

UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA

**DOCTORADO EN DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

TESIS DOCTORAL

**Análisis legal y jurisprudencial en el ordenamiento civil común
español de la categoría jurídica de la nulidad parcial del
testamento**

**Tesis doctoral para la obtención del grado de doctor presentada por D. Isidoro C. Casanueva
Sánchez y dirigida por el Dr. D. Antonio Román García.**

EXPOSICIÓN ANTE EL TRIBUNAL JUZGADOR DE LA TESIS DOCTORAL

Con la venia, Sr. Presidente, miembros del Tribunal. Paso a continuación a proceder a la exposición del tema de la presente tesis doctoral.

Cuando se propuso la nulidad parcial como tema de tesis, se despertó en nosotros un inmediato interés por la figura, pues de su simple dicción es fácil deducir la gran trascendencia que en la práctica puede llegar a tener, a pesar de las indudables dificultades de teorización que se plantean, puesto que realmente es enorme la variedad de situaciones que para quienes actúan frente a los órganos judiciales pueden caer bajo su naturaleza. Es siempre un reto el estudio de una categoría jurídica que no está ya ampliamente descrita y sistematizada por la doctrina, al contrario de las que sí lo están, en las que no hace falta más que recopilar y ordenar; en el caso con el que tratamos, además de lo anterior ha sido necesario ir sacando conclusiones a cada paso, relacionando figuras jurídicas diversas, apareciendo a veces incluso la tentación de ofrecer una solución a los problemas que se plantean. El objeto de este trabajo será, sin embargo, solamente sentar las bases sobre las que se construye la teoría de la nulidad parcial (tras la que se esconde un verdadero concepto dogmático y una buena serie de normas que a ella hacen referencia en nuestro sistema privatístico, aunque no sólo en él, sino también en el Derecho público) y ofrecer una visión de la construcción metódica que de ella se ha hecho por la doctrina nacional, extranjera y nuestra jurisprudencia.

Además se verán las aplicaciones concretas que para este principio se nos ofrecen dentro de nuestro ordenamiento, algo de lo que nuestra doctrina no se

ha preocupado en exceso, y cuando lo ha hecho, ha sido principalmente en relación al contrato, pero no tanto al testamento desde su perspectiva propia general. Pero articular una teoría general para la nulidad parcial que englobe, no ya la totalidad, sino sólo la mayoría de las hipótesis que pueden presentarse, dándoles una solución homogénea, entrañaría una gran dificultad la cual queda fuera del modesto objetivo que pretendemos.

Es la nulidad parcial, por otro lado, una materia de gran interés y que tiene una gran trascendencia dentro de nuestro ordenamiento al afectar fácilmente en uno u otro momento al negocio jurídico, uno de los pilares del Derecho civil, por mucho que por algunos autores se quiera ver una denominada "crisis" de esa institución: puede estar en crisis si es entendido como un conjunto de actos con relevancia para el tráfico, pero nunca cada uno de esos actos en particular, aquellos que llamamos testamento, contrato etc. Se tratará de responder en este orden de ideas a interrogantes tales como si el testamento debe ser considerado un negocio jurídico o no, y a si el régimen de la invalidez negocial es aplicable en materia testamentaria.

Se tratará, siguiendo el esquema clásico, primero la parte general con la introducción histórica, la situación y el tratamiento dogmático de la figura, a fin de apreciar por separado las diferentes influencias que se han dado cita en el problema que nos ocupa; después se hará lo propio con la parte especial, con sus aplicaciones y efectos concretos. La justificación para el uso del método histórico-dogmático se encuentra en que el estudio de la nulidad parcial sería incompleto si no se prestase atención a la tradición de nuestro Derecho anterior en esta materia. Parte de este método es el estudio de los matices de la teoría que envuelve la nulidad parcial en otros ordenamientos jurídicos (en nuestro caso encontramos más relevantes el alemán, italiano y francés y, más

brevemente, en el suizo y en el sistema anglosajón), para así poderlos comparar con los correspondientes dictados ofrecidos entre nuestra doctrina.

De este estudio se concluye que la nulidad parcial es una figura admitida ampliamente en el Derecho comparado. En el Derecho alemán, aunque el párrafo 139 del BGB, referido a los negocios jurídicos en general, ordena la nulidad total como norma general cuando una parte del negocio es nulo a menos que se demuestre que éste se hubiera celebrado incluso sin la parte nula; sin embargo el citado artículo tiene un valor subsidiario frente al párrafo 2085, que es norma específica en el orden testamentario, el cual invierte los términos del anterior y ordena que sea la parcial la regla general y la total la excepción, siendo aplicable ésta última únicamente cuando se demuestre que el testador no hubiera querido el testamento sin la disposición ineficaz. En el ordenamiento jurídico italiano la norma es la nulidad parcial del testamento y la excepción la total según el artículo 1419 Cci, que si bien se refiere al contrato, la doctrina lo encuentra extensible al ámbito testamentario por analogía, pues para este último falta una norma específica. En Francia, según el artículo 900 del Code civil, a través de la actuación de la denominada “causa impulsiva y determinante” no hay norma fija, dependiendo de cada caso concreto, pero la nulidad parcial es definitivamente una opción que se debe considerar frente a la total.

De igual modo lo el estudio de la constitución de la doctrina jurisprudencial referente a la teoría de la nulidad parcial del negocio jurídico y de su aplicación al testamento en nuestro ordenamiento, donde cobra relevancia la doctrina contenida en las principales decisiones judiciales al respecto, que tanta importancia han tenido para el levantamiento de la estructura de la figura que nos ocupa, especialmente en el ámbito sucesorio y, concretamente, el testamentario. Las declaraciones jurisprudenciales a favor de su aplicación en nuestro ordenamiento han de verificarse, por tanto, en cuanto a

la integración de un instituto jurídico que puede considerarse que tiene y debe tener un hueco entre los que nuestro sistema privatístico acoja en base a la licitud de sus presupuestos y premisas. Se estima, además, que supone una herramienta que permite una legítima y adecuada adaptación de la voluntad del causante a las circunstancias adversas a su cristalización en la realidad y que se encuentra dentro de los límites que a la autonomía negocial impone jurídico para que la última voluntad del causante (la más genuina y verdadera) no se pierda más que en lo estrictamente preciso por la aparición de una causa de nulidad del testamento en el que ella se encuentra reflejada, lo cual es una necesidad realmente digna y de necesaria protección por nuestro sistema legal, de acuerdo con las exigencias básicas propias de la equidad y la justicia.

Si bien la posición de nuestra doctrina jurisprudencial en materia de nulidad parcial testamentaria no es posible fundamentarla en una abrumadora cuantía de pronunciamientos, es viable afirmar, ateniéndonos a los existentes en el mismo sentido, tanto que el testamento es un negocio jurídico, como que la nulidad parcial es una categoría aplicable a él, y que la normativa relativa a la invalidez negocial en general, dictada mayormente para el contrato, es trasladable, si bien no en bloque, pero sí con sus peculiaridades propias, al ámbito del testamento.

Se ha tratado de, por otro lado, en esta aproximación a la figura de la nulidad parcial, evitar una larga serie de abstracciones de escasa utilidad dentro de la estructura lógica del Derecho, centrandó la visión práctica como preferente de cara a una utilidad más amplia, porque en la formación de las categorías jurídicas que regulan las relaciones entre los particulares, como puntos de referencia de orden jurídico-moral, se debe atender primordialmente a la finalidad a la que se destinan; sólo así pueden éstas justificarse suficientemente desde una perspectiva eminentemente práctica.

Ya que no hay una regulación propiamente dicha de la nulidad parcial en el Código civil, lo que trataremos es de dejar apuntadas las bases sobre las que tal regulación pudiera en su día venir sentada.

La profundización en la nulidad parcial es una tarea en la que otros, muy pocos, han estado inmersos antes y que requiere cierta dosis de “asepsia” para ser tratada. La falta de regulación en el Código civil ha hecho que sean la doctrina (especialmente la extranjera y, en concreto, la italiana, que como desde ahora anticipamos y observa DE LOS MOZOS, es la predominante en relación a las disposiciones testamentarias y también al negocio jurídico) y la jurisprudencia las encargadas de levantar la teoría general de la ineficacia e invalidez, comprendiendo su aspecto parcial, de los negocios jurídicos, incluido el testamento. No hay duda de que la nulidad parcial se ordena en numerosos preceptos de nuestro Código, bajo el influjo de la máxima de Derecho común *utile per inutile non vitiatur*, pero no hay ninguno que la establezca y defina de una manera expresa como norma general. Pero es que incluso en Italia, donde el legislador la ha previsto específicamente como hipótesis posible, éste ha renunciado a definirla y a establecer los casos en los que ha tener lugar (artículo 1419 Cci, a diferencia del 1418, que trata la nulidad total y contiene un elenco de causas por las que ésta aparece).

Se considera el principio de conservación del negocio como un principio general del derecho referido al artículo 1.1 CC y, por tanto, como fuente jurídica material en nuestro ordenamiento jurídico en defecto de Ley o costumbre aplicable. El resultado de tal principio, que es la nulidad parcial del negocio jurídico, será así una categoría admitida en nuestro sistema legal, tanto por parte del Derecho positivo como por la doctrina jurisprudencial, a pesar de no haber una norma expresa en la que se pueda fundamentar tal afirmación. Pero

son múltiples, sin embargo, los preceptos del Código civil (y de otros cuerpos legales) donde se establece la posibilidad de que una cláusula sea nula sin comunicar al resto del instrumento esa nulidad, respondiendo al principio del Derecho común enunciado bajo la máxima: *utile per inutile non vitiatur*. Así se puede decir que la nulidad parcial debe ser la norma y la total la excepción, con la inversión de la carga de la prueba que ello supone en los casos en que el litigio se fundamente en el pronunciamiento judicial en uno u otro sentido.

De entre los escollos que se intentarán superar, uno de los que se plantea destacado, es que ya que la nulidad parcial es admitida como categoría en nuestro ordenamiento, si existe como institución con entidad propia o es una modalidad de la radical o absoluta, que aparece normalmente como nulidad total. De hecho, el tratamiento de la primera se asemeja en muchos aspectos al de la segunda, y en muchos lugares de este estudio van a recibir el mismo trato, como consecuencia de que la regulación de la nulidad parcial debe adaptarse, por carecer de una propio sistema de normas, a la de la total. Lo cierto es que hay argumentos que soportan tanto una tesis como la otra: según la teoría clásica es una modalidad; según las modernas tendencias es independiente porque afecta al contenido y no al instrumento como un todo. Pero el considerar como acertada una u otra posición realmente no afecta a la incidencia que la institución habrá de tener sobre el testamento al ser aplicada en la práctica, pues los efectos de la aplicación de esta institución que tratamos no variarían.

Cuál debe ser el enfoque correcto: ¿partir de la nulidad parcial para concluir que el testamento conserva su validez en parte, o partir de la total y concluir que es sólo una parte la que debe perder su validez? De que se siga uno u otro dependerá si consideramos o no esta figura como una modalidad de

la total o como una institución con su propia naturaleza jurídica. El punto crucial de esa dicotomía, según doctrina y jurisprudencia, es la observación de que la nulidad total versa sobre la invalidez del instrumento en sí, y la parcial lo hace sobre su contenido; si ello justifica por sí solo la consideración de esta última como una institución jurídica *in se* es una decisión que, por el momento, queda abierta al sentido jurídico de cada uno.

Por otro lado, también llama poderosamente la atención, y por ello se planteará que, si como dice KELSEN, los casos de nulidad se encuentran fuera del Derecho, se podría afirmar que ésta coincide con una inexistencia jurídica, la cual algunos afirman que puede incluso tomarse como una categoría autónoma dentro de la invalidez, al lado de la nulidad, anulabilidad, etcétera: enconada es la controversia que, al respecto, mantuvieron CARNELUTTI y ASCARELLI, continuada años más tarde por DE GIOVANNI, GALGANO, etc. Esta problemática va ser consecuencia de lo que se dirá en referencia a la evolución histórica de la teoría general de la invalidez e ineficacia.

Ciertamente la nulidad produce la negación de los efectos que son característicos al negocio jurídico testamentario, equiparándose así a una “no existencia”; pero al ser éste una creación del Derecho, no debiera ser calificado como inexistente sin más, pues ello sería un contrasentido, teniendo por ello razón de ser que la nulidad (incluido el aspecto parcial de ella) sea la cúspide del sistema de la invalidez. Así pues, las categorías de inexistencia y nulidad pueden encajar dentro de un esquema de efectos (o mejor dicho, de ausencia de ellos) idéntico, siendo posible que queden englobados dentro de la categoría de esta última todos los supuestos en que la Ley decida que no se deba derivar ninguna consecuencia en absoluto del acto.

Pero, ¿qué es en el fondo la nulidad parcial? De acuerdo con la doctrina predominante, es la sanción que impone el ordenamiento a los negocios que contienen dentro de ellos una parte que es contraria a Derecho, negándosele en

consecuencia, efectos de cualquier clase a esa parte infractora. Éste es el máximo castigo que el orden civil admite, puesto que equivale a la desaparición jurídica de aquello que es nulo, sin que sea necesaria declaración judicial previa, con lo que todo lo hecho en base a ello es también automáticamente inválido, puesto que lo nulo no llegó nunca a ser relevante jurídicamente, esto es a existir para el Derecho. Como la conservación ha de ser la regla y la nulidad la excepción, cuando se entabla un litigio en el que se plantea la aplicación al instrumento testamentario de una u otra, quien intenta hacer valer la nulidad de éste en su integridad en base a la ilegalidad de una o algunas de sus cláusulas, es quien ha de probar que el negocio no puede subsistir sin ella o ellas para que pueda ser estimada su pretensión.

El contenido de la categoría de la nulidad parcial es tan amplio que se hizo necesario concretarlo, refiriéndonos a alguna de las partes en que tradicionalmente dividimos el Derecho civil. Así la opción por el ámbito sucesorio, y más concretamente el testamento dentro de la vasta categoría del negocio jurídico, se vio determinada por la casi total ausencia de tratamiento por parte de la doctrina, si bien la jurisprudencia sí ha incidido sobre este tema, aunque haya sido de manera poco profusa. Realmente el testamento debe ser considerado un negocio jurídico, si bien es cierto que con ciertas peculiaridades que lo diferencian del que lo es por excelencia: el contrato. A algún sector de la doctrina le cuesta en ocasiones admitirlo debido a las dificultades de encaje y coordinación de algunos de sus aspectos, siendo esta precisamente la razón por la que ha de ser calificado como de tipo especial y *sui generis*.

No se puede hacer una formulación unitaria de la nulidad parcial del testamento a la par de la del contrato por las peculiaridades que diferencian a ambos. Ello es consecuencia de que la teoría general de la invalidez se

encuentre llena de excepciones en atención a las características de cada uno de los diferentes negocios jurídicos que existen y se acomodan a ella. Lo que sí podemos es considerar la teoría de la invalidez del contrato, que el Código civil trata con cierto detalle, como supletoria de la que debe ser aplicada para el testamento en aquellos casos en los que el Código no se pronuncie específicamente para éste, y ello siempre que las soluciones alcanzadas sean compatibles con el régimen legal general del Derecho de sucesiones. Resulta así, que le va a ser de aplicación, con las peculiaridades correspondientes a su singularidad, la teoría general de la invalidez negocial, incluida la parte correspondiente a la nulidad parcial.

El testamento es, pues, un negocio jurídico de tipo unilateral, ya que las partes que intervienen en él se reducen a una sola: el testador, que es quien hace uso de la autonomía de la voluntad que le corresponde, en este caso de cara a organizar su sucesión. En este orden de cosas la aceptación de la herencia o el legado no es la prestación del consentimiento necesaria para el perfeccionamiento en los términos expresados por la Ley para el contrato según el contenido del artículo 1258 CC, puesto que ésta es otro negocio jurídico independiente del anterior, aunque lógicamente exista una relación de continuidad entre los dos en orden al despliegue de efectos que se pretende. Pero a pesar de ello, se ha procurado observar en este trabajo la esencial unidad a que se somete conceptualmente el estudio del Derecho civil y la especial incidencia que la Teoría General de las obligaciones tiene sobre el Derecho sucesorio, observa LACRUZ, razón por la cual una separación radical de ambas carecería de sentido y por ello no la hemos pretendido más allá de los límites razonables.

Al hilo de lo expuesto es posible afirmar que la nulidad parcial puede adoptar diferentes formas, dependiendo de la manera en que aparezca. Es concebible que lo haga estableciendo un límite a la autonomía de la voluntad,

asegurándose así que el negocio se mantiene dentro de la legalidad y tomando así una forma “limitativa”. En segundo lugar puede verificarse con ella una reducción en la cantidad del objeto o de los efectos propios del negocio, adoptando de esta manera una forma “reductora”. También es admisible que la nulidad parcial del testamento aparezca bajo la fórmula de reemplazar coactivamente las cláusulas nulas por los contenidos previstos por la Ley para cada caso, diciéndose entonces que toma una forma “sustitutiva o sustitutoria”.

Desde el punto de vista histórico, como ocurre frecuentemente en el mundo de las leyes con una gran diversidad de temas, corresponde al Derecho romano ser el primero en ocuparse, con seriedad y profundidad, del negocio jurídico testamentario y de su régimen de nulidad. Los juristas romanos, con su mentalidad práctica, no elaboraron, sin embargo, una teoría general de éste y de su invalidez, sino que su labor consistió en recoger y describir los casos singulares en los que correspondía la validez o invalidez de los actos y negocios jurídicos.

Nuestra visión histórica del tema de la nulidad no va a ser, sin embargo, fruto de una investigación exhaustiva de las fuentes, para la cual se encuentran preparados los historiadores del Derecho, sino una recopilación y ordenación de datos reunidos por éstos, pues como dice BONNECASSE: “donde los historiadores y los autores de profesión han pasado, es legítimo para un autor de Derecho moderno informarse simplemente de sus conclusiones”. Este repaso histórico irá escalonado por épocas significativas del Derecho y haciendo siempre referencias a los tan peculiares negocios sucesorios, pero siempre sin olvidar el entorno general y el momento, tanto histórico como jurídico, en el que tienen lugar cada uno de ellos, pues de acuerdo con HECK, no es posible separar historia de los pueblos de la de su Derecho, por las interacciones que

tienen lugar entre ambas. Se tratan brevemente las épocas medieval y de Derecho intermedio, a pesar de que no es hasta el siglo XIX, con el rescate y la actualización del *Usus Modernus Pandectarum*, que aparece verdaderamente patente la configuración actual de la problemática jurídica que nos ocupa, a través de su influencia en la elaboración de los modernos Códigos civiles continentales. De hecho, muchos de los problemas que plantea la asimilación de esta figura proceden de su formación conceptual en el Derecho moderno, dentro de las tendencias abstractas y sistematizadoras que dominaban la jurisprudencia conceptualista. Los posteriores intentos de huir de los esquemas tradicionales y las concepciones de la pandectística sumieron la teoría del negocio jurídico en general en una serie de transformaciones que no han alcanzado a culminar con una solución definitiva.

Ciertamente la teoría general de la invalidez e ineficacia del negocio jurídico, que se trata en el segundo capítulo con la intención de definir el ámbito donde se mueve la figura que tratamos, es uno de esos terrenos del Derecho civil en los que todo es relativo y la doctrina no es unánime, aunque se intentará ser concisos y aclarar en la medida de lo posible los términos empleados, teniendo en cuenta que aquél que se mueve dentro de esta teoría lo hace en un campo en el que todo es complicado y farragoso; a decir verdad, ha de ser siempre por necesidad un terreno oscuro, porque ésta se construye sobre la del negocio jurídico, y no se ha logrado en la última unanimidad de criterio y cada uno forma su propia configuración de la institución, con lo cual se derivan necesariamente diferentes concepciones de su invalidez. La división no es únicamente relativa al modo de considerarlo o a su definición, sino que alcanza hasta a la posibilidad de concebirlo de manera unitaria.

Todo ello lleva a que incluso en la terminología a utilizar, ni los diccionarios, ni las enciclopedias, ni los autores, ni la jurisprudencia están de acuerdo en qué vocablos han de emplearse para designar los diversos grados o clases de invalidez y de ineficacia; pero tampoco lo están en el señalamiento de los efectos propios de cada uno de tales grados: se discrepa si estos dos últimos son sinónimos o si tienen diferente significado y efectos; se disiente igualmente respecto a si a ésta en su grado máximo debe llamarse inexistencia o si ésta no es una categoría jurídica, y un largo etcétera. No es posible, por tanto, atribuir significado unívoco a todas las expresiones utilizadas para denotar una ausencia de efectos del negocio: la propia terminología de la nulidad se refiere, de hecho, en contextos diversos, a hipótesis nulas o únicamente ineficaces. Se puede decir que el uso específico de los términos nulidad, anulabilidad, inexistencia, ineficacia, etcétera, no es otra cosa que la aplicación de esquemas dogmáticos modernos a la fenomenología romanística, pero sobre la que no nos hemos puesto aún totalmente de acuerdo. Así, aunque de relativamente reciente elaboración dogmática, la figura de la invalidez, a la par de la del negocio jurídico, tienen poco de pacíficas y consolidadas. Hay quien dice, como STOLFI, que cualquier contribución a esta teoría es vana, pues es una materia en la que todo es discutido, comenzando por su doctrina general. Pero precisamente por ello, toda aportación a sacar la teoría de la invalidez de esa selva virgen en la que se dice se encuentra, debe merecer la pena: cuando menos el esfuerzo quedará a la vista para que los que vienen detrás avancen sobre él, utilizándolo tanto de una manera positiva como negativa, si es que lo expuesto no se comparte.

La autonomía privada es una figura que ha de ocupar un lugar destacado dentro de nuestro campo de trabajo, esto es, en el ámbito de la sucesión *mortis causa*. La denominada “libertad de testar” ha sido desde antiguo un tema no

demasiado desarrollado, pero de grave importancia no sólo para su titular, sino también para aquellos hacia quienes va dirigida la declaración de voluntad del testador, o sea, sus sucesores, y, como no, para quienes deben desde fuera de la esfera jurídica de los interesados, mediar o interpretar en relación a tal declaración. La noción de autonomía de la voluntad aplicada al testamento nos va a dar una idea de la extensión que alcanza el poder individual en tal ámbito y va a ayudar a determinar la influencia de las intenciones del testador sobre la eficacia o ineficacia de aquél. En cuanto a la nulidad parcial, no puede separarse de la interpretación jurídica que de ella ha de hacerse para evaluar la procedencia y el alcance de este tipo de invalidez a aplicar sobre el negocio, pues fuera de los casos en que de manera clara y precisa se ordena por el legislador que se aplique esta última, hay otros muchos donde su estimación va a depender del alcance y resultado que la labor hermenéutica de conexión entre conceptos y problemas jurídicos concretos (en relación a la categoría que nos ocupa) otorgue.

El proceso interpretativo del negocio se va a encontrar pues, íntimamente ligado a toda esta problemática, y, como tal, los estudiaremos unidos en ocasiones según se vaya avanzando en su estudio, aunque debe quedar claro que la exégesis de los artículos del Código dedicados a la interpretación no son respuesta unívoca y definitiva a los problemas planteados por la nulidad parcial. Sí será de gran ayuda, sin embargo, la tarea hermenéutica aplicada a diversos artículos, en él y en otras leyes, para intentar llevar cierta luz sobre algunas cuestiones, tanto para aquellos supuestos en los que se establecen soluciones precisas, relacionadas con la nulidad parcial, a problemas concretos, como aquellos que no encuentran un tratamiento legal específico en la normativa vigente, pero que conllevan un problema conectado con la figura que nos ocupa. De hecho, la base tanto de la interpretación negocial, como de los supuestos de este tipo de invalidez, es la identificación y el consiguiente respeto al fin perseguido por las partes con la celebración del acto; con estas labores de interpretación se está estableciendo, al mismo tiempo de dar los criterios que

debe seguir el intérprete para realizarla, las pautas que se deben seguir para hacer que desemboque en su conservación, reestructurándolo de acuerdo con la voluntad de las partes celebrantes cuando adolece de un vicio que puede causar la nulidad: este es, ni más ni menos, sin duda el principio inspirador de la categoría jurídica de la nulidad parcial.

Ciertamente la aplicación y extensión de la nulidad parcial va a depender en gran medida de la interpretación y la calificación jurídica que se haga del supuesto de hecho concreto, debido a la vaguedad e imprecisión con la que el artículo 743 CC trata la figura objeto de nuestra atención, puesto que como cualquier institución jurídica, ésta tiene unos presupuestos y unas premisas de aplicación que deben ser respetados. Pero en nuestro caso, tales consideraciones van a depender en muchos casos del significado y valor que se conceda a voluntades hipotéticas, a conveniencias de tipo económico, a si un negocio (el resultante tras la amputación de una de sus partes) tiene personalidad jurídica propia y suficiente, etcétera; tales predicamentos no tienen un baremo legal para ser medidos y considerados de manera objetiva, sino que se ha de recurrir a criterios hermenéuticos, tan subjetivos en ocasiones, para estimar o desestimar la procedencia de la nulidad parcial respecto de un supuesto concreto. Ello va a condicionar en gran medida la naturaleza jurídica, la estructura y la función de la institución estudiada. La adecuada interpretación de la voluntad del testador, conectada con la correcta calificación jurídica del contenido de la disposición testamentaria concreta a tratar, nos van a dar la clave para comprender, en cada caso, el alcance, contenido y eficacia de la nulidad parcial.

Así, las diferentes disposiciones contenidas dentro del testamento han de ser consideradas independientes entre sí en cuanto a naturaleza y efectos, siendo ello la base principal para que la nulidad parcial sea tenida admisible en nuestro ordenamiento jurídico, aunque ante la duda debe considerarse como un

todo indisoluble. Pero además de ser divisible, para que esta figura pueda aplicarse, el negocio residual ha de tener autonomía propia, satisfacer suficiente y adecuadamente los intereses del testador y gozar con la voluntad hipotética favorable de éste. La normativa que en el vigente Código civil da la cobertura como categoría jurídica dentro del ámbito del testamento es la contenida en los dictados del artículo 743, siendo además muchos los artículos del Código, dentro del Derecho de sucesiones, que adoptan la tesis de la nulidad parcial como respuesta al planteamiento correspondiente.

Un punto central de nuestro estudio será la tipología de las causas que van a dar lugar a la posible aplicación de la nulidad parcial a un testamento que adolece un vicio de nulidad en alguna, o algunas, de sus cláusulas o partes como consecuencia de los límites que constriñen la autonomía privada del testador al dictar sus disposiciones de última voluntad. Veremos para ello cómo puede esta figura afectar: a la capacidad, tanto para dar como para recibir por testamento; a la expresión de la voluntad por testamento y los distintos vicios que pueden tergiversarla; a la causa *testandi* y al objeto, su ausencia, su falsedad y su ilegalidad; a la forma en el testamento, consecuencia de su solemnidad como negocio jurídico; y finalmente veremos algunas de las más importantes infracciones de normas imperativas dictadas por nuestro Código relativas a la sucesión testada y que pueden causar la nulidad de una parte del testamento y no de todo él, pero sin entrar en cada una de ellas en gran detalle, pues en este capítulo, cada una de las subsecciones podría constituir un tema de tesis doctoral por sí solo, como son, por ejemplo, la nulidad de los legados o la preterición de los legitimarios. Así nosotros las vamos a ver únicamente desde aquél punto de vista que tenga interés para el estudio de la figura que nos ocupa.

Siendo los efectos que produce una categoría jurídica una de sus características más relevantes, dedicamos un capítulo a describir cuáles son éstos en relación a nuestra institución, tanto para aquellos sujetos directamente afectados por la sucesión, como para terceros. El tema central va a ser cómo hacer valer la nulidad parcial del testamento frente a aquellos que pretendan, por un lado, la validez completa de éste o, por el otro, su nulidad total. También veremos qué ocurre cuando a pesar de ser de ser nula una parte del testamento, los interesados en la sucesión, sean todos o algunos, desean que ésa sea válida igual que si no estuviera afectada por un vicio de nulidad. Tal posibilidad se abre como consecuencia de la necesaria coordinación funcional entre el contenido de la disposición testamentaria y la aceptación del heredero o legatario, que será quien tendrá que ocuparse del cumplimiento de las mismas. La nulidad parcial en el ámbito testamentario también puede ser instada de oficio en ciertos casos, además de a instancia de parte.

ÍNDICE GENERAL

ABREVIATURAS	27
---------------------------	-----------

INTRODUCCIÓN	31
---------------------------	-----------

CAPÍTULO PRIMERO. La formación histórica de la nulidad y de la nulidad parcial de los negocios jurídicos de Derecho sucesorio

la nulidad parcial de los negocios jurídicos de Derecho sucesorio	42
--	-----------

1. El concepto de nulidad parcial en relación al testamento en los ordenamientos jurídicos históricos.....	43
--	----

2. La evolución conceptual en el Derecho romano.....	44
--	----

3. La tradición jurídica germánica, su influjo en los Códigos de Eurico y Alarico, y la recepción del Derecho común.....	58
--	----

A. La tradición jurídica germánica y su influjo en los Códigos de Eurico y Alarico	58
--	----

B. La recepción del Derecho común	62
---	----

4. Derecho histórico español.....	67
-----------------------------------	----

5. La codificación y la elaboración pandectística. Los proyectos de Código civil	71
--	----

CAPÍTULO SEGUNDO. Las categorías de la invalidez del negocio jurídico y del testamento. Análisis conceptual y normativo en el ordenamiento jurídico español

ordenamiento jurídico español	76
--	-----------

1. El testamento como negocio jurídico unilateral y especial	77
--	----

A. El concepto de negocio jurídico	77
--	----

B. El negocio jurídico testamentario	79
2. Las características propias del negocio jurídico testamentario	82
3. Aplicabilidad del régimen de invalidez del negocio jurídico al testamento	86
4. La invalidez, la ineficacia y la inexistencia como categorías generales	89
A. Los fundamentos jurídicos de la invalidez y la ineficacia	89
a. El negocio y su validez	89
b. Clasificación de los negocios ineficaces	90
c. Negocio, eficacia y efectos.....	95
B. La inexistencia del negocio jurídico como categoría de invalidez.....	97
5. La nulidad	101
6. La anulabilidad.....	107
A. El concepto de anulabilidad y su admisibilidad en el ámbito testamentario.....	107
B. El régimen de la rescisión en el Código civil y la imposibilidad de su aplicación testamentario.....	119
7. La revocación y la caducidad	123
A. La revocación del testamento.....	123
B. La caducidad del testamento	129

CAPÍTULO TERCERO. La construcción conceptual de la nulidad parcial del testamento en nuestro ordenamiento jurídico.....132

1. La problemática de la nulidad parcial: calificación jurídica e interpretación del negocio133
 - A. Tratamiento de la nulidad parcial133
 - B. Tipología de la nulidad parcial y unidad de actuación137
 - C. Fundamento de la nulidad parcial140
 - D. El proceso interpretativo y la nulidad parcial143
2. La autonomía privada en las disposiciones testamentarias y las obligaciones testamentarias derivadas149
3. La interpretación de la voluntad del testador y la invalidez del testamento159
4. Aplicación de la nulidad parcial a las cláusulas testamentarias163
5. Distinción de figuras afines166
 - A. La anulabilidad parcial166
 - B. La conversión del negocio jurídico170

CAPÍTULO CUARTO. El planteamiento jurídico-normativo de la nulidad parcial en el ámbito sucesorio.....172

1. Presupuestos conceptuales y de aplicabilidad. La normativa del Código civil173
 - A. Presupuestos lógico-jurídicos de la institución173

a. El principio de conservación: <i>favor negotii</i> y <i>favor testamenti</i>	173
b. El principio de la autonomía privada	177
B. Premisas negociales	179
c. Nulidad que ha de ser parcial respecto al negocio en su totalidad.....	179
d. Divisibilidad del negocio	180
e. El negocio residual ha de tener autonomía propia y satisfacer suficiente y adecuadamente los intereses de las partes.....	182
f. Voluntad hipotética favorable a la nulidad parcial.....	183
C. La normativa del Código civil	185
2. Fundamento y caracterización de la nulidad parcial	186
A. El concepto y las clases de nulidad parcial	187
B. La relación entre nulidad total y parcial	190
3. Estructura y función de la nulidad parcial.....	193
A. La nulidad parcial en las principales clases de negocios jurídicos, en especial, en los unilaterales por causa de muerte.....	193
B. La función jurídica de la nulidad parcial	197

CAPÍTULO QUINTO. Causas de nulidad parcial en el testamento	199
1. Ausencia de capacidad suficiente.....	202
A. Incapacidades relativas al testador	202
B. Incapacidades relativas a los sucesores	209
2. La voluntad testamentaria viciada	213
A. Admisibilidad del error como causa de nulidad en las disposiciones testamentarias.....	214
B. Violencia e intimidación	218
C. La captación de la voluntad del testador: el dolo y el fraude.....	223
D. Casos de discrepancia entre voluntad y manifestación. Error obstativo y discrepancias conscientes	227
a. Reserva mental.....	229
b. Simulación.....	230
c. Declaración no hecha en serio y <i>iocandi causa</i>	231
3. Nulidad relativa al objeto	232
4. La causa en la invalidez del testamento. Ausencia de causa, causa falsa y causa contraria a derecho	236
5. La nulidad por defectos de forma	241
6. Principales casos de nulidad parcial por infracción de normas imperativas relativas a la sucesión testada	244
A. La preterición de legitimarios	244

B. Las sustituciones nulas	247
C. Nulidad de legados	249
D. Nulidad de los elementos accidentales del testamento: condición, término y modo	251
E. Disposición a favor de persona incierta	254

**CAPÍTULO SEXTO. Efectos de la nulidad parcial sobre el
testamento**

1. La acción de nulidad parcial de testamento.	257
A. Características de la acción.....	258
B. Legitimación, plazo, competencia y procedimiento.....	259
C. Declaración de oficio de la nulidad del testamento.....	266
2. Consecuencias y efectos de la nulidad testamentaria en relación a las partes y a los terceros	268
3. La consolidación de los efectos del testamento parcial o totalmente nulo	274
A. Consolidación por decaimiento de la acción	275
B. Convalidación del testamento por los sucesores: la subsanación y la confirmación.....	277

CAPÍTULO SÉPTIMO. El negocio jurídico testamentario en la doctrina jurisprudencial.....284

1. Nulidad parcial testamentaria y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo	285
2. Criterios jurisprudenciales	289
A. Fundamento de la categoría de la nulidad parcial	289
B. Admisión de la categoría de la nulidad parcial en nuestro ordenamiento jurídico.....	290
C. La categoría de la nulidad parcial aplicada al testamento.....	298
a. El testamento como negocio jurídico.....	299
b. Aplicación práctica de la nulidad parcial del testamento	299
3. Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado	308

CAPÍTULO OCTAVO. La teoría de la nulidad parcial del negocio jurídico y su acomodación al testamento en el Derecho comparado.....311

1. Derecho italiano	312
2. Derecho alemán.....	327
3. Derecho francés	333
4. La nulidad parcial testamentaria en otros ordenamientos jurídicos	343
A. Derecho suizo	343

B. El sistema anglosajón	344
CAPÍTULO NOVENO. Conclusiones	346
BIBLIOGRAFÍA.....	355
ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (Sala 1ª) CITADAS EN LA OBRA	393
ÍNDICE CRONOLÓGICO DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO CITADAS EN LA OBRA Y RELEVANTES PARA LA MATERIA.....	400

ABREVIATURAS

AAMN:	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
AC:	Actualidad Civil.
ADC:	Anuario de Derecho civil.
AHDE:	Anuario de historia del Derecho español.
Bas:	Basílicas
BGB:	Código civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch).
C Th:	Código de Teodosio
CC:	Código civil español.
Cci:	Código civil italiano.
CCJC:	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil.
CDJ:	Cuadernos de Derecho judicial.
Code:	Código civil francés de 1804 (Code Napoleon).
D:	Digesto.
DGRN:	Dirección General de los Registros y del Notariado.
ED:	Enciclopedia del diritto. Milán, 1965.

- EG:** Enciclopedia giuridica. Roma, 1988.
- FI:** Foro italiano.
- Gai:** *Instituciones de Gayo.*
- LEC:** Ley de enjuiciamiento civil.
- LH:** Ley hipotecaria.
- NDI:** Novissimo digesto italiano. Turín, 1975.
- NEJ:** Nueva enciclopedia jurídica Seix. Barcelona, 1955.
- Nov:** Novelas.
- RAP:** Revista de Administración Pública.
- RCDI:** Revista crítica de Derecho inmobiliario.
- RDC:** Rivista di Diritto civile.
- RDEA:** Revista de Derecho español y americano.
- RDGR:** Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado.
- RDN:** Revista de Derecho notarial.

- RDP:** Revista de Derecho privado.
- RGLJ:** Revista general de legislación y jurisprudencia.
- RJA:** Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
- RJC:** Revista jurídica de Cataluña.
- RTDC:** Revue trimestrelle de Droit civile.
- RTDPC:** Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile.
- STS:** Sentencia del Tribunal Supremo. Salvo indicación expresa en contrario, son referidas a las de la Sala Primera.
- TS:** Tribunal Supremo.
- ZSS:** Zeitschrift der Savigny stiftung.

INTRODUCCIÓN

Cuando mi maestro, el profesor Antonio Román García, me propuso la nulidad parcial como tema de tesis, se despertó en mí un inmediato interés por la figura, pues de su simple dicción es fácil deducir la gran trascendencia que en la práctica puede llegar a tener, a pesar de las indudables dificultades de teorización que se plantean, puesto que realmente es enorme la variedad de situaciones que en la práctica pueden caer bajo su naturaleza. Por otro lado, es siempre un reto el estudio de una categoría jurídica que no está ya ampliamente descrita y sistematizada por la doctrina, al contrario de las que sí lo están, en las que no hace falta más que recopilar y ordenar; en el caso con el que tratamos, además de lo anterior ha sido necesario ir sacando conclusiones a cada paso, relacionando figuras jurídicas diversas, apareciendo a veces incluso la tentación de ofrecer una solución a los problemas que se plantean. El objeto de este trabajo será, sin embargo, solamente sentar las bases sobre las que se construye la teoría de la nulidad parcial (tras la que se esconde un verdadero concepto dogmático y una buena serie de normas que a ella hacen referencia en nuestro sistema privatístico, aunque no sólo en él, sino también en el Derecho público) y ofrecer una visión de la construcción metódica que de ella se ha hecho por la doctrina nacional, extranjera y nuestra jurisprudencia. Además se verán las aplicaciones concretas que para este principio se nos ofrecen dentro de nuestro ordenamiento, algo de lo que nuestra doctrina no se ha preocupado en exceso, y cuando lo ha hecho, ha sido principalmente en relación al contrato, pero no tanto al testamento desde su perspectiva propia general. Pero articular una teoría general para la nulidad parcial que englobe, no ya la totalidad, sino sólo la mayoría de las hipótesis que pueden presentarse, dándoles una solución homogénea, entrañaría una gran dificultad la cual queda fuera del modesto objetivo que pretendemos.

Se tratará, siguiendo el esquema clásico, primero la parte general con la introducción histórica, la situación y el tratamiento dogmático de la figura, a fin de apreciar por separado las diferentes influencias que se han dado cita en el

problema que nos ocupa; después se hará lo propio con la parte especial, con sus aplicaciones y efectos concretos. Hemos tratado en esta aproximación a la figura de la nulidad parcial de evitar una larga serie de abstracciones de escasa utilidad dentro de la estructura lógica del Derecho, centrando la visión práctica como preferente de cara a una utilidad más amplia, porque en la formación de las categorías jurídicas que regulan las relaciones entre los particulares, como puntos de referencia de orden jurídico-moral, se debe atender primordialmente a la finalidad a la que se destinan; sólo así pueden éstas justificarse suficientemente desde una perspectiva eminentemente práctica.

La profundización en la nulidad parcial es una tarea en la que otros, muy pocos, han estado inmersos antes y que requiere cierta dosis de “asepsia” para ser tratada. La falta de regulación en el Código civil ha hecho que sean la doctrina (especialmente la extranjera y, en concreto, la italiana, que como desde ahora anticipamos y observa DE LOS MOZOS, es la predominante en relación a las disposiciones testamentarias y también al negocio jurídico) y la jurisprudencia las encargadas de levantar la teoría general de la ineficacia e invalidez, comprendiendo su aspecto parcial, de los negocios jurídicos, incluido el testamento. No hay duda de que la nulidad parcial se ordena en numerosos preceptos de nuestro Código, bajo el influjo de la máxima de Derecho común *utile per inutile non vitiatur*, pero no hay ninguno que la establezca y defina de una manera expresa como norma general. Pero es que incluso en Italia, donde el legislador la ha previsto específicamente como hipótesis posible, éste ha renunciado a definirla y a establecer los casos en los que ha tener lugar (artículo 1419 Cci, a diferencia del 1418, que trata la nulidad total y contiene un elenco de causas por las que ésta aparece).

De entre los escollos que se intentarán superar, uno de los primeros que se plantea es si la nulidad parcial existe como institución con entidad propia o es una modalidad de la radical o absoluta, que aparece normalmente como

nulidad total. De hecho, el tratamiento de la primera se asemeja en muchos aspectos al de la segunda, y en muchos lugares de este estudio van a recibir el mismo trato, como consecuencia de que la regulación de la nulidad parcial debe adaptarse, por carecer de un propio sistema de normas, a la de la total; que ello signifique que la una sea una modalidad de la otra se verá con el desarrollo de la obra. Cuál debe ser entonces el enfoque correcto: ¿partir de la nulidad parcial para concluir que el testamento conserva su validez en parte, o partir de la total y concluir que es sólo una parte la que debe perder su validez? De que se siga uno u otro dependerá si consideramos o no esta figura como una modalidad de la total o como una institución con su propia naturaleza jurídica. El punto crucial de esa dicotomía, según doctrina y jurisprudencia, es la observación de que la nulidad total versa sobre la invalidez del instrumento en sí, y la parcial lo hace sobre su contenido; si ello justifica por sí solo la consideración de esta última como una institución jurídica *in se* es una decisión que, por el momento, queda abierta al sentido jurídico de cada uno.

Ya que no hay una regulación propiamente dicha de la nulidad parcial en el Código civil, lo que trataremos es de dejar apuntadas las bases sobre las que tal regulación pudiera en su día venir sentada. Por otro lado, también se planteará que, si como dice KELSEN, los casos de nulidad se encuentran fuera del Derecho, se podría afirmar que ésta coincide con una inexistencia jurídica, que puede incluso tomarse como una categoría autónoma dentro de la invalidez: enconada es la controversia que, al respecto, mantuvieron CARNELUTTI y ASCARELLI, continuada años más tarde por DE GIOVANNI, GALGANO, etc.

El contenido de la categoría de la nulidad parcial es tan amplio que se hizo necesario concretarlo, refiriéndonos a alguna de las partes en que tradicionalmente dividimos el Derecho civil. Así la opción por el ámbito sucesorio se vio determinada por la casi total ausencia de tratamiento por parte

de la doctrina, si bien la jurisprudencia sí ha incidido sobre este tema, aunque haya sido de manera poco profusa. Pero a pesar de ello, se ha procurado observar en este trabajo la esencial unidad a que se somete conceptualmente el estudio del Derecho civil y la especial incidencia que la Teoría General de las obligaciones tiene sobre el Derecho sucesorio, observa LACRUZ, razón por la cual una separación radical de ambas carecería de sentido y por ello no la hemos pretendido más allá de los límites razonables.

Desde el punto de vista histórico, como ocurre frecuentemente en el mundo de las leyes con una gran diversidad de temas, corresponde al Derecho romano ser el primero en ocuparse, con seriedad y profundidad, del negocio jurídico testamentario y de su régimen de nulidad. Los juristas romanos, con su mentalidad práctica, no elaboraron, sin embargo, una teoría general de éste y de su invalidez, sino que su labor consistió en recoger y describir los casos singulares en los que correspondía la validez o invalidez de los actos y negocios jurídicos.

Nuestra visión histórica del tema de la nulidad no va a ser sin embargo fruto de una investigación exhaustiva de las fuentes, para la cual se encuentran preparados los historiadores del Derecho, sino una recopilación y ordenación de datos reunidos por éstos, pues como dice BONNECASSE: “donde los historiadores y los autores de profesión han pasado, es legítimo para un autor de Derecho moderno informarse simplemente de sus conclusiones”. Este repaso histórico irá escalonado por épocas significativas del Derecho y haciendo siempre referencias a los tan peculiares negocios sucesorios, pero siempre sin olvidar el entorno general y el momento, tanto histórico como jurídico, en el que tienen lugar cada uno de ellos, pues de acuerdo con HECK, no es posible separar historia de los pueblos de la de su Derecho, por las interacciones que tienen lugar entre ambas. La justificación para el uso del método histórico-dogmático se encuentra en que el estudio de la nulidad parcial sería incompleto

si no se prestase atención a la tradición de nuestro Derecho anterior en esta materia y ello a pesar de que no es hasta el siglo XIX, con el rescate y la actualización del *Usus Modernus Pandectarum*, que aparece verdaderamente patente la configuración actual de la problemática jurídica que nos ocupa, a través de su influencia en la elaboración de los modernos Códigos civiles continentales. De hecho, muchos de los problemas que plantea la asimilación de esta figura proceden de su formación conceptual en el Derecho moderno, dentro de las tendencias abstractas y sistematizadoras que dominaban la jurisprudencia conceptualista. Los posteriores intentos de huir de los esquemas tradicionales y las concepciones de la pandectística sumieron la teoría del negocio jurídico en general en una serie de transformaciones que no han alcanzado a culminar con una solución definitiva.

Ciertamente la teoría general de la invalidez e ineficacia del negocio jurídico, que se tratará en el segundo capítulo, es uno de esos terrenos del Derecho civil en los que todo es relativo y la doctrina no es unánime, aunque se intentará ser concisos y aclarar en la medida de lo posible los términos empleados, teniendo en cuenta que aquél que se mueve dentro de esta teoría lo hace en un campo en el que todo es complicado y farragoso; a decir verdad, ha de ser siempre por necesidad un terreno oscuro, porque ésta se construye sobre la del negocio jurídico, y no se ha logrado en la última unanimidad de criterio y cada uno forma su propia configuración de la institución, con lo cual se derivan necesariamente diferentes concepciones de su invalidez. La división no es únicamente relativa al modo de considerarlo o a su definición, sino que alcanza hasta a la posibilidad de concebirlo de manera unitaria.

