

Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio

ANTONI VAQUER ALOY
Catedrático de Derecho civil
Universitat de Lleida

I. PRELIMINAR: LA INTEGRACIÓN DEL TESTAMENTO

La doctrina española suele referirse a la integración del testamento de una forma sucinta, sin abordar buena parte de la problemática que genera. Hay práctica unanimidad en su aceptación, pero haciendo hincapié en los peligros que puede encerrar. Dos normas de los derechos civiles autonómicos se refieren explícitamente a «interpretación e integración» del testamento: la ley 281.II Fuero Nuevo de Navarra y los artículos 133 y 145 Ley de Derecho Civil de Galicia, y en otros existen diversas normas integrativas. Por el contrario, la doctrina alemana ha prestado bastante más atención a la integración del testamento, en buena medida por la aparición de diversos supuestos con origen en alguno de los acontecimientos de su historia reciente. Me refiero, en concreto, a la reunificación alemana y al subsiguiente cambio de régimen político y económico en los territorios de la antigua República Democrática. Bajo el sistema comunista, la propiedad carecía de valor económico, y los testadores, en especial los que habían huido a la entonces República Federal, omitían toda referencia a sus abandonadas titularidades inmobiliarias por entender que no podían destinarlas eficazmente *mortis causa* o que, en el mejor de los casos, no tenían valor alguno. La restitución de la propiedad a sus antiguos dueños tras la reunificación alteró las previsiones de muchos testadores.

El caso más comentado en la doctrina ha sido el de la sentencia del Tribunal de Gießen de 14 de enero de 1992¹, con posterior revocación por el Tribunal de Apelación de Frankfurt de 19 de enero de 1993². La causante, en un testamento otorgado en 1964, instituyó heredera a su hija y le atribuyó el inmueble más valioso de la herencia; a su hijo le ordenó un legado de valor casi insignificante, pues entendía que ya había recibido en vida suficiente y su deseo era tratarlos por igual de modo que ambos acabaran percibiendo lo mismo. No hizo referencia alguna a los bienes que había dejado en el Este. Estas propiedades, ¿debían integrarse en la herencia y corresponder a la hija instituida heredera?³.

La integración del testamento deviene necesaria cuando existe una laguna en la declaración de voluntad testamentaria⁴. Una laguna en la declaración de voluntad testamentaria se produce como consecuencia de la imprevisión del cambio de circunstancias fácticas o por un desarrollo de dichas circunstancias distinto de lo previsto⁵ que provoca un resultado contrario a la planificación testamentaria, de modo que si el testador hubiera previsto tal cambio de circunstancias, el contenido de su testamento hubiera sido distinto, pues habría sido consciente que las cláusulas testamentarias no conseguirían la finalidad que con ellas se había propuesto alcanzar. Por esto es necesario que pueda conocerse el fin testamentario, ya sea porque expresamente el testador lo ha manifestado, ya sea porque puede colegirse del contenido de su declaración de última voluntad⁶. El cometido

¹ *Zeitschrift für das gesamte FamilienRecht (FamRZ)*, 1992, pp. 603-604. El tribunal optó por la anulación del testamento.

² *FamRZ*, 1993, p. 857. El tribunal revoca la sentencia y ordena que vuelva a fallarse sobre la base de la integración del testamento.

³ Hay que advertir que no toda la doctrina considera que estos supuestos puedan resolverse mediante la integración del testamento; en particular, Barbara GRUNEWALD, «Die Auswirkungen eines Irrtums über politische Entwicklungen in der DDR auf Testamente und Erbschaftsauslagungen», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1991, pp. 1208 ss.

⁴ El término *laguna* es utilizado para referirse a la integración del testamento por José PUIG BRUTAU, «La interpretación del testamento en la jurisprudencia», *AAMN*, t. XIII, p. 519; Manuel GARCÍA AMIGO, «Interpretación del testamento», *RDP*, 1969, p. 968; José Luis LACRUZ *et al.*, *Sucesiones*, nueva edición preparada por Joaquín RAMS ALBESA, Madrid, 2001, p. 217; Antonio ROMÁN GARCÍA, *Instituciones de derecho civil español VII. Derecho de sucesiones*, Madrid, 1999, p. 158; Juan B. JORDANO BAREA, *El testamento y su interpretación*, Granada, 1999, p. 113; Sergio CÁMARA LAPUENTE, «Interpretación y ejecución del testamento», en *Tratado de derecho civil de* <http://www.iustel.com>, epígrafe 1.4; Bernardo MORENO QUESADA, *Curso de derecho civil IV. Derecho de familia y sucesiones*, Valencia, 2002, p. 647.

⁵ Ambos supuestos, en la doctrina española, en GARCÍA AMIGO, «Interpretación», p. 968.

⁶ Así, en la doctrina alemana, *J. von Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*/Gerhard ORTE, Berlin, 1996¹³, vor § 2064, Rn. 87; Grunewald, «Die Auswirkungen», 1991, p. 1209; Andreas GERHARDS, *Ergänzende Testamentauslegung wegen postmortaler Ereignisse*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996, p. 7; PALANDT/Wolfgang EDENHOFER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 2001⁶⁰, § 2084, Rn. 9; Hans BROX, *Erbrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1998¹⁷, p. 143; Michael RUDOLF, *Handbuch Testamentsauslegung und -anfechtung*, Bonn, 2000, p. 41. En la portuguesa, José DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Successões*, Coimbra, 2000⁵, p. 302.

de la integración consiste en determinar qué medios hubiera escogido el testador de haber contemplado las nuevas circunstancias a las que debe acomodarse su sucesión y, por consiguiente, eliminar la discrepancia entre medios y fin⁷, para de este modo contribuir a la más completa realización de la voluntad expresada en el testamento.

II. EL ARTÍCULO 132 CS: ANTECEDENTES Y *EXCURSUS* AL DERECHO COMPARADO

De entre las normas integrativas que se hallan esparcidas en el CS, el artículo 132 contiene una que, por lo que se refiere a España, carece de parangón en el Código civil y que sólo halla equivalente en la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones. Se trata de una norma destinada a regular los efectos que la crisis matrimonial subsiguiente al otorgamiento del testamento tienen para la cláusula de éste en que se instituye heredero al cónyuge, se ordena algún legado o se incluye alguna otra disposición a su favor. El precepto establece lo siguiente:

«La institució, el llegat i les altres disposicions ordenades a favor del cónjuge del testador es presumeixen revocades en els casos de nul·litat, divorci o separació judicial posteriors a l'atorgament i en els supòsits de separació de fet amb trencament de la unitat familiar per alguna de les causes que permeten la separació judicial o el divorci, o per consentiment mutu expressat formalment.

La disposició és eficaç si del context del testament, el codicil o la memòria testamentària resulta que el testador hauria ordenat la disposició de darrera voluntat a favor del cónjuge fins i tot en els casos esmentats a l'apartat anterior.

S'aplica als supòsits previstos en aquest article el que disposa l'article 335.»⁸

El precedente de esta norma se halla en el Proyecto de Com-pilación de 1955. Su artículo 253 regulaba en el primer párrafo

⁷ *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*/Dieter LEIPOLD, München, 1997³, § 2084, Rn. 39-40; Walter ERMAN/Michael SCHMIDT, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Münster, 1993⁹, § 2084, Rn. 7; STAUDINGER/OTTE, vor § 2064, Rn. 81, 82 y 87; Heinrich LANGE y Kurt KUCHINKE, *Erbrecht*, München, 2001⁵, pp. 738-739; GERHARDS, *Ergänzende*, pp. 9, 21-22. En la doctrina catalana, sin mencionar el concepto «integración», Lluís PUIG FERRIOL y Encarna ROCA TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. III, Valencia, 1998⁵, p. 194, admiten que «l'interpret pot esbrinar quines decisions hauria pogut adoptar el testador en cas d'haver tingut presents els esdeveniments que realment es donaren i que no apareixen esmentats en el testament».

⁸ Para el *iter* parlamentario del precepto, Ramón CASAS VALLÉS, «Las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio (Sobre el artículo 132 del Código de Sucesiones de Cataluña)», *ADC*, 1993, pp. 1752 ss.

las consecuencias del error en los motivos y de la causa ilícita en la institución de heredero y, a continuación, en su siguiente párrafo, señalaba que «[l]a institución de heredero dispuesta a favor del cónyuge del testador quedará ineficaz si se declara nulo o dispensado el matrimonio a instancia del testador, a menos que resulte comprobado que era otra su voluntad». Salvando aspectos técnicos a los que me referiré después y el diferente marco jurídico de las crisis matrimoniales, el principio que se contiene en estos dos preceptos es que la situación crítica y final del matrimonio posterior al otorgamiento del matrimonio se refleja en la institución de heredero del cónyuge o en el legado ordenado a su favor.

Sin embargo, ni el artículo 132 CC ni el artículo 253 Proyecto Compilación responden a la tradición jurídica catalana del artículo 1.2 CDCC, sino a la que en alguna otra ocasión he llamado la *otra* tradición catalana⁹. En efecto, el libro dedicado al derecho de sucesiones del Proyecto de Compilación de 1955 fue obra casi personal de Roca Sastre, quien por aquellas fechas estaba anotando la traducción española del *Derecho de Sucesiones* de Theodor Kipp. Sería muy interesante una investigación sobre los efectos de la que bien podría llamarse *segunda recepción del derecho romano en Cataluña*, esto es, la influencia desplegada por los pandectistas y los romanistas alemanes del siglo XIX y principios del XX a través de Duran i Bas, Borrell i Soler y, sin duda, Roca Sastre. Obviamente, tal empresa escapa a los objetivos de este trabajo, pero por lo menos en la materia que ahora me ocupa existe poco margen para la duda sobre la influencia del derecho alemán a través de Roca Sastre en el precedente del Proyecto de Compilación y, por ende, en el derecho vigente¹⁰.

⁹ Antoni VAQUER ALOY, *La comunitat hereditària i les obligacions del causant*, Barcelona, 1994, pp. 32 ss.

¹⁰ En el mismo sentido, CASAS VALLÉS, «Las disposiciones», p. 1752. Hay que señalar que, en sus respectivas notas a Theodor KIPP, *Derecho de sucesiones*, en Ludwig ENNECERUS, Theodor KIPP y Martin WOLF, *Tratado de derecho civil. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Ramón María Roca Sastre. Segunda edición al cuidado de Luis Puig Ferriol y Fernando Badosa Coll*, Barcelona, 1976, p. 254, ROCA SASTRE negaba que pudiera aplicarse la solución del § 2077 BGB en el derecho español, «salvo empero cuando haya razón para entender que el motivo determinante de aquella disposición de última voluntad fue precisamente la consideración de que el favorecido era cónyuge o prometido del finado», propugnando por acudir a la teoría de la causa aplicada a las disposiciones testamentarias; y BADOSA COLL argumentaba con base en los entonces vigentes artículos 73.3 y 1333.3.º i.f. CC, considerando que la ineficacia de las atribuciones al ex-cónyuge de mala fe o al cónyuge declarado culpable serían efectos de las respectivas sentencias y no el resultado de la interpretación de la voluntad del testador.

1. EL § 2077 BGB¹¹

De acuerdo con el vigente § 2077 BGB, «[u]na disposición de última voluntad por la cual el causante ha designado a su cónyuge es ineficaz si el matrimonio es nulo o si ha sido disuelto antes de la muerte del causante. A la disolución del matrimonio se equipara el que al tiempo de la muerte del cónyuge se hubiese producido el supuesto de separación del matrimonio y el cónyuge la hubiese solicitado o se hubiese conformado»¹². Este párrafo del Código civil alemán ha experimentado diversas modificaciones en su redacción. La primera fue mediante la ley sobre el matrimonio de 1938, que no se vio afectada por la reforma de 1946 del matrimonio; la ley de reforma del matrimonio y del derecho de familia de 1976, que entró en vigor el 1 de julio de 1977, introdujo la actual redacción, eliminando el principio de culpa en la crisis matrimonial como determinante respecto de los efectos sucesorios que se derivaran de ella¹³. La doctrina alemana se decanta ahora por entender que se trata de una regla integradora de la voluntad del testador¹⁴.

