

## CUESTIONES DE INVALIDEZ TESTAMENTARIA EN LA SUCESIÓN ARAGONESA

Alfredo SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA  
*Profesor Titular de Derecho civil*

### RESUMEN

Precede al estudio del régimen de la invalidez testamentaria en la Ley de sucesiones por causa de muerte una introducción sobre la invalidez testamentaria en general, indispensable para tomar distancia de la estructura y postulados de la invalidez contractual, que influye más de lo deseable en cualquier tipo de invalidez. Parte de la distinción esencial entre invalidez e ineficacia y de la relación entre estos conceptos: el objetivo de la invalidez es impedir que el acto inválido produzca efectos, pese a su apariencia de validez. Como novedad en los ordenamientos españoles, el aragonés acoge el sistema dualista nulidad-anulabilidad, que se estudia en la parte II, junto a los supuestos que, fuera del régimen general de los artículos 108 y siguientes de la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte, regulan casos concretos de invalidez e ineficacia, como sucede señaladamente en el Título dedicado a la legítima.

**Palabras clave:** Invalidez, ineficacia, nulidad, anulabilidad, legitimación, capacidad, prescripción, testamento, vicios de la voluntad, error.

### ABSTRACT

An introduction about testamentary invalidity in general precedes the study of the regime of testamentary invalidity in law of inheritance, essential to step away from the structure and principles of contractual invalidity that is more influential than is desirable in all types of invalidity. It starts with the essential dis-

inction between invalidity and inefficacy and the relation between these two concepts. The objective of invalidity is to prevent the invalid act from producing effects, in spite of its apparent validity. The Aragonese legal system, as a novelty in the Spanish legal system, allows for the nullity-voidability dual system, which is studied in part II jointly with the circumstances that, outside of the general regime of articles 108 and following of the Aragonese Law of Inheritance on Death, regulate specific cases of nullity and voidability, as occurs in the Title dedicated to the legitimate inheritance.

**Key words:** Invalidity, inefficacy, nullity, voidability, letigitimisation, capacity, prescription, will, defects of intent, error.

## SUMARIO

I. LA INVALIDEZ TESTAMENTARIA: 1. INTRODUCCIÓN; 2. INVALIDEZ E INEFICACIA; 3. LA APARIENCIA DE VALIDEZ DEL ACTO INVÁLIDO; 4. CARACTERES DE LA INVALIDEZ TESTAMENTARIA; 5. CARÁCTER UNITARIO DE LA INVALIDEZ; 6. LA INEXISTENCIA.  
II. INVALIDEZ E INEFICACIA TESTAMENTARIA EN EL ORDENAMIENTO ARAGONÉS: 1. RÉGIMEN GENERAL DE LA INVALIDEZ TESTAMENTARIA EN ARAGÓN: 1.1. *Invalidez del testamento y de las disposiciones testamentarias*; 1.2. *Legitimación*; 1.3. *Prescripción*; 1.4. *Tutela judicial de la invalidez testamentaria*. 2. INVALIDEZ DEL TESTAMENTO Y DE SUS DISPOSICIONES; 2.1. *Requisitos esenciales del testador*; 2.2. *Capacidad natural*; 2.3. *Vecindad civil*; 2.4. *Inobservancia de requisitos esenciales del contenido testamentario*; 2.5. *Infracción de requisitos formales no esenciales*; 2.6. *La nulidad de las disposiciones testamentarias*; 2.7. *Vicios de la voluntad*; 2.8. *El error*. 3. OTROS SUPUESTOS LEGALES DE INVALIDEZ Y DE INEFICACIA: 3.1. *Disposiciones corresponsivas del testamento mancomunado*; 3.2. *La ineficacia sobrevvenida*.

## I. LA INVALIDEZ TESTAMENTARIA

### 1. INTRODUCCIÓN

Concurren en la invalidez testamentaria caracteres específicos que revelan una naturaleza distinta a la invalidez contractual, cuyas categorías, estructura y postulados aparecen siempre como un efecto reflejo cuando de estudiar la invalidez se trata; influjo que es preciso tener presente en el estudio de la invalidez testamentaria para intentar tomar la necesaria distancia de una teoría que –por hegemónica– ha llegado a manejarse como si de la invalidez del negocio jurídico se tratara, y en la que se han formulado hipótesis, conclusiones y principios pretendidamente inderogables que se intentan aplicar por analogía al régimen de invalidez de otros actos y negocios; y pueden servir como ejemplo el carácter imprescriptible de la acción de nulidad, la legitimación cuasi pública para ejercitarla o la condición insanable del negocio nulo (*quod nullum est non convallescere potest*).

La invalidez contractual ha acuñado también conceptos paradigmáticos, como los de nulidad de pleno derecho, anulabilidad o inexistencia del negocio, exportados fuera de su ámbito a pesar de las reservas formuladas por muchos juristas a tal generalización porque –como dijo LACRUZ– «*las causas de invalidez de sus diferentes tipos se han desenvuelto históricamente con independencia unos de otros, lo que no permite sin más extender la normativa sobre invalidez de los contratos del Código civil a los negocios no contractuales*»<sup>1</sup> y a pesar, también, de que el régimen de invalidez de los contratos que convalida la doctrina mayoritaria y aplican nuestros Tribunales dice asentarse en los artículos 1.300 y siguientes del Código civil, iniciando el Capítulo rubricado «De la nulidad de los contratos», que a muchos lectores sin prejuicios suscitaría la duda de si la teoría dualista de la invalidez contractual se apoya realmente en tales preceptos o se trata más bien de una construcción doctrinal que fuerza su sentido como, entre otros, ha puesto de manifiesto GRIMALT SERVERA<sup>2</sup>.

## 2. INVALIDEZ E INEFICACIA

Invalidez significa cualidad de inválido, y el Diccionario de la RAE (22ª edición) en la cuarta acepción del término dice que inválido es lo «nulo y de ningún valor, por no tener las condiciones que exigen las leyes»; la ineficacia, según el mismo Diccionario, es «falta de eficacia y actividad», de modo que en castellano es inválido lo que está aquejado de algún defecto o carencia, e ineficaz lo que no produce efectos. La relación entre ambos conceptos es de causa a efecto, pero no toda falta de eficacia y actividad es producto de la invalidez, porque la ineficacia tiene en ocasiones otro origen.

En la invalidez del testamento aragonés es obligado distinguir entre estos conceptos porque la Ley de sucesiones por causa de muerte los diferencia tanto para los testamentos como para las disposiciones testamentarias. Existen supuestos en los que la ineficacia no trae causa de la invalidez (heredero único que repudia la herencia) y otros en los que de la invalidez no se sigue falta de eficacia (testamento anulable no impugnado en el plazo legal), lo que evidencia que la correlación entre invalidez e ineficacia no es total, y aunque no lo es en ningún ámbito, en la sucesión testamentaria son más frecuentes los casos de ineficacia de origen distinto a la invalidez que en ámbito contractual, donde no es imaginable un contrato ineficaz por carecer de sujetos a los que sea de aplicación (los contratantes y sus causahabientes), pero un testamento perfecto y válido resulta ineficaz si el instituido no puede suceder y nadie ocupa su lugar, y así sucede cuando el llamado repudia, o en los casos de premoriencia o indignidad.

---

<sup>1</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de derecho civil, I Parte general del Derecho civil*. Volumen tercero. El Derecho subjetivo. José María Bosch Editor, S. A. Barcelona, 1990, p. 277 y 278.

<sup>2</sup> GRIMALT SERVERA, P. *Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código civil. Revisión crítica de la categoría de la anulabilidad*. Editorial Comares, Granada, 2008.

### 3. LA APARIENCIA DE VALIDEZ DEL ACTO INVÁLIDO

Dicen ATIENZA y RUIZ MANERO que en el mundo de las creaciones jurídicas los acontecimientos no cursan de igual forma que los sucesos naturales, donde si alguno de sus elementos no concurre o es defectuoso no se alcanza el resultado previsto, al existir la posibilidad del «éxito tramposo», que explican con un sencillo ejemplo: no habrá ebullición si en condiciones normales el agua no alcanza la temperatura de 100º, pero el testamento ológrafo escrito por un falsificador en principio «*cuenta como*» auténtico, al presentarse bajo una apariencia capaz de dotarle de eficacia en la delación de la herencia de quien no es su autor<sup>3</sup>. La finalidad de las normas que regulan la invalidez es evitar que el acto inválido produzca efectos o, en otros términos, que no obstante su apariencia de validez el acto inválido sea en definitiva ineficaz, como corresponde a su condición.

Esté afectado por un defecto capital –como el falso testamento del ejemplo– o incurso en otra infracción normativa, no se puede tener por inválido un testamento sospecho de irregularidad sino tras el juicio de validez que resulte de contrastarlo con las normas que lo regulan. Si el juicio de validez es desfavorable, cualquiera que sea el tipo de invalidez de que se trate (anulabilidad o nulidad, en la teoría dual), el testamento o la disposición inválida serán ineficaces, o no producirán el efecto pretendido por su autor sino el previsto para el caso por el ordenamiento. El fin práctico de la invalidez es la ineficacia del negocio inválido, y el juicio de validez indispensable para conseguirla.

Justifica HART<sup>4</sup> la necesidad de este acto de autoridad porque los particulares no pueden desconocer el resultado del ejercicio de los poderes jurídicos, ya que el interés público demanda que una creación jurídica subsista mientras no sea anulada, de igual forma que mantener la sentencia dictada con notorio exceso de poder hasta que el Tribunal superior la revoque<sup>5</sup>; y a juicio de KELSEN, argumentado en relación a las leyes, cuando aparece un acto con la pretensión objetiva de ser una ley aunque ni el procedimiento observado ni su contenido se ajusten a las normas constitucionales promulgadas para elaborarla, hay que determinar a quien debe facultar la constitución para decidir si sus normas fueron respetadas y tal acto puede valer como una ley en sentido objetivo, porque si autoriza a cualquiera para resolver este interrogante apenas podrá contarse con leyes obligatorias. La atribución de competencia para conocer del juicio de validez y la necesidad de observar un procedimiento implica que mientras no se cumplan estos requisitos la norma supuestamente irregular es tenida por válida.

---

<sup>3</sup> ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. «*Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica.*» Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante 2005. Edición digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26 (2003), pp. 724-725.

<sup>4</sup> HART H. L. A., «*Le concept de droit*», traducción francesa de *The Concept of Law*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis. Bruxelles. 1976 p. 48.

<sup>5</sup> Principio que inspira el artículo 18.1. LOPJ, a cuyo tenor «Las resoluciones judiciales solo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las Leyes».

Aplicando el argumento a nuestro caso, nadie puede tener por inválido un testamento por su propia autoridad, debiendo impugnarlo ante los Tribunales con sujeción a las normas establecidas<sup>6</sup>; si prospera la acción, el resultado práctico será el mismo no importa cual fuera el tipo de invalidez del testamento o de la disposición inválida: su ineficacia. La diferencia entre nulidad y anulabilidad estriba solo en el régimen de impugnación que arbitra para cada una de ellas el ordenamiento aplicable, del modo que cada legislador juzga oportuno, sin ajustarse necesariamente a un patrón predeterminado, y así, regulan únicamente la nulidad el Fuero Nuevo de Navarra (Ley 206) y el Libro Cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (artículos 422-1 y 422-2); acoge el sistema dual que distingue entre nulidad y anulabilidad la Ley aragonesa, y algunos ordenamientos carecen de una regulación general de la invalidez de los testamentos, como el Código civil<sup>7</sup> y las legislaciones forales de Baleares y Galicia.

Dicen DELGADO y PARRA en relación con los contratos que nulidad y anulabilidad no son sino distintos procedimientos para hacer valer la invalidez<sup>8</sup>, lo que también sucede en los regímenes de invalidez testamentaria, y ello tanto para los supuestos generales como para la regulación específica de otros, ubicados en sede distinta de la invalidez, como la preterición no intencional, supuesto de palmario error del disponente según la definición del artículo 191 Lsuc., dado que el testador «desconocía la existencia del legitimario o su condición de tal» en el momento en que otorgó su testamento.

#### 4. CARACTERES DE LA INVALIDEZ TESTAMENTARIA

El testamento despliega su eficacia tras la muerte del testador, al que no es posible atribuir acción alguna que entonces pueda ejercitar, de igual modo que tampoco puede actuar en ese momento con finalidad sanatoria de los posibles defectos del testamento, como pueden hacer los intervinientes en los negocios *inter vivos* y, en particular, no puede confirmar el testamento. Su carácter unilateral supone, por definición, que no hay dos partes en el negocio, y falta el presupuesto característico de la legitimación en la acción de anulabilidad, que se atribuye en la invalidez contractual al perjudicado o víctima del vicio que la origina, sujeto que era aquí el fallecido testador.

---

<sup>6</sup> En la sentencia que motiva mi artículo *La voluntad del causante en la exclusión sucesoria. (A propósito de una sentencia sobre desheredación no justificada)*, Revista de Derecho Civil Aragonés. Zaragoza. 2006. pp. 209-215, se advierte que el único descendiente, desheredado por los causantes que carecen de otro pariente conocido, se ve obligado a impugnar judicialmente la desheredación, sin bastarle con negar la certeza de su causa para que no surta efectos.

<sup>7</sup> Pese a ello, la mayor parte de los trabajos sobre invalidez testamentaria están referidos al Código civil, como los de CAPILLA RONCERO, F. *Nulidad e impugnabilidad del testamento*. Anuario de Derecho civil, Enero-marzo de 1987, pp. 3-88; SEOANE SPIELBERG, J. L. *La nulidad del testamento*. Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 2005; y los diversos comentarios a los artículos 673 y 767 del Código civil.

<sup>8</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCAN, M. A. *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*. Dykinson, Madrid, 2005, p. 29.

Dice JORDANO BAREA que todas las teorías sobre la naturaleza del testamento distinguen dos momentos: otorgamiento y apertura de la sucesión, cuando el testamento despliega su eficacia<sup>9</sup>. El testamento es un negocio perfecto desde que se otorga, pero no es eficaz hasta que fallece el testador, por lo que los problemas sobre su validez o la de sus disposiciones se suscitan abierta la sucesión y en ellos nunca es parte el autor el testador que carece ya de personalidad. El testador puede revocar el testamento mientras vive, facultad que excluye la de impugnarlo, aunque según LACRUZ el representante legal del testador incapacitado puede impugnar en vida de este el testamento afectado por vicios de la voluntad<sup>10</sup>; lo que para JORDANO infringe el artículo 670 del Código civil y fue rechazado por la antigua STS de 7 de abril de 1903, según la cual *«las disposiciones testamentarias, por ser esencialmente revocables y estar ordenadas para después de la muerte del testador, no pueden producir efecto alguno hasta que el mismo testador fallezca, es obvio que durante la vida del que ordenó el testamento no puede persona alguna impugnar la eficacia de éste, mediante acción de carácter civil, ya que ningún perjuicio irroga ni puede irrogar al testador, mientras vive, la existencia de la disposición testamentaria»*, situación que no cambia si el testador ha sido declarado incapaz y no es posible *«conceder al representante o tutor del incapacitado y con referencia a todos los actos ejecutados anteriormente por éste, acciones que el mismo por sí no hubiera podido ejecutar, pues ni la ley consiente esa especial modificación, ni existe fundamento legal alguno para atribuir al tutor mayores facultades que las que tendría el propio interesado»*. Más de un siglo después, la STS de 23 de marzo de 2010 ha tenido ocasión de volver sobre este asunto y reiterar aquella doctrina, añadiendo a sus argumentos que el tutor debe actuar en beneficio del pupilo y la acción de nulidad del testamento no beneficia los intereses del incapaz sino los de sus sucesores.