Incluso en la terminología a utilizar, ni los diccionarios, ni las enciclopedias, ni los autores, ni la jurisprudencia están de acuerdo en qué vocablos han de emplearse para designar los diversos grados o clases de invalidez y de ineficacia; pero tampoco lo están en el señalamiento de los

efectos propios de cada uno de tales grados: se discrepa si estos dos últimos son sinónimos o si tienen diferente significado y efectos; se disiente igualmente respecto a si a ésta en su grado máximo debe llamarse inexistencia o si ésta no es una categoría jurídica, y un largo etcétera. No es posible, por tanto, atribuir significado unívoco a todas las expresiones utilizadas para denotar una ausencia de efectos del negocio: la propia terminología de la nulidad se refiere, de hecho, en contextos diversos, a hipótesis nulas o únicamente ineficaces. Se puede decir que el uso específico de los términos nulidad, anulabilidad, inexistencia, ineficacia, etcétera, no es otra cosa que la aplicación de esquemas dogmáticos modernos a la fenomenología romanística, pero sobre la que no nos hemos puesto aún totalmente de acuerdo. Así, aunque de relativamente reciente elaboración dogmática, la figura de la invalidez, a la par de la del negocio jurídico, tienen poco de pacíficas y consolidadas. Hay quien dice, como STOLFI, que cualquier contribución a esta teoría es vana, pues es una materia en la que todo es discutido, comenzando por su doctrina general. Pero precisamente por ello, toda aportación a sacar la teoría de la invalidez de esa selva virgen en la que se dice se encuentra, debe merecer la pena: cuando menos el esfuerzo quedará a la vista para que los que vienen detrás avancen sobre él, utilizándolo tanto de una manera positiva como negativa, si es que lo expuesto no se comparte.

Es la nulidad parcial, por otro lado, una materia de gran interés y que tiene una gran trascendencia dentro de nuestro ordenamiento al afectar fácilmente en uno u otro momento al negocio jurídico, uno de los pilares del Derecho civil, por mucho que por algunos autores se quiera ver una denominada "crisis" de esa institución: puede estar en crisis si es entendido como un conjunto de actos con relevancia para el tráfico, pero nunca cada uno de esos actos en particular, aquéllos que llamamos testamento, contrato etc. Se tratará de responder en este orden de ideas a interrogantes tales como si el

testamento debe ser considerado un negocio jurídico o no, y a si el régimen de la invalidez negocial es aplicable en materia testamentaria.

La autonomía privada es una figura que ha de ocupar un lugar destacado dentro de nuestro campo de trabajo, esto es, en el ámbito de la sucesión *mortis causa*. La denominada “libertad de testar” ha sido desde antiguo un tema no demasiado desarrollado, pero de grave importancia no sólo para su titular, sino también para aquellos hacia quienes va dirigida la declaración de voluntad del testador, o sea, sus sucesores, y, como no, para quienes deben desde fuera de la esfera jurídica de los interesados, mediar o interpretar en relación a tal declaración. La noción de autonomía de la voluntad aplicada al testamento nos va a dar una idea de la extensión que alcanza el poder individual en tal ámbito y va a ayudar a determinar la influencia de las intenciones del testador sobre la eficacia o ineficacia de aquél. En cuanto a la nulidad parcial, no puede separarse de la interpretación jurídica que de ella ha de hacerse para evaluar la procedencia y el alcance de este tipo de invalidez a aplicar sobre el negocio, pues fuera de los casos en que de manera clara y precisa se ordena por el legislador que se aplique esta última, hay otros muchos donde su estimación va a depender del alcance y resultado que la labor hermenéutica de conexión entre conceptos y problemas jurídicos concretos (en relación a la categoría que nos ocupa) otorgue.

El proceso interpretativo del negocio se va a encontrar pues, íntimamente ligado a toda esta problemática, y, como tal, los estudiaremos unidos en ocasiones según se vaya avanzando en su estudio, aunque debe quedar claro que la exégesis de los artículos del Código dedicados a la interpretación no son respuesta unívoca y definitiva a los problemas planteados por la nulidad parcial. Sí será de gran ayuda, sin embargo, la tarea hermenéutica aplicada a diversos artículos, en él y en otras leyes, para intentar llevar cierta luz sobre algunas cuestiones, tanto para aquellos supuestos en los que se establecen soluciones precisas, relacionadas con la nulidad parcial, a problemas concretos,

como aquellos que no encuentran un tratamiento legal específico en la normativa vigente, pero que conllevan un problema conectado con la figura que nos ocupa. De hecho, la base tanto de la interpretación negocial, como de los supuestos de este tipo de invalidez, es la identificación y el consiguiente respeto al fin perseguido por las partes con la celebración del acto; con estas labores de interpretación se está estableciendo, al mismo tiempo de dar los criterios que debe seguir el intérprete para realizarla, las pautas que se deben seguir para hacer que desemboque en su conservación, reestructurándolo de acuerdo con la voluntad de las partes celebrantes cuando adolece de un vicio que puede causar la nulidad: este es, ni más ni menos, el principio inspirador de la categoría jurídica de la nulidad parcial.

Ciertamente la aplicación y extensión de la nulidad parcial va a depender en gran medida de la interpretación y la calificación jurídica que se haga del supuesto de hecho concreto, debido a la vaguedad e imprecisión con la que el artículo 743 CC trata la figura objeto de nuestra atención, puesto que como cualquier institución jurídica, ésta tiene unos presupuestos y unas premisas de aplicación que deben ser respetados. Pero en nuestro caso, tales consideraciones van a depender en muchos casos del significado y valor que se conceda a voluntades hipotéticas, a conveniencias de tipo económico, a si un negocio (el resultante tras la amputación de una de sus partes) tiene personalidad jurídica propia y suficiente, etcétera; tales predicamentos no tienen un baremo legal para ser medidos y considerados de manera objetiva, sino que se ha de recurrir a criterios hermenéuticos, tan subjetivos en ocasiones, para estimar o desestimar la procedencia de la nulidad parcial respecto de un supuesto concreto. Ello va a condicionar en gran medida la naturaleza jurídica, la estructura y la función de la institución que vamos a estudiar. La adecuada interpretación de la voluntad del testador, conectada con la correcta calificación jurídica del contenido de la disposición testamentaria concreta a tratar, nos van a dar la clave para comprender, en cada caso, el alcance, contenido y eficacia de la nulidad parcial.

Trataremos también en ese apartado de sentar los criterios que la diferencian de figuras que son afines a ella, como son la anulabilidad parcial y la conversión, para que con el objeto de estudiar los límites distintivos entre ellas, queden más claros cuáles son los verdaderos caracteres diferenciadores de la figura.

Un punto central de nuestro estudio será la tipología de las causas que van a dar lugar a la posible aplicación de la nulidad parcial a un testamento que adolece un vicio de nulidad en alguna, o algunas, de sus cláusulas o partes como consecuencia de los límites que constriñen la autonomía privada del testador al dictar sus disposiciones de última voluntad. Veremos para ello cómo puede esta figura afectar: a la capacidad, tanto para dar como para recibir por testamento; a la expresión de la voluntad por testamento y los distintos vicios que pueden tergiversarla; a la causa *testandi* y al objeto, su ausencia, su falsedad y su ilegalidad; a la forma en el testamento, consecuencia de su solemnidad como negocio jurídico; y finalmente veremos algunas de las más importantes infracciones de normas imperativas dictadas por nuestro Código relativas a la sucesión testada y que pueden causar la nulidad de una parte del testamento y no de todo él, pero sin entrar en cada una de ellas en gran detalle, pues en este capítulo, cada una de las subsecciones podría constituir un tema de tesis doctoral por sí solo, como son, por ejemplo, la nulidad de los legados o la preterición de los legitimarios. Así nosotros las vamos a ver únicamente desde aquél punto de vista que tenga interés para el estudio de la figura que nos ocupa.

Siendo los efectos que produce una categoría jurídica una de sus características más relevantes, dedicamos un capítulo a describir cuáles son éstos en relación a nuestra institución, tanto para aquellos sujetos directamente afectados por la sucesión, como para terceros. El tema central va a ser cómo hacer valer la nulidad parcial del testamento frente a aquellos que pretendan, por un lado, la validez completa de éste o, por el otro, su nulidad total. También

veremos qué ocurre cuando a pesar de ser de ser nula una parte del testamento, los interesados en la sucesión, sean todos o algunos, desean que ésa sea válida igual que si no estuviera afectada por un vicio de nulidad. Tal posibilidad se abre como consecuencia de la necesaria coordinación funcional entre el contenido de la disposición testamentaria y la aceptación del heredero o legatario, que será quien tendrá que ocuparse del cumplimiento de las mismas.

Para concluir veremos cuales son los matices de la teoría que envuelve la nulidad parcial en los ordenamientos jurídicos alemán, italiano y francés y, más brevemente, en el suizo y en el sistema anglosajón, para así poderlos comparar con los correspondientes dictados ofrecidos entre nuestra doctrina. El último capítulo versará sobre la constitución de la doctrina jurisprudencial de la teoría de la nulidad parcial del negocio jurídico y de su aplicación al testamento en nuestro ordenamiento, donde se expone la doctrina de las principales decisiones judiciales al respecto, que tanta importancia han tenido para el levantamiento de la estructura de la figura que nos ocupa, especialmente en el ámbito sucesorio y, concretamente, el testamentario. Las declaraciones jurisprudenciales a favor de su aplicación en nuestro ordenamiento han de verificarse, por tanto, en cuanto a la integración de un instituto jurídico que puede considerarse que tiene y debe tener un hueco entre los que nuestro sistema privatístico acoja en base a la licitud de sus presupuestos y premisas. Supone además una herramienta que permite una legítima y adecuada adaptación de la voluntad del causante a las circunstancias adversas a su cristalización en la realidad y que se encuentra dentro de los límites que a la autonomía negocial impone jurídico para que la última voluntad del causante (la más genuina y verdadera) no se pierda más que en lo estrictamente preciso por la aparición de una causa de nulidad del testamento en el que ella se encuentra reflejada, lo cual es una necesidad realmente digna y de necesaria protección por nuestro sistema legal, de acuerdo con las exigencias básicas propias de la equidad y la justicia.

CAPÍTULO PRIMERO

Formación histórica de la noción de nulidad parcial de los negocios
jurídicos de derecho sucesorio

1. El concepto de nulidad parcial en relación al testamento en los ordenamientos jurídicos históricos.

El concepto de nulidad parcial, especialmente en el ámbito que nos ocupa, es un tema que ha sido muy poco analizado por la doctrina en cuanto a su desarrollo histórico, especialmente en el Derecho romano y en el medieval, a pesar del hecho de que la sanción por inobservancia de las reglas jurídicas, en nuestro caso de tipo privado, ocupa un papel importante en cualquier ordenamiento jurídico, ya sea actual o histórico. Los motivos para ello quizá haya que buscarlos en que el desarrollo conceptual de esta figura se haya producido en un momento posterior (fue en realidad sistematizado por los estudiosos de la pandectística) y por ello no ha habido excesiva preocupación por buscar los antecedentes, que no cabe duda existieron realmente. Por ello surgen preguntas del tipo: ¿conocieron y aplicaron los romanos y en los ordenamientos jurídicos posteriores y anteriores a la codificación, el principio general de conservación de los negocios? ¿Tuvieron un concepto abstracto de él, o fue, en cambio, una línea común a la hora de resolver los diferentes casos que se iban planteando a lo largo del tiempo? ¿Concibieron el testamento, al igual que el contrato, como un conjunto de disposiciones de última voluntad, de las que unas podían ser nulas sin afectar a la validez del testamento y demás disposiciones testamentarias? Etc.

A estas preguntas es a lo que intentaremos responder en este capítulo, haciendo mención a las diferentes etapas por las que ha pasado nuestra historia jurídica, conscientes de las dificultades que ello entraña dada la limitada ambición histórica del presente estudio.

2. La evolución conceptual en el derecho romano.

Como ocurre con frecuencia en el mundo del Derecho con una gran diversidad de temas, corresponde a los romanos ser los primeros en ocuparse, con seriedad y profundidad, del negocio jurídico y de su régimen de nulidad¹, aunque, si bien es cierto, no tuvo un gran desarrollo más allá de la exposición casuística²: son numerosos los casos en los cuales un negocio no produce efectos. En primer lugar, y siguiendo a BIONDI³, es necesario distinguir en este orden de cosas entre ineficacia e invalidez: la primera tiene lugar cuando, por causas intrínsecas o extrínsecas, el negocio no produce los efectos que le son propios o normales y éste nace plenamente válido, pero los efectos no se producen por una circunstancia sobrevenida o no producida; hablamos, en cambio, de invalidez, cuando falta o está viciado alguno de los elementos constitutivos del negocio: la noción de esta última es, por otra parte, más restringida que la de la primera⁴.

Los romanos no utilizan una terminología constante al respecto, pues hablan de negocio *inutilis, iniustus, inanis, irritus, vitiosus*, etc; se habla también de él como *imperfectum* para indicar la incompleta existencia jurídica del acto o se dice que la parte que *nihil agit o nihil agitur...* y así hasta cerca de cuarenta

¹ Legislaciones más antiguas, como es el Código de Hammurabi (que sancionaba la jurisprudencia de la tradición histórica anterior) desconocían la noción de nulidad o invalidez (la total, y por supuesto, también la parcial) no sólo como institución, sino también como idea; para este código el incumplimiento de las normas contractuales o la nulidad negocial por culpa de las partes lleva acarreado un castigo, como la pérdida de la cosa o precio en su totalidad o en parte (“...perderá su plata; casa, campo o huerto volverán a su dueño” N° 36) o incluso de carácter físico (“...incapaz de cumplir su obligación, le arrastrarán a través del campo entre los bueyes” N° 256). Los números de las leyes y su tenor literal están tomados de LARA PEINADO. *Código de Hammurabi*. Madrid, 1986.

² Cfr. KASER. *Derecho romano privado*. Trad. Española de SANTA CRUZ. Pág. 55. Madrid, 1968. Se distinguen tres épocas al respecto: una primera, donde el *ius civile* domina; una segunda, en la que el pretor atenúa tal rigidez a través de la concesión de excepciones y una tercera, que podemos denominar postclásica, en la que supera la contraposición entre el *ius civile* y el *ius honorarium* del pretor (Vid. entre otros KASER. Op. y loc. Cit.).

³ BIONDI. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milán, 1972. Pág. 218.

⁴ Así se manifiesta WINDSCHEID en su *Diritto delle pandette* (Trad. Italiana de FADDA y BENZA. Turín, 1930). Pág. 264 justificando tal afirmación en la nota 1, donde cita las fuentes correspondientes.

términos que HELLMANN encuentra y examina sin encontrar otra traducción a la moderna terminología jurídica que la del término “nulidad”⁵. Aún más, ROBLEDA⁶ afirma que el Derecho moderno no tiene más expresiones para significar igualmente la nulidad del acto jurídico, pues no utilizamos ni más ni menos que los de las fuentes romanas. Referidos concretamente a la del testamento encontramos términos específicos, siguiendo a BIONDI: *non iure factum, infirmatur o fit irritum, destitutum o desertum, rumpitur adgnatione postumi, ruptum y ereptorium*.⁷.

Se distinguen dos variedades de invalidez: la nulidad y la anulabilidad⁸. La primera, llamada a veces impropriamente también inexistencia⁹, tiene lugar cuando falta un elemento o presupuesto requerido por la ley, y así el negocio no puede producir efectos según la máxima *quod nullum est nullum producit effectum*. Pero es más, en el *ius civile*, la ausencia de las solemnidades exigidas por éste acarrea, en realidad, la desaparición misma del acto¹⁰, o sea, su “nada” jurídica (de ahí su inexacta denominación como inexistencia). Más tarde, durante la actuación del pretor¹¹ en la época clásica se suavizó éste

⁵ Lo estudia con gran detalle HELLMANN. *Terminologische untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*. Pág. 1. Este libro es consecuencia de un artículo anterior del mismo autor titulado “Zur terminologie der römischen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen”. En ZSS, 1902. Págs 380 y SS.; y 1903. Págs. 50 y SS. De igual modo Cfr. MITTEIS. *Das römische Privatrecht*. Leipzig, 1908. Pág. 37. Por su parte, BONFANTE (*Intituciones de Derecho romano*. Trad. española de BACCI y LARROSA. Madrid, 1965. Págs. 625 y SS) analiza los matices de un buen número de las acepciones que se utilizaron por los romanos al referirse a la concepción actual de nulidad.

⁶ Cfr. ROBLEDA. *La nulidad del acto jurídico*. Roma, 1964. Pág. 294.

⁷ Vid. BIONDI. *Successione testamentaria e donazioni*. Milán, 1955. Pág. 588 y 589.

⁸ Realmente la invalidez del testamento se rige por las normas generales para los negocios jurídicos (KASER. Op Cit. Pág. 318), con las especialidades correspondientes a este tipo negocial, puesto que los romanos no elaboraron una teoría general de las varias causas de nulidad del testamento, ni agruparon las diferentes hipótesis en un esquema determinado (VOLTERRA. *Istituzioni di Diritto romano*. Pág. 786. Roma, 1977).

⁹ Vid. VOLTERRA. Op. Cit. Pág. 166.

¹⁰ LLOVERAS DE RESK. *Tratado de las nulidades jurídicas*. Buenos Aires, 1985. Pág. 58.

¹¹ El pretor, institución nacida en Roma hacia el año 367 A. C. al sobrevenir una paulatina liberación de la rigidez de formas que había ocupado épocas anteriores, y que hubo de instrumentar algunas nuevas figuras procesales para lograr la anulación de los actos que el *ius civile* declaraba con frecuencia injustamente válidos. Comenzó por conceder a la parte eventualmente afectada una *exceptio*, como la que podía intentarse contra el dolo (*exceptio dol generalisi*); luego

régimen, introduciéndose el concepto de nulidad como sanción del ordenamiento para los actos jurídicos que no respetaban los principios de equidad que el pretor introduce en él hasta el momento rígido sistema legal romano. Por otro lado, la anulabilidad, también denominada por algunos autores nulidad relativa¹², consiste en la existencia de un vicio en alguno de los elementos del negocio, produciendo éste todos los efectos que le son propios mientras que alguno de los interesados no invoque alguno de los medios en Derecho para paralizarlos o revocarlos.

La distinción entre ambas figuras nos conduce históricamente a la antítesis entre *ius civile* e *ius honorarium*¹³. Según el primero el negocio o es válido o es nulo, esto es, o es posible ejercitar la acción de nulidad o no, faltando una posición intermedia que propicie la anulación del negocio, desconociéndose, pues, la figura de la anulabilidad como hoy la entendemos en el periodo quirritario¹⁴. En cambio, el pretor, en algunos casos en los que la validez del

otorgó una verdadera acción para la impugnación de situaciones igualmente inicuas, la *actio doli*, que lo que verdaderamente hacía era anular la producción de efectos del acto, pues conforme al *ius civile* el negocio se continuaba considerando perfectamente válido, si bien no podía exigirse su eficacia precisamente por la oportuna intervención del pretor. Pero si el negocio ya había producido efectos, el pretor lo que concedía era otra acción diferente para este caso, la *restitutio in integrum*, por medio de la cual podía lograrse la devolución de lo dado mediante la invocación de la equidad.

¹² BETTI. *Istituzioni di Diritto romano*. Tomo I. Padova, 1935. Pág. 328. Es de opinión diferente ROBLEDA. Op. Cit. Pág. 296, quien hace una distinción separada entre nulidad y anulabilidad (y entre nulidad absoluta y nulidad relativa) basada en el matiz de la validez del acto mientras que éste no sea anulado, contra la nulidad del acto mientras que no se convalide, que sería el caso de la relativa.

Para un análisis de las causas las que los romanos sancionaban, ya con la anulabilidad, ya con la nulidad el negocio, véase ARANGIO-RUIZ. *Istituzioni di Diritto romano*. Págs. 97 y SS. Nápoles, 1974.

¹³ Vid. BIONDI. Op. Cit. Págs. 219 y SS. ROBLEDA. Op. Cit. Págs. 296 y SS. BETTI. Op. Cit. Págs. 328 y SS.

¹⁴ El testamento en el periodo preclásico ya es entendido como el medio para garantizar la continuidad de la familia, entendida ésta como núcleo social amplio (no limitado al conjunto de personas unidos por vínculos de sangre) y procurarle un nuevo jefe tras la desaparición del *pater familias* (LISERRE. *Formalismo negoziale e testamento*. Pág. 118. Milán, 1966) a través de la institución de heredero (VALLET DE GOYTISOLO. *Panorama del Derecho de sucesiones*. Vol. I. Pág. 962. Madrid, 1984). Así el testamento era un acto de autoridad a través del cual se transmitía la *potestas*, o sea, la soberanía sobre la familia (BUSSI. *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*. Pág. 137. Padova, 1971) designándose en él la persona sobre la que había de recaer tal responsabilidad. Se puede así explicar que en la rigidez y específica función del testamento en esta época nacieran algunos de los principios fundamentales que regían el sistema hereditario romano (NUÑEZ

negocio admitido por el *ius civile* podía ser contrario a la conciencia social imperante, al no poder declararlo nulo por estar admitido por éste, y ya que el pretor no podía modificarlo, aplicaba uno de los medios jurídicos de los que disponía (*denegatio actionis, exceptio, restitutio in integrum*¹⁵) derivando de ello el concepto de anulabilidad: el acto o negocio es válido, pero su eficacia real es negada. Así tendremos una nulidad *ipso iure*, que deriva en la invalidez de *ius civile* (lo que propiamente llamamos nulidad de pleno Derecho) y una contestación *ope exceptionis*, que da lugar a la invalidez de tipo pretorio (anulabilidad)¹⁶. Esta distinción nacida de la antítesis entre *ius civile* e *ius honorarium* pasará al Derecho justiniano y se perpetuará en la tradición romanística hasta el Derecho actual, implantándose como doctrina.

El negocio jurídico podía devenir afectado en la producción o despliegue de sus efectos merced a causas variadas que¹⁷, esquemáticamente hablando, se reducían a la ausencia o defectuosa conformación de los presupuestos del acto, o bien a los elementos que lo integran¹⁸. Los primeros son presupuestos de validez y atañen a las circunstancias que condicionan particularmente la eficacia y cobran relieve en el preciso momento del despliegue de los efectos de él. Son, fundamentalmente tres: la capacidad de las partes para efectuar el negocio concreto que se desea, la legitimación del sujeto para producirlo y la idoneidad del objeto para ser materia de la reglamentación que el mismo supone¹⁹. Los elementos que lo integran adoptan tres relieves distintos: *esenciales*, que son las premisas fundamentales sin las cuales el acto no puede

LAGOS. "El Derecho sucesorio ante la tradición española y el Código civil". Págs. 385 y SS. En RGLJ, 1951) y hemos adoptado en buena parte en nuestro vigente sistema.

¹⁵ Vid. *supra* en este mismo capítulo.

¹⁶ BETTI. Op. Cit. Pág. 330.

¹⁷ Estas las define TORRENT como anormalidades que afectan bien a los presupuestos y/o a los elementos esenciales del negocio alterando y, los casos más graves anulando, sus efectos (*El negocio jurídico en Derecho romano*. Oviedo, 1984. Pág. 69). Principalmente van a consistir en vicios de la voluntad y también, en menor medida, la capacidad, la simulación (VOLTERRA. Op. Cit. Pág. 169) y los defectos de forma.

¹⁸ MÁRQUEZ GONZÁLEZ. *Teoría general de las nulidades*. Méjico DF, 1992. Pág. 46.

¹⁹ BETTI. Op. Cit. Pág. 166 y SS.

estimarse conformado (son la declaración de voluntad y su contenido, la forma, y la causa); *naturales*, que resultan de las consecuencias propias del tipo específico de negocio elegido y en realidad acompañan de modo inseparable al éste y que operan por prescripción legal independientemente de la voluntad de las partes (como por ejemplo la gratuidad en la donación); y, finalmente, elementos *accidentales*, que no se refieren a la estructura negocial básica o esencial, sino que gravitan sobre cuestiones que afectan al despliegue de efectos del mismo, retrasándolos o condicionándolos (son el término, la condición y el modo)²⁰.

La jurisprudencia clásica²¹ distingue, según la mayor o menor intensidad de la sanción destinada a garantizar la observación del precepto²², entre *leges perfectae*, que son las sancionan con la nulidad²³ del negocio cuando éste se

²⁰ Cfr. MÁRQUEZ GONZÁLEZ. Op. Cit. Pág. 47. La invalidez de las disposiciones de un testamento también puede, según VOICI. Op. Cit. Pág. 990 y SS. y 996 y SS, ser clasificada en originaria o sucesiva. Es originaria cuando las disposiciones son *ab initio* inválidas y sucesiva cuando la invalidez les sobreviene en un momento posterior al perfeccionamiento del testamento

²¹ El testamento en la época clásica (que SCHULZ define simplemente como el actu jurídico por el que una persona designe un heredero (*Derecho romano clásico*. Trad. Española de SANTA CRUZ. Barcelona, 1960. Pág. 228) y que puede contener, además otro tipo de disposiciones) evolucionado a través de las figuras testamentarias de la *mancipatio familiae*, *testamentum per aes et libram* y el testamento pretorio, van suavizando la rigidez que se imponía derivada de la función de la *heredis institutio* para abrir camino a la libertad de testar y a la introducción en él de diferentes disposiciones como las sustituciones, los legados, las manumisiones etc. (Vid ARANGIO RUIZ. Op. Cit. Pág. 523). A su vez, por influencia del testamento militar, más flexible en cuanto a sus requisitos formales y sustanciales, y de las nuevas formas de testamentos, fue desapareciendo la obligatoriedad de instituir heredero en éstos (BUSSI. Op. Cit. Pág. 139), concibiéndose cada vez más como una simple sucesión en los bienes, de contenido patrimonial, y no ya como la jefatura del núcleo familiar, que, tal y como se entendía en el periodo preclásico, tiende a desaparecer a raíz de los avances económicos y sociales que experimenta el pueblo romano (IGLESIAS. *Derecho romano*. Págs. 625 y SS. Barcelona, 1990), prestándose cada vez más importancia y atención a las relaciones económicas, y el testamento no es una excepción; también se va convirtiendo el testamento poco a poco, culminando en la época republicana y el principado en dispositivos unilaterales, frente a a las formas contractuales bajo las que nació (FERNÁNDEZ DEL MORAL. *Autonomía privada y testamento en Derecho común*. Pág. 15. Granada, 1996) a medida que el papel del *libripens* y el *familiae emptor* va haciéndose cada vez más formalista, hasta convertirse en simples testigos, a la vez que se multiplican las formas testamentarias (ROYO MARTÍNEZ. *Derecho sucesorio mortis causa*. Pág. 15. Sevilla, 1951).

²² BETTI. Op. Cit. Pág. 326.

²³ DI PAOLA en su obra: *Contributo ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*. Milán, 1966, encuentra el fundamento de tal afirmación en diversos textos, como: *Gai.* 1, 46; *Ulp.* 1, 24 y *D.* 40, 9, 5, 2. (Págs. 41 y SS).

realiza contra una prohibición legal expresa²⁴ (*contra legem o in fraude legis*)²⁵; *leges minus quam perfectae*, que no sancionan con la nulidad del acto, sino únicamente con una multa si se la había contravenido²⁶; y las *leges imperfectae*, que no sancionaban ni con la nulidad ni con multa, pero en observancia de las cuales el pretor, para evitar una condena por ausencia de ejecución y cuando aún no había aún sido realizado, introduce a la parte interesada, como es el caso de la *Lex Cincia de donis et muneribus* en base a la cual el pretor, en el caso de donación hecha a persona *non excepta*, concede una excepción al donante pactado en reivindicación o por falta de cumplimiento.

La nulidad puede ser total o parcial, según afecte al negocio en su totalidad o sólo a una parte de él. La distinción es tratada de justiniana por parte de la doctrina²⁷ en base a ser, precisamente correspondiente a este periodo²⁸ la tendencia a dividir el negocio inválido en disposiciones distintas y a tratar éstas como independientes²⁹, admitiéndose así la nulidad parcial del negocio siempre que sea compatible con la invalidez limitada a algunas

²⁴ Para obtener la ineficacia del testamento se debía salir victorioso de la *querela inoficiosi testamenti*, esto es, del pronunciamiento judicial sobre la invalidez de éste (SCHERILLO. *Corso di Diritto romano*. Parte II. Milán, 1967. Págs. 105 y SS).

²⁵ Ley de este tipo es, por ejemplo, la *Lex Aelia Sentia*, que declaraba nulas las manumisiones de esclavos hechas por el deudor en fraude de acreedores (*Gai.* 1, 37 y 47).

²⁶ Lo es la *Lex Furia Testamentaria*, que prohíbe al legatario exigir del heredero más de una cierta suma, condenando al cuádruplo del exceso.

²⁷ Tesis de BETTI (Op. Cit.) y Ursucinio ALVAREZ (en *El negocio jurídico en Derecho romano*. Madrid, 1954). En contra, BIONDI (Op. Cit.), SATTA ("Recensione a Conso". En RTDPC, 1956) y otros.

²⁸ Ya en la época imperial deja de ser necesario el nombramiento de heredero y se consolida una patrimonialización con lo que el testamento va difuminando sus contornos en relación a otras instituciones, como las donaciones revocables (donaciones entre cónyuges, de padres a hijos etc.), abriéndose camino ampliamente la sucesión codicilar, asimilándose a la donación (SAMPER POLO. "La disposición *mortis causa* en el Derecho romano vulgar". En AHDE, 1968. Págs. 217 y 220)

²⁹ Vid. BETTI. Op. Cit. Pág. 333. La nulidad parcial requiere un proceso interpretativo. En Derecho romano es principio fundamental que se debe estar más a la intención del testador que a sus palabras (*D.* 35, 1, 101; *D.* 33, 10, 7, 2.), lo cual unido a que deben sacrificarse a toda costa las cláusulas que impidan conseguir el efecto primordial del testamento (la sucesión) da la base para la utilización de la nulidad parcial: por ello la jurisprudencia romana se esfuerza, utilizándola, en asegurar la sucesión asegurando la eficacia de éste (Vid. CUQ. *Manuel des institutions juridiques des romains*. Págs. 705 y SS. París, 1928).

disposiciones³⁰, la cual afirman, sería imposible en Derecho clásico³¹. La nulidad parcial puede acarrear dos tipos de consecuencias³²: en primer lugar, puede reducir el negocio a sus requisitos utilizables y en segundo lugar puede convertirlo en otro diferente que sí sea compatible con los requisitos que hacían nulo el anterior (y por supuesto el resto de requisitos necesarios). Podemos apreciar nulidad parcial tanto en negocios *inter vivos* como en negocios *mortis causa*³³.

Con referencia a los primeros, si bien la doctrina se encuentra dividida en cuanto al conocimiento en la época clásica de la figura de la nulidad parcial, del examen de diversos textos³⁴, es posible concluir, siguiendo a BIONDI³⁵, que la

³⁰ D. 24, 1, 5, 2; C. 6, 23, 21,3. Bas. 23, 3, 9.

³¹ Véase al respecto la obra clásica de CUGIA. *La nullità parziale del negozio giuridico nel D.* 24, 1. Nápoles, 1922. Pág. 23.

³² Cfr. GUARINO. *Diritto privato romano*. Nápoles, 1988. Pág. 65.

³³ Esta distinción se considera por la doctrina de extrema importancia ya que es la da la clave para dilucidar si en los textos de Derecho romano la idea de nulidad parcial corresponde a un origen compilatorio, negándose así su origen clásico, o si bien cabe encontrar en este sentido textos anteriores al Derecho postclásico.

³⁴ D. 13, 6, 17 y D. 16, 3, 1, 7 respectivamente de Paulo referido al comodato y de Ulpiano referido al depósito, deciden que el pacto de exoneración de responsabilidad en caso de dolo no es válido, pero esta invalidez no afecta al contrato mismo, siendo ésta aún válido sin la referida cláusula. Según BIONDI, basándose en el D. 50, 7, 23 de Celso, ambos texto son sin duda de la época clásica.

D. 22, 1, 29 es un texto de Marciano que establece la nulidad del pacto *quis usuras stipulatio fuerit*, lo cual no obsta validez en cuanto a los intereses no usurarios, teniéndose aquél pacto *pro non adiecto haberi*. Pero a juicio de algunos autores (BETTI, CRISCUOLI) el texto es fruto de una interpolación justiniana. Pero otros textos (D. 12, 6, 26 1; D. 19, 1, 13, 26; D. 22, 1, 20) apoyan la tesis de que en la época clásica los intereses usurarios no se debían íntegramente.

D. 45, 1, 1, 4. Es un texto de Ulpiano según el cual cuando en la *stipulatio* hay discordancia entre la interrogación y la respuesta, por referirse ésta a una suma mayor (por ejemplo se estipuló por cinco y se responde por diez) el negocio es válido por la suma menor, porque es la que se acordó; y ello porque según BIONDI en la *stipulatio* clásica se tuvo en cuenta la concordancia sustancial entre la interrogación y la respuesta y no la simple concordancia formal.

El D. 24, 1, 5, 5 de Ulpiano, referida a las donaciones entre cónyuges, establece cuatro diferentes casos hipotéticos, admitiendo la nulidad parcial de ciertas estipulaciones, como en el caso del marido que vende a su mujer algo, pero le perdona una parte del precio, la venta será válida y la remisión del precio será nula en los límites del enriquecimiento producido.

D. 45, 1, 1, 5. El texto de Ulpiano denota un importante esfuerzo por parte del jurista por admitir la nulidad parcial, pues admite que en el caso de un negocio formado por dos estipulaciones, una de ellas pueda ser nula, concluyendo con una afirmación: *neque vitatur utilis per hanc inutilem*, que guarda una notable similitud con el brocardo *utile per inutile non vitatur*

escisión del negocio en partes diferentes y el tratamiento independiente de éstas era ya práctica utilizada, aunque de manera poco frecuente, en el periodo clásico, pero resultan ser el germen para la posterior generalización de su uso en la era de Justiniano. Distinto es el caso de la admisión de la noción abstracta de nulidad parcial, ya que se puede afirmar que los romanos desconocieron tal institución, admitiéndose únicamente la conservación del negocio en casos particulares, inspirándose en exigencias de orden práctico³⁶: no hay ningún indicio que pueda llevarnos a asegurar con garantía que los romanos institucionalizaron nuestra categoría como regla general fuera de las hipótesis concretas para cada caso. Esto era del todo normal en el ordenamiento romano y acorde con su espíritu de plantear y resolver siempre casos concretos, huyendo de las abstracciones teóricas que hoy tanto gustan. Es más, las fuentes romanas ni siquiera evidencian que se hubiera elaborado doctrinalmente la propia noción de nulidad en general³⁷ pues, como hemos visto anteriormente, para referirse a ella se utilizaba un léxico de lo más variado, lo cual demuestra que se la tenía en consideración para casos concretos, y no bajo un perfil dogmático general³⁸.

En el caso particular de los negocios *mortis causa*³⁹, la nulidad parcial es un hecho admitido por el *ius civile* primitivo⁴⁰. Se busca con ello salvar a toda costa

En el *D. 45, 1 110*, texto de Pomponio, en el caso de la *stipulatio* de la que se deriven efectos a favor del propio estipulante y, además, a favor de un tercero, debe rechazarse la parte ajena pero sin afectar a la propia. Es opinión pacífica el origen clásico del texto por cuanto la solución contenida en él es fruto de una interesante controversia sostenida entre sabinianos y proculeyanos, adoptando posteriormente Pomponio, y por ende Justiniano, la solución proculeyana, ya que los sabinianos defendían la validez íntegra del negocio.

³⁵ Op. Cit. Pág. 155.

³⁶ En España así se expresa GOMEZ MARTINHO-FAERNA. "La nulidad parcial de los negocios jurídicos", en *Estudios de Derecho Privado* dirigidos por MARTÍNEZ RADIO. Madrid, 1962.

³⁷ En este sentido véase BIONDI. Op. Cit. Pág. 585.

³⁸ Vid. CRISCUOLI. Op. Cit. Pág. 47.

³⁹ Ya en materia de legados en la época clásica Celso enunció la regla catoniana (*D. 34, 7*), consistente en la nulidad de éstos en el caso de que no se cumplan los requisitos de validez ante la muerte del causante, en el momento de la perfección del testamento (VOCI. Op. Cit. Págs. 998 y SS.). Esta regla deriva de la aplicación del principio general *quod initio vitiosum est, tractu temporis non conualescit* (RIVIER. *Successions au droit romain*. Bruselas, 1878. Págs. 505 y SS.)

y siempre que sea posible los postreros deseos del *decius*, aunque sea mutilada, no por el simple hecho de mantener en pie un acto jurídico (*favor negotii* y en nuestro ámbito en concreto el *favor testamenti*), sino porque ya para los primeros romanos, el testamento supone la última y extrema voluntad de un difunto, lo cual, para ellos representaba algo sagrado dado el culto que rendían a los muertos. Así, a medida que la institución de heredero perdía, debido a la acción del pretor y a la legislación imperial⁴¹, su carácter de *fundamentum* y de las individuales disposiciones, se fue desarrollando el régimen de la nulidad parcial en el seno del acto testamentario⁴²; caben desde entonces hipótesis de nulidad parcial que tengan por objeto la propia institución de heredero, sin que tal nulidad implique, como ocurría previamente, la del acto completo⁴³. Tal demolición de la regla tradicional y la conquista de la posibilidad de la apreciación de nulidad parcial teniendo como objeto la institución de heredero, no fue, como tantos otros, un proceso rápido, sino lento pero constante, y se inició probablemente⁴⁴, como ya se indicó, por medio de excepciones singulares introducidas gradualmente por la legislación y la jurisprudencia⁴⁵. BIONDI

⁴⁰ *Gai.* 2, 229. Afirma Gayo que *ante heredis institutionem inutile legatur* y refiriéndose a las manumisiones repite lo mismo en *Gai.* 2, 230, que *pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari potest*. Véase al respecto BIONDI. Op. Cit. Pág. 587.

⁴¹ CRISCUOLI. *La nullità parziale del negozio giuridico*. Milán, 1959. Pág. 35.

⁴² Las hipótesis referidas a la nulidad parcial de la institución de heredero son las más importantes, pues en el *ius civile* primitivo el régimen de la nulidad parcial del testamento estaba condicionado a la validez de la *heredis institutio*, puesto que ella era la base del acto jurídico, y sin ella éste no podía existir. De todo ello se desprende que las primeras hipótesis de este tipo surgieron de la necesidad de salvar el acto jurídico, conservando con vida la institución de heredero al hacer nulas las singulares disposiciones no ajustadas a Derecho y así salvar el resto de disposiciones contenidas en el testamento que sí eran lícitas y válidas (CRISCUOLI. Op. y loc. Cit en nota anterior).

⁴³ Vid. BIONDI. Op. Cit. Pág. 587. En contra VOCI. *Diritto ereditario romano*. Vol. II. Milán, 1963. Pág. 990. Pero este último autor utiliza esta afirmación para introducir la distinción entre nulidad testamentaria inmediata (cuando el vicio que causa la nulidad es propia del testamento como tal) y mediata (cuando el vicio afecta a la institución de heredero) y quizá se deba profundizar más en las fuentes en este aspecto en concreto (véanse también sus *Istituzioni di Diritto romano*) para entrar a analizar con cierto detalle la nulidad del testamento derivada de la nulidad de la institución de heredero en la diferentes épocas en las que se puede dividir la historia desde el punto de vista jurídico de Roma.

⁴⁴ Véase al respecto BIONDI. Op. Cit. Pág. 191 y SS. y también, en general, CUGIA. *L'invalidità totale dell'istituzione di erede*. Nápoles, 1913.

⁴⁵ Según nos indica CRISCUOLI. Op. Cit. Pág. 35.

hace notar, sin embargo, una excepción: cuando se trate de la *exheredatio* cuya nulidad ha de conducir a la nulidad de todo el testamento por *praeteritio* del *suus*⁴⁶.

En Derecho pretorio encontramos ya afirmado el principio por el cual puede ser nula la institución de heredero sin que ello implique la nulidad de los legados y las manumisiones contenidas en el testamento⁴⁷. En la época imperial se confirma tal tendencia a través de *D. 28, 4, 3*, de particular interés según la doctrina⁴⁸. La posterior legislación postclásica y justiniana no hace sino seguir la línea marcada por los juristas clásicos⁴⁹.

Pero no es la institución de heredero la única posibilidad de nulidad parcial a la que enfrentamos en el ordenamiento jurídico hereditario romano. En orden a la capacidad testamentaria activa y pasiva encontramos que ésta puede afectar a singulares disposiciones testamentarias de diverso tipo, como las hechas a favor de quien carece de legitimación pasiva o de persona incierta⁵⁰. Un gran número de hipótesis de nulidad parcial fueron introducidas por la legislación imperial con fines políticos⁵¹, como fueron la invalidez de la disposición hecha a favor de la viuda que se casaba dentro del año de luto o que

⁴⁶ *Successione testamentaria*. Cit. Pág. 589.

⁴⁷ *D. 37, 4, 20* y *D. 37, 5, 1*.

⁴⁸ Se preguntó al emperador qué ocurría en el caso de cancelación del nombre del heredero del testamento por indignidad para suceder (puesto que no puede, en Derecho romano, haber testamento válido sin institución de heredero pero sí puede haber indignidad declarada, con lo cual la duda estaba justificada). El emperador respondió: *causa praesens admitere videtur humaniorem interpretationem ut ea dumtaxat existimemus nepotem irrita esse voluisse, quae induxit*: admitiendo, pues, que la nulidad parcial podrá afectar a la institución de heredero, manteniéndose a la vez válidos los legados y manumisiones deseados por el disponente (Cfr. BIONDI. Op. Cit. Pág. 194). Este caso pasó a convertirse en principio a través de Papiniano en *D. 34, 9, 16, 2* y de Ulpiano en el *D. 28, 4, 2*.

⁴⁹ Teodosio y Valentiniano en el *C. Th. 16, 8, 28* disponen que el hijo *preteritus* del ascendiente infiel sucedía *ab intestato rescissa voluntatem*; pero los *libertatibus, quae incode testamentodatae fuerint, suam obtinentibus firmitatem*.

Por su parte, Justiniano, en las *Nov. 1, 1, 1-2* y *Nov. 115, 3, 15* establece en términos generales que, siendo nula la institución de heredero, todas las demás disposiciones contenidas en la institución de heredero deben ejecutarse con total normalidad.

⁵⁰ *Gai. 2, 287* y *Ulp. 22,4*.

⁵¹ BIONDI. Op. Cit. Pág. 130.

después de la muerte del marido daba a luz un hijo ilegítimo o que no hacía que se nombrara tutor a los hijos propios⁵², o también la de la hecha a favor del sucesor de los pupilos que no había, dentro del año de la muerte del padre, hecho nombrar tutor, conservando en estos casos el resto del testamento su plena eficacia.

Otras hipótesis de nulidad parcial son las referidas al objeto de las disposiciones. No tienen así validez las disposiciones a través de las cuales el testador desea alcanzar un resultado ilícito, esto es, que de otro modo no podría obtener⁵³; son de igual modo nulas las disposiciones que tengan por objeto una prestación imposible⁵⁴, un *facere contro ius bel bonos mores*⁵⁵, de cosas fuera del comercio de los hombres⁵⁶ o, para concluir, la hecha sobre alguna incierta⁵⁷, faltando al principio de certeza típicamente romano (*nisi certae rei sit et vel ad certam personam deferatur*). La voluntad cierta⁵⁸ y definitiva⁵⁹ del testador es necesaria para la validez de la disposición testamentaria de que se trate, así como que tal voluntad sea propia del causante, excluyéndose la posibilidad de

⁵² C. 5, 9, 1, 2; Nov. 22, 22; Nov. 39,2 y D. 26,6, 2, 2.

⁵³ Es esta una figura que ya encontramos en el Derecho romano clásico, como en *Gai.* 2, 235. Es así mismo de origen clásica o incluso arcaica si seguimos las tesis de BIONDI (Op. Cit. Pág. 373) la nulidad de aquellas disposiciones que violan los límites a la facultad de legar, pues ya las XII tablas consentían únicamente legar *de re sua*, pero se mantenía la validez del resto del testamento. Límites a la capacidad de legar los encontramos en la Ley Falcidia, la cual nos indica que sólo será nulo aquello en lo que se excedió el legatario del límite que había de respetar.

⁵⁴ D. 36, 6, 7, 1.

⁵⁵ D. 30, 112, 3.

⁵⁶ *Ulp.* 24, 9. También se incluyen en este apartado los *locus religiosus*: C. 6, 7, 14.

⁵⁷ Paulo en *Sent.* 3, 6, 13.

⁵⁸ Del hecho de que la voluntad debe ser cierta se desprende que, cuando no sea posible determinar con precisión la persona hacia quien se ha querido disponer, será nula la cláusula o cláusulas relativas a tal disposición (D. 34, 5, 10). Vid. al respecto: CRISCUOLI. Op. Cit. Pág. 40.

⁵⁹ D. 28, 5, 48. Citado por BIONDI. Op. Cit. Pág. 507.

la participación de un tercero⁶⁰. De igual modo son nulas aquellas disposiciones cuya causa sea ilícita⁶¹.

Son numerosas las hipótesis de nulidad parcial del negocio testamentario que nacen a la sombra del régimen de las condiciones imposibles, ilícitas, torpes y resolutivas⁶². Es cierto que la sanción para ellas debe ser el “tenerse por no escritas” y que su inserción no debe afectar ni a la disposición, que se considerará como pura y simple, que las contiene ni al testamento en su conjunto. Así encontramos la posibilidad de que una disposición sea nula parcialmente, no ya respecto del testamento, sino también que una parte de ella sea nula respecto del resto de la propia disposición que contiene el elemento que sanciona la nulidad de esa condición contenida en ella.

En este orden de cosas, y con respecto a las condiciones imposibles, es interesante para el tema que nos ocupa el *D. 28, 5, 45*⁶³, que representa un ejemplo típico de lo anteriormente expuesto, no afectando la nulidad parcial a causa de ella, ni al testamento ni al resto de la disposición, ni siquiera a la disposición condicionada a la anterior. El mismo régimen es aplicable a las condiciones ilícitas o torpes; pero es importante recordar que éstas fueron variando, lógicamente, según las épocas siguiendo la cambiante conciencia social y política de los romanos, pues aquellas que lo eran en una época, no necesariamente habían de serlo en otro momento⁶⁴. Las condiciones resolutivas

⁶⁰ Es un ejemplo de este tipo de disposición el legado sometido a la condición *si Titius vuluerit*, como de igual modo también será nula la disposición que establezca *si heres voluerit*: *D. 28, 5 69*; *D. 35, 1 52* (Cfr. BIONDI. Op. Cit. Pág. 501).

⁶¹ Es el caso, por ejemplo, de nulidad de la disposición hecha *contumeliae causa*, puesto que el testador lo que busca en este caso no es una atribución de bienes o derechos, sino más bien ofender a la persona designada (*D. 28, 5, 9, 8*; *D. 30, 54*).

Para una exposición amplia de casos de nulidad parcial testamentaria por ilicitud de la causa de la concreta disposición, véase BIONDI. Op. Cit. Págs. 526 y SS.

⁶² Para una completa bibliografía sobre el tema, véase CRISCUOLI. Op. Cit. Capítulo II, nota N° 96.

⁶³ “*Si Maevia mater mea et Fulvia filia mea vivent, tum mihi Lucius Titus heres esto. Servius respondit, si testator filiam nunquam hubuerit, mater autem supervixisset, tamen Titium heredem fore, quia id, quod impossibile in testamentum scriptum esset, nullam vim haberet*”.

⁶⁴ Un ejemplo puede ser que en la época clásica, antes de las leyes demográficas de Augusto, la condición de no poder contraer matrimonio para poder recibir la herencia o legado era

fueron prohibidas únicamente en la época clásica, pues el *ius civile*⁶⁵ no consentía su inclusión en el testamento salvo que ésta no tuviese por objeto relaciones temporales como la tutela y el usufructo; este principio fue superado se introdujo el fideicomiso como figura tutelada por el ordenamiento y que definitivamente alcanzó abiertamente plena eficacia en Derecho justiniano⁶⁶.

