

**Incapacidad sobrevenida de un albacea  
mancomunado y la condición de matrimonio con  
beneplácito de un tercero  
(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo  
de 2 de diciembre de 1991)**

**SUMARIO:** I. Hechos.—II. Fundamentos de Derecho.—III. Comentario: 1. Incapacidad sobrevenida de un albacea mancomunado. 2. La inadmisibilidad de la condición de matrimonio con el beneplácito de un tercero. 3. Estudio de otras condiciones de matrimonio.

**I. SENTENCIA**

**I. Hechos**

Los relevantes se exponen en el Fundamento de Derecho primero. Interesa destacar, que el testador, don Manuel F. F., mejoró en el testamento a su hijo don Ramón bajo la condición que contraiga matrimonio con el beneplácito del testador o de su esposa si ésta le sobrevive, viva en compañía de sus padres y mantenga unida la explotación agrícola; y designó albaceas a don José A. L. y don De la T. Don Ramón cumplió todas las circunstancias constitutivas faltando solo el beneplácito de su madre a su matrimonio al contraerlo tras el fallecimiento de ésta. A la finalización del plazo del albaceazgo don De la T., padecía una enfermedad que le impedía seguir desempeñando su cargo, continuando en don José A. L., que entiende incumplida la condición al continuar soltero a la muerte de su madre. Don Ramón demanda a sus hermanos y al albacea pidiendo la nulidad de la partición. Tanto en Primera Instancia como en Apelación estiman la demanda. Contra la sentencia de la Audiencia se interpuso recurso de casación por uno de los hermanos de don Ramón.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Para fallar el presente recurso, ha de partirse de los siguientes hechos inconcusos: A) D. Manuel F.F., casado con D.<sup>a</sup> Ramona R.A., otorgó testamento abierto en 22 de agosto de 1959 —falleciendo el 30 de septiembre del propio año— en el que se consignaba su última voluntad, en cuanto aquí interesa, conforme a las siguientes cláusulas literales: Tercera.—Lega a su esposa el tercio de libre disposición de su herencia en pleno dominio, con la condición de que no contraiga nuevo matrimonio. Cuarta.—Mejora en el tercio de su herencia destinado por la Ley a ese objeto, a su hijo Ramón, con la condición de que se case en casa del otorgante, según la costumbre de casarse en casa de esta región, con el beneplácito del testador o de su esposa si ésta le sobrevive, y viva en compañía del otorgante y su esposa hasta el fallecimiento de ambos, trabajando los bienes propiedad de los mismos. Si su expresado hijo Ramón, no cumplierse las condiciones indicadas, se entenderá mejorado en el mencionado tercio, aquél de los otros hijos del testador, varón o hembra, que en estado de casado viva en compañía del otorgante y su esposa hasta el óbito de ambos, trabajando los bienes de éstos. Sexta.—Con el propósito de no dividir en lo posible la pequeña explotación agrícola que constituyen los bienes que posee, adjudica todos los integrantes de su herencia, a aquél de sus hijos que resulte mejorado conforme a lo dispuesto en la cláusula cuarta, con la obligación de abonar en metálico su legítima a los demás herederos. Séptima.—Nombra albaceas con facultades de contadores partidores de su herencia, incluso para la entrega de legados, a don José A.L., Abogado, vecino de Avilés, y al Notario que suscribe, prorrogándonos el plazo legal para el ejercicio del cargo, hasta dos años después de su fallecimiento o de su esposa, si ésta le sobrevive. B) D.<sup>a</sup> Ramona R.A. otorgó, a su vez, testamento en 23 de febrero de 1977, con las siguientes cláusulas, que aquí importan: Tercera.—Lega y mejora en pleno dominio íntegros el tercio de libre disposición y el tercio de mejora de su herencia a su hijo don Ramón, que según afirma, de siempre convivió en la casería con la otorgante, sustituido este legatario y mejora por sus descendientes legítimos. Quinta.—Es deseo de la testadora que se le pague a su hijo don Ramón, su participación en esta herencia, en primer lugar, con el Coto de la Casería... y si este Coto excediese del importe total de la herencia dejada al citado D. Ramón, pagaría a sus otros... hermanos ese exceso de dinero. Sexta.—Nombra Albaceas contadores partidores con carácter solidario para realizar todas las operaciones de su testamentaria... hasta dejarla ultimada, a su sobrino D. Vitorio G.R. y a D. Ricardo S. de la V., Abogado, concediéndoles para cumplir su cometido el plazo y prórroga legales. C) D.<sup>a</sup> Ramona falleció el 13 de abril de 1981. D) El Juzgado prorrogó por seis meses, a partir del 13 de abril, el plazo para liquidar la sociedad conyugal y la partición de las herencias, consideraciones que se protocolizaron por D. José A. L. y D. Ricardo S. de la V. en 10

