pesar de todo, del querer de las partes, con la evitación del fraude a la ley (cfr. DE CASTRO, cit. pp. 494-495), o con la infracción de mandatos coactivos que dan origen a la nulidad parcial, mantenimiento del contrato y sustitución automática por la regla legal (la que GORDILLO, cit. pp. 186 y ss. llama «nulidad parcial coactiva»).

tualmente importan los intereses afectados por el contrato, y la interdependencia de las reglas contractuales, deben conducir a decretar la ineficacia total o, por el contrario, a mantener la eficacia en bloque del contrato, aparte otras posibles consecuencias menores, si la irregularidad no reviste la entidad suficiente (41). En el testamento la cuestión puede ser completamente diferente. Y ello, porque el testamento se comporta a modo de vehículo susceptible de incorporar un conjunto heterogéneo de disposiciones diversas que, además, normalmente se encaminan a la esfera jurídica de diferentes sujetos, no siendo identificable unidad de propósito negocial alguna. A ello se une el carácter ineludible de la sucesión por causa de muerte, donde, a diferencia de los contratos, no cabe optar entre contratar o no contratar, ya que la sucesión se produce por el inevitable fallecimiento del causante; la opción es, entonces, si la sucesión se atenderá a la voluntad expresada en el testamento, o si se someterá a las reglas legales de la sucesión intestada. Y por influencia, según es común opinión (42), del *favor testamenti* la sucesión se deferirá a través del testamento, aún mutilado, complementado, si es el caso, por la sucesión intestada, antes que provocar la total sustitución del testamento, como consecuencia de la preferencia de la sucesión testada.

En el Código civil se recogen algunas hipótesis de ineficacia parcial del contenido del testamento, como consecuencia de vicio parcial del consentimiento. Tal ocurre, señaladamente, respecto del error, que no se incluye entre las causas de ineficacia total del testamento (43), pero sí es tomado en consideración respecto de su contenido (44). Nada se dice, empero, acerca de la posibilidad de violencia, intimidación o dolo que generen ineficacia parcial; aunque se ha estimado que, si tales vicios pudieran afectar hipotéticamente sólo a parte del contenido del testamento, lo congruente con el principio del *favor testamenti* sería considerar ineficaz solamente la cláusula o cláusulas viciadas (45). Aunque la solución es dudosa.

(41) Ejemplo de ello se encuentra en el llamado dolo incidental del segundo párrafo del artículo 1.270 C.c.

(42) En el C.c., como es bien sabido, no está vigente la regla *nemo pro parte*, a pesar de lo cual conserva preferencia la sucesión testada sobre la intestada, que solamente entra en juego ante la ausencia o insuficiencia de la primera. Sobre el *favor testamenti* cfr., por todos, VALLET, *Panorama del Derecho de sucesiones*, I: *Fundamentos*, Madrid, 1982, pp. 73 y ss. y sobre la preferencia de la sucesión testada pp. 1.085 y ss., y LACRUZ, *Elementos*, V, cit. p. 550.

(43) Las razones de ello pueden verse *supra* en la nota 22.

(44) Cfr. GORDILLO, *El error en el testamento*, cit. pp. 747 y ss.

(45) LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, cit. p. 527: «cuando la violencia, el fraude o el dolo afecten sólo a algunas disposiciones, el resto del testamento permanecerá válido, conclusión que tiene cierto apoyo en el artículo 743 y que no es negada directamente por ningún texto»; mas añade que «en cambio, será muy difícil mantener parcialmente la validez de una disposición anulada por vicios de la voluntad». A mi juicio la solución es dudosa. En la hipótesis de violencia, la magnitud del atentado contra la libertad de testar, parece imponer siempre la ineficacia total del testamento. En el caso de intimidación, pudiera ser imaginable la posibilidad de circunscribirla a una sola parte del testamento. Igualmente respecto del dolo. Mas hay un argumento en contra de la ineficacia parcial: la indigni-

Sí parece caber, sin embargo, la nulidad parcial del testamento cuando solamente una cláusula infringe la prohibición de encomendar a un tercero la determinación de atribuciones *mortis causa*, fuera de los casos en que la propia Ley lo autoriza (46).

Dentro de los supuestos de testamentos que carecen de eficacia general, centramos la atención solamente en los casos que pudieran denominarse testamentos inválidos, por padecer en su formación y otorgamiento de irregularidades que los hacen ineficaces (defectos formales (47) y vicios del consentimiento), por carecer el testador de la capacidad suficiente o por atentarse contra normas que prohíben el testamento mancomunado y por comisario. Quedan, pues, fuera los supuestos de caducidad y de revocación, pues su régimen de ineficacia es diferente, planteando problemas específicos.

La ineficacia del testamento inválido tampoco es aquí abordada en su tratamiento sistemático completo. Y así, señaladamente, no vamos a ocuparnos del estudio de las causas de esa ineficacia, asunto sobre el cual se parte de la aceptación de la doctrina más común, como en las antecedentes páginas se ha puesto de manifiesto. En concreto, dentro del régimen de la ineficacia del testamento inválido, constituye el objeto de este trabajo el estudio de si puede hablarse de un único o de varios regímenes de ineficacia del testamento inválido, reconducibles a las categorías de nulidad y anulabilidad (o impugnabilidad), de manera análoga a lo que sucede respecto de los contratos.

dad y el dolo son causas de indignidad para suceder (artículo 756-5.º) y, a la vez, causas de nulidad, según el artículo 673. La cuestión estriba entonces, a mi juicio, no en inventar una categoría de «nulidad parcial» para estos supuestos, sino en decidir si puede haber casos en que la concurrencia de ese comportamiento ilícito sólo provoque indignidad y no nulidad. Y en este sentido el propio LACRUZ parece no aceptar la existencia de una intimidación que sea solamente causa de indignidad (ob. cit. p. 468, criticando una sentencia de 22 febrero 1984). Lo cual en el pensamiento del autor (para quien la intimidación provocaría impugnabilidad caducable en cuatro o, a lo sumo, cinco años, como más adelante se verá), supone tanto como negar por una parte la ineficacia parcial del testamento por causa de indignidad y admitirla, sin embargo, por causa de anulabilidad parcial; lo que a mi juicio implica cierta contradicción, máxime si el régimen de la acción de tal anulabilidad acaba asimilándose al de la indignidad, como parece propugnar (en la obra que ahora se cita, aunque como luego se indica últimamente opta más claramente por aplicar a esa anulabilidad el régimen de los cuatro años de caducidad del artículo 1.301 C.c.). Para ese rodeo, más sencillo es admitir que pueden haber hipótesis de sola indignidad en estos casos. Solución, sin embargo, que a mi juicio tampoco es cierta, por ser diferentes el fundamento, el ámbito y el alcance de la indignidad y de la nulidad del testamento.

(46) Véase la sentencia de 18 de mayo de 1983 (Ar. 2846) sobre nulidad de la cláusula por la que el testador encomienda a un hijo «la facultad de elegir bienes para el pago de los tercios de mejora y libre disposición».

(47) Se plantea la duda de si el testamento abierto ante testigos inidóneos, por ser instituidos ellos o sus parientes, es totalmente nulo (art. 682-1.º en relación con el 687) o si solamente se anula la disposición en su favor (arts. 754 y 755). Parece compartible la opinión de ALBALADEJO (*Nulidad de la disposición y nulidad del testamento abierto, cuando un instituido es testigo o lo son determinados familiares suyos*, «R.D.P.», 1967, pp. 3 y ss. y 195 y ss.) de que en tal caso se acumulan ambas ineficacias, pues por su diferente régimen jurídico y distinto alcance interesa mantenerlas operativas independientemente (cfr. pp. 195 y ss.).

II. NULIDAD E IMPUGNABILIDAD DEL TESTAMENTO

1. Caracterización de la nulidad y anulabilidad como regímenes típicos de ineficacia negocial

Si por régimen típico de ineficacia se entiende todo el conjunto de supuestos en los cuales la Ley regula el régimen de ineficacia de los diversos negocios jurídicos, el elenco resultante es grande y de utilidad dudosa su elaboración. Por ello, cuando se habla de regímenes típicos de ineficacia negocial, normalmente se hace referencia a los *tipos generales* de ineficacia regulados por la Ley, con carácter más o menos común para la práctica totalidad de los negocios jurídicos o bien, lo cual es seguramente más cierto, para la totalidad de los contratos. En este segundo caso, la lista de tales tipos generales queda muy reducida, siendo común la consideración de que tales regímenes son reconducibles a tres: la nulidad, la anulabilidad y la rescisión (48).

De ellos ha de quedar descartado, en razón de las anteriores consideraciones acerca del objeto de este trabajo, el estudio y referencia de la rescisión, circunscribiéndose el ámbito de interés a los regímenes de nulidad y anulabilidad, expresivos de las que se han dado en llamar ineficacias estructurales (49), esto es, dimanantes o que toman por causa la

(48) Tal es la tipología habitual en las obras generales sobre el negocio jurídico. Cfr. en tal sentido DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. pp. 461 y ss., y allí, en pp. 529 y ss., consideración de otros posibles tipos de ineficacia, cuya admisión es de utilidad dudosa; GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*, cit. pp. 193 y ss. En los tratados y manuales que afrontan el tratamiento general del negocio jurídico ocurre lo propio: cfr. Díez PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, 2.ª ed., Madrid, 1977, pp. 632 y ss.; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, I, 7.ª ed., Madrid, 1979, pp. 489 y ss. Otras obras que acaso con mejor criterio desarrollan estas cuestiones en sede de teoría general del contrato también coinciden en ello: cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II-2.º, Barcelona, 1977, pp. 269 y ss. Otras obras, entendiéndose que la rescisión es específica de los contratos, en sede de teoría general del negocio ciñen el estudio a los regímenes de la ineficacia por invalidez, incluyendo solamente la nulidad y la anulabilidad: cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil*, I-2.º, 5.ª ed., Barcelona, 1977, pp. 439 y ss. La bibliografía sobre la ineficacia del negocio, o de las más importantes categorías negociales, es abundantísima (cfr. ALBALADEJO, cit. pp. 439-440), siendo, desde mi punto de vista, de particular relevancia entre nosotros las citadas obras de DE CASTRO y de DELGADO ECHEVERRÍA (del cual también en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, XVII-2.º, Madrid, 1981, pp. 230 y ss.), así como Díez PICAZO, *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, A.D.C., 1961, pp. 809 y ss. (y en *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, pp. 283 y ss.). Muy útil es la reciente exposición de GORDILLO, *Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual*, R.D.P., 1982, pp. 214 y ss., especialmente 235 y ss., y allí abundantes referencias.

(49) Véase Díez PICAZO, *Eficacia e ineficacia*, cit. pp. 829 y ss.: «Una distinción importante es también la que podemos establecer entre la ineficacia estructural y la ineficacia funcional del negocio jurídico. Esta distinción tiene su fundamento en la causa de la ineficacia, pero es sobre todo relevante, porque el ordenamiento jurídico deriva de la diversidad de origen una diversidad en el tratamiento de la ineficacia. Llamamos ineficacia estructural a la ineficacia de un negocio defectuoso, viciado o imperfecto. La ineficacia estructural atiende a la fase de celebración o de formación de un negocio jurídico. La ineficacia funcional atiende, en cambio, a las consecuencias que un negocio regularmente formado produce en la realidad. Hay ineficacia funcional cuando un negocio regularmente

existencia de irregularidades en la génesis y formación de los negocios de cuya ineficacia se trata. Si bien, por lo anteriormente indicado, ha de precisarse que se engloban los casos en que se transgrede el ámbito de la libertad de los sujetos, y se excluyen los casos en que la ineficacia afecta exclusivamente al contenido, pues interesa a estas páginas solamente el estudio de la ineficacia del testamento en sí.

En la caracterización general comparativa de ambos regímenes de ineficacia, es común advertir netas diferencias entre ellos, fruto en buena medida de la labor de la jurisprudencia, que ha obviado así los graves defectos de técnica jurídica en que incurre el Código civil al regular en general la ineficacia estructural en la sede de las normas generales sobre los contratos: artículos 1.300 y siguiente, donde, bajo la rúbrica “De la nulidad de los contratos”, se amalgaman reglas referibles a uno o a ambos de estos regímenes típicos, sin la debida claridad (50). Y previamente a esa caracterización general, ha de advertirse que la clasificación nulidad-anulabilidad, como en general las clasificaciones operativas de la ineficacia negocial (51), tiene su sentido fundamentalmente desde una óptica funcional, atendiendo al propio régimen operativo de cada uno de los diferentes tipos de ineficacia.

De acuerdo con la perspectiva adoptada, y siguiendo en las pautas comúnmente seguidas, cabe describir el régimen de la *nulidad* en base a los extremos siguientes. En este sentido se ha indicado, sintéticamente, que la ineficacia del negocio nulo opera “*ipso iure*”, con carácter general “*erga omnes*” y de manera definitiva (52).

formado contribuye a obtener un resultado contrario a Derecho»; añadiendo en nota que la «ineficacia es estructural porque la irregularidad determinante de la ineficacia radica en la estructura del negocio... La ineficacia es funcional porque la irregularidad consiste en la consecuencia inmediata que un negocio estructuralmente regular despliega».

(50) DELGADO, *Comentarios*, XVII-2.º, cit. pp. 237 y ss., subraya fuertemente, y con justicia, la trascendencia de la elaboración jurisprudencial en orden a aislar el régimen de la nulidad en sentido estricto respecto de la anulabilidad, en el entramado de normas comprendidas en los arts. 1.300 y ss. C.c. Sobre los orígenes de estos preceptos y sus rasgos diferenciales respecto de los antecedentes franceses, cfr. GORDILLO, *Violencia viciante*, cit. pp. 237 y ss. Una síntesis histórica del asunto puede verse en LUTZESCO, *Teoría y práctica de las nulidades*, trad. de Romero Sánchez y López de la Cerda, México, 1945, pp. 95 a 163.

(51) Es común la opinión que considera que las clasificaciones y categorías de ineficacia no obedecen necesariamente a exigencias de orden lógico, siendo consustancial a la configuración de los diversos tipos y la elección entre ellos, la valoración de política legislativa y oportunidad que aconseja optar por uno y no por otro. Tal contingencia obliga a clasificar, como medio más seguro, los diversos regímenes de ineficacia desde un punto de vista más descriptivo, para lo cual se manifiesta de utilidad indudable la consideración del «mecanismo» de la ineficacia (DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. pp. 467-468) o, más en general, sólo cabe tipificar las modalidades de la ineficacia «partiendo de la idea estricta de ineficacia» (DÍEZ PICAZO, *Eficacia e ineficacia*, cit. p. 825). Cfr. los acertados y expresivos términos con que se manifiesta DELGADO, *Comentarios*, XVII-2.º, cit. p. 236.

(52) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. p. 475: «La ineficacia del negocio nulo se produce «*ipso iure*», se dará respecto de todos y de todo; y no es sanable por confirmación ni por prescripción». Véase también DÍEZ PICAZO, *Eficacia e ineficacia*, cit. p. 831, quien sustancialmente, aunque con terminología distinta, sostiene lo mismo, al calificar la nulidad como ineficacia «siempre automática, originaria y estructural, normalmente absoluta e insanable».

Así, el negocio nulo no produce propiamente efectos negociales por sí, aunque sí pueda generar otros distintos y aunque, si la nulidad no impide que lo realizado tenga una cierta apariencia negocial, puedan producirse en un primer momento efectos similares a los que produciría el negocio no afectado por vicio de nulidad, efectos que son eliminables (53).

En segundo término, la no producción de efectos *ab origine* implica que, si es el caso y lo indican las circunstancias, la acción ejercitada sobre la nulidad del negocio sea meramente declarativa, tendente solamente a constatar la existencia del defecto que acarrea nulidad (54). Por ello, la acción meramente declarativa no es suficiente para remediar las posibles consecuencias prácticas dimanantes del negocio nulo, lo cual no implica que no se puedan remediar, sino que para ello hay que ejercitar la oportuna acción material de condena que, desde el punto de vista lógico, es subsiguiente al triunfo de la constatación de la nulidad que resuelve la acción declarativa (55).

Por su carácter general y absoluto, y por su automatismo, es característica de la nulidad la apreciabilidad de oficio de su existencia, que puede ser declarada por los Tribunales, aunque no haya petición de los litigantes sobre ese extremo, lo cual en sus términos estrictos pudiera entenderse como desviación de los principios dispositivo y de justicia rogada que informan nuestro procedimiento civil. Un análisis más profundo de la cuestión revela, sin embargo, que además de consideraciones de orden práctico, influye en esta cuestión lo referente a la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos cuando se sanciona con la nulidad radical (56). Mas es asunto que después se trata, al abordar los criterios de opción entre los diversos regímenes de ineficacia negocial. Aunque ya puede avanzarse que acaso quepa deslindar hipótesis de nulidad apreciables de oficio, de otras en las que ello no cupiera. La duda es, empero, si tal ineficacia sería propiamente del tipo de la nulidad radical en todo lo demás, o si, por haber otras diferencias de régimen, debiera mas bien hablarse de un tipo diferenciado de nulidad (57).

(53) Cfr. por todos DELGADO, *Comentarios*, XVII-2.º, cit. p. 242, y DE CASTRO, cit. pp. 477-478.

(54) Por ello, dice DE CASTRO, ob. cit., p. 481, que no se trata de una acción en sentido propio, es decir, «de facultad actual de exigir a otro un cierto hacer o no hacer», sino que en tal acción declarativa «no se ejercita un poder concreto, sino el general de pretender que se declare lo que ya existe por sí mismo, el carácter contra ley de que adolece un negocio jurídico».

(55) Cfr. DE CASTRO, loc. cit., y DELGADO, ob. cit., pp. 242 y 247-248.

(56) Cfr. DE CASTRO, ob. cit., p. 476. Más explícitamente, DELGADO, ob. cit., pp. 283-284, señala que es dudosa la existencia y conveniencia de esa pretendida regla de la apreciabilidad de oficio de la nulidad radical, poniendo de manifiesto cómo realmente sólo se justifica «cuando causas muy señaladas muevan a ello, para evitar que los Tribunales se vean forzados a colaborar en los turbios negocios que las partes presentan tratando de ocultar sus aspectos más reprobables y aun delictivos».

(57) Véase *infra* al tratar de la llamada «nulidad virtual o racional» en relación con la categoría de la inexistencia.

La generalidad de la nulidad y el carácter declarativo de la acción comportan que la legitimación activa para ejercitarla sea amplia. Sólo se requiere, para cubrir las exigencias mínimas y generales de nuestro sistema, que el accionante sea titular de intereses afectados por la hipotética declaración de nulidad, esto es, que sea "interesado" en el momento en el cual acciona. Titularidad de intereses afectados y actualidad de tales intereses son así condiciones que debe reunir quien persiga la declaración de nulidad de un negocio (58). Lo cual comporta que, periclitado el interés, el sujeto afectado pierda la posibilidad real de demandar la nulidad.

Se pone en relación con ello la cuestión de la prescriptibilidad de la acción de nulidad. La común opinión entiende que la acción declarativa de nulidad es imprescriptible, no pudiendo sanarse la nulidad por el transcurso del tiempo (59). Mas cabe dudar que la imprescriptibilidad dimanase propiamente de la naturaleza meramente declarativa de la acción de nulidad (60). En cualquier caso, admitida la imprescriptibilidad de la acción declarativa de la nulidad, es también común opinión la que entiende que, sin embargo, ello no significa que quepa perpetuamente instar tal declaración, pues lo que sí puede desaparecer por el transcurso del tiempo es el requisito de legitimación activa de la actualidad del interés, dado que las acciones restitutorias o de condena que se abren como consecuencia del triunfo de la declaración de nulidad sí se encuentran sometidas a su extinción por prescripción, o a su inutilidad por usucapión (61).

Finalmente, por consecuencia del carácter definitivo de la nulidad, se afirma que los negocios nulos no son sanables, con lo cual se quiere indicar que, en principio, quedan excluidos de la posibilidad de convalidación, salvo los supuestos excepcionales en los que la Ley autorice u ordene tal convalidación (62).

Frente a esta caracterización de la nulidad, y por contraste, la anulabilidad se refiere al régimen de ineficacia negocial, cuyo mecanismo implica el reconocimiento a un sujeto de la facultad de impugnar el nego-

(58) Cfr. DE CASTRO, cit., pp. 477 y 482, y DELGADO, cit., pp. 282-283.

(59) Cfr. DELGADO, cit., pp. 242 y 251, donde se pueden ver referencias, y DE CASTRO, cit., p. 480.

(60) Tendiendo la acción declarativa sólo a constatar y verificar una determinada posición o situación jurídica, mientras ella exista (o se dude de su existencia) cabe pretender el pronunciamiento judicial. DELGADO ECHEVERRÍA, ob. cit., p. 251, indica que «tratándose de nulidad absoluta, la mera declaración de la misma puede pedirse en cualquier tiempo... precisamente por tratarse de acción meramente declarativa». Fundamenta en cambio la imprescriptibilidad en el régimen de la nulidad, especialmente en la no confirmabilidad de los contratos nulos (por no reunir los requisitos del art. 1.261 C.c.) decretada por el art. 1.310, ESPÍN, *La nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y al usucapión*, A.D.C., 1970, pp. 519 y ss., especialmente 533-534.

(61) Véase ESPÍN, ob. cit. *passim*, y DELGADO, ob. cit. pp. 250 y ss.

(62) Véase DE CASTRO, ob. cit. pp. 479 y 485 y ss.; DELGADO, ob. cit. pp. 243 y 325-326.

cio irregular, pudiendo optar por convalidar tal negocio mediante la confirmación (63).

Así, frente a la consideración de que el negocio nulo carece *ab initio* de efectos, es opinión casi general la que sostiene que el negocio anulable es inicialmente eficaz, aunque su eficacia no es firme, pues está sometido a la eventualidad de la impugnación por la parte interesada, lo cual se suele expresar diciendo que el negocio anulable goza de eficacia claudicante (64).

En correspondencia con ello, según la común opinión, la acción encaminada a hacer valer la anulabilidad del negocio desemboca en una sentencia constitutiva y no meramente declarativa (65), aunque con efecto retroactivo al momento de celebración del negocio. Con mejor criterio, sin embargo, se ha indicado que en puridad la anulabilidad debe ser objeto de una acción declarativa, no regulada por la Ley pero presupuesta, tendente a verificar la existencia del vicio que origina tal tipo de ineficacia, de resultas de lo cual se abre la vía de una acción restitutoria, que es precisamente la que sí se encuentra regulada por los artículos 1.300 y siguientes del Código civil (66).

En clara contraposición con la nulidad, la anulabilidad, al ser normalmente configurada como derecho potestativo de la parte interesada, no es en ningún caso apreciable de oficio, siendo precisa su invocación (mejor dicho, el ejercicio de la pretensión de anulabilidad) para que el Juez la estime y decrete (67). Además, la anulabilidad solamente puede ser invocada por la parte del negocio que fue víctima de la irregularidad generadora de la ineficacia, con alguna excepción contemplada por la propia Ley (artículo 1.302 y concordantes) (68). En ello hay clara contraposición de criterio entre anulabilidad y nulidad, siendo de invocación mucho más restrictiva la primera que la segunda.

(63) Cfr. DELGADO, cit. pp. 244. DÍEZ PICAZO, *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, cit. p. 831 la califica de «ineficacia provocada, sobrevenida y estructural, normalmente relativa y sanable».

(64) Cfr., por todos, DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, I, cit. p. 307 y CLAVERIA GOSÁLBEZ, *La confirmación del contrato anulable*, Bolonia, 1977, pp. 38 y ss. y allí indicaciones. En términos menos rotundos y más dubitativos se expresa DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. p. 499. Claramente en contra se manifiesta DELGADO, *Comentarios*, XVII-2.º cit. p. 245: «el contrato anulable debe considerarse originariamente inválido e ineficaz». Para el objeto de estas páginas no es preciso optar por ninguna de las alternativas; pero, con todo, parecen atendibles las razones aducidas por DELGADO o, al menos, las dudas manifestadas por DE CASTRO acerca de la concepción dominante.

(65) DÍEZ PICAZO, loc. cit. y en *Eficacia e ineficacia*, cit. p. 826. Con todo ha de precisarse que ese pretendido carácter constitutivo de la sentencia de anulabilidad, no implica que necesariamente haya de producirse el pronunciamiento judicial para que la ineficacia sea efectiva (no sería sentencia constitutiva necesaria; cfr. RAMOS, *Derecho procesal civil*, I, Barcelona, 1985, p. 640 y DE LA OLIVA/FERNÁNDEZ, *Lecciones de Derecho procesal*, II, 2.ª ed. Barcelona, 1984, pp. 26 y ss.), siendo común la opinión de que no es imprescindible el ejercicio judicial de la acción de anulabilidad (cfr. DELGADO, cit. pp. 249-250).

(66) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. pp. 504 y ss.; DELGADO, cit. pp. 248-249. Se suma a esta opinión GORDILLO, *Violencia viciante*, cit. p. 241 nota 76.

(67) En la terminología de DÍEZ PICAZO la anulabilidad es ineficacia «provocada». Cfr. *Eficacia e ineficacia*, cit. pp. 825-826.

(68) Cfr. DELGADO, cit. pp. 272 y ss. y DE CASTRO, cit. pp. 506 y ss.

La acción restitutoria en caso de anulabilidad tiene señalado como plazo de ejercicio el breve de cuatro años. Razón por la cual, transcurridos esos cuatro años, por ausencia de interés, se carece también virtualmente de la posibilidad de ejercitar la acción declarativa de anulabilidad (69). La naturaleza del plazo se discute, siendo abrumadoramente mayoritaria la opinión que lo reputa plazo de caducidad (70).

Por último, la anulabilidad es susceptible de sanación, mediante la confirmación, regulada por los artículos 1.309 y siguientes, a diferencia de la nulidad, donde no cabía tan general convalidación (71). Mediante ella queda convalidado con eficacia retroactiva el negocio viciado y sancionado con anulabilidad, que surte efecto, definitivamente, en sus propios términos.

2. Los criterios de opción entre nulidad y anulabilidad

El problema abordado en este apartado persigue aislar los criterios que determinan la opción en favor de un régimen típico de ineficacia o de otro, según los casos, partiendo del buen entendimiento de que tal opción no sea caprichosa, sino que, en términos generales, obedezca a una fundamentación basada en parámetros generales. Con todo, el análisis exhaustivo de este tema excedería de las pretensiones y exigencias de estas páginas, razón por la cual se aborda con carácter instrumental, y seguramente, una cierta simplificación.

El primer criterio que a la mente viene partiría de poner en conexión la irregularidad negocial con el tipo de ineficacia, reservando (parece lo lógico) la ineficacia de más grave alcance para las irregularidades que atenten más gravemente contra la estructura y esencia del negocio; mientras que la anulabilidad quedaría reservada para las irregularidades que no atentarán contra la esencia negocial. El planteamiento, que es de una lógica formal irreprochable, ha sido, sin embargo, firmemente rechazado por voces mucho más autorizadas que la mía, y que, por lo convincente de sus razones, entiendo que no cabe sino seguir (72). Y sobre to-

(69) DELGADO, cit. p. 252 y DE CASTRO, cit. pp. 499, 505 y 511.

(70) Referencias de la doctrina mayoritaria en DELGADO, cit. p. 253 nota 9. DE CASTRO también lo considera plazo de caducidad (ob. cit. p. 509). DELGADO, loc. cit., entiende, sin embargo, que el plazo es de prescripción.

(71) Sobre la confirmación cfr. GULLÓN BALLESTEROS, *La confirmación*, A.D.C. 1960, pp. 1195 y ss.; SERRANO ALONSO, *La confirmación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1976; CLAVERIA GONSÁLVEZ, *La confirmación del contrato anulable* (seguramente sea la obra más completa) cit. Muy útil es el tratamiento de DELGADO, *Comentarios*, XVII-2.º cit. pp. 322 y ss.

