

LA INEFICACIA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS ANTE LA APARICIÓN DE UN CISNE NEGRO

The testamentary ineffectiveness upon the appearance of a black swan

M.Sc. Janet Gherzi Almarales

Doctoranda en Derecho de Consumo
Universidad de Perugia (Italia)
<https://orcid.org/0000-0003-0339-8133>
janet.ghersi@gmail.com

*“Nunca se alcanza la verdad total,
ni nunca se está totalmente alejado de ella”.*

ARISTÓTELES

Resumen

El cambio de circunstancias puede ser entendido como una serie de hechos, actos jurídicos y/o actos legislativos suscitados luego del otorgamiento del testamento entre sus fases de perfección y eficacia, que varían el escenario tenido en cuenta por el testador. De modo tal que, los cambios que no encuentren asidero en la hermenéutica testamentaria requieren un análisis que parte desde la posible eficacia hasta la ineficacia de las disposiciones testamentarias observada esta última desde la tipificación legal de los cambios sobrevenidos de circunstancias; la condición tácita con efectos resolutorios; el error en los motivos y la nulidad de las disposiciones testamentarias.

Palabras claves: testamento; cambio de circunstancias; última voluntad; ineficacia testamentaria; tipificación legal; revocación; condición; error; anulabilidad y nulidad.

Abstract

The change of circumstances can be understood as a series of events, legal acts and/or legislative acts occurring after the Will has been granted between its phases of perfection and efficacy, which change the scenario taken into

account by the testator. In such a way that the changes that do not find a basis in the testamentary hermeneutics require an analysis that starts from the possible efficacy to the inefficacy of the testamentary dispositions, the latter being observed from the legal typification of the supervening changes of circumstances; the tacit condition with resolutive effects; the error in the motives and the nullity of the testamentary dispositions.

Keywords: Will; change of circumstances; last will; testamentary inefficacy; legal typification; revocation; condition; error and nullity.

Sumario:

1. Ante los cambios sobrevenidos de las circunstancias. Visión múltiple vs. puntos de fuga.
 - 1.1. La eficacia de las disposiciones testamentarias. Solemnidad, seguridad jurídica y favor testamenti. Cuestiones a dilucidar.
 - 1.2. La ineficacia de las disposiciones testamentarias. La última voluntad del testador.
 - 1.2.1. De la anulabilidad de las disposiciones testamentarias. El error en los motivos. Análisis de lege lata.
 - 1.2.2. Cambio sobrevenido de circunstancias en los códigos civiles. ¿Revocación presunta?
 - 1.2.3. El cambio sobrevenido de circunstancias, ¿condición tácita?
 - 1.2.4. De la nulidad de las disposiciones testamentarias ante los cambios sobrevenidos de circunstancias.
2. Paradigmas para una pretensión sobre revisión judicial del testamento ante cambios sobrevenidos de circunstancias en sede de ineficacia.
3. Ideas conclusivas. **Referencias bibliográficas.**

1. ANTE LOS CAMBIOS SOBREVENIDOS DE LAS CIRCUNSTANCIAS. VISIÓN MÚLTIPLE VS. PUNTOS DE FUGA

El cambio de circunstancias en este contexto puede ser entendido como una serie de hechos, actos jurídicos y/o actos legislativos,¹ suscitados luego del otorgamiento del testamento, que denotan una influencia de tipo subjetiva y/u objetiva, que puede incidir en la revisión judicial del testamento, por cuestiones de hermenéutica o ineficacia de las disposiciones testamentarias. Tiene lugar cuando el escenario del causante, al momento de otorgar su testamento, varía y el nuevo escenario no encuentra cabida en el contenido del testamento ya otorgado. Ocurre entre las fases de perfección y eficacia del acto jurídico testamentario.

¹ *Vid.*, sobre el impacto de los cambios legislativos y la variación del concepto de orden público sobre las disposiciones testamentarias otorgadas, MEDINA ORTIZ, Jordi, "Nuevo criterio en la interpretación de las disposiciones testamentarias, introducido por el TEDH", disponible en https://app.vlex.com/#ES/vid/257442/graphical_version, pp. 7-10.

¿Qué hacer ante un cambio de circunstancias?

Ante un cambio de circunstancias que sobrevenga al testamento otorgado, caben, *a priori*, dos alternativas: la primera, instar a la revisión judicial del testamento por cuestiones de hermenéutica, siempre que la voluntad manifestada sea conciliable con la presumible última voluntad del testador; la segunda gira en torno a instar a la ineficacia de las disposiciones testamentarias cuando la última voluntad y la voluntad declarada no sean compatibles u optar por la fórmula de preservar la eficacia del testamento ignorando la variación sobrevenida de las circunstancias.

En tal sentido, serán analizadas las distintas soluciones de *lege lata* y de *lege ferenda* que resultarán aplicables desde la eficacia hasta la ineficacia de las disposiciones testamentarias.

1.1. LA EFICACIA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS. SOLEMNIDAD, SEGURIDAD JURÍDICA Y FAVOR TESTAMENTI. CUESTIONES A DILUCIDAR

No son pocos los operadores del Derecho que mantienen una posición radical en torno a preservar la eficacia íntegra del testamento, aun cuando se haya suscitado una variación extraordinaria de las circunstancias tenidas en cuenta por el testador al momento del otorgamiento, y en ese sentido abogan por preservar la eficacia del testamento y ejecutarlo a tono con las circunstancias vigentes, únicamente, en la fecha o en el momento del otorgamiento.

Así, afirma JORDANO BAREA² "que la llamada voluntad verdaderamente última del testador es, jurídicamente irrelevante, queda fuera del negocio jurídico. La nueva orientación de voluntad no puede valer ni como medio interpretativo del testamento, ni como negocio unilateral *mortis causa*, si no se reviste de la forma requerida".

El testamento constituye un negocio jurídico solemne, toda vez que la voluntad del testador al quedar debidamente consignada debe ir en consonancia con las cuestiones de forma, exigidas en la ley para que revista validez, so pena de acarrear la nulidad, por no cumplir las formalidades establecidas con carácter de requisito esencial, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 67 d) del Código civil cubano en relación con el artículo 16 de la Ley de las Notarías

² JORDANO BAREA, Juan B., *Interpretación del testamento*, p. 119.

Estatales³ para el caso de los testamentos notariales, e igual observancia tiene lugar con los restantes tipos de testamentos que no cumplan las formalidades exigidas *ex lege*.

La forma en el negocio jurídico testamentario constituye un requisito *ad solemnitatem*, por lo que la declaración de voluntad del testador queda sometida a un determinado ritual impuesto en la ley. Esta formalidad trae aparejada la estricta protección a la voluntad declarada por el testador, entendiéndola cristalizada de tal manera que en sede de hermenéutica testamentaria limita el objeto de interpretación únicamente a la voluntad declarada sin importar el periodo transcurrido del otorgamiento del testador hasta su muerte. En ese sentido sostiene VAQUER ALOY⁴ que el objeto de la interpretación testamentaria es la declaración de voluntad, lo cual excluye aquellas expresiones que no supongan una verdadera voluntad testamentaria, por ser simples ruegos o admoniciones dirigidas a quienes puedan ser beneficiarios de la sucesión, por ser meros esbozos de una voluntad no acabada ni definitiva.

Ahora bien, si las solemnidades del testamento activan el pensamiento hacia el rechazo de plano de la inclusión de una voluntad posterior al otorgamiento, es dable analizar su naturaleza jurídica y el tránsito de la interpretación de las disposiciones testamentarias desde el objetivismo al subjetivismo; de la permisibilidad de utilización de pruebas extrínsecas contra la imposibilidad rotunda de utilizar solo los recursos intrínsecos; de llegar a la cabal última voluntad del testador desde el *armchair principle* a la *Andeutungstheorie*, que admite la interpretación de una posible voluntad posterior con indicación en la voluntad declarada. De esta manera, la interpretación se convierte en el primer límite a la ineficacia de las disposiciones testamentarias, la cual procederá únicamente subsidiaria a esta en los supuestos de haberse otorgado una declaración de voluntad bajo la premisa de que permanecerían así las cosas (*rebus sic stantibus*).

³ Artículo 16: “Son nulos los documentos notariales:

a) autorizados por el Notario en las circunstancias a que se refiere el inciso a) del Artículo 11 de esta Ley; b) en que no conste la identidad y firma del Notario o la identidad, el juicio sobre el conocimiento o la capacidad y firma de los comparecientes y de los testigos en su caso; c) en los que el juicio que emite el Notario se base en declaraciones de testigos obligatorios y éstos sean inhábiles; ch) en los casos en que se declaren judicialmente; d) cuando concurran otras causales previstas en la Ley”.

⁴ VAQUER ALOY, Antoni, *La Interpretación del Testamento*, pp. 23 y 24.

El segundo elemento a favor de preservar la eficacia del testamento lo constituye el hecho de ser un acto jurídico esencialmente revocable y por tanto el testador puede adaptar su voluntad a tono con los diferentes cambios de circunstancias que sobrevengan, sin que obre la necesidad de indagar sobre la posible variación de la voluntad declarada;⁵ argumento que *a priori* se torna muy fehaciente, empero la práctica pudiera despintarlo, toda vez que, piénsese en los supuestos de incapacidad sobrevenida del testador que otorgó el testamento sobre unas circunstancias y luego estas se tornan completamente distintas, ¿será suficiente el indicio de la no revocación?, ¿o deberá buscarse

⁵ En favor de la eficacia, la Resolución de la Dirección General de Registros y Notarías de España del 26 de noviembre de 1998 hace referencia a un caso en que el Registrador denegó la inscripción de un documento de aceptación de herencia porque la cláusula de institución de heredero afirmaba literalmente que instituye heredera universal a su citada esposa Doña María del Carmen G.P., de donde resulta que, aunque se especifique el nombre y dado que la condición de esposa ha decaído al estar dicha señora divorciada de su matrimonio con el causante y casada en segundas nupcias, debe decaer también la institución. El notario interpuso recurso gubernativo sobre la base de que la institución no estaba sometida a condición: existió una alteración sobrevenida, el posterior divorcio, pero el testador no revocó el testamento a pesar de poder haberlo hecho durante los cinco años que transcurrieron entre el divorcio y el fallecimiento. Aunque el Tribunal Superior de Justicia entendió el hilo argumental del registrador, que existía una revocación tácita del llamamiento por el hecho del divorcio, la DGRN, dando la razón al Notario apelante, consideró que la revocación ha de adoptar forma testamentaria y se ha de realizar en virtud de las causas previstas por la ley, no siendo estas de aplicación extensiva (por mucho que esa revocación por divorcio sea reconocida en el Derecho Sucesorio de Cataluña, no es aplicable a este caso), por lo que debe prevalecer la interpretación favorable a la eficacia de la institución, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad. *Vid. LÓPEZ FRÍAS, María Jesús, Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias*, pp. 20-21.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 9915/2013, de 15 de abril de 2013, Recurso 1012/2012, Resolución 144/2013, señala que las situaciones de divorcio de mutuo acuerdo no siempre son traumáticas y no impiden necesariamente seguir manteniendo sentimientos de afectividad. Añade que el artículo 834 del Código Civil español al contemplar los derechos hereditarios del cónyuge viudo, tiene como requisito que al morir su consorte no se halle separado de este judicialmente o de hecho, debiendo entenderse que se refiere en todo caso a la existencia de matrimonio vigente a la muerte del causante, pero tal limitación no afecta a su nombramiento de heredero en testamento por ser un acto de libre disposición; con la limitación de las legítimas, se puede hacer a favor de cualquier persona incluso también de un legitimario. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 4067/2007 de 30 de marzo de 2007, Recurso 188/2007, Resolución 103/2007, indica que la testadora tuvo más de seis años para revocar el testamento en su totalidad o en particular sobre el legado y ello pese a que estaba afectada por una gran enfermedad que luego le causó la muerte, permite entender que si durante esos años no dispuso la revocación fue porque esa era su voluntad. *Vid. ambas sentencias en <http://www.notariaabierta.es/disposicion-testamentaria-a-favor-conyuge-nulidad-divorcio-o-separacion/respond> [consultada el 15 de abril del 2019], p. 5.*

una solución más justa dentro de los límites de la solemnidad del acto jurídico testamentario?