de octubre del propio año, manifestándose que «En cuanto a la herencia de D. Manuel, en cuyo testamento no se prevé la solidaridad de los albaceas, hay que entender que caducado el plazo y no prorrogado para el Notorio autorizante del testamento, corresponde dicha facultad únicamente el compareciente señor A.» y que «El heredero don Ramón F. R. no cumplió las condiciones que su padre le impuso para que tuviera efectividad la mejora que le hiciera en su testamento, pues si bien convivió con sus padres hasta el fallecimiento del último, sin embargo continuaba soltero al ocurrir la muerte de su madre», y tampoco procede sustituir en dicha mejora a ninguno de los otros herederos (sus hermanos), toda vez que si bien contrajeron matrimonio, al hacerlo formaron hogar parte, independientemente de sus padres. E) D. Ramón demandó a sus hermanos y a los albaceas solicitando, en esencia, la nulidad de la partición y la de las inscripciones que hubiera podido causar en el Registro de la Propiedad, oponiéndose los demandados quienes alegaron la incapacidad del Notario y el incumplimiento de la condición. El Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Gijón acogió íntegramente la demanda al entender que en la herencia de D. Manuel habían de intervenir los albaceas de forma mancomunada, aun dada la precariedad de la salud del Sr. Notario y que dada la atención dominante en los testamentos se había cumplido la condición, máxime cuando D. Ramón había contraído matrimonio después de fallecidos sus padres. G) La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo confirmó la sentencia del Juzgado, al estimar que era preceptiva la intervención del albacea Sr. De la T., con independencia de que sus padecimientos supusiesen la imposibilidad a que se refiere el art. 910 del Código Civil, al no haber renunciado, ni fallecido y ser los supuestos de incapacidad sobrevenida considerados como de remoción, sin que la misma se hubiera intentado, lo que hacía ocioso examinar el resto de las cuestiones debatidas. H) Don Manuel F.R. interpuso el presente recurso de casación.

Segundo. De la lectura de las cláusulas testamentarias se desprende que el albaceazgo se constituyó por D. Manuel F.F. sin aclarar de modo específico que hubiera de funcionar con carácter mancomunado, sucesivo o solidario, de tal manera que la aplicación de los arts. 895 y 897 del Código Civil parece lógica al establecer que «cuando los albaceas fueren mancomunados, sólo valdrá lo que todos hagan de consumo, o lo que haga uno de ellos legalmente autorizado por los demás, o lo que, en caso de disidencia, acuerde el mayor número»; pero en el caso que nos ocupa, nombrados dos albaceas, tal como señala la S. de 24 de mayo de 1954, «no puede equipararse el caso de disidencia que determina la cesación del albaceazgo con el de incapacidad de uno de los designados» y como tampoco aparece clara la voluntad del testador en cuanto a la prevalencia y necesidad de su concurrencia conjunta sobre la efectividad de la actuación del órgano, ha de aplicarse la jurisprudencia de esta Sala en orden a que en los supuestos de premoriencia, incapacidad, excusa, renuncia o remoción de algún albacea se producirá el