La nulidad parcial se justifica con el brocardo *utile per inutile non vitiatur*⁶⁷, que ya tiene en las fuentes romanas alguna que otra referencia (D. 45, 1, 1, 5; D. 50, 17, 94 y específicamente en materia sucesoria: D. 28, 2, 29, 1-2-6 y 15; C. 6. 28⁶⁸) aunque no cabe duda de que, si bien no fue recogida como *regula iuris*, existió como regla latente en el Derecho romano, frente a la regla expresa, formando parte de los elementos lógicos del ordenamiento⁶⁹, debido al carácter práctico y pragmático del sistema jurídico romano y su sentido de la utilidad que le lleva a seguir una clara línea directriz: mantener con vida jurídica, siempre que sea posible, todo aquello que sea útil. Por ello es posible afirmar que el principio general de conservación de los actos jurídicos *utile per inutile non vitiatur* es consustancial al espíritu del Derecho romano, a más abundamiento, tal máxima y la nulidad parcial para el testamento como consecuencia suya, fue la regla, y la nulidad total la excepción⁷⁰ (D. 45, 1,26; D. 24, 1, 5), y la generalización de esta metodología se produce en el periodo

consentida, tras ellas fue declarada nula (D. 35, 1, 79, 4). Véase una amplia exposición de tales condiciones en BIONDI. Op. Cit. Pág. 559.

⁶⁵ Para la *heredis institutio* ver D. 28, 5, 89; D. 4, 4, 7, 10. Para las manumisiones ver D. 40, 4, 52; D. 40, 4, 33. La manumisión es, sin embargo, posible a término inicial siempre que resulte compatible con la atribución de la libertad: D. 30, 68, 3; D. 40, 5, 41, 15).

⁶⁶ Sobre la materia, vid. CRISCUOLI. Op. Cit. Pág. 44 y BIONDI. Op. Cit. Pág. 561.

⁶⁷ Así se expresa, recogiendo el sentir general de la doctrina que toca el tema, GUARINO. Op. Cit. Pág. 65.

⁶⁸ Cfr. BETTI. Op. Cit. Pág. 332.

⁶⁹ Véase la monografía que al respecto ha publicada por MARÍN PADILLA: El principio de conservación de los actos y negocios jurídicos *utile per inutile non vitiatur*. Barcelona, 1990, donde esta autora se manifiesta abiertamente en el sentido que indicamos (Vid. pág. 15).

⁷⁰ Vid, entre otros, MARÍN PADILLA. Op. Cit. Pág. 39.

postclásico⁷¹. Tal regla será elaborada y afirmada posteriormente por el Derecho canónico (Decretales. VIº, 5, 13, c. 37).⁷²

⁷¹ Misma Op. Cit. en nota anterior. Pág. 40.

⁷² Volveremos sobre el tema, y con mayor precisión, más adelante, pues tal afirmación no es unánime entre la doctrina. Vid. BETTI. Op. Cit. Pág. 332. RICCOBONO. "Cristianismo e Diritto privato". En RDC, 1911. TROP LONG. *De l'influence du christianism sur le Droit civile des romains*. París, 1855.

3. La tradición jurídica germánica, su influencia en los códigos de eurico y alarico, y la recepción del derecho común.

A. La tradición jurídica germánica y su influencia en los códigos de eurico y alarico.

El Imperio romano había alcanzado una extensión geográfica de magnitudes inmensas, lo que hacía que su administración y defensa de los pueblos bárbaros que acechaban constantemente sus fronteras, se convirtiera en un grave problema. Como solución, los romanos, bajo el gobierno del emperador Diocleciano, dividieron su imperio en dos: el imperio de oriente, con capital en Bizancio, y el de occidente, con capital en Roma, el cual conservó su supremacía hasta el año 330 de nuestra era, cuando Constantino centralizó el gobierno en Constantinopla (la antigua Bizancio, que él rebautizó tras su nombre). En el año 476 caía el Imperio de Occidente en manos de los bárbaros, mientras en el de oriente se vivía una época de esplendor, incluso también jurídico, con la publicación del *Corpus Iuris Civilis*, la inmensa obra recopiladora del emperador Justiniano, persistiendo su vigencia durante gran parte de la Edad Media, y teniendo una notable influencia en las compilaciones posteriores.

La península Ibérica, provincia romana, fue invadida por los bárbaros durante el siglo V, y como en el resto del imperio, el Derecho romano regía la vida en ella. Los visigodos, al apoderarse de nuestra península trajeron, como es natural, sus propias leyes, pero con la peculiaridad de que éstas, debido al sistema de la personalidad de la ley que les caracterizaba, permitían a los pueblos por ellos invadidos continuar rigiéndose por sus propias normas siempre que no entraran en conflicto con las de los dominadores⁷³. Las leyes de los pueblos bárbaros estaban basadas en la costumbre, lo que traía como

⁷³ Así en los comienzos del periodo hispano-visigodo convivían en la península ibérica dos sistemas jurídicos independientes el uno del otro: por un lado el perteneciente al pueblo invasor, de origen germánico y constituido por una serie de normas inspiradas en la costumbre de tradición oral con un marcado carácter formalista en lo referente a los actos de Derecho privado; y por otro lado el Derecho de los nativos peninsulares, el Derecho romano clásico, que era el vigente en el momento de la invasión bárbara.

consecuencia una ausencia de uniformidad generalizada, y con muy pocas referencias al Derecho civil (el Derecho penal es la mayor preocupación de ese tipo de ordenamiento)⁷⁴. En cuanto al negocio jurídico, se vuelve a la concepción rígida del Derecho quiritarario romano: el negocio, o bien existe, o bien simplemente no existe⁷⁵ como hecho relevante para el Derecho⁷⁶. El constante roce del Derecho romano con el sistema de personalidad de las tribus bárbaras condujo a algunos jefes de estas tribus a codificar las normas que debían gobernar a sus nuevos súbditos, naciendo así las *leges romanae barbarorum*, compilaciones en las que sobrevive el Derecho romano clásico vigente a la llegada de los invasores⁷⁷ y donde se fusiona con algunas normas que éstos últimos aportan, resultando unas leyes con estilo propio. En *Hispania* nace así la *Lex romana visigothorum* o Breviario de Alarico en el año 506⁷⁸.

En materia de nulidad de los actos jurídicos, la *Lex romana visigothorum* sigue el sistema romano clásico con algunas pequeñas diferencias. Son así nulos los actos contrarios a la ley y a la moral y pueden ser privados de efectos, aunque en principio son válidos, los actos celebrados con fuerza, miedo o con

⁷⁴ En el orden sucesorio, para los pueblos germánicos el testamento tiene poca o ninguna importancia, pues su concepción agnaticia de la familia (FERNÁNDEZ DEL MORAL. Op. Cit. Pág. 16) implica que todos tienen una participación en el patrimonio y el grupo aparece como titular común de Derechos y obligaciones (VACCARI. Voz "Famiglia (Diritto intermedio)". En NDI, tomo VII. Pág. 46) y que la propia estructura de la familia es al que va a determinar serían los que adquirirían los bienes cuando alguno de ellos muriera, produciéndose todos los efectos por imperio de la Ley, ignorándose lo contenido en testamento (ROYO MARTÍNEZ. Op. Cit. Pág. 16. CALASSO. *Medio evo del Diritto*. Vol. I. Pág. 129. Milán, 1954).

⁷⁵ Según exponen PLANITZ. *Principios de Derecho privado germánico*. Trad. Española de MELÓN INFANTE. Barcelona, 1957. Pág. 36 y SS, e HINOJOSA. *El elemento germánico en el Derecho español*. Madrid, 1915 en el Derecho germánico antiguo, las causas que pueden invalidar los negocios jurídicos son solamente las faltas en la hipótesis fáctica externa del negocio, no los denominados vicios de la voluntad. Como tales, son relevantes algunos relativos a la forma y ciertas infracciones de las disposiciones legales: los negocios afectados de alguno de éstos eran nulos desde el principio.

⁷⁶ Véase al respecto la obra de LUTZESCO. *Teoría y práctica de las nulidades*. Trad. Española de ROMERO y LÓPEZ DE LA CERDA. Méjico DF, 1975. Pág. 101.

⁷⁷ Vid. LLOVERAS. Op. Cit. Pág. 71.

⁷⁸ Por su parte, los borgoñeses, que dominaban la Galia, dictaron la *Lex romana burgundiorum* también conocida como *Papiani responsa* en el año 517, o los ostrogodos, instalados en la actual Italia, hicieron lo propio dando lugar al *Edictum theodorici* en el año 500.

dolo, es decir, en los que falta el libre consentimiento⁷⁹. En cuanto al Derecho sucesorio y siguiendo a PÉREZ DE BENAVIDES⁸⁰, pueden distinguirse en principio diferentes tipos y clases de nulidad. Aquella inicial por omisión de algún requisito formal propio de cada tipo concreto de testamento⁸¹, y aquella por omisión de los requisitos comunes a todos los tipos, como la necesidad del registro o la preterición de un hijo varón no instituido ni desheredado, que pueden considerarse las hipótesis más relevantes⁸². La nulidad de la cláusula de institución de heredero es independiente en la *Lex romana visigothorum*, y así la invalidez de ésta por cualquier defecto de forma o fondo no acarrea la de las restantes disposiciones, dándose la nulidad parcial de la primera⁸³, tal y como vimos para el Derecho romano clásico⁸⁴. Es de notar que la diferenciación entre el testamento y la donación *mortis causa* no es clara en el antiguo código visigodo⁸⁵; es San Isidoro⁸⁶ el que aclara que es el momento en que el acto se hace firme lo que las diferencia: para el primero es la muerte del causante, y para el segundo es el momento del otorgamiento de la escritura.

El doble orden normativo que, como hemos visto, imperaba en la península se termina por unificar en el siglo VII con la promulgación en el año 654 del Fuero juzgo, también denominado *Liber iudiciorum*, ley ya aplicable a todos los habitantes de la península, cualquiera que fuera su origen, germánico

⁷⁹ Véase al respecto la Ley III, título IV, libro V de la referida *Lex romana visigothorum* y el comentario a ella en este sentido de LUTZESCO. Op. Cit. Pág. 96.

⁸⁰ *El testamento visigótico*. Granada, 1975. Pág. 66.

⁸¹ Vid. ARVIZU. *La disposición "mortis causa" en el Derecho español de la Alta Edad Media*. Pamplona, 1977. Págs. 253 y SS. Las fuentes legales referidas al Derecho sucesorio demuestran la importante influencia del Derecho romano. El testamento del Derecho romano vulgar, con formas muy simplificadas, se difundió entre los habitantes de la península en general, sufriendo no obstante, transformaciones en su disciplina, como la admisión de la forma mancomunada (ROYO MARTÍNEZ. Op. Cit. Pág. 18).

⁸² Véase la misma Op. y loc. que la nota anterior en ARVIZU.

⁸³ Vid. PÉREZ DE BENAVIDES. Op. Cit. Págs. 41, 45 y 67.

⁸⁴ Vid. *supra* en este mismo capítulo.

⁸⁵ Lo describe con precisión GARCIA GALLO en su artículo "Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España" publicado en AHDE, 1977. Pág. 461.

⁸⁶ SAN ISIDORO DE SEVILLA. *Etimologías* 5, 24, 2.

o hispano-romano. Contiene un cuerpo de normas de Derecho privado muy influido por las romanas, pero en cuanto al régimen de la nulidad de los actos jurídicos ésta influencia se encuentra un tanto desdibujada la estructura vigente en la época clásica⁸⁷, que tan claramente se observaba en la *Lex romana visigothorum*, dibujándose el germanismo imperante en el Derecho español antes de la recepción romano-canónica de la Baja Edad Media. Son nulos así los actos de contrarios a las disposiciones legales y los otorgados con vicios del consentimiento (fuerza, miedo o dolo)⁸⁸.

El *Liber iudiciorum* establece la nulidad del testamento a través de la denominada ley *plene discretionis*⁸⁹, según la cual será nulo aquél instrumento en el que se exceda lo permitido por la ley; de igual modo será nulo el testamento que no cumpla los requisitos de validez establecidos para cada modo de testar, aunque no hay en el *liber* sanción específica⁹⁰. Sí se establece, en cambio, la nulidad parcial del testamento cuando exista un exceso en la cuantía de las disposiciones, limitándose los derechos de los beneficiarios en él a la cuota legal y concediendo el resto de los bienes a aquellos *quibus legitime debentur*⁹¹; también será nulo parcialmente el testamento que en el que la distribución de

⁸⁷ Vid. de igual modo que anteriormente, LLOVERAS DE RESK. Op. Cit. Pág. 74.

⁸⁸ Encontramos ejemplos de ello en la ley 1, título II del libro V referente a la donación (“que la donación que es fecha por fuerza non vala”) o en las leyes de título IV del libro V que se refiere a las compraventas y a las permutas.

⁸⁹ Libro II, título V ley 10. Hay quien no está de acuerdo con la doctrina acerca de la pervivencia en la Alta Edad Media del Derecho visigodo, pues parece más que las cambiantes costumbres sociales, la reconquista y la repoblación de los territorios conquistados traen una mayor influencia del Derecho franco (Vid. SÁNCHEZ ALBORNOZ. “Pervivencia y crisis de la tradición jurídica romana en la España goda”. En *Viejos y nuevos estudios sobre las instituciones medievales españolas*. Tomo II. Págs. 1110 y SS. Madrid, 1976). La tendencia del Derecho sucesorio es la conservación del patrimonio para la unidad familiar, pero se permite disponer libremente de una parte del patrimonio (TAU ANZOATEGUI. *Esquema histórico de Derecho sucesorio*. Pág. 24. Buenos Aires, 1971), generalizándose la donación irrevocable y el pacto sucesorio (BESTA. *Le successioni nella storia del Diritto italiano*. Pág. 140. Padova, 1935. VACCARI. Op. Cit. Pág. 231) y confundiéndose a menudo el testamento con ellas (Vid. ARVIZU. Op. Cit. Págs. 330 y SS.). La iglesia es, en esta época, la principal impulsora de la sucesión testada al fomentar que se disponga de bienes en su favor (ARVIZU. Op. Cit. Pág. 54. GUILARTE ZAPATERO. “Legados piadosos en el antiguo Derecho castellano”. En RCDI, 1946. Págs. 603 y SS. MALDONADO. FERNÁNDEZ DEL TORCO. *Herencias a favor del alma en el Derecho español*. Págs. 24 y SS. Madrid, 1944) condicionando la concepción de ésta.

⁹⁰ PÉREZ DE BENAVIDES. Op. Cit. Pág. 132.

⁹¹ Autor, obra y loc. Cit. en nota anterior.

los bienes viole la ley en cualquier modo por la cuantía en la que la exceda.⁹² Durante la ocupación musulmana acaecida a partir del siglo VIII continuó vigente el Fuero juzgo, y no es hasta el siglo XIII, ya vecino el fin de ella, que se dictan nuevas leyes de carácter general, pues durante esos siglos la vida se retira a las pequeñas villas con vida campesina y local, donde cada una se rige por sus propios fueros particulares, ya que las grandes ciudades se encontraban en manos árabes.

B. La recepción del derecho común.

Impulsado por el nuevo interés en el Derecho romano y el desarrollo de la ciencia jurídica, cobra de nuevo importancia el testamento como instrumento sucesorio al final de la edad media⁹³. El estudio de la nulidad parcial testamentaria en esta época concreta ha de realizarse a través del examen de la ya mencionada anteriormente máxima *utile per inutile non vitiatur*⁹⁴, que aparece no sólo en el Derecho civil, sino también en el Derecho canónico⁹⁵, y fue muy elaborada por los comentaristas de la recepción del Derecho común⁹⁶. Esta

⁹² Libro II, título V, ley 1.

⁹³ Vid. GARCÍA GALLO. *Manual de historia del Derecho español*. Tomo I. Págs. 95 y SS. Madrid, 1964. PROSDOCIMI. *La formazione dell'unità giuridica medievale e il Diritto comune (questioni di storia medievale)*. Págs. 16 y SS. Milán, 1946. Sigue, por otro lado, la iglesia desempeñando una labor fundamental en favor del testamento a través de las disposiciones piadosas (Vid. ROYO MARTÍNEZ. Op. Cit. Pág. 17. BESTA. Op. Cit. Pág. 114). A la vez, el panorama de las disposiciones *mortis causa* a título individual existentes en la Alta Edad Media condiciona el concepto de testamento, que cobra vida con la recepción del Derecho romano, acentuándose cada vez más el carácter patrimonial de su contenido (FERNÁNDEZ DEL MORAL. Op. Cit. Pág. 18). Junto a esas disposiciones, se admite sin embargo que el testador pueda incluir cláusulas de contenido no plenamente de este tipo, como reconocimientos de deudas, actos destinados a realizar obras pías, reparaciones por diversas vías de hechos reprobables cometidos en vida, etcétera; y otras cuyo contenido nada tiene que ver con la patrimonialidad como puede ser el reconocimiento de hijos naturales u otro tipo de confesiones (Cfr. TAU ANZOATEGUI. Op. Cit. Págs. 49 y 68).

⁹⁴ Según la cual se determina que era regla en todas las cosas, actos o contratos separables, que lo útil no debe viciarse por lo inútil, debiendo entenderse que en el elenco se encuentra incluido el testamento también y no sólo el contrato, pues se refiere a actos en general.

⁹⁵ Como dice JASON DE MAYNO (*Commentaria in primam parte digesti novi cum additionibus...*Venecia, 1504. Pág. 12): "*est regula utile in multa iura allegat tam de iure civile quam canonico*".

⁹⁶ Para GOMEZ MARTINHO-FAERNA (Op. Cit. Pág. 344) el principio de validez parcial, aunque nacido en el Derecho romano, debe su formulación abstracta y general a la glosa por la formulación del brocardo *utile per inutile non vitiatur* como base de la doctrina de la nulidad parcial, que aparece resumida en la obra de ACCURSIO, especialmente en su *Digestum vetus seu Pandectarum Iuris civilis*. Venecia 1581. De la misma opinión es CRISCUOLI (Op. Cit. Pág. 50) quien

máxima se estableció por razones de *aequitas et utilitas commerciorum* y fue introducida *fit a romanis e iuris civile*⁹⁷, pero comentada y explicada principalmente por BARTOLO DE SASSOFERRATO⁹⁸, como indica otro comentarista posterior, Antonio GOMEZ⁹⁹. Pero aún así no hay una elaboración doctrinal sistemática de la máxima por parte de los glosadores¹⁰⁰, pues éstos se limitan a relacionar entre sí las leyes de donde se extrajo la máxima¹⁰¹.

Así, BARTOLO DE SASSOFERRATO se cuestiona cuando un instrumento es falso en parte y cuando se presume que lo es en todo¹⁰²; si éste lo es por un vicio del notario, sin lugar a dudas todo es inválido, dice, pero si se trata de otra clase de defectos, entonces habría que distinguir si están en la substancia *ut circa diem et consules*, en cuyo caso se vicia todo el instrumento, o si recaen sobre diversos capítulos, en cuyo caso, todo se vicia: *aut in diversis: et tunc si sunt capitula connexa, tunc idem*; pero si *aut sunt capitula separata*, entonces *utile per inutile non vitiatur*. La glosa de BARTOLO DE SASSOFERRATO fue generalmente aceptada¹⁰³, llegando a ser la norma la validez y la excepción la invalidez también en esta época, como lo fue para el Derecho romano.

nos remite específicamente a este autor y obra, concretamente al tomo I, pág. 287, col I; y al tomo II, pág. 605, col II bajo la rúbrica *utile per inutile an et quando vitiatur*.

⁹⁷ Cfr. GOTOFREDO. *Corpus iuris civilis*. Lugduni 1652. Tomo II. Pág. 1627.

⁹⁸ A quien cita, explicando el tema, MARÍN PADILLA. Op. Cit. Pág. 41.

⁹⁹ *Variarum resolutionis iuris civilis, communis et regii*. Madrid 1780. Tomo III. Pág. 266. Dice literalmente: "*utile per inutile non vitiatur in actibus dividuis et separabilibus est vulgata regula tradit plene et magistraliter Bartolo*".

¹⁰⁰ Así, de manera similar a lo que ocurría con el Derecho romano, de acuerdo con MARÍN PADILLA (Op. Cit. Pág. 44).

¹⁰¹ Entre los que se pueden mencionar ACCURSIO, AZÓN, JACOBO DE RÁVENA, CYNO DE PISTOIA etc. Aunque éste último como observa MARÍN PADILLA (Op. Cit. Pág. 44, donde cita a los anteriores) trata la máxima como regla de derecho al analizar la cláusula penal y establecer que no debe valer *ultra legitimum usurarum* (*Doctissima commentaria in codicem*. Turín, 1964 (edición facsímil). Tomo I. Pág. 248).

¹⁰² Comentando la L. *Si ex falsi de transactionibus* en *Commentaria in primam Codicis partem*. Ludguni 1552. Pág. 77.

¹⁰³ Entre otros véase GOTOFREDO. Op. Cit. Pág. 1627. ALCIATO. *Decretum Gratiani emendatum et notationonibus illustratum...* Venecia, 1615. Pág. 711. FULGINEO. *Tractatus de iure emphyteutico*. Ginebra, 1665. Págs. 33 y 34. PELAEZ DE MERES. *Tractatus majoratum et meliolorum hispaniae*. Lugduni, 1678. Pág. 9.

No sólo las leyes establecían la aplicación de la máxima *utile per inutile non vitiatur*, sino que también los particulares podían y, de hecho así se hacía, con frecuencia, pronunciarse a favor de que los negocios jurídicos por ellos celebrados, valieran de la mejor forma posible¹⁰⁴. Las partes pueden pronunciarse por la invalidez total del negocio por ellos celebrado en el caso de que una parte de él sea nula, como indica SOCINO¹⁰⁵, refiriéndose a una donación de todos los bienes presentes y futuros, aunque la voluntad de las partes también puede extraerse de sus actuaciones, como dice SERAFINO¹⁰⁶. ALCIATO¹⁰⁷, explica, al hilo de lo expuesto, que la nulidad parcial puede venir dada por medio de una disposición legal, incluidas las municipales como en el caso concreto que él expone en el lugar citado a cerca de un *creditum*, o bien ser debida a la voluntad de las partes, pues no se debe olvidar que el que el acto jurídico sea parcialmente eficaz o totalmente nulo dependerá, en último término y si ello es posible de aquellas personas que lo celebraron: *ubi ratione voluntatis utile vitiare per inutile docet ex ratione auctoris*.

Dice MATEO DE AFLICTIS que era costumbre general de los notarios incluir en los testamentos que, si éste no valiera en su forma escrita como tal, que lo hiciera como una declaración verbal ante testigos¹⁰⁸; y si tampoco así, como si fuere codicilo (es la llamada cláusula codicilar¹⁰⁹, también denominada cláusula *omni meliore modo* para indicar que si el testamento no fuera válido de

¹⁰⁴ Es una forma de conservación de los actos jurídicos previamente pactada por las partes involucradas, tal y como hace notar MARÍN PADILLA (Op. Cit. Pág. 49).

¹⁰⁵ *Consiliorum Bartholo*. Lugduni, 1537. Libro 1º, col. 20.

¹⁰⁶ *Tractatus de privilegiis iuramenti amplissimus...* Bergomi, 1566. Privilegio 107. Nº. 23. De la misma opinión son BARTOLO DE SASSOFERRATO (en *comm. L. Si quis ita. De verb obligat*. Vid. Cit. y loc. *supra* en notas 103 y 104); SURDUS (En *Consiliorum sirve responsorum...* Venecia, 1616. Cons. 450, Nº 53). Se apoyan en diferentes textos romanos para sostener esta postura: C. 2, 3, 30; D. 45, 1, 2; D. 8, 1, 13; C. 6, 33, 2.

¹⁰⁷ *Commentaria*. Venecia, 1560. Tomo I, pág. 86 a.

¹⁰⁸ *Decisiones Sacri regni consilii napolitani ab excellent viris...* Lugduni, 1566. Const. 816, Nº 9.

¹⁰⁹ Así lo hace notar MARÍN PADILLA. Vid. Op. Cit. Pág. 50. Véase para orígenes y régimen jurídico de la cláusula codicilar: NEGRI. *La clausola codicillare nel testamento inofficioso*. Milán, 1975.

una manera, lo fuera de alguna de las otras posibles)¹¹⁰. FABRO, por su parte, expone que cuando una parte del testamento sea de imposible cumplimiento y otra parte sí sea posible llevarla a efecto, se debe suprimir lo que no se pueda cumplir, conservando el resto, sobre todo *cum unum principale est alterum accessorium. Semper enim accessorium principale cedit*¹¹¹. Así las disposiciones que se consideren inválidas, es opinión unánime de la doctrina, deberían moderarse, reducirse o sustituirse para conformarlas a Derecho y que así se tengan por no puestas, esto es, que se reformen si la ilicitud o la ilegalidad son sobrevenidas o bien que la disposición testamentaria ilícita se reemplacen por lo dispuesto en la Ley¹¹². Procediendo de esta manera se estaba, no sólo cumpliendo la legalidad, sino atendiendo además a razones de utilidad: *sustitutio utiliter et secundum formam legi facta*¹¹³.

El brocardo *utile per inutile non vitiatur* no solo fue utilizado por el Derecho civil, sino que el Derecho canónico se sirvió de él con mucha frecuencia. En el capítulo 37 (*De regulis iuris*), del libro VI de las Decretales, se recoge ya el principio de conservación de los actos jurídicos, procedente del Derecho romano, bajo el mandato de Bonifacio VII, como indica AZON¹¹⁴, mediante la formulación del principio que ha quedado reflejado en el brocardo: *utile non*

¹¹⁰ Esta cláusula puede aparecer, por ejemplo, bajo los siguientes términos: *valeat omni meliore modo quo de iure valere potest*. Siguiendo a BARTOLO DE SASSOFERRATO (*De transac. Cit. N° 9*) puede insertarse no sólo en los testamentos, sino también en los contratos y juramentos con el mismo valor, o sea, como regla general de conservación de todo lo que pueda ser y sea útil; puede con ella conseguirse, entre otros, los siguientes efectos:

1º) *Quod constitutio maioratus, quae uno modo valere non potest, debeat valere meliore modo, quo potest.*

2º) *Si in scriptura maioratus est illa clausula saluberrima, quod actus valeat omni meliore modo, quo possit.*

3º) *Quod per clausulam substitutio, quae in vim vulgaris non valet, valet ut fideicommissaria.*

4º) *Et si verba orationis sonent inter vivos, quae tamen ut vivos non potest, sed solum causa mortis.*

¹¹¹ *Rationalia*. Ginebra, 1745. Parte II, pág. 703. Pf. 1.

¹¹² Es la opinión de JASON DE MAYNO. Op. Cit. Pág. 12.

¹¹³ Vid. MARÍN PADILLA. Op. Cit. Pág. 67.

¹¹⁴ Vid. *Corpus iuris canonici y Sexti decretalium...* Cit. libro V, título 12, reg. 37. Pág. 187.

*debet per inutile vitiari*¹¹⁵, dándole a tal principio categoría de regla general también para el Derecho canónico. Se utilizó en un amplio espectro de materias, desde beneficios eclesiásticos¹¹⁶, hasta sacramentos¹¹⁷, o, de igual modo, en materia de indulgencias¹¹⁸.

Los efectos del principio *utile per inutile non vitiatur* son, en sentido general: la nulidad de la parte inválida, en todo aquello que excede de lo permitido por la ley, reduciendo o moderando el exceso a la vez que conserva plena validez aquello que no ha sido golpeado por la causa de nulidad siempre que sea posible tal conservación y, en lo que se refiere a las condiciones imposibles, ilícitas o inmorales, se tendrán por no puestas. Podemos concluir que la máxima *utile per inutile non vitiatur* dio lugar a otros principios: *in contractibus, utile per inutile non vitiatur*, como regla general, además del canon: *in actibus dividuis et separabilis, utile per inutile non vitiatur*; y como excepción, también se derivó de la propia norma que hemos considerado originaria: *utile vitiatur per inutile in individuis, et in his quae commodam divisionem non recipiunt*¹¹⁹.

¹¹⁵ Según describe CRISCUOLI. (Op. Cit. Pág. 52) rebatiendo las tesis de BETTI (*Teoria general del negocio jurídico*. Trad. Española de MARTÍN PÉREZ. Madrid, 1959. Pág. 475) y FERRARA (*Teoria del negozio illecito*. Milán, 1914. Pág. 296) no se puede afirmar que el principio de la nulidad parcial, condensado en el brocardo *utile per inutile non vitiatur*, nazca en el Derecho canónico, pues esta rama jurídica presenta por primera vez tal formulación en el año 1299, como se deduce de las observaciones de Bonifacio VII en las notas preliminares de la *regulae iuris* (Op. y loc. Cit.), cuando los glosadores ya habían formulado la regla.

¹¹⁶ Véase, entre otros: SOCINO (Op. Cit. Const. 260) y BARTOLO DE SASSOFERRATO. *Com. Ad disolvendum y L. Si non sortem. Si non centum*. Tex. 11, *de condictio indebiti*.

¹¹⁷ Puede así encontrarse en ALCIATO. Op. Cit. Pág. 1863, junto a otros como BARTOLO DE SASSOFERRATO y JASON DE MAYNO.

¹¹⁸ Al igual que en las notas anteriores, hay diversidad de autores que así lo observan, como MATEO DE AFLICTIS. Op. Cit. Pág. 97; JASON DE MAYNO. Op. Cit. Pág. 12.

¹¹⁹ Cfr. MARÍN PADILLA. Op. Cit. Pág. 71.

4. Derecho histórico español.

Para comenzar con este análisis, las Siete Partidas¹²⁰ deben considerarse el primer eslabón de la superación por nuestra legislación de las concepciones de la alta edad media y la entrada en un período en el que ya se puede afirmar que se comienza a desarrollar un sistema jurídico propiamente español. Éstas fueron promulgadas por Alfonso X en 1263 y se convirtieron en un importante instrumento unificador ya que además de su aplicación directa, eran Derecho supletorio para todos los reinos de España. Sus leyes recogen mayormente el Derecho romano, pero traduciéndolo a la concepción cristiana española, en la cual todo se reconoce sometido, incluido el Derecho, al poder divino¹²¹. En las Partidas encontramos una clasificación del tema de la nulidad directamente heredada del Derecho romano y, como en éste, no se exhibe un tratamiento sistemático de su régimen, legislándose sobre la nulidad de cada acto jurídico singular¹²², incluida la del testamento.

Podemos observar que, durante toda la Edad Media, en España no se producen en nuestra materia de estudio substanciales modificaciones al régimen establecido por el Derecho romano clásico. Se demuestra una continuidad de la tradición romana en una doble vertiente¹²³: la del Derecho

¹²⁰ Son éstas la secuela del Fuero Real, que fue una fusión del Fuero Juzgo con algunos fueros municipales (especialmente el Fuero de Soria) bajo la influencia del *liber iudiciorum*, redactado entre los años 1252 y 1255, con el objetivo de reflejar las peculiaridades jurídicas castellanas sirviendo como importante instrumento para la unificación jurídica posterior, pues en su categoría de fuero de la corte, tuvo una gran influencia. En él se conservan gran parte de los rasgos del Derecho sucesorio imperante durante toda la Alta Edad Media, pero a la vez que introducen algunos principios que parecen responder ya a la recepción romana, como el carácter esencialmente revocable de las donaciones *mortis causa*, que se separa de la irrevocabilidad imperante hasta el momento (FERNÁNDEZ DEL MORAL. Op. Cit. Pág. 19. TAU ANZOATEGUI. Op. Cit. Pág. 38)

¹²¹ Cfr. DE CASTRO. *Derecho civil de España*. Tomo I. Madrid, 1949. Pág. 141.

¹²² Añade al respecto en su anteriormente citada obra LLOVERAS DE RESK (Vid. Op. Cit. Pág. 77) que encuentra dos ausencias importantes respecto al Derecho romano: una regla que establezca la nulidad de todo acto que contravenga una norma legal y otro grupo de ellas que regule los remedios jurisprudenciales creados por el pretor y adoptados por el *corpus iuris civilis*, excepción hecha de los menores y de los actos otorgados en fraude de acreedores (Titulo XIX, partida XI y titulo XV partida V).

¹²³ Vid. GARCIA GALLO. *Del testamento romano...* Cit. Pág. 496 y 497.

vulgar de un modo ininterrumpido desde el siglo VI a través del visigodo hasta la Alta Edad Media; y la del oficial romano del siglo V, caído en desuso y restaurado por la legislación visigoda tardía de Chindasvinto, Recesvinto y Ervigio. No puede dejar de mencionarse la importancia de los glosadores que realizaron la denominada recepción de la obra compiladora de Justiniano a partir del siglo XII¹²⁴. Éstos parten de ejemplos concretos para verificar la existencia de dos clases de actos inválidos: los actos nulos y los anulables¹²⁵. En los actos nulos, los efectos que estaba destinado a producir son privados de la posibilidad de nacer porque *quod factum contra leges est ipso iure nullum* sin ninguna necesidad de intervención judicial¹²⁶, a diferencia de los anulables, en los que sí es necesaria ésta para que los efectos no se produzcan.

Los textos españoles anteriores a la codificación¹²⁷, esto es, entre el medievo y la época moderna, recogieron del Derecho romano, aunque sin hacer

¹²⁴ Tal y como describe LUTZESCO (Op. Cit. Pág. 113): "...tratando de hacer una interpretación exegética íntimamente vinculada a los textos..."

¹²⁵ Vid. LLOVERAS. Op. Cit. Pág. 87.

¹²⁶ Así es como lo expone LUTZESCO Op. Cit. Pág. 120 citando a BARTOLO DE SASSOFERRATO.

¹²⁷ Reciben esta denominación el Ordenamiento de Alcalá de 1348 y las Leyes de Toro de 1505. Son los textos emanados del poder real sancionados con posterioridad a las Siete Partidas con carácter de legislación general que tendieron a afianzar el Derecho Real de Castilla y fundados en las costumbres y los usos de los españoles. En ellas se establece como primera fuente jurídica el Ordenamiento de Alcalá y las Leyes Reales, ratificando el valor del Fuero y de las Partidas, cuerpos que se instauran como Derecho supletorio frente a las dudas del Derecho común (Cfr. DE CASTRO. Op. Cit. Pág. 121).

La influencia romanista reflejada en las partidas se une con la el sentir y la práctica jurídica local con el Ordenamiento de Alcalá y las Leyes de Toro: estos cuerpos legales constituyeron un paso fundamental en la difusión del testamento (Cfr. FERNÁNDEZ DEL MORAL. Op. Cit. Pág. 18). En el primero de ellos se suprime por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la obligatoriedad de la institución de heredero en el testamento, acentuándose así el carácter del testamento como acto disposición de bienes (Vid. PUIG PEÑA. *Tratado de Derecho civil español*. Tomo V, vol. 1º. Pág. 76. Madrid, 1954).

La Nueva Recopilación de leyes de España es publicada en 1567 bajo el reinado de Felipe II y consiste en una compilación de leyes de origen real de España. Mediante esta obra el Derecho español se independiza ya del Derecho romano tomando configuración propia y en el siglo XVIII por voluntad de Felipe V es finalmente desterrado como fuente jurídica de España y sustituido por el Derecho real castellano como único Derecho común, prohibiéndose aplicar disposiciones de Derecho romano en todo el reino a los tribunales, audiencias y cancellerías (DE CASTRO. Op. Cit. Pág. 174). La Nueva Recopilación es Derecho supletorio para toda España, teniendo las leyes aragonesas, catalanas etc. sólo valor municipal, convirtiéndose el Derecho de Castilla en Derecho común de España (DE CASTRO. Op. Cit. Pág. 174).

expresa alusión a él, el principio *utile per inutile non vitiatur* elaborado por la glosa y también las consecuencias que de él se derivan: lo útil se conserva y permanece válido y lo inútil se rechaza, anula, deja sin valor, tiene por no escrito, reduce o sustituye, pero sin sistematizarlo de una manera general. Es por ello, por ejemplo, que las condiciones ilegales, imposibles, contrarias a las buenas costumbres, a la honestidad, la piedad o contra el Derecho natural, se tienen por no puestas, no valen o no obligan, permaneciendo válidos por lo demás los negocios jurídicos en los que se insertan¹²⁸.

En el ámbito sucesorio, tanto en las Partidas como en leyes posteriores, se sigue estimando que el testamento es un instrumento complejo que puede contener una diversidad de disposiciones, parte, mandas etc. y que pueden ser independizadas unas de otras con el fin de que el vicio recaído sobre una de ellas no invalide el resto y conjunto del instrumento pues el Derecho tiene la obligación de conservar lo que permanece útil en él a pesar de la nulidad de una parte de él. Así la Ley 24^a de Toro y la Ley única, título 19 del Ordenamiento de Alcalá establecen respectivamente que cuando éste se rompiere o anulare por causa de preterición o desheredación, en el cual hubiese mejoría de quinto o tercio “no por eso se rompa, ni menos deje de valer el dicho tercio o quinto, como si el testamento no se rompiese... et si ficiere heredero el testador, e el heredero no quiere la heredad, vale el testamento en las mandas, e en las otras cosas que en él se contienen”; por ello aquél nulo por preterición o desheredación no supone la nulidad de las demás disposiciones en él contenidas¹²⁹.

También si el causante se extralimitase en la parte que legalmente le corresponde a cada heredero o legatario, la disposición permanece válida y se reducirá el exceso hasta el límite legal. Ello lo dispone la Ley 18^a de Toro; y la Ley 1^a, título XI de la Partida 6^a para el caso de que el testador haya distribuido

¹²⁸ Leyes 5^a y 6^a, título IV, Partida 4^a y Leyes 3^a y 11^a, título IV, Partida 6^a, como pone de manifiesto MARÍN PADILLA (Op. Cit. Págs. 76 y 77).

¹²⁹ Vid. LLAMAS Y MOLINA. *Comentario crítico, jurídico y literal de las leyes de Toro*. Madrid, 1853. Tomo I. Págs. 113 y SS.

toda su herencia en legados, pues el heredero tiene derecho a un cuarto de la herencia, y si el causante no le reconoce tal derecho en contra de lo establecido por la ley, ésta ordena que el testamento sea válido, pero que se proceda a la rebaja de las mandas a prorrata entre todos y cada uno de los legatarios¹³⁰. Finalmente, la Ley 27^a de Toro establece un orden legal de llamamientos en el tercio de mejora; pues bien, los llamamientos hechos vulnerando el orden establecido por la ley serán válidos en lo que estén conformes a ella y nulos en lo demás¹³¹.

¹³⁰ Nos muestra dos casos de nulidad parcial AYERVE DE AYORA en su *Tractatus de partitionibus bonorum communium inter maritum et uxores et filios, ac haeredes eorum* (Alcalá de Henares, 1595, quaest. 21, parte 2^a) referidos por MARÍN PADILLA (Op. Cit. Pág. 76). Primero, la Ley 30^a de Toro ordena que “ningún home que aya hijos pueda dar ni mandar más de la quinta parte de sus bienes” y en el caso de que diera más de lo permitido. AYERVE DE AYORA (Cit. Pág. 110) dice que la estimación se hará y moderará *secundum formam positam in lege* de forma que no lleve más de hasta el quinto. En segundo lugar, la Ley 23^a de Toro prohíbe la mejora superior *ultra tertium et quintum bonorum*, y en caso de contravención establece que no valdrá la mejora en más del tercio y quinto de los bienes. A lo que añade AYERVE DE AYORA (Op. Cit. Pág. 83 y 87) que por esa cuenta se han de juzgar y determinar los casos semejantes.

¹³¹ Vid. LLAMAS Y MOLINA Op. Cit. Págs. 470 y SS.

5. La codificación y la elaboración pandectística. Los proyectos de Código Civil.

La época moderna comienza con el movimiento codificador, nacido en la Francia revolucionaria del siglo XVIII¹³², el cual existió en España también desde ese momento, bajo los auspicios del despotismo ilustrado representado por Carlos III con sus ansias de progreso, pero que no llegó a concretarse en el ámbito jurídico¹³³. La necesidad de poner al día la legislación vigente del país (la Nueva Recopilación, recordemos, llevaba vigente desde 1567) condujeron al nacimiento de la Novísima Recopilación, sancionada en 1805 bajo el reinado de Carlos IV, mediante la cual se pensó se podría obtener el mismo resultado que con la obra codificadora de nuestros vecinos¹³⁴. Estaba ésta basada en la Nueva Recopilación, la cual pretendió modernizar y completar. La Novísima Recopilación es un extenso cuerpo de normas contenidas en 12 tomos conteniendo disposiciones de Derecho público y privado.

En materia de nulidad de los actos jurídicos no existe, conforme ya hacen las leyes españolas anteriores, un sistema organizado de normas sobre la nulidad jurídica, y sólo en disposiciones aisladas en relación a casos o situaciones particulares se regula su validez o invalidez, repitiendo la imprecisión de la terminología de sus precedentes al respecto; en realidad sólo se regula la nulidad de pleno Derecho¹³⁵, es decir, la que nace de una

¹³² Frente a las ideas que habían presidido la Edad Media, se exalta ahora el poder del individuo y se pretende liberar ese poder de aquellas trabas que lo oprimían. En el Derecho sucesorio esto tiene su reflejo en la ampliación del poder del individuo para disponer de sus bienes, de acuerdo con el concepto de propiedad. En este orden de ideas es donde la pandectística nace, en el seno de la escuela histórica alemana, para superar las antiguas costumbres legales, basándose en la recopilación justiniana, sobre el fundamento de la cual nacieron los Códigos de Bavaria de 1756 y de Prusia de 1798.

¹³³ Probablemente esto fue debido “al general respeto que inspiraban las Partidas, consideradas como el más nacional de los códigos” (DE CASTRO. Op. Cit. Pág. 185). Como indica LLOVERAS también es muy posible que en gran medida influyera en tal fracaso la reacción de repudio que provocó en la mayoría de España la obra de la revolución francesa, la cual alejó la posibilidad de concretar la sanción de un Código civil (Op. Cit. Pág. 103).

¹³⁴ Así lo afirma DE CASTRO. Vid. Op. Cit. Pág. 198.

¹³⁵ Vid. LLOVERAS. Op. Cit. Pág. 103.

prohibición legal, impidiendo ésta que produzca ningún efecto sin necesidad de intervención de la autoridad judicial. La Novísima Recopilación no satisfizo las esperanzas depositadas en ella, pues no logró una verdadera unificación legislativa, careciendo de la unidad de un verdadero Código¹³⁶.

En este momento en Europa se está produciendo un movimiento que tendrá una decisiva influencia sobre el proceso codificador de España y de otros países: la pandectística. Es un movimiento de estudio desarrollado en el seno de la escuela histórica alemana, que nació al final del siglo XVIII y tuvo su cenit durante el XIX, tendente a crear una teoría general de aquella parte del derecho privado fundada en el Derecho romano, y más precisamente en el Derecho justiniano, que era el Derecho común vigente¹³⁷, pero sin omitir referencias a disposiciones posteriores¹³⁸. La noción dogmática de nulidad (incluida, por supuesto, la nulidad parcial) es una elaboración de esta escuela, pues como hemos visto hasta ahora nadie había realizado tal tarea, dentro de su objetivo más amplio de crear una teoría general del Derecho privado sobre la base de la compilación justiniana que lo unificara, ya que uno de los logros de la pandectística fue la elaboración de específicas doctrinas de Derecho privado como la que nos ocupa, además de la invención o definición de numerosas instituciones y la descripción particularizada de su evolución, todo ello no privado de originalidad de pensamiento¹³⁹. Así en los países donde seguía vigente, de un modo u otro, el Derecho justiniano, la elaboración jurídica de la pandectística tuvo un gran influjo sobre sus legislaciones y sus más altas decisiones judiciales, como referencia fundamental en materia privatista¹⁴⁰, en un momento histórico de gran trascendencia: cuando esos países estaban

¹³⁶ Es la opinión que nos deja sobre ella DE CASTRO. Op. Cit. Pág. 186.

¹³⁷ Véase al respecto: IMPALLOMENI. Voz "Pandettistica". En NDI, tomo XII. Pág. 350 y la bibliografía allí citada.

¹³⁸ Op. y loc. Cit. nota anterior.

¹³⁹ Cfr. MAZZACATO. Voz "Pandettistica". En ED, tomo XXX. Págs. 590 y SS.

¹⁴⁰ Así lo afirman, entre otros, DE FRANCISCI. "Intorno ad alcune prospettive storico geografiche nel campo del diritto". En *Studi in onore de Emilio Betti*. Milán, 1962. Vol. I. Pág. 27; y MAZZACATO. Op. y loc. Cit. nota anterior.

elaborando y apunto de aprobar sus compilaciones de Derecho privado, o sea, sus Códigos civiles.

La construcción pandectística de las categorías de la invalidez y la nulidad parcial se encuentra íntimamente relacionada con otra figura elaborada por ella: el negocio jurídico (en alemán: "rechtgeschäft"). A través de ella también construyen las categorías de la nulidad absoluta y la anulabilidad (subtipos de la categoría general de la invalidez, de igual modo que la nulidad parcial) como situaciones de carencia de efectos jurídicos de las categorías negociales. En realidad, la noción de los distintos tipos de invalidez está en general limitada al ámbito del negocio jurídico en el Derecho privado¹⁴¹. Las teorías explicativas de los diferentes tipos de nulidades son muy numerosas y variadas entre los autores de la época que tratamos y muchas de ellas tuvieron gran influencia entre los redactores de los códigos civiles de diferentes países que se encontraban en proceso de preparación¹⁴². Mediante el proceso descrito la doctrina pandectística de la invalidez del negocio jurídico pasó a ser parte de la legislación civilística de un buen número de países. Desde entonces es un tema ampliamente tratado por los autores de Derecho moderno, tanto españoles como extranjeros. Nosotros también formaremos parte de los que se han encargado de tratar este tema y veremos a lo largo con cierto detalle esta obra algunos aspectos relevantes de estas teorías.

Ya entrado el siglo XIX, el esfuerzo codificador en España persistió e incluso hubo proyectos serios de códigos civiles¹⁴³, como el de 1821 y, sobre

¹⁴¹ Pero la noción de invalidez puede extenderse al ámbito del Derecho procesal referida a las sentencias u otros actos relevantes del procedimiento, según pone de manifiesto BRUTTI (Vov "Invalidità. Storia". En ED. Tomo XXII. Pág. 561) citando a CALAMANDREI (*La cassazione civile*. Turín, 1920) y a JACOBI (*Die fehlerhaften rechtgeschäfte*. 1896); recordemos la dificultad de la distinción entre Derecho público y privado (que parte de un texto de Ulpiano recogido en el D. 1.1.1.2) y las discusiones que su línea divisoria e incluso su vigencia histórica plantean (Vid. LASARTE. *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*. Pág. 34. Madrid, 1980; y la bibliografía allí citada).

¹⁴² Para una exposición amplia de los diferentes autores que trataron sobre el tema ver TRAVIESAS. "Sobre nulidad jurídica". En RGLJ, 1914.