El fundamento del precepto se halla en la que se considera voluntad normal o media del testador que realiza alguna atribución *mortis causa* a su cónyuge, que es que siga siéndolo, con plenos

¹¹ Como precedentes cabe citar el *Allgemeines Landrecht* prusiano y el Código civil sajón. En el primero, el § 489 del libro II, título 1, disponía: «[w]enn die Ehe unter dem Wechselseitig testierenden Eheleuten durch Scheidung getrennt worden; so verliert das ganze wechselseitig Testament von selbst seine Gültigkeit»; se trataba, pues, de una previsión pensada para el testamento recíproco y cuya consecuencia jurídica, como señalaba F. C. KOCH, *Lehrbuch des Preussisches gemeinen Privatrechts*, Berlin, 1858³, t. II, p. 777, era que resultaba inválido el completo testamento. Por su parte, el § 2222 del Código civil de Sajonia de 1863 rezaba así: «eine letztwillige Verfügung eines Ehegatten zu Gunsten des anderen ist als widerrufen zu betrachten, wenn die Ehe für nichtig erklärt, oder in folge Anfechtung aufgelosen oder geschieden wird, oder die Ehegatten auf Lebenszeit von Tisch und Bette getrennt werden». Para Eduard SIEBENHAAR, *Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen*, t. III, Leipzig, 1869, p. 317, la *ratio* del precepto estaba clara: «wenn ein Ehegatte seinen Ehegatten Etwas letztwillig zuwendet, dieß muthmaßlich mit Rücksicht auf das eheliche Verhältnis und namentlich mit Rücksicht auf das dem Ehegatten gesetzlich zustehende Erbrecht geschehen ist».

¹² Traducción de Emilio EIRANOVA ENCINAS, *Código civil alemán comentado BGB*, Madrid, Barcelona, 1998.

¹³ Para más detalles, KIPP, *Derecho de sucesiones*, p. 249 (nota 6); STAUDINGER/OTTE, § 2077, Rn. 1-3. Sobre la última reforma que ha dado origen a la redacción vigente, Robert BATTES, «Die Änderung erbrechtlicher Vorschriften in Zusammenhang mit der Reform des Scheidungsrecht», *FamRZ*, 1977, pp. 433 ss.

¹⁴ STAUDINGER/OTTE, § 2077, Rn. 4; *Münchener Kommentar*/LEIPOLD, § 2077, Rn. 4; BROX, *Erbrecht*, p. 149. Como norma de interpretación sin más especificaciones la califican PALANDT/EDENHOFER, § 2077, Rn. 1; Wilfried SCHLÜTER, *Erbrecht*, München, 2000⁴, p. 91. LANGE/KUCHINKE, *Erbrecht*, pp. 818-819, la tratan sin embargo dentro del capítulo dedicado a la ineficacia del testamento bajo la rúbrica «nulidad presunta según el § 2077».

efectos jurídicos, en el momento de su fallecimiento¹⁵. Por ello, la separación, el divorcio y la nulidad del matrimonio comportan que la cláusula a favor del cónyuge se convierta en ineficaz, tanto si se trata de la institución de heredero como de un legado, de forma automática¹⁶. Al cónyuge se equipara el prometido o prometida y, analógicamente, se aplica a los supuestos en que los padres instituyen herederos o ordenan legados a favor de su hijo o hija y su respectivo cónyuge¹⁷, pero no a los convivientes de hecho¹⁸. Es indiferente como haya designado el causante en su testamento a su cónyuge, si mediante esa denominación o por su nombre y apellidos¹⁹.

Sin embargo, la aplicación del § 2077 BGB no se impone a la voluntad del testador, sino que la disposición mantendrá su eficacia si se prueba que su intención hubiera sido igualmente la de favorecer a su cónyuge a pesar de la crisis matrimonial. Pero ello, en atención a las solemnidades propias del testamento, debe resultar de la propia declaración de voluntad testamentaria y, por tanto, de la intención del testador en el momento en que testó, de modo que, por ejemplo, las simples buenas relaciones entre los ex-cónyuges o los cónyuges separados no bastarían para sostener la eficacia de la cláusula²⁰; estas u otras circunstancias posteriores sólo pueden valorarse como prueba extrínseca en relación con la voluntad

¹⁵ KIPP, *Derecho de sucesiones*, p. 249; *Münchener Kommentar/LEIPOLD*, § 2077, Rn. 6; PALANDT/EDENHOFER, § 2077, Rn. 1; BROX, *Erbrecht*, p. 149.

¹⁶ STAUDINGER/OTTE, § 2077, Rn. 5; *Münchener Kommentar/LEIPOLD*, § 2077, Rn. 10. Se destaca, en este sentido, la modificación del proyecto de la Segunda Comisión redactora del BGB en relación por el primer proyecto, que se ocupaba el problema como si se tratara de un supuesto de error en los motivos (tal como hizo sesenta años más tarde el proyecto de Compilación catalana) y concedía una acción para obtener la anulación del testamento, desechando expresamente la ineficacia automática (ello «geht zu weit und ist nicht geboten, da die Anfechtbarkeit der Verfügung den beteiligten ausreichenden Schutz gewährt», e imposibilitaría dar eficacia a una hipotética voluntad del testador de beneficiar a pesar de todo a su cónyuge separado o ex-cónyuge; véanse los *Motive* de la I Comisión en B. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerliches Getezbuch für das deutsche Reich*, V Band, *Erbrecht*, Berlin, 1899, p. 29). La II Comisión, después de sopesar pros y contras, consideró que esta solución no era satisfactoria (*Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, V, Berlin, 1899, p. 51).

¹⁷ *Münchener Kommentar/LEIPOLD*, § 2077, Rn. 5; STAUDINGER/OTTE, § 2077, Rn. 29 (también lo extiende a la institución como heredero o al legado a favor de parientes del ex-cónyuge, Rn. 26); PALANDT/EDENHOFER, § 2077, Rn. 2; RUDOLF, *Handbuch*, p. 223.

¹⁸ *Münchener Kommentar/LEIPOLD*, § 2077, Rn. 11; STAUDINGER/OTTE, § 2077, Rn. 25; PALANDT/EDENHOFER, § 2077, Rn. 2; SCHLÜTER, *Erbrecht*, p. 91. Los argumentos que se barajan son que a diferencia del matrimonio faltaría el elemento del vínculo inicialmente duradero de la relación que sí existe en aquél debido al intercambio formal del consentimiento y que el precepto sólo contempla situaciones matrimoniales o cuando entre causante y persona favorecida ha mediado promesa matrimonial. OTTE y LEIPOLD creen que el recurso disponible es entonces la acción de nulidad por error en los motivos del § 2078.II BGB.

¹⁹ STAUDINGER/OTTE, § 2077, Rn. 6; SCHLÜTER, *Erbrecht*, p. 90.

²⁰ *Münchener Kommentar/LEIPOLD*, § 2077, Rn. 16-17; PALANDT/EDENHOFER, § 2077, Rn. 6; SCHLÜTER, *Erbrecht*, p. 91; RUDOLF, *Handbuch*, pp. 223 ss.

expresada en el testamento, sin que ellas mismas aisladas tengan valor en este sentido, por lo que aparece difícil poder evitar la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por el legislador²¹. La prueba de esa voluntad del testador de querer realizar igualmente la disposición aun en caso de situación crítica y final del matrimonio corresponde, obviamente, a quien esté interesado en acreditar tal hecho para asegurar la eficacia de la disposición.

2. EL EFECTO DEL DIVORCIO SOBRE EL TESTAMENTO EN EL DERECHO INGLÉS²²

Los efectos del divorcio sobre el testamento en el derecho inglés han variado en función de la fecha de la muerte del testador. Hasta el 31.12.1982, el divorcio no producía efecto alguno, pues la *Wills Act* de 1837 no contenía previsión alguna al respecto. El 22 Informe del *Law Reform Committee* consideró que debía modificarse la ley, y mediante la *Administration of Justice Act* de 1982 se incluyó en su sección 18.A la siguiente norma, que traduzco al español:

«(1) Cuando, después que el causante haya otorgado su testamento, una sentencia de un tribunal con jurisdicción en Inglaterra y Gales disuelva o anule su matrimonio (...)

(b) cualquier atribución al ex-cónyuge será ineficaz, salvo que la voluntad contraria se manifieste en el testamento.»

Ésta no era la recomendación sugerida por el *Law Reform Committee*, y las consecuencias inesperadas de la previsión legal se dejaron sentir en el caso *Re Sinclair*²³. El Sr. Sinclair había otorgado un testamento en el cual dejaba todos sus bienes a su esposa, sustituyéndola en caso de premoriencia por la *Imperial Cancer*

²¹ Para Robert BATTES, «Zur Unwirksamkeit von Testamenten und Erbverträgen nach der Ehescheidung», *JuristenZeitung*, 1978, p. 736, la disposición a favor del cónyuge separado o divorciado sólo debería seguir siendo eficaz si, situada en el marco de las relaciones patrimoniales entre los ex-cónyuges, tal disposición todavía tiene sentido tras la separación, en la medida en que las atribuciones que se realizan entre sí marido y mujer suelen responder a una función objetiva. En este sentido, considera que el nuevo matrimonio del ex-cónyuge sería un elemento decisivo para negar eficacia a la disposición, pues difícilmente el testador la hubiera ordenado en el momento de testar si hubiera sabido que por lo menos en cuanto al probable uso se beneficiaría de ella la nueva pareja de su anterior cónyuge (p. 737).

²² La exposición que sigue se basa en *Williams on wills*. 8.ª ed. a cargo de C.H. SHERRIN *et al*, London-Dublin-Edinburgh, 2002, t. 1, pp. 504-505, y t. 2, pp. 1483-1484, y en Roger KERRIDGE, *Hawkins on the construction of wills*, London, 2000, pp. 413 ss.

²³ [1985] Ch. 446. La sentencia es valorada negativamente también en J. B. CLARK y J. G. ROSS MARTIN, *Theobald on wills*, London, 1993¹⁵, pp. 151-152.

Research Fund. Los Sinclair se divorciaron con posterioridad, sin que el Sr. Sinclair ni contrajera nuevas nupcias (lo que automáticamente hubiera revocado el testamento, de acuerdo con el derecho inglés) ni otorgara nuevo testamento. Fallecido el Sr. Sinclair, el tribunal entendió que la sección 18.A significaba –literalmente– que la cláusula «decaía» («any devise or bequeath to the former spouse shall lapse»), por lo que no habiendo premuerto la Sra. Sinclair a su ex-marido, la sustitución vulgar no entraba en juego, debiéndose abrir la sucesión intestada, en virtud de la cual devino heredero el hermano del Sr. Sinclair.

El resultado de la sentencia se consideró insatisfactorio, y se elevó consulta a la *Law Commission*. Ésta, en la línea del *Law Reform Committee*, propuso considerar al cónyuge divorciado, en la mayor parte de los supuestos, como *premuerto*. La recomendación se tradujo en una nueva redacción de la sección 18.A mediante la *Law Reform (Succession) Act* de 1995 –aplicable a las sucesiones de testadores fallecidos a partir del 1.1.1996–, que establece ahora que «los bienes, o cualquier derecho sobre ellos, dejados al ex-cónyuge, se destinarán como si éste hubiera fallecido, salvo que la voluntad contraria se manifieste en el testamento»²⁴. De esta manera, se evita una decisión como en *Re Sinclair*. Los autores indican que será realmente difícil que del testamento se deduzca la voluntad de querer la atribución incluso en el supuesto de divorcio posterior, señalando como prácticamente único supuesto imaginable el del testamento otorgado durante la tramitación del divorcio.

3. LA REVOCATION BY OPERATION OF THE LAW EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

La mayoría de los estados de los USA han promulgado disposiciones en virtud de las cuales en el supuesto de nulidad o divorcio del matrimonio quedan revocadas las disposiciones testamentarias ordenadas por los cónyuges a favor del otro miembro de la pareja.

²⁴ Esta era también la propuesta legislativa que para el derecho escocés formuló la Scottish Law Commission en su *Report (124) on Succession* (1990), recogiendo la insatisfacción producida en el derecho inglés por el desenlace del caso Sinclair. El término jurídico escogido es «revocación» («The effect of a revocation by divorce or annulment should be that the former spouse is deemed (...) to have failed to survive the deceased spouse»), a menos que el texto del testamento indique el deseo de beneficiar al cónyuge en cualquier caso. Sin embargo, la propuesta legislativa no ha sido implementada (véase Michael C. MESTON, *Meston's Succession Opinions*, ed. by David O'Donnell, Edinburgh, 2000, p. 41).