fenómeno de la concentración de las funciones en los albaceas que queden, incluso aunque quede uno solo, según doctrina asumida ya por S.S. de 14 de mayo de 1891, 27 de septiembre de 1895 y 24 de mayo de 1954, lo que originó que la de 23 de noviembre de 1974 declarase que la recta interpretación del art. 895 aconseja entender que la mayoría o unanimidad a que se refiere es la que se autoriza solamente por los supervivientes que sean capaces, no tengan incompatibilidad, hayan aceptado el cargo y quieran desempeñarlo, ya que la contraria exégesis vendría a dejar supeditada la pervivencia del órgano a las imprevisibles contingencias de que todos los designados habrían de sobrevivir al testador, habrían de conservar su capacidad para desempeñar el cargo, no habrían de incurrir en ninguna causa de incompatibilidad o remoción y habrían de querer ejercerlo; contingencias todas ellas que en muy pocos casos se podrían producir, con lo que se privaría de seguridad jurídica a una institución nacida precisamente para procurar ésta», todo lo cual coincide con los antecedentes históricos (Partidas y Proyecto de 1851), la Resolución de la Dirección General de los Registros de 12 de julio de 1917 (que contempla el acrecimiento de facultades a los que continúen, como para las retribuciones establece el párrafo segundo del art. 908) y plasma en la S. de 27 de septiembre de 1985, conforme a la cual la renuncia de uno o más albaceas mancomunados no impide que continúe el albaceazgo, aunque quede un solo albacea; y en nada empece la anterior doctrina el que, según las sentencias de esta Sala que cita la Audiencia, los supuestos de incapacidad sobrevenida se considerasen como de remoción del albacea, pues éste termina su cargo en todos los supuestos que contempla el art. 910 (que tampoco contiene un *numerus clausus*) y dentro de la «imposibilidad» han de encardinarse la enfermedad y la senectud con pérdida de las facultades intelectuales, lo que no impide necesariamente que el otro albacea pueda ejercitar su cargo, teniendo en cuenta la confianza que en él depositó el testador, y esto obliga, en cada caso, a examinar cual fuere la voluntad del mismo, pues, como señala la ya citada sentencia de 23 de noviembre de 1974, «el trasplante al derecho sucesorio de los institutos de la mancomunidad simple y la solidaria, que tan perfecto encaje encuentra en el derecho de obligaciones, tenía que producir desafortunadas consecuencias en la práctica, si la doctrina científica y la jurisprudencia no se hubieran cuidado de paliarlas, porque bien se comprende que nada tienen que ver la mancomunidad simple y la solidaria que se predicán de una obligación o de un crédito, con esas mismas calificaciones atribuidas a unos albaceas, que no pueden asimilarse a conjunto de obligaciones o créditos, sino simplemente a cargos o mandatos especiales post mortem».

Tercero. A la luz de cuanto acontece y tomando en consideración que la propia sentencia recurrida acoge el hecho de que a la finalización del plazo por el albaceazgo «el Sr. de la T. tenía más de 80 años y según dictamen pericial presentaba un cuadro de arterioesclerosis cerebral con disminución progresiva de la memoria (F. 230 del Tomo

III)», no es lógico que, prescindiendo de la doctrina jurisprudencial acotada, concluya que, «sin entrar a examinar si dicho padecimiento suponía o no la imposibilidad a que se refiere el art. 910...», su intervención era indispensable y su ausencia origina la nulidad de la partición, porque ello implica eludir un elemento esencial del problema planteado, al establecer en dicho dictamen —emitido el 28 de enero de 1985— que desde hacía tres o cuatro años había empezado la disminución progresiva de la memoria, de la atención y concentración, trastornos de la orientación alopsíquica, rigidez y torpeza de movimientos e inestabilidad en la marcha (astasia-abasia), precisando la ayuda de otras personas para trasladarse, tratándose de un proceso de involución senil de etiología vascular, crónica, irreversible y con deterioro psíquico-orgánico progresivo; es claro, que a la fecha de ejercicio del albaceazgo padecía una incapacidad sobrevenida, según se ratificaba en otro certificado médico expedido en 19 de octubre de 1984, lo que obliga al acogimiento en bloque de los motivos segundo (la intervención en las operaciones particionales no era necesaria), tercero (error al estimar la nulidad de la partición por no incurrir a ella un albacea con incapacidad sobrevenida), cuarto (error por la omisión de un dato esencial) y quinto (violación de los arts. 897 y 910, así como de la jurisprudencia que los interpreta).