¹⁴³ La concepción del testamento en aquella época se despoja por fin de los elementos morales y religiosos, gracias a los cuales, sin embargo persistió en la memoria jurídica durante la oscura Edad Media, y aparece con un sentido secularizador, dominando absolutamente su carácter de instrumento de transmisión de bienes (TORRES. *El testamento ológrafo*. Pág. 128. Madrid, 1977),

todo, el de 1851, redactado por una comisión presidida por Florencio GARCIA GOYENA, e influido por las construcciones jurídicas francesas y de la pandectística. En él se legisla por separado la rescisión de la nulidad de las obligaciones, evidenciando la influencia del *Code* francés sobre él¹⁴⁴. La nulidad sólo es legislada en relación a los contratos y a las obligaciones¹⁴⁵. Los efectos de la nulidad los regula el artículo 1190 al establecer que “declarada la nulidad de una obligación...” las partes deben “...restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos...”; en su comentario al artículo, GARCIA GOYENA¹⁴⁶ aclara que “el contrato declarado nulo no ha existido civilmente, y lo nulo no puede, en tesis general, producir efecto alguno”, despejando cualquier confusión que la redacción de los artículos comentados pudiera dejar respecto de la diferenciación entre las figuras de la nulidad y anulabilidad. Dentro del Derecho de sucesiones, el proyecto de 1851 le dedica un capítulo (en realidad medio, pues comparte capítulo con la revocación), el décimo del título tercero del tercer libro (artículos 721 a 725), a la ineficacia de los testamentos, además de sancionar la nulidad (utilizando tal denominación) para un buen número de supuestos desperdigados por el capítulo dedicado a ellos¹⁴⁷.

sin perjuicio de que en el testamento quepan otro tipo de disposiciones que desde tiempo atrás habían venido siendo en él incluidas.

¹⁴⁴ De hecho DE CASTRO (Op. Cit. Pág. 191) califica el proyecto de “moderadamente progresista, decididamente liberal y excesivamente afrancesado”; y también muestra su animadversión por él al decir que “cada artículo está justificado con una especie de plebiscito legislativo en el que decide el voto del Código civil francés en compañía de sus hijos y nietos, en el que las leyes españolas asisten un poco como comparsa aquiescente”. Es de la misma opinión LLOVERAS DE RESK (Op. Cit. Pág. 105).

¹⁴⁵ Para los contratos son los arts. 985 y SS. Ver en GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Edición Facsímil. Barcelona, 1973. Tomo III. Págs. 15 y SS.

Para las obligaciones son los arts. 1184 y SS. Autor y obra citados anteriormente, ahora las páginas 193 y SS.

¹⁴⁶ Op. Cit. Pág. 198.

¹⁴⁷ Son ejemplos el artículo 559, que ordena que sea nula la disposición captatoria, o el artículo 561, que dice que la disposición hecha a favor de persona incierta es nula si no puede resultar cierta por algún evento.

La nulidad parcial de singulares disposiciones testamentarias debe entenderse admitida, pues son varios los artículos que implícitamente la reconocen al decir, por ejemplo, que “toda disposición hecha a favor de persona incierta es nula” o que “toda disposición encaminada a (...) es nula”¹⁴⁸. Así pues sí es la nulidad parcial una idea ya asimilada y admitida por los redactores del proyecto de Código civil de 1851, con lo cual debemos entender que sí formaba parte ya de los principios tenidos en cuenta a la hora de la elaboración y redacción del proyecto. Ya en 1880 comenzaron los estudios para la elaboración del proyecto de Código, que desembocaría en nuestro vigente CC, tomando en parte como base el de 1851.

¹⁴⁸ Arts. 561 y 559. Cfr. GARCIA GOYENA. Op. Cit. Págs. 15 y SS. Podría plantearse la duda de si es nulo el instrumento en su integridad por sinonimia entre disposición y testamento, pero además de que el contexto del proyecto es favorable a la interpretación relativa a la nulidad parcial de la disposición singular conservando válido el resto donde sea posible; GARCÍA GOYENA al explicar el primero de los mencionados artículos dice que “siendo necesario para la validez de la institución o del legado que aparezca la persona, parecía inútil el expresarlo...” dándonos a entender que se desea que aunque no valga éste, valga el resto.

CAPÍTULO SEGUNDO

Las categorías de la invalidez del negocio jurídico y del testamento.
Análisis conceptual y normativo en el Ordenamiento Jurídico
Español

1. El testamento como negocio jurídico unilateral y especial.

A. El concepto de negocio jurídico.

Como ya vimos, la construcción de la categoría jurídica del negocio jurídico es relativamente reciente, obra en lo fundamental de la dogmática alemana del siglo XIX, elaborado dentro de la teoría del hecho jurídico y concebido como en función de una teoría del sujeto de Derecho: el proceso de abstracción del cual nace la categoría se encuadra en un proceso que tiene como finalidad la igualdad formal, esto es, la realización uno que sea igual para todos los ciudadanos, sin distinción de clase: uno pensado en función de una unidad del sujeto jurídico¹.

Para la definición de la presente categoría (que no aparece en nuestro Código civil) podemos acudir a decenas de autores, cada cual nos dará su propia idea al respecto², baste pues recordar que se plantean un sinnúmero de cuestiones acerca de él, por lo que cada cual se aventura a hacerlo a su manera. Siguiendo una teoría objetivista³, podemos definirlo como “una reglamentación autónoma de una situación jurídica”; y siguiendo la correspondiente teoría

¹ Es un proceso iniciado con la codificación francesa llevado a sus consecuencias máximas por la elaboración pandectística. Cfr. MALUQUER DE MOTES. *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Pág. 231. Barcelona, 1993.

TARELLO. *Storia de la cultura giuridica moderna*. Tomo I. Pág. 35. Bolonia, 1976.

² Sobre el tema del negocio jurídico pueden consultarse, como obras de referencia preferidas por la doctrina en general: ALBADALEJO. *El negocio jurídico*. Madrid, 1958. DE CASTRO. *El negocio jurídico*. Madrid, 1985. BETTI *Teoría general del negocio jurídico*. Trad. Española de MARTIN PÉREZ. Madrid, 1956. CARIOTA-FERRARA. *El negocio jurídico*. Trad. Española de ALBADALEJO. Madrid, 1956. SCOGNAMIGLIO. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Nápoles, 1950. FERRANTE. *Negozio giuridico: concetto*. Milán, 1950. STOLFI. *Teoría del negocio jurídico*. Trad. Española de SANTOS BRIZ. Madrid, 1959. SCIALOJA. *Negocios jurídicos*. Trad. Española de PELSMAEKER. Sevilla, 1942. VON TUHR. *Obligaciones*. Trad. Española de ROCES. Madrid, 1934. ENNECCERUS-NIPPERDEY. *Allgemeiner teil des bürgerlichen rechts*. 1960.

³ Cfr. DÍEZ PICAZO. “Eficacia e ineficacia del negocio jurídico”. En ADC, 1961. Págs. 809 y SS. Otros autores que analizan la cuestión y ofrecen argumentos sobre los que puede ser posible apoyar tal teoría son principalmente: BETTI. Op. Cit Págs. 37 y SS. ROMANO (Salvatore). *Autonomia privata*. 1957. FLUME. *Rechtsgeschäft und privatautonomie*. 1960.

Son variantes dentro de la misma teoría objetivista, la teoría de la declaración y la teoría preceptivista. Vid. SCONGAMIGLIO. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Cit. Págs. 62 y SS.

subjetivista⁴: “negocio jurídico es aquél acto de la voluntad autónoma que conlleva una función jurídica típica”. Para DE CASTRO, el Derecho lo considera como “la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado que éste estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a tal declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos”. Pero ¿qué hechos o actos pueden calificarse de negocio jurídico? Calificarlos de tal manera o no significa aplicarle uno u otro conjunto de disposiciones, y al respecto nos encontramos con numerosas figuras que es, cuando menos posible, considerar de dudoso carácter negocial⁵. Éste ha de ser, por su naturaleza intrínseca, un concepto que designa un género, del cual el contrato, el testamento, etc. son sus diversas especies.

En cuanto a la teoría de la invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos, hemos de decir que es una teoría en la que todo es bastante confuso y discrepante, comenzando por la terminología utilizada. Ni los diccionarios, ni las enciclopedias, ni los autores, ni la jurisprudencia están de acuerdo en los términos que han de emplearse para designar los diversos grados o clases de ellas. Pero tampoco lo están en el señalamiento de los efectos propios de cada uno de tales grados: se discrepa si invalidez e ineficacia son sinónimos o si tienen diferente significado y efectos. Se disiente igualmente respecto a si su grado máximo debe llamarse inexistencia o si ésta no es una categoría jurídica; y así una lista interminable ya que toda esta problemática nace con las primeras tentativas de elaboración del concepto de negocio jurídico. No es posible atribuir significado unívoco a todas las expresiones utilizadas para expresar una ausencia de efectos del negocio; la propia terminología se refiere, de hecho,

⁴ Tal definición corresponde a TRIMARCHI. *Atto giuridico e negozio giuridico*. Pág. 58. Milán, 1940.

Estas teorías tienen su base en una identificación del negocio jurídico con la declaración de voluntad que en él se va a contener.

⁵ Una lista nos ofrece DE CASTRO, en su *Negocio jurídico* (Págs. 39 y SS), de tales figuras que van desde los contratos impuestos a las relaciones contractuales fácticas o el uso de un servicio como declaración de voluntad. Otros casos pueden ser las prestaciones reglamentadas, la contratación de contenido impuesto o la responsabilidad negocial por uso.

en contextos diversos a hipótesis nulas o únicamente ineficaces. Por tanto, el uso específico de los términos nulidad, anulabilidad inexistencia, ineficacia, etc. no es otra cosa que la aplicación de esquemas dogmáticos modernos a la fenomenología romanística⁶. Y es que, aunque de relativamente reciente elaboración, la figura de la invalidez, a la par de la del negocio jurídico, tienen poco de pacíficas y consolidadas.

La doctrina no es ciertamente unánime, no sólo acerca de la definición, sino también sobre el ámbito del fenómeno que comprende, en múltiples combinaciones, la nulidad, anulabilidad e inexistencia⁷, junto a otras. A parte de las divergencias puramente terminológicas, mayor importancia tienen las tesis que incluyen en el esquema de la invalidez juntas, la nulidad y anulabilidad, y aquellas que excluyen alternativamente una y la otra, postulando elecciones de diverso orden en la definición del concepto.

B. El negocio jurídico testamentario.

La calificación jurídica que se le otorgue al testamento va a ser clave para poder determinar la naturaleza jurídica de su nulidad parcial y la normativa que le va a ser aplicable en cada una de sus manifestaciones. Ante todo podemos decir que el testamento es un acto jurídico unilateral el cual contiene la declaración de voluntad del testador y que está destinado a producir efectos, tras su muerte, como su declaración de voluntad⁸. El llamado o llamados a la herencia sólo se convertirán en herederos cuando lo acepten; no obstante, testamento y aceptación constituyen actos unilaterales diversos, que no están destinados a encontrarse en un único momento (como sucede en la donación) pues el efecto que es propio al primero es la vocación hereditaria, es decir, la

⁶ La ausencia de sistemática es patente. Vid al respecto: GRANDEWITZ. *Die ungültigkeit obligatorischer rechtsgeschäfte*. Berlín, 1887. Pág. 6. MITTEIS. Op. Cit. Pág. 237. DI PAOLA. Op. Cit. Pág. 117. En cuanto a la evolución histórica: BESTA. *Le obbligazioni nella storia del Diritto italiano*. Padova, 1937.

⁷ Cfr. TOMMASINI. Voz "Invalidità". En ED, tomo XXII. Cit. Pág. 575.

⁸ Podemos tomar tal afirmación como una primera aproximación a la definición del testamento. Cfr. GALGANO. *El negocio jurídico*. Trad. Española de BLASCO GASCÓ y PRATS ALBENTOSA. Pág. 533. Valencia, 1992

puesta a disposición de la herencia a favor de los en él instituidos: el efecto más complejo, el de la sucesión, resulta del concurso de dos actos: el testamento y la aceptación⁹.

El testamento es un acto *mortis causa*, al que no se debe dudar en atribuir carácter negocial, aunque la doctrina a veces lo ponga en duda¹⁰, en antítesis a la mayoría de los demás actos jurídicos, que tienen lugar entre personas vivas (*inter vivos*) pues a través de él un sujeto dispone de sus propios bienes para el momento en que deje de vivir, y sólo en ese momento produce los efectos previstos. La muerte del testador hace referencia no sólo a la causa del acto, sino también a la determinación del momento en que despliega su eficacia, pues el instrumento tiene la función de regular la sucesión del *de cuius*, de forma diversa a las normas de la sucesión legítima y dentro de los límites determinados para la necesaria¹¹. También es un acto de liberalidad, del mismo modo que la donación, pero con la diferencia fundamental¹², resultante del hecho de la muerte, de que el donante elige el donatario, mientras que el testador únicamente muestra una preferencia, limitada por las cuotas legitimarias, de quién será su sucesor, pues el instituido como heredero puede no aceptar el llamamiento, y, como no pueden volver los bienes y derechos al donante, pasarían a quien la Ley haya previsto. Es, por otro lado, un acto formal, y tal

⁹ Únicamente los legados se adquieren sin necesidad de aceptación, art. 881 CC, pues adquiere pura y simplemente desde la muerte del testador, si bien debe pedir la entrega al heredero, art. 885 CC Vid LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho civil*. Tomo V. Pág. 23. Pág. 45. Pág. 72. Madrid, 1994.

¹⁰ Cfr. ARMERO. *Testamentos y particiones*. Pág. 72. Madrid, 1951. Añade este autor que hay quien estima incluso que el testamento, antes de la muerte del causante es un mero proyecto de negocio jurídico. Pero él, así como la doctrina dominante estiman que no es cierto y que es un negocio perfecto desde su creación.

¹¹ Como veremos en su momento, la violación no influye en la validez global del testamento, sino que lo sujeta a la necesaria reducción, a instancias de los legitimarios o sus causahabientes, hasta ajustarse a las cuotas proporcionales exigidas por la Ley al efecto.

¹² Se plantea la decadencia del testamento, pues cada vez más prevalece la sucesión legítima sobre la testamentaria, quedando la costumbre de otorgar éste cada vez más circunscrita a las clases medio-bajas. Vid. al respecto: FERRARI. *Successione per testamento e trasformazioni sociali*. Milán, 1972.

particular caracterización quiere ser la garantía de que la voluntad del testador no sea tergiversada¹³.

¹³ Que sea esta, y no otra, la razón del formalismo testamentario lo demuestra LISERRE. *Formalismo negoziale e testamento*. Págs. 102 y SS. Milán, 1966. En cuanto a los requisitos formales en general: ALBADALEJO. *Curso de Derecho civil*. Tomo V. Págs. 214 y SS. Barcelona 1994. LACRUZ BERDEJO. Op. Cit. tomo V. Págs. 186 y SS. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo V, vol. II. Págs. 35 y SS. Barcelona, 1963.

2. Las características propias del negocio jurídico testamentario.

La consideración del testamento como negocio jurídico unilateral arranca de una corriente jurisprudencial ya presente a principios de siglo¹⁴. Por su parte, la doctrina se encuentra dividida en este sentido, aunque incluso quienes niegan que pueda serlo, reconocen, en cualquier caso, una cierta libertad del testador para configurar libremente el contenido de su disposición de última voluntad¹⁵. Se observa en la doctrina que tal corriente ha insistido en que es necesario separar los dos tradicionales polos de la teoría del negocio jurídico (uno el testamento y otro el contrato) especialmente en cuanto que se ha puesto en duda la pertenencia del testamento al ámbito de la autonomía privada o la negación del carácter negocial del testamento¹⁶.

La superación de los interrogantes que surgen al tratar de encajar el testamento dentro del modelo del principio de autonomía privada que se encuentra desarrollado para el ámbito contractual¹⁷, con la misma significación y alcance para ambos, parece ser la meta que se ha propuesto la doctrina más

¹⁴ Véanse las SSTs de 27 de enero de 1899 y 20 de marzo de 1918. Más recientemente las SSTs de 12 de noviembre de 1964 (RJA 5080) y 3 de octubre de 1979 (RJA 3235).

¹⁵ Es el caso de ESPINAR LAFUENTE. *La herencia legal y el testamento*. Pág. 210. Barcelona, 1956. BRUNETTI. *Il diritto di testare secondo la teoria integrale del diritto privato*. En *Scritti giuridici varii*. Tomo IV. Turín, 1925. FERRI, GB. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Págs. 33 y SS. Milán, 1968. GALGANO. Op. Cit. Págs. 534 y SS así como los autores citados por los dos últimos. Estiman éstos que la voluntad testamentaria asume un papel completamente diferente que la voluntad contractual, no encontrando posible encontrar un denominador común que permita incluir ambas dentro de un concepto unitario de voluntad negocial. La conclusión primordial de ello para nuestro objeto de estudio si aceptáramos tales planteamientos sería que no fuera posible bajo tales premisas trasladar al negocio jurídico testamentario ninguna de las normas de invalidez del contrato.

¹⁶ Vid. nota anterior. Hay también quien ha ofrecido una construcción dogmática del testamento, no como negocio jurídico unitario, sino como forma que engloba una pluralidad de negocios (Vid. BIONDI. "Autonomia delle disposizioni testamentarie ed inquadramento del testamento nel sistema giuridico". En FI, Tomo I, 1949. GALLO. "Limiti dell'applicabilità al testamento delle norme d'ermeneutica riguardanti al contratto". En *Giurisprudenza completa di Cassazione civile*, 1950. Págs. 544 y SS.). Pero siguen defendiendo la libertad de testar que debe, independientemente, amparar al causante en el otorgamiento de su testamento.

¹⁷ Ante la duda de si en el testamento existe autovinculación por parte del testador, FERRI, L. (La autonomía privada. Trad. española de SANCHO MENDIZÁBAL. MADRID, 1969. Pág. 93) entiende que no, pero tal extremo merece una reconsideración, pues si bien el testador está muerto y, ciertamente, no puede hacerlo tras su fallecimiento, los herederos aceptantes son la continuación de la persona del testador, con todos sus derechos y obligaciones.

vanguardista¹⁸. La observación del fenómeno desde esta perspectiva supone realizar un análisis diverso del llevado a cabo por aquellos que únicamente han encontrado razones para la exclusión del testamento de la teoría general de la invalidez, en las diferencias que lo separan del contrato y los demás negocios jurídicos *inter vivos*. En este sentido se ha afirmado que si se pretende construir la categoría del negocio jurídico teniendo presente la estructura y régimen jurídico del testamento y tomando como base el denominador común de éste junto al contrato, los negocios del Derecho de familia, etcétera, se llegaría a un grado de abstracción tal que perdería su sustantividad. En la misma línea, se dice que ha de tenerse presente que no cabe enfocar desde una perspectiva crítica la relación entre testamento y negocio, sin proceder simultáneamente a revisar la estructura y función de este último¹⁹.

Por todo ello es por lo que, si queremos que el testamento, con sus peculiares connotaciones jurídico-legales, encaje dentro de la teoría general del negocio jurídico, o bien reconstruimos de forma artificiosa tal teorización, o bien consideramos al testamento no como uno más, sino como un tipo especial, esto es, no como una copia del contrato, sino *sui generis*, tanto desde el punto de vista del pensamiento jurídico tradicional como de conveniencia terminológica y estructural. No olvidemos que la construcción del negocio jurídico es meramente conceptual (y, como hemos ya dicho, no normativa²⁰) en nuestro

¹⁸ BIGLIAZZI GERI. *Il testamento*. Tomo I. Págs. 34 y SS. Milán, 1976. CUFFANO. *Il testamento in generale: Caratteri e contenuto*. En *Successioni e donazioni*. A cura di RESCIGNO. Vol. I. Págs. 731 y SS. Padova, 1994. DONISI. *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*. Págs. 437 y SS. Nápoles, 1972. RESCIGNO. *Introduzione al Codice civile*. Págs. 91 y SS. Bari, 1991. SCOGNAMIGLIO. *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*. Págs 32 y SS. Padova, 1992.

¹⁹ Cfr. CAPILLA RONCERO. "Nulidad e impugnabilidad del testamento". Págs. 4 y 5, notas 1 y 2. En ADC, 1987; recogiendo en ellas las tesis de LIPARI (de su "*Autonomia privata e testamento*" publicado en Milán en 1970). Pero no se trata de construir por esta vía una entelequia sino que se trata de observar cómo la autonomía de la voluntad se manifiesta de modo diverso en los diferentes campos que abarca en negocio jurídico y donde la persona goza de la facultad de regular sus relaciones jurídicas privadas, superando abstracciones metodológicas y abarcando aquellos planteamientos que bajo la misma terminología guardan las diferentes explicaciones de testamento (Vid. FERNANDEZ DEL MORAL. *Autonomia privata y testamento en Derecho común*. Pág. 22. Granada, 1996).

²⁰ Ello conlleva que la que la categoría del negocio jurídico en nuestro ordenamiento no exija la aplicación de un específico régimen normativo, pues este no existe en cuanto tal, sino que sería solamente edificable a partir del ensamblaje de los diferentes negocios concretos (Vid.

Derecho, lo cual consiente y facilita, dentro de los límites permitidos por la Ley, el empleo de la analogía como medio de llenar las lagunas que el particular régimen de alguno de ellos adolezca.

Es en la materia de estudio que nos ocupa, el régimen de invalidez, el negocio que nos ocupa muestra importantes deficiencias normativas, pues el CC no dedica, a diferencia del contrato, atención desde el punto de vista sistemático a su invalidez. La engañosa rúbrica de la Sección 10ª del Capítulo 1º, Título III, Libro III, que reza “De la revocación e ineficacia de los testamentos” da la impresión de que va a tratarla, pero en realidad todos los artículos están dedicados a la revocación, y únicamente uno, el 743, alude a su ineficacia, y aún así lo que hace es remitir en bloque a las disposiciones concretas del Código que en cada caso específicamente aludan a la invalidez o ineficacia de él²¹. Como consecuencia, el régimen de la invalidez ha de irse rastreando, seleccionando y agrupando a partir de toda la regulación que el Código (sin olvidar al jurisprudencia) hace de la sucesión *mortis causa* a lo largo del Título III, con la dificultad que ello conlleva por la disparidad y dispersión que de normas de este tipo se encuentran. De alcance general en materia de invalidez testamentaria, sólo dos artículos (el 743 y el 675.2²²) pueden calificarse de tales;

CAPILLA RONCERO. Op. Cit. Págs 6 y 7. GALGANO. *Il Diritto privato fra Codice e Costituzione*. Págs. 66 y SS. Bolonia, 1983). Por ello la utilización práctica más evidente del testamento como negocio jurídico se pone de manifiesto cuando la regulación de su régimen propio se hace insuficiente para afrontar las necesidades de la realidad, planteándose al intérprete la necesidad de encontrar vías de integración para que el resultado obtenido sea satisfactorio dentro de las exigencias de su naturaleza y estructura.

²¹ A los efectos de nuestro estudio, sin embargo, el art. 743 CC tiene una vital importancia, como se verá, pues en él se encuentran el germen de la admisión por nuestro Código de la nulidad parcial de las disposiciones testamentarias, al decir que “...serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias...”. El tenor literal del precepto ha sido criticado por imprecisión por algunos autores. Vid. SANCHEZ ROMAN. *Estudios de Derecho civil*. Tomo VI, vol. 2º. Págs. 1487 y SS. Madrid 1910. VALLET DE GOYTISOLO. *Panorama del Derecho de sucesiones*. Tomo II. Pág. 187. Madrid, 1984. Además, esta norma no ha impedido que se consolide la opinión que sostiene que los testamentos serán ineficaces no solamente por las causas expresamente prevenidas por el Código, sino también cuando resulte inconciliable la validez de los mismos con las normas y requisitos que se exige para que puedan ser válidos y eficaces. Vid. SANCHEZ ROMAN. *Estudios de Derecho...* Cit. Tomo VI, vol. 2º. Pág. 1448. CAPILLA RONCERO. Op. Cit. Pág. 12.

²² El fundamento de esta última norma se encuentra en que si existen normas de carácter imperativo para el testador, que de no ser respetadas provocan la ineficacia del testamento en su totalidad o en la parte afectada, tal ineficacia puede ser invocada por los sucesores titulares de intereses en juego. Por otra parte, tal norma puede tener efecto en hipótesis de nulidad parcial,

todos los demás preceptos que aluden a la ineficacia o invalidez del testamento tienen una proyección sobre un aspecto concreto del fenómeno sucesorio.

excluyéndose la cláusula afectada. Vid. Díez-PICAZO. GULLÓN. *Sistema de Derecho civil*. Tomo IV. Pág. 497. Madrid, 1990. VALLET DE GOYTISOLO. Op. ult. Cit. Pág. 195.

3. Aplicabilidad del régimen de invalidez del negocio jurídico al testamento.

Ahora, concretando más, ha sido muy discutido si es posible, ya que la invalidez del testamento padece tan insuficiente regulación, si es posible que sean de aplicación al mismo las categorías de invalidez generales de los negocios jurídicos con sus peculiares características de carencia total de efectos según la máxima *quod nullum est, nullum producit effectum*, habida cuenta de la especial naturaleza de él, dado su carácter unilateral y que contiene una declaración de voluntad no recepticia, la cual va a desencadenar sus efectos únicamente a partir de la muerte del testador²³. En el ámbito de la de la invalidez de los testamentos nos vamos a encontrar distintos regímenes normativos, ya que no existe identidad substancial entre los distintos supuestos de hecho que le privan de eficacia de tal manera que se hagan acreedores de un tratamiento jurídico idéntico²⁴.

Como el régimen jurídico-legal de las nulidades, con sus categorías correspondientes, ha sido creado dentro de la teoría general del contrato, es posible dar explicación al hecho de que a tal doctrina se acuda a la hora de resolver los problemas que puedan surgir en relación con la problemática

²³ Las opiniones doctrinales al respecto son de lo más variado, pero en general, se admite que sea trasladable, aunque no en bloque, sino con ciertas matizaciones (Vid. *infra* capítulo cuarto). Es común no admitir el régimen de la anulabilidad del testamento (VALVERDE. *Tratado de Derecho civil español*. Tomo V. Pág. 142. Valladolid, 1935. DE CASTRO. *El Negocio...* Cit. Pág. 502. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Op. Cit.* Vol. IV. Pág. 446); a favor de tal aplicabilidad se pronuncian: RIVAS MARTINEZ. *Derecho de sucesiones. Común y foral*. Tomo I. Pág. 356. Madrid, 1987. LLEDÓ YAGÜE. *Derecho de sucesiones*. Vol. II, 2º. Pág. 799. Bilbao, 1991. Por su parte, LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 257 y SS.) distingue tres regímenes diferentes de invalidez del testamento:

- 1) Nulidad insanable, próxima a la inexistencia y a la nulidad radical.
- 2) Nulidad por vicios de forma en los casos en que, objetivamente, existe el testamento, no una mera apariencia.
- 3) Impugnabilidad por vicios materiales o defecto no substancial de capacidad, del género de la anulabilidad de los contratos.

²⁴ Referido, por ejemplo, a la apreciación de oficio de la causa invalidante, juego de la prescripción etc. Cfr. SEOANE SPIEGELBERG. La nulidad del testamento. En CDJ, *Derecho de sucesiones*, 1995. Pág. 316.

derivada de la ineficacia de los testamentos, integrando con sus normas las lagunas que se produzcan en su tratamiento. Ya se considere éste como negocio jurídico especial o como acto no negocial, lo que no cabe es una traslación en bloque de las categorías del contrato a éste en relación a su invalidez²⁵, habida cuenta de las peculiaridades de los negocios *mortis causa*, como el que nos ocupa, que al no desencadenar en vida del testador sus efectos, le priva de la posibilidad de impugnarlo cuando lo hace.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se muestra, al abordar tal cuestión, sumamente cautelosa. La línea jurisprudencial más destacada se inclina a admitir la aplicación de la teoría de la invalidez negocial a los testamentos, pero con las especialidades que provienen de su propia naturaleza, lo cual excluye la asunción íntegra de tal teoría en el ámbito que nos ocupa si hacer las oportunas acomodaciones propias de la naturaleza sucesoria de éste último²⁶. Lo que sí hace la doctrina del Alto Tribunal es auxiliarse, por vía de la analogía, en determinadas normas que tienen su sede en materia de ineficacia contractual para precisar lagunas que surgen en ciertas notas del ámbito testamentario o su relevancia. En tales casos no se está aplicando teoría general alguna, sino aplicando (por medio de la mencionada analogía) preceptos

²⁵ El negocio jurídico, como se ha dicho en más de una ocasión, no es una categoría normativa, pues nuestro Código no lo regula como una figura independiente, sin que se limita a regular la invalidez e ineficacia de los contratos, es por ello que es más exacto referirse a si es posible aplicar a las figura que nos ocupa las normas dictadas respecto de la invalidez del contrato (CAPILLA RONCERO. Op. Cit. Pág. 32) aunque la práctica más habitual es no hacerlo directamente, sino, ya que tales normas contractuales son normas que pudieran ser generales de y para la categoría del negocio jurídico, si consideramos al testamento como tal, aunque sea con el añadido de especial, si puede tomar la normas de invalidez que consideramos, ya como negociales, para regular el régimen concreto de su ineficacia e invalidez.

²⁶ Así se manifiestan las SSTs de 12 de noviembre de 1964 (RJA 5080) y 3 de octubre de 1979 (RJA 3225), diciendo concretamente la última de ellas, la cual recoge la doctrina de la anterior, que "... no puede reputarse aplicable íntegramente a los testamentos a doctrina general sobre la nulidad de los negocios jurídicos por ofrecer aquellos una estructura unilateral y ser comprensivos de declaraciones no recepticias, como tiene declarado la sentencia de 12 de noviembre de 1964 (RJA 5080)".

Tal acomodamiento hace que, lógicamente, primero haya que atenerse al régimen propio de testamento cuando sea posible; y sólo en su defecto se pueda atender a la teoría negocial, sin que por ello sea plenamente aplicable, pues se han de hacer las oportunas acomodaciones en razón de las diferentes naturalezas y estructuras, lo cual hace que, en cierto modo, se desvirtúe la teoría general cuando se encuentra aplicada al testamento.

concretos en base a la ausencia de regulación en el testamento de ciertos aspectos que se plantean, sin mayor relevancia que para ese concreto aspecto y no para la generalidad de la teoría²⁷.

²⁷ Ello ocurre, por ejemplo, con la STS de 10 de mayo de 1972 (RJA 2135), en relación a los vicios del consentimiento testamentario con la doctrina relativa al concepto y requisitos del dolo contractual estimando el Tribunal que "... denunciada la violación de los arts, 673 y 1269 CC, por considerar aquellos hechos como demostrativos de dolo civil, respecto de lo cual cabe decir que si bien el artículo 1269 se refiere al dolo específico contractual, en defecto de una doctrina general sobre los vicios de la voluntad y la nulidad o anulabilidad por dolo en los negocios jurídicos, viene aplicándose por analogía la regulación relativa a los contratos a pesar de las notorias diferencias entre los negocios bilaterales y los actos unilaterales...". En los mismos términos se manifiesta la STS de 7 de enero de 1975 (RJA 12). Otro ejemplo lo encontramos en la STS de 21 de junio de 1986 (RJA 3788), que aplica la doctrina de apreciación de oficio de la nulidad absoluta aun supuesto de testamento en que se incumplió un requisito formal, concretamente la constatación de la hora del otorgamiento (Art. 695 CC).

4. La invalidez, la ineficacia y la inexistencia negociales como categorías generales.

A. Los fundamentos jurídicos de la invalidez y la ineficacia.

a) El negocio y su validez.

La Ley puede exigir para los negocios jurídicos (en realidad puede exigirlo para los actos en general, aunque aquí vayamos a hacer referencia únicamente a aquellos) algunos requisitos para que el Derecho le otorgue los efectos que se desea, o sea, que se desarrolle normalmente; si uno en un caso concreto no cumple alguno de los requisitos exigidos, es disconforme a las imposiciones del ordenamiento. Tal disconformidad representa un choque con las normas que disciplinan la actividad humana en sus manifestaciones jurídicas²⁸.

En el mundo jurídico, cuando se produce la celebración de un negocio de este tipo, se produce la consagración del propósito buscado²⁹; el efecto negocial se ha producido en cuanto que se ha querido y porque se ha querido. La eficacia de éste sería así una inserción de lo querido en el plano de la realidad. Pero éste produce, de igual manera que aquellos deseados por las partes, efectos que no han sido queridos ni propuestos³⁰: los contratos, dice el artículo 1258 CC obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas aquellas consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley. Dentro del cuadro de los efectos negociales que

²⁸ Cfr. CARIOTA-FERRARA, Op, Cit. Pág. 270 y SS. Pero esta no es la única denominación que recibe tal fenómeno; otros autores prefieren referirse a "anormalidad" del negocio, como hace BETTI (*Teoría general...* Cit. Pág. 228) que hace preceder el análisis de la "fenomenología anormal" al estudio de la idoneidad o no de los negocios afectados por varios vicios para producir los efectos que les serían propios.

²⁹ Como dice DÍEZ-PICAZO, una realización, o, en otras palabras, una conversión en realidad de los propósitos de las partes (*Validez e invalidez...* Cit. Pág. 810)

³⁰ Los negocios pueden también producir efectos que serán desconocidos por las partes. Esta es la base de la crítica del dogma de la voluntad en BETTI (Vid. *Teoría general...* Cit. Págs. 51 y SS. También en "*Declarare voluntarem nella dogmatica bizantina*" en *Studi in memoria di E. Albertario*. Milán 1950. Vol II. Págs. 421 y SS). En nuestra doctrina ha adoptado tal posición DÍEZ-PICAZO en sus *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Tomo I. Págs. 295 y SS. Madrid, 1983. También en la obra citada en la nota anterior del mismo autor.

puede calificarse como típica, podemos distinguir un grupo de ellos que se tienen lugar como realización práctica de un Derecho lícito y tutelado por el ordenamiento jurídico y otro grupo de efectos que se producen por imperio de la Ley (eficacia negocial imperativa o *ex lege*), además de los pospuestos al ordenamiento privado y que sólo funcionan en defecto de él (eficacia legal supletoria)³¹.

b) Clasificación de los negocios ineficaces.

Al mismo tiempo, la aparición del negocio altera la realidad jurídica anterior³². Así, esta eficacia puede producirse en dos vertientes diferentes, según incida en la esfera jurídica de las personas que han dado vida al negocio o que son destinatarias del mismo, o en la situación de otras personas que han sido ajenas a la celebración del mismo. En el primer caso hablamos de eficacia *inter partes* del negocio, y en la segunda, respecto a terceros.

Entre las partes, todo negocio jurídico supone siempre la creación, la modificación, la declaración o la extinción de una situación jurídica. Así, la eficacia adopta forma de tipo constitutivo cuando surge una relación jurídica que antes no existía, pues es el negocio quien la crea, la dota de sentido y la atribuye una peculiar naturaleza. La modificativa se da cuando, incidiendo sobre una relación jurídica preexistente, se altera la estructura o el contenido de la relación y produce una “vicisitud” en ella, una variación, un cambio. La preceptiva establece o determina el conjunto de deberes, cargas, poderes, titularidades... que las partes van a ostentar en virtud de la relación jurídica que entre ellas existe o puede existir en el futuro. El negocio representa entonces la regla ordenadora del régimen jurídico de la relación.

³¹ Vid. al respecto DE CASTRO. *Derecho civil de España*. Cit. Tomo I. Pág. 571.

³² Para la más antigua doctrina (Vid. ENNECERUS-KIPP-WOLF. Op. Cit. Tomo I,1, vol. 2º. Pág. 690) el negocio jurídico se mueve siempre en el terreno del derecho subjetivo (FERRANTE. *Il concetto di Diritto soggettivo ed alcune delle sue applicazioni*. Págs 25 y SS. Milán, 1947). Pero, hoy en día, se entiende que éste es un camino demasiado angosto para su ámbito de eficacia, pues en virtud del negocio se crean o modifican también deberes, facultades, titularidades, que no son técnicamente derechos subjetivos. Por ello hoy se dice (Vid BETTI. Op. Cit. Págs. 51. SS. CARIOTA-FERRARA. Op. Cit. Págs. 568 y SS) que donde se mueve es en el ámbito de la relación jurídica.

El negocio tiene eficacia declarativa cuando constata o aclara la existencia o significado de la relación jurídica existente entre las partes o bien constata o aclara el significado de las declaraciones contenidas en un negocio anterior; en el primer caso se habla de negocio de fijación³³; en el segundo caso hablamos de negocio interpretativo³⁴. La extintiva se presenta cuando, desaparece y deja de existir la relación jurídica que entre las partes se hallaba establecida. Finalmente, se habla de la preliminar o previa, que también puede llamarse definitiva, para designar los efectos que en un negocio complejo se producen cuando han desaparecido algunos, pero no todos, los elementos que lo componen³⁵.

En cuanto a la eficacia respecto de terceros, tiene lugar cuando el negocio afecta o incide de alguna manera a la situación jurídica de personas que han sido totalmente ajenas a su realización y que tampoco son destinatarios del mismo³⁶. Para los terceros se suele decir que el negocio es un asunto hecho entre otros, y por ello no puede desplegar efectos sobre su esfera jurídica, ni en su perjuicio ni en su beneficio. Esta afirmación encuentra su fundamento en que

³³ Son los negocios que los italianos denominan “negozio d’ accertamento”. Vid al respecto FURNO. *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*. Trad. Española de SANCHO. Madrid 1957. CARNELUTTI. “Note sull’ accertamento negoziale”. En RTDPC 1933. GIORGIANNI. *Voz “Accertamento, negozio di”*. En ED, vol. I. Págs. 227 y SS. y la bibliografía allí citada

³⁴ Vid. ALBADALEJO. *El negocio...* Cit. Pág. 331. CARIOTA-FERRARA. *Op. Cit.* Págs. 607 y SS.

³⁵ Son ejemplos de negocios complejos los negocios de formación progresiva (Vid. sobre el tema CARNELUTTI. “Formazione progresiva del contratto”. RTDPC, 1916. Pág. 316. MESSINEO. *Dottrina generale del contratto*. Milán, 1952) o los negocios sometidos a condición (Vid. SCIALOJA. *Op. Cit.* Pág. 122. ZAPPULLI. *Condizione nei negozi*. En NDI, vol. III).

³⁶ Podemos clasificar, siguiendo a DÍEZ-PICAZO (Validez e invalidez... Cit. pág. 813) los sujetos que de alguna manera pueden tener relación o venir afectados en el desenvolvimiento del negocio en:

- Los autores: que son los emitentes de las declaraciones de voluntad y los titulares de los intereses en juego, los cuales no tienen porqué coincidir (por ejemplo, si están en representación).

- Los destinatarios: que son los beneficiarios de las disposiciones contenidas en el mismo o a quienes están dirigidas o tienen que recibir las declaraciones formuladas.

- Los cointeresados en la formación del negocio.

- Los totalmente extraños o ajenos a él.

éste es un acto de ejercicio de poder de la autonomía privada, y ésta consiste precisamente en poder dictar una Ley por la que ha de regirse la propia esfera jurídica³⁷. Un negocio jurídico con eficacia en la esfera de terceras personas no sería un acto de autonomía, sino una invasión de la esfera jurídica ajena. El principio de la de su limitación de la eficacia a la órbita de las partes que lo han realizado, y la consiguiente falta de eficacia frente a terceros se encuentra sancionado en el artículo 1257 CC³⁸. Mas lo cierto es que éste, una vez realizado, penetra en la realidad jurídica y se instala en ella; como consecuencia, a partir de ese momento habrá que contar en el comercio jurídico con la existencia del negocio ya celebrado y los que lo vayan siendo con posterioridad contemplarán e incluso se basarán en situaciones jurídicas creadas por otros anteriores³⁹.

Pero la eficacia sobre terceros no puede ser, ni de hecho es, de la misma trascendencia que para las partes. Para estos últimos se produce de forma directa, mientras que para los terceros es relativa o indirecta⁴⁰. Únicamente será directa sobre terceros, y de una forma excepcional, cuando una norma jurídica lo preceptúe, y sólo en la medida en que lo hace; no puede, por ello, construirse una figura jurídica de carácter general de donde resulte una eficacia directa para terceros, debido a tal excepcionalidad⁴¹. Pero lo que sí puede producirse es

³⁷ Este es el principio denominado por el Derecho anglosajón “privacy of contract”, donde está muy arraigado. Vid. ANSON. *Principles of english contract law*. Oxford, 1945. CHITTY. *On contracts*. Londres, 1983. POLLOCK. *Principles of contract*. Londres, 1921; citados por PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo II, vol. I. Págs. 36 y SS. Barcelona. 1954.

³⁸ Conforme al cual “los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos”. Aunque, en rigor, el campo de aplicación de esta norma se circunscribe al régimen jurídico de los contratos DÍEZ-PICAZO (*Validez e invalidez...* Cit. Pág. 814) sostiene que no debe haber ningún inconveniente para admitir una generalización de esta regla de limitación de eficacia para todo tipo de negocios.

³⁹ Véanse en general a este respecto: GIOVENE. *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*. Nápoles, 1916; y SAVATIER. “Le prétendue principe de l’effect relatif des contracts”. En RTDC, 1934.

⁴⁰ Cfr. SANTORO-PASSARELLI. *Las doctrinas generales del Derecho civil*. Trad. Española de LUNA SERRANO. Madrid, 1964. Págs. 287 y SS.

⁴¹ No la hay en los contratos realizados a favor de tercero, pues éste sólo adquiere su derecho cuando hace saber su aceptación y se convierte en parte del negocio. Tampoco en los contratos en daño de tercero, pues el derecho o la acción nacen del daño y no del derecho. En la

una indirecta sobre el tercero, desarrollada a través de situaciones creadas o modificadas por él: ésta puede ser una “eficacia refleja”, cuando un negocio jurídico repercute en la esfera ajena en virtud de fenómeno de conexión entre diversas relaciones jurídicas, que existe cuando varias de ellas se encuentran o coexisten y se condicionan o bien deriva y descansa una o unas sobre otra u otras⁴². Si ha sido realizado por los sujetos de cualquiera de estas relaciones, determina una eficacia directa en la relación entre las partes, y una refleja sobre los terceros. La que recae en éstos puede también ser una “eficacia provocada” cuando es utilizado como fundamento de una toma de actitud o de una pretensión por iniciativa de cualquiera de los titulares de los intereses en juego, bien porque las partes funden en él una pretensión dirigida contra un tercero u opongan su celebración a ésta última mantenida por uno de éstos frente a ellas, bien porque sea él quien se sirva de la celebración de éste como fundamento de su demanda hacia las partes o de su contestación a una pretensión de ellas⁴³.

También los negocios con eficacia obligatoria, es decir, los que establecen o modifican una relación de crédito entre las partes, son susceptibles de eficacia refleja; basta pensar, por ejemplo, en la subrogación de los acreedores en los derechos del deudor del artículo 1111 CC y en la revocación de los actos realizados en fraude de acreedores. Sin embargo, como se puede comprender, hacen referencia especialmente a los terceros los negocios que modifican la titularidad o la disponibilidad de un derecho contra ellos, ya sea un derecho real o de crédito. Son éstos los llamados negocios con efectos reales, es decir, precisamente hacia los terceros, para los cuales se prescriben, sobre todo, aquellas formas de publicidad de las que el ordenamiento jurídico dispone⁴⁴.

llamada “promesa del hecho de un tercero” el negocio liga solamente a promitente y promisorio, si el tercero no realiza ninguna declaración de voluntad. (Cfr. GIOVENE. Op. y loc. Cit. nota 37).

⁴² La eficacia refleja puede verse en DE CASTRO. *Derecho civil...* Cit. Tomo I. Págs. 561 y SS y en CARIOTA-FERRARA. Op. Cit. Pág. 570.

⁴³ Cfr. DÍEZ-PICAZO. *Validez e invalidez...* Cit. Págs. 817 y SS.

⁴⁴ Véanse especialmente los arts.1095, 1112, 1473, 1526, 1863 CC y los arts. 2, 26, 27, 32 y 34 LH.

La ineficacia del negocio jurídico puede ser o inicial o posterior. La eficacia inicial se verifica cuando los efectos que proceden de él no se producen cuando realmente no lo hay, son que existe, a lo más, una apariencia de negocio, o éste es incompleto⁴⁵. Como los efectos los produce el negocio real y completo porque el ordenamiento los dispone, tampoco tienen lugar cuando, aún existiendo aquél verdadera y completamente, se ha realizado bien contra una norma que establece su ineficacia, bien viciado de un defecto que la Ley sanciona con ella, como por ejemplo, la donación entre cónyuges (art. 1334 CC). A veces, la producción de los efectos requiere, no sólo que haya negocio, sino también que concurren las llamadas condiciones de eficacia, entonces tampoco hay efectos cuando éstas faltan. En tal caso el negocio es potencialmente válido, pudiendo incluso tener una eficacia preliminar⁴⁶, y sólo si el requisito de eficacia no puede ya verificarse deviene inválido definitivamente, como es el caso de la institución de heredero bajo condición suspensiva que se incumple (*ex artículo 801 CC*)⁴⁷.

Junto a la clasificación anterior, se podría hacer otra relativa a los negocios eficaces, la cual puede, sin embargo, destruirse por diferentes motivos. En primer lugar, porque el negocio en sí adolece de un defecto que la Ley en sí no considera bastante como para negarle inicialmente sus efectos, pero sí para permitir que, por quien corresponda, se le ataque e invalide y, con ello, borre su eficacia⁴⁸. En segundo lugar, porque, si bien éste no adolece de defecto alguno, sin embargo, la Ley o las partes establecen que determinadas circunstancias que se den en las relaciones afectadas, permitan que pueda atacarse cuando concurren. En tercer lugar porque, sin más, el tipo de negocio de que se trate,

⁴⁵ Son ejemplos la adopción por simple declaración verbal (Cfr. arts. 178 y 179 CC), el comodato sin entrega de la cosa (art. 1740 CC) etc.

⁴⁶ Vid. *supra*. notas anteriores.

⁴⁷ Indica ALBADALEJO (*Ineficacia e invalidez del negocio jurídico*. En RDP, 1968. Págs. 603 y SS) que en el primer caso prefiere hablar de negocio inexistente (lo califica como un “no negocio”, no como un estado de él), nulo en el segundo caso e ineficaz en sentido estricto al tercero.

⁴⁸ Nos referimos, evidentemente, a los negocios anulables, los cuales se tratarán con mayor detenimiento más adelante.

por su modo de ser, permite su posterior destrucción en virtud de determinados actos. Finalmente, porque éste tiene una eficacia temporalmente limitada, o requiere para subsistir que se den o falten determinadas circunstancias en el tracto temporal, como aquellos sometidos a condición resolutoria⁴⁹.

c) Negocio, eficacia y efectos.