La unidad de acto que se exige en el otorgamiento no permite al testador confirmar un testamento inválido de forma distinta a realizar nuevo otorgamiento con todas las formalidades exigibles, como entiende la STS de 4 de noviembre de 2009, que ratifica la nulidad decretada en la instancia del testamento otorgado en peligro de muerte en el que el testador hizo constar ante cinco testigos su voluntad de que valiera como su testamento lo que días antes había manifestado a la oficial de la notaría para que redactase el testamento que no llegó a otorgar al agravarse su enfermedad: aunque las notas recogidas por la oficial de la notaría responden a la voluntad del testador no valen como testamento por falta de los requisitos formales que exige la Ley, defecto que no se purga cuando la forma –aquí la especial de testamento en peligro inminente de muerte– se añade después, sin hacer saber el contenido de la última voluntad a los testigos; de haberse hecho así, el único testamento válido sería el otorgado ante los testigos.

Mientras los contratos regulan relaciones entre los propios contratantes y –en su caso– sus causahabientes, decir que el testamento es «ley de la sucesión»<sup>11</sup> no

<sup>9</sup> JORDANO BAREA, J. B. *El testamento y su interpretación*. Ed. Comares, Granada, 1999. pp. 18-36.

<sup>10</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. *Anotaciones a Binder. Derecho de sucesiones*. Barcelona, 1953, pp. 86, 87 y 90.

<sup>11</sup> Proclaman este carácter, entre otras muchas sentencias más antiguas, las de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2002 (*«el testamento es la ley de la sucesión y el testador el soberano de la misma»*) y 7 de noviembre de 2008.

supone solo reconocerle su carácter normativo («la sucesión testamentaria se rige por la voluntad del disponente o disponentes... artículo 90.1 Lsuc., hoy 405.1 CDFA), sino también que, como la ley en sentido propio, regula relaciones entre sujetos distintos a su autor, mientras el contrato, *lex privata* según el artículo 1.091 CC., nace de la voluntad de los contratantes y está destinado a regular las relaciones entre ellos; diferencia que advierte DE CASTRO entre «el poder de la persona para dictar reglas (testamento) y para dárselas a sí mismo (contrato)» que da lugar a los «negocios de intercambio, cuyo alcance se limita inmediatamente a las partes», y los «negocios en los que preponderantemente se atiende al poder dispositivo del declarante»<sup>12</sup>, entre los que se cuenta el testamento.

Cualquier contrato podría no haberse celebrado, sin resultar de ello un problema que trascienda de lo que pueda afectar a la economía o a las expectativas de los fallidos contratantes; pero, fallecida una persona, –dicen LACRUZ y SANCHO– en cualquier sistema económico que admita alguna forma de propiedad privada es indispensable que se produzca su sucesión *mortis causa*<sup>13</sup>; carácter necesario que se refleja en la dinámica de la invalidez sucesoria. Tras la declaración de invalidez del contrato se aplica como regla general el artículo 1.303 CC, que impone la recíproca restitución de prestaciones, frutos e intereses; o, para su caso, la del artículo 1.295 del propio Código (*La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses*), siendo evidente que –según dice la jurisprudencia– se trata de volver a «la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador» (STS de 15 de abril de 2009, que invoca entre otras las de 11 de febrero de 2003 y 6 de julio de 2005); pero cuando se invalida el testamento no es posible la restitución en sentido estricto porque ni puede devolverse el caudal al causante de la sucesión ni reconstruir un nuevo patrimonio sin titular actual como la herencia yacente, debiendo entregarlo aquel cuyo título decae al legítimo sucesor llamado en testamento anterior o a quien designen las normas de la sucesión legal, a quienes legítima este interés para instar la ineficacia del testamento inválido, ejercitando las pertinentes acciones, legitimación que se atribuye en todos los supuestos según este criterio, sin aplicar uno distinto para las de nulidad y las de anulabilidad, como sucede en la invalidez contractual.

##### 5. CARÁCTER UNITARIO DE LA INVALIDEZ

Cada ordenamiento dispone el elenco de causas de invalidez testamentaria y las acciones para hacerlas valer que el legislador estima oportunas, sin necesidad de atender otros criterios que los de política legislativa imperantes al promulgarse sus normas.

---

<sup>12</sup> DE CASTRO Y BRAVO F. *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985 –reimpresión de 1991–, p. 31 y 51.

<sup>13</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *Elementos de Derecho civil*. V cit. pp. 12-13.

Para invalidar un testamento que presente las cualidades mínimas de pertenencia a esta clase de negocio es preciso impugnarlo con arreglo a derecho, pero es accidental el tipo de acción que se ejercite o que la causa de la invalidez sea nulidad, anulabilidad o cualquier otra, porque aunque se hayan de observar en cada caso las reglas establecidas para la categoría que corresponda se trata siempre de conseguir que el testamento o la disposición inválidos no produzcan efectos y, tras la declaración de invalidez, el resultado obtenido resulta indistinguible si la causa era de nulidad o de anulabilidad.

Hemos visto que ni el criterio de atribución de legitimación de las acciones de invalidez ni su prescriptibilidad resultan decisivos para diferenciar la nulidad y la anulabilidad testamentaria –sistema dual que solo recoge la Ley aragonesa– quedando por examinar si la posible apreciación de oficio de la nulidad supone una diferencia más allá de la meramente terminológica entre ambas categorías.

En los contados casos que los Tribunales han estimado de oficio la nulidad de un negocio su declaración era antecedente necesario para estimar otra pretensión de las partes, lo que sucede generalmente cuando el contrato que se impugna en el pleito trae causa de otro, nulo pero no impugnado, y en los acuerdos societarios cuya invalidez deriva de la nulidad de una convocatoria que tampoco ha sido formalmente impugnada, diciendo la STS de 9 de diciembre de 2010 que *«... es la propia parte la que abocó a los Tribunales a examinar la validez o no de la convocatoria en relación con todos y cada uno de los acuerdos a adoptar, ya que su nulidad constituye un presupuesto para la estimación de la pretensión actora, y su concurrencia, en defecto de allanamiento, está sujeta de oficio al control de los Tribunales»*.

La STS de 5 de diciembre de 2002 declaró nulos de oficio dos contratos que no se habían impugnado por las partes, entendiéndose que tal declaración era indispensable para poder decretar otra nulidad pedida, invocando en apoyo de su decisión la concurrencia de un –muy discutible– interés público digno de protección, con el argumento de que *«según la jurisprudencia de esta Sala es posible, al amparo del art. 6.3 CC aunque no sin extremar la prudencia, apreciar de oficio la nulidad de un acto cuando así lo exija el interés público o la salvaguardia del orden público»*<sup>14</sup>.

Para la STS de 30 de junio de 2009 el Tribunal puede declarar de oficio la nulidad de «negocios jurídicos», al amparo del artículo 6.3 CC, aunque exhortando a la prudencia a la hora de ejercer esta facultad; pero para la STS de 17 de enero de 2000 *«La nulidad de los actos contra ley imperativa (art. 6º.3 C.civ.) no puede ser acordada de oficio cuando tengan una apariencia jurídica correcta, dando así a la otra parte oportunidad para su defensa»*, reiterando la STS de 3 de diciembre de 2001 que la declaración de oficio de la nulidad *«no procede respecto de actos y negocios cuya apariencia jurídica correcta merezca el debido respeto mientras no se impugnen en forma o eficazmente, dando así oportunidad a la otra parte para su defensa»*, lo que pone de manifiesto el riesgo de que el Tribunal pueda colocar en situación de

---

<sup>14</sup> Más extensamente, mi comentario de esta sentencia en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 62, 2003, pp. 543-557.



indefensión a la parte que no ha tenido ocasión de alegar y probar hechos relevantes para una declaración de nulidad que no obstante se pronuncia en su perjuicio, con posible infracción del artículo 24.1 *in fine* de la Constitución. El principio de justicia rogada, y la necesaria congruencia entre el fallo y la tutela judicial solicitada son también límites procesales en pugna con la facultad de declarar de oficio una nulidad no pedida.

Con estas premisas no es fácil encontrar casos de nulidad testamentaria apreciada de oficio por motivos similares a los expuestos, y de hecho son muy escasas las sentencias sobre estimación de oficio de la nulidad del testamento, única categoría de invalidez en los ordenamientos españoles, salvo el aragonés. La STS de 14 de octubre de 1997 dice que «... queda como cuestión decidir si puede la Audiencia tener por nulo un testamento sin que medie petición expresa, y la solución afirmativa» y, «pedida la nulidad de la declaración de herederos, ese pedimento solo puede tener como razón de fondo para obtenerla, que el testamento fuera valido, y porque la nulidad de éste, no pedida formalmente, ha sido esgrimida como excepción contra la demanda de nulidad del auto de declaración de herederos. Y sabido es que un acto nulo permite ser tenido como tal cuando realmente lo es, incluso de oficio, por los Tribunales... En consecuencia, el testamento nulo con arreglo al viejo artículo 814, da paso a la apertura de la sucesión legítima, según el tenor del artículo 912». El actor pidió la nulidad del Auto de declaración de herederos dictado no obstante constar un testamento otorgado en 1962 por la causante, fallecida sin descendencia, resultando preterida su madre supérstite, sin haber pedido la declaración de nulidad de dicho testamento.

El Tribunal Supremo reitera la doctrina tradicional de que un acto nulo puede ser tenido como tal de oficio por los Tribunales, pero en este caso no hay nulidad del testamento porque según el artículo 814 CC antes de la reforma de 13 de mayo de 1981 «La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta ... anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas» y aunque diga el Alto Tribunal que el testamento «es nulo por preterir a una heredera», lo que prevé el precepto es la nulidad de la institución de heredero, disposición importante pero solo parte del testamento, que no debe confundirse con el todo, porque la norma excluye la nulidad del testamento cuando deja a salvo las mandas y mejoras que no sean inoficiosas, lo que no sería posible si el testamento fuera nulo. Procedía, en efecto, la declaración de herederos mas no por nulidad del testamento sino para suplir la institución de heredero –esta si– anulada por preterición.

La nulidad testamentaria que permitió dictar el Auto de declaración de herederos que valida la sentencia no fue decidida por la autoridad de la propia legítima preterida pues, aunque el trámite no fuera el más ortodoxo del juicio contradictorio, dice la sentencia que «acudió la madre de la testadora al Juzgado, instando declaración de herederos y en tal trámite el Juzgado, tras advertir y comprobar con el propio tenor del testamento la preterición de D<sup>a</sup>. Carmen, afirmando que concurría el supuesto de testamento nulo» lo que acredita la existencia de una decisión judicial sobre la nulidad.

## 6. LA INEXISTENCIA

Recuerda GUARINONI la antigua discusión filosófica sobre si la «existencia» es un predicado o no, o si se trata o no de una propiedad de primer nivel, y que tanto HUME como KANT sostuvieron que no es un predicado. Para HUME la existencia forma parte de la idea de percepción, por lo que la idea de existencia es la misma que aquella de lo que concebimos como existente: la existencia no añade nada a la idea de un objeto. Y si se sostiene lo contrario el autor plantea la paradoja de las proposiciones existenciales negativas, pues si «existe» es un predicado también lo será «no existe», y siendo así, «las brujas no existen» sería predicado de las brujas solo si las brujas existen<sup>15</sup>. Por tanto, «testamento inexistente» es un oxímoron, porque solo cabe predicar la inexistencia de lo que tiene entidad como sujeto del que pueda predicarse tal falta de existencia, y por este solo hecho ya se le está reconociendo como algo que existe.

Si lo que se pretende aceptando tal categoría de invalidez es recoger la acepción para la que inexistente es lo «*que, aunque existe, se considera totalmente nulo*», estamos ante una categoría inane, pues significa lo mismo que nulidad absoluta, radical o de pleno derecho. La teoría del acto inexistente (*non avenu*) fue un remedio de urgencia que la doctrina francesa se vio forzada a construir frente al principio *pas de nullité sans texte* en relación con el matrimonio, pues a falta de precepto legal que sancionase como nulo el contraído por personas del mismo sexo se afirmaba que no es preciso declararlo nulo porque no existe<sup>16</sup>. Después se aplicó la teoría a la invalidez de los contratos y posteriormente se le dio alcance más general.

Las recientes reformas legislativas desmienten que el matrimonio entre dos personas del mismo sexo sea imposible<sup>17</sup>, y han producido un cambio irreversible que imposibilita recurrir ya al argumento que dio vida a la teoría de la inexistencia, pues si para muchos ordenamientos el matrimonio es lo que el derecho positivo declara tal, allí donde el contraído entre personas del mismo sexo no es legal estamos simple y llanamente ante una prohibición, y es absurdo prohibir lo inexistente: si se quiere será nulo. La inexistencia no es una categoría aceptable en el tratado de la invalidez.

---

<sup>15</sup> GUARINONI, R. V. *De lo que no hay - La inexistencia jurídica*. Cartapacio de Derecho. Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN) ISSN 1850-0722 . Volumen 4 (2003) sin paginar.

<sup>16</sup> RIPERT, G. y BOULANGER, J., *Tratado de Derecho Civil, según el tratado de Planiol*, (traducción castellana), La Ley, Buenos Aires, 1963, Tomo II, Volumen I, p. 290.

<sup>17</sup> En España la Ley 13/2005, de 1 de julio, añadió el segundo párrafo al artículo 44 CC, a cuyo tenor «*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*», tras el precedente holandés de 2001 y belga de 2003; ha sido legalizado en Canadá en 2005; en 2006 en Sudáfrica; en 2009 y el D. F. de México, en Noruega y Suecia; y también es legal en los estados de Massachusetts, Connecticut, Iowa y Vermont y New Hampshire.

## II. LA INVALIDEZ E INEFICACIA TESTAMENTARIA EN EL ORDENAMIENTO ARAGONÉS

### 1. RÉGIMEN GENERAL DE LA INVALIDEZ TESTAMENTARIA EN ARAGÓN

La Ley de sucesiones por causa de muerte arbitró un régimen general de invalidez testamentaria que, en homenaje al pensamiento de LACRUZ<sup>18</sup>, es el único entre los españoles que distingue entre nulidad y anulabilidad. Su artículo 108.1 (hoy, 423-1 CDFR) recoge las causas de nulidad de los testamentos, distribuidas en dos apartados según la acción para hacerla efectiva sea imprescriptible o sujeta a prescripción; y en el artículo 108.2 (hoy 423-2 CDFR) las de anulabilidad, mientras el artículo 109 Lsuc. (hoy 424 CDFR) trata de las causas de invalidez de las disposiciones testamentarias en dos apartados: las de nulidad y las de anulabilidad.

Arbitra también la Ley otras acciones al regular supuestos específicos de invalidez cuya disciplina se encuentra fuera del régimen general, como la preterición errónea o no intencional; supuestos de ineficacia radical, cuando ordena que la disposición «se tenga por no puesta» o «no surta efecto»; y otros de ineficacia que sobreviene por hechos posteriores al otorgamiento del testamento, viva aún el testador, o haya fallecido.

En muchos aspectos la dualidad nulidad-anulabilidad regulada en la Ley de sucesiones aragonesa no trasciende del *nomen iuris* asignado a cada categoría de invalidez, y es posible tratar en conjunto el régimen común de ambas, más fácil en la invalidez testamentaria que en la contractual, donde se diferencian en virtud de criterios que –como hemos visto– aquí se desdibujan: la legitimación para el ejercicio de las respectivas acciones; la prescripción o su carácter imprescriptible y la posibilidad de que los Tribunales declaren de oficio la nulidad. En atención a ello, antes de analizar la casuística legal, consideraremos los criterios generales que informan el tratamiento de la invalidez y la ineficacia en la Ley de sucesiones por causa de muerte.