Cuarto. Al acogerse los anteriores motivos (el primero fue inadmitido en momento procesal oportuno) y recuperada por este Tribunal la competencia para actuar como Sala de Instancia, ha de examinarse (como hizo el Juzgado y no la Audiencia) si D. Ramón F.R. cumplió o no la condición del casamiento en casa que se le impuso, extremo no razonado por la Audiencia pero que el Juzgado resolvió afirmativamente, lo que se combate en el resto de los motivos. D. Manuel F.F., que otorgó testamento y falleció en el año 1959, mejoró a su hijo D. Ramón, con la condición de que se cause en casa con su beneplácito o el de su esposa si ésta le sobreviviese, viviendo en su compañía hasta el fallecimiento de ambos y trabajando los bienes de los mismos, expresando en cláusula aparte su propósito de no dividir en lo posible su pequeña explotación agrícola, leit motiv de su última voluntad; y como resulta: que D.<sup>a</sup> Ramona R.A. sobrevivió a su esposo, falleciendo en 13 de abril de 1981; que el hijo D. Ramón vivió siempre en compañía de sus padres, explotando la tierra; que contrajo matrimonio una vez fallecida la madre; que ésta no modificó su testamento, otorgando en 1977, en el que le legaba y mejoraba en pleno dominio el tercio de libre disposición y el tercio de mejora, sustituyéndolo por sus herederos legítimos, siendo su deseo que se le pagase precisamente con el Coto de la Casería; como, repetimos, se dan todas esas circunstancias, ha de concluirse que D. Ramón cumplió todas las circunstancias constitutivas de la condición impuesta y la esencial de vivir en compañía de sus padres, trabajar la tierra y mantener unida la explotación agrícola, faltando sólo el beneplácito de su madre a su casamiento, cuestión meramente accesorio en el caso que nos ocupa y que ha de considerarse así a la vista

del propio testamento del padre, que traslada a su esposa el otorgamiento del dicho beneplácito, desprendiéndose del testamento de ésta (consignación de que el hijo vivió siempre en su compañía, institución en los tercios de libre y mejora, sustitución por sus descendientes, pago con el Coto de la Casería) que da por cumplida la condición y otorga al mismo ese carácter accesorio a que se ha aludido, máxime teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que vivimos, que no es costumbre en los tiempos actuales limitar la voluntad de los hijos hasta el extremo de exigir otorgamiento de beneplácito a su matrimonio, por el carácter personalísimo de este negocio jurídico, y que la condición impuesta no puede considerarse por todo ello y en este aspecto como potestativa; en consecuencia es ésta la lógica interpretación del art. 675, en relación con el 792 y con el 2.1, todos del C. Civil, pues la sustancia del testamento del padre, hay que insistir en ello, se encuentra en la convivencia del hijo, en el trabajo de los bienes, en la continuidad de la pequeña explotación y en el traspaso a su esposa de la concesión del beneplácito, extremo éste en el que es lícito acudir a elementos extrínsecos para indagar como entendió la madre esa facultad que se le había otorgado, en relación con la realidad social existente 22 años después y con el concepto difuso y cambiante de una interpretación, inegrativa y bajo el principio del favor testamenti, en unión de las libertades individuales que han de imperar la vista de nuestra Constitución.

Quinto. Consecuencia de cuanto antecede es que la confirmación de la sentencia del Juzgado es procedente, pero no por las razones que esgrimió la Audiencia, ni porque la participación se realice por quien no estaba facultado para ello, como también afirma el Juzgado, sino porque no se respetó la voluntad de los causantes y porque los albaceas no se adaptaron a lo mantenido por los testadores, cual se ha dicho, por todo lo cual y terminado el albaceazgo ha de practicarse nueva partición teniendo en cuenta cuanto se ha dicho, la valoración real de los bienes y las escrituras públicas aportadas al pleito por las partes.

Sexto. La complejidad de las cuestiones debatidas, el que no tengan validez los razonamientos de la Audiencia ni los del Juzgado en lo que coincide con aquélla y el acogimiento, por ello, de parte de los motivos del recurso, constituye la concurrencia de las circunstancias excepcionales a que se refiere el apartado primero, in fine, del art 523 de la LEC, lo que justifica que no se haga especial pronunciamiento respecto a las costas de primera y segunda instancia; en cuanto a las de casación, aunque este recurso se formule contra el fallo de la resolución recurrida y no contra lo razonado en sus fundamentos de derecho, como éstos trascienden al fallo, ya que la nulidad de la partición se produce por causas que no contempló la Audiencia, siendo inválidas las que la llevaron a aquél, procede, conforme a las reglas 3.ª y 4.ª del art. 1715 de la propia Ley, que cada parte satisfaga las suyas.

### III. COMENTARIO

La sentencia objeto de este comentario plantea como cuestiones, la de determinar lo que ocurre cuando se produce una incapacidad sobrevenida de un albacea mancomunado y la admisibilidad o no de la condición de matrimonio con el beneplácito de un tercero.