(72) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. efectúa una inequívoca declaración en este sentido con carácter general: hay «imposibilidad de una dogmática a priori de la ineficacia» que intente fundamentarse en «el valor dado a la carencia, defecto o vicio de los distintos elementos de cada negocio jurídico» (p. 461). Lo cual significa que defectos o vicios de evidente dispar valor en la estructura del negocio deban ser reconducidos, a veces, al mismo régimen de ineficacia, como ocurre con la violencia absoluta y la violencia viciante, o con el error obstativo, etc., reconducibles al régimen de la anulabilidad (aunque sea cuestión

do, tal proceder corre el riesgo de enfrentarse frontalmente con lo dispuesto por la Ley, al no distinguir ésta (por mucho que se puedan forzar las normas) por ejemplo, y a salvo el alcance de la incapacitación fijado por la sentencia, entre nulidad y anulabilidad respecto de los contratos celebrados por un incapacitado, según que la "capacidad natural" del sujeto le consintiera o no algún atisbo de conciencia y voluntad o no; por el contrario, el régimen establecido con carácter general respecto de los contratos celebrados por el incapacitado es el de la anulabilidad (párrafo quinto del artículo 1.301).

El otro criterio general manejado para explicar el porqué de la opción del legislador en favor de un determinado régimen de ineficacia, se basa en la determinación de la naturaleza del interés protegido por la sanción en que consiste la ineficacia del negocio. De acuerdo con ello, la nulidad sería decretada cuando la irregularidad del negocio atenta contra el interés general; mientras que la anulabilidad quedaría reservada a los casos en los cuales el interés lesionado o en peligro, por ser individual y disponible, halla adecuada satisfacción mediante ese mecanismo más benigno en que aquélla consiste (73). Y como pudiera suceder que los intereses generales estuvieran en contradicción incluso con la inmediata y más directa protección de un interés individual lesionado, cabe que el ordenamiento no decrete la ineficacia del negocio o de las atribuciones que toman por base el negocio irregular, sino que busque la satisfacción del interés individual lesionado por vías paralelas (74).

Esta fundamentación cuenta, al parecer (75), con sólido apoyo en los antecedentes históricos, y tiene en su beneficio el dato de explicar satis-

discutada). Recientemente en este sentido, con abundante información y fuerza convincente en sus argumentos, se expresa GORDILLO CAÑAS, *Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual*, cit., R.D.P., pp. 214 y ss., a quien básicamente se sigue. También pone de manifiesto la ruptura del binomio irregularidad-ineficacia DIEZ PICAZO, *Eficacia e ineficacia*, cit. especialmente pp. 821 a 823. Asimismo, de forma inequívoca, en este sentido se expresa también DELGADO, *Comentarios*, XVII-2.º cit. p. 235. Por otro lado, aun al más superficial lector no se le oculta que en esta cuestión asume particular relevancia la categoría de la *inexistencia*; mas, por ser abordada específicamente después (por las razones que también luego se exponen), a entonces me remito, sin perjuicio de avanzar, ya que creo preferible desvincular la elección del régimen de ineficacia de la naturaleza de la irregularidad de que adolezca el negocio.

(73) Potencia el dato de la naturaleza del interés ESPÍN, *La nulidad en el Derecho civil, en Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*, Madrid, 1977, p. 238; obra de la que tomo la referencia en DELGADO, cit. p. 236 nota 6 *in fine*, que me ha sido imposible encontrar por no hallarse (me temo) adecuadamente fichada en las bibliotecas a que he tenido acceso. No aparece destacado este extremo en el *Manual de Derecho civil español*, I, 7.ª ed., Madrid, 1979, pp. 490 y ss. Defiende con sólidos y convincentes argumentos la relevancia del criterio de la naturaleza del interés GORDILLO, ob. cit. especialmente pp. 237 y ss.

(74) La colisión entre interés particular e intereses generales (como con la protección de la confianza en aras a la mayor seguridad del tráfico) provoca a menudo la preferencia de la protección de los segundos, como ocurre en materia de adquisiciones «a non domino». Explica ello también la brevedad del plazo para reclamar en muchísimas ocasiones (como ocurre con las acciones edilicias, o con la acción de los intereses en juego es posible explicar satisfactoriamente supuestos como los aludidos y tantos otros.

(75) Un resumen documentado de tal evolución histórica puede verse en GORDILLO, *Violencia viciante*, cit. pp. 238 y ss. Ampliamente se ocupa de la cuestión LUTZESCO, *Teoría y práctica de las nulidades*, cit. pp. 95 y 163.

factoriamente algunas de las características de la nulidad. En concreto, al tratarse de la defensa de intereses generales se comprende la posibilidad de apreciación de oficio de la nulidad por los Tribunales, supuesto, claro es, que resulte lo suficientemente patente. Y explica también el carácter absoluto de la nulidad, pues el ordenamiento remueve con carácter general lo que atenta contra los intereses generales.

Tiene esta perspectiva, sin embargo, un punto de fuga que justifica las dudas manifestadas acerca de su valor general. En particular, partiendo de la base de que son reconducibles al régimen de la nulidad absoluta los llamados negocios inexistentes, en los cuales no tiene por qué atentarse contra los intereses generales (por ejemplo, contrato con indeterminación absoluta del objeto), se concluye que aquí la nulidad debe encontrar fundamentación diferente (76). Mas este razonamiento implica que se parte de un presupuesto general, a mi juicio dudoso, consistente en entender que el régimen de ineficacia de los contratos o negocios inexistentes es el de la nulidad radical.

3. Inexistencia y nulidad virtual o racional

La razón de abordar esta cuestión, también limitadamente, se encuentra, además de en el motivo recién considerado, fundamentalmente en que también respecto del testamento se ha mantenido la categoría de la inexistencia como fundamentadora de la nulidad del mismo, contraponiéndola a la posibilidad de aislar un régimen de ineficacia diferente para los testamentos existentes pero viciados. El desarrollo de este punto concreto se aborda más adelante. De momento, baste dejar constancia de su interés, que justifica que ahora se hable de la inexistencia en general y del régimen de ineficacia que provoca.

Por ser de general conocimiento, es innecesario demostrar que el origen de la inexistencia se encuentra en el absurdo rigor de la regla *pas de nullité sans texte* y en la constatación de que se daban supuestos de negocios, respecto de los que la lógica imponía la ineficacia, pero no existía norma expresa que la decretara (77).

Afirmada la categoría lógica de los negocios inexistentes, el principal problema que se suscita es el de determinar el régimen de ineficacia de los mismos, pronunciándose la doctrina española casi con unanimidad por identificar tal régimen de ineficacia con el de la nulidad radical (78).

(76) Cfr. DELGADO, cit. p. 236: «este criterio del interés protegido (público o privado), de difícil manejo, sólo sirve como mera aproximación».

(77) Lo dicho se refiere, claro es, a la construcción moderna de la categoría de la inexistencia. Sobre la cuestión cfr. DE LOS MOZOS, *La inexistencia del negocio jurídico*, R.G.L.J. tomo 208, 1960, pp. 463 y ss., especialmente para este punto pp. 465 y ss.; DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. pp. 463 y ss.; DELGADO, *Comentarios XVII-2.º* cit. pp. 240 y ss.; GORDILLO, *Violencia viciante*, cit. pp. 243 y ss.

(78) Cfr. DE LOS MOZOS, cit. p. 517; DE CASTRO, cit. pp. 465-466; DELGADO, loc. cit.; DÍEZ PICAZO, *Eficacia e ineficacia*, cit. p. 825. GORDILLO, cit. p. 244 califica de *pírrica*

Más entonces surge el problema: al introducirse en el régimen de la nulidad supuestos ajenos a ella, se genera como consecuencia que tales supuestos no encajen en las características diferenciadoras del régimen de la nulidad (79).

Cabría otra posibilidad, que se ha intentado: inventar un particular régimen de ineficacia para los supuestos de inexistencia, calificable como de *nulidad natural* (80). Más en su contra, con razón, se ha indicado que presupone que todos los supuestos de inexistencia serían reconducibles a un único y mismo régimen de ineficacia, lo cual es un apriorismo que no encuentra confirmación práctica (81). Además, si antes se ha indicado que la postura metodológicamente correcta para hallar los criterios de opción de los distintos regímenes de ineficacia implica desconectar el tipo de irregularidad del tipo de ineficacia, mantener ahora que la inexistencia provoca esa nulidad natural, contradice de plano esa propuesta metodológica.

Por ello, y partiendo de la tipicidad general de los tipos de ineficacia, lo cual no implica desconocer la posibilidad de regímenes de ineficacia particular para causas concretas, parece que, también en términos generales, los supuestos de inexistencia deben ser reconducidos a los dos regímenes típicos generales: la nulidad o la anulabilidad. Pero, y esto es lo importante, sin que sea anudable a la inexistencia un único régimen de ineficacia, sino advirtiendo la posibilidad de que inexistencias diferentes provoquen ineficacias también distintas. Lo cual por otra parte no es sino la expresión sintética de algo que es, en general, común: así se explica que mientras la simulación sea reconducida al régimen de la nulidad, por el contrario el error obstativo o la violencia absoluta se dejen (no sin dudas) en el régimen de la anulabilidad (82). Y, además, admitiendo la posibilidad de supuestos de inexistencia que no sean reconducibles a ninguno de ambos regímenes, sino a alguno propio y particular (83).

Precisamente respecto de este último grupo de inexistencias a los que no parece convenir ni el régimen de la nulidad ni el de la anulabilidad, cabe efectuar alguna precisión que resulta esclarecedora, desde el punto de vista del objeto de estas páginas. Me refiero a las hipótesis de inexistencia *patente* por ausencia de los requisitos o elementos exigidos por la Ley para la perfección de un negocio jurídico. Tal ocurre en el caso de falta de forma esencial, no exigida para la satisfacción de intereses generales, o en el defecto de objeto de un contrato (no reconducible al

la victoria de los negadores de la inexistencia, pero que a la vez amplían las causas de nulidad para acoger los casos de inexistencia: «se la niega (la inexistencia), efectivamente, pero sólo en lo terminológico, para admitirla bajo el nombre de nulidad».

(79) GORDILLO, loc. cit. continúa el pasaje reproducido en la nota precedente, diciendo: «introduciendo en el ámbito de ésta (la nulidad) supuestos antes ajenos a ella y que de ningún modo encajan en las características diferenciadoras de su régimen».

(80) JAPIOT, *Des naulités en matière d'actes juridiques*, Paris, 1909, cit. pp. 602 y ss.

(81) GORDILLO, cit. p. 247.

(82) GORDILLO, cit. pp. 249 y ss.

(83) GORDILLO, cit. p. 251 menciona los casos de indeterminación del objeto o el contrato celebrado por el *falsus procurator*.

régimen de los vicios del consentimiento), o en el del documento apócrifo que lo es de manera evidente, etc. En suma, en los casos en los cuales no existe una apariencia dotada de la suficiente firmeza que consienta confiar en la regularidad del negocio. Pues de existir tal apariencia, generadora de una confianza generalizada, pudiera suceder que el ordenamiento considerara la necesidad de proteger el interés general representado por esa confianza, con vistas a garantizar la seguridad del tráfico.

En términos generales para tales casos no es preciso hablar ni siquiera de ineficacia. Más exacto es hablar de que, no habiendo evidentemente negocio, no cabe reconocer la producción de efecto negocial alguno. Y la no producción de tales efectos negociales sí será normalmente tomada en consideración por los Tribunales; mas no porque el Juez reaccione contra la agresión de los intereses generales, que no existe, sino porque quien alegara la producción de tales efectos debe probar suficientemente el fundamento de su petición, y en la aplicación de las normas para la *calificación* del pretendido título negocial, no demostrada la existencia del negocio, el Juez no puede condenar a cumplir efecto negocial alguno. En este sentido, es comprensible la afirmación de que el Juez no aprecia de oficio la ineficacia de un contrato inexistente (pues no se trata, en las hipótesis planteadas, de supuestos de nulidad radical), sino que la “padece” (84). Mas ello es consecuencia de las reglas de distribución de la carga de la prueba y de la función calificadora de los Tribunales.

Por todo ello, en mi opinión, cabe afirmar que tendencialmente el criterio más adecuado para optar por el régimen de nulidad radical o el de anulabilidad, estriba en precisar la naturaleza de los intereses lesionados como consecuencia de la irregularidad padecida por el negocio. Y es dudoso, en este sentido, que sea operativo establecer esquemas de regla general y excepción, que abocan a preferir determinado régimen de nulidad, salvo que sea evidente que se ordena que opere el otro, a pesar incluso del tenor del artículo 6-3 del Código civil (85).

(84) JAIPOT, cit. pp. 603 y ss. GORDILLO, cit. p. 246 indica que «el juez no puede reconocer lo que no se ha fundamentado suficientemente, y éste sería, claro está, el caso cuando se pretende hacer valer una obligación o un derecho que no ha llegado a nacer».

(85) Que la nulidad sea la regla y la anulabilidad la excepción, encuentra cobijo en el tenor del art. 6-3 C.c. Así lo reconoce DELGADO, cit. p. 244, aunque mitiga el matiz excepcional de la anulabilidad, para hacer posible extender su régimen a supuestos no expresamente incluidos en los arts. 1.300 y ss. En similar sentido se expresaba DE CASTRO, cit. p. 500, en relación con el antiguo art. 4 C.c.; pero ello no le impide dotar de cierta fuerza expansiva al régimen de la anulabilidad, que sería aplicable a supuestos de negocios o actos que no son propiamente contratos (cfr. pp. 501-502). AMORÓS GUARDIOLA, en *Comentarios a las reformas del Código civil*, I, Madrid, 1977, pp. 331-332, sostiene que la nulidad radical es la regla y cualquier otra sanción es la excepción, aunque no es preciso que esté formulada explícitamente como tal excepción. GORDILLO, cit. cit. p. 242, aunque ciñendo la cuestión al ámbito de los contratos, mantiene la postura contraria: «la anulabilidad aparece como la regla; la nulidad, como la excepción». En nota precisa: «Nosotros admitimos que la nulidad es la sanción general de los actos (y contratos) contra ley, pero entendemos que en la ineficacia específicamente contractual la anulabilidad es la regla general u ordinaria.» Su principal argumento para ello estriba en que, bajo la rúbrica «de la nulidad de los contratos», el Código disciplina propiamente el régimen de la anulabilidad. Como digo, me parece que no se debe hacer argumento determinante del tenor literal de

4. Nulidad y anulabilidad totales del testamento

a) *Jurisprudencia sobre la invocabilidad de la ineficacia negocial en el testamento*

La cuestión que corresponde ahora abordar, sentadas las premisas generales para su adecuado enfoque, se refiere a la determinación de si cabe predicar la traslación general de los regímenes de ineficacia negocial al ámbito del testamento. Mas en este punto conviene recordar lo que se indicó en las primeras páginas de este escrito: que ya se considere el testamento negocio *sui generis* o acto no negocial, en cualquier caso no cabe la traslación automática de las categorías, en cuanto referidas al concepto de negocio jurídico, no son categorías normativas, ya que nuestras leyes se limitan a regular propiamente la ineficacia del contrato. Luego, en definitiva, el planteamiento más exacto de la cuestión implica discernir si son aplicables al testamento las categorías generales de ineficacia del contrato.

Y sobre este asunto, como ya se avanzó, la jurisprudencia se muestra extraordinariamente cautelosa, en las ocasiones en que se ha planteado la cuestión. Para evitar equívocos en el entendimiento de la jurisprudencia recaída sobre este extremo, conviene ceñir el análisis a la jurisprudencia relevante, o al menos a las sentencias más importantes.

Así, no cabe tomar en consideración el conjunto de sentencias que se auxilian, por la vía de la analogía, de determinadas normas que tienen su sede en materia de ineficacia contractual, para precisar las causas de ineficacia del testamento, o las notas exigidas a las mismas para que sean relevantes. Pues en tales casos en realidad no se está aplicando teoría general alguna sobre la ineficacia del contrato al testamento, sino aplicando por analogía determinados preceptos, sin mayor alcance. Tal ocurre con la jurisprudencia que ha admitido la intimidación como causa de ineficacia total del testamento, a pesar del silencio del artículo 673 y del tenor del 743 (86). Lo mismo cabe decir para la jurisprudencia que se vale de la definición del dolo contenida en el artículo 1.269 para trasladarla al testamento (87).

las normas en casos como el presente, máxime si, como creo, es posible hallar una *ratio*, que permite optar con (relativa) certeza en pro de uno u otro régimen de ineficacia, que se corresponde adecuadamente con la propia disciplina legal.

(86) Cfr. *supra* nota 23 y lo que allí se dice acerca del alcance de la norma contenida en el art. 743 C.c.

(87) En la sentencia de 10 mayo 1972 (Ar. 2135), referida a una pretendida nulidad de testamento por captación de voluntad, que se rechaza, declara el Tribunal Supremo que, denunciada «la violación de los arts. 673 y 1.269 del C.c., por considerar aquellos hechos como demostrativos de dolo civil, respecto de lo cual cabe decir que, si bien el art. 1.269 se refiere al dolo específico contractual, en defecto de una doctrina general sobre los vicios de la voluntad y la nulidad o anulabilidad por dolo en los negocios jurídicos, viene aplicándose por analogía la regulación relativa a los contratos, a pesar de las notorias diferencias entre los negocios bilaterales y los actos unilaterales, tomando el consentimiento como sinónimo de voluntad cuya autonomía puede ser anulada si se coarta por estímulos endógenos o exógenos capaces y suficientes y concretamente puede producir este efecto

Más interés tiene la jurisprudencia que, analizando la convalidación del testamento nulo, efectúa alguna invocación de carácter general. La cuestión será abordada específicamente más adelante. Pero de momento conviene retener que en términos generales, en este punto, la jurisprudencia se aleja notoriamente de la teoría general de la convalidación del negocio nulo y que ello es explicable, como se hace en su momento, absolutamente al margen de la cuestión de la hipotética eficacia negocial del testamento, obedeciendo a razones diversas y específicas del fenómeno sucesorio. Alguna sentencia, sin embargo, se atiene a la ortodoxia nominalmente, declarando que, por padecer *nulidad absoluta* un testamento con defecto formal, no cabe la “posibilidad de ulterior confirmación” (88). Mas la sentencia carece de trascendencia a los efectos aquí indicados, pues tal afirmación se limita a ser un exceso verbal, y lo que realmente se debatía era la esencialidad de que conste en el testamento abierto, en base al artículo 695, que se ruega a un testigo que firme por el testador, por no saber o no poder firmar éste, todo ello bajo fe notarial. Luego en realidad se debatía la esencialidad de tal requisito, en línea con la abundante jurisprudencia recaída acerca de la esencialidad de los requisitos formales en el testamento. Por otra parte, no se planteó en el pleito cuestión alguna sobre la confirmabilidad de tal testamento, sino que el Tribunal Supremo quiere indicar que la ausencia de defectos formales esenciales invalida el testamento, aunque en él se contenga realmente la voluntad del testador (89).

Alguna sentencia aplica algún precepto relativo a la acción restitutoria, en concreto el artículo 1.303, en vez de las normas relativas a la liquidación de los estados posesorios, a un caso de nulidad de testamento por falta de capacidad y defecto formal, en que se condena, al triunfar la nulidad, a restituir los bienes a la masa hereditaria, con los frutos percibidos y debidos percibir (90). Mas tal asunto debe quedar remitido al momento en que se precisen las consecuencias de la declaración de nulidad del testamento. Cabe, con todo, decir aquí que, de acuerdo con la interpretación que entendemos correcta, el dilema planteado en el pleito no se resuelve adecuadamente, pues parte el Tribunal Supremo de un pre-

el dolo, como admiten los arts. 1.265 y 1.269 del C.c.; pero en todo caso las maquinaciones insidiosas, en que éste último lo hace consistir, han de quedar claras como causa determinante de la conducta», lo cual no se demostró. La sentencia de 3 febrero 1977 (Ar. 293) afirma que el testamento, al igual que los demás negocios, puede ser impugnado por engaño doloso, y que la violencia, el dolo y el fraude son problemas «que de existir impiden los efectos jurídicos del acto», invocando en su apoyo los arts. 1.269 y 2.270 C.c.

(88) Sentencia de 27 septiembre 1968 (Ar. 5163).

(89) Como es bien sabido, la jurisprudencia en unas ocasiones subraya el formalismo del testamento, decretando su ineficacia por defectos formales, incluso aunque no haya duda acerca de que en el documento en cuestión se encuentra recogida realmente la voluntad del testador; y en otras ocasiones mitiga el rigor del formalismo, admitiendo la posibilidad de irregularidades formales que no provocan la ineficacia del testamento. Esta cuestión es suficientemente subrayada en las obras generales, de las que pueden consultarse, entre muchas, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-2.º, 2.ª ed. cit. pp. 45 y ss., y LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V cit. pp. 212-213.

(90) Sentencia de 27 junio 1977 (Ar. 3019).

supuesto incierto: que hay incompatibilidad entre el artículo 1.303 y los referentes a la liquidación de los estados posesorios; cuando en realidad, no debe entenderse que el precepto mencionado en primer lugar impida la aplicación de las normas referentes a los estados posesorios (91).

La jurisprudencia relevante, que es la que directamente se plantea si cabe trasladar en bloque la doctrina general de la ineficacia del contrato al testamento, se manifiesta clara: ya proclame la aplicabilidad de esa teoría general al testamento (92), ya afirme que primero ha de atenderse al especial régimen jurídico del testamento y, sólo en su defecto, se pueda atender a la teoría general del negocio, sin que por ello sea plenamente aplicable (93), en cualquier caso se pone de manifiesto la necesidad de efectuar las oportunas acomodaciones en razón de las diferentes naturaleza y estructura de testamentos y contratos. Criterio, sin duda plausible, aunque de alcance bastante secundario por su excesiva generalidad.

b) Rechazo de la anulabilidad del testamento

Centrada específicamente la cuestión en si cabe hablar de testamentos anulables y de testamentos radicalmente nulos, una opinión niega la admisibilidad de trasladar el régimen de anulabilidad a los testamentos, aduciendo razones que se fundamentan propiamente en el mecanismo de la anulabilidad.

Así, en primer lugar, se pone de manifiesto que en el testamento ineficaz (recuérdese, ineficacia total o del testamento en sí) no cabe aislar una parte negocial que haya sufrido el vicio o defecto de capacidad y que haya de ser unilateralmente protegida, pues la única parte negocial en el testamento es el testador que, por definición, no existe, pues ha

(91) Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios*, XVII-2.º cit. pp. 294 yss.: «el art. 1.303 no contiene un precepto completo que imponga la restitución de los frutos debidos en todo caso, sino que se limita a recordar que, en su caso, habrá que abonar frutos, los percibidos o debidos percibir, según los supuestos y de acuerdo con las normas específicas que disciplinan esta materia», que son precisamente las relativas a la liquidación de los estados posesorios.

(92) Cfr. la sentencia de 16 noviembre 1968 (Ar. 5542), que declara la no nulidad de un testamento ológrafo, en cuya protocolización faltaban las firmas del Juez y del Secretario exigidas por el art. 691, decidiendo la sentencia que a tal defecto no se extiende el mandato del art. 687, el cual, respecto del testamento ológrafo, ha de entenderse referido solamente a los art. 688 y 689. Y en el *iter* lógico que se sigue para llegar a semejante conclusión, comienza el Tribunal Supremo indicando que «la doctrina sobre los grados de invalidez del negocio jurídico en general, tiene plena aplicación al testamento»; mas añade que «con las especialidades derivadas de su naturaleza eminentemente formal ... y con las penales consecuencias obligadas del negocio jurídico unilateral no recepticio "mortis causa" que encarna» el testamento.

(93) Cfr. sentencias de 12 noviembre 1964 (Ar. 5080) y de 3 octubre 1979 (Ar. 3235). Ambas coinciden en afirmar que el régimen de ineficacia del testamento ha de inducirse de su régimen propio, sin que «pueda reputarse aplicable íntegramente a los testamentos, la doctrina general sobre la nulidad de los negocios jurídicos», por ser el testamento negocio de «estructura unilateral» y comprensivo de «declaraciones no recepticias». En las dos se planteaba en realidad un problema de nulidad parcial de testamento.

fallecido, en el momento en que el testamento puede ser eficaz o ineficaz. Por ello, no hay una parte negocial a la que se pueda reconocer el particular interés protegido por la facultad de impugnar (94). El o los impugnantes del testamento no son las víctimas del vicio del consentimiento o de la falta de capacidad, sino por definición terceras personas ajenas al testamento en cuanto negocio, si se parte de la consideración negocial del mismo.

Precisamente por ese motivo de no poderse identificar un sujeto en cuyo exclusivo interés se articule la facultad de impugnación, y porque el conjunto de afectados puede ser amplio (los designados en el testamento que se impugna, los beneficiarios por el título sucesorio vigente caso que triunfe la impugnación, etc.), se reconoce legitimación activa con amplitud: a cualquiera que tenga interés, en todo caso. Amplitud de legitimación que no encaja en absoluto con la legitimación restringida propia de la anulabilidad (95).

Esta opinión afirma, además, que el testamento no es susceptible de confirmación o convalidación, pues en realidad la llamada convalidación del testamento no es propiamente tal, sino mera renuncia a la acción de nulidad (96), o “pérdida de la acción por actos propios” (97). Por el contrario, cualquiera de los legitimados puede instar la nulidad

(94) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. p. 503: «la anulabilidad se caracteriza por la entrega de una serie de facultades ... a la persona que sufriera la incapacidad o estuviera afectada por el vicio del consentimiento (o a su representante legal). Esta atribución no es posible aquí, pues en el momento de fallecer el testador es cuando se perfecciona el testamento». Sobre el tema de la perfección del testamento, sin embargo, parece preferible la opinión sustentada por JORDANO BAREA, *Teoría general del testamento*, en *Homenaje a Serrano*, I, cit., especialmente pp. 443 y ss., donde desarrolla la discusión acerca de la naturaleza jurídica del testamento, y p. 453, donde manifiesta su postura. Cfr. también ROCA SASTRE, *Anotaciones a KIPP, Derecho de sucesiones*, I, cit. p. 275, aunque centrado en la impugnabilidad por vicios de la voluntad. Con mayor prolijidad argumental, sustenta el mismo criterio BADOSA en la puesta al día de las *Anotaciones* de ROCA (pp. 280 y ss.), sosteniendo que la ineficacia del testamento en sí es nulidad, aunque es admisible la impugnabilidad respecto de lo que aquí llamamos contenido del testamento. DIEZ PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV cit. pp. 568-569 estiman que «la anulabilidad es acción que no tiene encaje, a nuestro juicio, en el testamento». LIPARI, *Autonomía privada e testamento*, cit. p. 386, también señala que «en el caso del testamento es imposible aislar, como sin embargo ocurre en el contrato, una parte en cuyo interés se disponga la anulabilidad». Mas el apoyo que se puede encontrar en la obra de LIPARI no debe hacer olvidar que su finalidad esencial es poner de manifiesto la inconveniencia de considerar el testamento como negocio jurídico, aunque no aclara el autor qué sea, entonces, a su juicio el testamento positivamente. Por ello, la citada obra está construida en término casi exclusivamente negativos: intenta demostrar cómo y dónde no es aplicable la teoría general del negocio al testamento. De esa impostación dimana la limitada utilidad de la obra, aunque sobre puntos concretos contenga observaciones de interés y certeza incluso evidentes. Uno de esos puntos es precisamente su opinión de que la disyuntiva nulidad-anulabilidad no cabe en el testamento, a pesar del tenor del art. 606 del Código civil italiano (cfr. pp. 380 y ss.).

(95) Cfr. DE CASTRO, cit. p. 503 y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, V, 4.ª ed. Valladolid, 1939, p. 144. Téngase en cuenta que, aunque nominalmente VALVERDE no plantee la alternativa entre nulidad y anulabilidad, sino entre inexistencia y nulidad, materialmente sí que la plantea, habiéndose de entender puesta al día la terminología que el autor emplea. Sobre la legitimación activa se vuelve más tarde.

(96) VALVERDE, V cit. p. 143.