#### 1.1. *Invalidez del testamento y de las disposiciones testamentarias*

La Ley distingue entre invalidez del testamento y de las disposiciones testamentarias, lo que tiene especial importancia cuando el testamento de cuya vali-

---

<sup>18</sup> Dice MARTÍNEZ CORTÉS, J. en *Comentarios breves a la Ley de sucesiones por los miembros de la Comisión aragonesa de Derecho civil* que la materia se regula en la Ley «siguiendo las enseñanzas de LACRUZ BERDEJO» RDCA, 1999-V, núm. 1, p. 81. En los *Elementos de Derecho civil V. Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 231 dice que «en esta materia ciertamente polémica, me inclino por identificar una pluralidad de regímenes de invalidez a los que se aplicarían, como supletorias, en lo posible, las normas de los contratos», regímenes que en su opinión son: una nulidad insanable, próxima a la inexistencia; una nulidad prescriptible por vicios de forma, en casos en que el testamento no es mera apariencia y una impugnabilidad por vicios materiales o defecto no sustancial de capacidad del otorgante, del género de la anulabilidad de los contratos. Con redacción mínimamente diferente aparecía en la anterior edición del mismo volumen de los *Elementos*, con SANCHO REBULLIDA, F. de A. Librería Bosch, Barcelona, 1981, p. 289-290, coinciden con las del régimen de invalidez de los artículos 108, 111 y 112 de la Ley de sucesiones por causa de muerte.

dez se trata revocaba un testamento anterior. Si es inválido el testamento, la sucesión debe deferirse por otro título válido o por las normas de la sucesión legal, pero si la invalidez afecta solo a concretas disposiciones testamentarias, la sucesión se defiere según el testamento que las contiene, pese a la invalidez de aquellas disposiciones, aplicándose las restantes que sean válidas, si las hubiere (art. 109.3 Lsuc. –424 CDFA–), pero aunque no las haya el eventual testamento anterior queda revocado en todo caso.

Valga como ejemplo la ya citada STS de 14 de octubre de 1997, que confunde la nulidad del testamento con la de la institución de heredero cuando aprecia en el testamento «*ostensible y clara nulidad, según el derecho aplicable a la sazón (artículo 814)*» a cuyo tenor, «*La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, anulará la institución de heredero*», lo que no implica anular el testamento, porque según el propio artículo «*valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas*», contenido imposible de salvar si el testamento fuera nulo.

## 1.2. Legitimación

La Ley de sucesiones carece de normas sobre legitimación para el ejercicio de las acciones de invalidez en el régimen general, por lo que tampoco establece diferentes criterios para nulidad y anulabilidad, como en la invalidez contractual. La legitimación es la misma para unas y otras acciones, y la examinamos conjuntamente.

La única norma sobre legitimación –en sentido negativo– es la que bajo el rótulo «*Límites en el ejercicio de la acción*» contiene el artículo 113 de la Ley (hoy 428 CDFA), a cuyo tenor «*no puede ejercitar las correspondientes acciones quien, conociendo la causa de nulidad o anulabilidad del testamento o de cualquiera de sus disposiciones, le ha dado voluntaria ejecución o ha renunciado a la acción*», precepto que deslegitima a quienes hubieran podido ejercitar acciones al amparo de las normas aplicables al caso pero no pueden hacerlo según la doctrina de los actos propios porque han aceptado tácitamente la validez del testamento o de la disposición afectada al haberle dado voluntario cumplimiento. No es un caso de convalidación porque el cumplimiento o ejecución voluntaria afecta únicamente a quien los realiza pero no sana el testamento o disposición testamentaria, que podrá impugnar cualquier otro interesado que no se encuentre en la misma situación. El último inciso del precepto recoge un supuesto esencialmente distinto, pues se trata de la renuncia a la acción que impide al renunciante ejercitar la acción después de haberla realizado, determinación legal que es innecesaria a juicio de MERINO<sup>19</sup>, y tiene la escasa utilidad de resaltar la contradicción en el sucesor que lo intentase, además de considerar la renuncia irrevocable.

Por el lugar que ocupa el precepto y su expresa referencia a las acciones «*de nulidad o anulabilidad*», el artículo 113 Lsuc. (hoy 428 CDFA) solo es aplicable a las acciones que nacen de los artículos 108 y 109 de la propia Ley (hoy 423 y

---

<sup>19</sup> Para MERINO HERNÁNDEZ, J. L. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. EDERSA, Madrid 2002. Tomo XXXIV, Vol. 1, p. 810.

424 CDFA, y no a las de invalidez o ineficacia que tienen su apoyo en otros preceptos de la Ley de sucesiones.

El artículo 15.1 Lsuc. (hoy 330 CDFA) regula la legitimación en el ámbito específico de la ineficacia de los llamamientos por causa de indignidad disponiendo que «*las causas de indignidad sucesoria producirán efecto cuando las invoquen personas que resultarían favorecidas en la sucesión, caso de declararse la indignidad*», precepto que establece la necesidad de que la indignidad sea invocada por parte interesada y no se pueda apreciar de oficio, y que la legitimación se atribuye a quienes en caso de prosperar la acción resultarían favorecidos en la sucesión, lo que permite entender que los legitimados para instar la indignidad son únicamente quienes puedan resultar favorecidos de forma inmediata en la sucesión, en términos similares a los del § 2080 de BGB, que atribuye la legitimación a quien pueda derivar un beneficio inmediato del ejercicio de la acción.

La ausencia de norma específica para las acciones de invalidez y la equivalencia de situaciones permite aplicar analógicamente el criterio de legitimación del artículo 15.1 Lsuc. (hoy 330 CDFA) a las acciones de invalidez testamentaria que arbitra la propia Ley en la regulación general. Para ejercitar estas acciones, la doctrina se divide entre los que únicamente consideran legitimado a quien pueda resultar beneficiado por la herencia o el legado inicialmente recaente en el indigno (*ius delationis*) y los que, atendiendo al *ius vocationis*, extienden la legitimación a todos los llamados potenciales, aunque su expectativa de participar en la sucesión no sea inmediata porque depende de la eventual repudiación, premoriencia o indignidad de los preferentemente llamados<sup>20</sup>. La jurisprudencia, tras la restrictiva STS de 10 de mayo de 1892, atribuyó la legitimación en términos más amplios, y así, la STS de 13 de octubre de 1934 permitió instar la nulidad al «presunto heredero abintestato», y la de 11 de diciembre de 1964 a considerar legitimado al marido de la testadora, no heredero. Más tarde, la STS de 13 de julio de 1989 estima que «*la acción para impugnar la validez y eficacia de los testamentos corresponde exclusivamente a los que por llamamiento de la Ley ostentan el carácter de herederos, a falta de disposición testamentaria*»; la de 24 de octubre de 1995 dice que para impugnar la validez de negocios absolutamente nulos basta «*un interés que sea legítimo y expectativas de obtener alguna ventaja lícita del resultado favorable de su ejercicio del derecho a la jurisdicción*» y la de 21 de noviembre de 2007, entiende que asiste acción de nulidad a quienes están «*interesadas en la herencia del testador, pues, si se declarase judicialmente su nulidad, serían herederas abintestato del mismo*». Para MARTÍNEZ CORTÉS, en todos los supuestos de invalidez regulados por la Ley de sucesiones por causa de muerte están legitimadas activamente «*aquellas personas que puedan obtener algún beneficio patrimonial si se declara la nulidad o se reconoce la ineficacia*», sin diferenciar las de acciones de nulidad y las de anulabilidad, pareciendo inclinarse por el *ius delationis* como criterio para atribuir la legitimación<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Se inclina por la primera solución, entre otros, CAPILLA RONCERO, F., *Nulidad e impugnabilidad...* cit. p. 45, y a favor de la segunda BADOSA COLL, F., en la puesta al día de las *Anotaciones a KIPP*. de ROCA SASTRE, p. 283.

<sup>21</sup> MARTÍNEZ CORTÉS, J., *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil*. Librería General, S.A., Zaragoza, 1999, pp. 104-105.

### 1.3. Prescripción

El artículo 111.1 Lsuc. (hoy 426.1 CDFA) dispone que son imprescriptibles las acciones de nulidad del testamento por las causas comprendidas en el artículo 108.1 a) (hoy 423.1.a] CDFA); según artículo 111.2 Lsuc. (hoy 426.2 CDFA) las acciones de nulidad del testamento por las causas comprendidas en el artículo 108.1 b) (hoy 423.2 CDFA) y las de nulidad de las disposiciones testamentarias, cualquiera que sea su causa, prescriben a los quince años a computar desde el fallecimiento del causante; y, con igual *dies a quo*, dispone el artículo 112 Lsuc. (hoy 427 CDFA), que las acciones de anulabilidad de los testamentos y de las disposiciones testamentarias prescriben a los cuatro años.

Los plazos son todos de prescripción, por lo que les es aplicable el régimen general de la prescripción de acciones que regulan los artículos 1961 y siguientes del Código civil. Supone una excepción la invalidez que, fuera de los supuestos generales, establece el artículo 160.1 Lsuc. (hoy 475 CDFA) respecto de las incapacidades relativas para suceder, cuando dispone que «*es nula la disposición por causa de muerte a favor de...*», remitiendo el número 2 del propio artículo a las normas de la indignidad el régimen de «*la caducidad de la acción declarativa de la incapacidad relativa del heredero o legatario*», acción que el artículo 18 Lsuc. (hoy 333 CDFA) dispone que caduca a los cinco años «*desde que el indigno de suceder esté en posesión de la herencia o legado*»; lo que supone dos novedades: que esta acción de invalidez está sujeta a caducidad y no a prescripción –así lo dicen tanto el artículo 18 (hoy art. 333 CDFA) como el 160.2 Lsuc. (hoy 475.2 CDFA)–, y que el inicio del cómputo no es el fallecimiento del causante, *dies a quo* fijado por Ley en los demás casos.

Considerar la imprescriptibilidad de la acción de nulidad un *prius* que el legislador estaba obligado a respetar induce a MERINO a afirmar que «*el legislador aragonés ha cometido un grave error*» al regular una acción de nulidad prescriptible porque prescrita la acción el testamento nulo queda convalidado, atentando contra el axioma de que lo nulo es insanable<sup>22</sup>. Frente a ello, la doctrina entiende que con la prescripción el ordenamiento no pretende alcanzar una solución objetivamente justa, porque no le inspira un criterio de justicia, sino los principios de seguridad jurídica y presunción de abandono del derecho dejado de ejercitar<sup>23</sup>, y donde esto ocurre el ordenamiento protege en último término situaciones cuya justicia de fondo siempre podrá ser objetada. Dice PASQUAU que el hecho de que se declare prescrita la acción no significa en modo alguno que el vicio de nulidad haya dejado de existir, sino que «*ya es tarde para discutir si existe o no*»<sup>24</sup>, por lo que el testamento nulo no mejora su condición porque prescriba la acción, pero ya pasó el tiempo en que se podía contender sobre su validez.

<sup>22</sup> MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Comentarios al Código Civil y compilaciones...* cit., p. 785.

<sup>23</sup> Así lo entienden uniformemente, entre otras STS, las más recientes de 6 de mayo, 20 de mayo y 22 de octubre, todas del año 2009.

<sup>24</sup> PASQUAU LIAÑO, M., *La acción de nulidad si prescribe*, ponencia del Coloquio sobre Invalidez e ineficacia de los actos jurídicos, Zaragoza, 9-10 de diciembre de 2006. p. 219.

Y es que, del régimen positivo que regula la Ley resulta que, siendo los dos casos del artículo 108.1 Lsuc. (hoy 423 CDFA) de nulidad en sentido propio, la acción es imprescriptible en los casos del apartado a) mientras prescribe a los quince años en los del apartado b), lo que lleva a concluir que, o la acción de nulidad no es *esencialmente* imprescriptible o que, pese a la terminología del texto legal, los casos del artículo 108.1 b) Lsuc. (hoy 423.b] CDFA) son supuestos de anulabilidad y no de nulidad, aunque con un plazo de prescripción más extenso que el de cuatro años del artículo 112 (hoy art. 427 CDFA), pues no es la mayor o menor extensión del plazo lo que cualifica la acción de anulabilidad, sino la existencia misma de la prescripción, frente a una nulidad imprescriptible. El planteamiento está evidentemente lastrado por un enfoque contractualista de la invalidez, y se supera la aparente contradicción si se entiende que la Ley de sucesiones por causa de muerte arbitra un sistema general de invalidez testamentaria en el que para los distintos supuestos que tipifica como causas de invalidez dispone unas acciones que son imprescriptibles en unos casos y sujetas a prescripción en otros, pero todas conducentes a un mismo fin: evitar que el testamento o la disposición inválida produzcan efecto.

Las normas que regulan las acciones de invalidez por causas no contempladas en los artículos 108 y 109 Lsuc. (hoy 423 y 424 CDFA) suelen establecer sus propios plazos de prescripción, aunque esta previsión falta en algún caso, como el de invalidez de las cláusulas ininteligibles o de las disposiciones contradictorias de un testamento que pugnen sustancialmente entre sí, que establece el artículo 101.2 Lsuc. (hoy 416.2 CDFA); o para declarar inválida la condición imposible, contraria a las leyes o las buenas costumbres, conforme al artículo 161 Lsuc. (hoy 476 CDFA). Para todos estos supuestos el régimen de prescripción será el del artículo 112 Lsuc. (hoy 427 CDFA), prevenido para las acciones de anulabilidad sin excepción y que por la generalidad de los términos en que está redactado es el aplicable a todas las de invalidez que no tengan asignado un régimen especial, que son las de los casos del artículo 108.1 Lsuc. (hoy 423 CDFA) en sus dos apartados y los del artículo 109.1 (hoy 424 CDFA) de la propia Ley, únicas a las que se aplica el artículo 111 Lsuc. (hoy 426 CDFA).

Las acciones de invalidez reguladas en el Título VI, de la legítima, están sujetas a su plazo especial de prescripción de cinco años desde el fallecimiento del causante o desde la delación de la herencia si se produce con posterioridad, según el artículo 178 Lsuc. (hoy 493 CDFA), previendo su apartado 2 que para el legitimado menor de catorce años al iniciarse el cómputo, el plazo finaliza para cuando cumple diecinueve años, por lo que realmente el plazo comienza cuando cumple la edad de catorce años, como excepción a lo prescrito por el artículo 1.932 CC (las acciones «*se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas*») y en congruencia con el régimen aragonés de la capacidad, aunque la acción también pueda ejercitarla su representante legal antes de que cumpla dicha edad. Lo que no prevé el precepto es la posibilidad de diferir el inicio del cómputo a la fecha en que se haya establecido una filiación que podría desconocer el legitimario cuando falleció el causante, pues se es legitimario en cuanto descendiente, y si la filiación quedase establecida incluso después de transcurridos los cinco años del fallecimiento la acción ya estaría prescrita según

el artículo 1.969 CC., aplicable como supletorio en Aragón, según el cual «*El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*» pero el artículo 178.1 Lsuc. (hoy 493.1 CDFa) precisa el inicio del cómputo desde el fallecimiento del causante, impidiendo iniciarlo en la fecha en que la acción pudo ejercitarse; solución injusta pero inevitable dados los términos en que están redactadas las normas aplicables. En contra, dice MOREU BALLONGA que en este caso «*la delación de la sucesión del legitimario se ha retrasado a efectos del plazo de la acción hasta el momento de la determinación legal de la filiación*»<sup>25</sup>, opinión carente de apoyo legal aunque pueda explicarse a partir de la tesis del autor para quien en Derecho aragonés la legítima es «*un título universal específico de adquisición sucesorio distinto tanto a la sucesión voluntaria como a la legal*», aunque relativiza esta afirmación cuando dice entenderla atribuible a la legítima aragonesa «*con carácter tendencialmente general, aunque no con carácter general y absoluto*»<sup>26</sup>.

#### 1.4. Tutela judicial de la invalidez testamentaria

El artículo 24.1 de la vigente Constitución proclama el derecho a instar la tutela judicial en defensa de derechos e intereses legítimos bajo la fórmula de que «*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos...*», derecho que al estar reconocido en el Capítulo Segundo del Título I vincula en toda su integridad a los Jueces y Tribunales, que garantizan su tutela efectiva de acuerdo con el artículo 7.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio 1985. De este sistema normativo resulta, sin necesidad de mayor argumentación, que el ordenamiento garantiza el ejercicio ante los Tribunales de las acciones de invalidez testamentaria a quienes estén legitimados para ello.