#### 1. Incapacidad sobrevenida de un albacea mancomunado

1. A) Resulta evidente que si el testador en una cláusula testamentaria nombra una pluralidad de albaceas para que actúen simultáneamente, pero no establece claramente la solidaridad, se entenderán nombrados con el carácter de mancomunados, tal y como señala el art. 897 C.c.

En la presente sentencia, el problema surge al tratar de explicar si el albaceazgo mancomunado continúa cuando se produce la falta de un albacea, quedando uno sólo.

En alguna ocasión el Tribunal Supremo, en la sentencia de 1 diciembre 1891, consideró que la renuncia de un contador partidor de los dos mancomunados designados por el testador impide que el otro solo pueda realizar el encargo. También algunos autores (1), basándose en el tenor de las palabras del art. 895 «in fine», se pronuncian a favor de que actúen la mayoría de los nombrados; si es así, continuando el razonamiento, puede afirmarse que si los que quedan no constituyen esa mayoría se llegaría a la conclusión de que se extingue el albaceazgo.

No obstante, tal criterio resulta no acertado si se tiene en cuenta que el art. 898 C.c. establece que el albaceazgo es un cargo voluntario, por ello el nombrado dispone de la posibilidad de aceptar o renunciar el cargo al que es llamado, y que conforme al art. 899 C.c., sólo el que lo acepta, expresa o tácitamente, se constituye en la obligación de desempeñarlo y, por tanto, ya no puede renunciarse arbitrariamente (2).

---

(1) Así, GÓMEZ MORÁN, «El ejecutor testamentario en el Derecho Comparado» (*tratado teórico práctico de particiones*), 1950, p. 128. OGAYAR Y AYLLÓN, «Contadores-partidores mancomunados. Caducidad de su nombramiento», *RGLJ*, t. 207, pp. 755 y ss.

(2) PUIG FERRIOL, «Comentario del Código Civil», Ministerio de Justicia, II, 1991, p. 2186, en el comentario al art. 898 C.c. indica que del nombramiento de un albacea por parte del causante de la sucesión «no se deriva que el designado se convierta ya en ejecutor testamentario, sino que de la misma manera que el testador pueda con absoluta libertad designar o no albaceas, de igual absoluta libertad goza el designado para aceptar o renunciar el cargo que se le difiere en virtud de aquel nombramiento efectuado por el «de cuius».

Otra solución, es la que realiza la sentencia comentada (3) y seguida por la opinión dominante de la doctrina (4), según la cual, de acuerdo con la tradición histórica (Las Partidas 6, 10, 6 y el art. 736 del Proyecto de 1851), el albaceazgo subsiste cuando se produzcan vacantes entre los albaceas que ejerzan, pues sus facultades incrementan las de los demás o el que quede, desempeñando el cargo por sí solo salvo que el testador dispusiera otra cosa. La postura mantenida evita los obstáculos que la imposibilidad de uno o varios albaceas opondrían, en la mayoría de los casos, al cumplimiento de la voluntad del testador.

En el presente caso, ni de las expresiones literalmente usadas por el testador don Manuel F.F. en la cláusula en que hizo el nombramiento de los albaceas, ni del sentido general del testamento puede desprenderse que fuera su voluntad dejar sin efecto el albaceazgo si uno de sus albaceas padecía una incapacidad sobrevenida. Ello significa que no fue su propósito que hubiera necesariamente de subsistir la mayoría de los nombrados, pues tal voluntad debe constar muy claramente, según el punto de vista de la jurisprudencia (5). Lo cual explica la solución a que llega la sentencia al establecer, acorde con la voluntad del testador, que el albaceazgo mancomunado debe subsistir concentrándose las facultades del que legítimamente deja de estar en posesión de su cargo en la persona nombrada por el testador que ha aceptado su cometido y que continúa en su ejercicio.

1. B) Otra cuestión es si la incapacidad sobrevenida es un supuesto de remoción o de imposibilidad.

El art. 910 C.c. presenta la laguna de no determinar en virtud de que causas procede decretar la remoción del albacea. No hay otro remedio que a tenor del art. 1 núms. 1 y 4 C.c., en defecto de ley aplicable al punto controvertido, ha de acudir en último término a los principios generales del Derecho.