Un tercer argumento en torno a preservar la eficacia del testamento es el principio de *favor testamenti*.

El *favor testamenti* como principio de interpretación en sede testamentaria atribuye, como apuntábamos *supra*, una especial observancia a la preservación de la eficacia del testamento, de tal modo que si existe alguna cláusula o disposición testamentaria provista de algún elemento que conduzca a la ineficacia testamentaria, se eliminará esta, para preservar el resto del testamento que cumple con las solemnidades requeridas por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, afirma con razón JORDANO BAREA⁶ que la imposibilidad de renovación del testamento solo justifica la particular amplitud que en materia de interpretación encuentra el principio de conservación y la existencia de un especial *favor testamenti*, empero, el principio de conservación por sí solo podía hacer prevalecer en el campo interpretativo una voluntad distinta de la real, en aras de la conservación del negocio.

El principio de *favor testamenti* nunca deberá ser aplicado por encima de la última voluntad del testador, que constituye el elemento esencial del acto jurídico testamentario. De esta forma deberá acudir a la hermenéutica y solo si esta no fuera suficiente para ajustar la voluntad declarada a las nuevas y sobrevenidas circunstancias, deberá instarse la ineficacia, deduciendo esta voluntad posterior de la propia declaración de voluntad, con apoyo en las pruebas extrínsecas y en la interpretación de las disposiciones testamentarias.

1.2. LA INEFICACIA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.

LA ÚLTIMA VOLUNTAD DEL TESTADOR

La solución subsidiaria a la labor hermenéutica testamentaria para salvar la última voluntad del testador deviene en la ineficacia de las disposiciones testamentarias que no se corresponden con la última voluntad, deducible de la propia declaración de voluntad y/o de la interpretación de la real voluntad del testador al momento de otorgar el testamento.

Ahora bien, ¿qué causales de ineficacia resultarán aplicables?

⁶ JORDANO BAREA, Juan B., *El testamento y su interpretación*, pp. 57 y 58.

La ineficacia sobrevinida de las disposiciones testamentarias puede encontrar amparo en los propios ordenamientos jurídicos que regulan taxativamente determinados supuestos de variación de las circunstancias y las consecuencias jurídicas ante su aparición. En cambio, la jurisprudencia con amparo en otros cuerpos normativos, en ausencia de una norma *ad hoc* que establezca la solución a seguir en estos supuestos sobrevinidos, ha ensayado otras soluciones más o menos esmeradas acordes con el amparo legal, ofreciéndose en general supuestos de ineficacia por razón de anulabilidad, nulidad, revocación presunta, caducidad, y los efectos resolutorios de la condición expresa o tácita.

1.2.1. De la anulabilidad de las disposiciones testamentarias. El error en los motivos. Análisis de lege lata

El error en los motivos tiene lugar cuando la manifestación de la voluntad declarada coincide con la voluntad del testador, aunque dicha voluntad se ha formado de modo incorrecto o erróneo. El error en este caso influye sobre la voluntad, al conducirlo a una declaración que sin tal error no se hubiera emitido o se hubiera emitido de manera diferente.

En tal sentido afirma ESPIAU ESPIAU⁷ que como norma, el error en los motivos, cuando afecta a un negocio jurídico *inter vivos*, carece de trascendencia al imponerle la seguridad del tráfico jurídico; no ocurre así respecto de los negocios *mortis causa*, donde la necesaria consideración y el respeto debido a la voluntad del declarante se combinan en ellos con la ausencia de destinatario.

¿Puede alegarse error en los motivos cuando se suscita un cambio sobrevinido de circunstancias? ¿Deberán consignarse los motivos en el testamento para alegar el error como causal de ineficacia sobrevinida?

El BGB, en su artículo 2078,⁸ refiere la impugnación por error o intimidación en sede testamentaria al establecer que:

"1. Es impugnable la disposición de última voluntad en la medida en que el causante ha incurrido en error sobre el contenido de su declaración, o no ha querido emitir en ningún caso una declaración con ese contenido, y se debe suponer que no la habría emitido de haber conocido la realidad.

⁷ ESPIAU ESPIAU, Santiago, *El error en las disposiciones testamentarias*, pp. 59-60.

⁸ LAMARCA MARQUÉS, Albert, *Código Civil alemán*, p. 473 y SCHMIDT, Oliver, *Die Errichtung von Unternehmensträgerstiftungen durch Verfügung von Todeswegen*, p. 59.

2. *Lo mismo rige en la medida en que el causante ha sido incitado a otorgar la disposición por la creencia errónea o la esperanza de la producción o no producción de una circunstancia, o ilícitamente mediante intimidación”.*

El error en los motivos, desde la óptica de análisis, queda regulado con gran acierto en el Código civil alemán, donde se requiere para que se configure la apreciación *a priori* por el testador de una esperanza o creencia en la variación o persistencia de las circunstancias.

En este sentido apunta ESPIAU ESPIAU⁹ que si esta creencia o esperanza no ha existido realmente o el causante dudaba acerca de la disposición testamentaria, no podrá ser impugnada, argumentando que de haberse conocido la realidad de las cosas o de haberse previsto lo que sucedería en el futuro, no hubiera sido adoptada.

En contraria línea de pensamiento –apuntan KIPP y COING¹⁰–, la expresión error hace referencia, en primer lugar, a una idea que existe positivamente, pero que es falsa; a ello hay que añadir el supuesto en que el causante no ha tomado en absoluto en consideración determinadas circunstancias producidas posteriormente y cuyo conocimiento le hubiera inducido a testar de distinto modo.

Sostiene GORDILLO CAÑAS¹¹ que podrá considerarse determinada por una causa falsa toda disposición fundada en la convicción de perdurabilidad de una determinada situación que posteriormente resulta interrumpida, sin que interese al caso saber si el declarante llegó o no a pensar concretamente en el hecho interruptivo de la situación. La relevancia de la falsedad de la causa ha de resultar del testamento, sin que ello impida el recurso a la prueba extrínseca.

Ciertamente, el error en los motivos está asociado con la declaración de voluntad, la cual en principio no podemos afirmar que se encuentre viciada, dado que al momento de emitirla el testador no tenía una apreciación errónea de la realidad, por tanto, no se puede hablar de una voluntad viciada. Los motivos del testador, en todo caso, quedarían frustrados *a posteriori* cuando devenga el

⁹ ESPIAU ESPIAU, Santiago, *El error en las...*, ob. cit., p. 61.

¹⁰ Sobre la concepción de SAVIGNY en el sentido de la equivalencia entre error e ignorancia, *Vid.* ESPIAU ESPIAU, Santiago, *El error en las...*, ob. cit., p. 61.

¹¹ GORDILLO CAÑAS, Antonio, “Comentario al artículo 767”, en Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil*, t. I, pp. 1881-1884.

cambio de circunstancia que sobrevino al testamento otorgado y hace suponer que de haberlo previsto hubiese testado de otro modo.

Ante ambos razonamientos se imponen varias soluciones, a saber: la primera sería equiparar los términos error e ignorancia siguiendo la línea de análisis de SAVIGNY, lo cual engloba tanto la previsión errónea del cambio o no de circunstancia como la no previsión de este, dentro del error, y resultarán por tanto anulables las disposiciones testamentarias en ambos supuestos; la segunda sería considerar que las condiciones futuras no previstas en ningún sentido por el testador no pueden condicionar la eficacia de las disposiciones testamentarias, ya que el testamento fue otorgado sin incurrir en error en los motivos al emitirse una declaración de voluntad acorde con las circunstancias concurrentes en ese momento; la tercera sería razonar que si bien el testador emitió su declaración de voluntad bajo determinadas circunstancias y tuvo en cuenta su persistencia, incurrió en un error en los motivos al considerar erróneamente que las circunstancias permanecerían, empero, de no haber considerado la perdurabilidad de las circunstancias y/o no poder demostrarse la falta o no de perspectiva sobre la subsistencia de las mismas, en el contexto cubano, se puede presumir *ius tantum* que testó *rebus sic stantibus* al amparo del artículo 80 del Código civil cubano, extensible al testamento al encontrarse en la parte general, por lo tanto se podrá alegar error en los motivos a la sombra del artículo 70,¹² inciso c), del Código Civil cubano al creer erróneamente que las circunstancias se mantendrían invariables, dicho de otro modo “*el manifestante tuvo en cuenta otra cosa u otra persona distinta o de cualidades distintas de aquella que es objeto del acto*”, tesis esta última que propone la autora como solución más viable para el entorno del ordenamiento jurídico cubano.

Sin embargo, expone CÁNOVAS GONZÁLEZ¹³ que el Código civil cubano no regula de forma explícita el error en la causa, relacionado con el error en los motivos, aunque no lo considera excluido, en tanto el Código no tiene una definición de error en sentido genérico, ni cabe interpretar las especies relacionadas en el artículo 70 como *numerus clausus*.

¹² Según el artículo 70 del Código civil cubano el error existe cuando:

[...] c) *el manifestante tuvo en cuenta otra cosa u otra persona distinta o de cualidades distintas de aquella que es objeto del acto*’.

¹³ CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, “Comentarios al artículo 70”, en Leonardo B. Pérez Gallardo (dir.), *Comentarios al Código Civil cubano*, t. I – *Disposiciones preliminares*, Libro I – *Relación jurídica*, vol. II (artículos del 38 al 80), p. 437.

Siguiendo esta línea de pensamiento, afirma GORDILLO CAÑAS¹⁴ que no es necesario el error positivo, sino que basta la simple ignorancia; en definitiva, ambos llevan a similares resultados.