Sin embargo, puede ocurrir –y la experiencia demuestra que así sucede en ocasiones– que el testador pretenda imponer su voluntad a las previsiones legales prohibiendo a sus sucesores impugnar el testamento privándoles del derecho a la tutela judicial, por lo que desde la promulgación del Código civil el último párrafo de su artículo 675 dispone que «*El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la Ley*», norma que en Aragón reproduce el artículo 114 Lsuc. (hoy 429 CDFa), mínimamente modificada para acomodarla al sistema dual de invalidez, al decir que «*El testador no puede prohibir que sea impugnado su testamento en los casos en que concurra causa de nulidad o anulabilidad*».

Aunque a MERINO le parece innecesaria en primer término esta prevención legal admite que algunos testadores pretenden incluirla en su testamento, aunque considera que esta práctica «*debe desaparecer*». Reconoce, no obstante, que el testador puede intentar su objeto por la vía indirecta de penalizar al sucesor,

---

<sup>25</sup> MOREU BALLONGA, J. L. *El sistema legitimario en la Ley aragonesa de sucesiones*. XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, p. 303.

<sup>26</sup> MOREU BALLONGA, J. L. *El sistema legitimario...* cit. p. 296.



privándole del beneficio dispuesto a su favor en caso de que impugne el testamento<sup>27</sup>, y para evitarlo sugiere que la jurisprudencia sancione tal disposición como fraude de ley, al amparo del artículo 6.3º CC<sup>28</sup>. Nada asegura, sin embargo, que estos deseos vayan a cumplirse.

La condición impuesta por el testador haciendo depender la eficacia de la disposición de que el beneficiado no impugne el testamento no sería válida porque el artículo 161 Lsuc. (hoy 476 CDFA) considera «*válidas todas las condiciones que no sean imposibles o contrarias a las leyes o las buenas costumbres*» y esta sería contraria a la Ley, en este caso el artículo 114 Lsuc. (hoy 429 CDFA), y se tendrá por no puesta según prevé el artículo 792 CC, aplicable como supletorio a falta de norma aragonesa sobre la suerte de las condiciones no válidas. Si no se articula formalmente como condición la solución se encuentra en el supuesto de nulidad del artículo 109.1 Lsuc. (hoy 424 CDFA), a cuyo tenor es «*nula la disposición testamentaria esencialmente determinada por un motivo contrario a la ley ...*», permitiendo considerar inválida –en su categoría de nulidad– la disposición testamentaria que, cualquiera que sean los términos en que esté formulada, responda esencialmente al designio de impedir la impugnación del testamento, y por ello contraria al mandato del artículo 114 Lsuc (hoy 429 CDFA).

## 2. INVALIDEZ DEL TESTAMENTO Y DE SUS DISPOSICIONES

El artículo 108 Lsuc. (hoy 423 CDFA) relaciona los supuestos de invalidez de los testamentos, comenzando por las causas de nulidad cuya acción es imprescriptible, que son las del apartado 1 a), encontrándose en este caso «*los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los requisitos esenciales prescritos por la ley para los testadores, el contenido o la forma del testamento otorgado.*». Son claros los términos el artículo 108.2 (hoy 423.2 CDFA), que la Ley dedica a la anulabilidad del testamento, a cuyo tenor «*son anulables los testamentos que, aun reuniendo los requisitos y formalidades legales, hayan sido otorgados por persona con la edad requerida para testar y no incapacitada judicialmente para ello pero que carezca de capacidad natural y los otorgados con engaño, violencia o intimidación grave*»; pero presenta mayor dificultad la inteligencia del apartado b) del artículo 108.1 Lsuc. (hoy 423.1 CDFA), que recoge un conjunto residual de supuestos de nulidad que afectan a «*los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los restantes requisitos y formalidades requeridos por la ley*», lo que centra la cuestión en discernir si los requisitos o formalidades que no se observaron son esenciales o no lo son, pues la respuesta afirmativa conduce a los supuestos del artículo 108.1 a) Lsuc (hoy 423.a] CDFA). En suma, el artículo 108.1 b) Lsuc. (hoy 423.1b] CDFA) comprende, por exclusión, los testamentos afectados por vicios o defectos que no sean los del artículo 108.1 a) Lsuc. (hoy 423.a CDFA), ni tampoco los del artículo 108.2 Lsuc. (hoy 423.2 CDFA), determinantes de la anulabilidad.

---

<sup>27</sup> La STS 8 de junio de 1999 confirma la nulidad declarada en la instancia de una cláusula por la que el testador, para impedir la intervención judicial en su testamentaría, sanciona al heredero que de alguna forma la promoviera a percibir estrictamente la cuota legitimaria mínima.

<sup>28</sup> MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Comentarios al Código Civil y compilaciones...* cit., pp. 810-811.

## 2.1. Requisitos esenciales del testador

Según el artículo 93 Lsuc. (hoy 408 CDFa) «*pueden testar todas las personas físicas que, al tiempo de otorgar el testamento, sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural*». La inclusión del adjetivo *todas* referido a las personas tiene por objeto excluir toda restricción para testar cualquiera que sea el motivo; la edad mínima y la capacidad natural, que requiere el artículo 93 Lsuc. (hoy 408 CDFa) son condiciones de aptitud para otorgar testamento, que no implican discriminación.

El primero de los requisitos personales del testador es haber cumplido la edad de catorce años para otorgar cualquier testamento, salvo el ológrafo, para el que el artículo 93.2 Lsuc. (hoy 408.2 CDFa) exige la mayoría de edad, condición que concurre no solo en quien han cumplido los dieciocho años sino también en el aragonés legalmente casado aunque no alcance dicha edad pues, según el artículo 1.1 b) Ldp. (hoy 4.1.1b CDFa), tiene la condición de mayor de edad y en consecuencia capaz para todos los actos de la vida civil, pues para otorgar testamento ológrafo la Ley no exige haber cumplido dieciocho años, sino literalmente ser «*mayor de edad*». Si el testamento ológrafo fuera mancomunado, según el artículo 93.3 Lsuc. (hoy 408.3 CDFa) ambos testadores deben reunir los requisitos de capacidad requeridos para la forma en que se otorgue este testamento y, por tanto, ambos deben ser mayores de edad.

El defecto de edad del testador es motivo de nulidad comprendida del artículo 108.1 a) Lsuc. (hoy 423.a CDFa), porque el artículo 108.2 (hoy 423.2 CDFa) considera anulable por las causas que contempla el testamento otorgado «*por persona con la edad requerida para testar*» de suerte que si el testador no alcanza la edad legalmente exigida el testamento es nulo por falta de un requisito esencial. En el testamento mancomunado, si uno de los testadores no fuera mayor de edad el otorgamiento puede valer como testamento unipersonal del otro testador, según dispone el artículo 115.1 Lsuc. (hoy 430 CDFa).

Para otorgar cualquier testamento distinto al ológrafo el testador mayor de catorce años no precisa asistencia, según dispone el artículo 20.3 Ldp. (hoy 23.3 CDFa), ya que el artículo 93.1 Lsuc. (hoy 408 CDFa) le permite testar por sí solo.

## 2.2. Capacidad natural

El artículo 31 Ldp. (hoy 34 CDFa) presume la capacidad de la persona que ha cumplido catorce años y, salvo prueba en contrario, su aptitud de entender y querer para un acto concreto, en este caso el de otorgar testamento. La prueba preconstituída contra esta presunción es la declaración de incapacidad que incluya la *testamentifactio* entre los actos que el incapaz no puede realizar, por lo que el testamento otorgado por quien ha sido incapacitado para testar por sentencia judicial firme está incurso en causa de nulidad del artículo 181.1 a) (hoy 423.a CDFa), conclusión acorde con criterio que informa el artículo 108.2 Lsuc. (hoy 423.2 CDFa) al considerar anulable el testamento otorgado por persona carente de capacidad natural pero «*no incapacitada judicialmente para ello*», y acor-

de también con el régimen de invalidez de los actos de la persona no incapacitada del artículo 34.2 Ldp (hoy 37 CDFa), para el que es «*anulable, mientras no sea confirmado por quienes puedan anularlo*» el acto de «*la persona mayor de catorce años no incapacitada que en el momento de su celebración carezca de la suficiente aptitud para entenderlo y quererlo*». Este régimen es el que resulta de los textos legales aunque MERINO recabe para los notarios la facultad de decidir en cada caso si el incapacitado judicialmente para testar tiene en ese momento capacidad natural para otorgar testamento, porque «*ese estado mental suficiente para poder testar es una cuestión de hecho a apreciar en cada caso y en el momento mismo del otorgamiento, por el notario autorizante, cuando se trate de testamento abierto*»<sup>29</sup>. La función que cumple el notario en relación con la capacidad del testador consiste, según el artículo 696 CC, en dejar constancia en el otorgamiento «*que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento*» lo que –dice la STS de 15 de febrero de 2001– adquiere relevancia de certidumbre mientras no se demuestre lo contrario judicialmente pues, como presunción *iuris tantum*, puede combatirse mediante prueba suficiente; que en este caso es la demostración judicialmente contrastada por la declaración de incapacidad previa, que nunca podrá haberse pronunciado sin el previo dictamen pericial médico que exige el artículo 759.1 Lec.

La capacidad natural para otorgar testamento no se reduce a la aptitud mental del testador –capacidad de entender y querer– ya que en algunos casos se tienen en cuenta otras circunstancias personales, físicas, sensoriales e incluso de instrucción, como el artículo 98.2 Lsuc. (hoy 413.2 CDFa) que –en términos similares al artículo 697 CC– dispone que cuando el testador declara que no sabe o no puede firmar o aunque pueda firmar sea ciego, o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento, deben asistir al otorgamiento testigos que lo lean a presencia del Notario y declaren la coincidencia de su contenido con la voluntad manifestada por el testador. Si no se cumplen estas previsiones estamos ante un supuesto de inobservancia de requisitos o formalidades esenciales legalmente exigidas, que es causa de nulidad del artículo 108.1 a) Lsuc. (hoy 423.a CDFa)

En otros casos la falta de capacidad natural consiste en una carencia sensorial, como es el caso del artículo 708 CC cuando dispone que los ciegos y los que no sepan o no puedan leer no pueden otorgar testamento cerrado, que será nulo si lo otorgasen; y aunque no medie prohibición, es evidente que el analfabeto no puede otorgar testamento ológrafo al carecer de la aptitud para redactarlo. La *ratio legis* de estas limitaciones supone –en mi opinión– que el testamento ológrafo mancomunado que sugiere el artículo 96.1 Lsuc. (hoy 411.1 CDFa), escrito de mano de uno solo de los testadores, es preciso que el otro testador sea capaz de leerlo por sí mismo y entender lo escrito por el cotestador amanuense, y no basta que sea capaz de escribir la escueta conformidad y firmar todas las hojas y al final del documento, pues se da el caso –y el supuesto lo contempla el artículo 98.2 Lsuc. (hoy 413.2 CDFa)– de quien no puede leer pero es capaz de firmar, o su déficit visual no le permite leer aunque si firmar y

<sup>29</sup> MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Comentarios al Código Civil y compilaciones...* cit., p. 781.

escribir la aceptación de lo dicho en extenso por el cotestador. Pese a que el testador que limite su intervención a estampar su firma y la aceptación escrita del texto de ajena autoría cumple formalmente con el requisito legal, no siendo capaz de leer por sí mismo y entender el testamento así redactado carece de capacidad para otorgar esta variedad concreta de testamento, por aplicación analógica de las normas del artículo 708 CC; y si otorga debe considerarse incurso en causa de nulidad del artículo 108.1 a) (hoy 423.a CDFa), aunque pueda conservarse el testamento del otro otorgante, conforme al artículo 115.2 Lsuc. (hoy 430.2 CDFa).

### 2.3. *Vecindad civil*

Salvo contadas excepciones, entre las que no se encuentra la materia que nos ocupa, según el artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón el Derecho civil aragonés es un fuero personal –el derecho de los aragoneses– lo que hace especialmente trascendente la vecindad civil aragonesa de los otorgantes para otorgar testamento mancomunado, testamento aceptado de forma desigual por los distintos ordenamientos civiles, regulado de forma distinta por los que lo aceptan y rechazado por otros, como el Código civil español. El testamento mancomunado plantea dos cuestiones de interés en lo que atañe a los requisitos del testador: los testamentos en que tiene vecindad aragonesa solo uno de los otorgantes y los «conflictos móviles» de derecho interregional, que se plantean cuando la vecindad civil del causante al abrirse la sucesión es distinta a la que ostentaba cuando otorgó testamento y, por ello, diferentes el ordenamiento que rige la sucesión y el que regulaba en su momento las condiciones del otorgamiento.

Para resolver la primera cuestión dispone decididamente el artículo 102.2 Lsuc. (hoy 417.2) que si uno de los testadores no es aragonés puede otorgar testamento mancomunado con otro testador que lo sea, siempre que ley personal no se lo prohíba, aunque no exige que expresamente se lo permita. Si su ley personal se lo prohibiera, el testamento es nulo de según lo dispuesto en el artículo 6.3 CC. porque infringe una norma prohibitiva, nulidad que no afecta al otorgamiento del testador aragonés, a quien no alcanza la prohibición, siendo válido para él como testamento unipersonal, según el citado artículo 115.1 Lsuc. (hoy 430.1 CDFa).

Para muchos autores el artículo 102.2 Lsuc. (hoy 417.2 CDFa) es inconstitucional porque invade la competencia normativa del Estado al regular la actividad de un testador no aragonés y el régimen legal de un testamento mancomunado otorgado fuera de Aragón. Para ZABALO, la legislación aragonesa no puede dar solución unilateral a un problema en el que juegan esos factores externos porque están implicados otros ordenamientos territoriales españoles, y acaso extranjeros, aunque a su juicio tampoco solucionan el problema las normas de conflicto del Título Preliminar del Código civil<sup>30</sup>; para FONT SEGURA la norma es

---

<sup>30</sup> ZABALO ESCUDERO, E., *Conflictos interregionales en materia de derecho sucesorio aragonés*. Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2001, p. 121.

correcta, aunque inconstitucional por ser competencia del legislador estatal, al que reprocha su «*dejación de la función constitucional que tiene encomendada*» por no promulgar las normas necesarias para resolver estas cuestiones<sup>31</sup>. Para MERINO, la constitucionalidad del precepto es «discutible y discutida»<sup>32</sup>.

En la legislación estatal, el artículo 16.1 CC. remite la resolución de los conflictos de Leyes que surjan por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional a las normas de derecho internacional privado del capítulo IV, considerando ley personal la correspondiente a la vecindad civil y excluyendo la aplicación de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 CC. sobre calificación, remisión y orden público. Según el artículo 9.8 CC., «*la sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento*», conservando su validez las disposiciones testamentarias ordenadas conforme a la ley personal del testador al tiempo de otorgar el testamento, mientras el artículo 11.1 CC dispone que «*las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la Ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la Ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la Ley personal del disponente o la común de los otorgantes*».

Aunque la opinión no es unánime, para ZABALO el «Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias», que ha desplazado la aplicación del artículo 11 CC. en derecho internacional privado, debería entenderse también aplicable al derecho interregional<sup>33</sup>, aunque otros autores, como CALATAYUD<sup>34</sup>, no lo aceptan.