La Audiencia Provincial de Oviedo, de acuerdo con la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, considera como causa de remoción la incapacidad sobrevenida para el ejercicio del cargo, que debe ser alegada por cualquier interesado, sea heredero o tercero, para que se produzca el cese de las funciones del albacea, y como el actor don Ramón F.R. no ha alegado estima que era obligatoria la intervención del mismo. Igual criterio mantiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo

---

(3) En la misma línea, las STS de 14 de mayo de 1891, 24 mayo 1954 y 27 septiembre 1985, entre otras; así como la Resolución de 12 julio 1917.

(4) Se puede citar, ALBADALEJO, «El albaceazgo en el Derecho español», 1969, pp. 69 y ss.; GÓMEZ YSABEL, «Problemas fundamentales en el ejercicio del albaceazgo», 1963, pp. 224 y ss.; Díez-PICAZO, «Sistema de Derecho civil», IV, 1989, p. 633; CLEMENTE DE DIEGO, «Instituciones de Derecho civil», III, pp. 227 y ss.

(5) STS de 14 de mayo de 1971.

en sentencias de 4 febrero 1902 y de 5 julio 1947, y un sector de la doctrina (6).

La segunda solución posible es la que mantiene en el caso presente el Tribunal Supremo, según la cual en el caso de incapacidad sobrevenida por enfermedad sería más propio hablar de una imposibilidad para ejercer el albaceazgo.

Manteniendo esta última tesis, la imposibilidad produce como resultado el cese automático del albacea en el ejercicio de su cargo, sin necesidad de que sea alegada. Es cierto que, ateniéndonos a la estricta literalidad del art. 910 C.c., al ser la imposibilidad supuesto aparte de la remoción supone que los motivos en que opera la imposibilidad son distintos de los de remoción y que no pueden ser alegadas las causas de imposibilidad como causas de remoción (7).

Solo en el supuesto de que el albacea incapaz no se aparte voluntariamente del cargo, como ha advertido Puig Ferriol (8), procederá acudir a la vía judicial para hacer cesar esta anómala situación, pero no instando la remoción del ejecutor testamentario, sino a través del ejercicio de una acción del tipo de las declarativas con el objeto de que se declare la extinción del albaceazgo por haber incurrido el albacea mancomunado en una incapacidad para seguir ejerciendo el cargo.

## **2. La inadmisibilidad de la condición de matrimonio con el beneplácito de un tercero**

Interesa ahora considerar si el llamado condicionalmente cumplió la condición del casamiento que le impuso el testador, al faltar el beneplácito de su madre, cuestión accesorio, según señala la sentencia que comentamos, y dicha calificación es posible por dos motivos:

1. Al indagar como entendió la esposa esa facultad que le había otorgado el causante, a través de elementos extrínsecos: su testamento (en donde afirma que el hijo vivió siempre en su compañía, lega y mejora en pleno dominio los tercios de libre y mejora, sustitución por sus descendientes, pago con el Coto de la casería), entiende el Tribunal Supremo que da por cumplida la condición y le otorga ese carácter accesorio.

Sin embargo, a nuestro entender, el Tribunal Supremo utiliza un argumento que no es adecuado por los propios fundamentos legales del sistema sucesorio. Una vez abierta la sucesión, el llamamiento de los herederos a la herencia puede originarse mediante una declaración de

---

(6) LACRUZ, «Derecho de sucesiones. Parte general», I, 1961, p. 407.

(7) Esta idea es mantenida por ALBADALEJO, «Comentarios al Código civil y compilaciones forales», *Revista de Derecho Privado*, 1981, pp. 68 y ss.

(8) PUIG FERRIOL, «El albaceazgo», 1967, p. 257.

voluntad del causante, que sirviéndose del testamento designe libremente sus sucesores, o puede ser la ley la que señale los destinatarios de la herencia, así lo declara el art. 658 C.c. De aquí se deriva que no puede admitirse que el ser heredero o el poder llegar a serlo dependa del arbitrio de un sujeto que no sea el testador.

Y esto es, precisamente, lo que ocurre si el Tribunal Supremo modifica la voluntad del testador con la voluntad de un tercero, su esposa, pues de la disposición testamentaria aflora que todas las condiciones sean exigibles al llamado condicionalmente, al establecer el testador previsiones sustitutivas si no se cumplen las condiciones señaladas (9).