Tanto es así que el *Uniform Probate Code*²⁵ dispone lo siguiente, que traduzco al castellano:

§ 2-804(b). «El divorcio o la nulidad del matrimonio (1) revoca cualquier (i) institución o disposición de bienes realizada por una persona divorciada a favor de su ex-cónyuge de carácter voluntario o legal y de carácter voluntario a un pariente del ex-cónyuge.»

(d) «Las disposiciones voluntarias producen el mismo efecto como si ex-cónyuge y sus parientes hubieran renunciado a ellas o, en el caso de designación como fiduciario o representante, hubieran muerto inmediatamente antes del divorcio o la nulidad.»

Sólo algunos pocos estados requieren que, además, medie un acuerdo de reparto de los bienes de los cónyuges²⁶. Únicamente se revoca la cláusula que favorece al ex-cónyuge, el testamento sigue siendo válido y eficaz en cuanto al resto de contenido. No se produce la revocación automática si en el testamento se dispone de otro modo, lo que se interpreta en el sentido que el testador aun previendo el divorcio desea no obstante beneficiar a su cónyuge²⁷. Tampoco si los cónyuges vuelven a casarse tras el divorcio²⁸. En cualquier caso, los estados carentes de legislación específica llegan a idéntico resultado por la vía de considerar que probablemente ningún consorte beneficiaría a su pareja si supiera que el matrimonio acabaría disuelto o anulado²⁹. En la última revisión, la *revocation by operation of law* se ha extendido a los parientes del ex-cónyuge³⁰.

²⁵ Se trata de un *restatement* que comprende el derecho sucesorio (*probate* designa el procedimiento judicial para atestiguar la validez y la autenticidad de un testamento), aprobado en 1969 y que desde entonces ha sufrido distintas modificaciones. Hasta 2001 había sido aceptado como derecho vigente por 16 estados y otros varios se habían inspirado en él para elaborar su propia legislación. Véase, al respecto, Lawrence H. AVERILL Jr., *Uniform Probate Code in a Nutshell*, St. Paul, Minn., 2001⁵, pp. 1 ss.

²⁶ Jesse DUKEMINIER y Stanley M. JOHANSON, *Wills, trusts and estates*, Boston-Toronto-London, 1990, p. 244; Eugene F. SCOLES, Edward C. HALBACH, Jr., Ronald C. LINK y Patricia GILCHRIST ROBERTS, *Problems and materials on decedents' estates and trusts*, New York, 2000⁶, p. 232.

²⁷ AVERILL Jr., *Uniform Probate Code*, p. 236. Para William M. MCGOVERN, Sheldon F. KURZ y Jan ELLEN REIN, *Wills, Trusts and Estates*, St. Paul, Minn., 1988, p. 221, al exigirse que del testamento se desprenda la voluntad del testador de mantener la eficacia de la disposición, no debe admitirse prueba extrínseca al respecto.

²⁸ La simple separación no tendría efecto revocatorio, según AVERILL Jr., *Uniform Probate Code*, p. 237.

²⁹ Así, MCGOVERN/KURZ/REIN, *Wills*, p. 221, citan la sentencia *Estate of Liles*, 435 A 2d 379 (D.C. App. 1981), de la que transcriben el siguiente fragmento: «it is so rare and so unusual for a testator to desire or intend that his divorced spouse should benefit under his will [that he must] make that extraordinary desire and intention manifest by a formal republication of his will».

³⁰ Sobre esta reforma, Lawrence W. WAGGONER, «Spousal rights in our multiple-marriage society: The revised Uniform Probate Code», *Real Property, Probate & Trust Journal*, 1992, pp. 683 ss.

4. EL DERECHO SUECO

De acuerdo con el artículo 11:6 Ärvdabalken (Código de Sucesiones), si un cónyuge ha testado a favor de su otro cónyuge, el testamento es ineficaz si el matrimonio ha sido disuelto en el momento de la muerte del testador, o si la acción de divorcio había sido interpuesta a su muerte. Lo mismo resulta de aplicación en el caso de convivientes de hecho, si la cohabitación se ha extinguido en el momento de la muerte del testador. La ineficacia afecta sólo a la cláusula que contiene la institución o el legado a favor del cónyuge, y se trata de una mera presunción que no se aplica si se demuestra que era otra la voluntad del testador, es decir, si del testamento se desprende que incluso en tal supuesto el testador habría realizado la atribución, por aplicación del artículo 11:1 que otorga primacía en la interpretación del testamento a la voluntad verdadera del causante ³¹.

5. EL DERECHO PORTUGUÉS

El artículo 2317.d del CC portugués, en su redacción otorgada por el *Decreto-Lei* núm. 496/77, contempla como causa de *caducidad*³² de las disposiciones testamentarias el siguiente supuesto: «Se o chamado à sucessão era cônjuge do testador e à data da morte deste se encontravam divorciados ou separados judicialmente de pessoas e bens ou o casamento tenha sido declarado nulo ou anulado, por sentença já transitada ou que tenha que transitar em julgado, ou se vier a ser proferida, posteriormente à quela data, sentença de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento».

II. EL ARTÍCULO 132 CS: ¿INTEGRACIÓN O REVOCACIÓN?

El artículo 132 establece, según los términos en los que está redactado, una «presunción de revocación». Se trataría, pues, de

³¹ Véase Viola BOSTRÖM, «Hereditary relations and testament law in Finland and Sweden», ponencia en el congreso *Hereditary relations in European Law*, celebrado en Atenas los días 10 y 11 de febrero de 2001, pp. 16-17 (en prensa). La profesora Boström (Universidad de Umeå) ha sido muy amable en señalarme que esta presunción de revocación no se aplica analógicamente a otras personas más que los prometidos, y en concreto me ha dado noticia de una sentencia en apelación que si bien aplicó la presunción de la cláusula a la ex esposa, no lo hizo en cambio a la cláusula del mismo testamento a favor de sus hijos (hijastros del testador).

³² Por tanto, de ineficacia, según Fernando ANDRADE PIRES DE LIMA y João DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol. VI, Coimbra, 1998, artículo 2317, p. 501.

una presunción basada en la voluntad del testador, en la medida en que el párrafo segundo recoge que si del contexto del testamento o negocio de última voluntad resulta que el testador hubiera ordenado igualmente la atribución, lo que supone que si existe intención del testador en tal sentido el precepto no es de aplicación y la disposición es eficaz. La disposición transitoria 3.^a CS, que se refiere a la aplicación de las reglas interpretativas de la legislación derogada a las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor del CS, exceptiona sin embargo al artículo 132, que deviene aplicable a cualquier sucesión con independencia de la fecha de su apertura.

Ambas calificaciones son incompatibles. La revocación por definición se refiere a un momento posterior al de la manifestación de la voluntad testamentaria, pues sólo se puede revocar aquello que ya se ha declarado³³. Por el contrario, la integración, como operación incluida dentro del concepto lato de interpretación, se refiere necesariamente al momento del otorgamiento del testamento, ya que opera sobre la voluntad declarada, sin que sea posible otorgar eficacia sucesoria a la voluntad del testador que no se ha vehiculado de acuerdo con los cauces solemnes establecidos legalmente. Si realmente estuviéramos ante una norma que establece una presunción de revocación, se estaría concediendo eficacia jurídica a una voluntad no testamentaria que tendría como consecuencia privar de efectos jurídicos a otra voluntad sí canalizada mediante las solemnidades exigidas, con lo que el resultado sería que los esfuerzos teóricos dedicados a defender la necesidad de que el resultado interpretativo alcanzado encuentre algún tipo de apoyo en el testamento³⁴ acabarían por resultar completamente baldíos, pues el propio ordenamiento reconocería eficacia a una intención no testamentaria nada menos que para revocar una cláusula del negocio *mortis causa*.

Por eso es mucho más adecuado configurar el artículo 132 CS como una norma integrativa, tal como he hecho al inicio de este capítulo y comparte parte de la doctrina que ha estudiado el artículo³⁵. Así, Casas Vallés considera que la separación, el divorcio o la nulidad posteriores al otorgamiento del testamento constituyen un problema no imaginado ni considerado, con lo que se trataría de

³³ Igualmente, Joan MARSAL GUILLAMET, *El testamento*, Barcelona, 2000, pp. 210-211, y en Ferran Badosa Coll (coord.), *Compendi de dret civil català*, Madrid-Barcelona, 1999, p. 491: «l'efecte revocatori sempre és conseqüència d'una declaració de voluntat o d'un acte posterior del testador».

³⁴ Véase, por todos, Jordano BAREA, *El testamento*, pp. 109 ss.

³⁵ Como regla interpretativa la califica MARSAL GUILLAMET, en Badosa Coll (coord.), *Compendi*, p. 476.

discernir aquello que el testador hubiera probablemente querido de haber conocido lo que luego iba a suceder, con lo que se sitúa en el terreno de la voluntad hipotética «y, por tanto, (...) de la interpretación integradora»³⁶. En su opinión, el artículo 132.1 CS considera una *voluntad hipotética típica*: el causante no habría querido que las disposiciones a favor de su cónyuge fueran eficaces en tales casos.

Por el contrario, no es posible compartir las ideas de Tarragona Coromina. Parece, por una parte, decantarse por entender que el artículo 132 CS establece realmente una presunción de revocación³⁷, pues no sólo así lo afirma expresamente, sino que necesariamente ello se deduce de la frase con que inicia su comentario al precepto: «[s]e incluye por primera vez en nuestro derecho un supuesto de ineficacia de la disposición de última voluntad por presumirse un cambio en la voluntad del disponente ante la alteración de su situación matrimonial»³⁸, idea que luego repite al decir que el legislador intuye un cambio en la voluntad del testador que procede a respetar³⁹. Por consiguiente, el autor admite una voluntad revocatoria no manifestada testamentariamente, una voluntad posterior no expresada de forma solemne idónea para impedir la eficacia de una intención sí canalizada por sus cauces solemnes, o, lo que es lo mismo, «que la interpretación del testamento no debe limitarse al momento en que éste se otorgue»⁴⁰. Tal idea, por las razones

³⁶ CASAS VALLÉS, «Las disposiciones», p. 1769. Insiste posteriormente en p. 1775 que «[l]a interpretación integradora es (...) el espacio en que se ubica el artículo 132.1 CS» (p. 1775). Luego, en las conclusiones (p. 1782), se ratifica en esta idea. Aceptan la exposición de CASAS VALLÉS PUIG FERRIOL/ROCA TRIAS, *Institucions*, p. 201: «no ens trobem aquí davant d'un problema de revocació de les disposicions testamentàries, sinó davant d'un problema d'interpretació de la voluntat del testador, com resulta de forma prou clara de l'apartat segon del precepte. En aquest sentit s'assenyala que l'article 132 CS pressuposa que el testador no es va plantejar el cas d'una crisi matrimonial posterior i davant d'aquesta llacuna que presenta la voluntat testamentària, s'ha d'acudir a una interpretació integradora».

³⁷ Miquel TARRAGONA COROMINA, comentario al artículo 132, en Lluís Jou i Mirabent (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, t. I, Barcelona, 1994, p. 505: «el precepto, que únicamente regula una presunción de revocación». Se reafirma en ello en el comentario a la disposición transitoria 3.ª, en el t. II de los mismos comentarios, p. 1343: «[e]ste precepto [refiriéndose al art. 132] contiene una presunción de revocación».

³⁸ TARRAGONA COROMINA, com. artículo 132 CS, p. 503. Es evidente que en esta opinión se apoya la SAP Lleida 19.12.2000 (*Aranzadi Civil* 2001/293), para la cual resulta «evidente que se trata de una presunción legal de revocación de la institución hereditaria derivada de la alteración de la situación matrimonial, presumiendo el legislador que en tales casos se produce un cambio en la voluntad del disponente». Lo mismo afirma TARRAGONA COROMINA en su comentario a la disposición transitoria 3.ª CS, t. II, p. 1343.

³⁹ TARRAGONA COROMINA, com. artículo 132 CS, p. 505.