El testamento puede contrastarse con la norma legal en dos momentos distintos, el otorgamiento y la apertura de la sucesión; surge el conflicto móvil cuando la norma aplicable no es la misma en esos dos momentos por causa de un cambio de vecindad. Desde la perspectiva de la validez será el ordenamiento rector de la sucesión –ley personal del causante cuando fallece– el que determina si las disposiciones testamentaria son válidas y eficaces, y aunque importa también saber si el testamento se otorgó de conformidad con la ley que entonces era aplicable, probablemente este juicio de validez es menos relevante porque a fin de cuentas si una norma de la Ley de sucesiones aragonesa permite testar mancomunadamente con un aragonés a quien ostenta otra vecindad civil, esta norma será relevante en la sucesión de testador de ajena vecindad si por cambio posterior adquirió la aragonesa y es el ordenamiento aragonés el que rige su sucesión, pues de no existir tal cambio de vecindad será su ley personal sucesoria –no aragonesa– la que determinará si el testamento así otorgado es válido o inválido.

El *favor testamenti* informa el derecho transitorio en relación con el conflicto móvil de derecho interregional para mantener la validez que un testamento

---

<sup>31</sup> FONT SEGURA, A. *La sucesión hereditaria en derecho interregional*, ADC, 2000, 1, p. 60.

<sup>32</sup> MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Comentarios al Código Civil y compilaciones...* cit., p. 722.

<sup>33</sup> ZABALO ESCUDERO, E., *Conflictos interregionales...* cit. pág. 118.

<sup>34</sup> CALATAYUD, SIERRA, A., *Conflictos interterritoriales entre los derechos sucesorios españoles*. Revista de Derecho Civil Aragonés, Zaragoza, 1999-V (número 2) pp. 183-184.

tenía al otorgarse, aunque no la tenga según el ordenamiento que rige la sucesión, pero el problema aquí es el inverso y, en particular, si cabe entender fundadamente que se ha convalidado el testamento que al otorgarse sería nulo por infracción de una norma prohibitiva de la ley personal del testador en aquel tiempo, cuando por cambio de vecindad civil su ley personal al tiempo de abrirse la sucesión no lo prohíbe. ¿Se conserva la invalidez inicial, de igual modo que se conserva la validez?

Un supuesto verosímil es el del testador sujeto al Código civil que otorga testamento mancomunado en Aragón, donde reside por el tiempo suficiente para creer de buena fe que puede hacerlo, aunque no haya adquirido aún vecindad aragonesa, y fallece bajo tal testamento habiendo completado la residencia decenal; o el caso del testador nacido en Aragón, que por residencia adquirió involuntariamente vecindad en territorio sujeto al Código civil y regresa después a Aragón donde testa en las circunstancias descritas; siendo natural y vecino de una localidad aragonesa, no suscitará duda al redactor del testamento en la oficina notarial, que le adjudicará esta vecindad, sin objeción alguna del intestado. El testamento mancomunado infringe en estos casos el artículo 669 CC, incurriendo en causa de invalidez que la jurisprudencia (STS de 28 de septiembre de 1998, entre otras) considera nulidad de pleno derecho<sup>35</sup>, conforme al artículo 6.3 CC y, sin embargo, al fallecer ostentando vecindad civil aragonesa rige su sucesión un ordenamiento en el que el testamento mancomunado es plenamente legal.

Las disposiciones testamentarias válidas según la ley personal del testador cuando otorga testamento, dice el artículo 9.8 CC que *conservarán su validez* aunque sea otra ley que rija la sucesión, resolviendo el supuesto contrario al planteado, por lo que en nuestro caso sería preciso aplicar analógicamente este precepto para mantener la invalidez originaria testamento. Sin embargo, en el campo de la analogía podemos acudir a otra norma dictada para un supuesto que guarda con el que nos ocupa la semejanza e identidad de razón que exige el artículo 4.1 CC, que es el apartado 2 de la DT 2<sup>a</sup> de la Ley de sucesiones por causa de muerte, a cuyo tenor *«también serán válidos los pactos sucesorios y testamentos otorgados y las fiducias sucesorias concedidas o pactadas antes de la entrada en vigor de esta Ley que lo sean con arreglo a ella, aunque no lo fueran según la legislación anterior, siempre que la apertura de la sucesión se produzca estando esta Ley en vigor»*. La semejanza con el caso planteado es notoria, pues la DT2<sup>a</sup>.2 Lsuc. dispone que un testamento inválido según las normas de la legislación vigente al otor-

---

<sup>35</sup> La prohibición de testar mancomunadamente es consecuencia de una decisión de política legislativa de los redactores del Código civil, anticipada por GARCÍA GOYENA que, al comentar el artículo 557 de su Proyecto, casi idéntico al actual artículo 669 del Código civil, dice que *«lo mejor es prohibir una forma incompatible con la buena fe ó con la naturaleza de los testamentos y que por otra parte daba lugar á sugerencias y violencias»* (GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Zaragoza, 1974, p. 300-301). Sin embargo, antes de 1889 no existía tal prohibición y en toda España eran frecuentes los testamentos mancomunados otorgados por dos y hasta por tres personas.

garlo cobra validez al amparo de las normas –distintas– que rigen la sucesión<sup>36</sup>, de forma semejante a la convalidación de un testamento que inicialmente era nulo.

Ciertamente, la norma transitoria aragonesa regula un conflicto temporal de leyes y el art. 9.8 CC un conflicto espacial o territorial, materia reservada al Estado por el artículo 149.1.8 de la Constitución, lo que a mi entender no impide la aplicación analógica propuesta, pues la reserva competencial que afecta a la facultad de legislar en determinadas materias no impide resolver un caso carente de solución en las normas promulgadas en ejercicio de la propia competencia por aplicación analógica de otras normas también pertenecientes al ordenamiento que regula la sucesión, si concurren los requisitos del artículo 4.1 CC., porque con ello no se legisla, se aplican las normas.

Desde la perspectiva del derecho interregional, tanto el artículo 11 CC, al disponer que «*las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la Ley del país en que se otorguen*», como el artículo primero Convenio de La Haya de 1961, a cuyo tenor «*una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma, si esta responde a la ley interna ... del lugar en que el testador hizo la disposición...*», respaldan la validez del testamento en el caso propuesto cuando haya sido otorgado en Aragón, aunque es preciso determinar si la cuestión que nos ocupa es de forma o de fondo, y si bien el Convenio de La Haya no define lo que debe entenderse por forma en materia testamentaria, se puede dar solución al problema al amparo de su artículo 5, según el cual «*A los efectos del presente Convenio, las prescripciones ... que se refieren a la edad, la nacionalidad u otras circunstancias personales del testador, se considerarán como cuestiones de forma...*»<sup>37</sup>.

La solución propuesta es también la más acorde con el principio *standum est chartae*, porque prevalece la voluntad del causante sobre una norma que impediría su eficacia. El artículo 3º de la Compilación de derecho civil de Aragón (hoy 3 CDFA) dispone que conforme al principio *standum est chartae* «*se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés*» y es patente que la voluntad de quien testó en las circunstancias comentada no infringe norma imperativa alguna de derecho aragonés, sino de derecho estatal.

---

<sup>36</sup> A falta de norma de derecho transitorio similar a la citada, en la STS de 14 de octubre de 2008, el Tribunal Supremo mantuvo la nulidad del testamento en un caso en que este y la sucesión se regían por el Código civil, cuya modificación suprimió el requisito que se había infringido al testar. Según la sentencia «*el conocimiento del testador por dos de los testigos instrumentales era una de las formalidades testamentarias exigidas por el art. 685 C.c ., cuya omisión acarrearba la sanción de nulidad en base al art. 687 C.c. Ciertamente que a partir de la vigencia de la Ley 30/1.991, de 20 de diciembre, desapareció aquella exigencia formal, pues no lo es menos que el testamento otorgado sin cumplimentar el requisito del art. 682, tal como era exigible antes, era nulo*».

<sup>37</sup> En las Actas de la novena sesión de la Conferencia de La Haya (p. 167) el *Rapport* de BATIFFOL afirma la aplicabilidad del artículo a los testamentos *conjuntivos*.

#### 2.4. Inobservancia de requisitos esenciales del contenido testamentario

El artículo 108.1 a) Lsuc. (hoy 423.1b CDFa) incluye como causa de nulidad la inobservancia de los requisitos esenciales prescritos por la ley respecto del *contenido* del testamento, además de las que afectan a los tres apartados clásicos: falta condiciones del testador, infracción de formalidades legales y vicios de la voluntad testamentaria. Pero no es fácil precisar cuales son los requisitos esenciales de contenido del testamento aragonés.

Dice MERINO que, si el artículo 90.3 Lsuc. (hoy 405.3 CDFa) declara válidas «*las disposiciones de carácter no patrimonial que la ley permite en testamento*», será nulo aquel que solo contenga disposiciones no patrimoniales no autorizadas por las leyes<sup>38</sup>; aunque en otro pasaje del mismo trabajo sostiene que el artículo 90.3 Lsuc. (hoy 405.3 CDFa) no debe interpretarse en el sentido de exigir que las disposiciones de carácter no patrimonial tengan que estar autorizadas por la ley para poder incluirlas en un testamento, pues hay que «*defender la validez de cualquier disposición no patrimonial que no esté contemplada en una norma legal y que razonablemente pueda contenerse en un testamento*»<sup>39</sup>, lo que hace inviable que por tal causa se produzca la nulidad del testamento.

Para el mismo autor, está comprendido en el apartado a) del artículo 108.1 Lsuc. (hoy 423.1 CDFa), e incurso en causa de nulidad por inobservancia de «*los requisitos esenciales prescritos por la ley para ... el contenido del testamento otorgado*», el supuesto del artículo 193.2 Lsuc. (hoy 508.2 CDFa) que en caso de preterición total no intencional determina la delación abintestato del caudal, consecuencia para la que apostilla sin más extensa argumentación: «*es decir, el testamento no es válido, lo que equivale a declarar su nulidad*», sin reparar que es indispensable que el preterido o preteridos ejerciten la pertinente acción, que prescribe en plazo de cinco años, según el artículo 178 Lsuc. (hoy 493 CDFa), que por tanto no es imprescriptible como sucedería si esta opinión fuera acertada<sup>40</sup>; y tampoco implica necesariamente la preterición un defecto de contenido del testamento, pues si el legitimario hubiera sido beneficiado por donación no habría sido preterido.

La preterición no intencional de todos o el único legitimario de grado preferente produce la ineficacia de todas las disposiciones de contenido patrimonial, y el caudal se defiende según las normas de la sucesión legal, siendo el preterido o preteridos los únicos herederos. Los efectos son en este caso de mayor entidad que los restantes supuestos de preterición pero, tal como está configurada en la Ley de sucesiones, el supuesto responde sin duda a las características típicas de la anulabilidad fundada en voluntad viciada por error, si bien con plazo propio de prescripción de la acción. Algo semejante sucede con los efectos de la preterición singular no intencional, previstos en el artículo 193.1 Lsuc. (hoy 508.1 CDFa), que más que un caso de anulabilidad es de ineficacia parcial de las

---

<sup>38</sup> MERINO HERNÁNDEZ, J. L. *Comentarios al Código* ... cit. p. 782.

<sup>39</sup> MERINO HERNÁNDEZ, J. L. *Comentarios al Código* ... cit. p. 648.

<sup>40</sup> MERINO HERNÁNDEZ, J. L. *Comentarios al Código* ... cit. p. 782.



disposiciones afectadas por la reducción a instancia del legitimario preterido. La preterición intencional no produce ninguna clase de invalidez o ineficacia distinta a la que resulta de la eventual lesión legitimaria producida por disposiciones inoficiosas, única facultad que el artículo 192 Lsuc. (hoy 507 CDFA) reconoce al preterido intencional, que en el régimen de la sucesión aragonesa no está causalmente vinculada con la preterición sino con la intangibilidad cuantitativa o lesión del *quantum* legitimario.

Tampoco son casos de nulidad por inobservancia de requisitos esenciales prescritos por la ley para el contenido del testamento los de lesión cuantitativa o cualitativa de la legítima, pues según el artículo 178.1 Lsuc. (hoy 493.1 CDFA) las acciones que nacen de ellos están sujetas también al plazo de prescripción de cinco años desde el fallecimiento del causante, al tener su apoyo en preceptos del Título VI, y si su ejercicio implica reducción de disposiciones testamentarias participan de la naturaleza de las acciones rescisorias, pues las disposiciones de testamento en favor de tercero no legitimario que han de reducirse o modificarse por su ejercicio no está afectadas de causa de invalidez *per se*, aunque resulten ineficaces en la medida en que perjudican el derecho del legitimario o legitimarios que ejercitan las acciones de los artículos 179.2 y 182.2 Lsuc. (hoy 494.2 y 497.2 CDFA). Entre ellas se cuentan también las acciones *ex* artículo 184 Lsuc. (hoy 499 CDFA) para remoción de gravámenes no permitidos por el artículo 186 de la Ley (hoy 501 CDFA) y la acción *ex* artículo 185.2 Lsuc. (hoy 500.2 CDFA), que regula las cautelas de opción compensatoria.

El contenido del testamento puede plantear también un conflicto móvil de derecho interregional similar al de la vecindad que antes hemos visto, si el testador ostenta vecindad catalana o balear cuando otorga un testamento que no contenga institución de heredero, que será nulo según el artículo 422-1.3 del Libro Cuarto del Código civil de Cataluña (salvo la excepción que contempla) o según el artículo 14 de la Compilación de Baleares, para el que «*la institución de heredero es requisito esencial para la validez del testamento*» pero no para el ordenamiento aragonés que rija la sucesión. La solución puede ser la misma propuesta para el conflicto móvil por cambio de vecindad civil de quien otorgó testamento mancomunado, y considerar válido el testamento sin institución de heredero cuando es el ordenamiento aragonés el que rige la sucesión de este testador.

## *2.5. Infracción de requisitos formales no esenciales*

La Ley de sucesiones aragonesa no reguló las formalidades que deben observarse en el otorgamiento de los testamentos, salvo las normas sobre el testamento mancomunado cerrado y ológrafo contenidas en los artículos 95 y 96 (hoy 410 y 411 CDFA), aplicándose supletoriamente el Código civil, donde se encuentra la disciplina de sus requisitos y formalidades, aunque las consecuencias de la infracción de estos preceptos no se rige en el testamento aragonés por el artículo 687 CC. sino por el artículo 108 Lsuc. (hoy 423 CDFA), cuyo apartado 1 a) considera incursos en causa de nulidad imprescriptible –como ya hemos visto– los testamentos otorgados con infracción de los requisitos esenciales prescritos por

la ley para la forma del testamento otorgado, mientras la inobservancia de los restantes requisitos y formalidades legales es causa de nulidad comprendida en el apartado 1 b), que se distingue de aquella en que la acción prescribe a los quince años.

Según LACRUZ la validez del testamento se encuentra estrechamente vinculada a la observancia de las formalidades legales y «*el quebrantamiento de los preceptos relativos a los diversos requisitos formales de cada testamento tiene, en principio, una sola y extremada sanción: la nulidad absoluta*», que es la misma cuando las infracciones no parecen ser de gran importancia<sup>41</sup>, por lo que en el régimen del Código civil todo defecto formal es esencial y aboca a la nulidad del testamento. En Aragón, la existencia de dos regímenes de nulidad en el artículo 108 Lsuc. (hoy 423 CDFEA) exige distinguir entre requisitos formales «*esenciales*» y «*los restantes*» requisitos de forma, lo que será tarea de la jurisprudencia que interprete y aplique el artículo 108.1 Lsuc. (hoy 423.1 CDFEA), para la que resulta escasamente útil la doctrina legal sobre la invalidez testamentaria en el Código civil, ya que su régimen de invalidez no permite distinciones, pues para los testamentos sujetos al Código civil los defectos formales o son irrelevantes o son causa de nulidad.