(97) DE CASTRO, cit. p. 503 nota 15.

“y ello con eficacia de cosa juzgada contra terceros, aunque éstos no hubiesen litigado (artículo 1.252, pár. 2)” (98). Nota esta última que tampoco encaja en el régimen de la anulabilidad.

Tampoco se estima adecuado el sistema de la caducidad cuatrienal de la facultad de impugnar, propio de la anulabilidad, planteándose problemas de determinación del momento de inicio del cómputo (99).

En suma, aparte consideraciones de otro orden (100), la opinión aquí expuesta considera que el régimen de la anulabilidad no encaja con el que verdaderamente opera en el caso de la ineficacia del testamento.

c) *Consecuencia: nulidad absoluta como régimen único*

Descartada la admisión de la anulabilidad del testamento por las expuestas razones, la opinión ahora considerada concluye afirmando que, en consecuencia, la ineficacia del testamento en sí solamente puede ser reconducida al régimen de la nulidad radical o absoluta (101).

Sin embargo, algunas de las características propias de la nulidad radical del contrato quiebran cuando se trata de la ineficacia del testamento, al menos en una primera aproximación respecto de alguna de ellas. Razón por la cual, si es legítimo desechar que la anulabilidad quepa predicarla del testamento por no darse las características de ella, todas o algunas, debe ser igualmente legítimo dudar de la corrección de afirmar que el régimen pertinente es el de la nulidad radical, siendo así que también fallan algunas de sus notas características.

En particular, las notas de la nulidad radical que parecen, *prima facie*, ajenas a la ineficacia del testamento (con independencia ahora, de si fallan en todos o sólo algunos casos) son: de una parte, la común afir-

(98) DE CASTRO, cit. p. 503. Sobre todas estas cuestiones se vuelve más adelante.

(99) Cfr. VALVERDE, loc. cit.; DE CASTRO cit. pp. 503-504: «tampoco parece adecuado el sistema de la caducidad de la acción del art. 1.301. ¿Desde cuándo comenzará a computarse el plazo de caducidad de la acción? Si fuera desde el día en que ha cesado la intimidación o la violencia, podrá haber caducado la acción antes de morir el causante, aunque éste no estuviera en condiciones de revocar el testamento. El sistema del Código italiano, que fija el momento del comienzo del cómputo desde que se tuvo noticia de la violencia, dolo o error (art. 624, párrafo 3), llevará al resultado de que la acción esté viva para unos y extinguida para otros, con la consecuencia de que pedida la nulidad por unos y declarada válido el testamento por caducidad de la acción, más tarde haya de declararse su nulidad, a demanda de otro interesado, que sólo más tarde tenga noticia del vicio alegado». Recuérdese, por otro lado, lo más arriba dicho acerca de las opiniones que consideran que la facultad de instar la anulabilidad no caduca, sino que prescribe.

(100) Concluye DE CASTRO, loc. cit., su consideración sobre este punto, diciendo que «en verdad, si la finalidad fundamental de la nulidad del testamento otorgado con dolo, fraude o violencia es la de respetar la voluntad del testador, parece que el sistema de la nulidad absoluta es el más adecuado, pues el testamento se postula que no fue verdaderamente querido por el testador». Mas, por las consideraciones ya hechas, parece preferible desvincular el tipo de ineficacia de la irregularidad padecida por el testamento.

(101) «Inexistencia» en la terminología de VALVERDE, como ya se ha indicado (*supra* nota 95).

mación de que la acción de nulidad no es pública, esto es, que la nulidad del testamento no es apreciable de oficio; en segundo término, que el testamento nulo es susceptible de una cierta convalidación por acuerdo de todos los interesados, más allá de la mera renuncia de la acción o del obstáculo a su ejercicio que representa la doctrina de los propios actos. Pero, además, y en este último aspecto, afirmar que el testamento es radicalmente nulo, pero que la acción puede quedar impedida por actos propios, contraría la doctrina general que entiende que la doctrina de los propios actos no es apreciable precisamente cuando la contradicción se dirige contra actos radicalmente nulos (102).

d) Admisión de la dualidad nulidad-anulabilidad del testamento

Por los motivos acabados de considerar y, quizás, por la influencia de algún ordenamiento extranjero (103), se ha extendido en nuestra doctrina la opinión que considera trasladable, aun en términos muy generales y poniendo de manifiesto la no absoluta correspondencia, la distinción nulidad-anulabilidad (o impugnabilidad) propia de los contratos también al ámbito del testamento, aislando casos de irregularidad del testamento que deben generar nulidad radical, junto a otras en los cuales el régimen propugnado se acerca más a la anulabilidad (104).

(102) Sin detrimento de volver más tarde sobre el asunto, cfr. para la doctrina general DÍEZ PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, p. 176.

(103) En Derecho alemán el testamento con vicios de la voluntad (y la preterición no intencional) es impugnabile en el término de un año desde que el legitimado tiene conocimiento de la existencia del vicio, aunque no cabe la impugnación si han transcurrido treinta años desde la apertura de la sucesión. Los testamentos con defectos formales, falta de capacidad o que exceden de los límites legales, son nulos (Cfr. BINDER, *Derecho de Sucesiones*, trad. y anot. por Lacruz, Barcelona, 1953, pp. 86 y 116; KIPP, *Derecho de sucesiones*, I, cit. p. 271 y ss.). En el Derecho italiano se considera nulo el testamento mancomunado («conjuntivo» o «reciproco») o con defectos esenciales de forma (cfr. arts. 601-1 y 619-1 C.c. ital.), aparte la posibilidad de nulidad de concretas disposiciones; anulable es el testamento del incapaz (art. 591), el otorgado con violencia, error o dolo (art. 624) y con defectos formales secundarios. La acción de nulidad es imprescriptible y apreciable de oficio; la de anulabilidad prescribe en cinco años, computándose a partir de diferente momento en función de la causa de la anulabilidad. Curiosamente, la llamada sanatoria excepcional del art. 590 parece referible tanto a los casos de nulidad como a los de anulabilidad (cfr. la información general dada por AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padua, 1982, pp. 573 y ss.).

(104) Es la opinión, con mucho, mayoritaria. No todos los autores, sin embargo, analizan la cuestión con similares profundidad y coherencia, siendo muy frecuente que, efectuada la distinción, ésta quede en mero nominalismo, sin alcance real alguno. Cabe hacer un primer grupo de autores que no abordan realmente el tema, limitándose a enumerar las causas de nulidad y a señalar el régimen de la acción de nulidad (cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, V-2.º cit. pp. 120 y ss.; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio «mortis causa»*, cit. pp. 260 y ss.). Otro grupo está constituido por aquellas opiniones que, haciéndose eco de la cuestión de la distinción nulidad-anulabilidad en el testamento, sin embargo, luego no extraen (al menos, con la imprescindible claridad) consecuencia alguna (cfr. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, VI-2.º, 8.ª ed. Madrid, 1979, pp. 446 y ss.; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, V cit. pp. 372 y ss.). Un tercer grupo lo integran aquéllos que distinguen tales categorías, pero aclaran tan escasamente sus consecuencias, que sólo cabe inferirlas con dudas y carácter muy general; da la sensación que consideran que el

La valoración general que merecen estas opiniones, especialmente las de los autores que con más atención se han detenido en el asunto (105), es a mi juicio negativa, no ya por las conclusiones que puedan alcanzar (que, como se pone de relieve en el desarrollo del presente trabajo, no comparto), sino fundamentalmente por el modo en que el asunto es analizado y tratado.

Da la sensación, en primer lugar, que la distinción se intenta fundamentar, no en razones desarrolladas, valoradas y sometidas a posible contradicción, sino en motivos que descansan en la intuición o en la pretendida evidencia de la disparidad de situaciones (106). Modo de proceder que puede ser un buen punto de arranque, siempre que se desarrolle y fundamente, pero que es rechazable cuando constituye el único argumento de fondo.

Además, en segundo término, la intuición o la evidencia se proyecta sobre la disparidad de las causas de invalidez, contradiciendo lo que antes se ha indicado acerca del criterio que parece funcionar en general para efectuar la opción entre los diversos regímenes de ineficacia, y que, por lo visto, no puede radicar en la naturaleza de la irregularidad negociada. Por ello no es de extrañar que cada autor acabe identificando diferentes supuestos como causas de anulabilidad (107).

testamento radicalmente nulo es insubsanable o no convalidable, que la acción no prescribe (DE BUEN, *Nota a COLIN/CAPITANT, Curso elemental de Derecho civil*, VIII 3.ª ed. Madrid, 1957, pp. 893 y ss.; COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, II, Madrid, 1975, pp. 893 y ss.) y que no se precisa previa declaración judicial (COSSIO, loc. cit.), a diferencia de la anulabilidad, cuyos efectos serían los contrarios; mas, como digo, sin aclarar en exceso el asunto. En este mismo grupo se pueden comprender opiniones aún menos explícitas, que se refieren sólo a la no convalidación del testamento nulo, pero con dudas (OSSORIO, *Manual de sucesión testada*, cit. pp. 475 y ss.; antes TRAVIESAS, *El testamento*, cit. p. 177). Finalmente se encuentran las opiniones de quienes, aunque con diversa atención y profundidad, se hacen un planteamiento más detenido y completo. Sus opiniones son las que básicamente se tienen en cuenta en lo que sigue.

(105) LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, ed. 1971 cit., pp. 528 y ss. (antes, en sus anotaciones a BINDER, *Derecho de sucesiones*, cit. pp. 117 y ss., y después, con algún matiz diferencial, en *Elementos de Derecho civil*, V, ed. 1981, pp. 289-290); PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-2.º, 2.ª ed. cit. pp. 192 y ss.; ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, V, Barcelona, 1982, pp. 364 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama de Derecho de sucesiones*, II cit., pp. 192 y ss.

(106) LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I cit. p. 528: «el simple análisis de los diversos casos de invalidez en las disposiciones testamentarias conviene de la existencia de dos clases distintas de aquella: nulidad absoluta e impugnabilidad»; COSSIO, *Instituciones*, II cit. p. 894 (cuyo planteamiento sirve de arranque a PUIG BRUTAU, loc. cit. y a VALLET, loc. cit.): «no ofrece a nuestro juicio la menor duda que la forma de invalidez actúa de una manera completamente distinta ...» (si bien ha de tenerse en cuenta que el planteamiento de Cossio es muy limitado, y en realidad se ciñe a precisar la distinción entre testamentos patentemente inválidos y testamentos con irregularidades o defectos no patentes, por lo que aparentemente son completamente regulares; y, claro es, extrae como fundamental conclusión la evidéntísima de que en los primeros casos no hay que destruir ninguna apariencia de testamento regular, mientras que en los segundos, sí; cuestión distinta es que, luego, exagere las consecuencias, dando la impresión de que en los primeros casos propugna la apreciabilidad de oficio de la ineficacia. La cuestión se examina más adelante). ALBALADEJO, *Curso*, V cit. pp. 365 y ss., señala las causas de nulidad y anulabilidad, sin más explicaciones, salvo en lo que se refiere a la forma.

(107) Para LACRUZ, *Elementos*, V cit. pp. 289-290 (matizando en algún punto opiniones anteriores) cabe distinguir unas causas de «nulidad insanable, a veces próxima a

Ello comporta, en tercer lugar, que la calificación de la ineficacia de los testamentos como nulidad o anulabilidad (con la variante, ya conocida, de la nulidad relativa) acaba constituyendo un apriorismo, del que se extraen importantísimas consecuencias prácticas, sin base legal suficiente para ello (108). Acaso por ello, en algún punto se observa el curioso caso de que se afirma la diferencia de régimen, en función de que se trate de nulidad o anulabilidad, para luego de hecho restarle trascendencia real, sirviendo la pretendida diferencia de régimen sólo para explicar por vías distintas cómo se llega al mismo resultado en la práctica (109).

En suma, este planteamiento tiene graves defectos que hacen desaconsejable su adopción por razones fundamentalmente metodológicas. Quizá conscientes de ello, algunos de los autores que lo propugnan se cuidan de advertir que ha de procederse con gran cautela, procurando no trasladar en bloque la construcción de la ineficacia del negocio jurídico al testamento (110).

Pero, además y sobre todo, entiendo (espero que fundadamente) que todo ello es innecesario, siendo posible explicar el régimen de ineficacia del testamento de manera diferente y más segura. Con la ventaja, además, de que encaja con mayor facilidad en una hipotética teoría general de las ineficacias, aun a costa de romper la rigidez con que en términos generales se halla formulada.

la inexistencia» (ausencia de forma fundamental, infracción de los arts. 669 y 670 y ausencia total de consentimiento, incluida la incapacidad natural), otras de «nulidad» prescriptible (vicios de forma que no generan inexistencia). Otras de «impugnabilidad» (vicios materiales y defecto no sustancial de capacidad), si bien, salvo en el plazo de prescripción de la acción, las dos últimas categorías parecen quedar sometidas al mismo régimen. PUIG BRUTAU, cit. pp. 192 y ss. no se compromete, aceptando opiniones ajenas. ALBALADEJO, *Curso*, cit. pp. 365-366, distingue causas de nulidad (incapacidad, infracción de prohibición legal, «el otorgado desconociendo qué es el testamento» /¿*error in negotio?*/, *el no hecho en serio y la inobservancia de los requisitos formales*) y causas de anulabilidad (vicios de la voluntad). VALLET, *Panorama*, II cit. pp. 192 y ss. distingue nulidad absoluta (inexistencia), nulidad relativa y, dentro de ella, anulabilidad (por vicios de la voluntad), recogiendo en general opiniones ajenas.

(108) Por ejemplo, el plazo de prescripción (o caducidad) de la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento, según algunos (LACRUZ, *Elementos*, V cit. p. 292, y VALLET, cit. p. 202 parece compartir tal criterio) es el de los cuatro años del art. 1.301 C.c. Otros (ALBALADEJO, cit. p. 366), más cautos, lo dejan en quince.

(109) Eso ocurre en lo referente a la llamada «convalidación» del testamento nulo, tema que se aborda más adelante. PUIG BRUTAU, (recogiendo algún apunte de TRAVIESAS, *El testamento*, cit. p. 178) señala (pp. 194-195) que «la diferencia sustancial tal vez consista en que si se trata de nulidad radical o inexistencia, el acuerdo de los interesados de no impugnarlo y aceptar como válidas sus disposiciones no será una simple renuncia a la correspondiente acción, sino que habrán celebrado un contrato con fuerza constitutiva propia y del que, por tanto, derivarán los efectos que sólo por un espejismo podrán abrirse al testamento. En cambio, si lo realizado o convenido por los interesados simplemente es la renuncia a ejercitar la acción fundada en una causa de anulabilidad, los efectos seguirán derivando del propio testamento convalidado».

(110) Salvedad que ha de hacerse en honor de LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I cit. p. 529.

5. Replanteamiento del régimen de ineficacia del testamento inválido

a) Premisas e hipótesis

Parte el enfoque que propongo de aceptar, y hacer operativa, en sede ineficacia del testamento la distinción que, con carácter general (111), cabe hacer entre acción declarativa de la ineficacia estructural y la acción o acciones materiales o de condena que se abren paso como consecuencia del triunfo de la pretensión de ineficacia. En sede de ineficacia del testamento, la acción declarativa permite comprobar la existencia del vicio o defecto; una vez que triunfe, la acción material general que debe entrar en juego será, en la mayoría de las ocasiones, la *actio petitio hereditatis*, que precisamente se fundamenta en la discusión acerca del mejor título sucesorio, y eso es lo que está en juego cuando se insta la declaración de nulidad de un testamento (112). Sin que ello implique, claro es, que sólo pueda ejercitarse la acción material cuando previamente triunfe la declarativa de ineficacia, pues su ordenación secuencial es sólo lógica, y no propiamente cronológica. Pero son acciones diferentes, teniendo diferente régimen de legitimación (113).

En segundo lugar, entiendo que esta acción declarativa de ineficacia del testamento, supone un único régimen de ineficacia del testamento

(111) Con carácter general porque, siendo opinión unánime que tal distinción opera en la nulidad radical del contrato, me sumo a las opiniones que sostienen que lo mismo cabe para la anulabilidad, estimando que la acción cuatrienal es propiamente restitutoria. Sobre todo ello véase *supra*, al caracterizar los regímenes típicos de la ineficacia negocial.

(112) Afirmación que no constituye ninguna novedad, pues es el planteamiento que habitualmente se hace en sede de acción de petición de herencia. Cfr. LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I cit. pp. 308-309: «los efectos de la *hereditatis petitio* romana se atribuyen a cualquier acción (impugnación del testamento por vicios materiales o de forma...) dirigida, a través del reconocimiento de la cualidad de heredero en el demandante, a conferirle las titularidades hereditarias que, en cuanto tales, se le niegan». ALBALADEJO, *Derecho civil*, V-1.º, Barcelona, 1979, p. 443, afirma que la acción de petición de herencia «consiste ... en la reclamación de los bienes hereditarios que se apoya en ser heredero de los mismos; y la razón (... , invalidez del testamento, ...) por la que se alega que no es realmente heredero el demandado, sino el demandante, no cambia la acción ejercitada, sino que atañe simplemente a la justificación del derecho alegado». Cfr. también SANCHO REBULLIDA, *La acciones de petición de herencia en el Derecho español*, R.G.L.J. tomo 213, 1962, p. 291.

(113) Sentencia de 27 junio 1977 (Ar. 3019): se plantea la cuestión de si, actuando aisladamente y por sí solo uno de los legitimados activamente, se aplica la doctrina jurisprudencial que sostiene que en tal caso sólo cabe reclamar la cuota de herencia que corresponde al actor (salvo que éste actúe en interés de la comunidad hereditaria). La acción ejercitada fue de nulidad por falta de capacidad y defecto de forma, y aunque entiendo que la sentencia no es del todo correcta (pues realmente sí se ejercita la acción de petición, en la medida en que los actores solicitaban la reintegración de los bienes para reconstruir la comunidad hereditaria), claramente el Tribunal Supremo indica: «el recurrente olvida que la acción que aquí se ejercita es la de nulidad de un testamento y consecuencia de tal nulidad la reintegración a la masa hereditaria de los bienes que habían salido de la misma a virtud de ese testamento y se hallaren en posesión de aquellos que los hubiesen adquirido por consecuencia del mismo, supuesto muy diferente al contemplado por dicha doctrina», referida a la legitimación activa para el ejercicio de la acción de petición de herencia. La legitimación pasiva es también distinta, pues la acción de petición ha de dirigirse específicamente contra los poseedores de los bienes reclamados, mientras que la de nulidad del testamento ha de dirigirse contra los beneficiarios del testamento, posean o no bienes hereditarios.

(aunque las consecuencias materiales de su estimación puedan ser muy diversas), en lo que se refiere al régimen jurídico de tal acción declarativa para todos los casos. Y que, además, la identificación de las notas características de ese régimen único de ineficacia ha de partir del análisis de los intereses afectados y su naturaleza, cuando tal ineficacia es instada. Y, como se verá, algunos de los caracteres de este único régimen de ineficacia del testamento no encajan exactamente con los caracteres de los regímenes típicos de ineficacia *contractual*. Pero ello es tan razonable y evidente, como razonable y evidente es afirmar que el testamento no es un contrato. Luego, si se considera desde la perspectiva de una pretendida teoría general de la ineficacia negocial (sin hacer, obviamente, cuestión acerca de la naturaleza negocial o no del testamento), la conclusión que se impone es la necesidad de afirmar un tipo de ineficacia *sui generis* para el testamento. Solución que, seguramente, no compensa realizar el esfuerzo de construir una nueva teoría general de la ineficacia negocial, sino dejar bien claro que la ineficacia del testamento es diferente de la del contrato.

En tercer lugar, y en relación con ello, la explicación no “contractualista” del régimen de ineficacia del testamento, permite dar entrada en este asunto a consideraciones diferentes de las estrictamente negociales o voluntaristas, debiéndose integrar el régimen de ineficacia en el complejo *iter* del fenómeno sucesorio, donde no sólo está el testamento. Consideración básica (114) que permite explicar, desde mi punto de vista, más adecuadamente esa extraña figura de la confirmación o convalidación del testamento ineficaz.

b) *Cuestiones del régimen de ineficacia que revisten trascendencia*

Mas, para no caer en el error que denuncio, considero que el asunto no debe ser enfocado desde una perspectiva dogmática o conceptual, sino que por el contrario se impone comprobar la bondad del resultado que se obtiene con el planteamiento propuesto, aplicándolo a aquellos asuntos o cuestiones de régimen jurídico concreto en los que la alternativa nulidad-anulabilidad reviste mayor trascendencia práctica u operativa. Como es fácil suponer, tales cuestiones son la legitimación y apreciability de oficio; la prescriptibilidad de la acción de nulidad o ineficacia y, en su caso, plazo de la misma; y, finalmente, el estudio de esa “sanatoria excepcional”, convalidación o confirmación del testamento ineficaz.

Para todo lo cual, vista la confusión doctrinal que, a mi juicio, sobre el tema existe, seguramente la vía más segura pase por la adecuada con-

(114) Señalada, en este caso creo que con gran justeza, por LIPARI, *Autonomía privada e testamento*, cit. p. 383, aunque referida en general a la invalidez del testamento: «parece fundada la impresión de que la invalidez del testamento no puede ser contemplada exclusivamente como un vicio de la estructura del acto ..., sino que termina por resolverse, en la mayor parte de los casos, en una vicisitud (*vicenda*) de la relación (¿proceso?) se refleja también sobre la disciplina de la invalidez independiente de la calificación negocial del acto testamentario».

sideración de la jurisprudencia relevante; aunque, eso sí, prescindiendo de las “teorizaciones” jurisprudenciales que sólo contribuyen al fomento de los equívocos y oscuridades en tema que, como el presente, es ya de por sí confuso.

III. LEGITIMACION

1. Legitimación activa

a) *Amplitud*

Es frecuente afirmar que la acción para demandar la nulidad del testamento no es “pública” (115), expresión con la que se suele querer poner de manifiesto que sólo a instancias de los particulares activamente legitimados pueden los Tribunales de justicia pronunciarse sobre la validez o nulidad del testamento; lo cual lleva directamente a la cuestión de la apreciabilidad o no de oficio de la nulidad del testamento, asunto que es tratado específicamente más adelante. De momento sirve esa afirmación para dar pie a la consideración de que los intereses en juego, cuando de la validez o nulidad de un testamento se trata, son privados; dato del que ha de partirse a la hora de precisar el círculo de los activamente legitimados para demandar la validez o nulidad, mediante la correspondiente acción declarativa.

Sobre esta base (la naturaleza declarativa de la acción de nulidad del testamento), entiendo que la identificación del círculo de los activamente legitimados debe realizarse, atendiendo a las reglas generales sobre la legitimación activa en las acciones declarativas.

En este sentido, el único requisito de legitimación activa exigido para poder entablar pleito que concluya con sentencia meramente declarativa (116), consiste en la presencia de un interés suficiente por parte del

(115) Cfr. LACRUZ, *Elementos*, V cit. p. 291; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-2.º cit. p. 197 afirma: «es una acción de Derecho privado». VALLET, *Panorama*, II cit. p. 194 refiere ese carácter sólo a la que llama nulidad relativa, afirmando lo contrario cuando se trata de testamento radicalmente nulo o inexistente. Por los motivos más tarde explicados, entiendo que no existe esa pretendida diferencia de naturaleza de la acción. Por otra parte, creo dudosa la invocabilidad de varias resoluciones de la D.G.R.N. como fundamento del carácter no público de la acción, como a veces se hace (cfr. LACRUZ loc. cit.), pues en tales casos no se debate la apreciabilidad o no de oficio de la nulidad, sino una cuestión diferente, como más tarde se pone de relieve.

(116) Por evidentes razones de competencia, no entramos en la cuestión de si la legitimación es presupuesto del correcto establecimiento de la relación procesal o si, por el contrario, propiamente la legitimación toca a la cuestión de fondo, pudiendo ser resuelta solamente en la sentencia definitiva, y no como trámite previo al conocimiento del fondo del asunto. Sobre el tema cfr. PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil. Proceso declarativo. Proceso de ejecución*, I, 2.ª ed. Pamplona, 1985, pp. 330 y ss. (quien la considera, no presupuesto procesal, pero sí «condición o requisito para la entrada en el examen del fondo»); RAMOS, *Derecho procesal civil*, I, 2.ª ed. Barcelona, 1985, pp. 244 y ss. (quien se expresa en términos contrarios).

actor, que resulte afectado como consecuencia de la fijación de la situación jurídica que deriva de la propia sentencia (117). Si bien es cierto que, ante lo evanescente de lo anterior, se suele considerar necesario que el actor acredite “de modo especial la existencia de un *interés legítimo* en obtener la tutela que pide” (118). La existencia de ese interés es requisito indispensable, pero a la vez suficiente, para conferir la legitimación activa para el ejercicio de la acción declarativa de nulidad del testamento.

La precisión, entonces, de los activamente legitimados, exige precisar previamente quiénes ostentan tal interés. Labor que, con carácter general y abstracto se dificulta, siendo preferible abordar su estudio en concreto, sobre los diferentes casos. Como planteamiento de base cabe, a pesar de todo, referir ese interés al que ostentan todas aquellas personas que saldrían beneficiadas como consecuencia de la estimación de la nulidad del testamento, en la medida en que se les reconocería la titularidad activa de las acciones materiales que se abren paso como consecuencia de la declaración de nulidad, por lo menos (119). Y es, desde luego necesario, que el interés sea actual; nota que falla cuando ha transcurrido el tiempo de ejercicio de las acciones de condena, cuando se ha renunciado a la acción o cuando se ha aceptado la situación creada por el testamento que ahora se pretende impugnar (120).

b) Los “interesados”

La primera duda que se plantea es la de si el propio testador podrá o no merecer la consideración de interesado a los efectos de impugnar

(117) PRIETO CASTRO, ob. cit. p. 444 («existirá el *interés* cuando sólo por vía de sentencia declarativa sea posible alcanzar tales resultados de seguridad»); RAMOS, ob. cit. p. 249 (en las acciones meramente declarativas «se viene exigiendo la concurrencia de un interés que condicione la intervención jurisdiccional como única medida posible para la satisfacción de dicho interés»).

(118) M. A. FERNÁNDEZ, en DE LA OLIVA/FERNÁNDEZ, *Lecciones de Derecho procesal*, II, 2.ª ed. Barcelona, 1984, p. 25: «puesto que las *acciones declarativas* se agotan en la mera declaración, se exige el actor que alegue y pruebe la existencia de un interés en que tal declaración sea realizada».

(119) BADOSA, en la puesta al día de la *Anotaciones* de ROCA, I, cit. p. 283: «El fundamento de la impugnabilidad será, pues, una vocación sucesoria frustrada.» PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-2.º cit. p. 197, reconoce legitimación activa a los «herederos instituidos y legatarios favorecidos en un testamento anterior a los herederos que sucederían *abintestato* en caso de declararse la nulidad». Más en general, LACRUZ, *Elementos*, V cit. p. 291: «están legitimados para impugnar el testamento por defectos materiales o formales los que, en virtud de una expectativa sucesoria, resulten favorecidos con la anulación de las disposiciones viciadas». En la sentencia de 9 diciembre 1954 (Ar. 3160) los demandados alegaron falta de legitimación activa (se trataba de testamento nulo por ser pariente uno de los testigos de los instituidos) por no tener los actores derecho alguno a la sucesión intestada; la cuestión no fue, sin embargo, planteada en primera instancia, de manera que, habiendo apelado únicamente los demandados, la Audiencia no pudo entrar en ese asunto, pues produciría inadmisibile «*reformatio in peius*».

(120) Instada la nulidad de la institución de heredero, en Navarra, por preterición, se niega legitimación activa a la actora, que había otorgado carta de pago de dotación y derechos paternos y maternos, en la sucesión de sus padres, habiendo renunciado válidamente a todo derecho en la herencia futura (sentencia de 8 noviembre 1973, Ar. 4111). Ver *infra* al tratar de la renuncia de la acción y la «convalidación» del testamento.