El Tribunal Supremo español se ha pronunciado en dos sentencias a favor de admitir los cambios posteriores de circunstancias, amparados en la apreciación por el testador del error en los motivos con similares argumentos teóricos.

De esta manera en sus Sentencias Nos. 531/18 y 539/18, el Tribunal Supremo español se pronunció en el sentido que: *“A diferencia de lo que ocurre en otros derechos, no existe en el Código Civil español una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en máximas de la experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea. Considerando la sala que ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión debe aplicarse el artículo 767.1 dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto. Por ello, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz, con apoyo al tenor literal del testador en consonancia con el artículo 675. Se declara la ineficacia del legado partiendo de la interpretación de la voluntad del testador. Conforme al artículo 675 del CC, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello la literalidad del artículo 767.1 del CC que se refiere a la expresión del motivo de la institución no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante y con apoyo en el tenor literal del testamento.”*¹⁵

Es altamente discutido por la doctrina española la aplicación del artículo 767.1 a los supuestos de cambios sobrevenidos de circunstancias, empero, la crítica viene acompañada de la resignación ante la falta de una norma *ad hoc* para estos supuestos, como también reconoce la jurisprudencia. Afirma GÓMEZ CALLE¹⁶ –siguiendo la tesis de POHL– que entre la esperanza y el suceso esperado falta por tanto la simultaneidad propia del concepto de error, por lo que cuando la

¹⁴ GORDILLO CAÑAS, Antonio, “Comentario al artículo 767”, ob. cit., p. 1883.

¹⁵ Sentencia No. 531/18, de fecha 26 de septiembre de 2018, y 539/18, de fecha 28 de septiembre de 2018, del Tribunal Supremo de España.

¹⁶ GÓMEZ CALLE, Esther, *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, pp. 118-119.

representación del testador sobre el futuro no se cumple, no puede hablarse propiamente de un error sobre el futuro, sino de una expectativa que no se ha cumplido; lo que ocurre es que se parte de una situación cuya imprevista variación *a posteriori* puede dejar sin causa de manera sobrevenida a la disposición *mortis causa*. Esta no estaría viciada desde el principio, sino que devendría ineficaz por desaparecer las circunstancias que le sirvieron de base y que actuaron como motivo determinante, pero si el citado precepto da relevancia al hecho de que el testador yerre sobre un hecho pasado o presente que le sirve de motivo para disponer, no se entendería que la posterior variación de las circunstancias se quedara sin efecto. Por ello debe ser asimilada a una circunstancia pasada o presente por no existir la causa que motivó la disposición testamentaria.

La incorporación de los motivos de una disposición al testamento puede realizarse de dos maneras: mencionándolos implícita o explícitamente o formulándolos como condición o modo de los que se hace depender la eficacia de la disposición testamentaria. Así, afirma GÓMEZ CALLE¹⁷ que en ocasiones el testador tiene la previsión de reflejar en su testamento cómo espera que se desarrollen los acontecimientos, pero no siempre es así.

Los elementos accidentales pueden representar una vía adecuada para conocer los motivos del testador y poder deducir con mayor exactitud si desaparecieron o no al contrastarlo con las disposiciones testamentarias. A juicio de la autora, no será necesario la mención expresa de los motivos o *causa adiecta* en el testamento, al resultar suficiente que se deduzcan del testamento y/o pueda ser demostrado por medios extrínsecos o intrínsecos su influencia, en contraste con la variación de sus circunstancias.

¿Qué efectos tendría la asimilación de un error en los motivos para las disposiciones testamentarias?

Afirma ESPIAU ESPIAU¹⁸ que la ignorancia relativa a la frustración del motivo que opera como presupuesto de la declaración de voluntad tiene como consecuencia la invalidez, que algunos la ubican en la nulidad y otros en la anulabilidad.

La cuestión, a juicio de la autora, se resuelve en la naturaleza jurídica legal de las causales de ineficacia, al determinar la ley expresamente cuáles serán las

¹⁷ GÓMEZ CALLE, Esther, "Artículo 767", en Ana Cañizares Laso, Pedro Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. II, p. 684.

¹⁸ GÓMEZ CALLE, Esther, *El error del testador...*, ob. cit., p. 118.

causales de nulidad y cuáles de anulabilidad,¹⁹ las que podrán recaer sobre algunas o todas las disposiciones testamentarias.

El Código civil cubano, en su artículo 70, recoge el error como causal de anulabilidad y al ser aplicable al testamento, este constituirá el régimen de ineficacia que se adapta al supuesto de los sobrevenidos cambios de circunstancias, anulabilidad que desplegará consecuentemente dos efectos: negativos y positivos, los negativos serán privar de efectos las disposiciones testamentarias que resulten anulables por concurrir un error en los motivos, y los efectos positivos serán las consecuencias que despliega la anulación de la disposición, en el caso de Cuba la apertura de la sucesión intestada en virtud del artículo 509, inciso a), del Código civil cubano.²⁰

Los efectos de la anulabilidad se centrarán, como apoya GONZÁLEZ ACEBES,²¹ en la concreta disposición afectada, sin que lleguen a extenderse a la totalidad del testamento en consonancia con el principio del *favor testamenti*.

Una última reflexión sobre la eficacia positiva es la que sostiene SCHULZ,²² al decir que permite no solo negar la relevancia a la voluntad viciada, sino también atribuir efecto a la verdadera voluntad del testador, esto es, aquella que hubiera exteriorizado de no haber padecido el error, toda vez que afirma que no es muy congruente aplicar la misma solución a los supuestos en que sea posible conocer que el causante no la hubiera otorgado de haber conocido el error, respecto al conocimiento del contenido que de acuerdo con esa verdadera voluntad hubiera atribuido a la disposición.²³ Solución esta última que ni los ordenamientos jurídicos ni la jurisprudencia han manejado, por lo que sería

¹⁹ Postura acogida por el BGB, el Código civil italiano de 1942, el Código civil español y el Código civil cubano, que configuran el error como una causal de anulabilidad.

²⁰ El artículo 509 del Código civil cubano establece: “La sucesión intestada tiene lugar cuando: a) una persona muere sin haber otorgado testamento, o éste se declara judicialmente nulo o ineficaz en todo o en parte [...]”.

²¹ GONZÁLEZ ACEBES, Begoña, *La Interpretación del testamento*, p. 61.

²² ESPIAU ESPIAU, Santiago, *El error en las...*, ob. cit., p. 123.

²³ *Zu angemessenen Entscheidungen gelangen wir allein dann, wenn wir nicht nur der negativen Seite des irrealen Willens Beachtung schenken, sondern auch seiner positiven Seite; wenn wir den positiven irrealen Willen wie einen realen, erklärten Willen behandeln* [Solo podemos tomar decisiones apropiadas si prestamos atención no sólo al lado negativo de la voluntad irreal, sino también a su lado positivo. Si tratamos el irreal positivo será como una voluntad real y racional], traducción libre. Vid. ESPIAU ESPIAU, Santiago, *El error en las...*, ob. cit., p. 125.

una postura temeraria colocar al juez en la posición de reescribir una disposición testamentaria sin base legal.

1.2.2. Cambio sobrevenido de circunstancias en los códigos civiles. ¿Revocación presunta?

Ante los sobrevenidos cambios de circunstancias, los ordenamientos jurídicos europeos, anglosajones y latinoamericanos han acopiado supuestos y soluciones frente a determinadas variaciones típicas de algunas disposiciones testamentarias bajo la presunción *iuris tantum*, que de haberlo previsto el testador hubiera testado de otro modo, en una dirección distinta a la del testamento *in integrum*.

Ahora bien, ¿es la revocación la causal de ineficacia que se aviene a estos supuestos?

La revocación constituye una causal de ineficacia que procede de la voluntad del sujeto que realiza el acto, dejando de surtir efectos no porque carezca de los presupuestos legales exigidos para su validez, sino por la autonomía de la voluntad de quien la manifiesta. El testamento constituye un acto jurídico de naturaleza revocable, de lo cual se infiere que el testador lo podrá actualizar todas las veces que lo estime, de manera total o parcial para adaptarlo a su última voluntad.

En igual sentido se pronuncia ZANNONI²⁴ cuando expone que la revocación implica la “ineficacia del testamento por la voluntad del propio testador”. La ley concede a este la facultad para privar de efectos su testamento o cualquiera de sus disposiciones y tal facultad constituye una de las notas características del testamento como acto jurídico.

Sobre la revocación anuncia DE RUGGIERO²⁵ que además de por voluntad expresa o tácita del testador, la revocación puede tener lugar legalmente, es decir, cuando interpretando la ley la voluntad del testador, la sustituye, por estimar que el propio causante habría, en el caso dado, revocado la disposición.

En este sentido enuncia nuevamente ZANNONI²⁶ que “la revocación, como tal, supone la ineficacia del testamento fundada en la voluntad expresa o tácita del

²⁴ ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho de sucesiones*, p. 701.

²⁵ DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 2, p. 1184.

²⁶ ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho...*, ob. cit., p. 755.

testador”, pero –continúa diciendo– “suele aludirse también a una suerte de revocación legal que opera independientemente de la voluntad expresa o tácita del testador y por la cual el testamento queda sin efecto ministerio *legis*”.²⁷

El carácter voluntario de la revocación efectivamente desdibuja la idea de la existencia de revocación en otro ámbito que no sea a partir de una declaración de voluntad de quien emitió el acto objeto de revocación, empero, la presunción legal *iuris tantum* de “revocación” puede ser modificada por la autonomía de la voluntad del propio declarante, si desea excluir los efectos que sobre el cambio de circunstancias presume la ley que habría modificado el testador. Esta cuestión introduce en los notarios en ejercicio de su función de *cavere* y en el propio testador, un obligado pronunciamiento sobre los cambios de circunstancias que prevé la ley para excluir o modificar sus consecuencias; circunstancias estas que recoge el Derecho por el amplio impacto que tienen en la sociedad determinadas relaciones sociales que se les atribuye relevancia jurídica.

La regulación en los ordenamientos jurídicos es variada y se concreta en disímiles supuestos de ineficacia legal, a saber:

– El Código civil peruano enuncia en su artículo 353 que “*los cónyuges divorciados no tienen derecho a heredar entre sí*”, y en el artículo 772 que “*tiene lugar la caducidad del legado, cuando el legatario se divorcia o se separa judicialmente del testador, por su culpa*”.

Sostiene BOSQUES HERNÁNDEZ²⁸ que esta es la consecuencia del carácter absoluto y vinculante del divorcio, el cual pone fin a los derechos hereditarios.