Para concluir este breve repaso de la ineficacia, nada mejor que referirnos a lo que paradójicamente podemos denominar “efectos del negocio ineficaz”⁵⁰. Estas consecuencias se constriñen al principio *quod nullum est, nullum effectum producit*. Pero tal regla no expresa una experiencia real, sino un mandato, una sanción de orden jurídico, esto es, a pesar de estar sancionado de la manera indicada, puede producirse una mutación en la realidad social con los mismos resultados que ocasionaría el negocio eficaz⁵¹. En este orden de cosas, cuando el efecto negocial no se ha producido, ninguna de las partes puede pretender que tenga lugar: semejante pretensión sería inatendible, pues si se formulara tal demanda, el contrario opondría la ineficacia vía excepción. Pero si el efecto se ha producido, jurídicamente no es tomado en cuenta, ni amparado ni protegido⁵². Por ello, el ordenamiento facilita su desaparición y la restitución de las cosas al estado que tenían antes de celebrarse el negocio ineficaz. Para ello es preciso algo más que un poder desconocer, no tener en cuenta o no amparar: es necesaria la puesta en marcha de un mecanismo restitutorio, atribuyendo, a

⁴⁹ Cfr. ALBADALEJO. Op. ult. Cit. Págs. 603 y 604.

⁵⁰ Véase: PIEDELIEVRE. *Des effets produits par les actes nulles*. París, 1911.

⁵¹ Por ello DÍEZ-PICAZO (*Eficacia e ineficacia...* Cit. Pág. 831) dice que la ineficacia jurídica pertenece al mundo del deber ser y el efecto negocial puede haberse producido en la realidad, aunque no debiera haberlo hecho (imaginemos una compraventa inválida, pero en la que una de las partes ha pagado y consiguientemente se ha producido un desplazamiento patrimonial).

⁵² Por ejemplo, el comprador que ha recibido una cosa en virtud de un negocio ineficaz, no podrá registrar su dominio ni dirigirse contra sus ocupantes. Véase CARIOTA-FERRARA (Op. Cit. pág. 323) para más sobre el concepto de irrelevancia jurídica.

cada uno de los afectados un poder de exigir la restitución, y, correlativamente, imponer un deber de restituir⁵³.

La ineficacia trasciende del negocio irregular y alcanza a otros que con él se pudieran hallar en relación de dependencia. Un nexo de este tipo entre varios negocios puede existir por ser uno de ellos presupuesto o condición para que otro realice plenamente su función práctica o bien porque ambos operan contemporáneamente para la consecución de un mismo resultado. La cuestión es si la ineficacia de uno de ellos arrastra en cascada a los demás. DÍEZ-PICAZO⁵⁴ sostiene que la regla debe ser que la ineficacia del negocio presupuesto o de la condición acarrea la del dependiente, pero nunca al revés; la ineficacia de uno sólo origina la ineficacia de todos los ligados cuando el resultado práctico proyectado únicamente pueda conseguirse mediante la vigencia de todo el complejo negocial.

La eficacia jurídica de la voluntad individual es protegida por el Derecho en tanto en cuanto sean observados los preceptos legales. Mas como cada uno en particular tiene una importancia diversa de otros, es por ello también distinta la sanción establecida por su inobservancia; por consiguiente, para evitar confusiones y errores, a cada sanción debe corresponder un término específico. Así, entendemos que el defecto de eficacia puede derivar bien de una causa intrínseca, es decir, por faltar o estar viciado uno de los elementos esenciales del negocio o haber sido infringida una norma imperativa de modo que éste sea defectuoso en su constitución interna; o de una causa extrínseca, es decir, del defecto o de la concurrencia de causas exteriores a su formación, las

⁵³ Pero el ordenamiento puede mantener el efecto producido a pesar de la ineficacia preceptuada, bien como sanción por la culpabilidad en la ineficacia privando al culpable de la acción para pedir la restitución (según la máxima *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Vid. GUIRAUDET. *Essai sur la maxime nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Dijon, 1913), bien como medida de protección frente a los que han creído de buena fe en la eficacia del negocio, ya sean terceros o alguna de las propias partes de él (Cfr. arts. 69 y 1295 CC).

⁵⁴ Op. Cit. Pág. 833.

cuales deberían concurrir, o no concurrir, para que no se vea privado de sus efectos⁵⁵.

En orden a los primeros se puede hablar con exactitud de invalidez; respecto a los segundos puede hablarse, además de la invalidez, también a la vez de ineficacia⁵⁶. La compraventa, por ejemplo, en la que no se pacta el precio no es válida, por estar privada de un elemento esencial, y tampoco lo es la venta concertada con dolo, por estar viciado el consentimiento. Si por el contrario, no se produce el hecho puesto como condición, la venta es ineficaz, pero no inválida, por que fue normalmente concertada.

B. La inexistencia del negocio jurídico como categoría autónoma de invalidez.

Decimos que la invalidez tiene lugar cuando falta o está viciado un elemento esencial o constitutivo del negocio jurídico, un elemento intrínseco al negocio⁵⁷. Una figura que una parte de la doctrina admite es la llamada inexistencia, que se asemeja a la nulidad absoluta⁵⁸. Para que haya inexistencia jurídica es preciso también que de hecho exista algo, pues de otra forma la determinación de los objetos sería imposible, o bien la inexistencia perdería toda relevancia, incluso aquella en sentido negativo, quedando en una inexistencia de hecho.

⁵⁵ Vid. STOLFI. Op. Cit. Pág. 76 y SS.

⁵⁶ Para vincular a un solo principio los actos concertados sobre la cosa ajena CARIOTA-FERRARA (Op. Cit. Pág. 259) considera que debe establecerse la categoría de actos irrelevantes. En cambio STOLFI (Op. Cit. Pág. 78, nota 1) afirma no estar convencido de tal aspiración porque, además de tener eficacia obligatoria como todo contrato y de constituir en general la buena fe en la posesión como uno de los requisitos de la usucapión ordinaria, la venta de la cosa ajena tiene como efecto característico invertir el título de la posesión a favor del adquirente.

⁵⁷ Así se expresan un buen número de autores, como: BETTI. *Teoría general del negocio...* Cit. Pág. 295. STOLFI. Op. Cit. Pág. 101.

⁵⁸ Los orígenes históricos del concepto de inexistencia se deben a la doctrina francesa, que lo introducen por primera vez en el ámbito de los negocios matrimoniales (Vid. COHENDJ. "Des intérêts de la distinction entre l'existence et la nullité d'ordre public", en RTDC, 1914. Págs. 14 y SS.) basándose en la elaboración doctrinal "pas de nullité sans texte".

Se dice que hay inexistencia de un negocio cuando faltan los elementos que supone su naturaleza, de modo que en su esencia es precisamente inconcebible, o si se quiere, se halla impedida la identificación del mismo: la imposibilidad de concebir lo debe ser tal, que se deba admitir incluso prescindiendo de las normas singulares del Derecho positivo⁵⁹. El negocio inexistente, a diferencia del nulo, no existe como supuesto de hecho, no hallándose ni siquiera la figura exterior, la apariencia de los elementos necesarios: es un “no negocio”.

La doctrina observa la inexistencia desde un doble punto de vista: el extrínseco y el intrínseco⁶⁰. Desde el punto de vista extrínseco, la situación del negocio jurídico inexistente se describe como inexistencia material, en contraposición a la inexistencia jurídica, que denominamos nulidad. Este criterio de distinción, observamos, se apoya sobre una base empírica: afirmar que es inexistente es hacer una definición extra-jurídica, mientras que la definición de nulidad es puramente jurídica por cuanto implica una relación entre un hecho concreto y una norma; así la sistemática de la inexistencia como categoría dogmática autónoma, caracterizada por la mera presencia material, representa el resultado de una corriente doctrinal que antepone el estudio del negocio bajo el prisma social al jurídico⁶¹. Desde el punto de vista intrínseco los problemas son aún mayores para definir el negocio inexistente y su diferenciación con el nulo. Habría que diferenciar entre los elementos

⁵⁹ Si se tuviesen en cuenta los elementos exigidos por cada ordenamiento se correría el riesgo de destruir la imposibilidad de concebir el negocio como ente receptor de la nota característica de la inexistencia, y también, por último, se arriesgaría ampliar su campo hasta absorber los casos de nulidad absoluta. Vid. CARIOTA-FERRARA. Op. Cit. Pág. 276. Según este autor serían ejemplos de negocios inexistentes el contrato para el cual, en realidad, para el caso concreto, se ha realizado la declaración de voluntad de una sola parte, y la de la otra ya no puede tener lugar. De igual modo el matrimonio realizado sin la presencia del oficial del estado civil es inexistente, como lo es el resultante de la declaración de voluntad de uno de los contrayentes.

⁶⁰ Véase una buena exposición general del tema en: COVIELLO. *Manuale di Diritto civile italiano*. Milán 1934; y también, en particular: FERRARI. “Inesistenza e nullità del negozio giuridico”. En RTDPC, 1958. Pág. 514. FEDELE. *L'invalidità del negozio giuridico di Diritto privato*. Pág. 14. Turín, 1943.

⁶¹ Corriente encabezada por SCOGNAMIGLIO (Op. Cit. Págs 79 y SS.) y seguida por autores como FERRARI. Op. y loc. Cit nota anterior.

esenciales, cuya ausencia impide la identificación jurídica del supuesto de hecho (nos encontraríamos entonces ante los casos de inexistencia) de aquellos cuya ausencia no impiden su identificación (encontrándonos entonces ante casos de nulidad)⁶².

De aceptarse su inclusión como categoría autónoma dentro de la teoría general de la invalidez negocial (de los efectivamente celebrados), entonces debe retenerse que los ejemplos de negocios inexistentes en el ámbito del Derecho privado son escasos, de ahí que se preste escasa atención a la figura. Es de retener que la delimitación de la línea divisoria no es siempre sencillo; por un lado no deberán confundirse con aquellos que no se han formado todavía, pero que pueden formarse aún, es decir, negocios incompletos⁶³; por otro lado no hay que confundirlos con los que, careciendo de los requisitos o elementos esenciales exigidos por la Ley, solamente son nulos, como lo son los carentes de causa, objeto o forma adecuada. La distinción entre nulidad absoluta e inexistencia sería ya absolutamente vana si no pudiesen al menos extraerse ciertas consecuencias de ella: el negocio nulo puede, como veremos en su momento, convalidarse, producir efectos diversos de los suyos propios e incluso convertirse en otro, el cual tenga los elementos constitutivos necesarios; para el inexistente, todo esto no es posible en cuanto son lógicamente inconcebibles como negocios y carecen de supuesto de hecho, incluso sólo exterior, y, por tanto, no son susceptibles de convalidación, ni pueden producir efectos ni traducirse en otro, por falta de voluntad, pues no han llegado a celebrarse.

Quedan de esta manera expuestas las ideas generales de la sanción de ineficacia del negocio jurídico y puede ya pasarse al estudio de cada uno de sus tipos que se plantean en nuestro ordenamiento: la nulidad, la anulabilidad y la caducidad, revocación y rescisión. Unas de ellas serán aplicables al testamento y

⁶² Cfr. SANTORO-PASSARELLI. Op. Cit. Pág. 219. De igual modo se expresa CARIOTA-FERRARA (Op. Cit. Pág. 315).

⁶³ Cfr. VON TUHR. Op. Cit. Pág. 274.

otras serán exclusivas para el ámbito contractual; mientras que también están las que serán de exclusiva aplicación a los negocios jurídicos unilaterales como son las donaciones, ya sean *inter vivos* o *mortis causa*.

5. La nulidad.

Cuando la negociación entre las partes desemboca en un estado de hecho que permite afirmar que los tribunales obligarán a las partes a cumplir lo convenido, se dice que el negocio existe. Lo que hemos de saber es cuándo y bajo qué circunstancias podrá decretarse que determinados actos valen o no valen, y qué criterio preside la extirpación de la validez que se practica con referencia a unos hechos que, como tales, y prescindiendo de la figura del juez, indudablemente existen o han existido. El Derecho es, en definitiva, lo que decida un juzgador dotado de autoridad ante las circunstancias de un caso concreto⁶⁴.

La nulidad, afirman PEREZ GONZÁLEZ Y ALGUER⁶⁵, es “aquella imperfección que le impide producir sus efectos propios (...); el Derecho considera el negocio exactamente como si no se hubiese realizado”. Pero el problema real y efectivo consiste en determinar cómo se logra hacer desaparecer unos efectos que efectivamente han tenido lugar o cómo evitar que lo hagan a instancias de alguna de las partes, pues ya vimos que es inevitable que esa producción de efectos tenga lugar, por lo que la frase de “como si no se hubiesen realizado”, no podemos tomarla al pie de la letra: tarea complicada la cual no corresponde aquí estudiar. La nulidad es un defecto estructural del negocio, porque deriva de una irregularidad en su formación (defectuoso, viciado o imperfecto). Es también una ineficacia radical o automática en el sentido de que se produce *ipso iure* y sin necesidad de que se ejercite ninguna acción por parte de los interesados, incluso el juez puede declararla de oficio. El negocio nulo nace inatendible y nadie debe prestar amparo a las pretensiones fundadas en él. La nulidad en nuestro ordenamiento jurídico es siempre de carácter absoluto (y la anulabilidad relativa), no cabiendo las figuras

⁶⁴ Cfr. PUIG BRUTAU. “Realism in comparative law”. En *The American journal of comparative Law*. Una afirmación quizá en exceso influida por el sistema casuístico anglosajón, que en los ordenamientos continentales encontrará ciertamente detractores a ultranza.

⁶⁵ En sus anotaciones al *Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS-KIPP-WOLF. Tomo I, vol. 2º. Pág. 373. Barcelona, 1950.

intermedias entre nulidad y anulabilidad que en otros países se utilizan, y que denominan “anulabilidad absoluta” y “nulidad relativa”⁶⁶.

Esta ausencia de efectos hay que tomarla en el sentido de que el negocio nulo no produce en concreto ninguno de los efectos que en abstracto podría producir; esto no estorba, por otra parte, que el acto, aun siendo nulo y, como tal, no idóneo para alcanzar el fin pretendido por las partes, e incluso deba, considerarse como un hecho jurídico subsistente por sí, realmente llevado a efecto, que no pueda destruirse, y que pueda producir todos los efectos que sea susceptible como tal⁶⁷. Puede ser el caso de un contrato de donación contenido en un documento privado que no transmite la propiedad por no estar en escritura pública cuando lo exige la Ley, pero servir como confesión de un hecho por alguna de las partes; pensemos de igual manera en el caso de un tercero de buena fe que adquirió algo de una de ellas la cual proviene de un contrato nulo: esa adquisición es inatacable. Vemos, pues, que cuando el acto, por no estar válidamente constituido, no puede haber dado origen a ningún efecto que sea necesario destruir mediante la adecuada acción y las partes que hayan concertado un negocio nulo y sus herederos pueden comportarse, en teoría, como si aquél no hubiese sido concluido, sin necesidad de acudir al juez. Pero tal recurso es recomendable en el tráfico jurídico moderno a la vez de ser útil como medio preventivo, y a veces necesario. Es especialmente necesario cuando alguien pretenda invocar un derecho basándose en el acto nulo: la otra parte, entonces, para no venir ejecutada a ejercitar la prestación reclamada, o, al menos, para no ser importunada con las reclamaciones de la otra parte, debe negar en juicio la existencia o validez del negocio que se hace valer frente a ella.

⁶⁶ Vid. DE CASTRO. *El negocio jurídico*. Cit. Págs. 529 y SS. Esta última muy utilizada en la doctrina italiana.

⁶⁷ Seguimos personalmente en esta opinión a STOLFI (Op. Cit. Pág. 83) apoyado por PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo II, vol. I. Págs 311 y SS) en contra de cierto sector de la doctrina (como PUIG PEÑA. *Compendio de Derecho civil español*. Tomo I. Págs. 867 y SS. Pamplona 1972. Etc.) que entiende que un acto nulo no puede producir ningún tipo de efectos pues lo considera inexistente, por lo que muchos autores de Derecho moderno como el citado PUIG PEÑA (Op. y loc. Cit) no dudan en encuadrar la inexistencia en el mismo barco de la definición nulidad de pleno derecho. BETTI (*Teoría general del negocio...* Cit. Pág. 347 y SS.) sin embargo, hace hincapié en la necesidad de mantener los dos conceptos vivos y separados.

Para que haya nulidad no es necesario, por consiguiente, que sea declarada caso por caso, debido a que ya viene impuesta como la sanción con que la Ley castiga en general. Por ello puede ser expresa o tácita: la primera supone que el legislador la establezca expresamente, aunque la segunda deriva, lógicamente, también de la Ley, aunque de una manera más indirecta a la anterior⁶⁸. Por lo tanto, en el caso de la denominada nulidad textual, la norma es necesaria para invalidar el acto. Por el contrario, en el caso de la nulidad virtual, la norma expresa es necesaria para excluir la validez completa, que en otro caso se produciría.

La nulidad puede obedecer a dos tipologías diferentes atendiendo a su origen⁶⁹: la nulidad por inexistencia de los elementos esenciales del negocio y la nulidad por infracción de una norma legal imperativa o prohibitiva. Generalmente es simultánea a su constitución: por tanto queda privado de efectos desde el principio, y a esta nulidad la calificamos de originaria. Pero puede darse al caso de que sea sucesiva a la constitución (nulidad sobrevenida⁷⁰). En tal caso opera de igual manera que la originaria, porque la causa de la invalidez se considera existente desde la creación del acto.

La nulidad puede ser, por otro lado, total o parcial. Es total cuando afecta a todo el negocio y es parcial cuando afecta sólo a una estipulación o a varias, o a uno de varios negocios conexos entre sí. Así, el acto totalmente nulo carece absolutamente de eficacia, mientras que lo es parcialmente la tiene dentro de unos límites marcados por la Ley, quedando ineficaz solamente la estipulación

⁶⁸ Cfr. STOLFI. Op. Cit. Pág. 80. Como por ejemplo, aunque ninguna norma lo prohíba, es obvio que es nulo el matrimonio entre personas del mismo sexo, por que la naturaleza del matrimonio (tal y como, al menos por el momento, hoy lo entendemos mientras que no haya una modificación en la Ley que lo modifique) sólo es válido entre hombre y mujer.

⁶⁹ Vid. ROCA-SASTRE MUNCUNILL. *Derecho de sucesiones*. Tomo I. Pág. 281. Barcelona, 1989. Como afirma DE DIEGO (*Instituciones de Derecho civil*. Tomo III. Pág. 248. Madrid, 1932) son nulas las disposiciones no sólo cuando la ley lo declare expresamente, sino también resulte inconciliable la validez de los mismos con los requisitos esenciales o indispensables exigidos en el Código para ellas.

⁷⁰ Vid. DONISI. "In tema di nullità sopravvenuta". En RTDPC, 1967. Págs. 756 y SS. y la bibliografía allí citada.

o estipulaciones o el negocio entre varios, afectado de nulidad, y no el resto de cláusulas o negocios⁷¹. Pero la nulidad parcial no es admisible en el caso de que las partes no hubieran querido celebrar el negocio en el caso de que tal cláusula no se pudiera incluir en él. Esto significa que entre las dos partes del acto puede establecerse una relación de principal a accesoria y distinguir según que la nulidad afecte a una u otra: en la primera hipótesis, la nulidad parcial equivale a la total, y, por consiguiente, la ineficacia de la disposición principal se extiende a las que de ella dependen; en la segunda hipótesis, la nulidad parcial afecta únicamente a la disposición accesoria y deja intacta la principal⁷². Lo cual se resuelve sustancialmente en la necesidad de reconstruir el negocio sobre la base de la voluntad que los interesados habrían manifestado si hubieran conocido con exactitud la Ley, esto es, si habrían o no concertado el negocio así mutilado. Es la denominada “voluntad hipotética”, que se deberá encontrar mediante una interpretación del negocio, orientada dentro del proceso encaminado a la búsqueda del fin práctico perseguido por las partes al realizar el negocio. La nulidad de pleno derecho (o, como hemos dicho, nulidad propiamente dicha) se produce cuando el acto se ha realizado contra lo dispuesto en la Ley, según el artículo 6.3 CC⁷³. Este precepto ha sido objeto de una interpretación extensiva en el sentido de que por lo que afecta a la norma

⁷¹ En nuestro ordenamiento jurídico no hay ninguna norma específica que admita la nulidad parcial, al contrario que, por ejemplo en el italiano con su artículo 1419 Cci, aunque la doctrina y la jurisprudencia en bloque la admiten sin ningún género de dudas. La veremos, ciertamente, con más detalle.

⁷² Si el contrato es bilateral debe, en el caso indicado, modificarse también la obligación asumida por la contraparte (Cfr. VON TUHR. Op. Cit. Págs. 29 y 202), ya que no es justo que permanezca inmutable mientras que las obligaciones del primero varían quizá a mejor quizá a peor.

⁷³ Cfr. CASTAN. *Derecho civil español común y foral*. Tomo I, vol. 1º, pág. 941. Madrid, 1987. DÍEZ-PICAZO. GULLÓN. *Sistema de derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 585. LASARTE. *Principios de Derecho civil*. Tomo III. Pág. 142. Madrid, 1995. Las obras dedicadas específicamente a la nulidad del negocio jurídico conforman una lista casi interminable. Muchas ya están citadas anteriormente, y además, entre otras, véanse: LABANDERA. “Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código civil”. En RDP, 1913. MORENO MOCHOLÍ. “Las irregularidades en el negocio jurídico”. En RDP, 1946. BORRELL Y SOLER. *Nulidad de los actos jurídicos según el Código civil español*. Barcelona, 1947. JAPIOT. *Des nullités en matière des actes juridiques*. Paris, 1909. SOLON. *Théorie sur la nullité en matière civile*. Paris, 1835. FEDELE. *L’invalidità del negozio de Diritto privato*. Turín 1943. FINZI. *Studi sulla nullità del negozio giuridico*. Florencia, 1921. FILANTI. *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*. Turín 1983. WINDSCHEID. *Zur lehre des Code Napoleons von der ungültigkeit des rechtsgeschäfte*. Duselndorf, 1847. OERTMANN. *Invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos*. En RDP, 1929. Págs. 67 y 55

cuya contravención determine la nulidad del negocio, ha de tenerse en cuenta que también lo serán aquellos que infrinjan la moral o el orden público, según resulta de los artículos 1255 y 1258 CC. Pero no es la única causa de nulidad: también son causa de nulidad la ausencia de elementos fundamentales del negocio, incluyendo la inobservancia de la forma cuando ésta es considerada por el Derecho como requisito esencial, entre otras.

De lo ya dicho se deducen las consecuencias de la nulidad del negocio entre las partes y respecto a terceros. En cuanto a las partes puede decirse que ninguna de ellas puede pretender cosa alguna de la otra basándose en el acto nulo, porque de otro modo el negocio produciría el efecto que le es propio. Por otro lado, si se han cumplido las obligaciones, las cosas deben reponerse a su estado anterior, como si el acto no se hubiese realizado, ya que no tuvo porqué llegar a ser eficaz: de ahí que cada uno pueda reclamar que le sea restituida la prestación dada, restituyendo a su vez la que haya recibido, porque en otro caso se produciría el singular efecto de conservar en el patrimonio del *accipiens* una prestación que no tenía derecho a retener⁷⁴. En cuanto a los terceros ha de tenerse en cuenta que no puede adquirirse de ellos derecho alguno a base de un acto nulo, aunque cuando sean adquirentes de buena fe, basados en una información registral verdadera, tal transmisión será válida.

En cuanto se refiere al testamento, el planteamiento de la cuestión no es sustancialmente distinto. Con él se pretende determinar si el causante tiene libertad o poder para disponer de la eficacia del acto que otorga, imponiendo entonces su voluntad a los que aparecen como sucesores, incorporando al campo testamentario la aplicación de las categorías de la invalidez e ineficacia. Así, la nulidad absoluta total en el testamento no reviste más problemas que los que hayan podido aparecer al aplicar la misma categoría a los negocios jurídicos en general.

⁷⁴ Es el mandato contenido en los artículos 1303 a 1308 del CC aplicables a la nulidad, aunque en el CC están recogidos entre los artículos dedicados a la anulabilidad, que paradójicamente el legislador denomina "de la nulidad de los contratos" -capítulo VI, título II, libro IV-.

Como en todo negocio jurídico, el testamento requiere consentimiento, objeto y causa, además de, por ser un negocio solemne, una rigidez especial en su forma constitutiva o *ad solemnitatem*. Su nulidad aparecerá cuando en su otorgamiento no concurren los requisitos necesarios para su validez (aparte de por violarse una norma imperativa o prohibitiva general o específica), bien por carencias, bien por vicios o bien por no haberse respetado las solemnidades que exige la Ley; si la nulidad es de una clase o de otra únicamente puede determinarse por la finalidad jurídica del precepto que se viola o, en defecto, de otro precepto claro de la Ley⁷⁵.

La nulidad en este campo concede una acción denominada de nulidad de testamento, de interés privado la cual pueden ejercitar sólo las personas que ostenten un interés legítimo en invalidarlo⁷⁶. Una vez declarada judicialmente se producen los efectos que son propios a ella, dejando sin eficacia tal testamento y recuperando validez el anterior o abriéndose la sucesión intestada si no existiera tal⁷⁷.

⁷⁵ Cfr. TRAVIESAS. El testamento. En RDP, 1935. Pág. 177. Que sea la nulidad de una clase u otra se verá en su momento, así como las causas por las que el testamento puede serlo (*infra* Cap. 5º), pero es posible avanzar que las principales serán la ausencia de capacidad de testador, vicios en su voluntad, falta de tipicidad legal del testamento e inobservancia de las formalidades testamentarias exigidas legalmente (Vid. además CASTÁN. Derecho civil español... Cit. Tomo VI, vol. 2º. Págs. 446 y SS. ROCA-SASTRE MUNCUNILL. Op. Cit. Págs. 282 y SS.).

⁷⁶ Tal acción será ejercitable ante el juez de primera instancia del domicilio del demandado como consecuencia de su carácter personal. En la actualidad y atendiendo a la jurisprudencia que ha sentado la STS de 21 de junio de 1986 (RJA 3788), siguiendo la doctrina de la de 27 de mayo de 1949 (RJA 719), se establece que cabe la posibilidad de declarar la nulidad del negocio jurídico tanto a instancia de parte como de oficio, y estarán legitimados pasivamente los interesados en que el testamento a impugnar continúe vigente. La acción de nulidad es, en caso de invocarse nulidad absoluta, como por ejemplo por ser contrario a una norma imperativa, imprescriptible y podrá ser ejercitada en cualquier momento. Pero si se invoca la nulidad basándose en algún defecto no esencial, como por ejemplo algún vicio del consentimiento del art. 673 CC, el principio de seguridad jurídica exige una limitación temporal al ejercicio de la acción. La doctrina se encuentra dividida en dos grupos, los que le aplican el plazo de las acciones personales de 15 años ⁷⁶, y los que le aplican por analogía el plazo de 4 años establecido por el art. 1301 CC, que es minoritaria. En todo caso el plazo de prescripción comenzará a contar desde la muerte del causante, pues con anterioridad a esa fecha no cabe ejercitar acción alguna de impugnación del testamento, tal y como ordena el art. 1969 CC Vid. para estos y otros extremos CASANUEVA SANCHEZ. "La acción de nulidad de testamento. Concepto y ejercicio". En Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. Cáceres, 1999.

⁷⁷ Los veremos todo ello con más detalle en nuestro capítulo sexto.

6. La anulabilidad.

A. El concepto de anulabilidad y su admisibilidad en el ámbito testamentario.

Como vimos, la diferenciación entre nulidad y anulabilidad hunde sus raíces en el derecho romano, en la acción del pretor y la rigidez del *ius civile*. Esto pasa a los autores del Código civil a través de la recepción y a todos los Códigos modernos; pero tanto DOMAT como POTHIER, que tanta importancia tienen en la elaboración del concepto de nulidad, su teorización y sistematización, no perfilaron la diferencia entre nulidad y anulabilidad suficientemente, confusión o mezcla que pasa al Código civil francés y de ahí al nuestro⁷⁸. El Código civil español, bajo la rúbrica general de “La nulidad de los contratos” regula tanto la nulidad como la anulabilidad. Lo mismo sucede en materia de matrimonio, en que bajo el epígrafe de “La nulidad del matrimonio”, prevé y mezcla supuestos de ambas, como el artículo 101 CC. En materia de sucesiones, la rúbrica “De la revocación e ineficacia de los testamentos” dedica sólo uno a la ineficacia, el artículo 743 CC.

Según BETTI, anulable se denomina al negocio que, aun no careciendo de los elementos esenciales del tipo, y hasta originando la nueva situación jurídica que según el Derecho acompaña a aquél, puede (tras la reacción de la parte interesada) ser removido con fuerza retroactiva y considerado como si nunca hubiese existido⁷⁹. Para CASTÁN, la anulabilidad, supone un negocio en el que se dan todos los requisitos esenciales y que, además, no es contrario a la Ley, a la moral ni a las buenas costumbres (en otro caso, sería el acto nulo de pleno derecho) pero que adolece de un vicio o defecto (especialmente de un vicio del consentimiento o una falta de capacidad) susceptible de motivar su invalidación

⁷⁸ Cfr. GARCIA AMIGO. *Instituciones de Derecho civil*. Tomo I. Págs. 865 y 866. Madrid, 1979.

⁷⁹ La anulabilidad corresponde a deficiencias del negocio que él califica de menos graves que las que producen la nulidad. Cfr. BETTI. *Teoría general del negocio...* Cit. Pág. 353. Véase para una recopilación de definiciones de diversos autores de la anulabilidad y también de otras figuras de la invalidez como la nulidad y la rescisión: TABOADA ROCA. “Consideraciones sobre la eficacia de los actos jurídicos”. En *Homenaje a Vallet*. Págs. 653 y SS. Madrid 1988.

por los tribunales de justicia⁸⁰. La anulabilidad es otro de los regímenes típicos de la invalidez en nuestro Derecho, entendida esta última no sólo como total negación de los efectos correspondientes al contenido negocial, sino también como toda desviación de estos éstos impuesta por el ordenamiento en atención a las diversas formas de discordancia entre el supuesto concreto y la hipótesis normativa⁸¹. Este es un régimen para cuya caracterización se atiende al régimen de la ineficacia, concretamente a una ineficacia provocada, dependiente del ejercicio de un poder de impugnación. Como contrapartida, será también una eficacia sanable, ya que aquél a quien está permitido impugnar, puede también confirmar el acto anulable. En su regulación típica es la anulabilidad una invalidez originaria, establecida para la protección de los intereses privados (por ello se deja en manos del interesado el mecanismo productor de la ineficacia del acto). Este régimen tiene ciertas ventajas prácticas sobre los regímenes de la nulidad que vimos y la rescisión, que se verá.

Es característico de la anulabilidad la eficacia del negocio anulable en un primer momento. Tal eficacia se califica de provisional, potencial, dependiente, precaria etc. En todo caso, y sin poner en duda su eficacia inicial, ha de notarse que se trata de un negocio originalmente viciado, esto es, que nace con la semilla de propia destrucción, y, por ello inválido, en el sentido de que el supuesto de hecho negocial no se adecua perfectamente a lo prevenido por el ordenamiento jurídico: viciado de origen, pero con un vicio que no es borrado ni por la caducidad de la acción de impugnación, ni por la eventual confirmación sobrevenida. Es más bien en el plano de la eficacia en el que debe hablarse de su carácter claudicante o amenazado, precisamente por la

⁸⁰ Cfr. CASTAN. *Derecho civil...* Cit. Tomo I, vol. II. Pág. 651. ESPIN. *Manual de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 376 y PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo II, vol. 1º. Pág. 325. Etc.

⁸¹ Vid. ESPIN. *Manual de Derecho civil español.* Cit. Tomo III. Págs. 370 y SS. DELGADO ECHEVERRÍA. "La anulabilidad". En ADC, 1976. Págs. 1021 y SS. Otras obras de interés en relación al presente tema: CRISCUOLI. "Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico". En RDC, 1964. DALMARTELLO. "Questioni in tema di annullabilità del contratto". En RTDPC, 1963. DE NOVA. "Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per scritto". En RDC, 1971. DONISI. "In tema de nullità sopravvenuta del negozio giuridico". RTDPC, 1967. QUADRATO. "Sulle tracce della annullabilità". Nápoles, 1983. SANZ HERRERO. "La nulidad relativa de los contratos". En CDJ, N° 35, 1994.

posibilidad de que se ejercite la acción de impugnación que nace de la naturaleza viciada del acto. Podría decirse que el negocio anulable tiene la facultad, además de la de producir su eficacia ordinaria, la de poder hacer nacer la acción de impugnación, a manera de mecanismo de eventual autodestrucción.

Una interpretación literal del artículo 1300 CC podría llevar a concebir la anulabilidad como una categoría abierta y residual, comprensiva de todos los negocios que, reuniendo los elementos de consentimiento, objeto y causa, padezcan cualquier otra clase de vicio. Pero los artículos siguientes se refieren tan solo a algunos concretos defectos, de manera que para los no comprendidos en esta enumeración no sólo no sabríamos cuándo empezar a contar el plazo de la acción, sino que ignoraríamos igualmente las personas a las que se le atribuye⁸². No corresponde a este momento de la doctrina de la invalidez de los negocios jurídicos enumerar los supuestos de uno u otro de sus tipos. Conviene, sin embargo, que el carácter de *numerus clausus* que la doctrina atribuye a los supuestos de anulabilidad, no supone que éstos no puedan venir determinados fuera de la sede de las artículos 1300 y SS del CC; y ello no sólo dándoles ese nombre (vid. por ejemplo el artículo 65 CC) sino también cuando porque la semejanza con los supuestos claros de anulabilidad, atendiendo a la finalidad perseguida con la ineficacia así lo exija⁸³. No debe excluirse tampoco que determinados supuestos estén sometidos a un régimen atípico de ineficacia que recoja únicamente algunos rasgos de la anulabilidad⁸⁴, pero que no corresponda exactamente.

⁸² Por otro lado, el antiguo artículo 4 CC se consideraba suficientemente expresivo para considerar excepcional cualquier régimen de ineficacia distinto del de la nulidad absoluta; convencimiento que llevó a la redacción del actual artículo 6, párrafo tercero CC en el sentido de que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas se consideren nulos de pleno derecho, y sólo excepcionalmente sujetos a un régimen distinto (como el de la anulabilidad) cuando las leyes así lo estimen oportuno en cada caso.

⁸³ En particular es el caso de si se trata de la protección de persona determinada, señalada por el legislador como la portadora de la acción.

⁸⁴ Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA. Op. Cit. Pág. 1024. Sin embargo, aunque puede intuirse, no deja ver cuáles son tales regímenes.

La anulabilidad tiene lugar cuando existe un vicio o defecto del acto, singularmente uno de los vicios del consentimiento (error, dolo, violencia o intimidación)⁸⁵. En realidad se trata de casos en los que el negocio existe por haber mediado todos los requisitos y no haber ninguna transgresión que pueda encajarse en la categoría de la nulidad; pero alguna circunstancia concurrente en la prestación del consentimiento, da lugar a que pueda pedirse que se decrete la nulidad del negocio⁸⁶. El concepto de anulabilidad, cabe afirmar, con PEREZ GONZÁLEZ Y ALGUER⁸⁷, que se trata de una imperfección menos trascendente que la nulidad propiamente dicha. El negocio jurídico produce el efecto a que se dirige, por cuanto contiene todos los requisitos esenciales para su validez, pero en virtud de estar afecto alguno de sus elementos de un vicio, puede ser impugnado con la consecuencia de ser declarado nulo. En todo caso, lo verdaderamente característico radica en que se trata de un acto que de momento es válido y puede llegar a serlo definitivamente si transcurre el plazo durante el cual puede ser atacado. En cambio, cuando se ha ejercitado la correspondiente acción y ha sido decretada judicialmente la nulidad, el acto pasa a ser nulo, con un grado de nulidad equiparable casi por completo a los casos de nulidad radical o absoluta. Esta posibilidad de quedar subsanado en un plazo relativamente corto o de quedar completamente destruido constituye el rasgo más característico de la figura de la anulabilidad, el cual lo diferencia principalmente de la otra principal figura de la invalidez negocial: la nulidad⁸⁸.

⁸⁵ Vid. VALVERDE. *Tratado de Derecho civil español*. Valladolid, 1935. Tomo I. Págs. 537 y SS. ESPIN. *Manual de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 545. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo II, vol.1º. Pág. 323. PUIG PEÑA. Op. Cit. Pág. 73. RAGEL. *Manual de Derecho civil. Obligaciones y contratos*. Cáceres, 1997. Pág. 226.

⁸⁶ Según el artículo 1300 CC “los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley”.

⁸⁷ Cfr. Op. Cit. Pág. 387.

⁸⁸ Vid. PEREZ GONZALEZ Y ALGUER. Op. Cit. Pág. 388. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo II, vol.1º. Pág. 324. ROCA SASTRE. *Derecho hipotecario*. Barcelona, 1948. Vol. I. Pág. 500.

Los supuestos de anulabilidad según la doctrina y el CC son los siguientes⁸⁹:

1º) Falta de capacidad plena en una de las partes que celebra el negocio jurídico. Tal deficiencia ha de ser simple, pues de tratarse de una categórica, estaríamos ante un caso de nulidad absoluta y no ya de anulabilidad propiamente dicha⁹⁰. GARCIA AMIGO diferencia cuatro diferentes graduaciones al respecto⁹¹: en primer lugar, los actos realizados por menores o incapacitados con la autorización legalmente requerida: tales acto son los plenamente válidos, salvando el posible conflicto entre el interesado o interesado y el representante legal; en segundo lugar, los realizados por el menor emancipado o el que el menor incapacitado realizan sin que para ello necesiten autorización del representante legal y respecto de los cuales tengan capacidad: son perfectamente válidos y plenamente eficaces; en tercer lugar, aquellos realizados por el menor o incapacitado para los cuales necesita complemento de capacidad sin haberla obtenido: en tales supuestos sí es aplicable el régimen de la anulabilidad; en último lugar, los realizados por el menor estándole prohibidos, bien porque no puede contratar u otorgar testamento, o bien celebrar matrimonio o aceptar o repudiar herencias, o también los actos realizados por el incapacitado estándole igualmente prohibidos: serían, ese caso, supuestos de nulidad de pleno derecho⁹².

⁸⁹ Vid. SANTORO-PASSARELLI. Op. Cit. Págs. 312 y SS. De igual modo en nuestra doctrina: GARCIA AMIGO. Op. Cit. Tomo I. Pág. 867 y SS. PUIG PEÑA. Op. Cit. Págs. 875 y SS. RAGEL. Op. Loc. Cit. en nota *supra*.

⁹⁰ Trata de decirnos con esto PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo II, vol. 1º. Págs. 324 y SS.) que se trata de los casos en que aparezca quien está privado de capacidad de obrar plena, como puede ser, por ejemplo, un menor con discernimiento.

⁹¹ Vid. *Instituciones de Derecho...* Cit. Tomo I. Págs. 868 y SS.

⁹² Si bien a tal respecto no es unánime toda la doctrina al calificar el tipo de ineficacia que les ha de corresponder. Mientras DÍEZ-PICAZO. GULLÓN (*Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 589) considera buena la aplicación del régimen de la anulabilidad, ALBADALEJO (*El negocio...* Cit. Págs. 415 y SS.) por el contrario, distingue entre incapacidad natural (que produciría nulidad radical) e incapacidad legal (que para unos negocios daría lugar a la nulidad en el testamento y en otros a la anulabilidad, como en los contratos *ex* artículo 1300 y SS. CC).

2º) Los negocios con declaración de voluntad viciada. De uno de los interesados de acuerdo con el artículo 1265 CC en materia de contratos y de negocios sucesorios: error, dolo violencia e intimidación, con el desarrollo que hacen los artículos siguientes. En materia de matrimonio, el contraído con error en la persona, coacción o miedo grave y con rapto, según los artículos 101 y 102 CC. Estas causas también podrían ser aplicables al resto de los negocios de familia, como la adopción⁹³.

3º) Son anulables, como ya se vio, los actos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro cuando ese consentimiento sea necesario, aunque bien podrían considerarse nulos de pleno derecho por ausencia de declaración de voluntad, si se considerara al cónyuge que debe autorizar la misma autoridad que a un tutor o a un copropietario, cosa, por otro lado perfectamente posible.

Es de esencia de la anulabilidad que sólo algunas personas interesadas que forman un círculo restringido por su proximidad al negocio, dispongan de un poder de impugnar el negocio, de manera que hasta que tal poder se ejercite éste produzca todos los efectos que le son propios, los cuales quedan retroactivamente suprimidos por tal ejercicio. Se puede afirmar que están legitimados activamente para ejercitar la acción de anulación sólo aquellas personas a cuyo favor se ha establecido la anulabilidad, y que nuestro Código determina de modo indirecto⁹⁴. Pero en algunos casos no son los vinculados por el acto quienes pueden impugnarlo, sino determinadas personas ajenas al

⁹³ Vid. GARCIA AMIGO. Fundamentos de Derecho... Cit. Tomo I. Pág. 867.

⁹⁴ Según el primer párrafo del artículo 1302 CC: "pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos". La palabra "obligados" empleada por la Ley no es la más adecuada como observa BORRELL Y SOLER (Op. Cit. pág. 86) "porque si el que es víctima de la causa de nulidad del contrato está obligado por no haber cumplido todavía las obligaciones derivadas del mismo, más que una acción para anularlo, lo que le interesa es una excepción por si se le reclama que lo cumpla, y, sin embargo, el Código no menciona dicha excepción. Si, por el contrario, el perjudicado ha cumplido las obligaciones del contrato nulo, que es el caso en que se necesita de la acción de nulidad, ya no puede llamarse obligado". Ahora bien, entendiendo que "obligados" se refiere a "vinculados" (aquellos cuyos intereses quedan regulados por el negocio), se trataría de una mera cuestión terminológica o, a lo más, de un defecto de técnica sin mayores consecuencias ni trascendencia (Cfr. DELGADO ECHEVERRIA. Op. Cit. Pág. 1030).

negocio: es el caso del artículo 1301 Cc *in fine*, referido a los realizados por uno de los cónyuges sin el preceptivo consentimiento del otro, en el que legitimado para su impugnación está el cónyuge cuyo consentimiento ha sido omitido, o sus causahabientes⁹⁵. Esta desviación de la regla general, ya que el cónyuge del que contrató no es parte en el contrato ni está vinculado por él, se producía ya antes de la Ley 14/1975, conforme a la cual está redactado el precepto. La norma pretende proteger al cónyuge de quien contrató, per ello no deja de plantear algún problema en cuanto a los efectos de la acción por lo que se refiere a la restauración de la situación anterior.

La posibilidad de que ejercite la acción de nulidad el obligado subsidiariamente ha hecho dudar sobre la señalada dependencia de ésta respecto de la voluntad del protegido. De igual manera plantea dudas entre la doctrina en lo que se refiere a los obligados solidariamente. El artículo 1148 CC autoriza a cada codeudor solidario a servirse de las excepciones que personalmente correspondan a los demás en la parte de la deuda en que éstos fueren responsables: excepciones entre las que, sin duda, se encuentran tanto las relativas a la incapacidad como a los vicios del consentimiento. De igual manera, siendo varios los sujetos de un negocio, cualquiera de ellos puede por sí solo hacer valer la anulabilidad debida a causas a el referidas; pero queda la duda de si el ejercicio de la impugnación repercutirá sobre la totalidad del negocio o se mantendrá dentro de los límites de la parte correspondiente al sujeto que ha impugnado. Otra cuestión es si podrán los acreedores subrogarse en el ejercicio del poder de impugnación que corresponda a su deudor. Todos estos temas se podrían tratar fuera de este estudio con más detalle, no siendo este el lugar más apropiado para ello; aún así quedan apuntados.

⁹⁵ Situación peculiar es en la que queda el que contrató con la persona casada que no contaba con el consentimiento del cónyuge requerido para tal acto. Se hace difícil la aplicación del artículo 1259 CC, con la posibilidad que éste confiere al contratante de desligarse del contrato mientras no sea ratificado, posibilidad que, por otra parte, parece bastante adecuada, al menos para la mayoría de los supuestos. Negada tal posibilidad, parece que el contratante desconocedor de la causa de anulación, podría todavía pedir la resolución el contrato por incumplimiento, que quedaría enervada por la eventual confirmación del cónyuge cuyo consentimiento se omitió.

La acción habrá de dirigirse (legitimación pasiva) contra la contraparte o sus causahabientes y siendo el negocio unilateral, contra el destinatario de la declaración recepticia; si la declaración no es recepticia, parece que legitimado pasivamente habrá de estar el beneficiado directamente y, consiguientemente, perjudicado por su nulidad⁹⁶. Han de ser demandados todos los legitimados pasivamente en cada uno de los casos, pues de otro modo se podría apreciar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Puede decirse que si la acción tiene por objeto declarar la ineficacia de posteriores enajenaciones hechas en base a lo impugnado, habrá que demandar también a los terceros adquirentes que resultarían afectados en su consecuencia. Pero tales adquirentes ni son destinatarios de la declaración de impugnación, ni a ellos afecta la restitución prevista en el artículo 1303 CC, que se limita a las partes⁹⁷.

El contratante que no dispone de la acción de anulación se encuentra en una posición incómoda e insegura, en cuanto que los efectos del negocio están en manos de otras personas, que bien pueden mantener esta situación de objetiva inseguridad hasta la caducidad de la acción. El Código no se ha preocupado por la situación del contratante no legitimado, acaso por pensar que éste siempre es culpable como causante de la situación de anulabilidad, y, por tanto, indigno de protección⁹⁸. En cualquier caso no hay porqué llevar los perjuicios para el culpable más allá de lo que exige la razonable protección del inocente: parece, pues, deseable, que pueda forzarse a ésta a decidir definitivamente sobre la eficacia o ineficacia del negocio, pero el cauce procesal para llevarlo a cabo propone ciertas dificultades. Se puede pensar en la acción de

⁹⁶ Por ejemplo, los herederos que acrecieron en virtud de la renuncia que se impugna, ocupante de la cosa abandonada.

⁹⁷ Cuándo y por qué medio distinto del artículo 1303 CC estarán obligados a entregar la cosa objeto del contrato anulado es otra cuestión distinta. Naturalmente, si de ellos se pretende la entrega, habrán de ser demandados, pero no por razón de esta acción.

⁹⁸ Pero se ha de advertir que tal premisa no es cierta totalmente, pues quien contrató con un incapaz o con quien sufrió violencia o intimidación de un tercero, o con quien erró, puede ser ajeno y desconocedor de estas causas de anulación (Cfr. DEGADO ECHEVERRÍA. Op. Cit. Pág. 1031)

jactancia, pero ello sólo es posible en casos muy excepcionales; DE CASTRO⁹⁹ propone, para salvar la dificultad, recurrir a la provocación del acto propio o de la confirmación tácita: si el contrato no ha sido cumplido, ofrecer su cumplimiento; si éste se ha consumado, ofrecer la restitución recíproca de las cosas que hayan sido materia del contrato.

Conviene aclarar que la anulación de un negocio no puede hacerse sino mediante sentencia, nunca en base a una declaración de una parte. Ésta es, pues, de tipo constitutivo, en cuanto produce la anulación del negocio, a diferencia de lo visto para el negocio nulo, donde ésta no es necesaria para que el negocio sea privado de efectos. La anulación por parte del juez produce una ineficacia retroactiva; los efectos el negocio se consideran como si no se hubiesen producido nunca, de la igual modo para las partes que para los terceros y contra ellos, salvo los límites que derivan de las normas sobre adquisiciones inoponibles¹⁰⁰. Objeto de la sentencia de anulación es la existencia del derecho potestativo (o poder jurídico) a la anulación¹⁰¹. Este derecho nace juntamente con el negocio y con los efectos que éste produce, no obstante la invalidez, y que están sujetos al peligro de destrucción. El ejercicio de tal poder no puede sino dejarse a la iniciativa del particular al que pertenece; el juez, incluso si es llamado a fijar los efectos pretendidos, no puede apreciar de oficio las circunstancias de las que depende la anulación, y, por tanto, mucho menos declararla¹⁰².