(de instar la acción declarativa de nulidad) su propio testamento, evidentemente en vida.

La hipótesis así planteada es respondida negativamente en base a que cuenta el testador con un medio más sencillo a su disposición para conseguir la ineficacia del testamento defectuoso: le basta simplemente revocarlo (121). Nadie en vida del testador, ni siquiera él, tiene legitimación para instar la nulidad del testamento. El testador, por el motivo indicado; los terceros, porque el testamento es irrelevante para ellos hasta la muerte del testador (122).

Se ha planteado específicamente la duda, sin embargo, para un caso muy particular que fue abordado por la sentencia de 7 de abril de 1903 (123). Incapacitado el testador, tras el otorgamiento de testamento abierto, por causa de enfermedad mental, su representante legal demanda al Notario autorizante, solicitando se declarase la nulidad del testamento por incapacidad mental. Rechazada la pretensión en ambas instancias, el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso interpuesto (124).

La cuestión ha merecido opiniones contrapuestas, habiendo quien ha considerado que en tal caso sí cabe que el representante del testador incapacitado impugne el testamento en vida del testador (125) y quien lo ha negado, alegando fundamentalmente que no existe persona alguna que pueda ser considerada con legitimación pasiva en tal pleito (126). Argumento de indudable fuerza, que ha hecho que se reconsidere la postura a que se ha hecho referencia en primer lugar (127). Probablemente es más atendible y segura la opinión negativa.

(121) Además de LACRUZ y JORDANO, cuyas opiniones se exponen en seguida, cfr. por todos PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-2.º cit. p. 196 y ROCA SASTRE, *Anotaciones*, I, cit. p. 282.

(122) JORDANO, *Teoría general del testamento*, cit. p. 453, tras amplia discusión del tema de la naturaleza jurídica del testamento.

(123) Recogida por Díez PÍCAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, cit. n.º 524, pp. 360 y ss.

(124) Declara el Tribunal Supremo que «durante la vida del que ordenó el testamento no puede persona alguna impugnar la eficacia de éste ..., ya que ningún perjuicio irroga ni puede irrogar al testador, mientras vive, la existencia de la disposición testamentaria que aquél puede derogar o rectificar sin contención de ninguna clase»; y que no «existe fundamento legal alguno para atribuir al tutor mayores facultades que las que tendría el propio interesado, y en uso de las cuales, invocando el nombre del mismo para el caso actual, más se actuaría en beneficio y defensa de los sucesores abintestado que en consideración a los derechos no menoscabados del testador». Tales son, también en opinión de Díez PÍCAZO, cit. p. 362, los motivos determinantes del fallo.

(125) LACRUZ, anotaciones a BINDER, *Derecho de sucesiones*, cit. p. 87 y 90.

(126) JORDANO, *Teoría general del testamento*, cit. p. 457 nota 75, indica que la opinión de LACRUZ «choca contra lo dispuesto en el art. 670 del Código civil (principio de la personalidad del testamento). Además, no teniendo relevancia el testamento para los terceros hasta el momento de la muerte, faltaría la persona frente a la cual se haga valer en juicio el derecho de anulación».

(127) LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I cit. p. 532 nota 5, quien sigue sosteniendo, en tono dubitativo: «acaso —en la misma línea teórica e improbable— fuera posible una acción destinada meramente a declarar la existencia de vicio del consentimiento en el testamento (no la nulidad de éste); pero sigue en pie el interrogante de quién tendría legitimación pasiva suficientemente (quizás el conjunto de todos los favorecidos en el testamento, que a los efectos de esta demanda no precisarían la imposible aceptación de la herencia)».

Ninguna duda, por el contrario, acerca de que se encuentran activamente legitimados los llamados, por cualquier título, por virtud de la sucesión reviviscente, caso de prosperar la acción de nulidad, ya sean llamados como herederos abintestato, ya estén designados en el testamento anterior, que no quedaría revocado si prospera la nulidad del que se impugna (128). Dentro de su amplitud, se plantea la cuestión de determinar con mayor precisión el círculo de los sujetos beneficiarios (caso de triunfar la declaración de nulidad), portadores de un interés suficiente que permita reconocerles legitimación activa para instar la declaración de nulidad.

Ciertamente, quienes contarán, caso de declararse la nulidad, con legitimación activa para interponer sin más acciones materiales de condena, necesariamente han de considerarse "interesados" a los efectos aquí estudiados.

Extender más allá de tales sujetos el círculo de los legitimados parece dudoso. Hay quien ha propuesto extender ese ámbito hasta allí donde alcance el *ius vocationis*, y no sólo a aquéllos en cuyo favor se defiera el *ius delationis* (129). Nominalmente esta opinión parece encontrar cierto eco jurisprudencial.

A pesar de ello, creo preferible restringir la legitimación sólo en favor de los titulares del *ius delationis*. Primero, porque la jurisprudencia aparentemente contraria no es tal: se limita a resolver apegadamente a las exigencias del caso concreto y realmente respecto de sujetos titulares del *ius delationis*, al menos a primera vista, ante la no constancia de la existencia de llamados con preferencia para heredar antes que los actuantes (130). Además, porque de lo contrario el número de los interesados

(128) Cfr. ROCA SASTRE, *Anotaciones*, I cit. pp. 282-283; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-2.º cit. p. 197; VALLET, *Panorama*, II cit. p. 195. Sobre el tema cfr. sentencias de 10 mayo 1892, 17 noviembre 1898, 13 octubre 1934 (Ar. 1464), 9 diciembre 1954 (Ar. 3160), 11 diciembre 1964 (Ar. 5821) y 7 diciembre 1970 (Ar. 5437).

(129) BADOSA, I cit. p. 283: «la legitimación debe entenderse en sentido amplio en favor de todos los llamados posibles, porque todos ellos y no sólo el titular frustrado del *ius delationis* pertenecen al orden sucesorio eliminado por el testamento a anular y porque la efectiva posición del titular del *ius vocationis* respecto de la sucesión, no puede llegar a saberse con exactitud, hasta el momento en que sea vigente el orden sucesorio al que pertenece (posibilidad de repudiación, promoriencia o indignidad de los llamados preferentes)».

(130) En la sentencia de 10 de mayo 1892 se niega legitimación a los actores, pues éstos reconocieron la existencia de parientes más próximos (los cuales habían impugnado previamente el testamento y luego transigido con el heredero en él instituido) (LACRUZ, cit. p. 532). Por contra, la de 17 noviembre 1898 reconoce legitimación activa al Estado, aun admitiéndolo la eventualidad de que hubiera parientes más próximos, que en el caso, sin embargo, se desconocían (cfr. LACRUZ, loc. cit.) (expresamente se señalan en esta sentencia las diferencias existentes con la referenciada en primer lugar). Según la sentencia de 13 octubre 1934 (Ar. 1464), «basta el carácter de presunto heredero *abintestato*», sin que valga alegar en su contra la eventualidad de pariente más cercano (tampoco conocido en el caso). La de 7 diciembre 1970 (Ar. 5437) reconoce legitimación activa a cualquier beneficiario en base al art. 913 C.c., sin que se les deba exigir la previa (e imposible, por haber al menos apariencia de testamento) declaración de herederos abintestato. En la de 11 diciembre 1964 (Ar. 5821) se planteó un caso mucho más dudoso: se discute la legitima-

podría ser enormemente amplio: en última instancia, hasta el Estado, ante la eventualidad, por ejemplo, de que todos los antepuestos fueran repudiando sucesivamente. Con lo cual la posible inestabilidad del fenómeno sucesorio se multiplicaría, por la existencia de un gran número de sujetos que podrían pleitear en sucesiones a las que, de hecho, son ajenos.

Todo ello induce, en conclusión, a no extender desmesuradamente el círculo de los activamente legitimados. Y puede servir, como digo, de criterio el que, caso de triunfar la nulidad, adquirieran el *ius delationis* en la herencia en cuestión.

Los herederos de esos legitimados, fallecidos sin renunciar a la acción o hacer imposible su ejercicio, también deben ser considerados con legitimación activa (131).

Dudas se han suscitado también acerca de la legitimación activa del albacea designado en el testamento anterior al que se impugna, habiéndose respondido afirmativamente, por entenderse que tal legitimación va implícita en el deber de defender la validez del testamento en juicio y fuera de él, bien entendido que en este caso no se trata propiamente de defender la validez del testamento anterior al que pudiera ser nulo, sino de defender su eficacia, pues, siendo nulo el testamento posterior, no tendría efecto revocatorio sobre el anterior (132).

¿Pueden los acreedores demandar la nulidad del testamento?. Parece claro que los acreedores del causante no pueden, pues desde el punto de vista jurídico carecen de interés relevante en que los destinatarios finales de la sucesión sean unos u otros sujetos, como se demuestra por la posibilidad de la aceptación a beneficio de inventario (133). Más dudosa es la respuesta respecto de los acreedores de los activamente legitimados. Ciertamente, no parece posible reconocerlos un derecho o interés propio y autónomo que les consienta instar la acción de nulidad. La cuestión estriba, entonces, en determinar si tal acción de nulidad es susceptible de ejercicio por los acreedores a través del mecanismo de la llamada acción subrogatoria, cuando se cumplan sus requisitos. Una razón de lejana analogía con el caso previsto en el artículo 1.001 permitiría

ción activa del marido de la testadora (que no sería heredero abintestato), y el Tribunal Supremo la reconoce, hablando en general de que tal legitimación la tiene siempre, de que en el caso (pues en el testamento se proferían graves ofensas contra él) le asistía un interés moral y, finalmente, porque se discutía el carácter ganancial o privativo de la testadora de determinados bienes. El legitimario no parece que precise de la nulidad total del testamento, pues cuenta con suficientes medios autónomos de protección.

(131) Cfr. ROCA, *Anotaciones*, I cit. p. 283. La sentencia de 25 marzo 1940 (Ar. 198) entendió que la aceptación de un legado de renta vitalicia impedía que los herederos del legatario tuvieran legitimación para instar la nulidad del testamento, en que tal legado se dispuso, pues al aceptar el legado, el causante de los impugnantes se entiende que renunció a la acción de nulidad. Esta cuestión ha de ponerse en relación con lo que más adelante se dice, acerca de la apreciabilidad de la doctrina de los propios actos, y sobre la renuncia a la acción.

(132) Cfr. LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I cit. pp. 531-532 y ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XII-2.º, Madrid, 1979, p. 176, ambos con base en la sentencia de 18 diciembre 1958 (Ar. 4200).

(133) Cfr. sentencia de 27 mayo 1913 (J.C., tomo 45, n. 89, pp. 569 y siguientes).

estimar adecuada la respuesta afirmativa. Que se ve confirmada, si se piensa, como se ha dicho (134), que la acción de petición de herencia si es susceptible de ejercicio mediante la subrogatoria: si, como he indicado, la acción de nulidad es presupuesto para acciones materiales, entre las que destaca la de petición de herencia, no parece razonable consentir el ejercicio "subrogado" de la acción material y no el de la acción instrumental.

La normal existencia de una pluralidad de sujetos activamente legitimados para el ejercicio de la acción de nulidad, plantea los subsiguientes problemas de litisconsorcio. Especialmente a la vista de la eficacia general de cosa juzgada que produce la sentencia que resuelva acerca de la validez o nulidad del testamento (artículo 1.252-2). Mas como se plantea problema análogo respecto de la legitimación pasiva, y entiendo que las respuestas son diferentes en parte, es preferible dejar su estudio para más adelante, con la finalidad de obtener una visión de conjunto de la cuestión. Precisamente en ese punto se verá la más notable diferencia (aunque acaso no desde el punto de vista práctico) entre la legitimación activa de la acción de nulidad y la de las acciones materiales de condena.

2. Apreciabilidad de oficio de la nulidad del testamento

Como antes quedó expuesto, el régimen de la nulidad radical comporta, en razón de los intereses amenazados, la posibilidad de que los Tribunales de oficio aprecien la nulidad. La duda es si tal apreciabilidad de oficio cabe cuando se trata de pleito en que se implica un testamento nulo. Y en este sentido, como también antes se indicó, es común la opinión que entiende que la acción para la declaración de nulidad de un testamento no es *pública*, o lo que es lo mismo, que sólo los interesados tienen legitimación para plantear la cuestión, no pudiendo de oficio el Tribunal estimar *per se* la nulidad del testamento.

Hay, sin embargo, opiniones que, distinguiendo diversas hipótesis de ineficacia, una de las cuales sería de nulidad radical en sentido propio, sostienen la apreciabilidad de oficio de la nulidad en tales supuestos, en contraposición a los casos de mera nulidad relativa o anulabilidad (135).

Hallar la adecuada respuesta, requiere partir de unas precisiones que desbrocen el camino de posibles equívocos.

(134) Cfr. LACRUZ, *Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria*, en *Estudios de Derecho civil*, Barcelona, 1958, pp. 200 y ss., especialmente 222: «pese a la dificultades que ofrece su construcción técnica, hay que optar, por analogía con el art. 1.001 ..., por permitir a los acreedores el ejercicio de una acción destinada a facilitarles bienes hereditarios suficientes para cubrir el importe de sus créditos, previa fijación, como cuestión previa, del mejor derecho de su deudor con respecto a la herencia».

(135) VALLET, *Panorama*, II cit. p. 193: «Cuando un testamento sea inexistente por no corresponder a tipo alguno legalmente admitido, o es radicalmente nulo, podrá ser rechazado de oficio».

Así en primer lugar, no tiene que ver con la apreciabilidad de oficio de la nulidad del testamento la cuestión de las facultades calificadoras del Registrador de la Propiedad, cuando el testamento es base de una atribución patrimonial cuya constancia registral se insta. La *ratio* de la calificación registral es distinta de la posible apreciabilidad de oficio de la nulidad por los Tribunales. Por ello esta cuestión se estudia separadamente.

En segundo término, tampoco tiene que ver con la apreciabilidad de oficio la actuación del Juez ante quien se plantea el procedimiento de adveración y protocolización de testamentos no públicos, pues tal procedimiento, que no es contencioso, se encamina precisamente a que se acredite que, externamente y *prima facie* (136), el documento en cuestión reúne los requisitos del testamento de que se trate. La Ley impone en tales casos al Juez que actúe a modo de instructor, cuya decisión implica nada más que atribuir al testamento el valor de documento público, del que carecía con anterioridad (137).

La cuestión debe quedar reducida, entonces, al caso en que se pretenda judicialmente el ejercicio de derechos dimanantes de un pretendido testamento válido, sin que nadie discuta la validez o nulidad del mismo. ¿Puede el Juez, aunque la cuestión no sea planteada, denegar el amparo judicial, en base a la, por nadie solicitada, nulidad del testamento? La respuesta en algunos casos puede ser afirmativa, pero no porque el Juez de oficio pueda entrar a apreciar la no instada nulidad, sino por la aplicación general de los principios y reglas procesales acerca de la acreditación de la legitimación con que se actúa y de distribución de la carga de la prueba.

En efecto, planteado el ejercicio de derechos que tienen por presupuesto la condición de sucesor “*mortis causa*”, hay que acompañar a la demanda y a la contestación los documentos que acrediten la legitimación con que se litiga y, en su caso, instar la adopción de las medidas tendentes a acreditar la legitimación mediante la exhibición de los documentos sucesorios (138). Ahora bien, en ningún caso, por virtud del principio dispositivo, la falta de legitimación, por defecto de acreditación, puede ser estimada de oficio por el Tribunal: lo único que se posibilita es la discusión anticipada entre las partes de la cuestión de la legitimación en los procedimientos que contemplan tal trámite (139), aunque pa-

(136) Muy limitadamente entonces, razón por la cual no produce efecto de cosa juzgada el auto que acuerda o deniega la protocolización, quedando a salvo el derecho de los interesados de instar el procedimiento declarativo que corresponda (art. 693-2.º C.c.).

(137) En particular para el testamento ológrafo, cfr. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit. pp. 349 a 443. Por las razones indicadas en el texto, considero desacertado invocar, como demostración de la apreciabilidad de oficio, el deber del Juez de denegar la protocolización si no se acredita la identidad del testamento, como propone VALLET, loc. cit.

(138) La acreditación de la legitimación, como cuestión previa, es objeto de controversia. Mientras unos sostienen que ciertamente es cuestión previa (PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil*, I cit. especialmente p. 332), otros niegan radicalmente la posibilidad de tratamiento diferenciado entre legitimación y cuestión de fondo (RAMOS, *Derecho procesal civil*, I cit. pp. 254-255).

(139) Cfr. autores y lugares citados en la nota anterior. De PRIETO CASTRO cfr. además pp. 610 y ss. y de RAMOS pp. 424 y ss.

rece más probable entender que ni siquiera se puede discutir anticipadamente y resolverse, también anticipadamente, la cuestión de la legitimación material de las partes (140).

En segundo término, en lo referente a la carga de la prueba, quien pretenda se condene en base a situaciones jurídicas dimanantes del testamento pretendidamente eficaz ha de pechar con la carga “de la afirmación de la prueba de los *hechos constitutivos* de su derecho”, correspondiendo al demandado la carga de afirmar y probar los hechos *impeditivos*, *extintivos* y *excluyentes* (141). Y en este sentido, si el actor no acredita su condición de sucesor, por no contar en su favor con medio de prueba de apariencia lo suficientemente sólida como para convencer al Juez de la existencia de su derecho, no estimando entonces el Juez suficientemente probada su condición de heredero o legatario, incluso ante *la absoluta pasividad del demandado, no será estimada la demanda*. Pero no propiamente porque el Juez de oficio estime la inexistencia o nulidad del testamento, sino por la aplicación de las normas en materia de carga de la prueba que implican que si el actor no prueba lo que le incumbe, el demandado debe ser absuelto (142). Solamente se podría hablar de apreciabilidad de oficio de la nulidad, si se allana el demandado y, a pesar de ello, el Juez resuelve denegando el derecho del actor por la nulidad manifiesta del testamento. Mas tal situación parece harto improbable en el sistema de nuestro procedimiento civil. Lo cual es, a la postre, manifestación de que los intereses en juego, cuando se trata de la validez o nulidad de un testamento, son intereses privados y disponibles para sus titulares. Por eso, falla la nota típica de la nulidad radical de la apreciabilidad de oficio, pues no hay interés general alguno objeto de agresión.

3. Invalidez del testamento y calificación registral

Dejando al margen la función calificadora para el acceso de documentos al Registro de Actos de última voluntad, que propiamente debe apreciar si se cumplen o no, *prima facie*, los requisitos legalmente establecidos para que un determinado acto merezca la consideración de testamento, razón por la cual es competencia plena de la calificación el examen, por lo menos, de los requisitos formales y de todos aquéllos que se desprendan con la suficiente evidencia del documento presentado a calificación (143), se plantea la cuestión respecto del carácter público o

(140) Cfr. RAMOS, cit. pp. 474 y ss., quien excluye que sea planteable como excepción dilatoria. PRIETO CASTRO, cit. p. 834 admite excepción dilatoria por defecto de legitimación «únicamente en el caso de que apareciese tan destacado del tema de fondo que pudiera ser examinado con independencia de él».

(141) PRIETO CASTRO, cit. pp. 630 y ss.

(142) PRIETO CASTRO, cit. p. 632.

(143) Por resolución de 17 enero 1981 (Ar. 1185) la Dirección General acordó la imposibilidad de la toma de razón, en el Registro de Actos de Última Voluntad, de un acta de revocación de testamento (otorgada por ciudadano español ante el Cónsul de España en Bruselas) por ser aplicables al caso las reglas formales de los testamentos según el Derecho español, que no eran cumplidas por tal acta.

no de la acción de nulidad en relación con la competencia de los Registradores de la propiedad, a la hora de calificar sobre testamentos, normalmente con defectos formales, en base a los cuales se pretende la constancia registral de determinadas atribuciones por causa de muerte.

Sobre la cuestión existen varias resoluciones que unánimemente estiman que, habiendo acuerdo de los interesados en realizar unas determinadas atribuciones en base a testamentos con defectos formales de diferente trascendencia (144), no es quién el registrador para denegar la inscripción, por no poder el Registro rechazar a priori un instrumento testamentario contra la voluntad de quien puede acatarlo como válido; de donde se inferiría el carácter no público de la nulidad del testamento y la disponibilidad de los intereses afectados por la supuesta nulidad por defectos formales, aparte otras consecuencias en sede de "confirmabilidad" del testamento que no corresponde ahora desarrollar.

Para la cuestión del carácter público o privado de la acción de nulidad, estas resoluciones son sólo lejanamente invocables. Pues en realidad, el registrador debe actuar movido (y parece ser esa la consideración de fondo de estas resoluciones) fundamentalmente por el criterio de la firmeza de las atribuciones patrimoniales cuya constancia registral se insta. Por ello, la naturaleza pública o privada de la acción dimanante de la irregularidad de los títulos presentados a calificación es cuestión secundaria; así como es cuestión secundaria la naturaleza de los intereses afectados por la ineficacia que se establezca en función de la naturaleza del vicio padecido por el título; sobre todo ello, en sede de calificación registral, se impone la consideración de carácter general de la firmeza de las atribuciones, lo cual puede provocar que no tengan acceso al registro títulos viciados con mera anulabilidad (145), y sí lo puedan tener otros viciados por nulidad radical no manifiesta.

Luego, en suma, las resoluciones aludidas lo único que ponen de relieve es que la firmeza de las atribuciones *mortis causa* no depende exclusivamente de la validez o nulidad del testamento, sino también de otros

(144) Son las resoluciones de 26 septiembre 1904 (su cita en general; cfr. por todos LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I cit. p. 529 y VALLET, *Panorama*, II cit. p. 193) en la que el defecto era la no expresión de la hora de otorgamiento del testamento abierto; la de 2 agosto 1913 (recogida por VALLET, cit. p. 194) sobre testamento en que el Notario no había identificado al testador en la forma prevenida por el C.c.; la de 10 diciembre 1913 (recogida por VALLET, loc. cit. y CLAVERIA, *La «sanatoria excepcional» de disposiciones testamentarias nulas en Derecho español*, R.D.P. 1977, pp. 626 y ss., especialmente p. 639) sobre testamento verbal no ajustado al Derecho catalán (según el registrador, pues según el recurrente era válido como testamento «parentem inter liberos»); y la de 29 enero 1931 (Ar. 1900) por faltar las palabras «doy fe» en el testamento notarial.

(145) Como ocurre cuando el registrador aprecia defecto de capacidad de los otorgantes (art. 18 Ley Hipotecaria), causa de anulabilidad. Los problemas de conexión entre calificación y regímenes de ineficacia negocial, provocaron la reforma del art. 65 L.h., que en anterior versión consideraba falta insubsanable la que provenía de la nulidad del título, mientras que se reputaban subsanables las faltas que, afectando a la validez del título, no provocaran necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida (cfr. LACRUZ/SANCHO, *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1977, pp. 358 y ss.).

factores, como es la concorde voluntad de los interesados en actuar de determinada manera. Cuestión que más adelante es tratada.

4. Legitimación pasiva

Es opinión común, y evidente, la que estima que la acción debe ejercitarse contra todos aquellos a quienes perjudique la estimación de la nulidad del testamento; los cuales normalmente serán los instituidos por cualquier título sucesorio en el testamento cuya nulidad quiere que se declare (146). Aunque cabe imaginar alguna hipótesis en que resulten perjudicados sujetos no beneficiados en el testamento impugnado (147).

Es también común opinión que cuentan con legitimación pasiva los nombrados albaceas en el testamento cuya nulidad se insta, pues entra dentro de sus atribuciones la defensa del mismo (148). Más dudosa es la legitimación pasiva del contador-partidor designado en el testamento (149).

El principal problema que se suscita por la pluralidad de posibles interesados se refiere a si se constituye o no litisconsorcio necesario entre ellos. Ahora después se trata esta cuestión. En este momento conviene, sin embargo, hacer referencia a la ordenación de la pluralidad de interesados en razón de sus diferentes títulos e interés en la persistencia del testamento cuya nulidad se demanda. En otros términos, se trata de determinar si la legitimación de los herederos excluye o disculpa la de los legatarios; o si basta con demandar a los herederos habiendo albaceas, etc.

En términos generales parece posible afirmar de la jurisprudencia recaída que, estando vigentes los albaceas en el desempeño de su car-

(146) Cfr. por todos LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I cit. p. 533; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-2.º cit. p. 197; VALLET, *Panorama*, II cit. p. 195.

(147) Como en el caso resuelto por la sentencia de 6 abril 1967 (Ar. 1812) referida en realidad a nulidad parcial de un testamento, pretendiéndose que conservara su vigencia la cláusula revocatoria de un testamento anterior. Declaró el Tribunal Supremo que en la consideración de interesados y pasivamente legitimados se comprendían los instituidos en el testamento, cuya revocación o vigencia se discutió. Parecido fue el caso resuelto por la sentencia de 18 diciembre 1958 (Ar. 4200): se trata de la nulidad de un testamento en peligro de muerte por incapacidad del testador, que no era revocatorio del testamento anterior, por contener una única disposición a título singular; así las cosas, sólo se demandó al instituido en ese testamento último, pero no a los hipotéticos herederos abintestato (quienes, por otra parte, parece ser que tuvieron conocimiento del pleito y no manifestaron interés alguno por intervenir). Mas si efectivamente no era revocatorio el testamento impugnado, continuaría en cualquier caso vigente la delación testamentaria anterior compatible, quedando excluido todo interés de los hipotéticos herederos abintestato. Sobre si tienen que ser necesariamente parte en el pleito todos los posibles beneficiarios en caso de que triunfara la impugnación, cuando no sean todos ellos actores, véase *infra* al tratar del litisconsorcio activo.

(148) Cfr. ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XII-2.º cit. pp. 172 y ss. y allí abundantes referencias jurisprudenciales.

(149) En la sentencia de 22 octubre 1974 (Ar. 3899) dice el Tribunal Supremo que si tienen legitimación pasiva los contadores-partidores. Mas es que habían sido demandados los instituidos en el testamento impugnado y los contadores-partidores, discutiéndose realmente la legitimación pasiva del Notario autorizante del testamento impugnado.

go (150), han de ser éstos necesariamente demandados (151), juntamente los demás interesados, sin que a mi juicio quepa entender posible demandar sólo a los albaceas y no a los demás beneficiarios, al menos a los herederos (152). Respecto de la dualidad herederos-legatarios, hay afirmaciones jurisprudenciales que parecen suponer que si se demanda a los primeros no es preciso demandar a los segundos, mas no está excesivamente claro (153).

El Notario autorizante del testamento impugnado sólo debe ser demandado si nace responsabilidad para él como consecuencia de la previsión del artículo 705 del Código civil, no debiendo ser demandado, en caso contrario, junto con los beneficiarios del testamento impugnado y los albaceas (154).

5. Pluralidad de interesados y eficacia de la sentencia

a) *Extensión subjetiva de la cosa juzgada: artículo 1.252-2*

De la exposición hasta aquí realizada, resulta evidente que en muchas ocasiones habrá una pluralidad de sujetos, cuyos intereses puedan resultar afectados como consecuencia del pronunciamiento judicial acerca de la validez o nulidad de un testamento. Pluralidad que tanto puede darse entre los activamente legitimados, como entre los que deban ser demandados. Por eso se plantea la cuestión de organizar esa pluralidad, de manera que no se cause indefensión a los sujetos interesados, la sentencia sea verdaderamente eficaz y no se haga imposible en la práctica el entablamiento del pleito. Perspectivas distintas que obligan a hallar una solución que satisfaga todas las exigencias planteadas.

De ellas, la Ley solamente se preocupa expresamente de la que hace referencia a la eficacia de la sentencia. En efecto, habiendo una pluralidad de sujetos, si no litigan todos ellos se plantea la cuestión de la determinación del ámbito subjetivo de la cosa juzgada, es decir, de a quiénes

(150) En los casos resueltos por las sentencias de 11 enero 1900 (J.C. tomo 7, n. 12, pp. 50 y ss.) y de 10 julio 1935 (Ar. 1553) los albaceas, no demandados, ya habían cesado en sus cargos.