⁴⁰ TARRAGONA COROMINA, com. artículo 132 CS, p. 503. Con acierto CASAS VALLÉS, «Las disposiciones», recogiendo el parecer mayoritario de la doctrina alemana, indica que el artículo 132 CS mira al pasado (p. 1777), a la «hipotética voluntad testamentaria individual, siempre pretérita» (p. 1779).

expuestas, no puede ser aceptada, y menos aún se compadece con lo que él mismo a continuación señala que la prueba extrínseca debe admitirse «limitadamente y sólo cuando la ley lo permita»⁴¹. Antes al contrario, no únicamente acepta la prueba extrínseca, sino que hasta una voluntad no testamentaria con plena eficacia *mortis causa*. Ello no es solamente incongruente, sino que contradice todas las reglas de interpretación testamentaria y los requisitos formales que el ordenamiento jurídico exige a la expresión de la voluntad testamentaria. El artículo 132 CS no puede contener una presunción de revocación, porque sería dar entrada a una voluntad testamentaria no expresada solemnemente que vulneraría los principios interpretativos asentados por el artículo 110 CS, que exige que el resultado hermenéutico sea reconducible al testamento, porque sólo la intención que tiene apoyo en el testamento puede ser ley de la sucesión y es susceptible de ser interpretada. La interpretación lo es siempre de la voluntad testamentaria, por tanto, de la voluntad expresada en el momento del otorgamiento del testamento⁴², y toda voluntad posterior es irrelevante si no se expresa dentro de los rigores formales o no se refiere a esa voluntad pretérita contenida en el testamento como medio de prueba extrínseco de esta intención testamentaria⁴³. Claramente establece el artículo 130.II CS que sólo el testamento válido tiene efectos revocatorios, entendiéndose por testamento válido el que cumple con todos los requisitos formales, pues explícitamente se remite al artículo 125 CS que sanciona de nulidad el testamento que no se corresponde con ninguno de los tipos objeto de regulación en este cuerpo legal.

Sin embargo, sí que es necesario retener el dato de que el legislador ha incorporado una norma como el artículo 132 al Código de Sucesiones y que ha elegido una determinada expresión, «presunción de revocación». Este hecho no debe pasar desapercibido, más cuando incluso cabría dudar de la necesidad de este artículo. Porque, teóricamente, podrían existir otros expedientes para lograr el

⁴¹ TARRAGONA COROMINA, com. artículo 132 CS, p. 503.

⁴² No puedo, por tanto, compartir el razonamiento de TARRAGONA COROMINA, com. DT 3.º CS, p. 1343, cuando para negar que el artículo 132, por mor de esta DT, resulte aplicable retroactivamente, escribe: «esta aplicación extensiva del supuesto que hace la disposición transitoria está justificada, sin que ello suponga en modo alguno una aplicación retroactiva de la nueva norma. En efecto, la revocación no actúa con efectos retroactivos al tiempo de la disposición, sino que supone una nueva voluntad actual que produce sus supuestos “ex nunc”. No se trata de interpretar la voluntad al tiempo de la disposición, sino de la concurrencia de un hecho que acaece o que está vigente bajo la nueva ley y de ella y en su ámbito temporal deriva la consecuencia prevista en la misma, que es esta presunción revocatoria».

⁴³ Similarmente, CASAS VALLÉS, «Las disposiciones», pp. 1766-1767. En el derecho alemán, SCHLÜTER, *Erbrecht*, p. 91.

mismo resultado. En primer lugar, el testador puede revocar su testamento, de manera expresa o por el mero hecho de otorgar un nuevo testamento válido (arts. 130.I y 2 CS, 739 CC y 117 LS). Precisamente por ello, el artículo 132 CS no autolimita su campo de aplicación a los supuestos de imposibilidad de revocar el testamento anterior; por ejemplo, no es una norma que establezca que es aplicable en los casos del causante incapacitado judicialmente que, por lo tanto, carece de capacidad natural para otorgar un nuevo testamento válido, ni se refiere a supuestos de impedimentos meramente físicos ni, tampoco, fija ningún límite temporal a su aplicación, como si previera que si pasados dos años desde la separación, el divorcio o la nulidad no existiría ya «presunción de revocación». Antes al contrario, el supuesto de la norma se expresa con la mayor generalidad.

En segundo lugar, cabría referirse a la indignidad sucesoria, y sobre la base de su admisión negar la utilidad del artículo 132 CS. Sin embargo, los presupuestos son manifiestamente distintos. La indignidad es una sanción a una determinada conducta de un sucesor⁴⁴. Se trata de causas objetivas y tasadas, que se predicen unilateralmente del sucesor, mientras que el artículo 132 se mueve en torno a la voluntad del causante en el momento de testar. El régimen jurídico de la acción de indignidad y las consecuencias jurídicas que produce su ejercicio son igualmente dispares (legitimación de los favorecidos por el testamento, caducidad de la acción en el plazo de cinco años –arts. 12-15 CS–, cuestiones completamente ajenas al supuesto del artículo 132 CS), por lo que no puede afirmarse que los artículos 11 y 132 CS cubran las mismas situaciones⁴⁵.

En tercer lugar, ya hemos visto cómo en su precedente legislativo, el artículo 132 CS aparece vinculado al error en los motivos, y que incluso Roca Sastre creyó encontrar en la regulación de este vicio testamentario una rendija por donde cobijar la solución legal del § 2077 BGB⁴⁶. El parentesco que guarden ambas soluciones no

⁴⁴ Así, PUIG FERRIOL/ROCA TRIAS, *Institucions*, III, p. 84; Josep A. LÓPEZ TENA, artículo 11, en Jou Mirabent (coord.), *Comentarios*, t. I, p. 40; Anna CASANOVAS MUSSONS, en Badosa Coll (coord.), *Compendi*, pp. 410-411. Para el CC, José PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *La indignidad sucesoria en el Código civil español*, Madrid, 1997, p. 28; LACRUZ *et al*, *Sucesiones*, p. 57; Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de derecho civil*, IV, Madrid, 2001⁸, p. 308.

⁴⁵ Más argumentos en CASAS VALLÉS, «Las disposiciones», p. 1761 ss.

⁴⁶ *Supra*, nota 10. Según MARSAL GUILLAMET, en BADOSA COLL (coord.), *Compendi*, p. 476, el artículo 132 «pressuposa que qualsevol atribució a favor del cónjuge té com a motiu causalitzat que l'afavorit conservi aquesta qualitat en el moment de l'obertura de la successió». Santiago ESPIAU ESPIAU, *El error en las disposiciones testamentarias*, Madrid, 1994, p. 108, nota 54, enumera el artículo 132 entre los que contemplan los «motivos determinantes», en relación con el análisis que hace del error en los motivos en el CS. Sin embargo, él mismo define estos «motivos» como aquellos «hechos o circunstancias ya produci-

oscurece las profundas divergencias existentes en su régimen jurídico. Si se opta por la vía del error en los motivos (artículo 126.IV CS), corresponde al heredero o herederos o al albacea ejercitar la correspondiente acción de nulidad testamentaria, para lo que deberán acreditar la existencia del motivo en la disposición y el error sufrido por el testador, prescribiendo la acción en el plazo de cuatro años desde la muerte de éste (artículo 128.II CS). Por el contrario, el artículo 132 CS no requiere el ejercicio de acción alguna por parte de los interesados en hacer valer la «presunción de revocación», pues esta ineficacia de la disposición a favor del cónyuge es un efecto automático –salvo que, como luego veremos, pueda considerarse que la voluntad del testador era, a pesar de la situación crítica y final del matrimonio, la de efectuar igualmente la atribución–, no sometida por consiguiente a plazo alguno, por lo que en todo caso corresponderá al cónyuge separado o divorciado acreditar esta voluntad obstativa a la aplicación del efecto jurídico previsto en el artículo 132⁴⁷.

Ninguno, pues, de los anteriores recursos es apropiado para ocupar el lugar del artículo 132, con lo que desde este punto de vista el precepto vendría a cubrir un déficit legal. Ahora bien, si partimos de la base de la admisión de la integración del testamento y de que ésta consiste en adecuar los medios testamentarios elegidos por el testador para alcanzar una determinada finalidad que se tornan inidóneos para ello como consecuencia de la imprevisión del testador o de un cambio en las circunstancias fácticas que tuvo en cuenta en el momento de testar, entonces sí podríamos concluir que el artículo es superfluo. El artículo 132 CS no sería más que una concreción de una de las operaciones del proceso interpretativo, por lo que no

dos o simultáneos a la redacción del testamento, susceptibles, por tanto, de ser conocidos por el testador, y sólo ellos pueden resultar afectados por el error» (pp. 109-110). Pues bien, es claro que estos «motivos» no son de aplicación al artículo 132 CS, que presupone no un error en hechos ya producidos o simultáneos, sino una deficiente previsión de cómo van a ser los hechos en el futuro (es decir, el testador casado cuando testa no prevé que la persona a quien efectúa una atribución en el futuro ya no será su cónyuge). Como mucho, pues, el error en los motivos sería imaginable en el caso de nulidad del matrimonio: el testador favorece a su cónyuge con una atribución porque quiere beneficiarle precisamente por ser su cónyuge (motivo), pero ya concurre en ese momento la causa de nulidad, que operará con efectos *ex tunc*.

⁴⁷ Véase, también, CASAS VALLÉS, «Las disposiciones», pp. 1769 ss. Con todo, su argumento en el sentido que el artículo 132 CS no puede reflejar un error en los motivos porque «la nulidad no puede ser subsanada por el testador. Si se incurrió en error al testar, la disposición es y seguirá siendo nula aunque el error se desvanezca y el testador se muestre conforme con ella» (p. 1772), es inaplicable al caso, pues o hay error en el momento de testar –lo habría si la condición de cónyuge no separado o divorciado o con matrimonio nulo fuera el motivo determinante– o no lo hay –si la condición de cónyuge no es motivo determinante–, pero no es posible que el error nazca después de otorgado el testamento en virtud de la suerte que corra el matrimonio.

aportaría ninguna novedad relevante ni solventaría laguna legal alguna. Si se comparte la fundamentación teórica realizada hasta aquí de la integración del testamento, la conclusión de la superfluidad del artículo 132 es irreprochable. Sin esta norma podrían perfectamente alcanzarse los mismos resultados en buena aplicación de los principios hermenéuticos del derecho vigente⁴⁸. No obstante, el hecho de que el legislador haya decidido incorporarla al CS no puede considerarse ni fruto de la casualidad ni de la precipitación, sino que con ella hay que suponer que el legislador ha querido aportar algo nuevo al ordenamiento jurídico. Con esta idea en la mente es preciso seguir con el análisis del precepto.

III. PRESUPUESTOS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 132 CS

La aplicación del artículo 132 CS requiere, en primer lugar, que el testador haya realizado en el testamento alguna atribución a favor de su cónyuge, ya sea instituyéndolo heredero, ya sea ordenando algún legado o cualquier otro tipo de atribución *mortis causa*. No importa, pues, el tipo de atribución ni tampoco su contenido; cualquiera que sea, deviene ineficaz si concurren el resto de presupuestos y no existe voluntad en contrario del testador. Se incluyen, pues, el nombramiento como albacea, la designación como fiduciario distributivo del artículo 148 CS, la delación voluntaria de la tutela (implícitamente previsto en el artículo 172.2 Código de Familia, cuando prevé que los llamados por la ley al cargo de tutor y el Ministerio Fiscal pueden impugnar la delación de la autotutela en los supuestos que acaezca una «modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación»), etc.