La jurisprudencia se inclina de forma mayoritaria por considerar que los defectos formales del testamento son causa de nulidad, llegando la STS de 14 de octubre de 2008 a considerar nulo el testamento otorgado sin observar un requisito exigido al tiempo de testar aunque suprimido por una modificación legislativa vigente al tiempo de abrirse la sucesión, no obstante lo cual «*el conocimiento del testador por dos de los testigos instrumentales era una de las formalidades testamentarias exigidas por el art. 685 C.c., cuya omisión acarrea la sanción de nulidad en base al art. 687 C.c. Ciertamente a partir de la vigencia de la Ley 30/1.991, de 20 de diciembre, desapareció aquella exigencia formal, pues no lo es menos que el testamento otorgado sin cumplimentar el requisito del art. 682, tal y como era exigible antes, era nulo*»<sup>42</sup>. Para la sentencia de 4 de noviembre de 2009 «*la forma del testamento constituye una garantía del testador respecto a la exactitud y permanencia de la voluntad testamentaria*».

Del texto del precepto que nos ocupa, se desprende *contrario sensu* que han de contarse entre los supuestos «*restantes*» los testamentos aludidos en el artículo 108.1 b) (hoy 423.1 b CDFEA) Lsuc. cuando no concurren las circunstancias que según él excluyen la nulidad, caso de «*la falta de expresión de la hora del testamento*» si el testador hubiese otorgado otro en la misma fecha, y de la «*falta de indicación en el testamento de que se ha cumplido alguno de sus requisitos y formalidades*» si no se dispone de otros medios para demostrar que los requisitos y for-

---

<sup>41</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *Elementos de derecho civil. V. Sucesiones*, Librería Bosch, Barcelona, 1981, pp. 212-213. Casi tres décadas después, mantiene idéntica redacción la edición actualizada por LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (Dykinson, Madrid, 2007, pp. 170-171).

<sup>42</sup> Quizá se hubiera podido aplicar analógicamente el principio de retroactividad de la ley sancionadora favorable (artículo 9.3 CE), dadas las connotaciones de sanción inherentes a la nulidad de pleno derecho.

malidades se cumplieron efectivamente. Del precepto no se infiere que los únicos casos posible sean estos dos, pero solo cabe decir sin mayor precisión que además de ellos están incluidos en el artículo 108.1 b) Lsuc. (hoy 423.1b CDFA) los testamentos en cuyo otorgamiento se ha infringido alguna formalidad legal no esencial, quedando para el estudio de cada caso concreto si el requisito omitido era esencial o no.

## *2.6. Invalidez de las disposiciones testamentarias*

El artículo 109 Lsuc. (hoy 424 CDFA), recoge los supuestos de nulidad y de anulabilidad de las disposiciones testamentarias, disponiendo su apartado 3 que la invalidez no se comunica entre ellas, pues *«La nulidad, anulación, revocación o ineficacia de una disposición testamentaria no afectará a la validez o eficacia de las demás»*. Constituye excepción a esta regla lo dispuesto en la Ley para las disposiciones correspectivas del testamento mancomunado y también la decisión del testador, que puede dejar previsto para el caso de resultar inaplicable una disposición que otra u otras tampoco surtan efecto, regulando la interdependencia entre las disposiciones que desee vincular a estos efectos.

La Ley dedica el artículo 109.1 (hoy 424.1 CDFA) a la nulidad de la disposición testamentaria, disponiendo que *«Es nula la disposición testamentaria esencialmente determinada por un motivo contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres»*, y el artículo 109.2 (hoy 424.2 CDFA) a la anulabilidad, disponiendo que *«Será anulable la disposición testamentaria que haya sido otorgada con error en la persona o en el objeto, con engaño, violencia o intimidación grave y en los casos en que resulte que se ha otorgado por error, de hecho o de derecho, en los motivos si del testamento resulta que el testador no la habría otorgado de haber conocido el error»*; y los artículos 111.2 y 112 Lsuc. (hoy 426.2 y 427 CDFA) disponen que las respectivas acciones están sujetas a prescripción, de quince años la de nulidad y de cuatro años la de anulabilidad, ambas computadas desde el fallecimiento del testador.

El único supuesto de nulidad de disposición testamentaria es el que según el artículo 109.1 Lsuc. (hoy 424.1 CDFA) afecta a la que esté *«esencialmente determinada por un motivo contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres»*; determinación que equivale a motivación causalmente eficaz de la disposición, y carácter esencial que supone que su principal o único motivo sea contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

Ya hemos encontrado en el artículo 114 Lsuc. (hoy 429 CDFA) un caso de motivación contra ley de la disposición cuya finalidad sea impedir al sucesor impugnar el testamento por causa de invalidez, infringiendo el citado precepto. En estos casos, el artículo 109.1 Lsuc. (hoy 424.1 CDFA) ampara el supuesto de nulidad las disposiciones que indirectamente tengan por objeto penalizar al sucesor que impugne el testamento, pues el propio artículo 114 Lsuc. (hoy 429 CDFA) basta por sí solo para anular la disposición que contenga una prohibición clara y directa de impugnar, y en caso de que se disponga como condición del beneficio sucesorio, sería inválida por contraria a las leyes, según el artículo 161 Lsuc. (hoy 476 CDFA). Cualquier otra disposición cuya finalidad esté determi-

nada por un motivo contrario a la ley será igualmente nula, como en el caso de disposición por la que el testador pretenda excluir la viudedad del cónyuge de su descendiente para eludir la prohibición expresa del artículo 95.2 Lremv. (hoy 277.2 CDFa).

El orden público no es un concepto fácil de definir, aunque la jurisprudencia entiende que se trata del conjunto de principios rectores fundamentales bajo los cuales se organiza una comunidad (STS de 7 de julio de 2006), variable y flexible de acuerdo con las circunstancias y realidades sociales (sentencias de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979), e integrado por principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos y hasta supranacionales, cuyo objeto es el mantenimiento de la paz y orden social en toda su amplitud (STS de 23 de noviembre de 1995). Se integran en el orden público los principios constitucionales que dan lugar a la nulidad de la disposición esencialmente determinada por algún motivo de discriminación que proscribiera el artículo 14 CE, o que atenta a la igualdad de los hijos sin atender a su filiación, que recoge su artículo 39.2.

Existe un difícil equilibrio entre la libertad de disponer por causa de muerte y la limitación implícita en esta causa de nulidad<sup>43</sup>, pues nada debe impedir a quien tiene descendientes de uno y otro sexo instituir solo a los varones o solo a las mujeres, y si les designa nominalmente aunque su intención real sea discriminatoria por causa del sexo difícilmente incurrirá en esta causa de nulidad; pero si la designación se hace en mérito de esta condición (solo hombres, solo mujeres), o excluyendo a parientes por su raza (judíos, negros, gitanos) por ser hijos de madre soltera o circunstancias similares, la disposición atenta al orden público y estará incurso en la causa de nulidad del artículo 109.1 Lsuc. (hoy 424.1 CDFa).

El concepto de buenas costumbres es más variable que el de orden público; se tienen por tales las reconocidas socialmente como prácticas honestas, encomiables y propias de los buenos ciudadanos en un tiempo y lugar determinados. Sin embargo, en función de la causa de nulidad que nos ocupa, más que las buenas costumbres a las que atentaría la disposición incurso en nulidad, importan las «malas costumbres» que pudiera intentar fomentar la disposición testamentaria, que tiene otra garantía en el artículo 161 Lsuc. (hoy 476 CDFa) si se estableciera como condición, pues según este artículo son inválidas las condiciones contrarias a las buenas costumbres. A partir de aquí nos ahorramos ejemplos que podrían llegar a ser obscenos, pero es evidente que incurren en esta causa de nulidad las disposiciones testamentarias condicionadas de forma clara o indirecta a la ejecución de una venganza o a la realización de un acto reprobable o indigno.

---

<sup>43</sup> VERDERA IZQUIERDO, B., en su reciente artículo *Discriminación por razón de nacimiento. Derechos sucesorios de los adoptados*. Actualidad civil, número 1 de 2011, pp. 4-17, recoge los votos reservados de los Sres. Bratza y Garlicki a una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (RCL. 1999, 1190 y 1572), favorables al derecho de los particulares a establecer entre sus sucesores las distinciones que deseen y en función de los criterios que estimen oportunos (pp. 16-17).

Para MERINO el precepto recoge una fórmula legal «realmente extraña» porque, a su entender, son necesarios unos requisitos exorbitantes para que concurre esta causa de nulidad; que el testador exprese los motivos de la disposición, que manifieste le anima una intención contraria a la Ley, el orden público o las buenas costumbres, y que reconozca un valor determinante a tal motivación<sup>44</sup>. Por lo ya expuesto, esta orientación no es la que mejor interpreta el precepto que nos ocupa, pues el texto legal no impide que tales circunstancias resulten de la disposición del testador o se infieran de ella, sin ser indispensables las manifestaciones ostentosas que este autor entiende necesarias.

## 2.7. *Vicios de la voluntad*

El artículo 108.2 (hoy 423.2 CDFA), que la Ley de sucesiones dedica a la invalidez del testamento, dispone que el engaño, la violencia o la intimidación grave son causas de anulabilidad, sin incluir entre ellas el error, igual que ocurre en el artículo 673 CC.

Poco original puede añadirse aquí sobre estas causas de invalidez que aporte algo nuevo a lo escrito sobre los vicios de la voluntad como causa de invalidez testamentaria en la regulación del Código civil y en otros ordenamientos, por lo que nos limitaremos a estudiar el tratamiento de que es objeto en la Ley de sucesiones aragonesa (hoy refundida en el CDFA).

Cuando el testador es víctima de violencia o intimidación –que según la Ley han de ser graves– otorga testamento sin querer otorgarlo, o en sentido diferente al que querría ordenar su sucesión, por lo que la concurrencia de estas circunstancias supone falta de libertad del testador, que se ve obligado a actuar como no quiere. Cuando media engaño el testamento se otorga por error, al actuar el testador equivocado por las maquinaciones de que ha sido víctima, único supuesto en el que el artículo 108.2 Lsuc. (hoy 423.2 CDFA) considera indirectamente el error como causa de invalidez del testamento, centrando la atención en la maquinación de quien lo produce por medio del engaño y no en el error que provoca al testador. Volveremos sobre ello al tratar el régimen del error como causa de invalidez.

La influencia que puede ejercerse a través de los medios que refiere el artículo 108.2 Lsuc. (hoy 423.2 CDFA) (engaño, violencia o intimidación) puede tener por objeto que el testador otorgue testamento en determinado sentido o impedir que lo otorgue, pero el resultado de esta actuación solo tendrá relevancia como causa de invalidez en el primer caso, es decir, cuando a consecuencia de ellos se otorga un testamento susceptible de invalidarse por esta causa, pues si quien ejerce la ilegítima influencia ha logrado su propósito de evitar que la víctima otorgue testamento no es posible considerar válido un testamento inexistente aunque la víctima deseara otorgarlo, ni en su caso inválido el testamento anterior que su autor pretendía revocar mediante aquel que se le impidió otorgar.

---

<sup>44</sup> MERINO HERNÁNDEZ, J. L. *Comentarios al Código ...* cit. pp. 796-797.

Pese a ello, el ordenamiento procura en lo posible la ineficacia del llamamiento que resulta de esta situación cuando el beneficiado es el autor del engaño, o quien mediante amenaza o violencia impidió otorgar el testamento. En efecto, el artículo 13 f) Lsuc. (hoy 328 f CDFA), considera incapaz de suceder por indignidad al «*que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al causante o al fiduciario a otorgar, revocar o modificar las disposiciones sucesorias*», y el apartado g) del propio artículo dispone igual consecuencia para el «*que por iguales medios impidiera a otro otorgar pacto sucesorio, testamento o acto de ejecución de la fiducia, o revocar o modificar los que tuviese hechos, o suplantare, ocultare o alterar otros posteriores*»; regulación sustancialmente coincidente con la de los ordinales 5º y 6º del artículo 756 CC. En el supuesto del apartado f) hay un testamento incurso en la invalidez del artículo 108.2 Lsuc. (hoy 423.2 CDFA), pero en el caso del apartado g) la solución que se alcanza es parcial, pues se priva de eficacia al llamamiento derivado de la ausencia del otorgamiento que ilegítimamente se impidió llevar a cabo si el beneficiado es el autor del engaño, la amenaza o la violencia, pero no cuando el beneficiado es un tercero.

La violencia y la intimidación anulan la voluntad del testador, cuyo testamento responde a los designios de quien las ejerce, aunque la Ley no las considera supuestos de nulidad por falta del requisito esencial de que el testamento sea expresión de la voluntad del testador, sino causa de anulabilidad incluida en cuanto afecte al testamento en el artículo 108.2 Lsuc. (hoy 423.2 CDFA), como consecuencia de una deliberada decisión del legislador que considera prescriptible la acción para impugnar el testamento en este caso. Será estéril el esfuerzo de intentar distinguir cuando se advierte que existe en alguna medida voluntad propia del testador, aunque viciada, y cuando la violencia absoluta elimina cualquier vestigio de ella, porque si la presión ejercida no altera lo que el testador quiso disponer no concurre vicio alguno y si lo altera de cualquier forma la disposición afectada no responde a la voluntad del testador, o no hace totalmente, y concurre causa de invalidez a la que la Ley de sucesiones dispensa, como vemos, el tratamiento de la anulabilidad, que no de nulidad por falta de un elemento esencial. Ratifica esta conclusión la exigencia del artículo 108.2 Lsuc. (hoy 423.2 CDFA) de que la violencia o la intimidación sean graves para que el testamento sea anulable, pues en caso de ser leve ni siquiera es causa de anulabilidad. De este modo, ejercitada con éxito la acción, el testamento se declara inválido sin diferencia ninguna con el supuesto de que la causa hubiera sido de nulidad; ahora bien, si la acción prescribe el testamento resulta inatacable.

## 2.8. *El error*

Este trabajo no es el adecuado para adentrarnos en el estudio general del error como vicio de la voluntad, ni del error del testador en particular, sino de limitar nuestro objeto de estudio al tratamiento del error como causa de invalidez en la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte, remitiéndonos en lo demás a la obra de los autores que lo han tratado desde una perspectiva más amplia<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Además de las obras sobre el error en contratos, el error en el negocio jurídico, DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, cit. pp. 101-131; y más específicamente sobre el error testamentario,

En la regulación de la Ley de sucesiones aragonesa el error espontáneo del testador es causa de invalidez de la disposición testamentaria afectada pero no la contempla como causa de invalidez del testamento mismo, sin perjuicio de lo dicho en relación con el artículo 108.2 Lsuc. (hoy 423.2 CDFa) que considera anulable el testamento otorgado con engaño, en definitiva un caso de error provocado aunque el precepto centre la atención en el engaño y no en el error que provoca.

Sin embargo, es posible que el testador otorgue testamento por error no provocado por tercero, caso previsto en el artículo 422-2.2 del Libro Cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones que, bajo la rúbrica «Nulidad de disposiciones testamentarias», describe el supuesto en el que *«el testador ha otorgado un testamento porque creía erróneamente, según se deduce de su contenido, que el heredero instituido en testamento anterior había muerto»*, lo que sin duda supone un error motivador del otorgamiento mismo y no de la inclusión en él de una concreta disposición; sin embargo la consecuencia es únicamente la invalidez de la institución de heredero, al considerarse heredero el instituido en el testamento anterior, pero no la invalidez de todo el testamento ulterior porque dispone que *«subsisten los legados y las demás disposiciones a título particular ordenadas en el último testamento»*.

Decía DE CASTRO, que sucede lo mismo cuando el otorgante cree erróneamente que el documento que firma no tiene otro valor que el de una simple carta <sup>46</sup>; aunque la sola firma del documento es caso poco probable porque el testamento sería necesariamente notarial y el fedatario habría informado al otorgante; no lo es tanto cuando se trata de un manuscrito que quien lo escribe y firma no tiene conciencia de que vale como el testamento ológrafo que no tiene intención de otorgar, quedando desde ese momento en una suerte de error continuado por el que deja transcurrir el tiempo sin revocarlo. Como el artículo 108 Lsuc. (hoy 423 CDFa) no recoge el error como causa de invalidez del testamento ni contempla el aludido supuesto del Código civil de Cataluña, no es posible encontrar apoyo en la Ley de sucesiones aragonesa para alcanzar una solución similar.