⁹⁹ DE CASTRO. *El Negocio...* Cit. Pág. 512.

¹⁰⁰ Cfr. CARIOTA-FERRARA. *Op. Cit.* Págs. 289 y 290.

¹⁰¹ Vid. VON TUHR. *Op. Cit.* Pág. 297. ENNECCERUS-KIPP.WOLF. *Op. Cit.* Tomo I, 2, vol. 2º. Pág. 519. CARIOTA-FERRARA. *Op. Cit.* Pág. 290.

¹⁰² Así se expresa BETTI. *Teoría general del negocio...* Cit pág. 300.

Una opinión doctrinal niega la admisibilidad del traslado del régimen de la anulabilidad al ámbito testamentario aduciendo razones que se basan en el propio mecanismo de la anulabilidad¹⁰³.

Se puede considerar que en un testamento totalmente ineficaz no cabe aislar una parte negocial que haya sufrido el vicio o defecto y que haya de ser unilateralmente protegida, pues la única parte (en el sentido estricto) negocial en el testamento es el testador, quien siempre ha fallecido ya cuando se conoce el testamento con el fin de que despliegue eficacia: por ello no hay una parte negocial a la que se le pueda reconocer el particular interés protegido por la facultad de impugnar¹⁰⁴, todo ello puesto a la luz de que los litigantes en el ámbito del testamento no son las víctimas del vicio del consentimiento, sino terceros ajenos éste. Tal es el motivo de que no sea posible identificar un sujeto en cuyo exclusivo interés se articule la facultad de impugnar, pues los afectados pueden ser muchos, gozando todos ellos de hacerlo, con lo cual no quedaría la anulabilidad testamentaria encajada en el régimen de anulabilidad que el Código dicta, según el cual el círculo de legitimados activamente para anular el negocio debe ser restringido¹⁰⁵. Tampoco se estima¹⁰⁶ adecuado el plazo de

¹⁰³ Tal opinión la manifiestan VALVERDE (Op. Cit. Págs. 140 y SS), OSSORIO MORALES (*Manual de sucesión testada*. Págs. 463 y SS. Madrid, 1957) y CAPILLA RONCERO (Op. Cit. Pág. 34). Hay autores que al tratar la invalidez del testamento que otros directamente admiten la dualidad nulidad- anulabilidad: TRAVIESAS. "El testamento". Cit. Pág. 176. LLEDÓ YAGÜE. Op. Cit. Vol. II, parte 2ª. Págs. 798 y SS. SANTOS BRIZ. *Derecho civil*. Tomo VI. Págs. 360 y SS. Madrid, 1978. A lo dicho al respecto se añadirán más detalles más adelante en esta obra.

¹⁰⁴ Vid. DE CASTRO. *El negocio...* Cit. Pág. 503. Considera este autor que la anulabilidad consiste en una serie de facultades a la persona que sufriera al incapacidad o estuviera afectada por el vicio invalidante y que tal atribución no es posible en el ámbito testamentario pues estima que la perfección del testamento se produce en el momento de la muerte del testador. Son de la misma opinión DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho...* Cit. Tomo IV. Pág. 568) y LIPARI (Op. Cit. Pág. 386) quien estima que no es posible la dualidad entre nulidad y anulabilidad en el testamento en base a la imposibilidad de aislar una parte portadora de un interés legítimo, además de la imposibilidad de que éste posea la cualidad de negocio jurídico.

¹⁰⁵ Vid. VALVERDE. Op. Cit. Tomo V. Pág. 144. DE CASTRO. *El negocio...* Cit. Pág. 503. CAPILLA RONCERO. Op. Cit. Pág. 35. Esta corriente afirma, además, que el testamento no es susceptible de convalidación o subsanación, pues tal no sería otra cosa que una renuncia a la acción de nulidad (VALVERDE. Op. Cit. Tomo V. Pág. 143) o una pérdida de ella por actos propios (DE CASTRO. *El negocio...* Cit. Pág. 503), mientras que, por el contrario, cualquiera de los legitimados puede instar la nulidad con eficacia de cosa juzgada contra terceros, aunque estos no hayan litigado de acuerdo con el artículo 1252 CC (DE CASTRO. *El negocio...* Cit. Pág. 503), lo cual no encaja dentro del régimen de la anulabilidad (CAPILLA RONCERO. Op. Cit. Pág. 36).

caducidad de cuatro años que tiene la acción de anulabilidad (artículo 1301 CC) para el testamento, entre otras cosas por las dificultades que ofrece en relación a cuál ha de ser la fecha de inicio del cómputo. La apreciación de tales premisas traería como consecuencia que no fuera aplicable al testamento el régimen de la anulabilidad, y por tanto, que la nulidad absoluta sería el único régimen aplicable a la invalidez del testamento¹⁰⁷.

Pero, sin embargo, también algunas características propias de la nulidad en sentido estricto fallan al ser introducidas en el ámbito de las últimas voluntades de igual manera que fallan algunas de las de la anulabilidad, como hemos visto¹⁰⁸. Es por ello, que una parte de la doctrina considera que es trasladable la distinción entre nulidad y anulabilidad a éste ámbito¹⁰⁹, por supuesto con las precauciones que revisten las particularidades propias de la sucesión, que obliga a ciertos ajuste, dada la no absoluta correspondencia de la distinción entre el contrato y el testamento, lo que traerá como consecuencia

¹⁰⁶ Cfr. DE CASTRO. *El negocio...* Cit. Pág. 504.

¹⁰⁷ Además de la revocación y la caducidad del testamento, las cuales veremos a continuación. Pero hemos de considerar que éstas últimas actúan en un plano diferente a la nulidad y anulabilidad. Para GULLÓN, el testador no le es posible impugnar su propia voluntad viciada, ya que únicamente posee para anularla el remedio de la revocación, y tal poder excluye al de impugnación; por tanto, si la acción para solicitar la declaración judicial de anulabilidad únicamente corresponde al que ha sufrido los vicios que anulan el negocio, aplicar la doctrina de la nulidad relativa a los testamentos por vía analógica es, para él, imposible por falta de su presupuesto fundamental: que el favorecido con ella es el único legitimado y el testador no lo está (Cfr. *El Negocio jurídico*. Pág. 208. Madrid, 1969).

¹⁰⁸ En efecto, hay casos en los que falla tal encaje. En primer lugar, si consideramos que la acción de nulidad no es pública, por tanto no es aplicable de oficio, como ya vimos que ello ha reconocido la jurisprudencia que sí es posible (Vid. SEOANE SPIEGELBERG. Op. Cit. Pág. 316, citando las SSTs de 7 de enero de 1975 (RJA 12) y 21 de junio de 1986 (RJA 3788)); por otra parte, el testamento nulo es susceptible de cierta convalidación por acuerdo de todos los interesados, como veremos en su momento, más allá de la mera renuncia a la acción de nulidad; y, además, la acción de nulidad para impugnar un negocio jurídico radicalmente nulo puede quedar bloqueada por los propios actos, contrariando la doctrina general de que éstos no son apreciables cuando tal contradicción se dirige contra actos que son encuadrables dentro de este tipo de invalidez (Vid. DÍEZ-PICAZO. *La doctrina de los propios actos*. Pág. 176. Barcelona, 1963).

¹⁰⁹ Para CAPILLA RONCERO (Op. Cit. Pág. 37) tal afirmación de la doctrina española es consecuencia de la influencia de ordenamiento extranjeros cuya doctrina acepta tal distinción, como el alemán (Vid. BINDER. *Derecho de sucesiones*. Trad. española con notas de LACRUZ BERDEJO. Págs. 83 y SS y 115 y SS. Barcelona, 1953) o el italiano (Vid. AZZARITI. MARTINEZ. AZZARITI. *Le successioni per causa di morte e donazioni*. Págs. 590 y SS. Padova, 1973).

que se aislen casos que generarán nulidad absoluta y casos menos graves que producirán anulabilidad¹¹⁰.

De adoptarse este modelo de dualidad habría de actuarse con gran cautela para no confundir las categorías, poniendo especial atención en no trasladar en bloque la construcción negocial de la invalidez (en cuanto a la nulidad y a la anulabilidad, principalmente, pues otras figuras no ofrecen dudas) al testamento¹¹¹; pero de no adoptarse, y considerarse la nulidad absoluta como único régimen aplicable, no se rompería teoría general de la invalidez testamentaria, pues ésta no ha de ser excesivamente rígida, ya que, en los términos en que se halla formulada, el testamento sería un extraño para ella y tal rigidez lo que conllevaría sería la expulsión de éste de tal configuración si no se adapta mínimamente a él, como ya vimos. Sería un sistema más simple y, por ende mejor.

¹¹⁰ Son de tal opinión SÁNCHEZ ROMÁN. *Estudios de Derecho...* Cit. Tomo 2º. Págs. 120 y SS. CASTÁN. *Derecho civil...* Cit. Tomo VI, vol. 2º. Págs. 446 y SS. ESPÍN. *Manual de Derecho...* Cit. Tomo V. Págs. 372 y SS. DE BUEN. *Notas al Curso elemental de Derecho civil* de COLIN y CAPITANT. Tomo VIII. Págs. 893 y SS. Madrid, 1957. ALBADALEJO. *Curso de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 363. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 258, aunque es cierto que unos tratan tal distinción con una cierta profundidad, mientras que otros pasan por ella sólo mencionándola o dejándola implícita con cierta dosis de cautela en sus afirmaciones vertidas en el texto.

¹¹¹ Tal sistema dual quizá no sea necesario en el ámbito testamentario, pues de no adoptarse se reduciría considerablemente la dificultad de su estudio sin causarse perjuicios graves a la legalidad vigente y los derechos de los implicados en la sucesión testada. CAPILLA RONCERO (Op. Cit. Pág. 38) expone las razones que desaconsejan su aceptación comenzando por que tal distinción se intenta fundamentar, no en razones desarrolladas, valoradas y sometidas a posible contradicción, sino en motivos que descansan en la intuición o en la pretendida evidencia de la disparidad de situaciones, modo de proceder más como punto de arranque que como argumento de fondo. Por otro lado, la ausencia de regulación por el Código hace que la intuición o la evidencia se proyecten sobre el criterio para distinguir las causas de nulidad de las causas de anulabilidad, con lo que cada autor acaba identificando diferentes causas de anulabilidad (véase, por ejemplo: ALBADALEJO. *Curso de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 363, VALLET DE GOYTISOLO. *Panorama...* Cit. Tomo II. Pág. 192 y LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 258). Ello comporta que la calificación de invalidez del testamento según sea calificado de nulo o de anulable pueda convertirse en un apriorismo, de donde se extraen consecuencias prácticas de enorme importancia, referentes, por ejemplo, a los plazos de prescripción o caducidad aplicables, que variarían en uno u otro caso, de la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento (para LACRUZ BERDEJO sería el plazo de cuatro años que fija el artículo 1301 CC, mientras que para ALBADALEJO éste sería de quince años). Otro ejemplo de la trascendencia que tiene la calificación como anulable es la posibilidad de que el acto nulo es inválido desde que nace, mientras que el anulable es válido mientras que no se impugne (al menos esa es la opinión generalizada de la doctrina aunque hay quien la niega, como DELGADO ECHEVERRÍA). Para ALBADALEJO ("Da lo mismo que el acto anulable se estime válido que inválido". En Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. 1993-1994. Pág.17) la sentencia que declara la anulación es constitutiva en el sentido de que sin ella no hay invalidez, a diferencia que declara la nulidad es declarativa.

Pero también es cierto que cuando al negocio testamentario perfecto y válido se somete por la voluntad del testador, amparada legalmente, al cumplimiento de un requisito que condicione su eficacia, si éste no se da, el negocio no debe producir efectos hasta que el requisito no se cumpla¹¹². En consecuencia, en este caso sí se podría abrir la posibilidad de ejercitar la acción de anulabilidad a tenor del artículo 1300 CC pues no debiera ser aplicable el régimen de la nulidad a un negocio que será plenamente eficaz cuando se cumpla tal requisito y únicamente se ha adelantado ilícitamente su eficacia.

B. El régimen de la rescisión en el Código Civil y la imposibilidad de su aplicación al testamento.

No hay un fundamento, una doctrina o una terminología en Derecho romano precisa acerca de la rescisión del negocio jurídico, aunque la teoría de ella como recurso extraordinario para evitar las consecuencias injustas de contratos válidamente celebrados, evitando la “lesión enorme”, tiene en él sus raíces, concretamente en la *restitutio in integrum ob aetatem*, en el *interdictum frauditorium* y en la lesión *ultradimidium*¹¹³. Ésta es una de las formas de ineficacia más confusas. Se diferencia netamente de la nulidad absoluta principalmente porque el negocio rescindible supone un negocio inicialmente válido. En cambio la diferencia con la anulabilidad no es tan precisa, pues ambos suponen un negocio con todos los requisitos necesarios para su validez; la diferencia radica en su fundamento, que en ésta es un vicio en los elementos esenciales del negocio y en aquélla es la existencia de un perjuicio, pero es doctrina aceptada que, debido a sus similitudes se considera un subtipo¹¹⁴. Su principal nota característica es, pues, la existencia de un perjuicio y su finalidad es la reparación de tal perjuicio causado.

¹¹² Tal sucede, por ejemplo, en el caso de aquél negocio que se encuentre bajo condición o a términos suspensivos (Vid. GARCÍA AMIGO. *Instituciones de Derecho civil*. Tomo I. Pág. 879. Madrid, 1979).

¹¹³ Vid. CASTÁN. *Derecho civil español...* Cit. Pág. 585. PUIG BRUTAU. *Funadamentos...* Cit. Pág. 338. GOMEZ-ACEBO. “Revisión del concepto de lesión. Su estructura técnica”. En RDP, 1950. Págs. 507 y SS. TABOADA ROCA. Op. Cit. Pág. 731.

¹¹⁴ Cfr. ESPÍN. Op. Cit. Pág. 550.

La diversa regulación que la rescisión ha recibido a lo largo de la historia y en el actual Derecho comparado nos muestra la diversidad de su posible fundamentación¹¹⁵. La tesis objetiva, de tradición justiniana y elaboración francesa, hace depender la lesión del hecho puramente matemático de un determinado desequilibrio entre ambas prestaciones entre aquellos casos en que es admitida; la teoría subjetiva se basa en la realidad de un determinado vicio consensual o circunstancial individual que sufre una de las partes y es aprovechada por la contraria, determinando el desequilibrio contractual que se trata de restablecer por medio de la acción de rescisión. Otras soluciones parecen tener en cuenta índices subjetivos y también objetivos más claramente, como el sistema del Código civil italiano, en que se exige que la desproporción entre las prestaciones supere la mitad del valor y, además, que se de la situación de necesidad en la parte lesionada, que es aprovechada por la otra¹¹⁶; de similar parecer es el número uno del artículo 1291 CC.

Nuestro Código le dedica un capítulo completo, el V del título II del libro IV, colocado en un lugar ciertamente anómala, a continuación del IV, dedicado a la interpretación, y precediendo al dedicado a la nulidad (o realmente a la anulabilidad, como vimos). La rescisión, en su configuración actual en el Código, es un caso particular de la anulabilidad, entendiéndola como aquella situación que se produce cuando un contrato es anulable por causa de lesión, es decir, cuando ha habido un evidente perjuicio patrimonial hacia algien¹¹⁷. Es una ineficacia funcional, que trata de impedir que un contrato regularmente formado contribuya a obtener un resultado contrario a derecho, por estar

¹¹⁵ Cfr. Op. y loc. nota anterior. Para MIRABELLI, todo lo que se puede decir del fundamento de la rescisión es desanimador: no se sabe de dónde ha venido, no se sabe lo que es y tampoco para qué sirve (*La rescissione del contratto*. Pág. 3. Milán, 1951).

¹¹⁶ Artículos 1447 y siguientes del Cci. Vid BETTI. *Teoría general del negocio...* Cit. Pág. 371. SANTORO-PASSARELLI. Op. Cit. Pág. 322. SCOGNAMIGLIO. Op. Cit. Pág. 395.

¹¹⁷ Este es el criterio que sigue nuestro Código civil; cuando habla de rescisión, este cuerpo legal supone, en efecto, un perjuicio pecuniario, que es el determinante de la anulabilidad del acto (Vid. PUIG PEÑA. Op. Cit. Pág. 879, según él indica, siguiendo a DE DIEGO) en base a la lesión que genera (Vid. ÁLVAREZ VIGARAY. DE AYMERICH. *La rescisión por lesión en el Derecho civil español común y foral*. Págs 65 y SS. Granada, 1989).

realizado de manera que puede resultar en un resultado lesivo, evitándose mediante el ejercicio de esta acción las consecuencias injustas que se puedan producir en el ámbito patrimonial del ejercitante; se trata de un remedio extraordinario, sólo ejercitable cuando se demuestre que el perjudicado carece de cualquier otro remedio contra su menoscabo, y, en consecuencia, de carácter subsidiario¹¹⁸.

El carácter de remedio excepcional que, según hemos apuntado, ofrece esta categoría, lleva al legislador a tasar las causas por las que puede instarse. Así podrá serlo:

1º) Según el artículo 1291 CC son rescindibles los contratos que pudieran celebrar los tutores sin la autorización judicial, siempre que las personas a quien representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos.

2º) Los contratos celebrados en representación del ausente, siempre que se haya sufrido la lesión de un cuarto mencionada en el número anterior, pero exceptuándose el caso de haberse celebrado el contrato con autorización judicial, pues ésta no procederá en tal caso, de acuerdo con el artículo 1296 CC.

3º) Los contratos que se refieran a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el por el demandado sin el conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la autoridad judicial competente.

4º) También lo son cualesquiera otros en que así lo determine la Ley. La doctrina suele establecer como tales los mandatos contenidos en los artículos 1469 (error en la cabida o calidad del inmueble), el 1479 (gravámenes ocultos), el 1486 (vicios ocultos) del CC, entre otros; en la teoría de la causa podemos encontrar más de los mismos, como el artículo 1348 (valoración de la dote estimada) que supone un verdadero supuesto de lesión¹¹⁹

¹¹⁸ Esa es la doctrina que impone la dicción del artículo 1294 CC. Vid. RAGEL. Op. Cit. Pág. 238.

¹¹⁹ Vid. PUIG BRUTAU. *Fundamentos...* Cit. Pág. 345. GOMEZ ACEBO. Op. Cit. Pág. 513.

5º) Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les debe, complementado por los artículos 1297 y 1298 CC; se recoge aquí los residuos de la que se denomina acción pauliana¹²⁰, de gran importancia práctica aunque el Código le presta poca atención, y doctrina y jurisprudencia hayan debido completar tan corta regulación legal.

El régimen de la rescisión está pensado exclusivamente para los contratos y no parece que quepa, según entiende sin prácticamente fisuras la doctrina¹²¹, del estudio de los casos expuestos en el Código, en ningún momento para el testamento como acto de última voluntad, pues el Código lo reserva para figuras de carácter recepticio. Otro caso es que en los Derechos forales donde se ampara legalmente la sucesión contractual sea admisible, pero esa es una cuestión, por cierto interesante, en la que no deseamos adentrarnos en esta obra.

Sin embargo, si se considera que la anulabilidad es admisible en el ámbito testamentario, y la rescisión es un subtipo de ella, entonces quizá no es posible rechazar de plano que puedan darse tipos concretos en los que la lesión producida por el testamento anulable pueda originar que tal testamento pase a ser susceptible de ser rescindido.

¹²⁰ Vid. TRAVIESAS. "La acción pauliana". En RGLJ, 1920. Págs. 99 y SS. CASTÁN. *Derecho civil español...* Cit. Pág. 178. DE CASTRO. "Acción pauliana y responsabilidad patrimonial". En RDP, 1932. Págs. 196 y SS. ROCA SASTRE. Op. Cit. Pág. 281 y SS. En general sobre este extremo véase: MARTÍN RETORTILLO. *La lucha contra el fraude*. Barcelona, 1943.

¹²¹ Prueba fehaciente de ello es que nuestros más relevantes tratadistas no tratan la rescisión al tratar la invalidez del testamento. Por ejemplo: ALBADALEJO. *Curso de Derecho...* Cit. Tomo V. Págs. 338 y SS. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Págs. 256 y SS. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Págs. 169 y SS. Etcétera.

7. La revocación y la caducidad.

A. La revocación del testamento.

La revocación¹²² deriva de la decisión del causante de privar de eficacia, en todo o en parte, al testamento válidamente constituido, como consecuencia de su naturaleza jurídica revocable mientras el testador goce de la capacidad suficiente para poder hacerlo¹²³. La revocación es una figura típica del ámbito testamentario (más bien del ámbito de los negocios jurídicos de naturaleza gratuita: donaciones *inter vivos* y *mortis causa*), de la misma manera que la rescisión lo es de los contratos: no se puede rescindir un testamento y lo normal no será revocar, en general (excepción hecha, por ejemplo, del mandato¹²⁴ o en la mediación según la STS de 2 de mayo de 1963), un contrato¹²⁵.

La revocación significa un cambio en la voluntad del testador y ello motiva la invalidez del testamento anterior, al no reflejar ya su voluntad; es sobrevenida¹²⁶, a pesar del vigor de que gozó el revocado, e independiente de la posible invalidez de este último, la cual es, no obstante, condición constitutiva

¹²² Vid. SÁNCHEZ ROMÁN. *Estudios de Derecho...* Cit. Tomo VI, vol. 2º. Págs. 1490 y SS. DE CASO. "Revocabilidad del testamento". En RDP, 1916. LESSONA. "Génesis histórica del artículo 737 del Código civil español". En RGLJ, 1895 y 1896. ALBADALEJO. *Curso de Derecho...* Cit. Págs. 364 y SS. CASTÁN. *Derecho civil...* Cit. Tomo VI, vol. 2º. Págs. 436 y SS. ESPÍN. *Manual de Derecho...* Cit. Tomo V. Págs. 403 y SS. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Vol. V. Págs. 248 y SS. *La revocabilità del testamento nella sua evoluzione storica*. Turín, 1886. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol 2º. Págs. 186 y SS. ROYO MARTÍNEZ. *Derecho sucesorio mortis causa*. Págs. 123 y SS. Sevilla, 1951. CICU. "Testamento: revoca". En RDC, 1942. ALLARA. *La revocazione delle disposizioni testamentarie*. Turín, 1952.

¹²³ En efecto, el artículo 737 CC establece que "todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas". El poder de que goza el testador para cambiar en cualquier momento en el que sea capaz sus últimas voluntades es una manifestación de los derechos de la personalidad en el aspecto privado y de la autonomía de la voluntad testamentaria (Vid. SANTOS BRIZ. Op. Cit. Vol. VI. Pág. 373).

¹²⁴ Vid al respecto: CRESPO ALLUE. *La revocación del mandato*. Madrid, 1984. Págs. 135 y SS.

¹²⁵ Sin olvidar que la etimología de la palabra revocación es dejar algo sin efecto, por ello la palabra pueda ser utilizada en múltiples aspecto jurídicos como de la vida cotidiana: aquí nos referimos con lo dicho exclusivamente a la institución jurídica.

¹²⁶ Para DONISI (Op. Cit. Pág. 822) la revocación es una hipótesis de nulidad sucesiva por advenimiento de una nueva voluntad negocial. De la misma opinión es GANGI: *La successione testamentaria*. Tomo II. Pág. 335. Milán, 1947.

necesaria para su posible eficacia¹²⁷. La revocabilidad, lógica en los negocios *mortis causa*, encuentra en la configuración que el Código establece para el testamento un ámbito de manifestación absolutamente favorable, al no admitirse en él ni aquellas formas de testar que en algún caso pudieran limitarla ni la sucesión contractual¹²⁸: el artículo 737 CC recoge expresamente este principio de libre revocabilidad¹²⁹ en base al cual el testador no puede obligarse a no revocar, siendo irrelevante tal declaración¹³⁰.

Las notas características de la declaración de revocación son¹³¹, pues, en primer lugar, el constituir una causa de invalidez sobrevinida, o posterior al

¹²⁷ El poder de revocación del testamento es indiscutible en Derecho común como consecuencia de la unilateralidad e individualidad de éste, pero en los ordenamientos forales que admiten la sucesión contractual o determinadas formas de testar, la revocación por decisión unilateral del testador ha de encontrarse forzosamente limitada por la protección que merecen el resto de los que intervienen en la sucesión, ya sea contractual, ya sea en el caso de testamentos mancomunados (Cfr. LLEDÓ YAGÜE. Op. Cit. Pág. 804).

¹²⁸ Vid. artículos 669, 670 y 1271 CC.

¹²⁹ Nuestra jurisprudencia, desde su doctrina más añeja, viene calificando el testamento como un acto provisional que requiere no ser revocado por el causante para desplegar su eficacia y no es impugnabile en vida de este, ya que no puede producir efecto alguno mientras viva (Vid. SSTs de 7 de abril de 1903 y 6 de mayo de 1927).

¹³⁰ Se tendrán por no puestas, según el artículo 737 CC, las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en las que ordene el testador que no valga una posterior revocación si no la hiciese con ciertas palabras o señales, con lo que el Código está denegando, no ya sólo que el testador pueda expresar libremente su voluntad de no revocarlo más adelante, también niega la posibilidad de que se derogue anticipadamente, en un instrumento previo, la disposición que puede haber en el futuro (párrafos primero y segundo del artículo 737 CC). Tal artículo en su párrafo segundo tiene como objeto eliminar las denominadas cláusulas *ad cautelam*, que sí estaban admitidas antes de la entrada en vigor de CC, y que consistían en determinadas disposiciones por las que el testador establecía que el testamento sólo podría ser revocado utilizando determinadas palabras o señales; esta prevención tenía el objetivo de preservar la libre voluntad del testador en el caso de verse coaccionado a revocarlo. El fundamento de tales mandatos del Código se encuentra en que la obligación de no revocar carecería de trascendencia jurídica, pues el causante no se obliga frente a nadie que pueda reclamar el cumplimiento de la obligación: solamente se obliga frente a sí mismo (Vid. LLEDÓ YAGÜE. Op. Cit. Pág. 804).

¹³¹ Vid. ROCA-SASTRE MUNCUNILL. Op. Cit. Págs. 289 y 290. La declaración de revocación de testamento no es obligatorio que vaya acompañada de una nueva disposición de bienes (TRAVIESAS. "El testamento". Cit. Pág. 180) pues la Ley no exige tal disposición, sino que el simple deseo del testador encaminado a la destrucción jurídica de las disposiciones efectuadas con anterioridad es bastante para que ésta se produzca: el efecto consistiría en eliminar las efectuadas con anterioridad por el causante, abriendo la sucesión intestada en el caso de no efectuar la institución de heredero o no disponer de sus bienes. Las STS de 6 de julio de 1914 y 8 de julio de 1940 (RJA 689) reconocen que el mero acto revocatorio, aunque no supone directamente ninguna disposición sobre los bienes, está equiparado al testamento propiamente dicho. Pero, llegando aún más lejos, parece indudable que tal acto revocatorio implica siempre indirectamente una disposición patrimonial en cuanto altera el llamamiento hecho anteriormente, haciendo que los

otorgamiento, y no original, produciendo tal declaración el efecto de invalidar el revocado en el momento de producirse la declaración de revocación por el causante, dado su carácter de negocio unilateral no recepticio. Tal declaración es un acto *mortis causa*, como lo es el testamento, consecuencia de la libre voluntad en este ámbito¹³². Es un acto voluntario, personalísimo en todo caso (incluso en los supuestos de tipo real o presunta¹³³). Ésta es, finalmente, irrenunciable por el causante, ya sea por pacto o por entrada en juego de cláusulas *ad cautelam*.

La revocación del testamento puede ser expresa, tácita o real, también denominada material o presunta¹³⁴. La expresa consiste en la explícita declaración del testador de que su voluntad es dejar sin efecto, en todo o en parte, el anterior, cumpliendo al efecto todas las formalidades propias del otorgamiento de uno nuevo, según el artículo 738 CC. Para ello, sin embargo, no es necesario que el posterior, y revocatorio, sea de la misma clase que el anterior que se deja sin efecto, únicamente que aquél tenga todas las notas que

bienes pasen generalmente a otras personas distintas a las que originalmente se destinaban en el que se revoca (Vid. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 480).

¹³² Acerca de tal característica la doctrina se encuentra dividida. Desde la doctrina italiana se considera que la revocación un acto *inter vivos* irrevocable (COVIELLO, ALLARA... citados por PASTOR RIDRUEJO. *La revocación del testamento*. Pág. 25. Barcelona, 1964) mientras que nuestra doctrina, sin negar su carácter sucesorio, se encuentra dividida respecto a su revocabilidad o no, entendiendo CASTÁN (Derecho civil español... Cit. Tomo VI, vol. 2º. Pág. 436) que lo es y LACRUZ BERDEJO (notas al *Derecho de sucesiones* de BINDER. Cit. Pág. 118) estima que la revocación se produce *inter vivos*, mientras que ALBADALEJO ("Cuestiones en materia de revocabilidad de testamentos". En AAMN, 1961. Págs. 36 y SS) estima que es irrevocable, ya que, revocando un testamento anterior por otro posterior, para que el primero recupere eficacia es necesario testar de nuevo y que sólo sería, en cambio, revocable si, revocado el testamento posterior, recobraría automáticamente eficacia el testamento anterior, sin necesidad de manifestación alguna del testador acerca de ello. Para PASTOR RIDRUEJO (Op. y loc. Cit.) la cuestión carece de la importancia que se le ha querido dar, pues el artículo 739 CC nada dice sobre el carácter de revocabilidad de la revocación.

¹³³ Vid. PASTOR RIDRUEJO. Op. Cit. Pág. 50. Aunque la revocación real no sea en rigor de naturaleza testamentaria, en cuanto referida a un negocio *mortis causa* como es el testamento y accesoria a él sí lo será (STS de 6 de mayo de 1953 (RJA 1631)).

¹³⁴ Véanse al respecto: ALBADALEJO. *Curso de Derecho...* Cit. Págs. 364 y SS. ESPÍN. *Manual de Derecho...* Cit. Tomo IV. Págs. 404 y SS. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Págs. 249 y SS. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Págs. 479 y SS. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Págs. 188 y SS. ROCA-SASTRE MUNCUNILL. *Derecho de sucesiones*. Cit. Págs. 290 y SS. LLEDÓ YAGÜE. Op. Cit. Págs. 804 y SS. SANTOS BRIZ. Op. Cit. Págs. 374 y SS.

comprende la validez del instrumento¹³⁵. En todo caso, como establece la STS de 16 de febrero de 1967 (RJA 732), la expresión de la voluntad revocatoria ha de ser inequívoca, pues son numerosas las sentencias del Alto Tribunal que deniegan la eficacia a declaraciones dudosas¹³⁶. Según el alcance de la disposición revocatoria, ésta hacerse de modo diverso: que el testador exprese su voluntad de que el anterior quede revocado en su totalidad, abriéndose la sucesión intestada (artículo 912.1 CC), esto es, que el causante lo haga parcialmente el anterior, con lo cual el parcialmente revocado es válido en todo aquello en lo que no lo haya sido por la disposición revocatoria del segundo¹³⁷, pudiendo, si lo desea el testador, introducir nuevas disposiciones que sustituyan a las invalidadas; por último es posible que revoque el último otorgado, con la indicación de que valga o recobre su fuerza otro anterior, supuesto contemplado por nuestro Código en el artículo 739 párrafo 2º.

La revocación tácita consiste en el otorgamiento de un nuevo testamento sin hacer mención explícita de que el anterior queda revocado, planteándose la duda de si el revocado conserva su validez en lo que no contravenga al último o si pierde totalmente su valor: el Código en el artículo 739 párrafo primero adopta el sistema de la revocación total, exceptuando el caso en el que el testador exprese “su voluntad de que aquél subsista, en todo o en parte”¹³⁸.

¹³⁵ Es pues posible revocar totalmente uno notarial con un sencillo ológrafo que cumpla perfectamente los requisitos de validez estipulados o con cualquier otra forma de testamento, pues no por ser de tipo notarial tiene más fuerza jurídica que uno de tipo ológrafo. Vid. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 479. PUIG BRUTAU. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 188.

¹³⁶ Véase, por ejemplo, la STS de 8 de julio de 1940 (RJA 689).

¹³⁷ Estaríamos ante casos de revocación parcial, figura relacionada con la nulidad parcial del testamento que estudiamos en la presente obra, y diferenciadas, avanzando lo que se verá más detenidamente, en que quien priva de eficacia a una parte del instrumento en el primer caso es el propio testador y en el segundo es la Ley quien lo hace.

¹³⁸ La letra del artículo y el sistema revocatorio total han sido criticados por la doctrina, pues a la ventaja de la sencillez se le suman graves inconvenientes. Como dicen OSSORIO MORALES (Op. Cit. Págs 481 y 482) y ROYO MARTÍNEZ (*Derecho sucesorio...* Cit. Págs. 125 y 126) si el testador, al otorgar nuevo testamento, se limita a modificar parcialmente lo ordenado en otro anterior, o a añadir alguna disposición compatible con las contenidas en aquél, no existe base razonable para deducir que ha sido su voluntad dejar totalmente sin efecto lo que antes dispuso, y es más lógico suponer que ha querido simplemente modificar la anterior. De igual manera es criticado el sistema adoptado en el artículo 740 CC que consiste en que “la revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero o de los legatarios en él nombrados, o por renuncia de aquél o de éstos”. Los inconvenientes de este sistema se basan en

Sólo se producirá el efecto revocatorio si el segundo o posterior es perfecto, es decir, cumple con todos los requisitos y solemnidades para que sea válido. OSSORIO MORALES¹³⁹ identifica otros casos de revocación tácita que pueden afectar de manera parcial al testamento: es el caso de, después de otorgado, el testador transforma la cosa legada o parte de ella, entendiéndose en este último caso que el legado queda sólo sin efecto respecto a la parte no enajenada (artículo 869 CC). Tales actos del testador revelan su voluntad de dejar sin efecto el legado que antes ordenó y tiene el valor de una tácita revocación del mismo; igual sucederá cuando legado un crédito contra un tercero, el testador lo hubiera hecho efectivo antes de su muerte (artículo 870 CC).

La revocación real, material o presunta es aquella que se funda en la comisión por parte del testador de un acto del que el Derecho deriva de manera concluyente la voluntad de revocar el testamento¹⁴⁰. Para ALBADALEJO¹⁴¹, por revocación real entendemos aquella que consiste “en la destrucción intencionada del testamento por el testador. Es una revocación que no se dice, sino que se hace”: es la destrucción material del instrumento. La destrucción con el deseo de dejarlo sin efecto queda limitada al testamento cerrado, de acuerdo con el artículo 742 CC que regula esta materia, distinguiendo varios casos según donde se encuentre físicamente el instrumento, en el domicilio del

que es relativamente frecuente que un testador en los últimos momentos de su vida y habiendo otorgado ya testamento en el que ha ordenado meticulosamente su sucesión, quiera adicionar, por ejemplo, algún legado; pero si lo ordena en tal sentido, sin expresar que desea que el anterior debe subsistir, el mismo quedará revocado (Vid. PUIG BRUTAU. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 484. DÍEZ-PICAZO. “La pluralidad de testamentos”. En RDN, 1960. Págs. 7 y SS. Véanse también las SSTs de 8 de noviembre de 1932 y 12 de marzo de 1958 (RJA 1075) además de las RRDGR de 12 de septiembre de 1947 (RJA 1045) y 18 de diciembre de 1951 (RJA 2758)).

¹³⁹ Cfr. Op. Cit. Pág. 481.

¹⁴⁰ Vid. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 194. Para ROYO MARTÍNEZ (*Derecho sucesorio...* Cit. Pág. 124) se trata de una forma peculiar de la revocación expresa.

¹⁴¹ “La revocación real”. En Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo. Núms. 80 a 83. Págs 87 a 103.

testador o en poder de un tercero¹⁴². Para que este tipo de revocación sea válida se han de destruir todas las copias, a menos que la subsistencia de algún ejemplar se debiera a alguna casualidad o causa dolosa.

El principal efecto de la revocación es que deja el testamento sin efectos jurídicos, parcial o totalmente; si es parcial, el revocado sigue surtiendo efecto en la parte que no ha perdido validez¹⁴³. La revocación es definitiva, esto es, aunque a su vez se revoque el testamento revocatorio, el primero no recupera su validez, a menos que el causante declare expresamente que ese es su deseo y, por supuesto, si no hizo una revocación real con destrucción del instrumento¹⁴⁴. Del revocado totalmente no puede quedar sin efecto la cláusula por la cual el testador reconocía a un hijo natural, tal y como establece el artículo 741 CC al declarar que “el reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo...”¹⁴⁵, por ser el bien jurídico

¹⁴² Indica acertadamente OSSORIO MORALES (Op. Cit. Pág. 486) junto al grueso de la doctrina (SANTOS BRIZ. Op. Cit. Pág. 376. LLEDÓ YAGÜE. Op. Cit. Pág. 812 y 813. Etc.), que éste régimen, si bien no lo dice el Código, es extensible al testamento ológrafo cuando resulte que su destrucción ha sido llevada a cabo por el propio testador dada la semejanzas entre ambos tipos de testamentos en cuanto a su emplazamiento y accesibilidad por parte del testador, aun cuando la STS de 5 de junio de 1925 y la RDGR de 1 de junio de 1943 (RJA 701) han declarado que el artículo 742 es de aplicación exclusiva al testamento cerrado y no a otros tipos de testamento; pero doctrina jurisprudencial más reciente (STS de 7 de mayo de 1990 (RJA 3687)) sí acepta la revocación real para el testamento ológrafo siguiendo las afirmaciones TRAVIESAS (“El testamento”. Cit. Pág. 184): que la destrucción por parte del testador del testamento privado (no diferencia ológrafo de cerrado) revela su querer indubitado de dejar sin validez la declaración testamentaria emitida, pues así se hace en la vida para aniquilar las declaraciones hechas a las cuales quiere negárseles todo valor, imposibilitando con la destrucción que lleguen a su destinatario), ya sea en todo o en parte, y en este último caso siempre que no sean destruidas las partes vitales del documento, como la fecha y la firma. Se puede plantear el problema de que un testamento revocatorio de otro anterior desaparezca o sea destruido por persona distinta del testador, y si la sucesión ha de regirse por el anterior testamento o ha de abrirse la sucesión intestada. La jurisprudencia se inclina por esta última solución siempre que no sea posible acceder al protocolo notarial correspondiente si se otorgó ante notario (Vid. FLORES MICHEO. “El testamento destruido o desaparecido”. En AAMN, 1946. Págs. 497 y SS. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Págs. 200 y SS. ROCA SASTRE. MOLINA JUYOL. *Jurisprudencia registral*. Tomo VIII. Pág. 315. Barcelona, 1953.

¹⁴³ En tal caso la voluntad del testador se encontrará desperdigada en varios instrumentos testamentarios sucesivos y complementarios (Vid. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 487).

¹⁴⁴ Ese es el mandato del artículo 739 CC debiendo tenerse en cuenta, aunque el precepto no lo diga, que esa declaración, para producir el efecto de dar vida nuevamente al testamento que fue revocado, ha de hacerse también en testamento, como indica OSSORIO MORALES (Op. y loc. Cit. en nota anterior).

¹⁴⁵ Con la reforma de la Ley 11/1981 de 13 de mayo quedaron solventadas las dudas doctrinales que existían acerca de la posibilidad de que el testamento que tuviese como único contenido el reconocimiento de un hijo, pues a dicho artículo se le han añadido las previsiones pertinentes sobre irrevocabilidad del reconocimiento filial en él que no contenga otras

protegido de mayor entidad. PUIG BRUTAU¹⁴⁶ identifica otros supuestos de irrevocabilidad de ciertas disposiciones, como son: la elección en un legado genérico efectuada por el heredero en su testamento, la designación del fideicomisario por el fiduciario en la sustitución fideicomisaria de elección¹⁴⁷ y la rehabilitación o perdón del indigno. Sí es posible revocar otras disposiciones, que podrían ofrecer dudas, relativas a reconocimientos y confesiones, como el reconocimiento de deuda¹⁴⁸ o el reconocimiento de la existencia de una sociedad mercantil irregular¹⁴⁹.

B. La caducidad del testamento.

De manera similar a como ocurre con la revocación, la caducidad¹⁵⁰ es una figura característica dentro de los actos de carácter gratuito, por supuesto incluyendo en el que nos ocupa. Tal concepto se refiere al efecto invalidante que el transcurso del tiempo produce sobre los Derechos y relaciones jurídicas de duración fija y limitada por ministerio de la Ley y, consecuentemente, por causas ajenas a la voluntad del testador¹⁵¹. A diferencia de otras formas de

disposiciones que ella o que fueren nulas las otras que contuviera. Véanse además en este sentido las SSTS de 8 de mayo de 1981 (RJA 1986) y 9 de octubre de 1982 (RJA 5548).

¹⁴⁶ *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 196.

¹⁴⁷ SSTS de 23 de noviembre de 1904 y 7 de diciembre de 1900 respectivamente.

¹⁴⁸ Este caso concreto ha sido muy debatido por la doctrina, aunque se ha impuesto en el sentido negativo por la excepcionalidad del artículo 741 CC que no permite su ampliación extensiva a otros supuestos distintos, pues la razón que justifica la subsistencia del reconocimiento de un hijo (atribución de un estado de familia) no concurre cuando se trata del reconocimiento de una deuda (Vid. LABANDERA. "Testamento revocado y confesión de deudas". En RGLJ, 1912. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 488)

¹⁴⁹ SSTS de 11 de abril de 1916 y de 12 de marzo de 1958 (RJA 1075) respectivamente. Sin embargo, la STS de 6 de junio de 1986 (RJA 3789) concedió cierta validez a través de una presunción de veracidad al reconocimiento por el testador de una simulación en una compraventa.

¹⁵⁰ ALBADALEJO. *Curso de Derecho...* Cit. Tomo V. Págs. 367 y SS. CASTÁN. *Derecho civil español...* Cit. Tomo VI, vol. 2º. Págs. 456 y SS. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 201. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Págs. 489 y SS. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Págs. 205 y SS.). GARCÍA AMIGO. *Instituciones de Derecho...* Cit. Tomo I. Págs. 877 y SS. SANTOS BRIZ. Op. Cit. Págs. 371 y SS. ROCA-SASTRE MUNCUNILL. *Derecho de sucesiones.* Cit. Tomo I. Págs. 298 y 299. GÓMEZ CORRALIZA. *La caducidad.* Madrid, 1990. Págs. 195 y SS. LLEDÓ YAGÜE. Op. Cit. Págs. 802 y 803. BUFFELAN LANORE. *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit privé.* París, 1963. Págs. 7, 8 y 153 y SS.

¹⁵¹ El Código prevé en su artículo 743 que sólo caducarán los testamentos o serán ineficaces las disposiciones testamentarias en los casos especialmente prevenidos en el propio CC tales casos

invalidez que provienen del acto mismo del otorgamiento, la caducidad deriva de circunstancias ajenas a la voluntad del testador y ajenas al anterior. Por tanto, entendemos como caducidad en el ámbito que nos ocupa, aquella forma de invalidez sobrevinida que afecta a un testamento válidamente otorgado pero que, en consideración al hecho de haberse celebrado con menos garantías que los ordinarios, sólo es admitido por un periodo excepcional, o bien cuando se cumplan ciertas formalidades complementarias dentro de un plazo determinado¹⁵².

Tenemos entonces casos de caducidad por transcurso del tiempo o cambio de las circunstancias y otros casos de caducidad por no adoptarse dentro del plazo habilitado para ello las solemnidades exigidas por la Ley. Los casos del primer grupo entran dentro de las formas de testar sólo admitidas de manera excepcional debido a la concurrencia de circunstancias extraordinarias que no permiten testar de manera ordinaria. La Ley permite entonces que, mientras duren éstas, mantenga su validez el testamento otorgado bajo ellas, y cuando desaparecen, sólo la conserva por el plazo que la Ley estima suficiente para otorgar uno ordinario y que va a variar según el tipo especial de que se trate¹⁵³; mientras los que se encuentran en el segundo grupo, los que no han sido completados con las formalidades necesarias, caducan por el transcurso del tiempo que la Ley impone para que sean formalizados¹⁵⁴. Fuera de los casos

aparecen en los artículos 669 y 733, 670, 673, 687 y 715, 689, 703, 704, 719, 720, 730, 742, 750 y 755 CC además de en diversas disposiciones de Derecho foral.

¹⁵² Cfr. LLEDÓ YAGÜE. Op. Cit. Pág. 802. Véase también al respecto PÉREZ ARDÁ. "Caducidad de los testamentos especiales". En RGLJ, 1909.

¹⁵³ Son el caso del testamento abierto otorgado en inminente peligro de muerte o en tiempo de epidemia, el cual quedará invalidado si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte o cesado la epidemia (artículo 703 CC); el militar otorgado en campaña, que caduca cuatro meses desde que el testador abandone la campaña (artículo 719 CC); de similar modo el otorgado en peligro próximo de acción de guerra, que caduca en el momento en que pase el peligro en cuya consideración se testó (artículo 720 CC); los abiertos o cerrados otorgados durante un viaje por mar, que caducan a los cuatro meses de desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar de forma ordinaria (artículo 730 CC); finalmente, el otorgado en peligro de naufragio, que caducará si se testador supera el peligro en razón de la cual fue otorgado. Vid. SANTOS BRIZ. Op. Cit. Pág. 371.

¹⁵⁴ Es el caso en que caduca el testamento ológrafo ordinario que deberá presentarse para su protocolización al juez de primera instancia del último domicilio del testador o al del lugar donde hubiera fallecido dentro de los cinco años a partir de la fecha del fallecimiento (artículo 689 CC). De

expuestos, no es posible que un testamento caduque, pues tal lista es cerrada a los casos no prevenidos expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, como se desprende del tenor del artículo 743 CC y debe quedar bien claro que una cosa es la caducidad y otra diferente la prescripción, de la cual, por tanto, no es posible extrapolar a la caducidad su régimen de cómputo de plazos ni el de su interrupción.

Las consecuencias de la caducidad se producen de pleno derecho, dando paso a las situaciones previstas legalmente como si tales negocios (o las partes de ellos afectadas por la caducidad) no hubieran tenido lugar, asemejándose en la producción de efectos a los nulos en sentido estricto¹⁵⁵. Así, el negocio caducado, que generalmente no habrá desplegado ninguno de sus efectos antes de llegar a esa situación, es como si no hubiera sido otorgado nunca, y dará lugar a la apertura de la sucesión intestada si es que el testador no previno una solución diferente. Finalmente, esta figura afecta siempre al testamento en su integridad, no es posible que caduquen las singulares disposiciones testamentarias¹⁵⁶.

igual modo el otorgado en inminente peligro de muerte o época de epidemia cuando fallecido el testador en las circunstancias en que otorgó el testamento y no se acude ante el tribunal competente dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento (artículo 703 CC). El militar caduca si no se entrega al Auditor de guerra o funcionario de justicia que siga al ejército lo antes posible (artículos 718 y 720 CC). Por último, el marítimo que no se formalice ante el funcionario competente a la mayor brevedad (artículos 718, 720 y 731 CC). Como norma general aplicable a todas las modalidades de testamento común abierto otorgado sin intervención de notario, el artículo 704 CC ordena que caduquen si no se elevan a escritura pública de acuerdo con los artículos 1943 y SS y 1956 y SS. de la Ley de enjuiciamiento civil. Vid. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 490. SANTOS BRIZ. Op. y loc. Cit. nota anterior.