²⁷ En sentido contrario, afirma COLLADO BETANCOURT que la revocación es una causa de ineficacia voluntaria de las disposiciones testamentarias establecida por el propio testador, donde para el acto revocatorio de dichas disposiciones solo es posible la apreciación de la manifestación de voluntad revocatoria emitida por el revocante, quien figura como soberano dentro de la esfera de su autonomía de la voluntad para disponer por acto *inter vivos*, en ejercicio de su derecho subjetivo a la revocación de las disposiciones de última voluntad otorgadas. El legislador, en todo caso, puede ordenar la ineficacia de las manifestaciones de voluntad testamentarias, estableciendo las causas de ineficacia testamentaria que estime pertinente por razones de interés público, social, familiar, etc., o sanciones a los sucesores incapacitándoles, pero conceptualmente no constituyen presunciones de revocación. *Vid.* COLLADO BETANCOURT, Julián A., “La revocación de las disposiciones testamentarias”, *Tesis presentada en opción al grado de doctor en ciencias jurídicas*, p. 56.

²⁸ BOSQUES HERNÁNDEZ, Gerardo José, “El ex cónyuge como heredero testamentario. El efecto del divorcio”, *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. 48, 2003, p. 73.

El divorcio o la separación judicial constituyen cambios sobrevenidos que inciden en el testamento otorgado, dado que la propia ley lo destina a la ineficacia, mediante la caducidad como régimen jurídico para los legados, causal de ineficacia que –a juicio de la autora– no se aviene al supuesto fáctico al configurarse esta causal como consecuencia del paso del tiempo, acompañada de un plazo perentorio, y no consecuencia de un cambio de circunstancias que pudiera o no suscitarse.

– El Código civil federal mexicano, por su parte, enuncia en su artículo 1348 que: *“Si la condición que era imposible al tiempo de otorgar el testamento, dejare de serlo a la muerte del testador, será válida”*.

Dota así de eficacia al elemento accidental empleado por el testador, el cual se vio beneficiado por el cambio de circunstancias. Nótese que el ordenamiento mexicano, al igual que el peruano, realiza énfasis en apegarse a los motivos o finalidad del testador, al presumir su voluntad ante el cambio sobrevenido, en tanto que la condición constituye un elemento accidental –que como expone la doctrina alemana– contiene muchas veces los motivos que impulsan la realización de los actos y negocios jurídicos.

– El Código civil português, en su artículo 2317, establece que: *“As disposições testamentárias, quer se trate da instituição de herdeiro, quer da nomeação de legatário, caducam, além de outros casos: c) Se o instituído ou nomeado se tornar incapaz de adquirir a herança ou o legado; d) Se o chamado à sucessão era cônjuge do testador e à data da morte de este se encontravam divorciados ou separados judicialmente de pessoas e bens ou o casamento tenha sido declarado nulo ou anulado, por sentença já transitada ou que venha a transitar em julgado, ou se vier a ser proferida, posteriormente àquela data, sentença de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento”*²⁹

Dota de caducidad las disposiciones testamentarias en favor de cónyuges si sobrevino un divorcio o se declaró el testamento nulo o anulable, ha-

²⁹“Las disposiciones testamentarias, ya se trate de la institución de heredero, bien del nombramiento de legado, caducan, además de otros casos: c) si el instituido o nombrado se vuelve incapaz de adquirir la herencia o el legado; d) si el llamado a la sucesión era cónyuge del testador y en la fecha de la muerte de éste se encontraban divorciados o separados judicialmente de personas y bienes o el matrimonio fue declarado nulo o anulado, por sentencia ya transitada o que venga a transitar en juzgado, o si se dicta, posteriormente a esa fecha, sentencia de divorcio, separación judicial de personas y bienes, declaración de nulidad o anulación del matrimonio” (traducción libre).

biendo o no sentencia firme, disposición que gira sobre los afectos como categoría sociojurídica.

– El BGB en su artículo 2077 regula que: “1. Una disposición de última voluntad por la cual el causante ha designado a su cónyuge es ineficaz si el matrimonio es nulo o si ha sido disuelto antes de la muerte del causante. A la disolución del matrimonio se equipara el que al tiempo de la muerte del cónyuge se hubiese producido el supuesto de separación del matrimonio y el cónyuge la hubiese solicitado o se hubiera conformado. Esto se aplica cuando el cónyuge, al tiempo de la muerte, hubiese autorizado la acción de supresión de la comunidad matrimonial y ésta se hubiese interpuesto. 2. Una disposición de última voluntad por la cual el causante ha designado a su prometido es ineficaz si los esponsales han sido disueltos antes de la muerte del causante. 3. La disposición no es eficaz si ha de tenerse en cuenta que el causante la habría adoptado también en semejante caso”.

Se dota de ineficacia las disposiciones a favor del cónyuge o prometido, en función, una vez más, de la ruptura o no del vínculo afectivo.

– El Derecho inglés regula en la Sección 18 del Will Act: “Wills to be revoked by marriage, except in certain cases”³⁰ que: “2. A disposition in a will in exercise of a power of appointment shall take effect notwithstanding the testator’s subsequent marriage unless the property so appointed would in default of appointment pass to his personal representatives. 3. Where it appears from a will that at the time it was made the testator was expecting to be married to a particular person and that he intended that the will should not be revoked by the marriage, the will shall not be revoked by his marriage to that person. 4. Where it appears from a will that at the time it was made the testator was expecting to be married to a particular person and that he intended that a disposition in the will should not be revoked by his marriage to that person; (a) that disposition shall take effect notwithstanding the marriage; and (b) any other disposition in the will

³⁰ “2. Una disposición en un testamento en ejercicio de una facultad de nombramiento tendrá efecto a pesar del matrimonio posterior del testador, a menos que la propiedad así designada pase por defecto a sus representantes personales. 3. Cuando se desprenda de un testamento que, en el momento en que se hizo, el testador esperaba estar casado con una persona en particular y que tenía la intención de que el matrimonio no revocara el testamento, el testamento no será revocado por su matrimonio con esa persona en particular. 4. Cuando se desprenda de un testamento que en el momento en que se hizo, el testador esperaba estar casado con una persona en particular y que tenía la intención de que una disposición en el testamento no fuera revocada por su matrimonio con esa persona; (a) esa disposición tendrá efecto a pesar del matrimonio; y (b) cualquier otra disposición en el testamento también tendrá efecto, a menos que se desprenda del testamento que el testador pretendía que la disposición fuera revocada por el matrimonio” (traducción libre).

shall take effect also, unless it appears from the will that the testator intended the disposition to be revoked by the marriage”.

El Derecho inglés utiliza la revocación como causal de infancia que operará *ex lege* una vez se contraiga un nuevo matrimonio, extinguiendo los efectos sucesorios para el ex cónyuge.

La justificación de esta regla la podemos encontrar en *The Law Reform Committee Report No. 22*.³¹

“a) Marriage represents a fundamental change in a person’s life and with it he or she acquires new personal and financial responsibilities. It is, therefore, a time for starting with a clean slate.

b) A spouse and children should not inadvertently be deprived of the rights, which they would have upon the intestacy of the other spouse and parent. In so far a people fail to make fresh wills after marriage, or at least fail to revoke a pre-marriage will, this is normally the result of inadvertence and most persons marrying would wish their spouse and children to benefit from their estate: the deceased’s intention are, therefore, more likely to be achieved by the statutory imposition of an intestacy than by preservation of his earlier will. This may, indeed, prevent hardship to the family.

*c) The present rule is well known and accords with the intentions and expectations of the great majority of those who marry”.*³²

De esta manera, se parte de la voluntad típica social y se intenta proteger a la nueva familia al presumirse el cambio de los afectos. De no querer el testador, esta solución podrá modificar las disposiciones testamentarias en sentido distinto.

³¹ SLOAN, Brian, *Law of Succession*, p. 148.

³²*“a) El matrimonio representa un cambio fundamental en la vida de una persona y con él adquiere nuevas responsabilidades personales y financieras. Es, por lo tanto, un momento para comenzar con una pizarra limpia.*

b) El cónyuge y los hijos no deben ser privados inadvertidamente de los derechos que tendrían sobre la integridad del otro cónyuge y los padres. En la medida en que las personas no hacen nuevos testamentos después del matrimonio, o al menos no revocan una voluntad prematrimonial, esto suele ser el resultado de una inadvertencia y la mayoría de las personas que se casan desearían que su cónyuge e hijos se beneficien de su patrimonio: por lo tanto, es más probable que la intención se logre mediante la imposición legal de un intestado que mediante la preservación de su voluntad anterior. Esto puede, de hecho, evitar dificultades para la familia.

c) La regla actual es bien conocida y concuerda con las intenciones y expectativas de la gran mayoría de los que se casan” (traducción libre).

– El Código civil y comercial argentino estipula en su artículo 2514, relativo a la revocación por matrimonio, que: *“El matrimonio contraído por el testador revoca el testamento anteriormente otorgado, excepto que en éste se instituya heredero al cónyuge o que de sus disposiciones resulte la voluntad de mantenerlas después del matrimonio.”*

El cambio de circunstancias deviene en la concertación de nuevo matrimonio y la posible consignación o no del ex cónyuge como sucesor. Si el testador taxativamente lo estipula *a contrario sensu*, se presumirá extinguido el vínculo afectivo y consecuentemente el vínculo sucesorio.

– El Código civil italiano en su artículo 687 establece que: *“Le disposizioni a titolo universale o particolare, fatte da chi al tempo del testamento non aveva o ignorava di averfigli o discendenti, sono revocate di diritto per l’esistenza o la sopravvenienza di un figlio o discendente legittimo del testatore, benché póstumo, o legittimato o adottivo, ovvero per il riconoscimento di un figlio naturale.*

“La revocazione ha luogo anche se il figlio è stato concepito al tempo del testamento, e, trattandosi di figlio naturale legittimato, anche se è già stato riconosciuto dal testatore prima del testamento e soltanto in seguito legittimato.

“La revocazione non ha invece luogo qual ora il testatore abbia provveduto al caso che esistessero o sopravvivessero figli o discendenti da essi.

“Se i figli o discendenti non vengono alla successione e non si fa luogo a rappresentazione, la disposizione ha il suo effetto.”³³

Apunta DE RUGGIERO³⁴ como causales de lo que él denomina revocación legal, que deviene en ineficacia legal, dos supuestos, y se refieren a la existencia de

³³ Artículo 687: *“Las disposiciones universales o particulares, hechas por aquellos que en el momento de la voluntad no tenían o no sabían que tenían hijos o descendientes, se revocan por la existencia o porque devenga un hijo legítimo o descendiente del testador, incluso si son niños legítimos o adoptivo, o para el reconocimiento de un niño natural.*

“La revocación se lleva a cabo incluso si el niño fue concebido en el momento de la voluntad y, al ser un niño natural legítimo, incluso si el testador ya lo ha reconocido antes de la voluntad y solo después se le ha legitimado.

“La revocación no se lleva a cabo si el testador ha provisto el caso de que los niños o descendientes existan o sobrevivan.