En relación con las disposiciones testamentarias, según el artículo 109.2 Lsuc. (hoy 424.2 CDFa) el error en la persona o en el objeto, y el error de hecho o de derecho en los motivos que sea causalmente determinante de la disposición determinan su anulabilidad. Entre estos supuestos es preciso distinguir en primer término el error obstativo de los casos de error propio o error-vicio de la

---

entre otros trabajos de GORDILLO CAÑAS, A., merece cita especial *El error en el testamento*, Anuario de Derecho Civil, 1983-III, p. 747; ESPIAU ESPIAU, S., *El error en las disposiciones testamentarias. La regulación del Codi de successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya*, Tecnos, Madrid, 1994; VIÑAS MEY, J. *Los vicios de la voluntad testamentaria*, Curso de conferencias de 1948, Colegio Notarial de Valencia, 1949, p. 433; MONSERRAT VALERO, A. *El error vicio en el testamento (legado de un cuadro que después de la muerte del testador se descubre su gran valor)*, Revista de Derecho Privado, Octubre 2000, p. 764; ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, *Interpretación del testamento. Error en la designación del heredero. El principio falsa demonstratio non nocet*, en *Dictámenes Jurídicos*, I. Barcelona 1984, p. 248.

<sup>46</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, cit. p. 127.

voluntad, de distinta naturaleza en cuanto el primero es consecuencia de la falta de habilidad del testador para expresar lo que realmente desea, diciendo cosa distinta de la que pretende decir, mientras el error-vicio responde a una falsa representación de la realidad en la mente del testador, que dispone motivado por la equivocación que padece.

El error en la persona o en el objeto que contempla la Ley en un caso de error obstativo y subsanable por la interpretación del testamento cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 110 Lsuc. (hoy 425 CDFa), no llegando a producir la invalidez de la disposición testamentaria afectada si por medio de la interpretación es posible venir en conocimiento de quién sea la persona o a qué bienes pretendía referirse el testador aunque lo expresase de forma errónea, y vale la disposición respecto a la persona o a los bienes a los que realmente quería referirse el testador, cuya voluntad prevalece sobre la literalidad del documento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 101.1 Lsuc. (hoy 416.1 CDFa). En suma, el error en la persona beneficiada o en los bienes objeto de la disposición no es causa de invalidez mientras pueda determinarse por la interpretación del testamento la persona o los bienes a quienes se refería el testador aunque los citase erróneamente; pero será causa de invalidez -anulabilidad- cuando, aunque se constate que es errónea la designación, no es posible acreditar la persona o los bienes a que el testador quería referirse en realidad.

Es causa de anulabilidad de la disposición el error de hecho o de derecho en los motivos, «*si del testamento resulta que el testador no la habría otorgado de haber conocido el error*», por lo que el artículo 109.2 Lsuc. (hoy 424.2 CDFa), parece inclinarse a limitar los medios de prueba exigiendo que el error y su carácter determinante de la disposición resulten precisamente del contenido del testamento, en términos similares a los del artículo 767 CC, para el que la causa falsa «*será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa*»; lo que, sin embargo, no impide a una parte de la doctrina entender que en estos casos es posible recurrir a la prueba extrínseca, al menos parcialmente, en la medida en que no es imprescindible la constancia íntegra en el testamento del motivo del error y de su carácter determinante<sup>47</sup>.

El régimen de invalidez de los negocios *inter vivos* se ocupa de privar de eficacia a los que efectivamente llegan a crearse sin prestar atención a la situación que resulta cuando no han llegado a otorgarse por causa del error de quien pudo haberlos celebrado, o porque con engaño, violencia o amenaza, alguien impidió concluirlos: el contrato no celebrado, o el matrimonio no contraído en tales supuestos no existe y no cabe argüir sobre su eventual invalidez, ni intentar

---

<sup>47</sup> JORDANO BAREA, J. B. *El testamento...*, cit, p. 67-69; GORDILLO CAÑAS, A., *El error en el testamento*, ADC 1983-III, pp. 806-811; MORENO QUESADA, B. *Comentario al art. 767 II*, en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. EDERSA, Madrid 1987, p.366. En contra de este criterio, especialmente ALBALADEJO GARCÍA, M. *De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias*, en Estudios de Derecho civil, Barcelona, 1955, p.483 y O'CALLAGHAN MUÑOZ, X, *Comentario al art. 767 p.* en Comentario del Código civil, T. 4, Barceloa, 2000, p. 566.



actuar sobre la situación subsiguiente a su inexistencia. Sin embargo, tras la ineficacia del testamento o de las disposiciones testamentarias que se sigue de su invalidez, aparece siempre la solución de reemplazo para deferir la sucesión según el testamento anterior no revocado o, en su defecto, por las normas de la sucesión legal, todo lo cual tiene adecuado reflejo en el régimen de la invalidez testamentaria, que en la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte no se limita a las disposiciones generales de los artículos 108 (hoy 423 CDEFA) y siguientes.

La preterición no intencional –salvo el caso del legitimario nacido después de otorgarse el testamento– responde a un error del disponente por causa de muerte. Lo confirma que se denomine «preterición errónea» en alguna leyes<sup>48</sup> y el tenor del artículo 191 Lsuc. (hoy 506 CDEFA) para el que la preterición no intencional tiene lugar «*cuando el disponente, al ordenar la sucesión, desconocía la existencia del legitimario o su condición de tal, y en particular por haber nacido después, creer el causante que había fallecido o desconocer que era descendiente suyo*», descripción de una falsa representación de la realidad sobre los particulares a que se refiere el precepto pese a que, siguiendo las pautas tradicionales, la regule en el Título de la legítima. También la concurrencia de error determinante en el motivo de la exclusión o en la causa de la desheredación, expresados en el título sucesorio, dispone el artículo 199 Lsuc. (hoy 514 CDEFA) que produce los efectos de la preterición no intencional, que son los previstos en el artículo 193.1 Lsuc. (hoy 508.1 CDEFA), si afecta solo a algún legitimario de grado preferente, o en su apartado 2, si el preterido es el único legitimario de grado preferente o todos los que ostenten esta condición.

Aunque nominalmente se trate también de preterición, la intencional tiene naturaleza distinta y es objeto de un tratamiento legal totalmente diferente, pues no implica error del disponente, como precisa el artículo 190.1 Lsuc. (hoy 506.1 CDEFA), sino cabal conocimiento de hechos y circunstancias («*el disponente, al ordenar la sucesión, conocía la existencia del legitimario y su condición de tal*») e infracción deliberada del deber de mencionar al legitimario de grado preferente afectado –no necesariamente de beneficiarle– al que no atribuye otro derecho, según el artículo 192 Lsuc. (hoy 507 CDEFA), «*que el que pueda corresponderle a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma*», derecho que aunque no haya sido preterido asiste a todo legitimario de grado preferente.

En el tratamiento del error determinante de preterición no intencional la Ley va más allá de invalidar una disposición testamentaria, permitiendo que se defiera la sucesión con sujeción a criterios parcial o totalmente distintos a los dispuestos por el testador, concediendo al preterido el derecho a percibir una parte del caudal relicto que no le atribuyó aquél y, más drásticamente, si son preteridos todos o el único legitimario de grado preferente, defiriendo abintestato todo el

---

<sup>48</sup> «Preterición errónea» era la denominación con la que recogía la no intencional el artículo 378 del derogado Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña (Ley 40/1991, de 30 de diciembre, vigente hasta el 1 de enero de 2009), y con el mismo término aparece hoy en el artículo 451-16.2 el Libro Cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

caudal relicto, según el artículo 193.2 Lsuc. (hoy 508.2 CDFA), lo que es algo distinto a invalidar el testamento, pues si fuera inválido no habría revocado un eventual testamento anterior, eficaz entonces para deferir la sucesión, mientras el artículo 193.2 Lsuc. (hoy 508.2 CDFA) remite a la sucesión legal, sin excepción alguna.

La previsión para el caso era la misma en el artículo 122.2<sup>º</sup> de la Compilación, aunque anteriormente el artículo 32 del Apéndice de 1925 disponía que «*La preterición o la desheredación que no tenga causa legítima no anulará la última voluntad del ascendiente sino cuando comprenda a todos los herederos forzosos, y, en este caso, entre ellos se dividirán las dos terceras partes del caudal líquido, como si el causante hubiese fallecido abintestato.*», dejando a salvo los legados y liberalidades ordenados por el testador en tanto cuanto cupieran en el tercio libre. Regulación esta congruente con la protección del *quantum* de la legítima –entonces dos tercios del caudal– importe para el que la delación prevista por el precepto «*como si el causante hubiese fallecido abintestato*» supone un criterio de reparto de la legítima material entre los legitimarios preteridos, pero conservando en lo posible las disposiciones a favor de tercero en la medida que no excedieran del tercio de libre disposición.

El criterio que inspiró la Ley de sucesiones –y el régimen de la derogada Compilación– no es la tutela de la legítima material, pues la delación abintestato de todo el caudal relicto va más allá de propiciar el cumplimiento de la previsión del artículo 171.1. Lsuc. (hoy 486 CDFA) de que la mitad de *donatum* más *relictum* recaiga en descendientes del causante, porque no se limita a invalidar las disposiciones que lesionen este derecho sino que altera el orden de la vocación sucesoria dando preferencia a la sucesión legal sobre la voluntaria y, como dice RODRÍGUEZ BOIX, el preterido o preteridos reciben la legítima embebida en la sucesión legal; y, sin embargo, el testamento no es inválido, siendo eficaces únicamente sus disposiciones de contenido no patrimonial: designación de albacea o contador-partidor, disposiciones sobre incineración, entierro, donación de órganos...etc.<sup>49</sup>, lo que es una razón más que demuestra que, pese a ubicar estas normas en el Título que la Ley dedica a la legítima, la preterición no intencional responde a un supuesto de error del disponente, y sus consecuencias no atienden precisamente a remediar la lesión cuantitativa de aquel derecho.

Los efectos que según la Ley de sucesiones produce la preterición no intencional de todos o el único legitimario de grado preferente tienen un fundamento distinto a la tutela de la legítima material, que se suele decir es suplir la «voluntad hipotética abstracta de un testador medio» –como afirma GÓMEZ CALLE<sup>50</sup>– el

---

<sup>49</sup> RODRÍGUEZ BOIX, F. «*La preterición*», Actas de los X Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000. p. 39, quien recoge la opinión de DE LA CÁMARA en el sentido de que no cabría en este caso es el reconocimiento de hijos no matrimoniales porque implicaría que el testador sabe de su existencia y, en consecuencia, la preterición sería intencional.

<sup>50</sup> GÓMEZ CALLE, M<sup>º</sup> E. *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*. Monografías Thomson-Civitas. Editorial Aranzadi, 2007, p. 107. Un análisis de las teorías sobre el fundamento de las soluciones legales a la preterición no intencional, en GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código civil y en los derechos civiles forales*. Comares, Granada, 2004. pp. 131-165

cual habría beneficiado a los preteridos de haber conocido su existencia o su condición; pero la solución que adopta la norma responde más bien a la presunta intención de beneficiarles con la totalidad del caudal relicto, al invalidar todas las disposiciones de contenido patrimonial aunque quepan en la parte libre. Esta es sin duda la solución legal, pero deja en entredicho el fundamento apuntado cuando conste la voluntad expresa del testador de no disponer de la totalidad del caudal en beneficio del legitimario; como es el caso de quien otorga testamento instituyendo herederos por mitad a su esposa y a su único hijo fruto de anterior matrimonio que después es declarado fallecido, otorgando el padre nuevo testamento en el que manifiesta carecer de descendientes, instituyendo única heredera a su esposa; si tras la muerte del testador regresa el hijo, el supuesto es de preterición no intencional comprendido en el artículo 191 Lsuc. (hoy 506 CDFa), al creer el causante cuando otorgó el segundo testamento que el legitimario ha fallecido, y aunque manifiesta en él que carece de descendientes porque su único hijo ha muerto, no es esta mención suficiente según el artículo 189.3 Lsuc. (hoy 504.3 CDFa) para evitar la preterición, la que por afectar al único legitimario determina la delación abintestato de todo el caudal relicto, según el 193.2 (hoy 508.2 CDFa) de la propia Ley. El hijo será heredero único por aplicación de las normas de la sucesión legal, que propicia así una consecuencia claramente contraria a la voluntad del causante, quien, antes de que el hijo fuera declarado fallecido, se limitó a instituirle heredero de la mitad, pero recibe ahora toda la herencia y nada la esposa entonces instituida por mitad con él.

El error de derecho sobre la condición de legitimario de persona que el testador conoce aunque no atribuye tal carácter a la relación que les vincula se suele presentar respecto a las adopciones menos plenas o simples celebradas antes de la reforma de la adopción por Ley de 11 de noviembre de 1987: el testador conoce la adopción menos plena o simple de la que ha sido parte, pero cree que el adoptado no tiene la condición de hijo ni, en consecuencia, de legitimario de grado preferente. El error es excusable en la medida de que los derechos sucesorios de los hijos adoptivos no eran los mismos que los de los hijos por naturaleza, pudiendo incluso estos adoptados no usar los apellidos del adoptante y no eran reconocidos como legitimarios, condición que incluso les fue expresamente negada por la reforma de 1981, aunque la última jurisprudencia ha acabado por reconocerles<sup>51</sup>.

El caso es también subsumible en el supuesto de hecho del artículo 191 Lsuc. (hoy 506 CDFa), pues el testador conoce la existencia del sujeto pero no cree

---

<sup>51</sup> En sentencias de 6 de febrero de 1997 y 8 de octubre de 2010, el Tribunal Supremo considera que los adoptados simples o menos plenos se deben contar entre los hijos del adoptante, pues «una cosa es la eficacia de la adopción simple, que se mantiene incólume, y otra, su inclusión en el concepto de hijo, sin discriminación, que debe mantenerse a ultranza desde la Constitución y desde la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, a todos los efectos que se refieran a hijo o hijos en abstracto...»; criterio que, a partir de la entrada en vigor de la reforma del párrafo tercero del artículo 180 CC por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, hasta su derogación por la reforma de 11 de noviembre de 1987, según la cual «Adoptado y adoptante carecen entre sí de derechos legitimarios y su presencia no influye en la determinación de las legítimas ajenas».

que sea legítimo por un error de derecho que le lleva a desconocer que es descendiente suyo. Es dudosa la solución si le menciona negándole la condición de legítimo, pues en principio parece haber mención suficiente, según el artículo 189.1 Lsuc. (hoy 504.1 CDFa), pero al negarle la condición de legítimo –que realmente tiene– se evidencia el error del testador que fundamenta la preterición no intencional, que no concurrirá si, cualquiera que se la opinión del testador sobre la condición del adoptado, le hubiese otorgado algún beneficio a título gratuito.

### 3. OTROS SUPUESTOS DE INVALIDEZ Y DE INEFICACIA

La invalidez testamentaria no se agota, como hemos visto, en las disposiciones del Capítulo III, Título III de la Ley (hoy Libro Tercero del CDFa), regulando en su articulado otros supuestos específicos de invalidez, como el del artículo 160.1 (hoy 475.1 CDFa) que al establecer las incapacidades relativas para suceder dispone que «*es nula la disposición por causa de muerte a favor de...*», remitiendo luego a las normas de la indignidad el régimen de «*la caducidad de la acción declarativa de la incapacidad relativa*», lo que implica la aplicación del artículo 18 Lsuc. (hoy 333 CDFa), por lo que la acción caduca en plazo de cinco años «*desde que el indigno de suceder –en nuestro caso el sujeto afectado por la incapacidad relativa– esté en posesión de la herencia o legado*» con lo que presenta dos peculiaridades: está sujeta a caducidad y no a prescripción y el cómputo se inicia momento distinto al del fallecimiento del causante, *dies a quo* que la Ley fija en los demás casos de invalidez.