El segundo presupuesto es la situación crítica y final del matrimonio. En concreto, el artículo 132 CS contempla la producción de estos supuestos con posterioridad al otorgamiento del testamento:

- a) La nulidad del matrimonio, sin distinguir si el cónyuge es o no de buena fe;
- b) El divorcio, por cualquiera de sus causas legales;
- c) La separación judicial, lo que supone que ha concurrido alguna de las causas legales del artículo 82 CC, pero teniendo en

⁴⁸ Me remito a mi *Interpretación e integración del testamento*, Barcelona, 2003, pp. 31 ss.

cuenta que la ineficacia de la atribución al cónyuge se produce con independencia de a cuál de los miembros de la pareja sea imputable tal causa de separación, de modo que debe erradicarse toda idea de «culpabilidad» en la separación; la separación judicial es, como la nulidad o el divorcio, un presupuesto de carácter objetivo, que no atiende a la conducta de los protagonistas en su producción, por lo que no cabe identificar esta norma con una sanción al cónyuge, sino que su fundamento se halla, como ya he repetido, en la voluntad del causante en el momento de testar;

d) La separación de hecho con ruptura de la unidad familiar por cualquiera de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio, es decir, el cese efectivo de la convivencia entre los cónyuges, basado también en la existencia de una causa de separación o divorcio, con independencia nuevamente de a cuál de ellos pueda imputarse la causa⁴⁹;

e) La separación de hecho por mutuo consentimiento expresado formalmente; se exige forma, pero no escritura pública, por lo que valdrá cualquier documento escrito⁵⁰. La simple separación de hecho, sin mediar expresión formal del consentimiento, o la separación unilateral de uno de los cónyuges, sea o no consentida por el otro cónyuge, resultan, pues, expresamente excluidas de este artículo, por lo que en estos supuestos no se produce la ineficacia automática de la atribución al –todavía– cónyuge⁵¹, lo que sin embargo no es obstáculo para que los interesados en la sucesión puedan alcanzar ese resultado si mediante la integración del testamento logran convencer a la autoridad judicial en el ejercicio de la oportuna acción de que la separación de hecho supone una alteración de la

⁴⁹ Por ello, no puedo compartir el razonamiento que conduce al fallo de la SAP Barcelona de 20.10.1999 (Base de datos El Derecho, 1999/54113). El supuesto de hecho es el siguiente: mientras convivían de hecho, el testador otorgó testamento (1988) a favor de su pareja, instituyéndola heredera; tras un período de ruptura de la convivencia iniciado ese mismo año, en 1991 contrajeron matrimonio, separándose de hecho en 1994, comenzando el causante en 1995 hasta dos relaciones sentimentales antes de fallecer ese mismo año. Invocado el artículo 132 CS, la Audiencia confirma el fallo de primera instancia no dando lugar a la demanda. Los argumentos para inaplicar el artículo 132 CS son que era al propio testador a quien correspondía imputar la causa del cese de la convivencia por su infidelidad y ruptura del deber de convivencia y el hecho de no haber revocado el testamento, lo que presupone su voluntad de mantener la institución. Ambos argumentos son insuficientes, a la vista de lo dicho en el texto. Más discutible podría ser el hecho de que los cónyuges habían seguido manteniendo una buena relación, hasta el punto de que la esposa cobró una indemnización por accidente del marido y que regentaban conjuntamente un bar, pero contra ese hecho podría contraargumentarse que poco después de la separación de hecho la esposa y la madre de ésta reclamaron el cumplimiento de los pactos económicos suscritos en los acuerdos firmados tras la primera separación entre ambos en 1988, siendo la sentencia estimatoria apelada por el marido. En mi opinión, pues, procedía estimar la demanda.

⁵⁰ Así, TARRAGONA COROMINA, *com. artículo 110 CS*, p. 505.

⁵¹ De acuerdo, TARRAGONA COROMINA, *com. artículo 110 CS*, p. 505.

planificación testamentaria y que, por tanto, procede adecuar los medios establecidos por el causante a la finalidad perseguida por éste, de tal modo que se declare la ineficacia de la cláusula.

El párrafo tercero del artículo 132 se remite al artículo 335 CS, en sede de sucesión intestada del cónyuge viudo, precepto que legitima a los interesados a continuar la acción judicial planteada de nulidad, separación o divorcio, cuando muere el demandante, a los solos efectos, en el supuesto presente, de determinar o no la aplicación del efecto previsto en aquel precepto, aunque la previsión no es excesivamente relevante, pues lo normal será que concurra una situación como la prevista *sub b*).

En cambio, no es presupuesto de la aplicación del artículo 132, ni en principio es significativo en ningún sentido, que el testador designe a su cónyuge en función de tal condición, por su nombre y apellidos o combinando ambas modalidades⁵². Ni la literalidad del precepto ni su *ratio* permiten semejante conclusión, siendo únicamente necesario que la persona designada pueda resultar identificada como efectivamente su cónyuge.

IV. LA VOLUNTAD DEL TESTADOR DE MANTENER LA EFICACIA DE LA ATRIBUCIÓN

El artículo 132 CS y la ineficacia de las disposiciones ordenadas a favor del cónyuge como consecuencia de la posterior separación, divorcio o nulidad del matrimonio no son, sin embargo, un efecto que se impone al testador. Antes al contrario, el párrafo del precepto indica que

«[I]a disposició és eficaç si del context del testament, el codicil o la memòria testamentària resulta que el testador hauria ordenat la disposició de darrera voluntat a favor del cònjuge fins i tot en els casos esmentats a l'apartat anterior», esto es, la situación crítica i final del matrimonio.

Por consiguiente, se impone una operación hermenéutica compleja, pero perfectamente lógica en su secuencia: en primer lugar,

⁵² Así, también, la SAP Lleida 19.12.2000: «[en la cláusula] no se alude a la disposición a favor de una persona con independencia del vínculo que le une con el disponente sino que, por el contrario, la condición de cónyuge se menciona expresamente junto al nombre de la designada, lo cual, por otro lado, tampoco puede considerarse como un dato especialmente clarificador». La misma idea en TARRAGONA COROMINA, com. artículo 110 CS, pp. 505-506, pero formulada en negativo, pues considera que la no expresión del carácter de cónyuge en la disposición no es suficiente para presumir la voluntad de no revocación (en su inteligencia del precepto).

hay que interpretar la voluntad del testador para ver si hay una laguna, en el caso la no contemplación del cambio de circunstancias determinado por la quiebra de su matrimonio; si se comprueba que, en efecto, no había contemplado tal eventualidad, entonces procede integrar la voluntad del causante y adecuar los medios elegidos en el testamento a la nueva realidad fáctica en que deben regir. En efecto, el testador puede haber previsto la eventualidad, y condicionar expresamente la eficacia de la atribución a la no relajación ni disolución del vínculo matrimonial, pues no es menos cierto que el legislador mismo configura, por ejemplo, los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente como viudales (artículos 331.III y 334 CS)⁵³. E, igualmente, puede resultar del testamento que, a pesar de la situación crítica y final del matrimonio, la intención del causante era igualmente beneficiar a la persona con quien había estado casado o con quien seguía casado pero en situación de separación en cualquiera de las modalidades previstas en el artículo 132 CS a que antes me he referido.

La voluntad del testador de querer efectuar una atribución al cónyuge separado o ex-cónyuge puede manifestarse de forma expresa, clara, taxativa, que no deje lugar a duda al intérprete, como por ejemplo si ordena un legado «a mi esposa, de quien actualmente estoy en trámite de separación y con independencia de cómo finalice el proceso». Pero normalmente el testador no facilitará tanto la tarea de averiguar su voluntad, y esa intención deberá descubrirse mediante la aplicación de los medios interpretativos al alcance.

Aquí es de notar un significativo parecido entre el artículo 132.II y el *Uniform Probate Code* norteamericano. La disposición es eficaz *si del contexto del testamento* resulta que el testador incluso en tal caso hubiera favorecido al cónyuge. Cabría pensar que sólo es admisible la prueba testamentaria, sin poder recurrir el intérprete a los medios de prueba extratestamentarios, tal como defiende para el *restatement* estadounidense algún autor⁵⁴. Semejante conclusión se me aparece excesiva. La referencia al *contexto del testamento* debe entenderse como una manifestación de la necesidad de apoyo textual en el negocio *mortis causa* del resultado interpretativo. La voluntad de conceder eficacia a la atribución a favor del cónyuge separado o ex-cónyuge debe constar en el testamento aunque sea de modo imperfecto, y esa constancia podrá ser

⁵³ Cf. Antoni VAQUER ALOY, *L'usdefruit viudal abintestat en el dret civil de Catalunya*, Barcelona, 1990, pp. 60 ss.

⁵⁴ Véase *supra*, nota 27.

desarrollada y completada mediante el recurso a la prueba extrínseca, pero lo que no cabe es dar entrada a una voluntad posterior no expresada mediante las solemnidades exigidas por el ordenamiento jurídico. La intención de favorecer en cualquier circunstancia al cónyuge, con independencia de la suerte que corra el matrimonio, debe desprenderse del testamento, aunque pueda usarse como prueba extrínseca para acreditar que realmente esa era la voluntad del testador cualquier manifestación ulterior que éste haya realizado, pero siempre que exista un apoyo en la declaración de última voluntad. Las expresiones posteriores del testador que no puedan reconducirse al testamento carecen por sí mismas de valor alguno, por faltar el requisito de forma que se exige en el artículo 125.I CS, y no pueden servir para salvar la eficacia de la cláusula testamentaria en que se instituyó heredero o se ordenó un legado a favor de quien entonces era cónyuge.

El supuesto más habitual es el del mero silencio del testador. Tras la separación, el divorcio o la nulidad, el causante simplemente permanece inactivo y no modifica su testamento otorgando uno de nuevo. ¿Qué valor tiene ese silencio? ¿Supone tal vez la no revocación del testamento que el testador desea que mantengan efecto todas sus cláusulas, incluso aquéllas en las que beneficiaba a quien ya no es su cónyuge? ¿Tiene alguna trascendencia el mayor o menor tiempo transcurrido hasta la muerte del testador sin revocar el testamento?

En el caso antes mencionado de la SAP Lleida 19 de diciembre de 2000, el testador dispuso: «nombro e instituyo heredera a mi esposa, Dña. M.T.». El testamento notarial fue otorgado en diciembre de 1986, los cónyuges se divorciaron por sentencia firme de fecha 31 de julio de 1990 y el testador se suicidó, tras un par de intentos fallidos, el 20 de junio de 1997, casi siete años después de la sentencia de divorcio. Razona la sentencia que «sostiene la recurrente que la finalidad del artículo 132 del Codi de Successions es buscar una solución a situaciones puntuales como sería el caso de que ocurriera el fallecimiento durante la tramitación del procedimiento de separación matrimonial, no siendo aplicable cuando se trata de situaciones mantenidas durante un dilatado período de tiempo y, en el caso, transcurren siete años desde el divorcio hasta que fallece el testador. Se pretende con esta interpretación limitar el ámbito temporal de aplicación de la norma sin que de ella ni de ningún otro precepto legal pueda extraerse semejante conclusión, que únicamente conduciría a una completa inseguridad jurídica sobre cuál sería el concreto período de tiempo en que sería oponible la presunción o, a la inversa, la validez de la disposición en función del período intermedio entre la situación de crisis matrimonial y el óbito del disponente. La disposición transitoria Tercera de la Ley 40/91 establece con claridad meridiana que el artículo 132

“deberá aplicarse a todas las sucesiones abiertas tras la entrada en vigor de este Código de Sucesiones, aunque estuvieran regidas por actos otorgados con anterioridad”, por lo que no ofrece duda alguna de que se refiere a todas las sucesiones en las que concurra el supuesto previsto en la norma, con independencia del tiempo transcurrido desde que se otorgó el testamento o desde que se produjo la situación de crisis matrimonial hasta que se abre la sucesión»⁵⁵.

Este largo razonamiento apunta a dos elementos que, efectivamente, como ya he mencionado antes, merecen la oportuna consideración, aunque la sentencia no extrae de ellos todas las consecuencias que cabría. En efecto, no sólo el artículo 132 no contiene límite temporal alguno a su aplicación, en el sentido que transcurrido cierto número de años sin otorgar nuevo testamento la atribución al ex-cónyuge mantendrá su eficacia, sino que, además, la disposición transitoria 3.ª extiende el ámbito de aplicación a cualquier sucesión abierta tras la entrada en vigor del CS. Si a ello añadimos que el artículo 132 no es más que un supuesto específico de integración testamentaria, operación ésta admitida por la jurisprudencia y que se deriva de la primacía que el ordenamiento jurídico concede a la voluntad del causante en la sucesión, hay que concluir que existen indicios suficientes que la regulación legal cobija una especial valoración de los intereses en juego.