“Si los hijos o descendientes no van a la sucesión y no opera una representación, la disposición surte efecto” (traducción libre).

³⁴ DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., pp. 1184 y 1185.

hijos del testador que este no hubiera tenido en cuenta en el testamento, es decir, existencia de hijos ignorados por el testador o superveniencia de hijos posteriores al otorgamiento del testamento. La ley parte del supuesto de que si el testador hubiese sabido que tenía hijos o hubiese previsto que los tendría, no habría dispuesto en favor de extraños o solo de los hijos que tenía o sabía tener, sino que habría tenido en cuenta también al hijo ignorado o sobrevenido. Ahora bien, como no es posible establecer ni siquiera por presunciones en qué medida lo habría favorecido, la ley declara ineficaz todo el testamento y revoca este basándose en la presunta voluntad del testador. Las disposiciones a título universal o a título particular, hechas por quien al tiempo de otorgar el testamento no tenía o ignoraba tener, hijos o descendientes, quedan revocadas de derecho por la existencia de un hijo o descendiente legítimo del testador, aunque sea póstumo. Lo mismo ocurre cuando el hijo estuviese concebido al tiempo de otorgarse el testamento y cuando se trata de hijo natural legitimado que hubiese sido reconocido por el testador antes de hacer testamento y legitimado después de este. Finalmente se excluye la revocación si el testador hubiese previsto que existiesen o sobreviviesen otros hijos.

– El Código civil español no regula supuestos específicos de cambios sobrevenidos de circunstancias, empero, el Derecho foral lo recoge, a saber: el País Vasco, Navarra, Aragón, Galicia y Cataluña,³⁵ en los supuestos de nulidad del matrimonio o divorcio no tendrán efecto o resultarán ineficaces (manejan ambos términos) a menos que se refiera otra idea en el testamento.

Ahora bien, el hecho de que esté preceptuada en la ley una solución específica ante un cambio determinado en las circunstancias, presumiéndose que el testador de haberlo sabido hubiese revocado el testamento, parcial o totalmente, implica una causal de ineficacia legal y no una revocación propiamente dicha. La revocación constituye una causal de ineficacia que encuentra su naturaleza jurídica en la autonomía de la voluntad, como se venía apuntando, y no en la ley, y aun cuando la revocación presunta sitúe muy bien el contexto objeto de análisis basado en la presunción de que así hubiese actuado el testador, tal presunción tiene un carácter legal, porque se basa en una voluntad presumible legalmente, no en una voluntad manifiesta. En consecuencia, constituye una causal de ineficacia legal y no una revocación propiamente dicha.

³⁵ Cataluña: artículo 422-13 de la Ley 10 de 2008; Galicia: artículo 208 de la Ley 2 de 2006; Aragón: artículo 438 del Real Decreto legislativo 1 de 2011; Navarra: Ley 201 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 1 de 1973); País Vasco: artículo 28.3 de la Ley 5 de 2015.

La ineficacia legal que se suscita ante un cambio sobrevenido de circunstancias acarrea las consecuencias jurídicas que la ley prevé, por lo que despliega dos consecuencias fundamentales: la primera, dejar sin efectos jurídicos el acto objeto de ineficacia, parcial o totalmente, y la segunda, que ante ese cambio sobrevenido de circunstancias la propia ley brindará un cauce distinto al indicado en el testamento.

Ahora bien, ¿qué supuesto de ineficacia legal resulta más idóneo para estos casos?

No se encuentra conteste la autora con la idea de que la caducidad sea el régimen que lleve a la inaplicabilidad de las disposiciones testamentarias y ha sido asimilado por varios ordenamientos jurídicos. Según PUIG BRUTAU,³⁶ la caducidad o decadencia es la extinción de un derecho que ya nace con un plazo de duración limitada, de manera que al haber transcurrido el tiempo previsto, tal derecho quedará necesariamente extinguido. De igual forma, la caducidad puede tener lugar no solo desde el nacimiento, sino durante la vida del negocio. Como apunta VALDÉS DÍAZ,³⁷ la caducidad puede ser legal, si proviene de la ley, o voluntaria o negocial, cuando son las partes las que determinan el periodo de vigencia de una facultad o derecho.

Las disposiciones testamentarias no tienen un tiempo de duración limitado, debido a que la disolución del vínculo matrimonial puede o no tener lugar con posterioridad al otorgamiento del testamento. Es la condición de que se mantenga el vínculo conyugal, o el mismo número de hijos con iguales condiciones y no un plazo de vigencia, lo que garantiza la eficacia de la disposición testamentaria.

En el Derecho catalán se ha experimentado un cambio legislativo de la revocación de la disposición a favor del cónyuge en el antiguo artículo 132³⁸ del

³⁶ PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho Civil*, vol. I, pp. 7-20.

³⁷ VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, "El tiempo y su influencia en el Derecho Civil", en *Derecho Civil – Parte General*, p. 311.

³⁸ El antiguo Código de sucesiones de Cataluña señalaba en su artículo 132:

"1. La institución, el legado y demás disposiciones ordenadas a favor del cónyuge del testador se presumirán revocadas en los casos de nulidad, divorcio o separación judicial posteriores al otorgamiento y en los supuestos de separación de hecho con ruptura de la unidad familiar por alguna de las causas que permiten la separación judicial, el divorcio, o por consentimiento mutuo expresado formalmente.

Código de sucesiones catalán, a entenderla ineficaz en el nuevo artículo 422-13³⁹ del actual Código civil catalán. La presunción de revocación trajo detractores⁴⁰ que no se mostraron conformes con que la ley atribuyera a una conducta omisiva (el no otorgamiento de nuevo testamento tras la separación o el divorcio) el valor de una declaración de voluntad (revocación de la atribución a favor de quien fuera su consorte). De esta forma afirma que aunque la literalidad del precepto dirige al intérprete en esa dirección, una lectura atenta de él pone en evidencia que la revocación no es el objeto de la presunción, sino el efecto de ella.

Lo más factible no sería definir un solo régimen de ineficacia legal para estos casos. De los códigos civiles foráneos se infiere que más de uno pudiera resultar adecuado, acorde con los diferentes supuestos fácticos. Así, se podrá hablar de la caducidad, la nulidad e incluso de una condición resolutoria *ex lege* al tratarse de un supuesto en que es la propia ley quien subordina la eficacia de las disposiciones testamentarias al cumplimiento de una condición, como es el caso de la preservación del matrimonio, por lo que los regímenes aplicables y las soluciones dependerán de la formulación legal de los supuestos específicos en los diferentes ordenamientos jurídicos.

Los casos de ineficacia legal que han sido referidos conllevan a una solución ante determinados cambios sobrevenidos, *ergo*, en ninguno de estos supuestos cabría suplantar la voluntad del testador por otra voluntad, sino que en la propia ley están contenidas las consecuencias de las variaciones de las circunstancias. Así, el testador podrá anticiparse o incluso prever soluciones diferentes en su testamento. Las respuestas que ofrecen los códigos civiles están orientadas a respetar la presumible y última voluntad del testador. Por todo lo cual, esta constituye la solución más viable, justa y precisa que encuentra con mayor esmero la presumible última voluntad del testador.

³⁹ El artículo 422-13 de la Ley 10-2008 del actual Código civil catalán dispone: “1. La institución de heredero, los legados y demás disposiciones que se hayan otorgado a favor del cónyuge del causante devienen ineficaces si, después de haber sido otorgados los cónyuges se separan de hecho o legalmente o se divorcian o el matrimonio es declarado nulo, así como si en el momento de la muerte está pendiente una demanda de separación divorcio o nulidad matrimonial salvo reconciliación”.

⁴⁰ Vid. TARRAGONA COROMINA, Miguel, “Artículo 132”, *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña, Ley 40 de 1991 de 30 de diciembre*, p. 651; y MARSAL I GUILLAMENT, Joan, *El testamento*, 1ª ed., pp. 210 y 211.

1.2.3. El cambio sobrevenido de circunstancias, ¿condición tácita?

La condición –expresa COMPAGNUCCI DE CASO–, es una cláusula contractual o testamentaria de autolimitación de la voluntad, que subordina la producción o el cese de los efectos de un acto a un acontecimiento incierto.⁴¹

ENNECCERUS⁴² señala que es una limitación añadida a una declaración de voluntad en virtud de la cual un efecto jurídico o su cesación se hacen depender de una circunstancia incierta para el saber humano y también se llama condición a la circunstancia misma.

Por su parte, añade OERTMANN⁴³ que el acontecimiento en cuestión debe ser incierto. Si el cumplimiento del hecho es seguro, lo que existe es un plazo, aun cuando las partes hubieran tenido aquel como inseguro, pero no imposible.

La mayoría de los ordenamientos jurídicos permiten la subordinación de la institución de heredero y el legatario a condición, lo cual perfila la autonomía de la voluntad y deviene una manera de expresar los motivos del testador en la designación de una disposición testamentaria determinada.

Ahora bien, ¿podría considerarse el cambio sobrevenido de circunstancias como un supuesto de condición tácita?

La condición puede ser expresa cuando se establece mediante reales signos positivos y tácita cuando –como expone RUBEN⁴⁴–, surgirá de los llamados *facta concludentia* o hechos concluyentes.

A juicio de la autora, en los ordenamientos jurídicos⁴⁵ que permiten someter a condición las instituciones de herederos y legatarios pudiera admitirse la ineficacia de las disposiciones testamentarias al producirse los cambios sobrevenidos de circunstancias, homologados a la concurrencia de una condición tácita siempre que pueda inferirse o indicarse del testamento los llamados “hechos concluyentes”, que dejen observar los motivos del testador y existan elementos

⁴¹ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *El negocio jurídico*, p. 439.

⁴² *Ibidem*, p. 439.

⁴³ OERTMANN, Paul, *Introducción al Derecho Civil*, p. 294.

⁴⁴ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *El negocio...*, ob. cit., p. 452.

⁴⁵ El Código civil español regula en su artículo 790: “Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición”.

para deducir que de haberlo previsto hubiese testado de otro modo, lo cual tiene amparo en la configuración legal de la condición para la institución de heredero y legatario, para todo lo cual tendrá un rol fundamental la labor hermenéutica testamentaria con la utilización de todos los medios extrínsecos necesarios para arribar a la real voluntad del testador.

¿Cuáles serían los efectos de la homologación de un cambio sobrevenido de circunstancia a una condición tácita?

Las condiciones pueden tener efectos resolutorios o suspensivos. Los efectos resolutorios consisten en la privación de eficacia a una disposición que en principio era plenamente eficaz, por no configurarse una determinada circunstancia, a saber: la permanencia de un matrimonio o un compromiso, la aparición de un nuevo hijo, la persistencia de vínculos afectivos, entre otras; al tratarse de circunstancias futuras e inciertas que muchas veces pueden inferirse de la redacción del testamento.