En otros supuestos la Ley considera ciertas disposiciones directamente ineficaces como cuando dispone que se tengan «por no puestas», sin calificarlas de nulas ni de anulables, requiriendo un juicio de autoridad que establezca la efectiva concurrencia del supuesto de hecho del que depende la ineficacia de la disposición, que en ocasiones tiene mayor alcance, como en los casos en que el error afecta a los motivos del testador para adoptar una disposición, pues en los supuestos contemplados en los artículos 156 y 199 de la Ley de sucesiones (hoy 471 y 514 CDFa) la decisión es doble: si los motivos del testador eran erróneos y si el error fue determinante o no, conduciendo su resultado a soluciones opuestas, como son la ineficacia de la disposición si eran determinantes, o que los motivos erróneos se tengan por no puestas, si no lo eran.

Son casos de invalidez los del artículo 101.2 Lsuc. (hoy 416.2 CDFa), que regula la interpretación testamentaria, cuando existe contradicción irreductible entre distintas cláusulas de un mismo testamento y cuando sus disposiciones son ininteligibles. Dispone sobre las contradictorias que no será válida ninguna de las que pugnen sustancialmente entre sí, mientras las disposiciones ininteligibles «*se considerarán no formuladas*»; aunque el precepto asigna este efecto únicamente a las disposiciones ininteligibles la solución parece ser la más adecuada también para las que pugnen sustancialmente entre sí de forma irreductible, de las que la norma solo dice que ninguna será válida, lo que significa que pese a que cada una tenga sentido por separado ninguna puede prevalecer sobre la que la

contradice y ambas se anulan recíprocamente. Deben tenerse por no formuladas al ser difícilmente subsumibles en el sistema de los artículos 108 y 109 de la Ley (Ley 423 y 424 CDFA) la invalidez con que las sanciona artículo 101.2 Lsuc. (hoy 416.2 CDFA), ya que no responden a ninguno de los supuestos que contemplan ni su naturaleza permite aplicarles el régimen de nulidad-anulabilidad que arbitran estos preceptos.

Otro supuesto de invalidez deriva de la infracción del artículo 106.4 Lsuc. (hoy 421.4 CDFA) cuando habiendo otorgado testamento mancomunado uno de los testadores otorga después testamento unipersonal en vida del otro testador. Según el precepto citado *«toda revocación o modificación unilateral en vida del otro testador deberá hacerse en testamento abierto ante Notario»* y, como el testamento posterior perfecto revoca el otorgado anteriormente, la norma es de aplicación a todo testamento otorgado por uno solo de los testadores en vida del otro aunque el mancomunado no contenga disposiciones correspectivas, ya que el precepto no la limita la exigencia de forma a tal supuesto. La Ley no precisa las consecuencias que se siguen en caso de no observarse la forma prescrita, a diferencia de las que produce la infracción de los restantes requisitos que exige para el caso el artículo 106.4 Lsuc. (hoy 421.4 CDFA), pues si el otorgante no hace saber al notario la existencia del anterior testamento, no le comunica el domicilio del otro otorgante o el notario no notifica el nuevo otorgamiento al otro testador dentro de los ocho días hábiles siguientes la infracción no afectará a la eficacia revocatoria del testamento, por expresa disposición del propio artículo 106.4 Lsuc. (hoy 421.4 CDFA), no obstante las responsabilidades a que hubiere lugar.

La finalidad del artículo 106.4 Lsuc. (hoy 421.4 CDFA), es proteger la lealtad debida al otro otorgante con objeto de que –dice el Preámbulo de la Ley– *«obre, si quiere, en consecuencia»*, por lo que es congruente exigir otorgamiento notarial y la notificación al otro testador; sin embargo, como lo que se le comunica es solo el hecho del ulterior otorgamiento y no su contenido, parece injustificado que la exigencia sea precisamente el testamento abierto y no limitarla al testamento notarial, lo que permitiría que el testamento pudiera ser cerrado, quedando excluido solamente el ológrafo. No obstante, la forma que exige el precepto es la del testamento notarial abierto, por lo que si el otorgado no se ajusta a esta prescripción incurre en un supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 108.1 a) Lsuc. (hoy 423.1.a CDFA), en cuanto no se ha observado un requisito esencial prescrito por la ley, como es la forma específica prescrita para este caso.

### *3.1. Disposiciones correspectivas del testamento mancomunado*

La distinción entre invalidez e ineficacia tiene especial importancia en el régimen de las disposiciones correspectivas del testamento mancomunado, definidas por el artículo 105.1 Lsuc. (hoy 420.1 CDFA) como *«... las disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente*

*condicionada, sean en beneficio mutuo o de tercero»; relación que los testadores establecen voluntariamente y que constituye una excepción al principio de no propagación de la invalidez entre las disposiciones del testamento, regla y excepción establecidas en el artículo 109.3 Lsuc. (hoy 424.3 CDFA).*

Dice el artículo 105.2 Lsuc. (hoy 420.2 CDFA) para las disposiciones correspectivas que «*La nulidad o anulación de una disposición produce la ineficacia total de la correspectiva. Sin embargo, la ineficacia sobrevenida de una disposición no produce la de su correspectiva, que dejará de tener ese carácter*», con lo que arbitra un régimen en el que es esencial la aludida distinción entre invalidez e ineficacia porque, declarada la nulidad de una cláusula la correspectiva no es también nula, sino ineficaz y, por tanto, técnicamente válida aunque no surta efectos; pero cuando aquella no es inválida sino ineficaz por causas sobrevenidas después del otorgamiento, la correspectiva es válida y eficaz, aunque cesa la correspectividad, lo que en el testamento mancomunado con institución recíproca entre testadores a la que haya asignado carácter correspectivo permite heredar al supérstite a pesar de que por la muerte del cotestador su institución de heredero devenga *ipso facto* ineficaz. En caso de comoriencia, según el artículo 5.2 (hoy 320 CDFA) en relación con el 122 a) Lsuc. (hoy 437.a CDFA), son ineficaces las disposiciones por las que cada testador instituye al otro, pero el testamento mancomunado conserva su validez y es eficaz en cuanto al resto de las disposiciones, entre las que es frecuente la institución preventiva a favor de un tercero para el caso de que el primer instituido no herede.

### 3.2. *La ineficacia sobrevenida*

Cuando una disposición testamentaria resulta inaplicable por hechos posteriores al otorgamiento estamos ante un caso de ineficacia sobrevenida, entre los que se cuentan los relacionados en el artículo 122 Lsuc. (hoy 437 CDFA), supuestos de premoriencia, indignidad, repudiación del instituido y fallecimiento del sucesor antes de cumplirse la condición suspensiva de que dependa la institución, que no son homogéneos, pues la premoriencia es la única que necesariamente se produce en vida del testador, que todavía puede modificar sus disposiciones en atención a ella; las causas que determinan la indignidad pueden no haberse manifestado antes de la apertura de la sucesión, mientras la repudiación se producen necesariamente después, y también el fallecimiento pendiente de cumplirse la condición suspensiva, ya que de no ser así el supuesto sería de premoriencia del instituido. En todos estos supuestos, no habiendo ulterior llamamiento ni sustitución legal en los que esta es posible, se abre la sucesión legal.

En el marco de la sucesión voluntaria importan también otros sucesos que en vida del testador cambian las circunstancias existentes al otorgar el testamento, en particular en los casos de crisis matrimonial y de nacimiento de un hijo. En el primer caso, la institución o beneficios dispuestos a favor del *cónyuge* devienen ineficaces si quien ostentaba esta condición al tiempo de testar deja de tenerla, ejerciendo su influencia la nueva situación incluso cuando la disposición a su favor se hiciera designándole por su nombre y apellidos y no por su condición de *cónyuge*.

Es también un caso de invalidez sobrevenida el nacimiento de un legitimario de grado preferente después de otorgado el testamento, supuesto que las leyes –y también la aragonesa– tratan como preterición no intencional. En la sucesión aragonesa el caso solo se plantea si el nacido es legitimario de grado preferente, pues el nacimiento de cualquier otro descendiente del testador carece de relevancia a estos efectos, porque nunca puede considerarse preterido un legitimario de grado no preferente.

Salvo que haya perdido la capacidad para testar, el testador puede en estos casos revocar o modificar su testamento para acomodarlo a la nueva situación, mencionando o instituyendo al neonato<sup>52</sup> o excluyendo a quien ya no es su cónyuge o del que está separado; pero aunque no sea así la Ley de sucesiones tiene en cuenta la nueva situación y dispone el efecto que produce en la sucesión del testador, pese su falta de iniciativa.

El ulterior nacimiento de un legitimario de grado preferente es un caso de preterición no intencional previsto en el artículo 191 Lsuc. (hoy 506 CDFA) («*el disponente, al ordenar la sucesión, desconocía la existencia del legitimario... en particular por haber nacido después*»), por lo que si el nacido es el único legitimario de grado preferente se aplicará el artículo 193.2 Lsuc. (hoy 508.2 CDFA), y si es uno más entre otros de esta condición la preterición es singular y se aplica el artículo 193.1 Lsuc. (hoy 508.1 CDFA), con los efectos que ya hemos visto para los supuestos de preterición no intencional originados por error. La situación es la misma, aunque no se trate de nacimiento en sentido estricto, cuando se establece la filiación respecto del testador o de un descendiente suyo premuerto, pues si vive el progenitor no sería legitimario de grado preferente en la sucesión del testador y la filiación establecida irrelevante a efectos de preterición. La acción *ex* artículo 193 Lsuc. (hoy 508 CDFA), en cualquiera de sus dos casos, prescribe a los cinco años del fallecimiento del causante según dispone el artículo 178.1 Lsuc. (hoy 493.1 CDFA), como ya hemos visto.

Declarada la nulidad del matrimonio del testador, la separación o el divorcio, es lógico entender que queden sin efecto las disposiciones testamentarias entre cónyuges en ausencia de la *affectio maritalis* que sin duda era su causa, y así lo entendía parte de la doctrina; pero la Resolución de la DGRN de 26 de noviembre de 1998 concedió validez y eficacia al testamento que instituía heredera a la esposa del testador de la que se había divorciado cinco años antes de su fallecimiento, manteniendo la Dirección General el criterio de que los testamentos solo se revocan otorgando nuevo testamento y a falta de precepto legal que disponga otra cosa en el Código civil no puede entenderse revocado por el divorcio del testador y la instituida, por lo que no acogió la tesis mantenida por el Registrador de concurrencia de causa falsa o motivo erróneo de la disposición, determinante de su ineficacia según el artículo 767 del Código Civil. Que la disposición testamen-

---

<sup>52</sup> GÓMEZ CALLE, M<sup>a</sup> E. estima –en relación con la normativa del artículo 814 CC– que la pasividad del testador que no modifica su testamento tras el nacimiento de su hijo después de haberlo otorgado no califica de intencional la preterición aunque, constándole el nacimiento, no modifica el testamento que ignora al nacido. *El error del testador... cit.* p. 157.

taria se refiriera a la «esposa», añadiendo su nombre y apellidos, no permite entenderlos como expresión clara del motivo de la institución, pudiendo interpretarse como dato adicional identificador de la favorecida<sup>53</sup>. La solución es más sencilla si lo atribuido al cónyuge es una cuota legal, como cuando se lega la legítima del cónyuge en el régimen del Código civil, y así, según la STS 1 de mayo de 2010, si «*el testador atribuyó como legado de parte alícuota, a su esposa, de aquel tiempo, la cuota viudal que por ley le corresponda y en el momento de hacer la partición, al estar disuelto su matrimonio por divorcio, por ley no le correspondía ninguna cuota*»

Para los supuestos de declaración de nulidad del matrimonio del testador, separación o divorcio y también cuando, sin haber recaído sentencia firme, se encuentran en trámite los procedimientos dirigidos a tal fin, aunque el testador no haya revocado o modificado su testamento, dispone el artículo 123 Lsuc. (hoy 438 CDFa) –inspirado en el artículo 132 de Código de sucesiones de Cataluña y en el parágrafo 2.077 de BGB<sup>54</sup>– que «*no surtirán efecto las disposiciones correspondientes 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 ese fin*», disposiciones que son ineficaces, no inválidas, como corresponde a la previsión textual de que «*no surtirán efecto*», consecuencia que puede evitar o modificar el testador, si así lo desea, al ser preferente su voluntad sobre la solución legal, según el propio artículo 123 Lsuc. (hoy 438 CDFa).

La norma tenía sus correlativas para el pacto sucesorio en el artículo 89 de la Ley (hoy 404 CDFa), y para la sucesión legal en el artículo 216.1 Lsuc. (hoy 531.1 CDFa), que no contempla el divorcio ni la nulidad –pues en tales casos ya no tendría la condición de cónyuge por la que es llamado– pero sí la pendencia de los procesos y la separación de hecho «*por mutuo acuerdo que conste fehacientemente*», situación que no contempla el artículo 123 Lsuc. (hoy 438 CDFa), sin que exista razón alguna para limitar el supuesto únicamente a la sucesión legal y no incluirlo también en el régimen de ineficacia de la sucesión voluntaria.

Ninguno de estos artículos requería que el procedimiento judicial se haya interpuesto por uno o por ambos cónyuges, con lo que en la Ley de sucesiones cabía la posibilidad de que la demanda de nulidad matrimonial la haya inter-

---

<sup>53</sup> La resolución, no obstante, dejó apuntados argumentos en apoyo de la solución opuesta, siempre que el asunto se sustancie ante los Tribunales, al decir que «*Al apreciar la eficacia o ineficacia de la disposición no debe valorarse la voluntad ulterior de mantener la institución por parte del causante (y por ello no siempre puede ser concluyente la mera inactividad del testador que no revoca la disposición –piénsese, por ejemplo, en la imposibilidad de revocarlo por incapacidad sobrevenida, circunstancia ésta que, por otra parte, podría haber sido la causa de la separación y posterior divorcio–) y aunque puede inferirse de la interpretación de la voluntad real del testador cuando otorgó el testamento que no habría hecho la institución de haber sabido que el vínculo conyugal con la instituida no subsistiría, expresándolo así al mencionar la condición de esposa de la beneficiaria, pero tal hipótesis sólo puede ser apreciada en procedimiento judicial contradictorio con fase probatoria y no tiene cabida en el recurso gubernativo, prevaleciendo mientras tanto la interpretación favorable a la eficacia de la institución.*»

<sup>54</sup> Trata en detalle esta cuestión en el BGB y, en general, en el Derecho alemán, María Esther GÓMEZ CALLE en su citada obra *El error del testador y el cambio sobrevenido...*



puesto un tercero (artículo 74 CC) sin existir en tal caso la desafección entre cónyuges que sin duda concurre cuando son ellos quienes la interponen, pero la redacción del texto refundido en el CDFA ha corregido esta omisión. Se entiende que el procedimiento se encuentra en trámite desde que recae resolución judicial de admisión de la demanda, aunque aún no se haya notificado al demandado.

La sentencia del TSJ de Aragón de 20 de junio de 2005 aplica el artículo 123 Lsuc. (hoy 438 CDFA) al testamento otorgado en el marco de una convivencia no formalizada legalmente como pareja de hecho, estimando que no cabe valorar las disposiciones testamentarias de uno de los convivientes a favor del otro como si hubieran sido hechas entre particulares sin vínculo específico previo alguno, con abstracción absoluta de que su causa principal era la relación convivencial dotada de las notas de afectividad, estabilidad y vocación de permanencia, por lo que *«resulta de observancia el artículo 123 de la ley sucesoria ...»* y constando la separación efectiva de los convivientes y que se tramitó procedimiento judicial para resolver las cuestiones económicas surgidas de ella, *«dada la identidad de situaciones entre el matrimonio y la situación de convivencia»*, la sentencia confirmó la ineficacia del legado dispuesto por uno de los convivientes a favor del otro.

Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Validez y eficacia de normas y actos». MCYT DER 2008-01169, (2008-2011) del que es investigador principal el Dr. D. Jesús Delgado Echeverría.