(151) Así se desprende de las sentencias citadas en la anterior nota. Cfr. ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII-2.º cit. pp. 175-176 y allí jurisprudencia (si bien, para el objeto de este trabajo, no son relevantes las sentencias de 24 abril 1907 y de 22 febrero 1929, pues se trata en ellas de una rectificación de partición y de nulidad de partición, respectivamente).

(152) Cfr. sentencias de 12 julio 1905 y de 21 marzo 1911. Conforme se manifiesta PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-1.º, 2.ª ed. Madrid, 1975, p. 494. En contra, ALBALADEJO, XII-2.º últ. cit. p. 174: «para atacar el testamento, cualquiera que lo haga, no puede prescindir de los albaceas y dirigirse sólo contra los herederos; puede, si quiere, dirigirse también contra éstos, pero necesariamente debe dirigirse contra aquéllos».

(153) En el caso resuelto por la sentencia de 10 noviembre 1979 (Ar. 4655) fueron demandados los herederos y la legataria; en la sentencia de 26 diciembre 1979 (Ar. 4454) no había herederos y se demandó sólo a parte de los legatarios, estimándose la falta de litis-consorcio pasivo necesario, por no ser demandados todos ellos.

(154) Sentencias de 18 abril 1965 (Ar. 3743), 22 octubre 1974 (Ar. 3899) y 10 noviembre 1979 (Ar. 4655), entre otras.

afecta la sentencia que se dicte en el pleito de nulidad. De adoptarse la solución habitual, según la cual (en general) la sentencia dictada sólo surte efectos de cosa juzgada entre las partes que litigan (155), se podría plantear el caso de que en pleitos distintos diferentes partes obtuvieran sentencias contradictorias en base a las mismas causas. Seguramente con la finalidad de evitar ese indeseable resultado, el segundo párrafo del artículo 1.252 del Código civil establece que la sentencia recaída en pleito sobre la validez o nulidad de disposiciones testamentarias, surte efectos de cosa juzgada, no sólo entre los litigantes, sino también contra terceros "aunque no hubiesen litigado" (156).

Lógicamente, hay que entender esa extensión subjetiva de la cosa juzgada, no tanto en el sentido de que la sentencia recaída produce efectos *erga omnes*, cuanto en el sentido de que produce efectos entre *todos los interesados*, hayan o no litigado, según se deduce de la literalidad de la norma (157). De donde cabría deducir que la propia Ley admite la eventualidad de que el pleito se entable sólo entre una parte de los interesados, no siendo necesario que se deba entablar entre todos ellos (158). El Tribunal Supremo, sin embargo, con criterio práctico plausible, desde mi punto de vista, ha considerado necesario demandar a todos los interesados (al menos a los legitimados pasivamente), puesto que, de no intervenir, se produciría la eficacia de cosa juzgada frente a ellos, pudiéndoles parar perjuicio irreparable y la consiguiente indefensión (159).

b) Pluralidad de interesados y legitimación activa

La aplicación rigurosa del indicado criterio, desde el punto de vista de la legitimación activa, plantea sin embargo un grave inconveniente práctico. Si se exige que todos los posibles beneficiarios (en el sentido anteriormente indicado), caso de triunfar la pretensión de nulidad, actúen como parte actora, poniéndose en manos de los demandados la excepción de falta de litisconsorcio activo necesario, basta con que unos de los activamente legitimados, por comodidad o cualquier otra causa,

(155) Sobre la cosa juzgada cfr., en general, SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XVI-2.º, Madrid, 1981, pp. 627 y ss. y en pp. 682 y ss. el requisito de la identidad subjetiva. Cfr. también PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil*, I, cit. pp. 788 y ss.

(156) «Al ser único el testamento, la declaración de validez o nulidad afecta a todas las personas que reciben o pueden recibir los bienes de la herencia» (SERRA, cit. p. 692).

(157) Cfr. SERRA, *últ. loc. cit.*

(158) Por ello se critica la doctrina jurisprudencial, que ahora se expone en el texto, acerca de la existencia de litisconsorcio pasivo necesario en los pleitos sobre nulidad o validez de testamentos (cfr. SERRA, cit. p. 690; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, R.D.Proc. Iberoamericana, n.º 2-3, 1976, pp. 369 y ss., especialmente pp. 393 y ss.).

(159) Cfr. sentencias de 21 marzo 1911 (J.C., tomo 28, n. 117, pp. 788 y ss.), 19 abril 1933 (Ar. 1.628), 7 julio 1943 (Ar. 854 y 854 bis), 26 noviembre 1955 (Ar. 3.586), 6 abril 1967 (Ar. 1.812), entre otras.

decida no sumarse a la pretensión impugnatoria, para que se haga imposible la sentencia sobre el fondo del asunto. La cuestión se complica además por la inexistencia en nuestro ordenamiento procesal de medios que consientan la llamada en causa a terceros, con carácter general (160).

De nuevo, con criterio práctico, el Tribunal Supremo ha resuelto la cuestión aplicando su doctrina acerca de la legitimación activa de los comuneros, que es la misma que aplica sobre la legitimación activa en la comunidad hereditaria (161). Así entiende que cualquiera de los interesados, que obtendrían beneficio de estimarse la nulidad, puede demandar tal nulidad, cuyo resultado no sólo lo beneficia a él, si se estima, sino a todos los demás interesados (162). Lo cual en el fondo, no es sino extender el criterio consolidado acerca de la legitimación activa para el ejercicio de la *actio petitio hereditatis*, cuando hay pluralidad de sujetos (163).

Este criterio, sin embargo, no es satisfactorio. Pues la doctrina jurisprudencial sobre la legitimación activa en la acción de petición de herencia, habiendo varios interesados activamente, distingue el caso en que uno de los coherederos ejercita la acción en beneficio de la comunidad hereditaria, que se restablecería caso de triunfar la acción, y el caso en que uno de los coherederos ejercita la acción limitadamente respecto de su cuota en la herencia, que se admite, pero sin efecto en principio frente a los demás posibles interesados. Esto segundo no cabe en la acción de nulidad: por la extensión de la cosa juzgada a todos los interesados, necesariamente la declaración de nulidad es eficaz, litigue en el concepto que se quiera el actor, ya manifestando hacerlo en beneficio de todos, ya en su exclusivo interés. Además, la declaración de la validez o nulidad es por su propia naturaleza indivisible, aunque la acción material que se ejercite de resultados de triunfar la nulidad sí pueda ser objeto de fraccionamiento. Por ello, el Tribunal Supremo ha precisado, al menos en una ocasión (164), que la legitimación activa para la acción de nulidad es diferente de la que corresponde en la acción de petición de herencia.

La ausencia de solución al problema en nuestras leyes de procedimiento, dificulta encontrar una salida razonable. Pues se podría pensar en que los hipotéticos beneficiarios de la nulidad, no actuantes, hubieran de ser demandados juntamente con los legitimados pasivamente, persi-

(160) Sobre los problemas planteados por esa deficiencia normativa cfr. SERRA, cit. pp. 690-691; PRIETO CASTRO, *Tratado*, I, cit. pp. 380 y ss.; RAMOS, *Derecho procesal civil*, I, cit. pp. 272 y ss.; CORTÉS, cit. pp. 389 y ss.

(161) Cfr. sobre el tema, últimamente, MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios la Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo V, vol. 2.º, Madrid, 1985, pp. 81 y ss.

(162) En la jurisprudencia más reciente ver las sentencias de 7 diciembre 1970 (Ar. 5437), 14 noviembre 1977 (Ar. 4.186) y 10 noviembre 1979 (Ar. 4655).

(163) Cfr. SIMO SANTONJA, *En tema de petición de herencia*, R.D.P. 1960, pp. 665 y ss., especialmente p. 681; SANCHO REBULLIDA, *Las acciones de petición de herencia en el Derecho español*, cit. pp. 293 y ss., ampliamente.

(164) Sentencia de 27 junio 1977 (Ar. 3.019), quinto Considerando.

guiendo que se allanaran. Mucho más sencillo es entender que cada uno de los activamente legitimados puede de forma individual instar la declaración de nulidad, surtiendo eficacia de cosa juzgada la sentencia, tanto favorable como adversa, respecto de los que debieran haber sido actores también en el pleito, pero no lo han sido. Siendo deseable en este sentido que se facilite el conocimiento de la existencia del pleito para los mismos, con la finalidad de que puedan intervenir, si lo desean, en él. En suma, cabe extender a la legitimación activa para solicitar la declaración de nulidad del testamento, lo que se afirma acerca de la legitimación activa, con pluralidad de sujetos, para ejercitar la acción declarativa de nulidad del negocio jurídico: «puede ser ejercitada por cualquiera que tenga interés legítimo en ello» (165). De ahí derivaría que cada uno de los interesados puede decidir individualmente acerca del ejercicio de la acción declarativa de la nulidad del testamento; ahora bien, para evitar fallos contradictorios, si varios deciden demandar la nulidad, deberán actuar conjuntamente en el mismo proceso (166).

c) *Litisconsorcio pasivo*

La situación es diferente cuando se trata de la pluralidad de sujetos pasivamente legitimados. La jurisprudencia insistentemente ha declarado que la demanda debe dirigirse contra todos los que tienen legitimación pasiva, estimando la existencia de una situación de litisconsorcio pasivo necesario. Por lo cual, no estando dirigida la demanda contra todos ellos, debe producirse la absolución sin entrar en el fondo del asunto, o, lo que es lo mismo, se ha estimado la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario (167).

Por otra parte, no conociéndose con exactitud el paradero de los posibles afectados, basta con dirigir la acción nominalmente contra los conocidos y en general contra todas las personas que puedan padecer perjuicio como consecuencia de la estimación de la nulidad (168).

6. Competencia y procedimiento

La determinación de la competencia territorial para el ejercicio de la acción de nulidad del testamento, no existiendo regla específica al respecto, implica la previa calificación de la acción de nulidad como personal, real o mixta, que es el criterio empleado por el artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Tras algunos titubeos jurisprudenciales, califi-

(165) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. p. 482.

(166) Lo que CORTÉS, cit. pp. 406 y ss. llama «litisconsorcio necesario impropio».

(167) Véanse sentencias de 19 abril 1933 (Ar. 1630), 7 julio 1943 (Ar. 854 y 854 bis), 31 mayo 1961 (Ar. 3001), 6 abril 1.967 (Ar. 3588), 8 marzo 1972 (Ar. 1.091), 22 octubre 1974 (Ar. 3899), 10 noviembre 1979 (Ar. 4.655), 26 diciembre 1979 (Ar. 4454).

(168) Sentencias de 22 marzo 1956 (Ar. 1918) y de 8 marzo 1972 (Ar. 1091).

cando la acción como mixta (169), es hoy criterio generalmente aceptado que la acción, a estos efectos, merece la calificación de personal, siendo pues competente el Juez del domicilio del demandado (170).

En cuanto al procedimiento, debe ser en el juicio declarativo correspondiente, sin que quepa plantearlo en juicio de testamentaria (171).

IV. PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCION

1. Diversidad de plazos en razón de la causa de nulidad

La consecuencia práctica más importante que deriva de admitir varios regímenes de ineficacia del testamento, en razón del distinto alcance de la prescriptibilidad de acciones en nuestro Derecho (artículos 1.930-2.º, precisamente, en que, de modo análogo a lo que ocurre en sede de ineficacia contractual, se predica la diversidad de plazos de prescripción o caducidad para el ejercicio de las acciones de nulidad o impugnación, según que se entienda estar ante un supuesto de los que provocan nulidad radical, nulidad relativa, anulabilidad, impugnabilidad, etc.

Así, se ha expresado la opinión de que, cuando se trata de un supuesto de inexistencia o nulidad radical, la acción de nulidad sería imprescriptible, como consecuencia de gozar de naturaleza meramente declarativa.

Si, por el contrario, se trata de supuestos que no provocan tales inexistencia o nulidad radical, entonces, por aplicación de la regla general de la prescriptibilidad de acciones en nuestro Derecho (artículos 1.930-2.º, 1.932 y 1.961), ha de señalarse plazo de prescripción a la acción. Estimando que la acción en cuestión es calificable como acción personal (por no ser ni real ni mixta), se acaba afirmando que se le debe aplicar el plazo de prescripción de 15 años, dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1.964, como plazo general de prescripción para las acciones personales que no tengan señalado plazo diferente (172).

(169) Sentencias de 29 febrero 1893, 11 mayo 1898 (cfr. VALLET, *Panorama*, II, cit. p. 198), 12 julio 1905 (cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-1.º, cit. p. 495) y 5 diciembre 1961 (Ar. 4147; cfr. RAMOS, *Derecho procesal civil*, I, cit. p. 180).

(170) Sobre las acciones mixtas cfr. las consideraciones de VALLET, loc. cit. véanse sentencias de 26 octubre 1926 (PUIG BRUTAU, V-2.º, cit. p. 198), 22 octubre 1974 (Ar. 1974) y 27 junio 1977 (Ar. 3.019), aunque en las dos últimas como *obiter dictum*. Esta solución encaja perfectamente con la consideración de que se trata de una acción declarativa: cfr. FRAGA IRIBARNE, *La acción declarativa (En torno a la sentencia del T.S. de 22 de septiembre de 1944, R.G.L.J., tomo 176, 1944, pp. 461 y ss. y tomo 177, 1945, pp. 33 y ss., en concreto pp. 50 y ss.*

(171) Cfr. VALLET, *Panorama*, II, cit. p. 199 y sentencia de 17 octubre 1960 (Ar. 3423).

(172) En este sentido cfr. ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, V, Barcelona, 1982, pp. 366-367: «la acción para pedir la declaración de nulidad del (testamento) nulo, creo que no prescribe; la encaminada a impugnar los anulables, dura, según la opinión más extendida, quince años (cfr. art. 1.964)».

La anterior opinión, aun siendo compartida, es matizada por algunos que distinguen, en los supuestos que no son de nulidad absoluta, los casos generales, sometidos a la regla de la prescripción de los quince años, frente a los casos en que la irregularidad del testamento estriba en que el testador fue víctima de vicios del consentimiento; a esta última hipótesis se le debiera aplicar por analogía el régimen de caducidad de la acción de anulabilidad de los contratos, decayendo la posibilidad de demandar la anulación del testamento por el transcurso de cuatro años (173).

Hay también quienes, partiendo de la prescriptibilidad de la acción, no entran en distingos, estimando que por ser personal se le debe aplicar el plazo general de los quince años, sin más (174).

2. Su imprescriptibilidad como acción declarativa

Frente a estas opiniones que parten de la prescriptibilidad de la acción de nulidad del testamento, se alzan otras que, partiendo de que esta acción es de naturaleza meramente declarativa, consideran que se le debe aplicar el criterio propio de este tipo de acciones en cuanto a su prescriptibilidad (175), sea cual sea la causa de nulidad. Pues, en efecto, «en general se estima que la acción (declarativa) es en sí misma imprescriptible; lo que puede ocurrir es que decaiga el interés en la declaración» (176).

(173) Tal opinión ha sido formulada fundamentalmente por LACRUZ, aunque parece contar con algún antecedente (OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, cit. p. 474 y CASTÁN, *Derecho civil*, VI-2.º, cit. p. 455, mencionan a DÍAZ COBEÑA, quien propugnaba aplicar el art. 1.301, por analogía al testamento). En sus anotaciones a BINDER, *Derecho de sucesiones* cit. pp. 90-91 y en *Derecho de sucesiones*, ed. 1971, I, cit. pp. 534-535, defiende LACRUZ la analogía con el art. 1.301 para el testamento con vicios de la voluntad, utilizando como principal argumento el plazo de cinco años de la acción contra el indigno (art. 672), tomando en consideración que es indigno, entre otros casos, «el que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo» (art. 756, 5.º, tras la reforma de 26 de mayo de 1978; antes era la causa 6.ª). Este argumento será objeto de especial consideración en breve. El mismo autor, en *Elementos*, V, cit. pp. 291-292 es más tajante: aparte los casos de inexistencia o nulidad radical, «la acción prescribe: en mi opinión, en quince años si se trata de defectos formales (infracción de solemnidades que no destruye la forma esencial del testamento), y en cuatro si éstos son materiales». Recogen la opinión de este autor, y parecen seguirla, PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-2.º, cit. pp. 198-199 y VALLET, *Panorama*, II, cit. pp. 199 y 201-202. BADO-SA COLL, en la puesta al día de las *Anotaciones* de ROCA SASTRE a KIPP, *Derecho de sucesiones*, I, cit. p. 284, parece inclinarse por la aplicabilidad del art. 1.301, aunque no muy claramente, pues es dudoso que admita la anulabilidad total del testamento.

(174) Cfr. ROYO, *Derecho sucesorio «mortis causa»*, cit. p. 122; OSSORIO, *Manual de sucesión testada*, cit. p. 474 (rechazando la aplicabilidad del art. 1.301); DE BUEN, *Notas* a COLIN/CAPITANT, *Curso elemental*, VIII, cit. p. 318 (también rechaza la aplicabilidad del 1.301); DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, III, cit. p. 262; ROCA SASTRE, cit. p. 284; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, V, cit. p. 367; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, VI-2.º, cit. pp. 454-455; Díez PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, cit. p. 570.

(175) Fundamentalmente DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. pp. 502 y ss.

(176) FRAGA IRIBARNE, *La acción declarativa*, cit. p. 57.

Ciertamente el silencio del Código civil sobre este delicado asunto, hace que cualquier opinión resulte extraordinariamente comprometida, por la gravedad de la consecuencia práctica que se produce (177).

Sin embargo, a pesar de ello, creo preferible entender que la acción de nulidad del testamento es meramente declarativa y, por ende, imprescriptible, sea cual sea la causa de nulidad y el defecto de que adolezca el testamento, solución que podría contar con algún apoyo jurisprudencial, aunque no muy claro (178). Sobre ello, hay algunas razones que inducen a preferir esta opinión.

En primer lugar, considerar que la acción de nulidad es meramente declarativa y que, si triunfa, da paso a las oportunas acciones materiales, coincide con el criterio general que, entiendo, debe ser mantenido respecto de las ineficacias estructurales de los negocios jurídicos. En ellas, siempre cabe una acción declarativa imprescriptible, tendente a comprobar la existencia del vicio o defecto causante de la ineficacia (179).

Permite ello, además, resolver con criterio lógico la cuestión de la prescriptibilidad o no de la excepción de anulabilidad. La imprescripti-

(177) Sin embargo, el art. 683 del Anteproyecto disponía: «La acción de nulidad del testamento, por vicios en sus formas o solemnidades externas prescribirá a los tres años contados desde la muerte del testador si desde luego se puso en ejecución el testamento, y en otro caso, desde que se tenga noticia de su existencia». Estaba inspirado, parece, en el art. 1.697 del antiguo Código portugués. La desaparición de este precepto es difícilmente invocable ni a favor ni en contra de la prescriptibilidad de la acción de nulidad. Desde luego, no lo es en favor del breve plazo de 4 años para la nulidad por vicios de la voluntad, pues ese precepto sólo afectaba a los vicios formales «externos», razón por la cual no puede pensarse que fue eliminado porque pensara el legislador que el art. 1.301 extendía su ámbito al testamento.

(178) La sentencia de 31 diciembre 1931 (Ar. 2333) trata de nulidad de una cláusula testamentaria, en la que se instituía un legado, en la práctica al capricho de la esposa del causante, estimando el T.S. que, por ir contra el art. 670, tal cláusula era nula por «inexistente», razón por la cual estima no procedente aplicar la doctrina de los propios actos y, en tema de prescripción, estima que, por ser inexistente, el plazo de prescripción de la acción es de ¡quince años!. La sentencia de 16 febrero 1956 (Ar. 1.496) se refiere a un caso de nulidad de testamento por no haber firmado el testador, sino un testigo a su ruego, siendo así que el testador sabía y podía firmar (acaso el tema realmente planteado es de testamento apócrifo). La demanda de nulidad se interpone a los 21 años del otorgamiento de tal testamento (y a los 15 menos dos días de la muerte del testador). El T.S., casando la sentencia de instancia, estimó la nulidad, sin que, según parece, fuera realmente alegada prescripción alguna. Tampoco es relevante esta sentencia, pues, como indico, la demanda se interpuso antes de transcurridos quince años desde la apertura de la sucesión. Para este trabajo, no tiene interés la sentencia de 2 noviembre 1960 (Ar. 3.451) por aplicar Derecho navarro (evidentemente anterior a la Compilación). Tampoco la de 15 febrero 1973 (Ar. 474), pues versa sobre nulidad de una cláusula de asignación de legítima *in natura* con obligación de pago en dinero de la legítima estricta a los demás legitimarios. Sin embargo, la sentencia de 20 junio 1928 (puede verse en Díez PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, cit. n. 528, pp. 369 y ss.) declaró, a los casi treinta años de la apertura de la sucesión, la nulidad de un testamento por defecto formal (figurar como testigo un amnuense del Notario), calificando tal acción como personal, y no real ni mixta, razón por la cual entendió prescrita la acción. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. p. 504 nota 17, indica que se atendieron consideraciones de justicia en ese caso, siendo el argumento de la prescripción el que formalmente sirvió para obtener ese resultado justo.

(179) Cfr. *supra*, nota 66, y su texto correspondiente.

bilidad de la acción declarativa, también respecto de la concurrencia del defecto de anulabilidad, implica que puede alegarse perpetuamente como excepción (180). Y aunque respecto de la imprescriptibilidad de la excepción, cuando se trata de testamento, se han expresado dudas (181), entiendo que debe estimarse posible su alegación siempre como excepción, si bien la hipótesis en que se planteara esa necesidad no deja de ser un supuesto límite.

Asimismo, se obvian los problemas de determinación del momento inicial del cómputo del plazo de prescripción (182), que quedan trasladados a la determinación del momento inicial de cómputo de la prescripción de las acciones materiales.

Y si todas estas razones sólo sirven en la medida en que facilitan la comprensión de las cosas o eliminan obstáculos prácticos, hay otra de mayor peso, que tiene que ver con su congruencia en relación con las acciones materiales de condena que se abren paso al triunfar la impugnación.

3. Acción declarativa y acciones materiales

Como ya ha quedado dicho, la legitimación para intentar una acción declarativa, aunque no esté directamente condicionada a su ejercicio dentro de un determinado plazo, sin embargo indirectamente sí que lo está, pues es requisito para poder ejercitar la acción declarativa la persistencia y actualidad del interés por parte de quien la demanda. Y como ese interés suele encauzarse mediante el ejercicio de una acción material de condena, la cual en sí estará sometida a plazo de prescripción o caducidad, una vez transcurrido el plazo de posible ejercicio de tal acción, deriva como consecuencia la privación de legitimación para ejercitar la acción meramente declarativa. Ello significa que sostener la naturaleza declarativa de la acción de nulidad del testamento implica tácitamente afirmar que su ejercicio será posible mientras no prescriban o caduquen las acciones materiales, que se abren paso a renglón seguido del triunfo de la pretensión impugnatoria. Luego aunque sea imprescriptible, la posibilidad real de ejercicio de la acción de nulidad, está efectivamente sometida a plazo temporal: el que se fije para la acción material de condena de que se trate.

Dentro de esta lógica, lo razonable es, entonces, señalar los plazos de prescripción de las acciones de condena, que serán condicionantes para

(180) Cfr. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. pp. 509 y ss. y DELGADO, *Comentarios*, XVII-2.º, cit. pp. 253 y ss.

(181) Cfr. LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, cit. p. 535, quien fundamenta en razones de equidad la posible supervivencia de la excepción. En sentido similar véase VALLET, *Panorama*, II, cit. pp. 202-203.

(182) Para los problemas derivados de la determinación del momento inicial del cómputo cfr. DE CASTRO, ob. cit. pp. 503 y 504 nota 17.

la posibilidad de ejercicio actual de la acción meramente declarativa. Y así se sostiene, como ha habido ocasión de ver repetidamente en este trabajo, respecto de las acciones de ineficacia estructural de los contratos.

En materia de testamento, la principal acción de condena para la que es presupuesto lógico el ejercicio de la de nulidad, es la llamada acción de petición de herencia (183). Y surge un problema de difícil solución: que tal acción carece prácticamente de regulación en el Código civil, sabiéndose sólo respecto de ella que ciertamente prescribe (184), pero nada más. Y, en efecto, la Ley no señala el plazo de prescripción de la acción de petición de herencia, habiéndose estorzado la doctrina en el empeño de hallarlo, aunque no se haya alcanzado unanimidad al respecto (185). En suma, afirmar la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, remite el problema de la determinación de su plazo real de posibilidad de ejercicio a una solución que no existe con claridad, cuando la acción material de que se trata es la de petición de herencia.

Acaso por ello, al tratar de las acciones relativas a la ineficacia del testamento y la petición de herencia, se invierte el planteamiento que, como vimos, se observa en materia de contratos. En vez de acción declarativa imprescriptible y acciones de condena, prescriptibles en plazos más o menos fijados con certeza, aquí se afirma que el plazo de la acción de petición de herencia dependerá del plazo señalado para la acreditación del título o condición de heredero con mejor derecho, que es el presupuesto de la petición de herencia. Ello ocurre, como claramente se desprende del artículo 762, cuando la negación de la condición de heredero del demandado se fundamenta en causa de incapacidad o indignidad para suceder (186). Pero, y este es desde mi punto de vista el error en que se incurre, se procede del mismo modo en casos en los cuales la Ley nada dice al respecto. Y así, en particular, se afirma que cuando la condición de heredero se discute en base a la impugnación del testamento, entonces la petición de herencia vendrá limitada temporalmente por el menor plazo de los cuatro o quince años que, según cada autor, dura la acción de impugnación (187).

(183) No es la única, pero sí la principal. Por lo cual es especialmente tomada en consideración.

(184) Véanse arts. 192 y 1.016 C.c. El vacío normativo en Derecho común en materia de *hereditatis petitio* es siempre puesto de manifiesto. Cfr. SANCHO REBULLIDA, *Las acciones de petición de herencia en el Derecho español*, cit. p. 265 y allí referencias; LACRUZ, *Elementos*, V, cit. p. 192; ALBALADEJO, *Derecho civil*, V-1.º, cit. p. 440.

(185) De una parte están quienes someten la acción de petición de herencia a un plazo general de prescripción (normalmente de treinta años, de acuerdo con la jurisprudencia), aunque reconociendo plazos menores en supuestos específicos. Otros entienden, por el contrario, que no cabe hablar de un único plazo general, sino que en función de la naturaleza de los bienes reclamados, el plazo sería diverso (cfr. por todos SANCHO REBULLIDA, ob. cit. pp. 330 y ss. y ALBALADEJO, V-1.º, cit. pp. 446-447).

(186) Cfr. LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, cit. pp. 313 y ss.; SANCHO REBULLIDA, ob. cit. pp. 327 y ss.; ALBALADEJO, V-1.º, cit. pp. 445-446.

(187) Cfr. obras y lugares citados en la nota anterior. El apoyo jurisprudencial de esta opinión se encuentra en la anteriormente referida sentencia de 20 junio 1928 (cfr. *supra*, nota 178).

Ahora bien, careciendo todo ello de sólida base legal, es además dudoso el argumento analógico que sirve de base al planteamiento: pues la limitación temporal en materia de contratos anulables afecta a la acción restitutoria de condena, mientras que en el testamento, según esta opinión, afecta a lo que, en correspondencia, debiera ser (como creo que es) la acción declarativa de la ineficacia.

Y además, resulta difícil compatibilizar este modo de ver las cosas, con la afirmación generalizada en los autores que sostienen tal postura, en el sentido de que, distinta de la *actio petitio hereditatis*, existe una acción declarativa e imprescriptible de la condición de heredero (188). ¿No es la acción de nulidad del título que fundamenta la condición de heredero, el contenido esencial de esa acción meramente declarativa de la condición de heredero? No hay razón para hacer de peor condición en este punto al heredero que tiene que combatir un testamento nulo, respecto del heredero que, encima, ni siquiera tiene que combatir testamento nulo alguno. ¿*Quid* cuando el testamento combatido es válido, pero ineficaz pero revocado (y precisamente en base al testamento revocatorio se ejercita la acción de petición)?