La condición tendrá efectos suspensivos cuando las disposiciones testamentarias no estén dotadas de eficacia hasta la configuración de una circunstancia determinada, razón por la cual la asimilación del cambio de circunstancia a una condición tácita deberá ser con efectos resolutorios, únicamente al resultar muy complejo y en desmedro de la seguridad jurídica el sometimiento a una circunstancia que queda suspendida y pudiera realizarse o no en cualquier momento, a menos que se añada un plazo para el cumplimiento de dicha condición. De modo que –a juicio de la autora– no será posible deducir tácitamente la doctrina del cambio de circunstancias a los efectos suspensivos, como sí a los resolutorios.

En la misma línea de ideas afirma CÁMARA LAPUENTE⁴⁶ que en concreto, la institución o legado no son condicionales cuando el evento se ha cumplido ya al tiempo de la apertura de la sucesión, en cuyo caso, o nacen ya puros si han sido realizados bajo condición suspensiva o no tiene efecto, si se ha otorgado bajo condición resolutoria.

Los efectos resolutorios de la condición tácita se entenderán con posterioridad al otorgamiento del testamento y una vez acaecida la muerte del testador, momento en el cual quedará desprovista de eficacia la disposición testamentaria al entenderse tácitamente como una condición resolutoria.

⁴⁶ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, "Artículo 790" en *Código Civil Comentado*, volumen II, dirigido por Ana Cañizares Laso, Pedro Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011, p.740.

Los límites a esta tesis propuesta consistirán en los supuestos típicos que la ley regula para determinados cambios sobrevenidos de circunstancias, que tendrán las consecuencias y el régimen de ineficacia que cada ordenamiento jurídico prevea al configurar supuestos de ineficacia legal.

Ahora bien, desde la óptica del ordenamiento jurídico cubano, esta tesis queda completamente vetada ex artículos 481 y 498⁴⁷ del Código civil al ser nulas las disposiciones en contrario, por ir contra una prohibición legal, en concordancia con el artículo 67 ch) del propio cuerpo legal, empero de *lege ferenda* ofrece una visión interesante y asumible en otros ordenamientos.

1.2.4. De la nulidad de las disposiciones testamentarias ante los cambios sobrevenidos de circunstancias

El elemento esencial subjetivo del acto jurídico testamentario lo constituye la manifestación de la última voluntad del testador, elemento que configura la estructura del acto jurídico y deviene requisito de validez y eficacia.

La manifestación de voluntad –según CLEMENTE DÍAZ– hay que observarla desde un punto de vista psicológico, donde expone que un movimiento volitivo no puede nacer más que por la producción de un fenómeno intelectual, de una representación. Así, la actividad volitiva se caracteriza por su tendencia hacia la realización de un propósito determinado, un resultado previsto de antemano. La actividad voluntaria del hombre está condicionada por causas objetivas, en función de propósitos determinados por la realidad objetiva. La volición, que interviene como consecuencia de la representación del propósito, no está jamás aislada. Existe una relación de causa-efecto, lo que constituye finalmente la sustancia de la voluntad.⁴⁸

De lo expuesto puede colegirse que la manifestación de voluntad gira sobre la base de determinados supuestos de la realidad objetiva, que actúan como condicionantes al momento del otorgamiento del testamento. Empero, de variar las circunstancias que inspiraron al testador, este pudiera mantener la

⁴⁷ Artículo 481: “La institución de heredero no puede estar sujeta a condición ni a término”.

Artículo 498: “Los legados no pueden ser condicionales ni a término y de adquieren desde la muerte del testador”.

Artículo 67 ch): “Son nulos los actos jurídicos realizados en contra de una prohibición legal”.

⁴⁸ Vid. CLEMENTE DÍAZ, Tirso, *Derecho Civil. Parte General*, t. II (primera parte), pp. 378 y 379.

misma voluntad o puede deducirse que se han suscitado cambios que de haberlos previsto, no hubiese testado de esa forma.

Al encontrarnos en el ámbito de la relación jurídica sucesoria, ya se ha producido el deceso del testador, por lo que no podrá ajustar el testamento a las nuevas circunstancias o pudiera suscitarse que aun cuando no se encuentre configurada la relación jurídica sucesoria, y estando aún el testador vivo, no pueda adecuar su testamento por encontrarse judicialmente incapacitado al no gozar de la *testamentifactio activa* que exige el ordenamiento jurídico para ajustar su declaración de voluntad a las nuevas circunstancias, una vez agotadas todas las vías posibles para facilitar el ejercicio de la capacidad jurídica con la utilización de apoyos.

En este sentido, al morir el testador y de acuerdo con una voluntad última y presunta, pudiera instarse a la nulidad de algunas o todas las disposiciones testamentarias afectadas por el cambio sobrevenido de circunstancias, con los efectos correspondientes, toda vez que, al devenir una incapacidad que lo priva totalmente de discernimiento no existe voluntad posterior y por lo tanto el testamento no contiene un elemento esencial –la última voluntad–.

En igual línea de análisis se pronuncia ALFARO GUILLÉN⁴⁹ al decir que en este supuesto es perfectamente factible la nulidad del testamento por ausencia de un requisito esencial –la voluntad–, en tanto que esa voluntad, que un día constituyó el elemento esencial del negocio jurídico testamentario, ya no existe por haber variado las circunstancias y al ser un negocio jurídico de última voluntad y el testamento no estar en correspondencia con las últimas circunstancias, no puede existir manifestación de voluntad posterior; por lo que habrá que instar a la nulidad por la ausencia del elemento esencial.

Ahora bien, está solución sería la última alternativa. Deberá apreciarse primero el grado de discapacidad de la persona respecto al ejercicio de su capacidad jurídica, de manera que resulte factible la modificación del testamento con el uso de apoyos, a tono con el artículo 12.3⁵⁰ de la Convención sobre los dere-

⁴⁹ ALFARO GUILLÉN, Yanet, entrevista realizada a jueces del Tribunal Supremo de la República de Cuba, 3 de marzo del 2019.

⁵⁰ Artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, relativo a igual reconocimiento como persona ante la ley:

“1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

chos de las personas con discapacidad, así como el artículo 12.4, relativo a la salvaguarda por parte del Estado de promover la implementación de medidas⁵¹ para apoyar el ejercicio de la capacidad jurídica.

¿Resultará factible la nulidad como régimen aplicable?

La nulidad es una causal de ineficacia legal y por tanto taxativamente van a quedar estipulados en los diferentes ordenamientos jurídicos los supuestos que *estricto sensu* darán lugar a ella.

En tal sentido, el Código civil español regula en su artículo 743 que caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, solo en los casos expresamente prevenidos en este Código.

No obstante –entiende PUIG BRUTAU–, la expresión “casos expresamente prevenidos” no ha de tomarse en sentido rigurosamente literal, en algunos casos

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

⁵¹ La revocación y otorgamiento del testamento ajustándolo a las nuevas y sobrevenidas circunstancias deberá, en consonancia con el artículo 21 de la mencionada Convención, aceptar y facilitar la utilización de la lengua de señas, el Braille, los modos, medios, y formatos aumentativos y alternativos de comunicación y todos los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles que elijan las personas con discapacidad en sus relaciones oficiales; que permitan reconocer y promover la utilización de lenguas de señas para la expresión inequívoca de la última voluntad.

–como en materia de formalidades o solemnidades del testamento–, la prevención de nulidad se halla implícita en numerosas disposiciones legales. En igual sentido –afirma DE ASÍS SANCHO–, la STS 5-XII-50 entiende que a tenor del artículo 743, en armonía con el 4 (versión originaria) y el 687 (del código civil español), “no solo habrán de ser considerados nulos los testamentos en los casos en que la ley expresamente los declare, sino en aquellos casos en que su validez resulte imposible por falta de los requisitos y formalidades que el Código Civil exige”.⁵²

En igual línea de pensamiento, pero sobre la anulabilidad, sostiene CÁNOVAS GONZÁLEZ⁵³ que en el caso de la ley cubana está claro que los preceptos que establezcan la ineficacia de un acto deben ser de aplicación restrictiva, pero ello no quiere decir que la anulabilidad deba ser establecida siempre nominalmente por la ley, sino que puede deducirse de otros preceptos concretos, cuando aquella solución sea la más aconsejable desde el punto de vista técnico.

Lógico resulta que la ausencia de un elemento esencial dota al negocio jurídico de nulidad al configurarse un vicio en su estructura y aun cuando no se estipule taxativamente la ausencia del elemento subjetivo como causal de nulidad, puede deducirse de la propia definición de un acto o negocio jurídico los requisitos para su configuración y la consecuencia de su ausencia.

La falta de un elemento esencial no se configura como causal de nulidad en el Código civil cubano. No obstante, en este supuesto deberá proceder la nulidad del testamento porque el acto jurídico testamentario se formó con una voluntad determinada, la cual llevó al testador a otorgar el testamento de ese modo y al ya no estar presente esa voluntad o estar configurada esta de otra manera, el testamento sería nulo por carecer de un requisito esencial al no existir voluntad posterior por la ausencia de la *testamentifacio activa*.

De este modo nos encontraríamos en un supuesto de ineficacia por desconformidad con la ley, acto que al decir de CLEMENTE DÍAZ⁵⁴ puede provenir de diferentes supuestos, entre esos la carencia de un elemento esencial para la for-

⁵² DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, Francisco, “Comentario al artículo 743”, en Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch (coords.), *Comentario del Código Civil*, t. I, p. 1847.

⁵³ CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, “Comentarios al artículo 69”, en Leonardo B. Pérez Gallardo (dir.), *Comentarios al Código Civil cubano*, t. I – *Disposiciones preliminares*, Libro I – *Relación jurídica*, vol. II (artículos del 38 al 80) p. 403.

⁵⁴ CLEMENTE DÍAZ, Tirso, *Derecho Civil...*, ob. cit., p. 738.

mación del acto que lo hace inexistente desde el punto de vista legal. En este sentido afirma VALDÉS DÍAZ que la inexistencia no es aceptada por la doctrina como variante de ineficacia al ser catalogada como una categoría inútil, ya que produce iguales efectos que la nulidad absoluta y no cabe hacer referencia a estos actos, toda vez que el Derecho no se ocupa de lo que no existe,⁵⁵ por lo que se muestra conteste la autora, en que la causal de ineficacia sería la nulidad y no la inexistencia.

Todo lo expuesto encuentra cabida, en un sentido negativo, en la formulación del artículo 49.1 del Código civil cubano al disponer: *“el acto jurídico es una manifestación de voluntad expresa o tácita [...]”*, por lo que, a tenor de las particularidades del negocio jurídico testamentario, el hecho de existir voluntad, pero no última voluntad, que es el elemento esencial de ese negocio jurídico, deviene en nulidad del testamento, precepto de carácter general que regula la manifestación de voluntad en sentido general y que será aplicable a la materia testamentaria, en tanto la formulación del artículo 476 del Código civil cubano va en dirección hacia el contenido del testamento y no hacia su definición propiamente dicha.