¹⁵⁵ Como constata GARCÍA AMIGO (*Instituciones de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 879) se diferencian principalmente en que en la caducidad nunca hay efectos retroactivos por su propia naturaleza y la del acto al que afecta, porque la caducidad opera y se produce al margen de la autonomía de la voluntad, mientras que los negocios nulos operan claramente circunscritos a ella, pudiendo incluso llegar a producir delitos, cosa que nos posible para la caducidad.

¹⁵⁶ Cfr. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 464.

CAPÍTULO TERCERO

La construcción conceptual de la nulidad parcial en nuestro
ordenamiento jurídico

1. La problemática de la nulidad parcial: calificación jurídica e interpretación del negocio.

A. Tratamiento de la nulidad parcial.

El principio de la nulidad parcial de los negocios jurídicos en general proviene del brocardo latino *utile per inutile non vitiatur*, como ya concluimos en el análisis histórico de esta figura centro del presente estudio. El Código civil español carece, se ha dicho y se repetirá, de una norma concreta que la regule en conjunto, sea directamente o para algún negocio concreto, aunque no es el caso de otros códigos de nuestro entorno¹, que sí lo hacen, con mayor o menor fortuna, pero en todo caso con el mismo objetivo de salvar, cuando sea posible, aquella parte que no ha sido afectada por el vicio, y que éste pueda así desplegar alguno o todos los efectos para los que fue concebido. Pero esto no quiere decir que la nulidad parcial se encuentre excluida de nuestro sistema jurídico, pues sí se encuentra recogida en diferentes normas dispersas en el Código y en algunas leyes especiales: la Ley española resuelve implícitamente la problemática de esta figura como aquella referida al enfrentamiento parcial a una norma imperativa u otra causa que el ordenamiento sanciona con la nulidad, quedando así válida una parte².

La doctrina civilística española no le ha prestado prácticamente atención a esta figura, no pasando su estudio de breves referencias en manuales y obras generales y unos pocos trabajos monográficos, relativos en mayor o menor medida a la nulidad parcial³. Es posible que a ello hayan contribuido, por un

¹ Así, el artículo 1419 del Cci, art. 139 del BGB alemán, art. 878 del austríaco, art. 292 del portugués, art. 20.2 del Código de obligaciones suizo, art. 181 del Código civil griego, art.153 del brasileño, etc.

² También el ordenamiento jurídico francés carece de una norma específica que regule la institución de la nulidad parcial, pero sí la admite, de igual manera que el español, de manera implícita en disposiciones concretas, así como por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Para más detalles nos remitimos al capítulo en el que trataremos la nulidad parcial en el Derecho comparado.

³ De entre las obras generales pueden consultarse: SANCHEZ ROMAN. *Estudios de Derecho civil*. Tomo IV. Madrid, 1899. Pág. 366. ALBADALEJO. *Derecho civil*. Tomo I, vol. 2º. Págs. 468 y SS. Barcelona 1983. CASTÁN. *Derecho civil español común y foral*. Tomo I, vol. 2º. Madrid 1987. Pág. 945. DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Tomo I. Madrid, 1987. Pág. 305; junto a

lado, la ya mencionada carencia de una norma reguladora de la institución en nuestro Código civil, y, por otro lado, la siempre pantanosa teoría de la invalidez e ineficacia negociales, donde todo es discutible y cada uno mantiene su propia teoría, muchas veces con posturas irreconciliables con las de otros autores, por lo que a menudo se considera más apropiado dejar enunciado el tema y no entrar a tratarlo con una cierta profundidad, sin tomar una posición o partido dentro de las discusiones que en torno a las dudas dogmáticas se plantean. Pero resulta sorprendente que tanto en España como en otros países de nuestro entorno, como Francia o Italia, la figura de la nulidad parcial se comienza a tratar bien entrado el siglo XX, cuando nace y es aplicada ya en el Derecho romano, quienes la conocieron y utilizaron, como vimos al tratar la parte histórica. Por otro lado articular una teoría general para la nulidad parcial que englobe, no ya la totalidad, la mayoría de las hipótesis que pueden presentarse dándoles una solución homogénea entraña una gran dificultad.

El concepto de nulidad parcial podemos así calificarlo de nuevo, nacido de las necesidades jurídicas de dotar de revestimiento jurídico-normativo y conceptual al principio del *favor negotii* y como consecuencia de las necesidades sociales y económicas de nuestro tiempo⁴, aunque su origen sea romano y su

GULLÓN. *Sistema de Derecho civil*. Tomo II. Madrid, 1983. Pág. 115. ESPIN. *Manual de Derecho civil español*. Tomo III. Madrid, 1983. Pág. 451. LACRUZ. *Elementos de Derecho civil*. Tomo II, vol. 2º. Barcelona, 1987. Págs. 373 y SS. LASARTE. *Curso de derecho civil patrimonial*. Madrid 1990. RAGEL. *Manual de Derecho civil. Obligaciones y contratos*. Cáceres, 1997. Pág. 225. ROMÁN GARCÍA. *Derecho de sucesiones*. Madrid, 1999. Pág. 165. Le prestan mayor atención obras referidas específicamente al negocio jurídico como son: ALBADALEJO. *El negocio jurídico*. Madrid, 1958. DE CASTRO. *El negocio jurídico*. Madrid, 1971. DORAL. DEL ARCO. *El negocio jurídico*. Madrid, 1982. GULLÓN. *El negocio jurídico*. Madrid, 1969. DE LOS MOZOS. *El negocio jurídico*. Madrid, 1987. ALFARO. *Condiciones generales de la contratación*. Madrid, 1991.

Las únicas monografías españolas dedicadas a la nulidad parcial son: GOMEZ DE LA ESCALERA. *La nulidad parcial del contrato*. Madrid, 1995. MARIN. *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos utile per inutile non vitiatur*. Barcelona 1990. PALOMEQUE. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*. Madrid, 1975. Si bien esta obra se centra más en aspectos de Derecho laboral que en los de Derecho civil. RUIZ MUÑOZ. *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*. Valladolid, 1993. También hay publicados una corta serie de artículos en revistas o capítulos de libros colectivos, que son: GOMEZ MARTINHO-FAERNA. "La nulidad parcial de los negocios jurídicos". En *Estudios de Derecho privado*, dirigidos por MARTINEZ RADIO. Madrid, 1962. GORDILLO. "La nulidad parcial del contrato con precio ilegal". En *ADC*, 1975. LOPEZ FRIAS. "Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español". En *ADC*, 1990.

⁴ Para ROYO MARTINEZ en su artículo "Transformación del concepto del contrato en el Derecho moderno" (en *RGLJ*, 1945. Pág. 159), se hace necesaria la ruptura del dilema de elegir necesariamente entre nulidad plena o validez plena y que aparezca un *tertium genus*, que él

desarrollo dogmático decimonónico; la nulidad parcial no es, pese a ello, un fenómeno de escasa utilización en la práctica⁵. Se atribuye por la doctrina francesa a JAPIOT el haber sido el primero en llamar la atención sobre la necesidad de un nuevo planteamiento de la teoría de las nulidades en el sentido de darle la importancia, no a la noción, sino a la sanción de la nulidad, la cual debe adaptarse al fin de la norma: no se habla de nulidad parcial como tal, pero ya aparece considerada como sanción suficiente para la consecución del fin de la norma de Derecho prohibitivo, basada en el interés general y la seguridad en los negocios⁶, y comienza a plantearse la posibilidad de que la regla sea la nulidad parcial y no la excepción, pues los actos jurídicos han de resolverse únicamente en los casos en que no hay remedio posible para ellos y se haga absolutamente imprescindible. Así la nulidad parcial se convertiría en una tercera categoría, a añadir a la nulidad en sentido estricto y la anulabilidad (intermedia entre ambas, como una “nulidad relativa o de orden público”⁷), dentro de las figuras integrantes de la invalidez del negocio jurídico y no como una subcategoría de la nulidad en sentido estricto, aunque ello no es pacífico entre la doctrina y la mayoría de autores no reconozcan tal independencia.

La nulidad parcial es una categoría dogmática de extraordinaria importancia que no ha recibido por parte de la doctrina un estudio crítico adecuado orientado a su aplicabilidad práctica, a pesar de ser de notable interés

denomina “revisabilidad del contrato” (que es un concepto bastante confuso) que implicaría una actitud integradora del contrato en ámbito del derecho privado. La revisión del negocio es una opción frente a su nulidad radical, anulabilidad o rescisión; tal opción ofrece en muchos casos una facilidad para poner fin a la anormalidad negocial que tales figuras no siempre ofrecen, con la ventaja añadida de conservar el negocio vivo en lo que no esté afectado por la anormalidad.

⁵ Sorprende, como indica SIMLER (*La nullité partielle des actes juridiques*. París, 1969. Pág. 2), que la nulidad parcial sea un fenómeno que se califica de “nuevo” y falto de un estudio como realidad jurídica autónoma, reconociendo que es una noción confusa pero a la vez unida a una concepción más dinámica de la teoría de las nulidades jurídicas, pero que es a la vez una expresión que sorprende al jurista francés porque son muy pocos los que la utilizan.

⁶ Cfr. MARIN. Op. Cit. Págs. 97 y 98.

⁷ Así es como defiende que se debe calificar la nulidad parcial PACCHIONI. *Diritto civile italiano*. Tomo II. Pág. 191. Milán, 1939.

no sólo teórico, sino también de utilidad real⁸. Desde el punto de vista teórico, el interés de la nulidad parcial reside en la comprensión de la correlación existente entre ella y la nulidad total para así poder conocer bajo qué presupuestos un negocio jurídico creado para producir unos ciertos efectos pueda, a pesar de incurrir en defecto insubsanable una parte de su estructura, conservarse vivo y producir efectos, aunque sean de menor intensidad que los originalmente previstos por las partes. Desde un punto de vista práctico es interesante porque nos va a aportar la opción de ver los casos en que un negocio que no es totalmente nulo no caiga en la sanción de nulidad total y pueda, por tanto, producir los efectos propios de la validez que aún conserve⁹.

De hecho no hay un tratamiento unívoco de la nulidad parcial en el Derecho comparado: lo normal en una situación de incertidumbre jurídica que se deja ver a través del planteamiento de la duda de si debe optar por el mantenimiento del negocio o por su desaparición. La respuesta a este dilema será el tratamiento que se le de a la nulidad parcial por el ordenamiento de que se trate, el cual, desde su planteamiento, debe tender a evitar soluciones que conduzcan a enriquecimientos o empobrecimientos injustos por alguna de las partes: por ello las generalizaciones son peligrosas y sea complicado, o imposible bajo las premisas que barajamos a juzgar por la ausencia de una solución de carácter general al problema, dar con el común denominador aplicable todo supuesto de este tipo, sin referencia a la voluntad y a los proyectos de las partes. Por el momento, lo único que se puede recomendar es

⁸ Tal afirmación ya la hace BOLOGNA (*Considerazioni sulla nullità parziale nei negozi giuridici*. En *Giur. Compl. Cass. Civile*, 1951, III, pág. 1110) respecto de la doctrina italiana, pero puede perfectamente trasladarse al estado actual de la institución, al menos para con la de nuestro país.

⁹ La defensa de los argumentos favorables al estudio de la nulidad parcial como fenómeno jurídico autónomo, y no meramente dependiente de la nulidad total, la propone CRISCUOLI. *Op. Cit.* Págs. 6 y SS. 130 y SS. Mantiene CRISCUOLI que la nulidad parcial mantiene una posición propia característica dentro del campo de las patologías negociales, a la vez que llama la atención sobre la poca atención que los tratadistas prestan a esta institución, haciendo una enumeración de los que lo hacen (vid por todos CRISCUOLI. *Op. Cit.* Pág. 4 nota 1). Lamentablemente, la lista no es fácilmente ampliable, pues la atención no se ha incrementado notablemente desde los años en que escribió su monografía.

recurrir al principio de la buena fe¹⁰, para así evitar efectos no deseados como consecuencia de la aplicación (o no) del régimen de la nulidad parcial¹¹.

B. Tipología de la nulidad parcial y unidad de actuación.

Ya el profesor DE CASTRO decía que es necesario distinguir, estudiar y tratar por separado tres diferentes supuestos de nulidad parcial, de acuerdo con el Código civil y la jurisprudencia¹²:

1º) Nulidad parcial por mandato de la Ley. Es el supuesto de reducción de aquello que exceda los límites permitidos; por lo tanto, se mantiene la validez de la prestación, pero ajustándola a los límites legales establecidos. El Código no contiene una regla general que admita o regule esta posibilidad en general, sin embargo sí contiene artículos en los que se establece que la nulidad de una determinada cláusula o parte del negocio no afectará a la validez del negocio¹³.

¹⁰ Acerca del principio de buena fe, véanse: GÓMEZ ACEBO. "La buena y la mala fe. Su encuadramiento en la teoría general del Derecho". En RDP, 1952. DE LOS MOZOS. *El principio de buena fe*. Barcelona, 1965. MARTÍNEZ-CALCERRADA. "La buena fe y el abuso del Derecho". En RDP, 1979. LASARTE. "La integración del contrato: sobre la buena fe en la contratación". En RDP, 1980. Págs. 65 y SS. FERREIRA RUBIO. *La buena fe: el principio general en el Derecho civil*. Madrid, 1984. MIQUEL GONZÁLEZ. "Observaciones en torno a la buena fe." En *Homenaje al profesor Juan ROCA JUAN*. Págs. 497 y SS. Murcia 1989. GUARINO. "Il principio della buona fede nella interpretazione del negozio giuridico". En *Giurisprudenza completa de Cassazione civile*, 1941. SACCO. *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di Diritto privato*. Turín, 1949. CRISCUOLI. "Buona fede e regionevolezza". En RDC, 1984. NANNI. *La buona fede contrattuale*. Padova, 1988. VOVIN. *La bonne foi. Notion et role actuel en droit privé français*. París, 1939. VV.AA. *Studi sulla buona fede*. Milán, 1975. WIEACKER. *El principio de la buena fe*. Trad. Española de CARRO. Madrid, 1977.

¹¹ Así se expresa ROPPO. "Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede". En RDC, 1971. Pág. 715; y también GANDOLFI. "Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto". En RTDPC, 1991. Págs. 1058 y SS. Pero parece una solución poco ambiciosa de cara a la elaboración doctrinal de la figura, como un cajón de sastre al que recurrir cuando no se sabe ya que hacer con la situación de hecho a la que nos enfrentamos, denotando bien una desconexión entre realidad y elaboración doctrinal, o una insuficiencia de ésta última. En el ámbito testamentario incluso, según JORDANO BAREA (Cfr. *La interpretación del testamento*. Pág. 69. Barcelona, 1958; también son de la misma opinión: MOSCO. *Principi sulla interpretazione dei negozi giuridici*. Pág. 155. Nápoles, 1952. SALEILLES: *De la déclaration de volonté*. Pág. 227. París, 1929) no cabe la aplicación del principio de buena fe: art. 1258 CC.

¹² Cfr. DE CASTRO. Op. Cit. Págs 491 y SS.

¹³ Se tendrán las cláusulas por no escritas, y en el caso de que sean declaradas nulas, no harán nulo el negocio, como, por citar algunos, los artículos de nuestro Código civil 641, 767, 865, 1155, 1260, 1317, 1608, etc. Para otros preceptos, lo que se ordena es la reducción de la prestación conforme a lo establecido por la Ley para los casos en que la prestación pactada exceda lo permitido, ya sea, como en algunos casos, en relación a la cantidad (por ejemplo los arts. 636, 817, 1795, 1826 CC) o al tiempo (arts. 400, 515, 1508 CC).

2º) Nulidad parcial conforme a la interpretación legal del negocio. Es el caso de la posible validez excluyendo la parte tachada de nulidad, como un problema de interpretación del negocio y también de la Ley; para ello habremos de considerar si el negocio es divisible o indivisible (de contenido plural o unitario), siendo favorable en el primer caso¹⁴, teniendo en cuenta si la aplicación del régimen de la nulidad parcial corresponde o no al propósito negocial, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, naturaleza de éste y las exigencias de la buena fe, de acuerdo con el art. 1258 CC.

3º) Nulidad parcial para evitar el fraude de ley. Para evitar el fraude masivo a la Ley, se hace, en ocasiones, necesario conservar el negocio válido y eliminar los pactos o condiciones nulos. Tal extremo es consecuencia de las leyes especiales protectoras de los estratos sociales más débiles, como son las de arrendamientos urbanos y rústicos, usura, estatuto de los trabajadores etc. Si las ventajas establecidas imperativamente por ellas pueden ser dejadas muertas mediante la inclusión de una cláusula contractual por la parte más fuerte, la protección quedaría sin sentido. En realidad, esta técnica es equivalente a la sustitución de cláusulas negociales¹⁵.

A pesar de ser los tres supuestos expuestos se denominan de nulidad parcial, puede apreciarse que son muy distintos: ello va a ser causa de que alcanzar un concepto y tratamiento jurídico que los abarque unitariamente va a

¹⁴ En contra se muestra MAZEAUD (*Lecciones de Derecho francés*. Trad. española de ALCALA-ZAMORA. Tomo II, parágrafo 329. Buenos Aires, 1960) basándose en el artículo 1172 de su Código civil, correspondiente al artículo 1116 de nuestro CC, entendiendo que el contrato será totalmente nulo si constituye una unidad indivisible con la cláusula nula y que se mantendrá la validez de éste en el caso de que, a pesar de la ausencia de la cláusula, no se rompa la "economía del contrato". Pero el TS ha estimado que nuestro art. 1116 se ha separado del 1172 francés, y que aunque una condición resulte imposible, ello no opera automáticamente la nulidad de todo lo estipulado (véase la STS de 27 de mayo de 1958 (RJA 2103)).

¹⁵ Así se desprende de la antigua Ley de arrendamientos rústicos, que en su artículo 1º, párrafo 1 decía, refiriéndose a las normas de carácter imperativo y modificación por pacto en contrario de las partes, que "...las cláusulas de esta naturaleza se tendrán por no puestas y serán sustituidas por las disposiciones legales que la regulan". El TS, por otro lado, se ha manifestado a favor de la utilización de la nulidad parcial para evitar el fraude de ley en relación a diferentes leyes especiales de las mencionadas; véase al efecto, entre otras, la STS de 3 de marzo de 1962 (RJA 1205).

ser difícil¹⁶. En cualquier caso, nuestra doctrina ha llevado el tema de la nulidad parcial en aquellos casos en que es necesario recurrir a la interpretación del propósito de las partes al terreno de la voluntad hipotética de éstas, inspirados por la doctrina alemana e italiana principalmente¹⁷, dando pie al aspecto voluntarista para alcanzar, o no, el mantenimiento en vida del negocio mutilado, o sea, sin la parte afectada por el vicio¹⁸. Pero tal voluntad hipotética de las partes no es conocida por el receptor, esto es, ésta como tal no existe directamente¹⁹, y se hace necesario acudir a datos que nos permitan conocer cual es su intención, sacándola a la luz. Se convierte así el problema de la nulidad parcial en un problema de interpretación del negocio y de la Ley²⁰, para que la validez parcial corresponda o no al propósito concreto de las partes, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la naturaleza de éste y las exigencias de la buena fe, pues sería contrario a tales que una de las partes

¹⁶ De hecho, CASTÁN (Op. y loc. Cit.) estima que se debe hablar de nulidades parciales como concepto plural, en vez de nulidad parcial en singular. Por su parte LACRUZ (*Elementos de Derecho...* Cit. Tomo II, vol. 2º. Pág. 294) reconoce que no es posible, aceptando de entrada el planteamiento tripartito de DE CASTRO, extraer un criterio general unívoco para la nulidad parcial a partir de los diferentes artículos del Código que la tratan; prefiere, para poder extraer conclusiones más congruentes, hablar de eficacia de la parte sana que de invalidez de la de la parte afectada por la irregularidad o anormalidad, siempre que se den las condiciones de respeto al propósito de las partes y que la regulación resultante atienda suficientemente tal voluntad. De igual manera se manifiesta DÍEZ-PICAZO (*Eficacia e ineficacia...* Cit. Pág. 829. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Pág. 295) al inclinarse más por la eficacia parcial del negocio como medio para reconstruir la teoría de la nulidad parcial desde el punto de vista de su regulación positiva. Así, a partir de la nulidad parcial es posible concluir que el negocio no se resuelve, cuando estos autores defienden que el planteamiento debería ser el inverso: partiendo de la existencia previa del negocio, lo que procede es analizar si la aparición de un vicio que provoque la nulidad de una parte de éste debe conducir a su extinción o no, y en este último caso se procederá a las adaptaciones necesarias para su acomodación a la legalidad necesaria.

¹⁷ Cfr. RUIZ MUÑOZ. Op. Cit. Pág.103.

¹⁸ Al respecto DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Pág. 294. GORDILLO. Op. Cit. Pág. 183. LACRUZ. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo II, vol. 2º. Pág. 373.

¹⁹ Siguiendo la doctrina italiana se encuentra la española en este sentido. Vid: BETTI. *Teoría general...* Cit. Pág. 388. STOLFI. *Teoría del negocio jurídico*. Trad. Española de SANTOS BRIZ. Madrid, 1959. Pág. 81. CARIOTA FERRARA. *El negocio...* Cit. Pág. 301. Pág. 363. SACCO. "Il contratto". En *Trattato di Diritto civile* dirigido por VASALLI. Tomo II, vol. 6. Turín, 1975. Pág. 856. RESCIGNO. *Manuale del Diritto privato italiano*. Nápoles, 1987.

²⁰ Vid. DE CASTRO. Op. Cit. Pág. 493. LASARTE. *Curso de Derecho...* Cit. Pág. 458. GORDILLO. Op. Cit. Pág. 187. SOTO NIETO. "Nulidad de los contratos", en NEJ. Pág. 677. TAMPONI. "Contributo all'esegesi de l'articolo 1419 Codice civile". En RTDPC 1978. Pág. 156.

intentara liberarse de la obligación contraída, so pretexto de una pretendida nulidad parcial (especialmente si fue ella misma quien la preparó)²¹.

Cuando la Ley resuelve directamente la cuestión de si debe sobrevivir el negocio mutilado o si debe ser nulo totalmente, sin dejar lugar a especulaciones interpretativas, no se plantea conflicto alguno: es el caso de los preceptos concretos, algunos ya mencionados, del Código y los contenidos en las leyes especiales de nuestro ordenamiento jurídico que se plantean la cuestión. Pero en los casos no previstos específicamente por las leyes, se ha de recurrir al sentir implícito de las partes y al fin práctico por ellas perseguido, sin dejar de lado los fines generales que marca la Ley. Si el objetivo pretendido por las partes y aquél perseguido por la legalidad vigente no fueran coincidentes, esto es, si éstas, en el legítimo ejercicio de su libertad para obligarse en el modo deseado *ex art.* 1255 CC, elaboran un negocio el cual trae como consecuencia algún efecto atentatorio contra una norma jurídica, aún partiendo de un supuesto de hecho regulado de idéntica manera tanto en la Ley como en él, se plantearía un conflicto en el cual la autorregulación privada ha de caer ante la norma imperativa, por elaborarse con efectos ilícitos²².

C. Fundamento de la nulidad parcial.

Hemos visto que se intenta justificar la aceptación de la teoría de la nulidad parcial en nuestro ordenamiento por la existencia de normas sueltas en él que la recogen. Pero una parte de la doctrina va más lejos y entiende que la nulidad parcial tiene su base jurídico-positiva en la interacción de los artículos 6.3 y 1255 CC con los relativos la interpretación de los contratos²³, artículos 1281

²¹ Cfr. DE CASTRO. Op. Cit. Pág. 494.

²² Así se expresa DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 295. Siguiendo tal teoría: RUIZ MUÑOZ. Op. Cit. Pág. 107.

²³ Sobre la interpretación del negocio jurídico en general: TRAVIESAS. "Los negocios jurídicos y su interpretación". RDP, 1926. ALBADALEJO. "La forma y la interpretación del negocio jurídico". Separata de la Revista de la Universidad de Oviedo, 1958. BETTI. "Le categoria civilistiche dell'interpretazione". En Rivista italiana delle scienze giuridiche, 1948. MOSCO. *Interpretazione dei negozi giuridici*. Nápoles, 1952. GRASETTI. *L'interpretazione del negozio giuridico*. Padova, 1983. DANZ. *La interpretación de los negocios jurídicos*. Trad. Española de BONET RAMON. Madrid, 1955. También sobre la interpretación de los contratos y, en especial, del testamento *ex*

a 1289 CC²⁴. En efecto, una de las funciones de la interpretación es la reconstrucción de la regla negocial en los casos en que esta necesita bien ser completada o bien reformada²⁵; el TS ha concretado que hay dos fases en este proceso: primero, fijar los elementos de hecho sobre los que ha de operar, determinando qué fue lo expresado por los intervinientes en el convenio, forma adoptada para expresarla, su contenido y motivación, fidelidad o discordancia entre lo querido y lo expresado etc. y segundo, conjugar los anteriores con la finalidad perseguida con el otorgamiento del negocio²⁶.

La interpretación, como actividad encaminada a fijar el ámbito y la extensión de los efectos que las partes pretenden alcanzar, se coloca como una fase intelectual intermedia entre las del juicio de validez del negocio y la de su

artículo 675 CC: PUIG BRUTAU. "La interpretación del testamento en la jurisprudencia." En AAMN, 1952. JORDANO BAREA. *La interpretación del testamento*. Barcelona, 1958. "La interpretación de los contratos". En Revista de la Academia Sevillana del Notariado. Madrid, 1988. SIMÓ SANTOJA. "La interpretación de las disposiciones *mortis causa*". RDP, 1961. BAGLIETTO. "Riconoscimento di proprietà a favore di alcuni eredi, interpretazione del testamento, e rilevanza dei motivi". En *Giurisprudenza di merito*, 1974. CENTELEGHE. "Interpretazione delle clausole testamentarie e principio di conservazione". En *Rivista del notariato*, 1973. CIAN. *Forma solenne ed interpretazione del testamento*. Padova, 1969. DE CUPIS. "Il principio di conservazione nell'interpretazione dei testamenti". En *Diritto e Giurisprudenza*, 1947. FERRERO. "Interpretazione testamentaria, *negotium mixtum*, colazione". En *Giurisprudenza italiana*, 1984. GRASSETTI. "La natura dei fatti e l'interpretazione del testamento". En *FI*, 1940. PRANDI. "Interpretazione del testamento, rilevanza dei motivi e *institutio ex re certa*". En *Foro padano*, 1974. RESCIGNO. *Interpretazione del testamento*. Nápoles, 1952. SCIALOJA, M. "Interpretazione testamentaria in riferimento ai criteri di delimitazione del potere di autonomia del testatore". En *Diritto e Giurisprudenza*, 1966. TRIOLA. "L'interpretazione del testamento". En *Vita notarile*, 1978. Deberán, además, tenerse en cuenta las previsiones de los arts. 57 y 59 CC sobre el matrimonio. Aunque no sean verdaderas reglas de interpretación, deben observarse las presunciones legales de variado valor (arts. 1249, 1251) que se encuentran en nuestro Código civil, unas veces sobre la existencia de un hecho o requisito (arts. 1262, 1277...) o sobre el sentido de una declaración (arts. 346, 1180...), también en materia de sucesiones (arts. 668, 772, 780...). Cfr. DE CASTRO. *El negocio...* Cit. Pág. 80, nota 8.

²⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. Op. Cit. Págs. 90 y SS. LACRUZ. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo I. Vol. 2º. Págs. 202 y SS. ALFARO. *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid, 1991. Págs. 336 y SS. Para RUIZ MUÑOZ, Op. Cit. Págs. 105 y SS, este debe ser un punto de partida, se hace necesario encontrar normas "de más amplia portada que den cabida a la nulidad parcial en sentido general, que la justifiquen, y nos den criterios orientativos". Para ello propone la utilización de las normas hermenéuticas del Derecho civil. Si bien los artículos 1281 a 1289 CC son referentes a los contratos y el artículo 675 CC se refiere al testamento, su eficacia, se entiende por la doctrina (Vid. CASTÁN. *Derecho civil español...* Cit. Tomo 1º, vol. II. Pág. 887) puede extenderse al resto de los negocios jurídicos, con las precisiones que, en su caso, sean necesarias para cada tipo concreto.

²⁵ El art. 1258 CC así lo referencia y otros casos así pueden exigirlo. Cfr. DE CASTRO. *El negocio...* Cit. Pág. 76.

²⁶ Véanse las SSTs de 8 de abril de 1921, 11 de abril de 1964 (RJA 1861) y 23 de noviembre de 1965 (RJA 5416).

posible ineficacia, aunque la distinción entre estos tres momentos no se den en la realidad como tales, pero sí se van a dar como exigencias del desarrollo de un proceso lógico así estructurado por el raciocinio jurídico²⁷: interpretar un negocio es declarar cual sea la virtualidad de las palabras en que se ha expresado la voluntad de las partes²⁸. Los elementos que integran la actividad interpretativa (llamados usualmente gramatical, lógico y sistemático²⁹) no pueden aislarse unos de otros ni ser escalonados como categorías o especies diversas de interpretación, pues no son más que medios o instrumentos que el intérprete ha de poner en juego dentro de un proceso unitario de este tipo con un fin único.

Los criterios de interpretación, sin embargo, no siempre serán idénticos, pues adoptarán caracteres diferentes según sea el objeto con el que haya que enfrentarse³⁰. Tal objeto puede variar de uno a otro y puede aparecer dentro de diferentes campos, no siempre sobre uno sólo, sino de varios simultáneamente, y por tanto susceptible de ser interpretado desde puntos de vista diferentes, dependiendo de cada uno de los diversos sectores sobre los que recae. Tales diferencias tienen su influjo sobre la actividad interpretativa en un doble sentido³¹: en primer lugar, la orientan mediante el principio denominado “canon de la adecuación del entendimiento” por el cual el intérprete, para poder reconstruir verdaderamente el acto, debe adecuarse al criterio que inspiró tal acto y desarrollar una actividad paralela a la de la interpretación para

²⁷ Cfr. RESCIGNO. Op. Cit. Pág. 338.

²⁸ Es la definición que proporciona LACRUZ. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo I. Vol. 2º. Pág. 283. Para CASTÁN la interpretación consiste en la indagación del significado efectivo y del alcance del negocio (Vid. *Derecho civil español...* Cit. Tomo 1º. Vol. II. Pág. 879); como bien se desprende todo negocio tiene necesidad de ser interpretado, tanto si ofrecen un significado claro, como si es dudoso (en contra de la máxima *in claris non fit interpretatio*) pues el encuentro de dos o más declaraciones de voluntad exige y presupone, ya de por sí, esta función.

²⁹ Cfr. CASTÁN. *Derecho civil español...* Cit. Tomo 1º. Vol. II. Pág. 885.

³⁰ Vid. GORLA. *L'interpretazione del Diritto*. Milán, 1941. Págs. 3 y SS. BETTI. “Le categorie civilistiche dell'interpretazione”. En *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 1948. Pág. 42. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milán, 1949. Pág. 182. MOSCO. Op. Cit. Pág. 9.

³¹ Cfr. BETTI. *Le categorie civilistiche...* Cit. Pág. 56. MOSCO. Op. Cit. Págs. 12 y 13.

conocerlo y, así, deberá reproducir en su proceso interpretativo lo que el autor del acto jurídico pensó y qué deseó con aquella manifestación de su voluntad en aquellas circunstancias y en aquél entorno; en segundo lugar se extienden a los medios de los cuales se vale el intérprete para llegar al conocimiento de los hechos, pues según sea la elección de éstos, según se persiga un objetivo u otro con esta actividad, tendrá un efecto directo sobre los resultados de ella.

D. El proceso interpretativo y la nulidad parcial.

La búsqueda del sentido de la declaración puede traducirse en tareas de distinta naturaleza. En lo referente al hecho, se habrán de establecer los datos conducentes a la determinación del hecho que se trate de interpretar y, por otro lado, se averiguará el sentido de tales actos, la intención del declarante o declarantes para celebrarlo. En lo referente a la cuestión de Derecho, se habrá de calificar el negocio atendiendo a su clase o tipo, para determinar la regulación jurídica concreta aplicable y, además, se deberá reconstruir la regla negocial, encaminada a reconstruir o reformarlo para que este sobreviva³²; quedan así enunciadas las tres funciones de la interpretación jurídica: declarativa, complementaria y reconstructiva que ahora veremos. El TS ha señalado, por su parte, que existen dos fases en la interpretación negocial: en primer lugar, la de fijar los elementos de hecho sobre los que ha de operar la interpretación, determinando cuál fue la manifestación de voluntad de quienes intervienen en el acto y en segundo lugar, integrarlos con la finalidad perseguida por las partes con el otorgamiento, revelando la naturaleza de éste y su calificación legal correspondiente³³.

³² Cfr. DE CASTRO. *El negocio...* Cit. Pág. 76. El profesor DE CASTRO, al tratar las labores de interpretación, está estableciendo, al mismo tiempo de dar los criterios que debe seguir el intérprete para realizarla de cara a un negocio, las pautas para hacer que desemboque en la conservación de éste, reestructurándolo de acuerdo con la voluntad de las partes celebrantes cuando adolece de un vicio anulante: este es, ni más ni menos, el principio inspirador de la categoría jurídica de la nulidad parcial.

³³ Véanse las SSTs de 8 de abril de 1921, 11 de abril de 1964 (RJA 1861), 30 de abril de 1964 (RJA 2165), 23 de noviembre de 1965 (RJA 5416) y 27 de octubre de 1966 (RJA 4768) entre otras. Además véanse: GARCIA AMIGO. "Integración del negocio jurídico". En RDN, 1980; y el comentario a la STS de 12 de noviembre de 1984 (RJA 5548) de VATTIER FUENZALIDA en CCJC, pág. 2145. Véase también: VATTIER. "La interpretación integradora del contrato en el Código civil". En ADC, 1987. Pág. 496.

La función declarativa, equiparable a la interpretación en sentido estricto, es la que pretende descubrir, traducir o explicar lo querido con la manifestación, penetrando en la conciencia del declarante, o sea, el testador; la complementaria consiste en, rebasando los límites estrictos de la interpretación, llenar las lagunas existentes y de necesaria existencia para la vida del negocio en nuestro caso el testamento, que el testador dejó patente en su declaración de voluntad, acudiendo a su voluntad hipotética, esto es, presumiendo qué es lo que hubiera deseado como un buen *pater familias* en aquél momento y bajo las circunstancias entonces imperantes si se hubiera planteado la cuestión³⁴. La función reconstructiva tendrá lugar en los casos en que, para que el negocio no decaiga en su existencia, se requiere alterar lo establecido en la declaración, si es que cabe, a juicio del intérprete y con el beneplácito legal en todo caso, sobre la base de inducir una voluntad hipotética favorable al cambio. Son estos dos últimos casos ejemplos en los que la nulidad parcial del negocio amenaza como presupuesto de actuación del intérprete.

De todos los extremos que comprende el negocio jurídico, la interpretación de éste debe atender, del modo que sea posible, a la voluntad real del celebrante, entendida como voluntad verdadera³⁵, *voluntas spectanda*, conocida a través de la declaración que ha realizado en orden a la formación de éste como medio de comunicación de tal voluntad espiritual interna a la realidad empírica exterior tangible para el intérprete. El objeto de la interpretación jurídica será siempre la voluntad intencional del testador, ya que los efectos del negocio jurídico dependen del encuentro de la voluntad privada y la de la Ley, subordinada la primera a la segunda; la esencia del problema de la interpretación radica en la búsqueda de la voluntad jurídica a través de una

³⁴ Cuando ello no resulte posible la solución consistirá en acudir a la integración de la regla negocial con las normas jurídicas hermenéutico-dispositivas de Derecho supletorio (Cfr. DE CASTRO. *El negocio...* Cit. Pág. 73).

³⁵ Es lo que el Art. 1281 CC denomina la intención común de las partes: es la voluntad real que presidió la formación y la celebración del contrato, es decir, la histórica y no la que las partes puedan tener en un momento posterior; es también la común de ambas partes y no la individual de alguna de ellas (Vid. GARCÍA AMIGO. "Interpretación del testamento". En RDP, 1969. Págs. 953 y SS. Díez-PICAZO. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 262).

interpretación normativa³⁶, teniendo bien presente que el objeto de esta última es siempre un acto volitivo.

Se debe tener presente que el resultado del proceso interpretativo no necesariamente conduce a un resultado coincidente con la verdadera voluntad que ha quedado inexpresada por el declarante³⁷. Esta nos va a decir únicamente que, del comportamiento observado en el que manifiesta sus propósitos en el negocio, puede deducirse una determinada voluntad que será estimada por el intérprete: que ésta coincida o no con la interna del declarante es algo de lo que quien realiza esta actividad no debe ocuparse, pues la interpretación de los negocios jurídicos se encuentra encaminada, por exigencia del Derecho positivo, a la búsqueda de la voluntad jurídica³⁸, lo cual no excluye en absoluto que si la interpretación se aleja en exceso de la real, el o los declarantes puedan demostrar tal distanciamiento cuando concurren los requisitos de impugnación necesarios en base a un vicio de la voluntad o a un error obstaculizante o malintencionado, pero ello no tiene nada que ver con la actividad hermenéutica, pues en tales casos el declarante puede optar por dejar el negocio sin eficacia, aunque no podrá sustituir la intención interna que dejó sin exteriorizar en su momento por otra nueva.

Por otro lado, el principio de la variabilidad de los resultados de la interpretación establece que, si se mutan los métodos y criterios, particularmente su calidad y cantidad, utilizados para ella, puedan cambiar los resultados de tal actividad. Este principio adquiere especial relevancia en los

³⁶ Vid. LARENZ. *Die methode der auslegung des rechtgeschäfts*. Berlín, 1930. Pág. 73. MOSCO. Op. Cit. Pág. 21.

³⁷ Vid. al respecto en el ámbito testamentario: JORDANO BAREA. "La voluntad verdaderamente última del testador en la teoría de la interpretación del testamento". En RDEA, 1960. Págs. 689 y SS. No se debe olvidar que la voluntad negocial se expresa con palabras normalmente y el receptor debe alcanzar a comprenderla por este medio sin utilizar elementos subjetivos que puedan alterar la objetividad del lenguaje a utilizar. Pero además, a tal dificultad se le debe añadir, para el ámbito específico de los negocios jurídicos, que se debe excluir del objeto de la interpretación la voluntad que quedó sin expresarse (Cfr. MOSCO. Op. Cit. Pág. 31).

³⁸ Vid. BETTI. *Le categoria civilistiche...* Cit. Pág. 52. CARNELUTTI. "L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione". En sus *Studi di Diritto processuale*. Vol I. 1925. Pág. 405. SALEILLES. *De la déclaration de la volonté*. París, 1929. Pág. 216.

casos de pluralidad de receptores de una, o unas, declaraciones de voluntad, pues el uso de uno u otro medio interpretativo varía en función de las circunstancias que permitirán al receptor de ella hacerla comprensible o no, pudiendo el resultado de esta actividad sobre una misma ser diferente para cada uno de los diversos destinatarios³⁹, pues, como se ha dicho, en ella, además de criterios objetivos generales, entran en consideración criterios individuales y subjetivos. El resultado práctico de la interpretación ha de ser siempre la fijación del sentido atribuible a las cláusulas y pactos negociales, con el objetivo de ser premisa encaminada a dar solución a las controversias mantenidas por las partes en sede de ejecución del negocio. Así, con arreglo a los resultados obtenidos, éste será⁴⁰:

1) Literal; cuando el sentido atribuido coincide con manera más normal, coloquialmente hablando, de entender las palabras y expresiones.

2) Restrictivo; cuando el sentido atribuido comporta limitar los derechos y deberes pactados.

3) Extensivo; si se extiende la lo interpretado en su eficacia a supuestos inicialmente no contemplados con anterioridad.

³⁹ Cfr. CARNELUTTI. Op. y loc. Cit. en nota anterior. MOSCO. Op. Cit. Págs. 31 y 32. Para este último, tal afirmación no debe sorprendernos, pues no es más que la consecuencia de la naturaleza positivista de la hermenéutica negocial y de la subjetividad propia de cualquier exégesis, derivada del hecho de la propia personalidad y psicología humanas, que contribuyen a la variabilidad de los resultados de los procesos de comprensión. Tal variabilidad tiene su consecuencia más sobresaliente en la divergencia que pudiera resultar de una interpretación opuesta por parte de un destinatario de una declaración y un juez, o incluso que la del juez no coincida ni siquiera con el sentido que el emisor de tal declaración quiso darle en el momento de hacerla. No hay al respecto en nuestro Código una norma que nos guíe en estos casos, quedando el recurso de acudir a la buena fe (respecto a lo cual nuestro Código guarda silencio, aunque la doctrina admita su aplicación en el ámbito interpretativo. Vid DE LOS MOZOS. *El principio...* Cit. Págs. 180 y SS), como hace el Cci específicamente en sus arts. 1366 y 1375 (“Il contratto deve essere interpretato secondo la buona fede”) entendida en este caso como que cada uno debe entender la declaración emitida por la contraparte y la suya propia, no a la luz de su exclusivo interés, sino observando también el interés de esa otra parte y considerándolos ambos en su justa medida. Cuando es el juez quien ha de interpretar, se dice (DANZ. Op. Cit. Págs. 73 y 82. ENNECCERUS. KIPP. WOLF Op. Cit. Tomo I, vol. 2. Pág. 641) que éste debe desprenderse de su personalidad en la medida de lo posible, evitando aplicar orientaciones provenientes de su propia subjetividad, e intentar meterse en la posición socio-económica de las partes, asimilando la concepción de éstas del negocio en las circunstancias en las que se celebró.

⁴⁰ Cfr. DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 270.

Cuando el negocio es ininterpretable, ininteligible o es imposible que pueda cumplir la función económico-social para la que las partes lo crearon puede hablarse de una interpretación derogatoria, esto es, conducente a la ineficacia del negocio⁴¹.

Como vemos, el proceso interpretativo del negocio se encuentra íntimamente ligado a la problemática de la nulidad parcial⁴², y, como tal, los estudiaremos unidos en ocasiones según se vaya avanzando en este trabajo, aunque quede claro que la exégesis de los artículos dedicados a la primera no son la solución definitiva a los problemas planteados por la segunda. Sí será de gran ayuda aplicada a diversos artículos del Código y otras leyes para intentar llevar cierta luz sobre tales cuestiones, tanto aquellos en los que se establecen soluciones concretas relacionadas con la nulidad parcial a problemas concretos, como aquellos supuestos que no encuentran un tratamiento legal específico pero que conllevan un problema relacionado con esta última. De hecho, la base tanto de la interpretación, como de los supuestos de nulidad parcial, es la identificación y consiguiente respeto al fin perseguido por las partes con la celebración del negocio.

Vemos que no es posible, pues, contradicción entre los fines perseguidos con una y otra. En el conflicto que plantea la nulidad parcial, lo que se verifica es una disparidad de criterios a seguir entre las partes, precisamente en orden a la determinación del fin práctico relevante; de ahí la necesidad de acudir, para solventar el conflicto, a las normas hermenéuticas, que de nuevo, a través del

⁴¹ Es el artículo 1289 CC el que establece que en los casos en que fuere imposible resolver las dudas planteadas por ninguno de los medios previstos en Derecho y estas recaen sobre el objeto principal del negocio, éste será nulo: se está violando la imposición del deber hablar claramente y dotar a la propia declaración de los requisitos necesarios para hacerla accesible y asequible al intérprete, a través de lo que el artículo 1281 CC denomina "términos claros" (Ver las SSTs de 17 de junio de 1970 (RJA 2977), 1 de marzo de 1971 (RJA 1197) y 20 de febrero de 1984 (RJA 694) entre otras muchas). Vid. CASTÁN. *Derecho civil español...* Cit. Tomo 1º, vol. II. Pág. 882. DÍEZ-PICAZO. *Op. y Loc. Cit. nota anterior.* LACRUZ. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo II, vol. 2º. Pág. 287.

⁴² Precisamente el mismo planteamiento de artículo 1289 párrafo 2º CC es la problemática que envuelve toda la nulidad parcial: posibilidad o no de alcanzar con la parte superviviente del negocio, el fin práctico perseguido por las partes (Vid. DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 259 y SS. GOMEZ MARTINHO-FAERNA. *Op. Cit.* Pág. 363. RUIZ MUÑOZ. *Op. Cit.* Pág. 139. SOTO NIETO. *Op. Cit.* Págs. 677 y SS).

artículo 1289 CC, nos llevan otra vez al principio, esto es, a poner de relieve la importancia del objetivo perseguido por las partes⁴³. Al no existir una dirección normativa clarificadora de las incertidumbres que a este respecto suscita la nulidad parcial, es consecuente acudir a las normas interpretativas, las cuales también acuden al fin práctico perseguido por las partes y a la pervivencia del negocio, cuando tal fin es alcanzable a pesar del cambio sufrido por él⁴⁴. Ese fin que persiguen las partes decaerá cuando éstas pierdan interés en que el negocio llegue a su conclusión, bien porque han alcanzado tal fin por otros medios, o bien porque tal fin se haya convertido en imposible de alcanzar: nos encontramos entonces ante la denominada frustración del fin del negocio⁴⁵.

⁴³ Vid. LACRUZ. Elementos... Cit. Tomo II. Vol. 2º. Pág. 289. RUIZ MUÑOZ. Op. Cit. Pág. 110.

⁴⁴ Puede pensarse que se forma así un círculo vicioso. La solución aportada por la doctrina consiste en considerar las normas interpretativas como base y presupuesto de la nulidad parcial (LACRUZ y RUIZ MUÑOZ. Op. y Loc. citadas ambas en la nota anterior) y no sólo en ordenamientos como el nuestro donde se carece de una norma general sobre la nulidad parcial, pues incluso en sistemas dotados de tal norma, el recurso a las reglas hermenéuticas es necesario al tocar la nulidad parcial en todo o en alguno de sus aspectos. Lo que hacemos así es hacer depender la nulidad, de una parte, de la interpretación que del negocio se realice, con las consecuencias que ello puede traer, y, por otra parte, trasladar la figura de la nulidad parcial al ámbito exegético, desplazándola de la de la invalidez negocial, al menos en parte. Esta teoría de efecto cíclico tiene su origen en la doctrina italiana, y nos dice que, para juzgar si una cláusula es esencial o no en el negocio, es necesario tener en cuenta éste en su integridad, desarrollando, para alcanzar tal conocimiento, una actividad interpretativa, pues lo que se hará entonces no es sino una indagación encaminada a alcanzar un conocimiento que no se tiene, a través de las declaraciones de voluntad plasmadas en el negocio (Vid. BIANCA. *Diritto civile*. Tomo III. Milán, 1987. Pág. 616. RESCIGNO. Op. Cit. Pág. 358).