Rechazado el argumento que aduce el Tribunal Supremo, la solución sería que el llamado testamentariamente bajo condición suspensiva de contraer matrimonio con el beneplácito del testador o de su esposa si ésta le sobrevive, no adquiere una delación eficaz (10), la delación no se produce hasta el momento incierto en que se verifique la condición, ya que hasta ese momento no tiene la certeza de su derecho (art. 991 C.c.).

Como no se cumple en el plazo señalado por el testador, antes del fallecimiento de su esposa, funcionarán las previsiones sustitutivas del testador.

No obstante, la decisión que la sentencia aplica al caso está justificada por el argumento siguiente.

2. El Tribunal Supremo entiende que limitar la voluntad de los hijos hasta el extremo de exigir el beneplácito a su matrimonio, teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que vivimos, es contrario a la costumbre por el carácter personalísimo del matrimonio y a las libertades que han de imperar de acuerdo con la Constitución.

Al examinar si una disposición por causa de muerte puede haber atentado contra las buenas costumbres, hay que prestar atención al tiempo decisivo para el juicio, que según la sentencia es el momento en que se la contemple a tenor de la conciencia social, y no cuando fue otorgada (11).

También se debe tener en cuenta la idea de libertad de testar, que permite al testador imponer a su heredero las condiciones que tenga por conveniente. Indudablemente esta autonomía de la voluntad sufre límites, ya que el causante no puede dejar al arbitrio de un tercero la aprobación al matrimonio del llamado condicionalmente, por ser deci-

---

(9) Vid. el art. 670 C.c.

(10) Como dice Díez-PICAZO y GULLÓN entender que la delación se perfecciona desde la muerte del testador significa que habría una aceptación o repudiación sometida a condición, lo cual iría contra el art. 990 C.c.; «Sistema de Derecho civil», 1989, IV, p. 391. En el mismo sentido O'CALLAGHAN, «Comentario del Código civil», 1991, Ministerio de Justicia, I, en el comentario al art. 990 C.c.

(11) En el mismo sentido la STS de 4 marzo 1968.

siva para la producción del hecho condicionante la sola voluntad de la esposa, lo que prohíbe el art. 670 C.c.

Otro límite lo fija el art. 792 C.c., pues aquella libertad no queda reconocida si el causante impone al llamado una condición contraria a las buenas costumbres. Interesa considerar que en los derechos de la personalidad se encuentran la libertad matrimonial y de testar (12), ambas chocan cuando el testador establece la condición que estudiamos.

Según el criterio de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre 1892 es admisible pretender influir en la elección del cónyuge, ya que no atenta a la libertad matrimonial del heredero, sino que no hace más que usar de la suya en la disposición de sus bienes.

No obstante, como señala Ossorio Morales (13), en esta materia es imprescindible entender que en la actualidad prevalece la plena libertad que debe presidir el consentimiento matrimonial. Queda reforzada esta idea al consagrar nuestra Constitución el libre desarrollo de los derechos de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social, el principio de igualdad entre los herederos o legatarios por razón del estado y la libertad para contraer matrimonio (arts. 10, 14 y 32.1 de la Constitución). Es decir, como dicen Díez-Picazo y Gullón, vienen a ser como principios generales del Derecho que perfilan los conceptos indeterminados de la moral y las buenas costumbres (14). Así, debe señalarse que nos encontramos ante una disposición ordenada por el testador que es contraria a las buenas costumbres, al atentar de forma grave contra la libertad de matrimonio, al pretender influir con la privación de ventajas materiales en la elección de cónyuge.

En consecuencia, verificadas las restantes condiciones y considerando como no puesta la condición de matrimonio con el beneplácito de la esposa por contraria a las buenas costumbres (art. 792 C.c.), el llamado condicionalmente adquiere la delación.

### 3. Estudio de otras condiciones de matrimonio

Hasta aquí el estudio de la sentencia. Pero merece atención algunas condiciones que pueden suscitar dudas sobre su licitud, a causa de la imprecisión del concepto de buenas costumbres. Tales son: a) la condición de contraer matrimonio, b) y de contraerlo o no con determinada persona.

---

(12) BARBERO considera que la libertad de testar y matrimonial son libertades sociales del derecho de personalidad, vid. «Derecho Privado argentino», 1967, IV, pp. 104 y ss.

(13) OSSORIO MORALES, «Manual de sucesión testada», 1957, pp. 223 y ss.

(14) Díez-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, I, 1989, pp. 351 y ss.