En suma, si lo que se desea en definitiva es acortar el plazo de tiempo durante el cual, con base en la discusión del título hereditario del demandado, por afirmar el demandante ser mejor el suyo, puede éste último reclamar bienes hereditarios, tan fácil es argumentar sobre la acción de petición de herencia, como sobre la acción de nulidad, pues en ambos casos se está ante situaciones carentes de adecuada y completa regulación legal. Y, puestas así las cosas, no parece plausible establecer diferencias de tratamiento en cuanto al plazo, sobre una base tan poco sólida, a mi juicio, como es la analogía con el régimen de ineficacia de los contratos, haciendo hincapié en las causas de la ineficacia. Pues, si de utilizar la analogía se trata, más correcto es, entiendo, utilizarla también en el mecanismo de la ineficacia, partiendo de la distinción entre acciones declarativas y acciones restitutorias o de condena. No parece correcto utilizar la analogía con carácter parcial, sólo respecto de aquellos extremos del régimen de ineficacia de los contratos que interesan en apoyo de la propia conclusión, pero desdeñando la traslación analógica de otros extremos, respecto de los cuales hay, por lo menos, la misma, si no mayor, identidad de razón que respecto de los otros.

4. Indignidad para suceder y nulidad del testamento

El argumento más sólido que se ha utilizado en pro de acortar notablemente (hasta el punto de aplicar analógicamente el plazo de los cuatro años de la acción restitutoria por anulabilidad) el plazo de la acción

(188) Cfr. SANCHO, cit. pp. 264-265; LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, cit. p. 309; ALBALADEJO, V-1.º, cit. pp. 441-442.

de nulidad (o impugnación) del testamento, en el caso concreto de testamento otorgado con vicios de la voluntad, se encuentra en la relación que cabe establecer entre el plazo quinquenal para acusar la indignidad y la impugnación del testamento, cuando la causa de indignidad es la del número quinto del artículo 756 del Código civil.

Se ha dicho que «no deja de ser extraño que, prescribiendo en el plazo de cinco [años] (desde que el favorecido está en posesión de la herencia o legado) la acción para declarar la indignidad de quien, mediante dolo o intimidación, obliga al causante a hacer testamento o le impide otorgarlo, etc., los herederos instituidos en el testamento viciado, aún inocentes, no consoliden su derecho sino en quince [años]» (189).

Aparentemente la fuerza dialéctica del argumento es grande: el heredero que atenta contra la libertad de testar, provocando el otorgamiento del testamento con «amenaza, fraude o violencia», ocupará una posición inacabable cuando transcurran cinco años desde que entró en posesión de los bienes hereditarios. Con mucha mayor razón, los herederos que se benefician por el testamento otorgado bajo esa ilegítima presión, pero que no la han provocado, no pueden ocupar una posición más desventajosa, sosteniendo que su derecho es atacable durante más tiempo que esos cinco años.

Pero este argumento, parte implícitamente de un presupuesto que, a mi juicio, no es cierto: que el único modo de privar al heredero que actúa con malas artes de su parte en la herencia, sea precisamente el ejercicio de la acción por indignidad. Cuando en realidad, tal heredero, igual que todos los demás beneficiarios según el testamento otorgado bajo presión, están sometidos a la posibilidad de que se demande la ineficacia del testamento. Con lo cual, todos ellos están, por lo ahora visto, sometidos por igual al riesgo de perder las atribuciones que constituyen el contenido del testamento viciado. Pero ello no significa que se sometan al mismo tratamiento, lo cual sería a todas luces injusto, sino que el heredero provocador del otorgamiento viciado, es objeto de una sanción adicional, ésta ya sí limitada temporalmente por el plazo de los cinco años: si por cualquier otro título, aparte del que representa el testamento viciado, está llamado a recibir parte alguna en la herencia (como, por ejemplo, si está instituido en el testamento anterior que revive al anularse el último; o es heredero abintestato, etc.), como consecuencia de su condición de indigno podrá ser privado también de semejante atribución. Lo que, por el contrario, no ocurre respecto de los instituidos que eran ino-

(189) LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, cit. p. 535; añade: «y si esta consideración no es suficiente para asimilar los plazos prescriptorios de la indignidad y la nulidad por vicios materiales, sin duda representa un buen argumento en favor de la extensión del término de anulabilidad de los contratos a los testamentos viciados». Esta opinión es recogida y, en general, seguida por VALLET, *Panorama*, II, cit. pp. 200 y ss., especialmente p. 202. Se limita a referir la opinión de LACRUZ, PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-2.º, cit. pp. 198-199.

centes. Disparidad de trato que se justifica en el diferente juicio que merece la conducta de unos y otros (190).

Además, cabe dentro de lo posible que solamente se haga operativa la indignidad, permaneciendo vigente el testamento viciado en todo lo que no afecte a las atribuciones en favor del indigno (191).

V. CONSOLIDACION DE LOS EFECTOS DEL TESTAMENTO INVALIDO

1. Prescripción de las acciones materiales de condena

A tenor de lo dicho sobre requisitos de la legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad y del plazo de ejercicio de dicha acción, es claro que, desaparecido el interés del accionante, como consecuencia de la prescripción de las acciones materiales, que permitirían reclamar bienes hereditarios, desaparece también la posibilidad de demandar la nulidad del testamento, por faltar el requisito de la actualidad del interés para el ejercicio de la acción de nulidad.

Ciertamente, como ha quedado indicado, ello plantea numerosos problemas respecto de la acción de petición de herencia, cuyo plazo de prescripción no se encuentra determinado en nuestro Código civil. La acción

(190) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. p. 504, nota 17, ya advertía de la distinción «esfera» de la nulidad y la indignidad (aunque no de manera muy explícita). BADOSA, en *Anotaciones*, I, cit. p. 284 indica que «no consideramos aplicable el art. 762, que no se refiere a una acción destinada a impugnar el negocio, sino sólo su eficacia (título sucesorio) basándose en la falta de capacidad del llamado. Esta acción presupone la subsistencia de la institución (de lo contrario la indignidad sería superflua)». ALBALADEJO *Derecho civil*, V-1.º, cit. p. 197, nota 25 bis: «Me parece que, desde luego, el testamento es invalidable, a tenor de este último artículo (art. 673), pero que, además, a base del 756-5.º, el autor de la amenaza, fraude o violencia, incurre en indignidad. Lo que produce el efecto, no ya de que no suceda por el testamento anulado (que al ser anulado, no rige la sucesión), sino de que tampoco pueda suceder por otro o abintestato». Las sentencias de 24 mayo 1954 (Ar. 1.325) y 7 enero 1975 (Ar. 12) intentan distinguir supuestos diferentes para el juego de los arts. 756-5.º y 763: el primero sólo se aplicaría cuando el vicio inferido no fuese suficiente para anular totalmente el testamento. ALBALADEJO, loc. cit. acertadamente, las califica de erróneas.

(191) Por ejemplo, que los inocentes instituidos en el testamento viciado se limiten a pedir la exclusión del indigno, por convenir más a sus intereses. ¿Podría el indigno «vengarse» accionando la nulidad total?. Resulta chocante admitirlo; acaso pudiera impedirse en base a la máxima «nemo auditur propriam turpitudinem alegans»; además, podría impedirse la acción del declarado indigno, pues éste carece de interés jurídicamente atendible, ya que no puede recibir bien alguno, por ningún título, de la herencia, careciendo entonces de legitimación activa para demandar la nulidad. ¿Y si, no habiéndose ejercitado la acción de indignidad y han transcurrido los cinco años, el indigno reclamara la nulidad total?. Si, por ejemplo, le correspondiera mayor cuota de herencia en el llamamiento abintestato, ciertamente tendría un claro interés para accionar. Cabría, a pesar de todo, acaso, detener su pretensión en base a la torpeza de su conducta.

personal o real de los legatarios, según los casos (192), una vez prescrita, hace precluir la posibilidad de que ejerciten la acción de nulidad.

2. Usucapión de los bienes hereditarios

Cumpliendo los requisitos establecidos para la usucapión, los favorecidos en el testamento defectuoso pueden consolidar los derechos que han estado ejercitando sobre los bienes hereditarios, impidiendo la efectividad de la hipotética condena de entregarlos a las personas verdaderas beneficiarias, ante la ineficacia del testamento.

Sobre este particular han de tenerse presentes las dudas planteadas acerca de la operatividad de la usucapión frente a la *actio petitio hereditatis*. La opinión que considero preferible (193) entiende perfectamente posible la usucapibilidad de los concretos bienes de que esté en posesión el heredero aparente, si cumple todos los requisitos de la usucapión extraordinaria. Mucho más dudoso es que sea posible usucapir en los plazos de la usucapión ordinaria, pues difícilmente el testamento nulo puede servir como título «válido» a los efectos de tal usucapión ordinaria. En ningún caso parece posible la usucapibilidad en bloque de la herencia o cuota de herencia.

Acaso, como se ha sugerido (194), producida la usucapión de determinados bienes en favor del heredero aparente, cupiera aún instar la declaración de nulidad del testamento a los efectos de hacer efectiva una acción de enriquecimiento contra el mismo.

3. Inadmisibilidad de la acción por ir contra «actos propios»

Con cierta frecuencia el Tribunal Supremo ha rechazado el ejercicio de la acción de nulidad de testamento, aduciendo como fundamento para ello el hecho de que el demandante iba contra sus propios actos al ejercitar la demanda de la nulidad o validez (195).

(192) Acción personal con carácter general contra el gravado. En el legado de cosa cierta y propia del testador o de derecho real en cosa de la herencia, el legatario cuenta con acción real (cfr. VALLET, *Panorama*, II, cit. pp. 663 y ss.).

(193) Cfr. LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, cit. pp. 314-315; ALBALADEJO, *Derecho civil*, V-1.º, cit. pp. 447 y ss.; VALLET, *Panorama*, II cit.; p. 652; SANCHO, *Las acciones de petición de herencia*, cit. pp. 332 y 333 y en tales lugares otras referencias.

(194) Cfr. LACRUZ, cit. p. 315.

(195) Ceñida la cuestión a las sentencias dictadas en pleitos de validez o nulidad totales del testamento, pueden verse las de 8 noviembre 1895 (DÍEZ PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, pp. 283-284 y CLAVERÍA, *La «sanatoria excepcional» de disposiciones testamentarias nulas en el Derecho español*, cit. p. 628), 26 noviembre 1901 (CLAVERÍA, cit. pp. 628-629), 13 mayo 1916 (CLAVERÍA, cit. pp. 630-631), 1 mayo 1930 (DÍEZ PICAZO, cit. p. 355), 25 marzo 1940 (Ar. 198), 15 marzo 1951 (Ar. 997), 26 noviembre 1955 (Ar. 3588); 20 octubre 1962 (Ar. 3980), 14 junio 1963 (Ar. 3059), 24 octubre 1963 (Ar. 4157), 14 febrero 1981 (Ar. 526). No todas tienen la misma relevancia; así, la cuestión de los «propios

Mas, por el carácter residual de la operatividad de la doctrina de los propios actos, unido a la generalidad con que suele ser invocada por nuestra jurisprudencia (196), se impone la necesidad de deslindar los supuestos, ciñendo la cuestión a aquellas sentencias en que no se trate realmente de extinción de la acción por renuncia (197) o por «convalidación» por parte de los interesados (198), cuestiones ambas que son tratadas más tarde.

Dadas la generalidad y vaguedad con que la jurisprudencia invoca la doctrina de los propios actos, la labor de discriminar los casos en que propiamente se aplica esa doctrina, y no alguna otra medida que también conduzca a la improsperabilidad de la pretensión, fácilmente puede conducir a resultados equívocos (199). Para evitarlos, el dato que parece relevante se puede extraer de la función del consentimiento de los interesados en respetar las disposiciones del testamento inválido. Habrá renuncia o, en su caso, «convalidación» cuando la aceptación de la situación atacable, implique consentimiento, expresado de manera expresa o tácita, por parte de quienes pueden atacarla, a sabiendas de que existe esa posibilidad de impugnación, o de que la situación atacable no es absolutamente regular; ya se conozca a ciencia cierta, ya la evidencia de la situación no disculpe la ausencia de diligencia que sustenta la ignorancia. Pues si la aceptación de la situación atacable, se hace sabiendo que lo es (o debiendo saberlo), en la medida en que implique incompatibilidad con la pretensión impugnatoria, debe llevar a entender, al menos, renunciada la acción de nulidad (200). O, en otros términos, la doctrina

actos» es declaración *obiter dictum* en las de 4 octubre 1893 (la razón de fondo es la existencia de cosa juzgada; cfr. DÍEZ PICAZO, cit. p. 280), 25 marzo 1940 (no se apreció incapacidad en el testador), 20 octubre 1962 (se rechaza que el testamento sea nulo por ir contra el art. 670, ya que realmente la cláusula dudosa se interpreta como un legado residuo) y 14 febrero 1981 (se trata de la pretensión de validez de un testamento, al parecer falso, no consiguiendo demostrar el actor su autenticidad). Otras sentencias invocan la doctrina de los propios actos en relación con pleitos sobre validez o nulidad de algunas cláusulas del testamento; destaca la de 31 diciembre 1931 (Ar. 2333) sobre cláusula nula por ir contra el art. 670, declarando la sentencia inaplicable la doctrina de los propios actos, en razón de la nulidad radical que afecta a la cláusula. Finalmente son destacables otras sentencias en las cuales los herederos parten sin atenerse al testamento y posteriormente alguno de ellos intenta hacer valer la voluntad del testador (cfr. entre otras, sentencias de 24 marzo 1934, Ar. 603, y 7 noviembre 1935, Ar. 2168) sobre las que habrá ocasión de volver más adelante.

(196) Cfr. DÍEZ PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, cit. *passim*, especialmente pp. 102 y ss. (capítulo quinto) donde valora certeramente el sentido de la jurisprudencia y pp. 144 y ss. (capítulo séptimo) donde al deslindar el ámbito de la doctrina de los propios actos se pone de manifiesto su residualidad.

(197) Cfr. sobre la distinción PUIG BRUTAU, *La doctrina de los actos propios en Estudios de Derecho comparado*, Barcelona, 1951, pp. 97 y ss., especialmente p. 102; DÍEZ PICAZO, *últ. cit.* pp. 159 y ss. y 196.

(198) Cfr. DÍEZ PICAZO, *cit.* pp. 174 y ss. y 196.

(199) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. p. 503, nota 15, incurre, a mi juicio, en imprecisión, al señalar que «ha de recordarse que la llamada convalidación del testamento de forma defectuosa, por cumplimiento voluntario de los interesados, no se considera confirmación, sino pérdida de la acción por actos propios».

(200) CLAVERÍA, *La «sanatoria excepcional»*, cit. p. 640; PUIG BRUTAU, *La doctrina de los actos propios*, cit. pp. 126-127; DÍEZ PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, cit. pp. 144 y ss., especialmente 159 y ss.

de los propios actos resulta operativa ante la existencia de una contradicción entre una conducta objetivamente considerada (pues tal doctrina emana del principio general de buena fe, entendida en sentido objeto) y el ejercicio de una pretensión en un litigio (201), prescindiendo de la valoración de la voluntad del sujeto.

De acuerdo con ello, parece haber un caso claro en que se rechaza la pretensión de nulidad, pues la instituida heredera en testamento válido anterior aceptó un legado del nulo posterior, aun sin saber que ello podría impedirle instar posteriormente la nulidad del segundo, pues ignoraba la existencia del testamento anterior, del que resultaba beneficiario y que, de estimarse la nulidad del ulterior, recobraría vigencia (202).

Ahora bien, la aplicación de la doctrina de los propios actos tiene un alcance extraordinariamente limitado: se limita a provocar la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria de la conducta anterior, pero sin provocar ulteriores consecuencias de carácter sustantivo (203). Esto plantea el problema de coordinar esa limitada eficacia de la aplicación de la doctrina de los propios actos, con la eficacia general de cosa juzgada que tienen las sentencias en materia de validez y nulidad de testamentos (artículo 1.252-2 del Código civil). Lo cual sólo es posible, estimando que la sentencia recaída no resuelve sobre el fondo del asunto y no produce, por ende, eficacia de cosa juzgada con carácter general, frente a cualquier otro legitimado activamente que, con posterioridad, demande la nulidad del testamento, sin incurrir en conducta contradictoria.

Es opinión general (204) que no cabe estimar la existencia de actos propios, cuando se trata de demandar la ineficacia de un acto o contrato aquejado de nulidad radical. Poniendo ello en relación con las opiniones que afirman que hay testamentos radicalmente nulos, debiera llegarse a la conclusión de que en los supuestos de nulidad radical no debiera apreciarse contradicción de acto propio en el demandante de tal nulidad. Y alguna sentencia hay que, respecto de una cláusula testamentaria que atentaba contra el artículo 670, declara no estimable la doctrina de los propios actos «porque éstos tienen que ser válidos ante la Ley» (205).

(201) Señala Díez PÍCAZO, cit. pp. 193-194 que los presupuestos de aplicación de la doctrina de los propios actos son: «1.º Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una ciega conducta jurídicamente relevante y eficaz. 2.º Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión. 3.º Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior. 4.º Que en ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior, exista una perfecta identidad de sujetos».

(202) Sentencia de 8 noviembre 1895, cfr. CLAVERÍA, cit. p. 628.

(203) Cfr. Díez PÍCAZO, últ. cit. pp. 245 y ss.

(204) Cfr. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. pp. 479-480; Díez PÍCAZO cit. pp. 201 y ss.

(205) Sentencia de 31 diciembre 1931 (Ar. 2.333). Mas el caso es complicado, pues la viuda del testador, haciendo abuso de las facultades que su marido le confirió para abonar el legado, incumplió tales instrucciones en perjuicio de los herederos, cuya conducta sobre el caso no está clara.

Sin embargo, siendo intereses disponibles de los beneficiarios los que se discuten siempre en las hipótesis de nulidad de testamentos, y admitiéndose la renuncia de la acción en casos de los que algún sector doctrinal considera de nulidad radical (206), no se ve el motivo para que no pueda jugar en todos los casos de nulidad, si se dan sus presupuestos, la doctrina de los propios actos, de menor trascendencia y alcance que la renuncia a la acción (207).

4. Renuncia a la acción de nulidad

Aparte lo que más adelante se diga sobre la distinción entre renuncia a la acción y «convalidación» del testamento nulo, la cuestión de la renunciabilidad de tal acción de nulidad, debe ponerse en contacto con la naturaleza de los intereses protegidos por el tipo de ineficacia del testamento y, en particular, con la renunciabilidad o no de las acciones materiales de las que es portillo la acción declarativa de nulidad del testamento, pues, si son tales acciones renunciables, podrá discutirse que la acción meramente declarativa de nulidad lo sea o no; pero lo que parece indudable es que los renunciantes carecerán de legitimación para demandar la nulidad, como consecuencia de la extinción de su interés jurídicamente relevante en ella, de resultas de la renuncia de las acciones materiales.

Pues bien, la renunciabilidad de las acciones materiales parece evidente, en base al argumento de que, siendo renunciable la herencia y el legado, no tendría sentido considerar irrenunciables las acciones de petición de herencia o de exigencia de cumplimiento de los legados por el heredero. Lo cual se refuerza si se atiende a que es perfectamente renunciable, incluso, la acción del legitimario preterido, siendo así que en este caso se impone una limitación a la eficacia de la libertad del testador en la disposición de sus bienes, basada en la salvaguardia de intereses considerados preferentes por el ordenamiento (208). Y, en consecuencia, renunciada la acción material, evidente es que el renunciante carece del interés preciso para poder reclamar la nulidad del testamento. Por eso mismo, cabe transigir.

(206) Cfr. la sentencia de 26 noviembre 1901 (en lo que se refiere al incumplimiento de la cláusula *ad cautelam*). También la sentencia de 20 noviembre 1891 (DÍEZ PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, cit. pp. 275-276) aplica la doctrina de los propios actos, consistiendo éstos en una renuncia anticipada a la legítima y testamento con preterición de herederos forzosos (es Derecho anterior al C.c.) que no fueron impugnados.

(207) CLAVERÍA, cit. pp. 644 y ss.

(208) Sobre la renunciabilidad de la acción de preterición cfr. VALLET, *Las legítimas* cit. pp. 915 y ss. ¿La renuncia de la acción de petición de herencia comporta aceptación tácita de la herencia?. Cabría pensar en que la renuncia comporta despreverse de algo que se reputa propio, implicando que el renunciante se comporta como heredero, siendo un caso de aceptación tácita del tercer párrafo del art. 999. Mas también cabría extender por analogía las disposiciones del art. 1.000, de manera que si la renuncia es gratuita y en beneficio de los coherederos a quienes acrecería la porción hereditaria del renunciante en cualquier caso, no se debiera entender aceptada la herencia.

Ello significa tanto como que los intereses protegidos son disponibles: no afecta su renuncia al interés u orden público (artículo 6-2 del Código civil) (209).

En la jurisprudencia sólo en pocas ocasiones se habla de renuncia, referida además a supuestos de renuncia no manifestada expresamente, sino que se deduce del comportamiento concluyente de los actores, cuya pretensión resulta paralizada al ser apreciada la renuncia (210). Mas según una opinión (211), todos los casos en los cuales la jurisprudencia estima que el testamento ha sido «confirmado» o «convalidado» por el comportamiento del interesado, son realmente supuestos de renuncia a la acción de nulidad, inferida normalmente del comportamiento incompatible con la pretensión de nulidad que haya sido observado por quien luego se pretende vale de ella. Como nota distintiva de la aplicación de la doctrina de los propios actos, se señala que en estos casos de renuncia se asiste a una declaración, expresa o tácita, de voluntad de renunciar, lo cual implica la necesidad de valorar las condiciones en que se emite esa declaración abdicativa, siendo relevantes los vicios en la formación de esa voluntad y, en particular, requiriéndose que el renunciante, cuando renunció, conociera (o, al menos, hubiera podido conocer usando una diligencia normal) la irregularidad padecida por el testamento, el alcance anulatorio de tal irregularidad y el alcance renunciatorio del comportamiento contradictorio observado (212).

Con independencia de que, efectivamente, todos esos casos sean propiamente de renuncia, sí parece claro, en cualquier caso, que no existen inconvenientes en admitir la renunciabilidad de la acción, ya se entienda propiamente como renuncia a la acción de nulidad, ya se considere que en realidad se renuncia a las acciones materiales subsiguientes a la apreciación de la nulidad y, por ende, se pierde el interés exigido para poder demandar ésta.

La posición jurídica del renunciante implica que éste pierde legitimación para intentar la declaración de nulidad. Pero si no han renunciado todos los legitimados activamente para instar la declaración de nulidad, puede darse el caso de que alguno de los no renunciantes obtenga sentencia declarativa de la nulidad. ¿Aprovecha a los que hayan renuncia-

(209) Precisamente en esos términos se expresa la sentencia de 26 noviembre de 1901.

(210) Además de la sentencia citada en la anterior nota, la de 25 marzo 1940 (Ar. 198) reputa que la aceptación de un legado de renta vitalicia implica renuncia de la acción de nulidad (por incapacidad del testador) del testamento en que aquél se dispuso.

(211) Así lo sostuvo GULLÓN, *La confirmación*, A.D.C., 1960, pp. 1.197 y ss., especialmente pp. 1.205. Estudiando específicamente este tema, así lo afirma CLAVERÍA, *La «sanatoria excepcional» de disposiciones testamentarias nulas en el Derecho español*, cit. especialmente pp. 642 y ss. Véase la jurisprudencia citada *supra* en la nota 195.

(212) CLAVERÍA, cit. p. 642: «la pérdida de la facultad de invocar la nulidad de una disposición testamentaria sólo se produce como consecuencia de una auténtica manifestación de voluntad —expresa o tácita— en tal sentido. Tal afirmación implica... que se refiere, en el autor de esa declaración, no sólo el conocimiento de la irregularidad causante de esa nulidad, sino también el de éste mismo y el del alcance —extintivo de la acción de nulidad— de su comportamiento».

do?. La eficacia de la cosa juzgada en lo que se refiere a la mera declaración de nulidad, surte efectos frente a todos, como consecuencia del mandato del segundo párrafo del artículo 1.252. Sin embargo, entiendo que los renunciantes carecerán de la posibilidad de aprovecharse de la sentencia recaída, como consecuencia de su renuncia propiamente (o también) a las acciones materiales. Lo cual implica que el no renunciante habrá de ejercitar las acciones materiales exclusivamente respecto de los bienes hereditarios que le correspondan, o respecto de la cuota que se le haya asignado en la herencia.

Finalmente, siendo de naturaleza privada el interés, sea cual sea la irregularidad o defecto provocadores de la nulidad del testamento, no hay motivos para excluir de la renunciabilidad ninguna hipótesis de testamento nulo totalmente. Y ello, porque la nulidad del testamento, como se ha dicho (213), es nulidad de interés privado.

5. Confirmabilidad del testamento por el propio testador

Una de las fundamentales diferencias de régimen jurídico entre la nulidad y la anulabilidad en materia de contratos, estriba en que el contrato radicalmente nulo no es confirmable, mientras que el contrato anulable sí lo es, aunque quepa ciertamente matizar ese planteamiento (214). Por ello tiene interés precisar si el testamento nulo es «confirmable» en alguna hipótesis. Habiendo de tenerse en cuenta que si la respuesta que se obtiene es que el testamento es «confirmable» siempre o nunca, la distinción entre nulidad y anulabilidad en este extremo, sería irrelevante respecto del testamento.

La primera posibilidad que se viene a la mente, es la de que el propio testador, habiendo otorgado testamento defectuoso o irregular, pueda en vida confirmarlo.

La aproximación a este asunto, obliga a efectuar una consideración previa: partiendo de que el testamento, aun siendo perfecto respecto del

(213) CLAVERÍA, cit. p. 644. Por ello el autor entiende que la pretendida reducción de la «sanatoria» del testamento nulo a los solos casos de defectos formales (como alguna jurisprudencia sugiere y GULLÓN, *La confirmación*, cit. p. 1.207 afirma) es insostenible. En su favor cita la jurisprudencia que ha admitido esa «sanatoria» (renuncia, para el autor) en testamentos nulos por vicios de consentimiento o defecto de capacidad (sentencias de 26 diciembre 1901, 20 octubre 1962 y 14 junio 1963). Admitiendo, como admitimos, la posibilidad de «convalidación» más allá de la mera renuncia, la cuestión será aludida más adelante.

(214) El art. 1.310 C.c. excluye de la confirmabilidad a los contratos en que no concurren los requisitos establecidos por el art. 1.261. Sin embargo, la opinión más común ciñe la confirmación sólo a los contratos anulables (cfr. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. pp. 512-513 y CLAVERÍA, *La confirmación del contrato anulable*, cit. pp. 77 y ss.). Mas, aparte otros casos, en relación con la falta de forma requerida para la validez, que generaría nulidad, se plantean dudas, pues tal requisito no es exigido en el art. 1.261 (cfr. SERRANO ALONSO, *La confirmación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1976, pp. 81 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios*, XVII-2.º, cit. pp. 329-330).

testador, carece de relevancia externa hasta la apertura de la sucesión, se impone como conclusión necesaria la de la irrelevancia de la voluntad real del testador respecto del negocio, perfecto para él, cuando esta voluntad real no queda incorporada a un testamento. Lo cual, en materia de confirmación o convalidación por el propio testador de su testamento anterior defectuoso, lleva necesariamente a negar toda eficacia «confirmatoria» a esa voluntad última o posterior, no manifestada en forma de testamento. «La “voluntad verdaderamente última” del testador, en su aspecto positivo o conforme al mantenimiento del acto, es irrelevante, a no ser que se traduzca en un nuevo testamento de igual contenido que el anterior viciado» (215). Y ello, sea cual sea la irregularidad padecida por el testamento que se quería «confirmar».