En concreto, bajo el artículo 132 CS subyace una determinada valoración del legislador de los efectos que para el causante medio comporta la separación, el divorcio o la nulidad. Pero no es una valoración arbitraria. El fundamento de la norma, como de la integración en general, es contribuir a lograr la finalidad perseguida por el testador. Cuando el causante efectúa una atribución a favor de su cónyuge, no es porque sí, el motivo no es baladí, sino que habitualmente cumple una función objetivable. El matrimonio supone una conjunción de esfuerzos, ambos miembros deben contribuir a las cargas familiares, y aunque rija en el aspecto económico la más estricta separación de bienes, de algún modo ambos cónyuges colaboran, ni que sea con distintos medios y aun indirectamente, en la formación de los respectivos patrimonios. Y lo que suele pretender el testador medio cuando realiza alguna atribución a favor de su cónyuge es reconocer estos hechos y, por ello, intentar garanti-

⁵⁵ La anterior SAP Barcelona de 4.5.1999 (*Aranzadi Civil* 985), citada por la SAP Lleida, había ya considerado que «n[o] cabe dar relevancia al propio hecho de no haberse revocado por [el testador] la disposición testamentaria a favor de la esposa tras la separación matrimonial, porque atendiendo a tal criterio de presunción legal nunca sería de aplicación». Sin embargo, recuérdese la SAP Barcelona de 20.10.1999 en sentido contrario (*supra*, nota 49).

zar el bienestar del sobreviviente. Cuando se produce la separación con ruptura de la convivencia conyugal, el divorcio o la nulidad del matrimonio, esta finalidad se desvanece, y la atribución pierde su razón de ser para el testador⁵⁶.

Por ello, en todos los ordenamientos comparados la ineficacia de la atribución al cónyuge es automática. No debe sorprender, pues, que el artículo 132 CS utilice la expresión «presunción de revocación», que es tan técnicamente desafortunada como ilustrativa de su *ratio*. El testador no necesita manifestar una voluntad de privar al cónyuge separado o ex-cónyuge de la atribución ordenada, sino que esta ineficacia es un efecto legal, con independencia del tiempo que transcurra sin testar de nuevo –si es que lo hace–, porque la finalidad que perseguía se ha desvanecido y, por consiguiente, carece de sentido la pervivencia de la cláusula⁵⁷.

Corresponde, por tanto, al ex-cónyuge acreditar esa voluntad testamentaria del causante que provoca la eficacia de la disposición, porque incluso en el caso de la separación con ruptura de la convivencia conyugal, el divorcio o la nulidad habría sido su intención beneficiarle. Como se deduce de lo dicho y remarca la SAP Lleida 19 de diciembre de 2000, «sólo mediante una cumplida prueba podría sostenerse la eficacia de esa disposición de última voluntad». Mas, ¿en qué consiste esa prueba? Porque, como se encarga de recordar el artículo 132 CS, esa voluntad de querer que la cláusula sea eficaz a pesar de la situación crítica y final del matrimonio debe contenerse –ni que sea imperfectamente, cabe añadir– en el *contexto* del testamento, lo que es tanto como decir en la propia declaración de última voluntad, sin perjuicio del apoyo que preste la prueba extrínseca. En el derecho norteamericano, el meca-

⁵⁶ BATTES, «Zur Unwirksamkeit», pp. 735-736: «[d]ie Verfügung ist aufrechtzuhalten, wenn und soweit sie auch in Rahmen der in erste Linie vermögenrechtlich zu bestimmenden Beziehungen der früheren Ehepartner nach der Scheidung noch einen Sinn hat. Diese Auffassung lebt allerdings von der Prämisse, daß auch einseitige Verfügungen von Todes wegen regelmäßig nicht nur das Produkt reiner, vor einem Außenstehenden nicht nachzuvollziehender Willkür sind, daß insbesondere Verfügungen zugunsten des Ehepartners regelmäßig eine objektivierbare “Funktion” haben». La misma idea se contiene en el artículo 10.2 de la Ley catalana 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación, cuando dispone la extinción total del usufructo constituido en consideración al matrimonio o a la unión estable de los favorecidos, salvo que se demuestre que era otra la voluntad del constituyente, si acaece la separación, divorcio o nulidad del matrimonio o se extingue la relación de pareja.

⁵⁷ Añade BATTES, «Zur Unwirksamkeit», p. 735, que «[d]er Erblasser, der seinem Ehepartner nach der Scheidung nichts mehr zukommen lassen will, braucht überhaupt nichts zu unternehmen. (...) Wenn sich das objektive Recht dergestalt für die Unwirksamkeit der Verfügung entscheidet, so folgt daran, daß diese Unwirksamkeit für den Durchschnitt fall als Vernünftig und gerecht gewertet wird. Da der Privatautonomie auch durch die Regeln über Widerruf und Anfechtung genüge getan wäre, ist die automatische Unwirksamkeit sogar allein das Ergebnis dieser gesetzgeberischen Wertentscheidung».

nismo más apropiado es la *republication* del testamento, en nuestros términos, volver a testar reafirmando la eficacia de la atribución a favor del cónyuge; de otro modo, resulta muy difícil acreditar la voluntad contraria a la ineficacia del testador, de lo que sólo se pone como ejemplo el testamento otorgado iniciados los trámites de la separación, el divorcio o la nulidad⁵⁸.

Otros supuestos son ciertamente excepcionales, aunque no imposibles. El testador de la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 6 de mayo de 1959⁵⁹ otorgó testamento tres años antes de separarse judicialmente en el que ordenó atribuciones a favor de su entonces todavía esposa, de su amante con la que posteriormente contraería nuevas nupcias y de los hijos. Cabe razonablemente deducir del contexto del testamento que el testador quedaría beneficiar a su entonces esposa con independencia de que posteriormente el matrimonio fuera disuelto.

Cabe, por último, a la vista de lo dicho hasta ahora, inquirirse sobre la eficacia, si es que tienen alguna, de la reconciliación posterior e incluso de las nuevas nupcias entre los cónyuges separados o divorciados. Casas Vallés distingue, en primer lugar, los supuestos de separación y de divorcio. Tratándose de separación, estima que la reconciliación determina la eficacia de la disposición a favor del cónyuge, excluyéndose la aplicación del artículo 132 CS, pero «no porque permita entender que eso es lo que habría querido el testador, sino porque restablece la convivencia conyugal»⁶⁰; con todo, no se refiere a si hay que comunicar o no la reconciliación al juez para que se mantenga la eficacia de la cláusula (art. 84.I CC)⁶¹. Si lo que sobreviene es el divorcio, subdistingue según la reconciliación se produzca cuando el procedimiento judicial está abierto o cuando la sentencia ha ganado firmeza. En el primer caso, considera que sigue habiendo vínculo y la reconciliación resulta eficaz. En el segundo, parte del hecho de que la reconciliación posterior a la sentencia de divorcio no tiene efectos en cuanto al vínculo, y que tratándose de una voluntad informal carece de relevancia testamentaria, por lo que no excluye la aplicación del artículo 132 CS⁶².

⁵⁸ AVERILL Jr., *Uniform Probate Code*, p. 236. Asimismo, en Alemania, STAUDINGER/OTTE, § 2077, Rn. 20.

⁵⁹ *FamRZ*, 1960, pp. 28 ss.

⁶⁰ CASAS VALLÉS, «Las disposiciones», p. 1781.

⁶¹ Cuestión no desprovista de trascendencia práctica a la vista de los no ocasionales matrimonios separados judicialmente por motivos meramente fiscales que conviven con absoluta normalidad. ¿Resulta de aplicación el artículo 132 CS en estos supuestos, cuando no se comunica al juez el restablecimiento de la convivencia?

⁶² CASAS VALLÉS, «Las disposiciones», p. 1781.

El razonamiento es escasamente convincente. En realidad, supone orillar lo que el mismo autor defiende, que es que este precepto no constituye sino una manifestación de la interpretación integradora de la voluntad testamentaria. Evidentemente, las declaraciones que no reúnen las solemnidades exigidas legalmente no tienen eficacia testamentaria. Pero ahí no radica la cuestión. El núcleo del problema está en la voluntad del testador en el momento de otorgar el testamento y su contemplación en la atribución al cónyuge de tal carácter. No creo que seriamente pueda concluirse que el testador divorciado que se reconcilia con su cónyuge no desee el mantenimiento de la eficacia de la atribución a su favor, pero no porque haya mudado su voluntad –lo que resultaría, insisto, intrascendente a efectos sucesorios–, sino porque precisamente su intención cuando testó era beneficiar al cónyuge presuponiendo que a su muerte seguiría siéndolo. Y si, a pesar del previo divorcio, luego se reconcilian y reanudan la convivencia marital, aunque no recompongan el vínculo jurídico, la finalidad perseguida por el testador hay que entender que sigue en pie y que la función de la atribución sigue teniendo sentido. Curiosamente, Casas Vallés responde «seguramente sí» a la hipótesis de si se mantendría la eficacia vía segundo párrafo del precepto en el caso de un testador bigamo cuyo segundo matrimonio es anulado a instancias del primer cónyuge pero que sigue manteniendo la convivencia marital con la persona con la que contrajo dicho segundo matrimonio⁶³. ¿Por qué motivo el trato que les otorga es distinto? Por la misma razón, y aún con mayor motivo, si los cónyuges divorciados vuelven a contraer matrimonio, la ineficacia automática del artículo 132 CS no se produce⁶⁴.

V. ¿ES APLICABLE ANALÓGICAMENTE EL ARTÍCULO 132 CS A OTROS SUPUESTOS?

Cabe preguntarse si el artículo 132 CS puede ser aplicable a otros supuestos que el expresamente contemplado del matrimonio. Si se parte de que se trata de una concreción de la integración testamentaria, la conclusión a la que hay que llegar, en principio, es que sí, siem-

⁶³ CASAS VALLÉS, *Las disposiciones*, p. 1782.

⁶⁴ Lo que sí admite Casas Vallés, *ibid.*, así como la doctrina alemana (*Münchener Kommentar/LEIPOLD*, § 2077, Rn. 18; *STAUDINGER/OTTE*, § 2077, Rn. 22; *PALANDT/EDENHOFER*, § 2077, Rn. 7) y el *Uniform Probate Code* norteamericano (§ 2-508, sobre el cual AVERILL Jr, *Uniform Probate Code*, p. 237).

pre que se cumplan sus presupuestos, esto es, una laguna en la previsión testamentaria realizada por el testador como consecuencia de que las circunstancias fácticas no se han desarrollado como él pensó. En este sentido, es poco problemática la extensión del supuesto de hecho al prometido o prometida de quien otorga el testamento que contiene alguna atribución a su favor si el noviazgo se rompe, pues además cuenta con el apoyo analógico del artículo 15.2 CF, según el cual en los capítulos matrimoniales prenupciales la celebración del matrimonio actúa como presupuesto de eficacia⁶⁵.

Los parientes del cónyuge separado con ruptura de la convivencia conyugal o del ex cónyuge parece claro que no están expresamente comprendidos por la letra del precepto, y asimismo el Preámbulo del CS se refiere exclusivamente a los cónyuges. Sin embargo, como decía, que no entre dentro de la letra del precepto no significa que no pueda alcanzarse idéntico resultado mediante la integración del testamento: si la finalidad del testador era efectuar una atribución mortis causa a favor de ese pariente en consideración a su cónyuge, y se desvanece la base que sustenta la atribución, habrá que concluir que la voluntad hipotética del testador habría sido la de no beneficiarle porque ya no se conseguiría la finalidad pretendida. Sin embargo, al carecer de apoyo inmediato en el artículo 132 CS, la ineficacia no sería automática, sino que debería solicitarse por persona interesada.

Quedaría, por último, la cuestión de las uniones estables de pareja, tanto heterosexuales como homosexuales. En contra de la aplicación analógica a las uniones extramatrimoniales, pese a que se apreciara identidad de razón, se ha pronunciado expresamente Tarragona Coromina, aunque no ofrece argumento alguno en sustento de su posición⁶⁶. Los autores alemanes que defienden la no aplicación del § 2077 BGB a las parejas de hecho argumentan, como hemos visto, sobre la base de la no necesaria perdurabilidad de la relación como consecuencia de la ausencia de vínculo⁶⁷. El argumento no me parece sólido. La existencia de vínculo matrimonial no es una garantía de perdurabilidad de la relación ni, en las circunstancias sociales actuales, puede afirmarse seriamente que otorgue una mayor seriedad a las intenciones futuras de sus miembros. Pero,

⁶⁵ Cfr. para el derecho catalán, Antoni MIRAMBELL ABANCO, en BADOSA COLL (coord.), *Compendi*, p. 265; Juan José LÓPEZ BURNIOL, artículo 15, en Joan EGEA FERNÁNDEZ y Josep FERRER RIBA (Dirs.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*, Madrid, 2000, pp. 160-161; PUIG FERRIOL/ROCA TRIAS, *Institucions*, II, p. 336.