¿Cuáles serían las consecuencias de la declaración de nulidad de una disposición testamentaria?

El artículo 509 del Código civil cubano recoge los supuestos en que tendrá lugar la apertura de la sucesión intestada. Si observamos el supuesto objeto de análisis, este se encausa en el inciso a) del nombrado artículo, el cual reza que tendrá lugar la sucesión intestada cuando *“[...] el testamento es declarado judicialmente nulo o ineficaz en todo o en parte”*.

De ello se infiere que de acuerdo con la sistemática del Código civil en su artículo 509 a), que establece que *“la sucesión intestada tiene lugar: a) cuando una persona muere sin haber otorgado testamento o este se declara judicialmente nulo [...]”*, pudiera suscitarse la cuestión relativa a si la última voluntad del causante hubiese sido abrir la sucesión intestada. Al respecto pudieran ofrecerse respuestas en un sentido general sin entrar a analizar ningún supuesto fáctico.

La nulidad como causal de ineficacia despliega dos efectos jurídicos: uno positivo y otro negativo. El efecto negativo trae consigo privar de eficacia al negocio

⁵⁵ VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, “Causa de la relación jurídica civil”, en *Derecho Civil...*, ob. cit., p. 262.

jurídico y el efecto positivo es el despliegue de una serie de consecuencias que devienen de la privación de efectos del negocio. Apunta DE CASTRO⁵⁶ “que la nulidad de un negocio puede originar una reacción en cadena de nulidades; su caída arrastrará la de titularidades; derechos, nuevos negocios, enajenación y transmisión de derechos, obligaciones y cargas, en fin, la de todo aquello que en el negocio tuviera su fundamento, se apoyara en él o de él se derivase”.

En sede testamentaria puede suscitarse como uno de los efectos en cadena de la nulidad el otorgamiento de varios testamentos, donde el último revocará al anterior; de esta forma, de declararse totalmente nulo el último testamento, se dejaría sin efectos igualmente el acto de revocación tácita del testamento anterior y por tanto el primer testamento sería plenamente eficaz. De ahí que debe valorarse si el testamento anterior estaría o no en consonancia con la presumible última voluntad del testador a raíz de las nuevas circunstancias. El supuesto de nulidad objeto de análisis debe llevar a una solución en armonía con la última voluntad, de lo contrario no resultará atinada su invocación, tómesese en consideración que su principal sustento radica en la falta de capacidad del testador para revocar su último testamento y actualizar su voluntad ante los nuevos cambios.

Ahora bien, no puede dejar de observarse el hecho de que con el nuevo testamento, el testador revocó tácitamente el anterior y por lo tanto es claro que su voluntad no es que se vuelva sobre el testamento anterior, a menos que del cambio extraordinario de circunstancias se infiera lo contrario.⁵⁷ Diferente resultaría si el cambio sobrevenido de circunstancias solo afecta parcialmente al testamento por recaer sobre alguna disposición testamentaria. Ante ello se observará la regla de los ordenamientos jurídicos y en caso del cubano se procederá a abrir la sucesión intestada por resultar parcialmente nulo el testamento.

De este modo puede afirmarse que no se discute la inexistencia de una voluntad, sino que esa voluntad, que en un momento configuró el elemento esencial del negocio jurídico, ya no existe y al sobrevenir una incapacidad del testador no podrá constar una manifestación de voluntad posterior, por lo que resulta nulo, al no contar con el elemento esencial subjetivo del negocio jurídico tes-

⁵⁶ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, p. 477.

⁵⁷ El Código civil peruano en su artículo 810 declara la nulidad por falsedad de la muerte del heredero, cuando un testamento ha sido otorgado expresando como causa la muerte del heredero instituido en uno anterior, valdrá este y se tendrá por no otorgado aquel, si resulta falsa la noticia de la muerte.

tamentario –la última voluntad– y es esa “última” la que no queda refrendada en el testamento por haber sobrevenido una variación de las circunstancias.

2. PARADIGMAS PARA UNA PRETENSIÓN SOBRE REVISIÓN JUDICIAL DEL TESTAMENTO ANTE CAMBIOS SOBREVENIDOS DE CIRCUNSTANCIAS EN SEDE DE INEFICACIA

En principio, resulta iluso determinar todos los supuestos en los que pudiera declararse la ineficacia testamentaria por un cambio en las circunstancias sobrevenida al testamento, por lo que serán señalados los presupuestos que, a juicio de la autora, deben perfilarse para decretar la ineficacia de las disposiciones testamentarias por este motivo, a saber:

Primero: debemos considerar si con la apertura de la sucesión intestada se logran diferentes efectos que con la preservación de las cláusulas testamentarias.⁵⁸

Segundo: que con la apertura de la sucesión intestada se logra, si no llegar, al menos acercarse a la última voluntad del testador.⁵⁹

Tercero: que la solución al cambio de circunstancias no se encuentre dada en el ordenamiento jurídico.⁶⁰

⁵⁸ Ante la ineficacia total o parcial del testamento, la consecuencia que prevé el Código civil cubano en su artículo 509 es la apertura de la sucesión intestada, en ese sentido habrá que observar si la solución que brinda la ley es diferente al destino de las disposiciones testamentarias que se pretenden declarar ineficaces. De desplegar los mismos efectos, no podrá ser invocada la tesis propuesta en tanto que no resultará factible crear una voluntad no conciliable con lo preceptuado en el testamento, ni con lo estipulado en la ley, y no tendría sentido abrir la sucesión intestada cuando el testamento prevé idéntica solución en virtud del principio de *favor testamenti*.

⁵⁹ Este presupuesto va dirigido al hecho de atender a la voluntad presumible del testador y en ese sentido cotejar si la solución que prevé la ley está en consonancia o no con esa voluntad. De mostrarse una armonía entre ellas, se procederá a invocar la ineficacia del testamento. Ahora bien, de no configurar *in integrum* lo preceptuado en la ley, la voluntad presumible del testador, v. gr., por concurrir en un mismo llamado varias personas, que se corresponden con la voluntad presumible del testador y otras que no, habrá que ponderar casuísticamente entre abogar por lo preceptuado en el testamento y los efectos que despliega, a tono con la voluntad presumible del testador o apegarse a la solución que brinda la ley, que al menos en parte se acerca a la última voluntad del testador.

⁶⁰ La solución no puede tratarse de algún supuesto de ineficacia legal individualizado, dado que el propio ordenamiento jurídico prevé las consecuencias jurídicas ante circunstancias específicas y las soluciones especiales desplazan a las generales.

Cuarto: que sea observado en todos los casos con un carácter excepcional, subsidiaria a la hermenéutica testamentaria.⁶¹

Quinto: que concurra alguna imposibilidad⁶² del testador para revocar el testamento otorgado.⁶³

⁶¹ La voluntad última del testador debe buscarse mediante la hermenéutica testamentaria usando todos los medios posibles, las pruebas extrínsecas, la interpretación integradora, la interpretación subjetiva, toda vez que deviene con un carácter excepcional, adpero, decretar la ineficacia del testamento por la variación de las circunstancias atribuye su aplicación con un carácter excepcionalísimo, como fue acotado *supra*, pues solo deberá ser recurrido cuando el cambio de circunstancias sea tal que no pueda ser salvada la eficacia total o parcial del testamento, por no resultar conciliable la nueva circunstancia con las disposiciones testamentarias, y en consecuencia haya que invocar la ineficacia del testamento al no ser compatible la voluntad manifestada con la voluntad presumible y última del testador, aunque deberá tener indicación en el testamento debidamente otorgado.

⁶² La inactividad del testador ante la modificación de las circunstancias en las que se otorgó el testamento sitúa en una situación difícil al intérprete, porque a esa conducta se le puede atribuir tanto conformidad con lo dispuesto en la nueva regulación como convencimiento de que no le va a afectar. El carácter solemne del testamento obliga a prescindir de cuál sea la verdadera voluntad del causante en el momento de la muerte. El objeto de la interpretación consiste en averiguar la verdadera voluntad del testador formulada en un tipo testamentario, admitido por el Derecho y otorgado cumpliendo los requisitos de forma legalmente establecidos, frente al silencio del testador ante los cambios, el legislador reacciona estableciendo presunciones en algunos casos. En otros, la solución queda en manos de los tribunales. *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil Familia y Sucesiones*, p. 650.

⁶³ Una cuestión que invita a la reflexión es la discapacidad sobrevenida que anule completamente la *testamentifacio activa*, debido a que al estar privado el testador completamente de discernimiento y no poder expresar su voluntad de manera alguna, ni siquiera con la utilización de apoyos, deberá protegerse con mayor ahínco la última voluntad presunta del testador. De modo que se impone una máxima convicción de la ausencia total de capacidad de hecho del testador que no le permita expresar su voluntad de modo alguno. Ahora bien, desde otro punto de vista debe tenerse igualmente la certeza de que la expresión de su voluntad no quede suplantada ni captada con la utilización de apoyos u otros medios, de forma tal que ante la duda sobre el ejercicio de la capacidad jurídica deberá buscarse auxilio en especialistas con la adecuada formación profesional para discernir la idoneidad o no del estado del testador para ejercer su capacidad jurídica. Este requisito ostenta gran importancia, ya que el testamento es un acto de naturaleza revocable, *mortis causa*, de última voluntad y de no revocarse y no actualizarse la voluntad a las nuevas circunstancias, se ha entendido en muchas ocasiones la anuencia implícita en el testamento otorgado, por lo que la incapacidad sobrevenida deviene un indicio de la ausencia de falta de conformidad con la eficacia o el modo de interpretar las disposiciones testamentarias a tenor de las nuevas circunstancias, al no poderse revocar el testamento, lo cual lleva a indagar más a fondo en el grado de capacidad del testador, en los medios o apoyos que pudo utilizar para ejercer su capacidad jurídica y en la ausencia de influencia indebida en un sentido positivo o negativo para cambiar su voluntad como para no hacerlo.

Sexto: que se trate de un cambio de circunstancias que hagan suponer que de haberlo previsto el testador, no hubiese testado de ese modo.⁶⁴

3. IDEAS CONCLUSIVAS

Ante los cambios sobrevenidos de circunstancias que no puedan ser conciliados en el ámbito de la hermenéutica testamentaria, procede la ineficacia de las disposiciones testamentarias por no hallarse en consonancia con la presumible última voluntad del testador; de esta manera, las posibles soluciones a adoptar son: la adecuada previsión de los cambios de circunstancias en las disposiciones testamentarias; la tipificación legal de los cambios sobrevenidos de circunstancias con la correspondiente consecuencia jurídica; la condición tácita con efectos resolutive para los ordenamientos jurídicos que la permiten; el error en los motivos y la nulidad de las disposiciones testamentarias ante la ausencia de *testamentifactio activa*.