En suma, es necesario que la pretendida confirmación se efectúe en testamento posterior válido. Mas no puede hablarse propiamente de confirmación, cuando el testamento posterior válido reitera material e íntegramente el contenido del testamento anterior defectuoso, limitándose a ser mera repetición del primitivo, pero ya sin los defectos que lo acompañaban. En realidad, no hay más que un sólo testamento: el último, por el que se deferirá en exclusiva la herencia.

Mas cabe imaginar la posibilidad de que se otorgue un testamento posterior válido, cuyo contenido explícita o implícitamente haya de ser integrado por referencia a un testamento anterior.

Dentro de este marco, al menos en teoría, cabe distinguir dos casos diferentes. El primero sería aquél en que se otorga un testamento posterior que no sea revocatorio de un testamento anterior. Para que la sucesión se defiera de acuerdo con ambos testamentos, es necesario que los dos sean válidos (216). Y para determinar la validez, habrá que atender *independientemente* a cada uno de ellos, de manera que cada testamento ha de reunir todos los requisitos establecidos por la Ley, pues la sucesión se rige por ambos, como dos testamentos diferentes (217). Cada testamento queda sometido a su propio régimen jurídico, en lo referente a capacidad, vicios del consentimiento, forma, etc. (218).

Hipótesis al pronto parecida, pero sustancialmente diferente es la del testamento posterior cuyo contenido ha de ser integrado por referencia

(215) JORDANO, *Teoría general del testamento*, cit. pp. 456 y ss, especialmente 458. El ejemplo de que parte es el siguiente: «Una persona, durante grave enfermedad, otorgó testamento en favor de la enfermera especializada que le asistía, bajo la amenaza de quedar abandonada. Restablecida más tarde, no revoca el testamento porque decide libremente dar el mismo destino *mortis causa* a sus bienes». Para un más amplio desarrollo de la irrelevancia de la «voluntad verdaderamente última» del testador en tema de interpretación del testamento, cfr. del mismo autor, *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, pp. 109 y ss.

(216) Cfr. DÍEZ PICAZO, *La pluralidad de testamentos*, en *Estudios de Derecho privado*, Madrid, 1980, pp. 329 y ss., especialmente 366.; ALBALADEJO, *Comentarios*, IX-2.º, cit. pp. 410 y ss.

(217) ALBALADEJO, IX-2.º, cit. p. 416.

(218) DÍEZ PICAZO, *La pluralidad de testamentos*, cit. pp. 368-369.

a un testamento anterior. Lo que, en términos generales (219), pudiera ser considerado un caso de testamento «per relationem». De admitir esta posibilidad, se marcaría una fundamentalísima diferencia respecto de la situación anterior: aquí solamente hay un negocio, el último (y no dos, como en el otro caso) cuyo contenido es integrado mediante la referencia o *relatio* al elemento extraño, que en este caso sería otro acto del declarante, que pierde sustantividad propia para incluirse como una parte más del contenido del segundo. Luego, las condiciones de validez, el tiempo en que ha de apreciarse la capacidad o ausencia de vicios del consentimiento, el cumplimiento de los requisitos formales, etc. deben exigirse al único negocio existente: el segundo testamento, pues el anterior, en cuanto testamento, ha perdido su vigencia.

Ahora bien, para que sea imaginable, mediante ese mecanismo que el testador pueda verdaderamente «confirmar» un testamento anterior, ha de despejarse previamente una interrogante fundamental: admitido el testamento «per relationem» en el expresado sentido, ¿es necesario que el documento al cual se efectúa la *relatio* reúna todos los requisitos propios de los testamentos o por el contrario sólo se exige que sea el segundo testamento el que tenga validez en cuanto tal?. Pues si el testamento último y el documento a que éste se remite han de valer, por sí y autónomamente, ambos como testamento perfectos, lo cierto es que la operatividad de esta *relatio* es harto dudosa, sirviendo solamente, en Derecho español, para excluir el efecto revocatorio del testamento posterior respecto del anterior (220).

En la jurisprudencia parece exigirse que el testamento anterior sea en sí válido y eficaz, condiciones que no reúne el testamento caducado por no haberse solicitado su protocolización oportunamente (221). Mas

(219) En términos generales, porque según la noción de negocio *per relationem* que propone DÍAZ AMBRONA BARDAJÍ, *El negocio jurídico «per relationem» en el Código civil*, especialmente pp. 47 y ss. haya que distinguir los negocios *per relationem* en sentido sustancial (la remisión o referencia para la determinación del contenido del negocio se efectúa a una «situación extraña» a la voluntad del declarante) frente a otros en sentido formal («la concreción del contenido viene manifestada de modo indirecto»), que no serían verdaderamente casos de negocios *per relationem*; por ello, pp. 61 y ss., entiende que la revocación del testamento, al ser *relatio* formal, no es verdadera *relatio*. En diverso sentido se expresa DÍEZ PICAZO, últ. cit. p. 369, para quien «existe un negocio jurídico *per relationem* cuando el sujeto integra el contenido de su declaración de voluntad, el contenido negocial, mediante la remisión a un criterio o elemento extraño al negocio mismo», precisando que «este carácter de extrañeza se predica no respecto del sujeto que emite la declaración, sino respecto de la declaración misma».

(220) Así, dice DÍEZ PICAZO, cit. pp. 369-370 que «si el testamento anterior era válido y eficaz, la *relatio* es posible..., pero el nuevo acto es prácticamente inútil, porque no viene a añadir nada al testamento anterior». En el mismo sentido se expresa CICU, *El testamento*, cit. p. 44. Añade DÍEZ PICAZO que en el Derecho español (a diferencia del francés e italiano) esa inútil *relatio* «añadiría la subsistencia del testamento anterior que, de otra manera, no llegaría a producirse». Y ello porque en nuestro Derecho, pero no en Francia ni en Italia, el testamento posterior tienen eficacia general revocatoria *ex art. 739* (cfr. DÍEZ PICAZO, cit. *passim* y especialmente pp. 348 y ss.).

(221) Sentencia de 11 junio 1953 (Ar. 1.668): «podrá sí el testador en nuevo testamento disponer en sus cláusulas disposiciones iguales o análogas a otro anterior nulo y

la operatividad de esa afirmación es dudosa, pues en el caso el testamento posterior fue declarado nulo (222).

En la doctrina española se suele entender que es necesario que el testamento anterior sea absolutamente válido, como consecuencia de lo dispuesto por el artículo 672 (223). En efecto, se estima que tal precepto no se limita a requerir que los documentos privados (memorias) a que se refiera el testamento observen los requisitos meramente formales del testamento ológrafo, sino todos los requisitos precisos para su validez (capacidad, ausencia de vicios, voluntad actual de disponer, etc.): en suma, que sean en sí un testamento. Luego, en definitiva, en verdad no hay, en esta hipótesis, testamento «per relationem», pues la referencia al testamento primitivo no es imprescindible para completar el segundo testamento, produciendo en realidad cada uno de ellos su eficacia, coordinadamente, pero con autonomía (224). Congruentemente con ello, la no revocación o declaración de subsistencia del testamento anterior, no implica «relatio», siendo exigibles a ambos testamentos todos los requisitos establecidos para su perfecta validez (225).

De acuerdo con ello, en la particular hipótesis de reviviscencia de un testamento anterior revocado, por ulterior revocación del testamento revocatorio del primero, recogida en el segundo párrafo del artículo 739 del Código civil, es necesario que el testamento revivido sea válido (226). Esta solución parece la más segura y concorde con el artículo 672 (227).

6. La «convalidación» del testamento por los interesados

a) Su admisión en la jurisprudencia

Anteriormente, al tratar de la renuncia a la acción de nulidad y de la inadmisibilidad de una pretensión contradictoria de actos propios, se

valdrán éstas si se acomodan a la ley, pero nunca dar vida a lo que no ha existido legalmente, ni convalidarlo».

(222) Pues, siendo testamento en inminente peligro de muerte, no se estimó que el lugar de otorgamiento fuera zona de guerra (sino sólo de peligro) en el día en que se testó y, además, no había por ello inminente peligro de muerte.

(223) Cfr. Díez PICAZO, cit. pp. 367 y ss.; TORRES, *El testamento ológrafo*, cit. pp. 230 y ss. y en ellos referencias.

(224) Díez PICAZO cit. p. 370: «la *relatio* exige que la eficacia sólo pueda derivar de la conjunción o integración de los varios elementos».

(225) Por ello, me parece contradictorio que Díez PICAZO, loc. cit., tras las anteriores palabras, señale que la declaración de subsistencia «puede además, poseer valor por sí misma, en cuanto supone una reiteración de la declaración de voluntad anterior, por ejemplo, confirmando una declaración anterior en que intervino un vicio de la voluntad ya desaparecido». Previamente, p. 369, había dicho, sin oponer reparo alguno, que «la mayor parte de la doctrina rechaza, sin embargo, la *relatio* a un testamento inválido, por entender que constituiría, si se admitiese, una vía para burlar el carácter imperativo de los requisitos del testamento».

(226) ALBALADEJO, *Comentario*, IX-2.º, cit. p. 417.

(227) Con todo, si según ALBALADEJO, loc. cit. «la fecha de las disposiciones revividas es la de la reviviscencia», cabría plantear si esa es la fecha determinante a que habría de atenderse para apreciar la capacidad del testador (art. 666). Me sigue pareciendo lo más seguro requerir la concurrencia de todos los requisitos de validez en el testamento inicial, además de, por supuesto, en el ulterior.

puso de manifiesto que es relativamente abundante la jurisprudencia que ha rechazado, con argumentos muy generales, pretensiones de interesados en obtener la declaración de nulidad del testamento. Uno de los argumentos formalmente utilizados, en ocasiones, es la afirmación de que la aceptación del testamento, conociendo su irregularidad, por parte de los interesados, o de alguno de ellos, en la nulidad, impedía el ejercicio de tal pretensión, pues de algún modo se había convalidado o sanado el testamento irregular (228).

Asimismo, algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros (229), estimaron que el registrador no podía denegar inscripciones con base en testamentos defectuosos, pues «aun de existir defectos que entrañan la nulidad pueden perder tal virtualidad si los interesados aceptan el testamento o convienen en respetarlo cual si lo adornasen todos los requisitos legales» (230).

Mas las expresiones usadas son en exceso genéricas, siendo dificultosa la calificación del fenómeno que realmente se aprecia.

(228) En la sentencia de 26 noviembre 1901 (sobre la nulidad debida a no respetarse cláusula *ad cautelam* e incapacidad) se rechaza la acción, hablando de renuncia, mas previamente el T.S. señala que los actores, «recibiendo la parte de la herencia..., contratando préstamo sobre ella y vendiéndola posteriormente, aceptaron con actos repetidos e indudables la validez de dicho testamento», y que quien presta su conformidad con el testamento, «al recibir la parte de herencia o los legados que por el mismo le correspondían, conviniendo y pactando con ello sobre su validez...». La sentencia de 28 febrero 1906 (sobre nulidad por defecto formal: ser testigo un amanuense del notario) declaró que «en materia de sucesiones, los actos que tácita o expresamente impliquen por parte del heredero o legatario el reconocimiento de la voluntad del testador, convalidan cuantos defectos meramente formales hayan podido cometerse en su extensión». La de 28 febrero 1908 (sobre nulidad por defecto formal) estima que la aceptación de un legado implica prestar «conformidad con la disposición testamentaria... conviniendo y pactando con ello sobre su validez...». La de 13 enero 1916 entiende que concurrir a la formación del inventario de los bienes hereditarios, sin consignar salvedad alguna, priva de la acción para demandar la nulidad (en ella no se habla de sanar o convalidar). En la de 31 diciembre 1931 tampoco se habla de convalidación, sino meramente de actos propios que no se estiman. En la de 15 marzo 1951 (Ar. 997) (sobre nulidad por defecto formal) se entiende que, mediante declaración tácita (el actor conocía el testamento y su defecto formal, repartiéndose con el demandado, su hermano, bienes hereditarios sin hacer constar salvedad alguna), los litigantes habían pactado respetar el testamento, quedando en consecuencia obligados y pudiendo recíprocamente complerle a cumplir lo pactado, esto es, respetar el testamento. En la de 14 junio 1963 (Ar. 3059) (sobre nulidad por captación e incapacidad) se rechaza la pretensión de nulidad por no ignorar los actores la concurrencia de los vicios del testamento (si es que existían), pues convivían con la testadora, por lo que al aceptar la herencia, aceptaron el testamento, aunque no se habla de convalidación ni de sanación. Cfr. CLAVERÍA, *La «sanatoria excepcional»*, cit. pp. 627 y ss., quien incluye algunas otras sentencias más dudosas y a las que anteriormente ya se hizo referencia (*supra*, nota 195).

(229) Son las ya citadas resoluciones de 26 septiembre 1904, 2 agosto 1913, 10 diciembre 1913 y 29 enero 1931.

(230) Las transcritas frases se contienen en la de 26 septiembre 1904, prácticamente repetidas al pie de la letra en la de 13 diciembre 1913.

b) Ausencia de cobertura normativa

Este proceder de la jurisprudencia no se ampara en norma concreta alguna del Código civil español, lo que justifica, seguramente, la vaguedad y generalidad de la fundamentación de las sentencias aludidas.

Esta ausencia de cobertura normativa de la figura resulta tanto más llamativa, por cuanto, aunque limitadamente, en los precedentes del Código sí existía alguna previsión para situaciones análogas.

Así, el tercer párrafo del artículo 1.187 del Proyecto isabelino, al tratar de la «nulidad de las obligaciones», excluye el ejercicio de la acción de nulidad por «ratificación» o «cumplimiento voluntario», incluso en el supuesto de que la nulidad obedezca a «falta de forma o solemnidad», disponiendo que tales «ratificación» o «cumplimiento voluntario», «estinguen la acción» (231). Aunque, por su ubicación sistemática, este precepto no fuera inmediatamente referible al testamento, sin embargo de él se podría haber traído argumento para fundar esa «confirmación», al menos en el caso de defectos formales del testamento.

Pues, efectivamente, cierto entronque cabría hallar entre este artículo del Proyecto y el artículo 1.340 del Código civil francés, según el cual la confirmación, ratificación o ejecución voluntaria de una donación por los herederos o causahabientes del donante, tras su muerte, comporta la renuncia a oponer tanto los vicios de forma como cualquier otra excepción; tras advertir en el precepto anterior, que no cabe tal confirmación de donación nula por defecto de forma por parte del donante, salvo que done de nuevo, con observancia de las formalidades legales (232).

El Código civil italiano de 1865 se inspiró muy directamente en el precedente francés, reiterando materialmente las disposiciones de los referidos preceptos, aunque con mayor amplitud, dando ya entrada expresa a las disposiciones testamentarias, junto a las donaciones, a las cuales, si son confirmadas, ratificadas o ejecutadas voluntariamente por los herederos o causahabientes, no pueden oponerse los vicios de forma o cualquier otra excepción (233).

(231) CLAVERÍA, últ. cit. p. 627 recoge tal precedente. La redacción de nuevo cuño que se dio en el Anteproyecto a la materia, con fuerte inspiración en el Anteproyecto belga de Laurent, hizo que se perdiera la norma. Cfr. arts. 1.322 y ss. en PEÑA, *El Anteproyecto*, cit. pp. 414 y 415.

(232) Art. 1.339: «Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs, nulle en la forme; il faut qu'elle soit refaite en la forme légale». Art. 1.340: «La confirmation ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception».

(233) Art. 1.310: «Non si possono sanare con verun atto confermativo i vizi di un atto nullo in modo assoluto per difetto di autre». Art. 1.311: «La conferma, ratifica o esecuzione volontaria di una donazione o disposizione testamentaria per parte degli eredi o aventi causa dal donante o testatore, dopo la morte di lui, include la lora rinunzia ad opporre i vizi delle forme e qualunque altra eccezione». En el vigente Código se ha producido un desdoblamiento y una generalización: el art. 590 trata del tema para el testamento, el 799 para la donación; la generalización estriba en que ya no parece referible esa

A pesar del silencio de nuestro Código, sin embargo, como se ha visto, la figura es objeto de general aceptación en nuestro país, si bien, lógicamente, se plantean problemas que, en lo que interesa al objeto de este trabajo, pueden reducirse a la discusión sobre el tipo de defectos «convalidables» y la explicación teórica de la figura.

c) *Ambito de la regla: supuestos en que cabe la «convalidación»*

No es extraño que se vincule esta «sanatoria» o «convalidación» del testamento, con la influencia del principio espiritualista que, en materia sucesoria y como plasmación del *favor testamenti*, impondría la relevancia de la voluntad del testador por encima, incluso, de la presencia de defectos formales en el testamento (234). Si bien, parece que la formulación medieval de esta regla tenía un alcance muy limitado, sin alcanzar en ningún caso a lo que hoy llamaríamos «convalidación» total del testamento por defecto de forma, sino sólo afectando a algunas concretas disposiciones testamentarias o a la desheredación injusta de legitimarios (235).

De ahí, y atendiendo a los precedentes normativos extranjeros, pudiera sostenerse que solamente cabría «convalidar» los testamentos nulos por defecto de forma. Así lo ha afirmado literalmente la jurisprudencia en algunas ocasiones (236); pero ha habido otras en que ha entendido posible tal «convalidación» en presencia de defecto de capacidad o vicios del consentimiento (237). Lo cual ya dificulta su entronque

confirmación a los vicios de forma preferentemente, sino a cualquier causa, aunque el tema se discute (cfr. CIAN/TRABUCCHI, *Comentario breve al Codice civile*, Padua, 1981, p. 256; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit. pp. 634 y ss. y allí otra información de legislaciones extranjeras (especialmente la portuguesa) y referencias doctrinales). Sobre el Código italiano derogado y el francés cfr. la resumida exposición que efectúa DE SIMONE, *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Nápoles, 1946, pp. 41 y ss.

(234) VALLET, *Panorama*, II, cit. p. 197: «Es de advertir que esta materia tiene viejas raíces que brotan del *favor testamenti*, expresión de la *voluntas testantis*, apoyando la obligación moral de observarla, como manifestación de la *fides*, en el marco de la *aequitas*. Obligación de conciencia que adquirió en el medievo relevante importancia por influjo canónico y condujo al principio, inspirado en una afirmación de SAN GREGORIO EL MAGNO, que formuló GRACIANO, de que «*ultima voluntas defuncti modis omnibus conservari debet*».

(235) Cfr. DE SIMONE, ob. cit. pp. 25 y ss. y en p. 36 el texto de GRACIANO en el que se indicaba que «*confirmatio heredis, ut valeat, requiritur ut actus non sit omnino nullus*». Cfr. PARTIDAS, VI, 8, 6: «En qualquier manera, que otorgasse o consentiesse el fijo, o el nieto, en el testamento en que le oviessen deseredado; assi como si le oviessen dexado manda en él, o a su fijo, o a otro alguno que fuesse en su poder, e la rescibiesse; o si el fuesse Abogado, o Personero, o en defendiendo el testamento, o alguna de las mandas que fuesen en el escritas; o consentiesse en el testamento en alguna otra manera semeiante destas, non podría despues querellarse, para quebrantar el testamento, nin deve ser oído». Su alcance parece limitado a excluir la *querella inofficiosi testamenti* por desheredación sin causa.

(236) Cfr. sentencias de 26 noviembre 1901, 28 febrero 1906, 28 febrero 1908 y GULLÓN, *La confirmación*, cit. pp. 1.206 y ss.

(237) Especialmente la sentencia de 14 junio 1963 y también, a pesar de su tenor, la de 26 noviembre 1901. Cfr. CLAVERÍA, cit. p. 644.

con la pretendida supremacía de la voluntad del testador sobre la inobservancia de los requisitos meramente formales, pues la voluntad de un incapaz o la viciada no parecen ser dignas de particular protección con ese fundamento.

Pero además, desde el punto de vista de la distinción entre nulidad y anulabilidad en el testamento, la cuestión se presta a graves dudas. Admitiendo que haya defectos formales que generan nulidad (los esenciales) y otros que sólo sean causa de anulabilidad, ¿en qué categoría se integran los defectos de forma relativos a la idoneidad de testigos y en qué casos o circunstancias serán sustanciales o formales?. La jurisprudencia sobre el particular, no ayuda (238). ¿Y la falta de capacidad para testar: provoca nulidad o anulabilidad? (239).

Además, si de verdad se tratara de que la voluntad del testador prevalece y ha de ser respetada, aun cuando no se haya expresado observando los requisitos formales, ¿a cuento de qué exigir la aceptación de esa voluntad por los herederos para que efectivamente se imponga?. Si de verdad prevaleciera la voluntad del testador, su respeto sería obligado con independencia del querer de los sucesores. Y eso no parece que ocurra en ningún caso, salvo por la aplicación de la doctrina de los propios actos, que, como se indicó, tiene un alcance y fundamento diferentes.

La exigencia de que los sucesores conozcan la existencia de la irregularidad y que manifiesten su voluntad (expresa o tácitamente) de respetar el testamento, manifiesta clarísimamente que la fuente de vinculación para los herederos no se fundamenta propiamente en el testamento, sino en su voluntad (de cada uno) de respetarlo o no impugnarlo; por lo cual, debe romperse toda vinculación entre la naturaleza del defecto que padezca el testamento y la posibilidad de su «convalidación» (240). Con acierto se ha dicho sustancialmente (aunque, a mi juicio, con error

(238) Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-2.º, cit. pp. 45 y ss.; LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, cit. pp. 359 y ss.~

(239) Cfr. LACRUZ, I, cit. pp. 344-345.

(240) En la doctrina italiana, a pesar del claro tenor del art. 590, se discute el tema del ámbito de la «sanatoria», existiendo amplia diversidad de criterios. Además de CICU, *El testamento*, cit. pp. 131 y ss. y PASSETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padua, 1953, pp. 57 y ss. (ambos muy restrictivos) véase CIAN/TRABUCCHI, *Commentario breve*, cit. p. 256 y AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit. pp. 578-579. Cfr. también CLAVERÍA, cit. p. 644. SERRANO ALONSO, *La confirmación de los negocios jurídicos*, cit. p. 90 sostiene que «por cuanto se refiere al testamento creemos que es susceptible de confirmación todo testamento afectado de vicio sustancial de forma y por lo que se refiere a los restantes defectos creemos que debe llegarse a las siguientes conclusiones: si falta la declaración de voluntad del testador es indudable que no cabe hablar de confirmación por lo mismo que en puridad no hay testamento, pero sí creemos que cabe confirmar una voluntad testamentaria existente pero viciada; por lo que se refiere a los requisitos de capacidad, la incapacidad absoluta es, en nuestra opinión, insanable, y por tanto, el testamento hecho por un menor de catorce años, o de veintiuno en caso de ológrafo, no puede ser confirmado». Su opinión, que evidentemente no comparto, es congruente con su idea acerca de la naturaleza de la confirmación, como acto verdaderamente sanante que tiene por presupuesto la existencia de «algo» que sanar. Cfr. *infra*.

en el enfoque) «que en cualquier otro caso de invalidez (y hasta, si se quiere, aunque falte el testamento) hay simplemente anulabilidad, porque, conformándose los perjudicados por la admisión de la validez, los bienes pueden quedarlos los herederos nombrados en el testamento nulo» (241). Y en el fondo eso se reconoce cuando se afirma que la diferencia sustancial (?) entre nulidad y anulabilidad a los efectos de la «confirmación» por los interesados, «tal vez consista en que si se trata de nulidad radical o inexistencia, el acuerdo de los interesados de no impugnarlo y aceptar como válidas sus disposiciones no será una simple renuncia a la correspondiente acción sino que habrán celebrado un contrato con fuerza constitutiva propia y del que, por tanto, derivarán los efectos que sólo por un espejismo podrán atribuirse al testamento. En cambio, si lo realizado o convenido por los interesados simplemente es la renuncia a ejercitar la acción fundada en una causa de anulabilidad, los efectos seguirán derivando del propio testamento convalidado» (242). Será un espejismo, pero me temo que produce las mismas consecuencias jurídicas que en el caso en que tal espejismo no existe: los que pacten respetar el testamento quedan vinculados en cualquier caso por el acuerdo o contrato que celebran. La sustancia de la distinción, se evapora.

d) *Las explicaciones de la «sanatoria»*

Si no parece posible excluir del ámbito de esta «convalidación» o «sanación» ninguna hipótesis de testamento nulo, sea cual sea el defecto que padezca, pues la eficacia vinculante para los sucesores no trae su fuerza del testamento en sí, sino de la *aceptación* del mismo por el interesado, que luego pretenda hacer valer su pretensión de nulidad, siendo pues la situación aceptablemente clara, no ocurre lo mismo respecto de los intentos de encuadramiento o calificación de la naturaleza de este fenómeno.

Sobre este asunto, las opiniones mantenidas pueden quedar reducidas, básicamente, a dos grupos. De una parte, se encuentran quienes sostienen que la «convalidación» del testamento nulo por los sucesores interesados implica propiamente la sanación objetiva del testamento, que era nulo, pero tras la «convalidación» se convierte en válido. Es decir, que la decisión de los interesados afecta objetivamente a la estructura del testamento, quedando ellos vinculados, no tanto por su decisión de convalidar directamente, sino porque el testamento deviene perfecto y absolutamente eficaz como consecuencia de dicha «convalidación». Proceso que es diversamente explicado por cada autor, en función de la postura que mantenga acerca de la naturaleza y esencia de la convalidación o confirmación propiamente dicha (243).

(241) ALBADALEJO, *Curso de Derecho civil*, V, cit. p. 366. Su equivocación de planteamiento, creo, estriba en afirmar la distinción nulidad-anulabilidad en el testamento. Al menos reconoce su inutilidad en tema de «confirmación».

(242) PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-2.º, cit. pp. 194-195. Véase *supra* en la nota 109.

(243) Un apretado resumen de estas opiniones puede verse en CLAVERÍA, *La «sanatoria excepcional»*, cit. pp. 635 y ss. En la doctrina española destaca en este sentido SE-

Frente a esta tesis, se ha objetado, con razón, que, al menos en el supuesto del testamento (al margen, pues, de cómo deba configurarse la convalidación o confirmación del negocio jurídico en general), la pretendida «convalidación» o «sanatoria» ni sana (244) ni produce la integración del testamento (245) cual si se tratara de un negocio incompleto que es, posteriormente, completado. En realidad, esa «convalidación», no trata de «borrar la irregularidad, sino sus efectos» (246), como consecuencia de una declaración unilateral de voluntad de cada uno de los sujetos interesados en la declaración de nulidad (247), que técnicamente sólo es construible como renuncia a la acción de nulidad del testamento (248). Que es posible por tratarse de una nulidad de interés privado, aun cuando sea absoluta (249).

Aparte lo insatisfactorio de cualquier otra explicación, el principal argumento para llegar a esa conclusión se encuentra en el carácter absoluto de la nulidad del testamento y la inadmisibilidad de la «convalidación parcial» (250). ¿Cómo es posible imaginar que un negocio pueda ser sanado parcialmente, cuando resulta que la nulidad de que sigue adoleciendo ante los no «convalidantes», de ser declarada, se extiende frente a todos: los que hayan convalidado el negocio y los que no?. Sólo cabría imaginar que se inicie un proceso de convalidación, que se extienda a lo largo de un período de tiempo, y que implica que progresivamente los titulares del poder de convalidar van prestando su aquiescencia, hasta que finalmente se produzca, una vez todos hayan manifestado su voluntad, la íntegra convalidación del negocio. Lo que en el caso del testamento no sería posible, pues no puede saberse quiénes y cuántos son los facultados para efectuar tal convalidación (251).

RRANO ALONSO, ob. cit., especialmente pp. 85 y 86: «por la confirmación (del testamento) el acto deviene perfecto y válido como si jamás hubiese estado afectado por un vicio que originaba su nulidad.