⁶⁶ TARRAGONA COROMINA, com. artículo 110 CS, p. 506.

⁶⁷ *Supra*, nota 18 y texto correlativo.

sobre todo, la importación automática de las ideas de estos autores debe tener en cuenta la regulación de las uniones estables de pareja en el derecho civil de Cataluña, mediante la Ley 10/1998, de 15 de julio. De esta regulación interesa no tanto el hecho de que se reconozcan o no ciertos derechos sucesorios a las parejas de hecho, como que los artículos 13 y 31 (aquél para la pareja heterosexual, éste para la homosexual) reconocen a los convivientes una compensación económica en el caso de extinción de la unión y, por supuesto, siempre que se cumplan los demás requisitos que en ellos se detallan⁶⁸. Esto significa contemplar a la pareja en un marco, como indica su propia denominación legal, *estable*, no menos inicialmente estable que la convivencia de quienes han contraído matrimonio. Por consiguiente, no estimo razón alguna que impida no la aplicación del artículo 132 CS *tout court*, sino de la integración del testamento que el precepto ejemplifica: el conviviente no habría otorgado la atribución testamentaria a su pareja de haber sabido que dejaría de serlo, salvo que del contexto del testamento se demuestre que, a pesar de todo, le habría beneficiado para después de su muerte⁶⁹. Aunque, de nuevo, por no estar contemplado en el supuesto de hecho del precepto, la ineficacia sólo se producirá a instancia de parte interesada tras el declarativo correspondiente.

V. EL EFECTO JURÍDICO: LA INEFICACIA

A fuer de ser sinceros, hay que reconocer que el efecto jurídico que se asocia al supuesto de integración del artículo 132 CS se compeadece mal con los resultados a que debe tender el proceso hermenéutico de la voluntad del testador. Porque hay poco margen a la duda que el efecto jurídico es la ineficacia. Y ello no sólo porque expresamente lo diga el artículo 132, en su párrafo segundo, cuando prevé que la disposición es *eficaz* si a pesar de todo el causante la habría igualmente efectuado, e incluso porque se desprenda implícitamente de esa técnica «presunción de revocación» —pues la revocación no es más que la privación del carácter negocial al

⁶⁸ Cfr. Pascual ORTUÑO MUÑOZ, artículo 13 LUEP, y Miquel MARTÍN CASALS, artículo 31 LUEP, ambos en EGEA/FERRER (dirs.), *Comentaris*, pp. 1195-1997 y 1233-1234, respectivamente.

⁶⁹ Así, el artículo 10.2 de la Ley de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación contempla por igual al matrimonio y a la unión estable de pareja en cuanto a la eficacia de la separación, divorcio y nulidad o ruptura de la unión en relación con el usufructo constituido en consideración a dicho matrimonio o unión a favor de los cónyuges o convivientes, eficacia que como ya sabemos es la extinción total del usufructo.

testamento⁷⁰—, sino porque el resultado al que se llega al cabo del proceso es que el testador no habría realizado esa atribución de haber sabido las circunstancias fácticas en que habría de ejecutarse su testamento, en concreto, que la persona que benefició ya no sería su cónyuge o que se habría roto la convivencia entre ambos. Y, en verdad, este efecto jurídico rompe con el principio que la interpretación no debe conducir a la ineficacia de la disposición y con el criterio de la *benigna interpretatio*, según el cual, como es sabido, hay que preferir aquella interpretación que conceda eficacia a la cláusula de acuerdo con la finalidad perseguida por el testador (cfr. artículos 110.II CS y 101.2 LS Aragón)⁷¹.

Sin embargo, si ello es así, ciertamente tiene por base la voluntad del testador, que aún siendo una voluntad *hipotética*, no es una voluntad creada arbitrariamente por el intérprete, sino que se apoya en el testamento y, en particular, en la finalidad que albergaba el testador en el momento de testar. Más todavía: no sólo tiene el firme fundamento que proporciona la declaración de voluntad testamentaria, sino que a ello hay que sumar la valoración que hace el legislador de cuál es la voluntad de un testador medio ante la situación de la separación, el divorcio o la nulidad posteriores al testamento en el cual ordenó alguna atribución al cónyuge. Como he señalado, el legislador asume que las disposiciones a favor del cónyuge cumplen una función objetivable, por lo que cuando desaparece la condición de cónyuge de la persona favorecida, esa función deja de poder cumplirse, con lo que se evapora toda posibilidad de alcanzar el fin al que se preordenaba la cláusula. El testador puede condicionar la eficacia de la institución de heredero o del legado a una condición suspensiva, de modo que si acaece un determinado evento la institución o el legado no lleguen a ganar tal eficacia (artículo 155 CS). El testador, o por lo menos así lo cree el legislador, ordena atribuciones a favor de su cónyuge *porque* es cónyuge, y si deja de serlo entiende que cuando testó no habría realizado tal disposición. El efecto jurídico, por consiguiente, no puede ser sino la ineficacia de la cláusula⁷², salvo que, como ha quedado dicho, se demuestre que la intención del causante era la de querer efectuar la atribución incluso en el supuesto de la posterior crisis del matrimonio, es decir, salvo que el

⁷⁰ De modo que el testador impide que el testamento anterior al hecho revocatorio adquiera, como consecuencia de la muerte del causante, su eficacia típica, como viene a indicar el artículo 129.I CS al decir que «pierden la eficacia»; cfr. Marsal GUILLAMET, en BADOSA COLL (coord.), *Compendi*, p. 488.

⁷¹ Más detalles en mi *Interpretación e integración del testamento*, pp. 57 ss.

⁷² No, por supuesto, del entero testamento, como señala acertadamente ante tal planteamiento la SAP Barcelona de 20 de octubre de 1999.

concreto testador no actúe como el legislador valora que actuaría un testador medio.

Debe matizarse que la ineficacia de la cláusula o de la disposición se refiere exclusivamente a la ordenación a favor del cónyuge. Si, por ejemplo, en su única cláusula el testador ordenó que fuera heredero su cónyuge sustituyéndolo vulgarmente por sus hijos comunes, éstos heredarán en lugar de su progenitor separado o divorciado del padre-causante, sin que deba abrirse la sucesión intestada (argumento artículo 167.II CS). A este último no deseado resultado podría conducir entender que el artículo 132 CS contiene una verdadera presunción de revocación. Mucho más clara resulta, en este sentido, la solución de los derechos inglés y estadounidense, basada en considerar premuerto al ex cónyuge, ya que no deja duda sobre la subsistencia del resto de las disposiciones testamentarias. La ratio del artículo 132 CS debe conducir a idéntico resultado.

VII. ¿PUEDE SER INCONSTITUCIONAL EL ARTÍCULO 132?

Al parecer, podrían existir dos causas de inconstitucionalidad del artículo 132 CS, o, por lo menos, así se desprende explícitamente en un caso y entre líneas en otro. A este segundo voy a referirme en el último epígrafe (IX). Aquí procede de nuevo regresar a la SAP Lleida de 19 de diciembre de 2000. Como sabemos, en su supuesto, se discutía la aplicación o no del artículo 132 CS al caso de un testamento otorgado en 1986 en el que el testador instituía heredera a su esposa de la que se divorció en 1990, abriéndose la sucesión en 1997. El testamento y el divorcio, pues, fueron anteriores a la entrada en vigor del CS, y se aplicó por el Juez de Primera Instancia la disposición transitoria tercera de este cuerpo, en virtud de la cual el artículo 132, como ya sabemos, se aplica a todas las sucesiones abiertas tras la entrada en vigor del CS aunque se rijan por testamentos otorgados con anterioridad. Pues bien, ahí precisamente radicaría para la representación procesal de la ex esposa el motivo de inconstitucionalidad del artículo 132: la vulneración del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos, en relación con el derecho a la libertad y a la propiedad. La recurrente solicitaba a la Sala que planteara cuestión de constitucionalidad sobre el precepto, a lo que no se accedió. En estos momentos, el recurso de casación pende ante el Tribunal Supremo al haberse

declarado incompetente el TSJ de Cataluña por razón de la alegación de inconstitucionalidad de la norma (artículo 5.4 LOPJ).

La argumentación de la SAP Lleida no puede reputarse satisfactoria. Para escapar, por una parte, del reproche de la aplicación retroactiva, asume la lectura que del artículo 132 y de la disposición transitoria tercera hace Tarragona Coromina⁷³ y, transcribiéndolo, viene a argumentar que no se trata de interpretar la voluntad del causante al tiempo de testar, sino de una nueva voluntad consecuencia de un hecho que acaece vigente la nueva ley. En primer lugar, esto no es correcto porque la sentencia de divorcio devino firme antes de la entrada en vigor del CS, a no ser que la Audiencia se refiera al hecho de la muerte del testador, pero parece claro que el fallecimiento del testador no es el hecho que inmediatamente contempla el artículo 132. Tampoco es correcto porque, como ya he dicho, la inteligencia que Tarragona Coromina da al precepto no se puede compartir, pues supone otorgar relevancia sucesoria a una voluntad no expresada dentro de los cauces formales que exige el artículo 125.1 CS.

Más acertada es la siguiente argumentación que ofrece la sentencia, en la medida en que considera que, en todo caso, no hay verdadera aplicación retroactiva del artículo 132 CS, pues el cónyuge separado o ex cónyuge no ha adquirido titularidad alguna sobre los bienes del causante, ya que el heredero nada puede adquirir mientras no se abre la sucesión. El razonamiento es certero, y echa por tierra buena parte de la argumentación de la recurrente: efectivamente, tratándose del heredero quien recurre, afectado además por la ineficacia del artículo 132 CS, no cabe alegar que se atenta contra su derecho a la propiedad, pues mientras no se abre la sucesión y se concluye el proceso de adquisición de la herencia, el heredero no goza de ningún derecho sobre los bienes hereditarios.

En realidad, la alegación de inconstitucionalidad falla en su premisa: el artículo 132 CS no es una norma sancionadora ni restrictiva de derechos, sino una norma interpretativa –mejor, integradora– de la voluntad del testador, como también reconoce la SAP Lleida. En tanto que norma integrativa, ciertamente se refiere a una voluntad pretérita, a la que se manifestó al otorgar el testamento –ahí yerra la SAP Lleida, al decir que es la interpretación de la voluntad del testador al tiempo de abrirse la sucesión: esa sería una voluntad no expresada de acuerdo con las solemnidades legales y, por tanto, irrelevante para ser ley de la sucesión, con independencia del valor que le corresponda como posible medio de prueba extrínseco–, pero tampoco hay efecto retroactivo.

⁷³ *Supra*, nota 42.

No es una norma sancionadora ni restrictiva, porque no hay sanción ni restricción. No hay pérdida de derecho, porque no hay tal derecho antes de abrirse la sucesión. El artículo 132 no penaliza al cónyuge por separarse, divorciarse o haber contraído un matrimonio nulo. Lo que hace el artículo 132 es concretar la primacía que el ordenamiento jurídico (artículo 110 CS, en este caso) reconoce a la intención del testador en el fenómeno sucesorio. El testador no hubiera hecho tal atribución de conocer que su beneficiario dejaría de ostentar la condición de cónyuge o que se rompería la convivencia conyugal. ¿Cuál es la sanción? ¿Acaso el cónyuge, en el derecho civil catalán, tiene derecho concreto a alguna participación en la herencia? Por supuesto que no, ni aun en el caso que fuera legítimo, que no lo es (artículos 352 y 353 CS). ¿Es una sanción con trascendencia constitucional que un padre no quiera dejar nada a sus hijos? Ni es sanción desde el punto de vista jurídico ni tiene ninguna trascendencia constitucional. Será un problema de derecho privado que, en todo caso, originará un supuesto de preterición intencional: el padre no podrá privar de los derechos reconocidos por el ordenamiento a los hijos –y, por ello, podrán reclamar su legítima (artículo 367.II CS)–, sin que la validez del testamento resulte afectada en lo más mínimo. El testador es, si cabe y por no gozar de la condición de legítimo, todavía más libre de efectuar atribuciones a favor de su cónyuge o de abstenerse de ello, y es libre de vincular esas atribuciones a una determinada función y a una determinada finalidad, como es libre de someterlas a condición (suspensiva) lícita. No concurre, pues, el primer presupuesto de la alegación de inconstitucionalidad.