Una adecuada prevención en el ejercicio de la labor de *cavere* del notario permite socavar en la voluntad del testador ante las posibles cláusulas testamentarias sometidas a variabilidad, estipulando en las disposiciones testamentarias la voluntad del testador para los supuestos de cambios sobrevenidos, lo cual permite alcanzar con mayor precisión, la voluntad última del testador.

Los supuestos específicos de cambios sobrevenidos de circunstancias que recogen los ordenamientos jurídicos configuran *a priori* el significado típico de algunas cláusulas testamentarias con la respectiva causal de ineficacia y el consecuente efecto, de modo que de querer excluir las consecuencias que prevé la ley deberá el testador pronunciarse en sentido diferente a la voluntad típica social refrendada en la norma.

La condición tácita con efectos resolutive –para aquellos ordenamientos jurídicos que lo permiten– deviene una solución factible para las legislaciones que no tienen regulado supuestos específicos de cambios de circunstancias, donde podrá deducirse que el causante ha testado sobre la base de una condición tácitamente consignada y la variación de las circunstancias dotará automáticamente de ineficacia la disposición testamentaria al variar o disolverse el escenario sobre la base del cual testó.

⁶⁴ Apuntar, a tono con este presupuesto, la presunción de que de haberlo sabido el testador hubiese testado de otro modo, solo debe ser analizado atendiendo a todas las circunstancias del testador y no sobre la base de un interés de parte, ni del criterio de lo que otra persona razonable hubiese hecho en su lugar.

La ineficacia del testamento ante un cambio sobrevenido en las circunstancias puede estar sustentada por criterios de nulidad si se analiza esta variación como un vicio estructural. De esta forma, no se alude a que no exista voluntad, sino a que esa voluntad –que en un momento configuró el elemento esencial del negocio jurídico– ya no existe, y al sobrevenir una discapacidad del testador que le prive totalmente de discernimiento y le impida el ejercicio de la capacidad jurídica no podrá constar una manifestación de voluntad posterior. Así, resultará nulo el negocio jurídico testamentario por no contar con el elemento esencial subjetivo (manifestación de la última voluntad del testador), al tratarse de un negocio jurídico *mortis causa*, de última voluntad.

En el contexto cubano, la solución de *lege lata* sería la consideración del error en los motivos, al suponer erróneamente el testador la persistencia de las circunstancias sobre las que otorgó el testamento, pudiéndose presumir *iuris tantum* que testó *rebus sic stantibus* al amparo del artículo 80 del Código civil, extensible al testamento al encontrarse en la parte general del Código. Todo ello llevará a la anulabilidad de las disposiciones testamentarias a la sombra del artículo 70, inciso c), del Código civil y posterior apertura total o parcial de la sucesión intestada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil Familia y Sucesiones*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.
- BETANCOURT, Julián A., “La revocación de las disposiciones testamentarias”, *Tesis presentada en opción al grado de doctor en ciencias jurídicas*, bajo la dirección de Caridad del Carmen Valdés Díaz, extraída de la Intranet de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, La Habana, 2018.
- BOSQUES HERNÁNDEZ, Gerardo José, “El ex cónyuge como heredero testamentario. El efecto del divorcio”, *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. 48, Puerto Rico, 2003.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Artículo 790”, en Ana Cañizares Laso, Pedro Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil Comentado*, vol. II, Aranzadi S.A., Navarra, 2011.
- CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, “Comentarios a los artículos 69 y 70”, en Leonardo B. Pérez Gallardo (dir.), *Comentarios al Código Civil cubano*, t. I – *Disposiciones preliminares*, Libro Primero – *Relación Jurídica*, vol. II (artículos del 38 al 80), Félix Varela, La Habana, 2014.

La ineficacia de las disposiciones testamentarias ante la aparición de un cisne negro

- CLEMENTE DÍAZ, Tirso, *Derecho Civil Parte General*, t. II (primera parte), t. II (segunda parte) y t. II (tercera parte), Imprenta André Voisin, La Habana, 1984.
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *El negocio jurídico*, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1992.
- DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, Francisco, "Comentario al artículo 743", en Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch (coords.), *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Editorial Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1958.
- DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 2, trad. de la 4ª ed. italiana, anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, Editorial Reus, Madrid, 1931.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago, *El error en las disposiciones testamentarias*, Tecnos S.A., Madrid, 1994.
- GIAMPICCOLO, Giorgio, *Il contenuto atípico del testamento*, Giuffrè Editore, Milano, 1954.
- GÓMEZ CALLE, Esther, *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Aranzadi S.A, Navarra, 2007.
- GÓMEZ CALLE, Esther, "Artículo 767", en Ana Cañizares Laso, Pedro Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. II, Aranzadi S.A., Navarra, 2011.
- GONZÁLEZ ACEBES, Begoña, *La Interpretación del testamento*, tirant lo blanch, Valencia, 2012.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio, "Comentario al artículo 767", en Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil*, t. I, Editorial Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.
- JORDANO BAREA, Juan B., *Interpretación del testamento*, Bosch, Barcelona 1958.
- JORDANO BAREA, Juan B., *El testamento y su interpretación*, Comares, Granada, 2008.
- LÓPEZ FRÍAS, María Jesús, *Voluntad del causante y significado típico de algunas cláusulas testamentarias*, Comares, Granada, 2004.
- MARSAL I GUILLAMENT, Joan, *El testament*, 1ª ed., 2000.
- MCGREGOR, Harvey, *Contract Code draw up on behalf of the English law commission*, dott. A. Giuffrè, Milano, 1993.

- MEDINA ORTIZ, Jordi, "Nuevo criterio en la interpretación de las disposiciones testamentarias, introducido por el TEDH", disponible en https://app.vlex.com/#ES/vid/257442/graphical_version [consultada en fecha 3 de junio del 2019], pp. 7-10.
- OERTMANN, Paul, *Introducción al Derecho Civil*, trad. por Luis Sancho Seral, Labor S.A., Barcelona, 1933.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "El acto jurídico testamentario. Contenido e interpretación", en *Derecho de Sucesiones*, t. I, Leonardo B. Pérez Gallardo (coord.), Félix Varela, La Habana, 2006.
- PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos del Derecho Civil*, t. V, vol. II, 2ª ed., ampliada y puesta al día, Bosch, Barcelona, 1983.
- PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho Civil*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1983.
- SLOAN, Brian, *Law of Succession*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2017.
- SCHMIDT, Oliver, *Die Errichtung von Unternehmensträgerstiftungen durch Verfügung von Todeswegen*, Peter Lang GmbH, Frankfurt, 1997.
- TARRAGONA COROMINA, Miguel, "Artículo 132", *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña, Ley 40 de 1991 de 30 de diciembre*, Bosch, Barcelona 1994.
- VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, "El tiempo y su influencia en el Derecho Civil", en *Derecho Civil. Parte General*, Caridad del Carmen Valdés Díaz (coord.), Félix Varela, La Habana, 2006.
- VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, "Causa de la relación jurídica civil", en *Derecho Civil. Parte General*, Caridad del Carmen Valdés Díaz (coord.), Félix Varela, La Habana, 2006.
- VAQUER ALOY, Antoni, "El criterio de la interpretación del testamento", disponible en <http://www.vlex.com/vid/193176>, enero 2003, consultado el 20 de febrero de 2013
- VAQUER ALOY, Antoni, *La Interpretación del Testamento*, Reus, Madrid, 2008, actualizado en 2010.
- ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho de sucesiones*, 4ª ed., actualizada y ampliada, Astrea, 1999.

FUENTES LEGALES

- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, *Boletín Oficial del Estado*, No. 96 del día 21 de abril de 2008.
- Código Civil alemán (BGB)*, trad. por Albert Lamarca Marqués, Marcial Pons, Madrid, 2008.

La ineficacia de las disposiciones testamentarias ante la aparición de un cisne negro

- Código Civil de la República de Argentina* de 25 de septiembre de 1869, edición al cuidado del Dr. Ricardo de Zavalía, Buenos Aires, 1996.
- Código Civil y Comercial de Argentina*, aprobado por Ley 26.994, promulgado según Decreto 1795/2014, disponible en infojus.gob.ar, octubre, 2014.
- Código de Sucesiones de Cataluña*, Ley 40/1991, del 30 de diciembre, Lluís Jou I Mirabent (coord.), t. I y t. II, Bosch, Barcelona, 1994.
- Código Civil de Cataluña (Libro Cuarto)*, Ley 10/2008 de 10 de julio, Editorial jurídica Sepín, Madrid, 2011.
- Código Civil de la República de Cuba anotado y concordado*, Ley No. 59/1987 de 16 de julio, vigente desde el 13 de abril de 1988, edición a cargo de Leonardo B. Pérez Gallardo, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2011.
- Código Civil del Reino de España* de 6 de octubre de 1888, 16ª ed., Civitas, Madrid, 1993.
- Código Civil italiano, Decreto Real No. 262 de 16 de marzo de 1942, última actualización marzo de 2000, consultado el 18 de junio de 2012 en www.westlaw.es
- Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos para el Distrito y Territorio Federales en materia común y para toda la República en materia federal*, de 30 de agosto de 1928, edición a cargo de Jorge Obregón Heredia (concordado), Porrúa, México, 1988.
- Código Civil de la República del Perú*, promulgado por Decreto Legislativo No. 295/1984 de 24 de junio, en vigor desde el 14 de noviembre de 1984, edición a cargo de Jorge Palma Martínez, Ediciones y Distribuciones "Palma", Lima, 1994.
- Código Civil de la República de Portugal* de 1966, vigente desde 1967, Livraria Almedina, disponible en <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/Código+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>, Coimbra, 1992.
- Ley 1 de 1ro de marzo de 1973, Fuero Nuevo de Navarra, modificada por Ley 5 de 1987, consultado el 12 de mayo de 2019 en www.westlaw.es
- Ley 3 de 1ro de julio de 1992, del Derecho Civil Foral del País Vasco, consultado el 12 de mayo del 2019, en www.westlaw.es
- Ley de las Notarías Estatales*, Ley No. 50/1984 de 28 de diciembre, MINJUS, 1986, y su *Reglamento*, contenido en la Resolución No. 70/1992 de 9 de junio del Ministro de Justicia, MINJUS, 1998.
- Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón, Ley 1 de 24 de febrero de 1999 aprobada por las Cortes de Aragón, consultada el 12 de mayo de 2019 en www.westlaw.es
- Ley 2 de 14 de junio de 2006 de Galicia, consultada el 12 de mayo de 2019 en www.westlaw.es

Uniform Probate Code §2-804; 8 U.L.A. 60 (Supp. 2007).

L.W. Waggoner, *The Revised Uniform Probate Code*, 133 *Trusts & Estates* 18 (1994).

Will Act, disponible en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Will4and1Vict/7/26/section/18>, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 1837 reformada en 1995.

Recibido: 18/12/2021

Aprobado: 21/2/2022

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative
Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International
(CC BY-NC 4.0)