(244) CLAVERÍA, cit. p. 639: «el testamento nulo por adolecer de alguna irregularidad, tras su completa elaboración, es un acto irremisiblemente irregular y jamás podrá dejar de serlo. El acto de un heredero no puede suprimir la irregularidad, sino, en todo caso, sus consecuencias jurídicas, como por ejemplo, la nulidad».

(245) CLAVERÍA, loc. cit.: «la ejecución de la cláusula testamentaria nula por el heredero facultado para impugnarla no es, desde luego, una fase de elaboración de dicha cláusula ni del testamento en que se halle contenida, pues el testamento mencionado no es un acto incompleto, sino irregular; su ciclo de formación está plenamente cerrado».

(246) CLAVERÍA, cit. p. 642.

(247) Declaración expresa o manifestada por hechos concluyentes (cfr. CLAVERÍA, cit. p. 641) y que requiere conocer la irregularidad y su alcance.

(248) Cfr. GULLÓN, *La confirmación*, cit. p. 1.209, pues entiende que «la confirmación significa una pura y simple renuncia a la acción de nulidad»; y especialmente CLAVERÍA, cit. pp. 643 y ss.

(249) CLAVERÍA, cit. p. 644.

(250) CLAVERÍA, cit. p. 645.

(251) CLAVERÍA, cit. pp. 645-646. Los demás argumentos que utiliza son, a mi juicio, de menor trascendencia: que a su opinión no se opone la jurisprudencia, que siempre cabe la «convalidación» sea cual sea la causa de nulidad del testamento (salvo nulidad de orden público) y que concuerda con las soluciones del Derecho comparado.

e) *Necesidad de replantear la cuestión*

Parece claro que no resulta en absoluto satisfactoria la explicación del fenómeno conocido, impropriamente, como «convalidación» del testamento nulo que presuponga que tal actuación afecta al negocio en sí, o que se remueven los defectos padecidos por el negocio como consecuencia de la voluntad de los legitimados para instar la nulidad. Por ello, las opiniones referidas en primer lugar resultan absolutamente rechazables. Admitirlas sería tanto como sostener que los sucesores intervienen en el testamento, que no sería plenamente tal hasta la «convalidación». Y, desde luego, sostener que en realidad tal no sucede, pero que el ordenamiento actúa «como si» sucediera (esto es, una ficción), resulta una explicación en exceso pobre que nada aclara.

Es plenamente compartible, entonces, la afirmación de que el acto de los interesados afecta sólo a los efectos del testamento, una vez producida la sucesión. Mas, sin embargo, desde mi punto de vista esa explicación, que conduce a identificar «convalidación» con mera renuncia a la acción de nulidad, es escasa. Ciertamente, la aceptación del testamento, conociendo sus irregularidades y las consecuencias de las mismas, por parte de cada uno de los interesados, puede ser constitutiva de comportamiento concluyente que manifiesta la voluntad de renunciar a las acciones materiales o, si se admite, a la propia acción declarativa de nulidad. Pero ello solamente resulta satisfactorio cuando se trata de no alterar la situación ya producida, al amparo del testamento inválido al que se ha dado ejecución. Pero difícilmente sirve para justificar la pretensión de que se sigan cumpliendo las reglas contenidas en el testamento en el futuro, salvo que se mantenga la identidad entre renuncia y confirmación (252) o convalidación en sentido amplio. La renuncia, aparte ulteriores consecuencias de la misma, se agota en el acto de contenido negativo de desprenderse de un poder o una facultad; por el contrario, en el fenómeno de la «convalidación» es posible ir más allá, pues consciente que, por la voluntad de los interesados, el fenómeno sucesorio discurre por un cauce diferente del que legalmente le correspondería: el testamento anterior perfecto o la sucesión abintestato; imponiéndose pues la íntegra reglamentación que integra el contenido del testamento nulo pero aceptado por todos los interesados, esto es, por todos los legitimados activamente para demandar la nulidad.

Es decir, que la «convalidación» comporta o puede comportar un contenido positivo y no meramente negativo o excluyente como ocurre en los casos de mera renuncia. Y existe, creo, el medio que consiente explicar esa eficacia, superior a la mera renuncia, del acuerdo «convalidatorio». Frente al cual, se podrá seguir manteniendo la crítica de las dificultades de admitir una «convalidación» parcial; pero esa objeción es también, desde mi punto de vista, salvable, como se indica más adelante.

(252) Lo que el autor no sostiene. Cfr. CLAVERÍA, *La confirmación del contrato anulado*, cit. pp. 85 y ss.

f) *Manifestaciones de la autonomía de los sucesores*

En definitiva, lo que se propone es reconocer a los interesados un ámbito de autonomía o libertad de decisión, relativa, frente a la «ley de la sucesión», ya sea ésta la voluntad del causante expresada en el testamento, ya sea la Ley (con mayúscula) que regula la sucesión intestada. Ambito de autonomía que efectivamente existe, más allá del caso de la «convalidación» del testamento.

Existe una norma que, paladinamente, en sede de partición reconoce esa autonomía de los sucesores: establece el artículo 1.058 que en la partición contractual entre los partícipes del caudal con plena capacidad, éstos «podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente», es decir, ateniéndose o sin atenerse en absoluto a las disposiciones testamentarias. O lo que es lo mismo, que con el consentimiento de todos los interesados se puede prescindir absolutamente del testamento, que así queda privado de toda eficacia vinculante, entre los sucesores. Esa partición es propiamente partición hereditaria, quedando sometida a las mismas reglas que la partición efectuada por los partícipes ateniéndose a las disposiciones testamentarias (253). Existe, desde mi punto de vista, sin embargo una diferencia radical: cuando se trata de partición no contractual, el heredero o partícipe que resulte lesionado en más de una cuarta parte, por recibir bienes que no cubren en esa porción la cuota o valor que le corresponde *según el testamento* (254), tiene a su disposición la facultad de pedir la rescisión de la partición por lesión; cuando se trata de partición convencional entre partícipes con plena capacidad que se apartan del testamento, entiendo que el cálculo de la lesión en el cuarto implica comparar el valor real de los bienes adjudicados con el valor atribuido al sujeto *en el contrato particional*, sea éste el mismo o diferente del ordenado por el testador.

Encuentra también apoyo el reconocimiento de una cierta autonomía a los partícipes, en el artículo 1.062: la adjudicación de un bien como indivisible a uno de los partícipes sólo es posible, si nada se ha dispuesto, mediante la no oposición, esto es, el acuerdo de todos los interesados, produciéndose esa adjudicación aunque en el testamento no se haya previsto. El fundamento de esa posibilidad de asignar la cosa indivisible

(253) Se ha discutido si las reglas de capacidad para partir son diferentes según que los partícipes se atengan estrictamente o no al testamento. Según VALLET, *Panorama*, II, cit. p. 930, para partir de acuerdo con el testamento basta la capacidad para administrar, mientras que si no se atienden al testamento se requiere que los partícipes tengan capacidad para disponer plenamente. Sin embargo está por demostrar que para partir (no para instar la partición *ex art.* 1.052, sino para simplemente partir *ex art.* 1058) no se requiera la plena capacidad de disponer. En este sentido LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, cit. p. 215 y ALBADALEJO, *Derecho civil*, V-1.º, cit. pp. 352 y ss., indican que tanto para instar la partición (art. 1.052) como partir (art. 1.058) se requiere plena capacidad de disponer. Confirma esta opinión el art. 290 en relación con el 271-4.º: el incapaz sometido a curatela precisa asistencia del curador para realizar la partición de la herencia.

(254) Aparte la cuestión de la rescisión de la partición hecha por el propio testador (cfr. art. 1.075 C.c.).

se encuentra también en el acuerdo de los interesados cuyos intereses resulten afectados.

Admitido ese restringido ámbito de libertad de los designados respecto del testamento, parece indudable que el contenido del acuerdo de los interesados no tiene por qué consistir en una reglamentación absolutamente nueva y creada sólo por los afectados; es perfectamente posible que se integre el contenido de ese acuerdo por referencia o remisión a un elemento ya creado. Eso es precisamente lo que ocurre cuando los designados en un testamento perfectamente válido, acuerdan repartirse la herencia de acuerdo con las disposiciones de la Ley en materia de sucesión intestada (255). No cabe decir que la sucesión en cuestión se rija por el testamento revocado en cuanto tal testamento, o por las normas sobre la sucesión abintestato por sí mismas; lo que en realidad sucede es que la sucesión se regirá por el acuerdo de los interesados cuyo contenido ha de integrarse por referencia a esos elementos ajenos, que han quedado incorporados al propio acuerdo.

Precisamente eso mismo es lo que ocurre cuando los interesados acuerdan respetar como válido un testamento con tacha de nulidad. Se aplicará el contenido de ese testamento, pero no por su fuerza de ser testamento (que no lo es, por ser nulo), sino por la fuerza del contrato entre los interesados. Contrato que tiene siempre eficacia constitutiva, es decir, que crea una situación previamente no existente.

Pudiera, con todo, contraargumentarse que lo dicho vale sólo para el caso en que los sucesores reales (es decir, los llamados por virtud del título realmente vigente, sea la sucesión intestada o el testamento válido anterior) sean las mismas personas que resultan instituidas o llamadas en el testamento nulo. Pues las referidas normas en materia de partición solamente autorizan para partir de modo distinto a las atribuciones testamentarias, pero no para partir con personas distintas de las designadas en el testamento.

No creo que sea así. La prueba se halla en el artículo 1081 del Código civil, interpretado *a contrario* (con los peligros, ciertamente, que ello comporta): es nula la partición hecha «con uno a quien se creyó heredero sin serlo»; luego no es nula la partición hecha con uno del que todos sabían que no era heredero. No se ve absolutamente ningún motivo para

(255) La sentencia de 1 mayo 1930 (cfr. DÍEZ PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, cit. p. 355) sobre impugnación de declaración de herederos abintestato por existir testamento válido, declara que la pretensión del actor no puede prosperar, pues había concordado con los demandados (legitimarios preteridos no intencionalmente) considerar ineficaz el testamento y partir de acuerdo con las normas de la sucesión intestada. En la sentencia de 7 noviembre 1935 (Ar. 2168) los instituidos en testamento válido acordaron partir ateniéndose a un testamento anterior y revocado; uno de los herederos exigió la rendición de cuentas de acuerdo con el testamento revocado pero efectivamente aplicado, a lo que se opuso el demandado alegando la nulidad de la partición por basarse en un testamento ineficaz; la pretensión del demandado fue rechazada. La sentencia de 2 marzo 1934 (Ar. 603) declaró que si se acuerda partir sin atenerse al testamento no cabe luego pretender hacer valer las disposiciones testamentarias. Cfr. las sentencias de 7 noviembre 1935, 7 enero 1949, 3 julio 1969, etc. en VALLET, *Panoram*, II, cit. pp. 922 y ss.

sostener lo contrario pues, y esto es lo fundamental, los titulares de los intereses privados en juego son completamente dueños de beneficiar a un tercero, no incluido en el testamento, dándole participación no ordenada en el testamento, a sabiendas de que no tiene derecho alguno: si no hay error, no hay nulidad, pues el fundamento de la nulidad que se decreta es, precisamente, el error padecido, ya que se entiende que el mismo es causa esencial de la atribución realizada en favor del falso heredero (256).

El conjunto de situaciones sucesivas que se producen, pueden ser explicadas de dos maneras: con un rodeo o directamente. En efecto, cabe entender que la herencia es adquirida realmente por los llamados por virtud del título realmente existente y válido (el testamento anterior o la sucesión intestada), pero que éstos, a renglón seguido, donan o enajenan por cualquier título parte de los bienes hereditarios a terceras personas, que no serían realmente sucesores. O cabe entender más llanamente que los atributarios, sin derecho a parte alguna de la herencia por virtud del título realmente vigente, como consecuencia del contrato celebrado se convierten en verdaderos sucesores del fallecido. La cuestión sólo tiene, desde mi punto de vista, trascendencia cuando la participación dada a los terceros lo es a título de herencia y no de legado, caso en el cual se plantea el problema del interés de los acreedores del causante: ¿podrán dirigirse contra esos terceros, exigiéndoles responsabilidad personal e ilimitada por las deudas hereditarias, si se han limitado a «hacer como que aceptan pura y simplemente»? Me parece muy difícil que cualquier Juez admitiera la oposición del «falso» heredero, alegando no ser realmente tal heredero (257).

g) *Convalidación parcial*

Si la aceptación del testamento nulo se produce solamente por parte de uno o varios de los interesados, unilateralmente y sin conexión entre

(256) Sobre el tema cfr. LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, cit. pp. 260-261; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-3.º, 3.ª ed., Barcelona, 1983, pp. 541 y ss.; VALLET, *Panorama*, II, cit. pp. 966 y ss. La nulidad decretada parece ser consecuencia de considerar que hay vicio en la *causa*, más que vicio del consentimiento. ALBALADEJO, *Derecho civil*, V-1.º, cit. es el único que se ocupa del tema de qué ocurre si no se ignoraba que el falso heredero era falso; y sorprendentemente declara que también hay nulidad, aunque no deja de mostrar su extrañeza ante el supuesto.

(257) Cabría enfocar la cuestión como una enajenación parcial de herencia, con lo cual, en principio, el adquirente respondería frente a los «verdaderos» herederos, incluso *ultra vires*, pues cabe entender que convenir la asunción de la condición de coheredero sin beneficio de inventario, implícitamente así lo provoca (pacto tácito: cfr. LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, cit. pp. 303 y 304). Incluso, compartiendo el criterio del mismo autor, loc. cit. cabe entender que, en base al art. 1.534, la enajenación de herencia implica asunción cumulativa de las deudas hereditarias, pudiendo los terceros directamente dirigirse contra el adquirente, evitando el circunloquio que representa el que sólo pudieran dirigirse contra los propiamente herederos y, luego, mediante la acción subrogatoria, contra los adquirentes. En contra, negando que el comprador de la herencia asuma en modo alguno las deudas hereditarias cfr. LALAGUNA *La venta de herencia en el Código civil*, en *Estudios de Derecho civil (Obligaciones y contratos)*, Madrid, 1978, pp. 125 y ss., especialmente p. 145.

ellos, probablemente haya de entenderse que renuncian al ejercicio de la acción de nulidad o, mejor, de las acciones materiales que les asistieran en su beneficio. En tal caso habría renuncia parcial, a la que ya me he referido.

Ahora bien, si algunos, pero no todos (258), de los activamente legitimados para demandar la nulidad acuerdan con los beneficiarios del testamento nulo respetar éste, el convenio a que lleguen será perfectamente válido y vinculante para quienes lo suscriban; no para quienes no lo hagan (*res inter alios acta*). Lo cual supone que, si alguno de los activamente legitimados que no pacta ejercita la acción de nulidad, la declaración sobre la validez o nulidad del testamento será efectivamente eficaz frente a todos (*ex artículo 1.252-2*), pero los que han pactado no podrán ejercitar acción material alguna en contradicción con el convenio realizado, y habrán de cumplir los términos del mismo, siempre que ello resulte posible. Y si no pueden cumplir, serán responsables por incumplimiento de contrato, en los casos en que deban serlo de acuerdo con el régimen en la materia.

VI. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACION DE NULIDAD

Por tratarse, de acuerdo con lo dicho, de una acción meramente declarativa, el efecto que se produce como consecuencia de la estimación judicial de la pretensión de nulidad, es simplemente la declaración de nulidad del testamento, que queda hecha con eficacia general de cosa juzgada.

Tomando pie en la declaración de nulidad, podrá instarse que se declare la vigencia del testamento anterior válido, no realmente revocado por no ser perfecto, esto es, válido, el testamento posterior (259), el cual automáticamente, salvo que se produzcan hipótesis de consolidación del testamento nulo, quedarán en vigor. Asimismo, podrá instarse la declaración judicial de herederos abintestato.

Como consecuencia de la declaración de nulidad, queda expedita la vía, una vez vigente el título sucesorio que revive, para ejercitar las acciones materiales de condena que asistan a los interesados.

Finalmente, no parece que el mero ejercicio de la acción de nulidad provoque aceptación tácita de la herencia, por la vía del artículo 999 del Código civil; pues el ejercicio de dicha acción no lleva implícito el ostentar la condición de heredero, sino la de mero llamado preferente en cuyo favor se defiere el *ius delationis*, abriéndose entonces la posibilidad de aceptar o repudiar la herencia.

(258) Ese «todos» no implica, como pretende CLAVERÍA cit. *supra* en la nota 251, imposibilidad de saber el círculo de los interesados, pues el ámbito de los activamente legitimados es o puede ser bastante restringido: los titulares del *ius delationis* de acuerdo con el título sucesorio que adquiere vigencia si triunfa la nulidad, como anteriormente se indicó.

(259) ALBALADEJO, *Comentarios*, IX-2.º, cit. pp. 410 y ss.

Por último, ha de tenerse presente que en la realidad no se produce el ejercicio de la acción meramente declarativa de nulidad del testamento, sino que va ella implícita en el ejercicio de las acciones materiales, de cuyo triunfo es presupuesto. Pero ello es cuestión que afecta al régimen de las acciones materiales y que debe quedar fuera del objeto de estas páginas.

BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO GARCIA, Manuel:

- *Derecho civil*. Tomo I, vol. 2.º, 5.ª ed., Barcelona, 1977. Tomo V, vol. 1.º, Barcelona, 1979.
- *Curso de Derecho civil*. Tomo V, Barcelona, 1982.
- *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Tomo IX, vol. 2.º, Madrid, 1983. Tomo X, vol. 2.º, Madrid, 1984. Tomo XII, vol. 2.º, Madrid, 1976.
- «El error en las disposiciones testamentarias», *Estudios de Derecho civil*, Barcelona, 1955, pp. 423 y ss.
- «De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias», *Estudios de Derecho civil*, Barcelona, 1955, pp. 459 y ss.
- «Nulidad de la disposición o nulidad del testamento abierto cuando un instituido es testigo o lo son determinados familiares suyos», *R.D.P.*, 1967, pp. 3 y ss. y 195 y ss.

AMOROS GUARDIOLA, Manuel:

- *Comentarios a las Reformas del Código civil*. Tomo I, Madrid, 1977.

AZZARITI, Giuseppe:

- *Le successioni e le donazioni*. Padua, 1982.

BADOSA COLL, Fernando (véase KIPP)

BINDER, Julius:

- *Derecho de sucesiones*. Trad. de la 2.ª ed. alemana y anotado conforme al Derecho español por J.L. Lacruz Berdejo. Barcelona, 1953.

(DE) BUEN, Demófilo (véanse COLIN y CAPITANT)

CASTAN TOBEÑAS, José:

- *Derecho civil español, común y foral*. Tomo VI, vol. 2.º, 8.ª ed. revisada y puesta al día por J. Batista Montero, J. M. Castán Vázquez y J. Vallet de Goytisolo. Madrid, 1979.

(DE) CASTRO Y BRAVO, Federico:

- *El negocio jurídico*. Madrid, 1967.

CIAN Y TRABUCCHI:

- *Commentario breve al Codice civile*. Padua, 1981.

CICU, Antonio:

- *El testamento*. Trad. y notas al Derecho español por M. Fairén Guillén. Madrid, 1959.

CLAVERIA GOSALBEZ, Luis-Humberto:

- *La confirmación del contrato anulable*. Bolonia, 1977.
- «La “sanatoria excepcional” de disposiciones testamentarias nulas en el Derecho español», *R.D.P.*, 1977, pp. 626 y ss.

COLIN Y CAPITANT:

- *Curso elemental de Derecho civil*. Tomo VIII, trad. de la 2.^a ed. francesa por redacción de la R.G.L.J. Notas de Derecho civil español por D. de Buen, 3.^a ed. revisada y puesta al día por P. Marín Pérez. Madrid, 1957.

CORTES DOMINGUEZ, Valentín:

- «El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho procesal Iberoamericano*, 1976, núms. 2-3, pp. 369 y ss.

COSSIO Y CORRAL, Alfonso:

- *Instituciones de Derecho civil*. Tomo II. Madrid, 1975.
- «Dolo y captación en las disposiciones testamentarias», *A.D.C.*, 1962, pp. 277 y ss.

DELGADO ECHEVERRIA, Jesús:

- *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Tomo XVII, vol. 2.^o. Madrid, 1981.

DIAZ-AMBRONA BARDAJI, M.^a Dolores:

- *El negocio jurídico «per relationem» en el Código civil*. Madrid, 1982.

(DE) DIEGO, Felipe Clemente:

- *Instituciones de derecho civil español*. Tomo III. Nueva ed. revisada y puesta al día por A. de Cossío y A. Gullón. Madrid, 1959.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis:

- *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona, 1963.
- *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Tomo I. Madrid, 1970.
- *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Tomo III. 2.^a ed. Madrid, 1976.
- «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», *A.D.C.*, 1961, pp. 809 y ss.
- «La pluralidad de testamentos», *Estudios de Derecho privado*. Madrid, 1980, pp. 329 y ss.

DIEZ-PICAZO Y GULLON BALLESTEROS:

- *Sistema de Derecho civil*. Tomo I, 2.^a ed. Madrid, 1977. Tomo IV. 2.^a ed. Madrid, 1982.

ESPIN CANOVAS, Diego:

- *Manual de Derecho civil español*. Tomo I, 7.^a ed. Madrid, 1979. Tomo V, 3.^a ed., Madrid, 1974.
- «La nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión». *A.D.C.*, 1970, pp. 519 y ss.

FERRI, Luigi:

- *La autonomía privada*. Trad. y notas por L. Sancho Mendizábal. Madrid, 1969.

FRAGA IRIBARNE, Manuel:

- «La acción declarativa. (En torno a la sentencia del T.S. de 22 de septiembre de 1944)», *R.G.L.J.*, tomo 176, 1944, pp. 461 y ss. y tomo 177, 1945, pp. 33 y ss.

GALGANO, Francesco:

- *Il Diritto privato fra Codice e Costituzione*. 2.^a ed. Bolonia 1983.

GARCIA GOYENA, Florencio:

- *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Reimp. Zaragoza, 1974.

GORDILLO CAÑAS, Antonio:

- «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal», *A.D.C.*, 1975, pp. 101 y ss.
- «Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual», *R.D.P.*, 1983, pp. 214 y ss.
- «El error en el testamento», *A.D.C.*, 1983, pp. 747 y ss.

GULLON BALLESTEROS, Antonio (véase DIEZ-PICAZO y GULLON BALLESTEROS):

- *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*. Madrid, 1969.
- «La acción de petición de herencia», *A.D.C.*, 1950, pp. 199 y ss.
- «La confirmación», *A.D.C.*, 1960, pp. 1.195 y ss.

JAPIOT, René:

- *Des nullités en matière d'actes juridiques*. París, 1909.

JORDANO BAREA, Juan Bautista:

- *Interpretación del testamento*. Barcelona, 1958.
- «Teoría general del testamento», *Estudios de Derecho público y privado, ofrecidos al prof. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano*. Tomo I, Valladolid, 1965, pp. 431 y ss.

KIPP, Theodor:

- *Derecho de sucesiones*. Trad. de la 11.^a revisión de H. Coing; estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por R. M. Roca Sastre. Vol. 1.^o, 2.^a ed. al cuidado de L. Puig Ferriol y F. Badosa Coll. Barcelona, 1976.

LACRUZ BERDEJO, José Luis (véase BINDER):

- «Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria», *Estudios de Derecho civil*. Barcelona, 1958, pp. 200 y ss.

LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA:

- *Derecho de sucesiones*. Tomo I. Barcelona, 1971.
- *Derecho inmobiliario registral*. Barcelona, 1977.
- *Elementos de Derecho civil*. Tomo V. Barcelona, 1981.

LALAGUNA, Enrique:

- «La venta de herencia en el Código civil», en *Estudios de Derecho civil (Obligaciones y contratos)*. Madrid, 1978, pp. 125 y ss.

LIPARI, Nicolò:

- *Autonomia privata e testamento*. Milán, 1970.

LUTZESCO:

- *Teoría y práctica de las nulidades*. Trad. mex. de Romero Sánchez y López de la Cerda. México, 1945.

MANRESA Y NAVARRO, José María:

- *Comentarios al Código civil español*. Tomo V, 7.^a ed. corregida, aumentada y puesta al día por P. Martín Pérez. Madrid, 1972.

MARIN PEREZ, Pascual (véase MANRESA Y NAVARRO).

MIQUEL GONZALEZ, José María:

- *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Tomo V, vol. 2.^o. Madrid, 1985.

(DE LOS) MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis:

- «La inexistencia del negocio jurídico». *R.G.L.J.*, tomo 208, 1960, pp. 463 y ss.

OERTMANN, Paul:

- «Invalidiz e ineficacia de los negocios jurídicos», *R.D.P.*, 1929, pp. 65 y ss.

(DE LA) OLIVA, Andrés y FERNANDEZ, Miguel Angel:

- *Lecciones de Derecho procesal*. Tomo II, 2.^a ed. Barcelona, 1984.

OSSORIO MORALES, Juan:

- *Manual de sucesión testada*. Madrid, 1957.

PASETTI, Giulio:

- *La sanatoria per conferma del testamento e della donaciones*. Padua, 1953.

PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel:

- *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888), Centenario de la Ley del Notariado*, sección IV, vol. I. Madrid, 1965.

PRADA GONZALEZ, José María:

- «Las formalidades testamentarias y la nueva Ley Uniforme», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, tomo II, Madrid, 1976, pp. 483 y ss.

PRIETO CASTRO, Leonardo:

- *Tratado de Derecho procesal civil*. Tomo I, 2.^a ed., Pamplona, 1985.

PUIG BRUTAU, José:

- *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo V: vol. 1.^o, 2.^a ed., Barcelona, 1975; vol. 2.^o, 2.^a ed., Barcelona, 1977; vol. 3.^o, 3.^a ed., Barcelona, 1983.
- *Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios*. Barcelona, 1951.

RAMOS, Francisco:

- *Derecho procesal civil*. Tomo I, 2.^a ed., Barcelona, 1985.

RESCIGNO, Pietro:

- *Manuale del Diritto privato italiano*. 4.^a ed., Nápoles, 1980.

ROCA SASTRE, Ramón María (véase KIPP).

ROYO MARTINEZ, Miguel:

- *Derecho sucesorio «mortis causa»*. Sevilla, 1951.

SANCHEZ ROMAN, Felipe:

- *Estudios de Derecho civil*. Tomo VI, en 3 vol., 2.^a ed., Madrid, 1910.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís (véase LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA):

- «Las acciones de petición de herencia en el derecho español», *R.G.L.J.*, tomo 213, 1962, pp. 261 y ss.

SANTORO PASSARELLI, Francesco:

- *Doctrinas generales del Derecho civil*. Trad. y concordancias por A. Luna Serrano. Madrid, 1964.

SCOGNAMIGLIO, Renato:

- *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2.^a ed., Nápoles, 1969.

SERRA DOMINGUEZ, Manuel:

- *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Tomo XVI, vol. 2.º, Madrid, 1981.

SERRANO ALONSO, Eduardo:

- *La confirmación de los negocios jurídicos*. Madrid, 1976.

SIMO SANTONJA, Vicente-Luis:

- «En tema de petición de herencia». *R.D.P.*, 1960, pp. 665 y ss.

(DE) SIMONE, Mario:

- *La sanatoria del negozio giuridico nullo*. Nápoles, 1946.

TORRES GARCIA, Teodora Felipa:

- *El testamento ológrafo*. Madrid, 1977.

TRAVIESAS, Miguel:

- «El testamento», *R.D.P.*, 1935, pp. 97 y ss., 129 y ss. y 169 y ss.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bautista:

- *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*. Tomo I: *Las legítimas*. 2 vols., Madrid, 1974.
- *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Tomo XI, Madrid, 1978.
- *Panorama del Derecho de sucesiones*. Tomo I, Madrid, 1982; Tomo II, Madrid, 1984.
- «Cautelas de opción compensatoria de las legítimas», *Centenario de la Ley del Notariado*, sección III, vol. I, Madrid, 1964, pp. 397 y ss.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto:

- *Tratado de Derecho civil español*. Tomo V, 4.^a ed., Valladolid, 1939.