Como, en definitiva, todo se reconduce a un problema hermenéutico, la clave está en la voluntad del causante, que ciertamente es una voluntad pretérita, que hay que integrar a la vista de si los hechos posteriores que se suceden entran en la esfera de la previsión fáctica realizada por el testador. Como ya he puesto de manifiesto, el artículo 132 CS no constituye en sí mismo una novedad, ya que la integración del testamento viene siendo reconocida por la jurisprudencia desde mucho antes. Lo que aporta la disposición transitoria tercera es la expresión de una determinada valoración que efectúa el legislador, en el sentido de hacer evidente que considera que la voluntad hipotética de un testador medio es basar –y, al cabo, vincular– la eficacia de las atribuciones al cónyuge a la suerte del matrimonio. La mejor prueba de todo ello es que el cónyuge puede defender la eficacia de la atribución, para lo cual tiene que acreditar que la voluntad de su ex cónyuge testador no se corresponde con la del testador medio hipotético, sino que ese causante quería ordenar de

todos modos la atribución con independencia del futuro del matrimonio que en el momento de testar les unía. Lo máximo que podría afirmarse es que el artículo 132 CS impone la carga de la prueba al cónyuge. No hay, pues, rastro de efecto retroactivo.

VIII. EL ARTÍCULO 123 DE LA LEY DE SUCESIONES ARAGONESA

La nueva regulación del derecho de sucesiones de Aragón incorpora una norma de claro parentesco con el artículo 132 CS. Se trata del artículo 123 LS, cuyo tenor es el siguiente:

«Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspectivas entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a este fin.»

Se establece claramente la ineficacia de la disposición, con independencia de la forma testamentaria de que se trate, y no una aparente presunción de revocación, como en el caso catalán. Se objetivan todavía más los motivos de esta ineficacia, pues se prescinde de toda referencia a las causas de separación, aunque por el contrario no se contempla la simple separación de hecho⁷⁴. El artículo 125.2 LS redundante en el mismo principio, al disponer que «[s]alvo disposición del comitente, no surtirá efecto el nombramiento del cónyuge como fiduciario si al fallecimiento de aquél

⁷⁴ Al respecto, señala Jesús MARTÍNEZ CORTÉS, en Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (coord.), *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la comisión aragonesa de derecho civil*, Zaragoza, 1999, p. 108, que «la base de esta norma es la presunción de que la alteración de su situación matrimonial conlleva un cambio en la voluntad sucesoria del testador». De modo similar, José LUIS MERINO HERNÁNDEZ, com. artículo 123, en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXXIV, vol. 1.º, Madrid, 2002, p. 841, indica que la LSA «parte de la idea germánica de la “ineficacia” de la disposición sucesoria, en lugar de la “presunción de revocación” catalana. A mí, personalmente, me parece más acertada esta última: lo que hay que entender que subyace en estos supuestos es el deseo del testador de revocar el testamento otorgado “por causa de matrimonio”». Esta argumentación presenta el problema ya conocido de conceder eficacia a una voluntad del causante no vehiculada mediante las solemnidades exigidas legalmente, con lo que el testamento resultaría al cabo revocado (cambio en la voluntad) sin necesidad de expresión testamentaria de la intención de revocar. El comentarista añade que se elimina conscientemente la separación de hecho como causa productora del efecto jurídico previsto en el artículo 123, al haberse tomado la opción de atender a la situación procesal en el momento de la apertura de la sucesión.

estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin».

IX. ¿*QUID IURIS* EN EL CÓDIGO CIVIL?

El CC no contiene ninguna norma prevista para el supuesto de hecho que contempla el artículo 132 CS. No hay, pues, ineficacia automática, pero aceptada por la jurisprudencia la interpretación integradora del testamento, no se observa impedimento alguno para que los interesados aleguen y acrediten mediante los medios de prueba necesarios y admisibles en derecho que el testador no hubiera realizado atribución alguna a su cónyuge de saber que perdería esa condición o que se rompería la convivencia conyugal, demuestren la existencia de una laguna en la regulación testamentaria y soliciten de la autoridad judicial la adecuación de los medios testamentarios a la finalidad del testador. No hay más diferencia con el derecho sucesorio catalán que la carencia de esa ayuda que supone la valoración efectuada por el legislador catalán en el artículo 132 CS, que se traduce en la ineficacia automática de la institución salvo prueba de voluntad distinta del testador.

Es oportuno, sin embargo, referirse a un caso en que, efectivamente, se ha planteado el problema, y no precisamente por parte de los sucesores. Doña María del Carmen acudió al Notario de Escalona para otorgar escritura de aceptación de la herencia de su difunto esposo, de quien estaba divorciada no habiendo nacido hijos del matrimonio. En su testamento, su entonces marido la había nombrado heredera, si bien en modalidad de fideicomiso de residuo, aunque esto no viene al caso. Presentada la escritura para su inscripción en el Registro de la Propiedad, el Registrador efectuó la siguiente calificación⁷⁵: «Denegada la inscripción del precedente documento porque la cláusula de institución de heredero reza literalmente “instituye heredera universal a su citada esposa doña María del Carmen G. P.” de donde [resulta] que la institución lo es a la esposa, aunque se especifique su nombre, y siendo que la condición de esposa ha decaído al estar dicha señora divorciada de su matrimonio con el causante y casada en segundas nupcias, debe decaer también la institución». Ante el recurso gubernativo presentado por el Notario autorizante, el Registrador

⁷⁵ Los hechos se toman de la RDGRN 26.11.1998 (RAJ 8541), comentada por María Luisa MESTRE RODRÍGUEZ, *CCJC*, núm. 50, abril-agosto 1999, pp. 645 ss.

informó en defensa de su nota alegando que la institución se efectuó a la esposa, que ésta ya no lo era en el momento, que se trataba de un supuesto de expresión de causa en el testamento que deviene falsa y el artículo 132 CS. Para el Registrador, según el resumen que hace la Dirección General, el artículo 132 CS no es una especificación del derecho catalán, pues incide en materia que es competencia exclusiva del Estado como son las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, por lo que correspondiendo la regulación sobre el particular al Estado y hallándose el precepto en el derecho catalán, habrá que entender que las disposiciones de éste están implicadas en el Código civil⁷⁶. Mediante el correspondiente Auto, el Presidente del TSJ de Castilla-La Mancha confirmó la nota del Registrador por entender tácitamente revocada la institución por el posterior divorcio.

La respuesta en forma de Resolución tras el recurso del Notario a los razonamientos del Registrador de la Propiedad no es en su primer fundamento menos descabellada. Imputa al Registrador la Dirección General considerar aplicable el artículo 132 CS cuando la vecindad civil del causante al tiempo del fallecimiento era la común, lo que es tan evidente como alejado de la argumentación: el Registrador no se apoya en el artículo 132 en tanto que derecho catalán, sino en tanto que derecho civil de aplicación general por entender –si es que se alcanza a comprender lo que quiso expresar el Registrador– que el legislador catalán había suplantado a las Cortes españolas en el ejercicio de las competencias exclusivas reservadas al Estado. Sólo puede justificarse la Resolución sobre la base que, ante lo inverosímil del argumento, es mejor salirse por la tangente. A partir de aquí, la Resolución discurre por senderos muy razonables: admite la posibilidad de construir la voluntad del testador en el sentido que presupusiera para la eficacia –que no validez– de la institución la persistencia de la relación matrimonial –máxime cuando en este caso la ex esposa contrajo ulteriores nupcias tras el divorcio–, sin que pueda revocarse el testamento sin expresar la voluntad con las solemnidades exigidas para testar, todo lo cual

⁷⁶ Ahí podría radicar el segundo motivo de inconstitucionalidad del artículo 132 CS, esto es, la falta de competencia del Parlamento de Cataluña para aprobar un precepto semejante, por supuesto si se comparte el disparatado criterio del Registrador de la Propiedad. El precepto es evidente que no afecta para nada a las formas jurídico-civiles del matrimonio, pues sólo contempla la incidencia de la separación, el divorcio o la nulidad en una cláusula testamentaria, actuando sólo sobre la voluntad del causante y permitiendo la prueba de ésta en otro sentido. De seguirse el razonamiento del Registrador, no podrían regularse los derechos sucesorios del cónyuge viudo, pues presuponen la existencia de matrimonio, cuya regulación es competencia del Estado según el artículo 149.1.8.ª CE. No hacen falta, pues, más comentarios, y en cuanto a la competencia autonómica, me remito a Ferran BADOSA COLL, «La regulación del matrimonio a partir de la Constitución», en *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico*, Salamanca, 1989, pp. 333 ss.

requiere de un proceso declarativo contradictorio donde pueda practicarse incluso la prueba extrínseca oportuna, revocando el Auto recurrido en base al principio del *favor testamenti* mientras no se acredite esa voluntad del testador de no haber realizado en tal evento la institución a favor de su entonces cónyuge.

Como decía al principio, la Resolución viene a reconocer que no existe impedimento dogmático a la integración del testamento para adecuar las finalidades del testador al suceso imprevisto de la crisis matrimonial, pero la ausencia de un precepto como el artículo 132 CS obliga a demostrar que la voluntad del testador, a partir de esa finalidad, presupuso el mantenimiento del vínculo matrimonial. No hay ineficacia inmediata supeditada a la falta de acreditación de una voluntad distinta, pero tampoco obstáculo a la labor integradora del intérprete en aras de la realización de la hipotética voluntad del causante.

Así lo ha estimado la SAP Málaga de 13.12.1999⁷⁷. La Sala acude a la interpretación integradora (tomando en consideración el artículo 3 CC, «en cuanto a la realidad social»), considerando que «el común de los testadores entendería que se instituye heredera a la esposa en tanto en cuanto es su esposa y esta disposición debe entenderse motivada por la consideración a que precisamente es su esposa», de modo que «si el testador hubiera previsto que no lo sería no hubiera determinado dicha disposición. Por lo que se refiere a la fundamentación dogmática del fallo, la Sala entiende que «caben dos opciones: en primer lugar, que el testador no se plantee bajo ningún concepto el posible problema posterior; y, en segundo caso, que el testador favorezca a su cónyuge creyendo positivamente que seguirán casados y conviviendo hasta su muerte. Sólo en el primer caso podrá hablarse de error o causa falsa, aunque no obstante puedan reconducirse en ambos supuestos a la regulación del error en nuestro Código civil. En esta materia únicamente cabe, en nuestro ordenamiento, la posibilidad de acudir al artículo 767 del Código civil». Pienso que, pese al razonamiento, no es imprescindible apoyarse en el artículo 767 CC ni en la existencia de un error en los motivos (existentes en el momento de testar), sino que basta con el artículo 675 CC y la admisión de la interpretación integradora⁷⁸.

⁷⁷ *Aranzadi Civil*, 8478. La ponencia es de la Catedrática de Derecho Civil doña Ana Cañizares Laso.

⁷⁸ En fase de corrección de pruebas ha llegado a mi conocimiento el Auto del Presidente del TSJ de Cataluña 23/2002, de 3 de junio («Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña» núm. 101, julio-agosto 2002, pp. 197-201). El testador había instituido heredera a su esposa, a quien sustituía vulgarmente por su hija y en su defecto por su hermano. En la escritura de manifestación de herencia, la heredera, tras manifestar que estaba separada de hecho del testador, renunció a la herencia. El Registrador denegó la inscripción con base en el artículo 132 CS, entendiéndolo —contra lo que he dicho en la página 94— que toda la cláusula era ineficaz, incluso la sustitución vulgar. El TSJ considera que la cuestión no puede resolverse extrajudicialmente y ordena la inscripción.