La postura mantenida por el Tribunal Supremo y la mayoría de la doctrina admiten la validez de dichas condiciones a través de dos argumentos distintos:

1.— Un sector entiende que para determinar si son lícitas las condiciones en materia de matrimonio se aplica el art. 793 C.c., el cual, al disponer que la condición absoluta de no contraer matrimonio se tenga por no puesta revela «a sensu contrario» que admite las condiciones de contraer matrimonio y de contraerlo o no con determinada persona (15).

2.— Otros afirman que para decidir sobre la validez de estas condiciones debe acudir al 792 C.c. Pero admiten que es admisible querer influir en la decisión de contraer matrimonio y con quién, aunque hay que examinar cada caso concreto su licitud según sus circunstancias (16).

En mi opinión, debemos entender que estas condiciones son contrarias a las buenas costumbres por los siguientes argumentos:

1.— Si la doctrina considera que el art. 793 C.c. dispone que se tenga por no puesta la condición absoluta de no contraer matrimonio porque dicha prohibición supone una limitación intolerable de la libertad de tomar estado, igualmente es tan atentatoria a esta libertad la condición de contraer matrimonio. De modo que si el testador impone a quien constituye como heredero o legatario en la alternativa de perder unas ventajas materiales si no opta por un estado civil que libremente no se siente inclinado al mismo, de acuerdo con el criterio interpretativo del art. 3.1. C.c., esta condición va contra las buenas costumbres (art. 792 C.c.) al lesionar el libre desarrollo de la personalidad y la libertad para contraer matrimonio, que declaran los arts. 10 y 32.1 de la Constitución. En efecto, toda persona, como presupuesto indeclinable, debe decidir con plena libertad si permanece soltero o no, pues contraer matrimonio es un derecho y no un deber o una obligación, así resulta de lo dispuesto en el art. 32.1 de la Constitución española.

Esta idea ha sido expuesta por Laurent y Ramponi, que han mantenido la ilicitud de la condición de casarse, por ser contrario a la moral el querer inducir al matrimonio, cuando esa decisión se debe tomar libremente (17).

2.— En cuanto a la condición de contraer matrimonio o no con determinada persona supone una enorme restricción a la libertad de elección de cónyuge, que hoy no es posible, dada la plena libertad que

---

(15) OSSORIO, *ob. cit.*, pp. 223 y ss.; PUIG BRUTAU, «Fundamento de Derecho civil», 1977, p. 781; CASTÁN, «Derecho civil español común y foral», II, 1979, p. 189.

(16) ALBALADEJO y BELTRÁN DE HEREDIA, «Discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», 2 mayo 1983, pp. 9 y ss.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, IV, p. 389. En esta dirección puede citarse las STS de 7 marzo 1899 y 7 enero 1926.

(17) Vid. LAURENT, «Principes de Droit civil», 5.<sup>a</sup> ed., 1983, XI, núm. 495, pp. 642 y ss.; RAMPONI, «L'articolo 850 del C.c. Condizione di celibato e vedonvanza», Bolonia. 1891.

debe presidir el consentimiento matrimonial por el carácter personalísimo de este negocio jurídico.

Stolfi ha estimado que el Derecho matrimonial resulta ofendido cuando se establecen límites a la elección de cónyuge al reducir la indispensable libertad (18).

3.— Cabe añadir que de ser cierto el planteamiento criticado, de que son válidas las condiciones de contraer matrimonio y de contraerlo o no con determinada persona, supondría que el llamado no adquiere la herencia si no cumple la condición suspensiva impuesta por el testador, lo que lesiona el principio de igualdad entre los herederos o legatarios por razón del estado (art. 14 de la Constitución).

De todo ello resulta evidente que el matrimonio es siempre un acto libre y voluntario, que exige la supresión de influencias extrañas, constituyendo un límite a la libertad de testar (19).

EMILIANO MUÑOZ DE DIEGO  
Universidad Autónoma  
de Madrid

---

(18) STOLFI, «Diritto civile», UETE, 1934, VI, p. 626. También THEODOR KIPP mantiene que debe reinar la plena libertad en la elección de cónyuges en «Derecho de Sucesiones», 1976, trad. H. COING, pp. 183 y ss.

(19) De acuerdo con la idea mantenida CAPOZZI, «Sucessioni e donazioni», 1982, pp. 462 y ss.