⁴⁵ Véanse al respecto ESPERT. *La frustración del fin del contrato*. Madrid, 1968. ANGEL YAGÜEZ. ZORRILLA RUIZ. "La frustración del fin del contrato: obligaciones de medios y de resultados. Comentario a las SSTs de 3 de noviembre y 9 de diciembre de 1983". En ADC, 1985.

2. La autonomía privada en las disposiciones testamentarias y las obligaciones testamentarias derivadas.

El artículo 667 CC contiene la definición que el Código establece para lo que él entiende por testamento, no sólo por la letra del propio artículo, sino también por la posición sistemática de dicho artículo dentro de la sucesión testada (primero de la sección segunda del capítulo primero, título tercero, libro tercero titulada “De los testamentos” dedicada a la disciplina de los testamentos en general, la cual va precedida de una primera sección dedicada a la capacidad necesaria para poder disponer por medio de él): así, el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos, se llama testamento⁴⁶. Del testamento nacerán unas obligaciones testamentarias que dependerán de la configuración que de las mismas realice el testador dentro de los límites de la autonomía privada a través de las cláusulas⁴⁷; la validez o invalidez de tales cláusulas y obligaciones dependerá,

⁴⁶ Tal definición ha sido objeto de continuada crítica, ya desde los primeros tratadistas al tiempo de la promulgación del Código, hasta los autores más actuales, especialmente por considerarse incompleto e inexacto, o incluso inútil. Vid. SÁNCHEZ ROMÁN. *Estudios de Derecho civil*. T. VI. Vol. I. Pág. 202. Madrid, 1899 y la bibliografía allí citada. CASTÁN. “El problema axiológico en la sucesión testamentaria”. En RGLJ, 1948. ALBADALEJO. *Curso de Derecho civil*. Tomo V. Págs. 209 y SS. También en sus *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*. Tomo IX. Vol. 1-A. Págs. 96 y SS. Madrid, 1990. Es también criticada porque da la impresión de la letra del artículo que el contenido del testamento ha de ser siempre de contenido patrimonial, dejando la puerta cerrada a otro tipo de disposiciones, como el reconocimiento de un hijo natural, lo cual ha sido criticado por la doctrina (Vid. NOVOA SEOANE. “El testamento como Ley de sucesión y como disposición de voluntad en otros aspectos”. En RDP, 1915. ARMERO. *Testamentos y particiones*. Cit. Págs. 262 y SS. BELTRAN DE HEREDIA. “Reconocimiento de hijo natural en testamento”. En RDP, 1964. MARTINEZ CALCERRADA. “El testamento y su pretendida patrimonialidad”. En RDP, 1966. SAENZ DE SANTAMARIA. “Donación de órganos y testamento”. En La Ley, 1986. ROCA-SASTRE MUNCUNILL. *Derecho de sucesiones*. Tomo I. Pág. 94. Barcelona, 1989. DI MAURO. *Condizione illecite e testamento*. Nápoles, 1995. GIANPICCOLO. *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell’atto di ultima volontà*. Milán, 1954) y negado por la jurisprudencia (véase especialmente la importante STS de 22 de diciembre de 1964 (RJA 5905), apoyada por otras: STS de 6 de febrero de 1969 (RJA 648) y 9 de octubre de 1982 (RJA 5548). La reforma de la Ley 11/1981 al reformar el art. 741 admitiendo expresamente la posibilidad de que el testamento contenga el reconocimiento de un hijo natural, deja abierta la posibilidad de que el testamento contenga además de las disposiciones patrimoniales, otras disposiciones de carácter extrapatrimonial (Vid. LACRUZ. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 184. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. I. Pág. 8). Al respecto, véanse las SSTs de 6 de junio de 1986 (RJA 3293) y 30 de noviembre de 1991 (RJA 8582). Para una revisión de las disposiciones testamentarias atípicas en nuestro ordenamiento, vid: FERNANDEZ DEL MORAL. *Autonomía privada y testamento en Derecho común*. Granada, 1996.

⁴⁷ Vid ROMAN GARCIA. *Las obligaciones testamentarias en el Código civil español*. Madrid, 1995. BONILINI. *Autonomia testamentaria e legato*. Milán, 1990.

entre otros parámetros, de que se respeten esos límites. Así, el concepto, significado y funciones de la autonomía de la voluntad trasladados al ámbito de la sucesión testada, nos va a permitir comprobar la extensión y la intensidad que el poder individual ejerce sobre la eficacia del testamento. Entendemos la autonomía privada como el poder reconocido a los particulares para dictar normas plenamente eficaces en sus relaciones recíprocas⁴⁸; son las normas imperativas quienes se encargan de fijar los límites de semejante actuación, tratando de velar por los principios estimados esenciales por el ordenamiento, reconociendo al tiempo que la autonomía privada es un cauce para la realización de los intereses particulares en las relaciones sociales, a través de sus múltiples manifestaciones⁴⁹. Las ideas expuestas se encuadran dentro del espíritu del art. 1255 CC y los límites en él expuestos, reconociéndose un poder originario de relaciones jurídicas y regulador a su vez del contenido de ellas⁵⁰, con las limitaciones genéricas del Derecho (Ley, moral y orden público⁵¹) y las específicas para cada caso. De esta manera, aunque la voluntad es la Ley suprema que rige las relaciones entre particulares, no puede ignorar los

⁴⁸ Cfr. ALBADALEJO. *El negocio...* Pág. 35.

⁴⁹ Vid. ALBADALEJO. Op y loc. Cit nota anterior. DE AYMERICH. *Las cláusulas prohibitorias en los testamentos*. Pág. 106. Madrid, 1985. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN. *Las prohibiciones de impugnar el testamento en el CC español*. Pág. 46. Granada, 1986. FERRI, L. *La autonomía privada*. Trad. Española de SANCHO MENDIZÁBAL. Pág. 5. Madrid, 1969. STOLFI. Op. Cit. Pág. XXI. Para un punto de arranque en una indagación histórica del concepto de autonomía privada, véase CALASSO. Voz: "Autonomia: premessa storica". En ED, tomo IV. Págs. 349 y SS.

⁵⁰ Es el dogma de la de la autonomía de la voluntad que coloca a todo individuo con capacidad de obrar suficiente en una situación de igualdad para tomar las decisiones y crear las relaciones jurídicas que estimen oportunas: Vid. HERNANDEZ GIL. *Derecho de obligaciones*. Pág. 228. Madrid, 1983. Pero también la autonomía privada implica, en su caso, la sujeción a las limitaciones que se imponen por el ordenamiento a cada tipo negocial para tal poder de llenar de contenido una relación jurídica creada por las partes, no excluyéndose el acatamiento de las limitaciones legales a su ejercicio (Vid. ROCA GUILLAMÓN. *El contrato de factoring y su regulación*. Jaén, 1976. Pág. 39).

⁵¹ Al respecto véanse: ESPIN. "Las nociones de orden público y las buenas costumbres como límites de la voluntad en la doctrina francesa". En ADC, 1963. DORAL. *La noción de orden público en el Derecho civil español*. Pamplona 1967. MARTÍN-RETORTILLO. *La cláusula de orden público como límite (impreciso y creciente) al ejercicio de los derechos*. Madrid, 1975. DE CASTRO. "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor". En ADC, 1982. AMOROS GUARDIOLA. "Las limitaciones de la autonomía de la voluntad en el pensamiento de Federico de Castro". En ADC, 1983. PELLISÉ PRATS. Voz: "Orden público". En NEJ, tomo XVIII. FERRI, G.B. *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*. Milán, 1970. HACKET. *The concept of public order*. Washington, 1959.

principios que el ordenamiento impone: reglas integradoras de una de la conducta socialmente honesta y la protección de otros intereses privados dotados de una especial cobertura jurídica⁵². Este régimen de la autonomía privada también puede ser contemplado dentro del ámbito de la sucesión testamentaria, en cuanto a la facultad de disponer y la facultad de que tal disposición el testador la configure de acuerdo con sus deseos: el instrumento puesto al servicio de quien desea testar es el negocio jurídico testamentario, o si se prefiere, el testamento⁵³.

Es por ello que ha de plantearse cuales son los poderes facultades y límites con los que podrá actuar el testador, en uso de su autonomía privada, para el establecimiento de las disposiciones testamentarias, y, más importante aún, cuál es la posición de nuestro ordenamiento jurídico entorno a la autonomía privada en relación al contenido y validez del instrumento o de alguna de los singulares mandatos que en él se contienen. En este sentido, la ya vista consideración del testamento como un negocio *mortis causa*⁵⁴, determinará que las disposiciones tenga que desenvolverse dentro de los propios límites que se establezcan respecto de las manifestaciones de voluntad que realice el testador: la posición

⁵² Algunos autores califican tales limitaciones de crisis de la autonomía de la voluntad (Vid. CASTÁN. "La socialización del Derecho". En RGLJ, 1915. Págs. 279 y SS. OSSORIO MORALES. "Crisis en la dogmática del contrato". En ADC, 1952. Págs. 1175 y SS. DÍEZ-PICAZO. "Los llamados contratos forzosos". En ADC, 1956. Págs. 317 y SS. ROYO MARTÍNEZ. "Transformaciones del concepto..." Cit. Págs. 142 y SS. GORDILLO CAÑAS. "La nulidad parcial del contrato con precio ilegal". En ADC, 1975. Págs. 104 y SS. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Op. Cit. Pág. 46. GIORGIANI. "Il Diritto privato e i suoi attuali confini". En RTDPC, 1961. Pág. 395. SANTORO-PASSARELLI. "L'autonomia dei privati nel Diritto dell'economia". En *Saggi di Diritto civile*. Págs. 231 y SS. Nápoles, 1961. SAVATIER. *Les metamorphoses economiques et sociales du Droit civile d'aujourd'hui*. Págs. 20 y SS. París, 1952.), pero la autonomía de la voluntad no necesariamente ha de entrar en crisis porque el ordenamiento le imponga la limitación de no vulnerar legítimos derechos ajenos en el ejercicio de su igualmente legítimo desenvolvimiento en el marco de un Estado de Derecho, actualmente imperante, que desea evitar los abusos que un excesivo liberalismo en las relaciones jurídicas pudieran acarrear, vista la experiencia histórica decimonónica. Una adecuación a los tiempos de una noción jurídica concebida en otra época no ha de significar que ese concepto entre en crisis: contrato no es igual a liberalismo radical.

⁵³ La voluntad del causante, comprendida dentro de los límites fijados por el ordenamiento para ella, configura los contornos de la denominada libertad de testar fundamentada en la necesidad social de que los derechos de la persona y las relaciones jurídicas que el fallecido deja detrás no queden sin titular. Cfr. ROCAMORA VALLS. *Libertad y voluntad en el Derecho*. Pág. 165. Madrid, 1947; En general también: VIRGA. *Libertá giuridica e diritti fondamentali*. Milán, 1947.

⁵⁴ Véase el primer epígrafe del capítulo segundo.

que se adopte sobre los límites de la autonomía privada en relación al contenido de ellas determinará la mayor o menor amplitud de facultades del testador en la creación o establecimiento de obligaciones testamentarias en nuestro Derecho⁵⁵.

La autonomía privada se abre camino en el campo de la sucesión testada mediante el mencionado reconocimiento legal de la libertad de testar. De los artículos 609, 658 y 667, entre otros, podemos deducir que la sucesión *mortis causa* es una fórmula legal de transmisión de derechos y obligaciones; pero también podemos deducir que la Ley de la sucesión es la voluntad del testador⁵⁶, primacía que procede de la misma voluntad de la persona cuyas relaciones e intereses se tratan de regular en sede de su sucesión. El Derecho español acoge, en este sentido, un sistema en el que la voluntad privada desempeña un papel fundamental, de tal manera que la Ley, en sentido amplio, solamente entra en juego cuando no se encuentra manifestada ni es posible deducirla de ninguna manera, o bien, cuando conocida, debe ser limitada o ajustada en atención a concretos intereses protegidos jurídicamente que pudieran resultar dañados en el caso de no aplicar éstas o semejantes medidas⁵⁷. El particular encuentra la posibilidad de regular sus propios intereses para el momento posterior a su muerte (libertad de testar), pudiendo además dotar a tal poder de un contenido que él mismo está llamado a determinar (denominado poder de disposición): libertad de testar y poder de disposición componen el ámbito de la autonomía de la voluntad en el Derecho de sucesiones, sin olvidar las limitaciones que el ordenamiento impone a tales poderes del individuo, aún adaptadas a las particulares características del negocio testamentario.

⁵⁵ En efecto, las facultades del testador no son ilimitadas, a pesar de la antigua calificación jurisprudencial del testamento como “Ley suprema” y “Ley única imperativa y obligatoria” (Véanse las SSTs de 27 de enero de 1899 y 20 de marzo de 1918) en el establecimiento de las disposiciones testamentarias. Es aquí donde reside la conexión entre autonomía de la voluntad y negocio jurídico testamentario (el cual es considerado un negocio jurídico unilateral, con todas sus consecuencias). Cfr. ROMAN GARCIA. Op. ult. Cit. Pág. 74.

⁵⁶ Cfr. RUIZ-RICO RUIZ-MORON. Op. Cit. Pág. 52.

⁵⁷ Vid. ROYO MARTINEZ. *Derecho sucesorio mortis causa*. Pág. 87. Sevilla, 1951.

El individuo goza de la libertad, de acuerdo con lo expuesto, de acudir a la figura negocial testamentaria para ejercitar el derecho de dejar organizada la configuración de las relaciones jurídicas que ha mantenido en vida para el momento posterior a su fallecimiento, sin que se le imponga una configuración preceptiva que deba respetar, sino únicamente unos límites dentro de los cuales el testador debe actuar, resultando de la manifestación de tal voluntad un negocio que contendrá las normas que van a disciplinar la sucesión. La Ley autoriza al causante a disponer su herencia de modo distinto al previsto en la Ley mediante una declaración de voluntad que conocemos con el nombre de testamento⁵⁸; esta es la manifestación de la autonomía de la voluntad en el ámbito sucesorio, configurándose así éste como el acto de autonomía privada a través del cual el sujeto de derecho va a regular sus intereses (entendidos en sentido amplio) en la sucesión *mortis causa*, dándole el contenido que estime más adecuado según las finalidades que en concreto persiga conseguir⁵⁹. El que existan ordenamientos como el nuestro, que reconocen la libertad de disponer con carácter negocial derivado de la autonomía privada, no es óbice para que se establezcan a su vez unos límites (básicamente de carácter formal y de contenido) si bien éstos no lo hacen en otros ámbitos de tal esfera, de oportunidad, por otro lado, sobradamente justificada en base a que el causante, origen del acto de autonomía de la voluntad, no se encuentra ya presente y no se pueda afirmar válidamente que convierten la actividad del testador en la simple y única tarea de dar origen a una actividad de este tipo preestablecida por la Ley⁶⁰.

⁵⁸ Esta es la voluntad legal que se deduce de los arts. 658 y 667 CC, permitiéndose en nuestro ordenamiento, sin ningún tipo de dudas, la coexistencia entre la sucesión testada y la intestada. Cfr. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 12.

⁵⁹ Cfr. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN. Op. Cit. Pág. 54.

⁶⁰ Como afirma BIGLIAZZI GERI (*Il testamento*. Tomo I, pág. 63. Milán, 1976), el testamento no interviene limitándose a proponer una directriz subjetiva en orden a un negocio predeterminado independientemente de las reglas establecidas en él, sino que lleva a cabo tal negocio en el sentido y límites indicados, cumpliéndose así el fin que el fenómeno sucesorio pretende cumplir, y que únicamente en ausencia de declaración expresa del causante debe suplir la Ley.

Hemos de entender tal autonomía privada, no en un sentido amplio (poder de autodeterminación personal), sino en un sentido jurídico: siguiendo la definición de DE CASTRO, será aquél poder complejo reconocido a la personalidad para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social⁶¹. El testador, al emitir su declaración de voluntad encaminada a configurar las disposiciones ordenadas en el testamento, tendrá un amplio margen de autonomía, creando múltiples relaciones jurídicas en uso de ella, las cuales podrán tener un contenido atípico si así lo desea, siempre que se desenvuelvan dentro de los límites impuestos. Tales límites son, principalmente, los referidos a la imposibilidad de vulnerar las leyes imperativas y las leyes propias de la moral o el orden público. Su contenido, pues, desde la observación de la posibilidad de que se establezcan en el mismo relaciones jurídicas de carácter obligatorio que no proceden de la ley, sino de la propia emisión de la declaración de voluntad del causante⁶², vendrá limitado por la reglas mencionadas.

Hay que considerar que el testamento, como consecuencia de esa calificación negocial, posee una eficacia únicamente preliminar, que no le permite desplegar los efectos que le son propios en tanto en cuanto el testador permanezca con vida, puesto que el perfeccionamiento no se produce hasta que se materialicen los presupuestos de capacidad para suceder y de aceptación del llamamiento a la sucesión del heredero, lo cual no se produce en el momento del otorgamiento, sino en un momento posterior, el de la apertura de la sucesión testamentaria tras la desaparición del causante. Con lo cual, las

⁶¹ La utilización del término autonomía privada en el sentido de poder de autodeterminación personal ha sido muy criticado en la dogmática jurídica debido a su sentido etimológico, se ha continuado utilizando por su capacidad para evocar el significado general de la cuestión del ámbito de independencia y libertad dejado a cada persona en el Derecho privado, porque ha parecido ser de más peso tal utilidad que las consideraciones en contra (Cfr. DE CASTRO. *El negocio...* Cit. Pág. 12).

⁶² Así han de ser respetados por las obligaciones testamentarias y dentro de tal orden habrán de desenvolverse. Cfr. ROMÁN GARCÍA. Op. Cit. Pág. 78 y la bibliografía allí citada.

disposiciones se encuentran siempre sometidas a la condición de que el heredero posea la capacidad necesaria para suceder, y para que así el llamamiento a la sucesión pueda ser aceptado por el sujeto que ha de cumplir con el contenido de la obligación y a un término, cuyo vencimiento se verifica con la muerte del testador y la apertura de la sucesión testada⁶³.

Es acertado pensar que debido a la relación existente entre el contenido del testamento y la libertad de testar, los límites y la libertad de que goza el individuo a la hora de ordenar su sucesión, son trasladables a la libertad de configurar el contenido de éste⁶⁴. Tal libertad abarca tanto el contenido típico como el atípico, esto es, el testador es libre para introducir en el instrumento tanto disposiciones (que podemos considerar como actos unilaterales del causante) patrimoniales como extrapatrimoniales que no se puedan reconducir a la atribución que se realiza a través de la institución de heredero o el nombramiento de legatario, además de las expresamente admitidas por la Ley⁶⁵: ciertamente no hay en nuestro ordenamiento norma o principio alguno

⁶³ No se debe confundir esta afirmación con el caso en el que se impone una condición, ya sea suspensiva o resolutoria, o un término al llamamiento hereditario, en cuyo caso podrán existir múltiples modalidades, de acuerdo con la intención que el testador haya querido dar al alcance de dicha condición o término, tal como establece el CC en la sección 4ª, capítulo II del libro III (arts. 790 y SS). Como también será diferente el caso de imponer condiciones, suspensivas o resolutorias, o fijar un término a la configuración de las obligaciones testamentarias. Vid. LACRUZ. *Elementos de Derecho...* Tomo V, pág. 289 y la bibliografía allí citada.

⁶⁴ La libertad de testar se encuentra reconocida sin ningún género de duda en nuestro ordenamiento (arts. 658 y 669 CC) como manifestación típica de la autonomía de la voluntad en el ámbito testamentario más notoria, independientemente de las vacilaciones que pueda originar el establecimiento de su naturaleza jurídica (Vid. VALLET DE GOYTISOLO. "Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar". En ADC, 1966. Pág. 10), aunque tal libertad no se encuentra exenta de limitaciones, unas derivadas de la necesidad de disponer *mortis causa* necesariamente a través de un acto jurídico unilateral, personal y formal como es el testamento y otras derivadas de los límites que el legislador impone a ella (Vid. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN. "Los límites a la autonomía privada en el testamento". En AC, 1987. RAMS ALBESA. "Libertad civil, libertad de testar (notas para su formulación)". En *Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. Dr. José Luis Lacruz Berdejo*. Barcelona 1993. Págs. 695 y SS. FERNÁNDEZ DEL MORAL. Op. Cit. Pág. 22)

⁶⁵ Si bien tal afirmación no es pacífica entre la doctrina. Las opiniones en contra se fundamentan en la idea de la prevalencia del llamamiento legal sobre el testamentario para los casos en que la Ley no prevé expresamente la posibilidad de la existencia de contenido atípico del testamento. Así se expresan, por ejemplo: CICU. *Successione legittima e dei legittimari*. Págs. 11 y SS. Milán, 1941. SANTORO-PASSARELLI. "Vocazione legale e testamentaria". En RDC, 1942. Págs. 200 y 201.

que imponga un rígido sistema de tipicidad, en el sentido de límite a la introducción de cláusulas atípicas en el instrumento testamentario; por el contrario, es posible introducirlas siempre que reúnan ciertos requisitos de adaptación a la forma requerida, aún cuando la Ley no prevea una fórmula concreta en relación a ellas. El principal problema que es posible plantear, es cuál será la normativa aplicable a cada una de las disposiciones atípicas cuando aparezcan y no exista acerca de ellas previsión legislativa⁶⁶.

La regulación de cada una de las singulares disposiciones testamentarias queda determinada en la medida de que se trata de una declaración revestida de un modo particular de emisión y manifestación, dotada de unas particulares características. Partiendo de dicha conclusión, podemos determinar que el ordenamiento establece determinados requisitos en relación a las diferentes disposiciones contenidas en el testamento y que inciden en el contenido atípico (por supuesto también en el contenido más natural) de éste, revelando en este sentido gran importancia su carácter unilateral, personal y no recepticio⁶⁷,

Pero doctrina más reciente supera tales escollos estimando que la vocación legal no predomina sobre la testamentaria, pues los intereses jurídicos que una y otra amparan, si bien los protegidos por la primera son de orden superior, lo son únicamente para suplir la ausencia de la segunda, con el fin de cumplir la exigencia general de que siempre después de la muerte de una persona, se provea la sustitución en las relaciones jurídicas que de otro modo quedarían sin titular (Vid. BARBERO. *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*. Tomo V. Págs. 17 y SS. Turín, 1958. MAJELLO. "Filiazione illegittima e legittimazione". En *Commentario al Codice civile* dirigido por SCIALOJA e BRANCA. Libro primero. De las personas y de la familia. Pág. 121. Roma, 1982).

⁶⁶ Véase al respecto FERNANDEZ DEL MORAL. Op. Cit. Págs. 201 y SS que se plantea el caso de la introducción en el testamento de una cláusula de las características expuestas.

⁶⁷ En cuanto al carácter unilateral y personal del testamento, el legislador se ha preocupado siempre de garantizar la plena libertad e independencia del causante en la formación autónoma de su voluntad. Se plantea el problema de si es posible la equiparación del régimen aplicable a los actos *mortis causa* en cuanto a la taxatividad o no del principio de tipicidad, con el aplicable a los negocios unilaterales *inter vivos*, en un intento de basar los argumentos jurídicos que justifiquen el alcance de su contenido atípico (Vid. DÍEZ-PICAZO. "Las declaraciones unilaterales de voluntad como fuente de las obligaciones. En torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1973". En ADC, 1974. Págs. 458 y SS. LALAGUNA. "La voluntad unilateral como fuente de obligaciones". En RDP, 1975. Págs. 801 y SS. ALBADALEJO. "La jurisprudencia del TS sobre la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones". En RDP, 1977. Págs 12 y 13. SANTORO-PASSARELLI. *Dottrine generali...*Cit. Págs. 170 y SS. SEGNI. *Autonomia privata e valutazione legale tipica*. Págs. 389 y SS. Padova, 1972). La unilateralidad del testamento impone entre otras cosas, por imperativo legal, que en éste conste la voluntad de un solo individuo (Vid. DIAZ FUENTES. "Excepciones legales al personalismo de las disposiciones *mortis causa*". En ADC, 1965. CUADRADO IGLESIAS. "El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981". En RDP, 1983. Págs. 1091 a 1097).

entendiendo esto último en el sentido de que no consiste en una declaración dirigida en concreto a un sujeto particular, sino a una generalidad.

El origen de las obligaciones derivadas de las disposiciones testamentarias se encuentra, en principio, en la declaración de voluntad efectuada por el testador en el instrumento en base a la autonomía privada de que dispone, estableciéndose una relación jurídica derivada de tal declaración⁶⁸: es, por tanto, la deseo de éste quien provoca la constitución de las obligaciones testamentarias. Pero además de la suya, se debe añadir que tales obligaciones derivan también de la del obligado a cumplirlas, pues su voluntad será necesaria para la perfección de las mismas y, por tanto, su exigibilidad. Para que se produzca el nacimiento de las mismas han de conectarse el negocio jurídico en el cual quedó plasmada la voluntad del testador y que constituye la obligación manifestada en la forma pertinente, con la emitida por parte del gravado, consistente en la aceptación del gravámen, la cual también tiene naturaleza negocial en orden al desenvolvimiento del fenómeno sucesorio según lo entendemos⁶⁹. No debe caerse en el error de asimilar tal conexión a la configuración de las ofertas contractuales, pues esa posición resultaría incongruente con la sistemática del fenómeno sucesorio e incompatible con la función y eficacia del negocio jurídico testamentario.

Tales obligaciones son susceptibles de ser víctimas de alguna anomalía que pueda hacer que no puedan desplegar sus efectos. Además de los

⁶⁸ Vid. ROMAN GARCIA. Op. Cit. Pág. 92. CRISCUOLI. *Le obbligazioni testamentarie*. Págs. 374 y SS. Milán, 1980. ENNECCERUS. LEHMAN. *Tratado de Derecho civil*. Tomo II. Págs. 116 y SS. Barcelona, 1966. Tal tesis tiene su origen en el Derecho romano, en concreto ligada a la idea del *legatum per damnationem* la cual se hacía depender en la época clásica de la autoridad y de la voluntad del disponente, en atención a la función testamentaria de preservar la unidad del patrimonio familiar, mientras que en el periodo postclásico, al perder el testamento la función pública que tenía en la época clásica, también se perderá el privilegio de la autoridad del contenido de la declaración de voluntad, concibiéndose así las obligaciones testamentarias como *obligationes quasi ex contractu*, derivadas fundamentalmente del legado (Cfr. BIONDI. *Successione testamentaria...* Cit. Pág. 270 y las fuentes y bibliografía allí citada).

⁶⁹ Existe excepción a tal principio en el caso de que toda la herencia se distribuya en legados, pues en tal caso, el legatario se convierte automáticamente en titular del derecho que se le ha sido legado sin necesidad de aceptación formal. Véase al respecto: ALVAREZ VIGARAY. "La distribución de toda la herencia en legados". En RGLJ, 1965. PEÑA BERNALDO DE QUIROS. *La herencia y las deudas del causante*. Madrid, 1967. CRISTOBAL MONTES. "La responsabilidad de los legatarios de toda la herencia". En *Estudios de Derecho sucesorio*. Zaragoza, 1987.

supuestos de nulidad del instrumento en el que figuran o de la específica cláusula que contiene la obligación⁷⁰ y de la posible nulidad de la declaración de aceptación por parte del heredero, cualquiera de las cuales repercutirían en la subsecuente forma de invalidez o ineficacia correspondiente de la obligación afectada, las obligaciones testamentarias pueden ser ineficaces en los supuestos en los cuales es, o se hace, imposible su cumplimiento⁷¹. Supuestos de imposibilidad de cumplimiento de ellas van a poder tener su origen tanto en la teoría general de las obligaciones como en supuestos derivados de la legislación propia del Derecho sucesorio: para estas últimas nos remitimos al capítulo quinto, donde se tratan las causas que pueden originar nulidad en alguna de las cláusulas del testamento y donde se verá como ejemplo la nulidad de la disposición testamentaria a favor de persona incierta.

⁷⁰ Véanse los respectivos capítulos dedicados a la invalidez del testamento y a la nulidad parcial testamentaria.

⁷¹ No es este el lugar para analizar tales hipótesis con detalle. Pueden consultarse al respecto, además de los manuales y obras generales al uso: BELTRAN DE HEREDIA. *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, 1956. MORENO QUESADA. *El cumplimiento del legado de cosa ajena*. En ADC, 1961. VATTIER FUENZALIDA. *Sobre la estructura de la obligación*. Palma de Mallorca, 1980. OGAYAR. "Incumplimiento de las obligaciones". En RGLJ, 1981. CRISTOBAL MONTES. *El pago o cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, 1986. *El incumplimiento de las obligaciones*. Madrid, 1989. ROMAN GARCIA. *Las obligaciones testamentarias*. Cit. especialmente: págs. 40 y SS; también 225 y SS. LLAMAS POMBO. *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*. Madrid, 1999.

3. La interpretación de la voluntad del testador y la invalidez del testamento.

La doctrina de la causa del negocio establece esencialmente que el contenido de éste no puede legalmente admitir derechos u obligaciones pretendidos por los particulares que no se ajusten a la función económico social que le caracteriza y en virtud de la cual goza de particular protección jurídica⁷². Por lo que se refiere al testamento, el causante no solamente goza del poder de señalar el destino de sus bienes para después de su fallecimiento a título de herencia o legado, sino que además puede determinar la manera en que los llamados por cualquiera de aquellos títulos hayan de entrar en posesión de ellos que por semejantes vías se les otorguen, quedando en sus manos la concreción de los efectos que hayan de producir los llamamientos que efectúa: goza para ello de parecidos medios a los puestos a disposición para el resto de negocios jurídicos⁷³.

El ordenamiento fija para cada negocio los efectos que considera propios de su tipo, teniendo en cuenta la función jurídico-social que desarrollan a la vista de la satisfacción de las aspiraciones de las partes a su realización. Los diferentes sujetos del Derecho tienen en sus manos la posibilidad de alterar tales efectos a través de los medios que accesoriamente son impuestos en este sentido, delimitando el ordenamiento los contornos dentro de los cuales debe

⁷² La causa en los negocios jurídicos y obligaciones es un tema recurrente en el Derecho civil, sobre el que se han escrito ríos de tinta, existiendo hoy en día una corriente doctrinal que aboga por su abolición. Sobre la más clásica doctrina sobre ella en nuestro ordenamiento véase: TRAVIESAS. "La causa en los negocios jurídicos". En RDP, 1919. DESANTES. "Una relección sobre la causa". En ADC, 1955. ALBADALEJO. "La causa". En RDP, 1958. DE CASTRO. *El negocio...* Cit. Págs. 163 y SS. DE LOS MOZOS. "La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto". En RDN, 1961. DÍEZ-PICAZO. "El concepto de causa en el negocio jurídico". En ADC, 1963. ROCA SASTRE. "La causa en el negocio jurídico". En *Estudios de Derecho privado*. Cit. Tomo I. Págs. 49 y SS. Además, específicamente referido a la ilicitud de la causa (Vid. por toda la bibliografía allí citada): TORRALBA SORIANO. "Causa ilícita: exposición sistemática de la jurisprudencia del Tribunal Supremo". En ADC, 1966. MORENO QUESADA. "Las disposiciones testamentarias con causa ilícita". En ADC, 1967.

⁷³ Además se dispone del derecho de acrecer, figura típica del ámbito sucesorio. Véase al respecto: LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Págs. 53 y SS. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. II. Págs. 335 y SS. En general véase la obra de BELTRAN DE HEREDIA ONIS. *El derecho de acrecer*. Madrid, 1956.

quedar enmarcada la autonomía de la voluntad para que en ningún caso puedan lesionarse intereses más merecedores de tutela⁷⁴. Así el negocio jurídico, en nuestro caso el testamentario, se encuentra formulado dentro de unos límites controlados por el Estado y que si no son respetados éste mismo sanciona tal vulneración, surgiendo así la ineficacia que las partes pretenden, en todo o en parte, en virtud de las normas imperativas del Estado, que desplazan la voluntad particular.

Las particulares formas de invalidez en el ámbito testamentario ya han sido analizadas en su momento⁷⁵; basta añadir en este momento que tal régimen tiene cabida dentro del análisis de la influencia que la voluntad del testador ejerce sobre el negocio, teniendo en cuenta los límites dentro de los cuales es posible reducir el testamento a la categoría general de éste. Ello teniendo en cuenta que el término “negocio jurídico” no debe ser tenido en cuenta en manera rígida y, por tanto, insusceptible de revisión conceptual⁷⁶, para así facilitar el encuentro entre ambos en sede de la invalidez negocial. La afirmación hecha de que el testamento es un negocio jurídico *sui generis* representa, más que el resultado de un proceso constructivo, una imposición consecuencia de la rígida regulación que el Código civil hace respecto de este tipo de sucesión (más evidente en su vertiente de testamento como documento, esto es, el acto como estructura) y que no permitiría un perfecto ensamblaje de ambas figuras sino cediendo la categoría general respecto de la concreta⁷⁷.

⁷⁴ Cfr. RUIZ-RICO RUIZ-MORON. *Las prohibiciones de impugnar...* Cit. Págs. 58 y 59.

⁷⁵ Véase el capítulo II.

⁷⁶ Vid. LIPARI. *Autonomia privata...* Cit. Pág. 3.

⁷⁷ Es también (vid *supra* sobre la misma idea) en esta línea que se ha afirmado, de manera similar a como vimos antes respecto del contrato, que el negocio jurídico es un concepto en crisis (PUGLIATTI. “La volontà come elemento essenziale del negozio giurudico”. En *Rivista di Diritto commerciale*, 1940. Págs 240 y SS. FALZEA. Voz “Efficacia giurudica”. En ED, tomo XIV. Págs. 472 y SS. DE GIOVANNI. *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giurudico*. Págs. 4 y SS. Nápoles, 1958) especialmente respecto de la posibilidad de concebir éste y la declaración de voluntad como un solo concepto unitario. Otras razones argumentadas para justificar tal imputación crítica son la incapacidad del negocio para ser fecundo instrumento de interpretación (GORLA. *L'interpretazione del Diritto*. Pág. 69. Milán, 1941) o que no haya sido un concepto capaz de englobar como sistema la diversidad y articulación de la materia que estudia, debiendo estudiarse las diferentes materias en su concreta particularidad (SCHLOSSMANN. *Der vertrag*. Pág. 133. Leipzig, 1876).

Si la idoneidad del instrumento que debe producir efectos se hace depender del resultado objetivo que el ordenamiento pretende tutelar, entonces la teoría de la validez del testamento no se reduce exclusivamente a la manera en que la medida de la eficacia o ineficacia se reconduce a la naturaleza y al contenido del acto de autonomía de la voluntad, sino que se extiende también al ámbito en el cual un cierto efecto (que no sea la propia fuente del que emana⁷⁸) viene asegurado y garantizado por el sistema. Podemos concluir que la nulidad, lo cual es realmente extensible a otros tipos de invalidez, puede afectar sólo al acto y no puede atacar el hecho porque el elemento relevante esencial del acto es la voluntad, la cual distingue un hecho de un acto⁷⁹; decir que la declaración de ésta es nula equivale a decir que no cumple con los presupuestos de aplicabilidad de la norma.

La voluntad es, pues, elemento esencial de relevancia respecto del negocio al que se encuentra incorporada y es coincidente con su contenido efectivo. La adecuación de tal negocio a los presupuestos de eficacia va a ser evaluado por las normas jurídicas, ya que son tales normas quienes fijan las premisas de la propia aplicabilidad, estableciendo como uno de ellos la relación material que va a ser necesario que tenga lugar en el seno del negocio entre éste y el contenido de los efectos que le son propios. Cuando tal relación no es la aceptada por las normas jurídicas, tanto generales como especiales para cada

Tampoco faltan las opiniones, si bien minoritarias respecto de la corriente general, contrarias. Vid. MAYNAR BANOLAS. *El testamento es un absurdo*. Reus, 1948.

⁷⁸ Vid. GANGI. *La successione testamentaria*. Tomo III. Pág. 269. Milán 1947. LIPARI. Op. Cit. Pág. 381.

⁷⁹ Se plantea una doble posición sobre cual es el lugar que ocupa la voluntad respecto al acto convenido (Vid. DE GIOVANNI. *La nullità nella logica del Diritto*. Pág. 16. Nápoles, 1964). Por un lado, el acto se considera voluntario con la declaración de ésta incorporada en él formando un cuerpo. Así si se declara la nulidad de uno, será ineficaz el otro, pues ésta no es independiente del acto en toda su complejidad y extensión y es por ello que un acto basado en una emisión de ella nula es nulo. Por otro lado puede considerarse que el comportamiento que da vida al acto es una emisión de ella diferente a la que se contiene en el acto. Tendríamos entonces, de acuerdo con DE GIOVANNI, dos emisiones de ella diferentes: la contenida en el acto o negocio y la que el declarante emite para darle vida. A esta segunda le aplica la denominación de "comportamiento" del emitente.

tipo jurídico o los subtipos dentro de ellos, nace la situación de la nulidad⁸⁰. Así, en la estructura negocial, debe ser parte integrante esencial la declaración de voluntad para que no pierda sentido el continuar hablando de la nulidad del testamento, incluso en los casos en los que se pueda apreciar que hubo una situación de reserva mental.

La autonomía lógica en los actos voluntarios en general, y, como no, del negocio, es siempre relativa a algún hecho dotado de una peculiar estructura; ahora, una autonomía puramente material no puede incidir en el perfil formal de éste, pues las peculiaridades descriptivas del acto voluntario no pueden determinar una postura nueva respecto a la intervención de la valoración jurídica⁸¹. Describir la autonomía de la voluntad en estos términos significa, substancialmente, darse cuenta de cómo los efectos de la autorregulación pueden concurrir, sin romper la unidad legal, con los que produce el ordenamiento sobre la realidad. Concluiremos, así, que se ha de considerar la autonomía de la voluntad desde este punto de vista como la capacidad formal para producir efectos, esto es, la creación de normas de eficacia entre las partes que limitan la posibilidad de la validez de su libre actuación.

⁸⁰ Este escenario es ajeno al campo de los hechos jurídico en sentido estricto (Vid. SANDULLI. "Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici". En *Stato e Diritto*, 1941. Pág. 404. SATTA. "Recensione a Conso. Il concetto e la specie di invalidità". En *RTDPC*, 1956. Pág. 256).

⁸¹ Cfr. DE GIOVANNI. *Fatto e valutazione...* Cit. Pág.34. La tentativa de explicar el negocio como hecho y clasificar el acto voluntario dentro del hecho se explica por este autor y por otros (CARNELUTTI. *Teoria generale del Diritto*. Págs. 273 y SS. Roma, 1940). En contra ROMANO, Salvatore. "Ordinamenti giuridici privati". En *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1955. Págs. 249 y SS, especialmente 314 y SS; donde rechaza claramente la inclusión del negocio entre los hechos jurídicos.

De cualquier manera, las dudas sobre el origen de los efectos del negocio jurídico, la naturaleza de la norma negocial y la necesidad de que éste represente una postura dinámica de la voluntad frente al ordenamiento no encuentran explicación alguna en una visión de él como hecho jurídico. Todo ello sin olvidar que su definición en relación al ordenamiento jurídico en el que se desenvuelve no puede dejar de ser intrínsecamente un hecho (más exactamente un tipo de hecho) que tiene lugar, lo cual no significa que hayan de ser coincidentes. No es de recibo por ello contraponer las posturas voluntaristas a las declaracionistas (Cfr. SCOGNAMIGLIO. *Contributo alla teoria...* Cit. Pág. 67) que no tendría otro resultado que elevar una polémica técnica a la perspectiva general del negocio.

4. Aplicación de la nulidad parcial a las cláusulas testamentarias.

La diferenciación entre negocio y cláusula negocial va a ser esencial en cualquier intento de aproximación a la figura de la nulidad parcial; del primero se habla en su lugar correspondiente y de la segunda nos ocuparemos brevemente a continuación con el objeto de dejar sentadas unas ideas básicas. Según la Real Academia se entiende por cláusula cada de las disposiciones de un contrato, tratado, testamento o cualquier otro documento análogo. La unión de diferentes cláusulas, no como una mera suma, sino como una integración de las mismas, dará lugar al negocio jurídico del tipo correspondiente⁸²: la cláusula forma el negocio por sí misma o unida a otras cláusulas⁸³. Las acepciones más concretas que podemos encontrar de este término en relación a los diferentes usos que de él se pueden hacer son innumerables⁸⁴, pues con frecuencia el legislador gusta de hacer uso de él respecto de un buen número de situaciones de lo más heterogéneo, lo cual dificulta enormemente la tarea de formular una noción unitaria de ella que vaya más allá de la definición general anteriormente expuesta⁸⁵.

⁸² Cfr. RIERA AÍSA. Voz "Cláusula". En NEJ, tomo IV. Pág. 178. Hay muchos tipos de cláusulas, indica esta autor, dependiendo de que sean esenciales o accidentales, principales o accesorias, generales o particulares, dispositivas o declarativas etc. incluso puede distinguirse entre cláusulas negociales y cláusulas que no son negociales pero que forman parte del negocio jurídico. Entre la doctrina italiana ha alcanzado relevancia la distinción entre "cláusula-precepto" y "cláusula-proposición" (Vid. CASELLA. Op. Cit. Págs. 21 y 22. TAMPONI. Op. Cit. Pág. 142) siendo su relación la misma que existe entre disposición legislativa y letra de la Ley

⁸³ La que no es siempre necesariamente cierta es la relación inversa (Vid. BOLOGNA. Op. Cit. Pág. 1108. CARIOTA-FERARA. Op. Cit. Pág. 300. GERI. Op. Cit. Pág. 685).

⁸⁴ Puede verse un listado de ellos, amplio pero sin ánimo de ser exhaustivo, en TAMPONI. Op. Cit. Págs. 131 y 132, el cual puede servir de referencia para un eventual traslado a nuestro ordenamiento.

⁸⁵ La doctrina identifica la cláusula con una fracción, porción o sección lógica del negocio jurídico (Vid. BETTI. *L'interpretazione della legge...* Cit. Pág. 308. FRAGALI. *Clauseole, frammenti...* Cit. Págs. 322 y SS. MESSINEO. *Derecho civil...* Cit. Tomo I. Págs. 355 y SS. BIGLIAZZI GERI. *Il testamento*. Cit. Pág. 172. CASELLA. Op. Cit. Pág. 19. CATAUDELLA. *Sul contenuto del contratto*. Milán, 1966. Pág. 184. GERI. Op. Cit. Pág. 683. GRASSETTI. Op. Ult. Cit. Pág. 184. ROPPO. Op. Cit. Págs. 726 y SS. SARACINI. Op. Cit. Pág. 2. TAMPONI. Op. Cit. Pág. 137. SIMLER. Op. Cit. Pág. 8).

Aunque es cierto que nada impide que un negocio esté formado por una única cláusula, lo normal es que éste se encuentre formado por una diversidad de ellas. En aquellos casos en que hay una pluralidad formando un negocio, se abre la posibilidad de que ese negocio pueda ser nulo parcialmente. Pero no se agota ahí el campo de la nulidad parcial, pues una cláusula compleja⁸⁶ puede ser nula en una de sus proposiciones y restar válidas las demás, siendo parcialmente nulo un fragmento de una, lo cual significa que existe la posibilidad de que sea nula una parte de un parte del negocio.

Para que una cláusula pueda ser objeto de aplicación de nulidad parcial respecto a un negocio jurídico testamentario habrán de cumplirse las condiciones generales que el ordenamiento exige para ello y hacerlo al amparo de la verificación de una de causa generadora de nulidad parcial, ambas analizadas en su lugar correspondiente⁸⁷. Adelantaremos que la nulidad parcial no puede alcanzar a cláusulas de tal importancia que el negocio no pueda tener entidad autónoma suficiente sin ella o ellas. Ello hace surgir la cuestión de si puede alcanzar sólo a las cláusulas accesorias o secundarias o también puede alcanzar a las principales⁸⁸.

Si todas las cláusulas principales del negocio son nulas el negocio será nulo totalmente⁸⁹, pues no tiene sentido que las cláusulas accesorias restantes formen un negocio por sí solas; pero si afecta sólo a alguna de las principales, entendemos que no tiene porqué necesariamente no poder aplicarse la nulidad parcial, pues las partes es posible que lo quisieran de igual manera sin esa parte

⁸⁶ Entendemos por cláusula compleja aquella con una estructura que se encuentra compuesta por diferentes proposiciones compenetradas (por ejemplo, en modo copulativo) en contraposición a las cláusulas simples, las cuales se encuentran formadas nada más que por una única proposición (Vid. FRAGALI. Op. Cit. Pág. 317. GERI. Op. Cit. Pág. 686).

⁸⁷ Las primeras en el primer epígrafe del próximo capítulo y las segundas en el capítulo que se les dedica íntegramente.

⁸⁸ Para la diferencia entre cláusulas principales y accesorias véase: DOSSETTO. "Autonomia contrattuale, clausole contrattuali principali ed accessorie, condizioni generali e partticolari di contratto". En Rivista di diritto commerciale, 1950. Págs. 253 y SS. CASELLA. Op. Cit. Págs. 22 y SS. TAMPONI. Op. Cit. Págs. 145 y SS.

⁸⁹ Cfr. CASELLA. Op. Cit. Pág. 16.

esencial, pues sea conveniente a sus intereses que se lleven a cabo las demás aunque sea sin una de las más importantes⁹⁰. Para conocer tal posibilidad habrá de acudirse a la voluntad de las partes, real o hipotética, lo que sea posible. De cualquier manera la distinción entre cláusula esencial y accesoria es normalmente muy difícil, y, como apunta MESSINEO⁹¹, de carácter subjetivo y casi siempre discutible, lo cual va siempre a dar pie a que haya una posibilidad de que haya nulidad parcial y no total por muy esencial que se quiera considerar que es nula esa parte.

⁹⁰ El principio del *favor negoti* obliga a conservar el negocio siempre que sea posible, y consecuentemente se conservará a menos que se demuestre que las partes no quisieron el negocio sin esa parte.

⁹¹ "Il contratto in generale". En *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por CICU y MESSINEO. Pág. 175. Milán, 1972.

5. Distinción de figuras afines.

La nulidad parcial tiene ciertos parecidos con otras instituciones integrantes de la teoría general de la invalidez que se le pueden asemejar y en algún caso causar alguna confusión. Toda forma de esta última es susceptible de ser calificada como parcial en una primera aproximación, como ciertamente lo puede ser la anulabilidad, y lo es por expreso deseo del Código la revocación del testamento, otras, sin embargo no son aptas para tal parcialidad, como la caducidad y la conversión del negocio. Con el objetivo de ser breves en este apartado trataremos las dos instituciones que más similitud guardan con la nulidad parcial desde el punto de vista del negocio jurídico en general: la anulabilidad parcial y la conversión del negocio.

La nulidad parcial del testamento podríamos compararla a la revocación parcial, y la diferencia entre ambas la encontramos sobrante de tratamiento, pues reside en la voluntad del testador, positiva y expresada para la revocación de una parte de su voluntad, mientras que en la nulidad parcial éste no desea ni puede expresar que desea que una parte de su testamento pierda validez, pero la pierde por circunstancias ajenas a él.

A. La anulabilidad parcial.

La regla *utile per inutile non vitiatur* se manifiesta no únicamente bajo la forma de la nulidad parcial, sino siempre que cualquier imperfección haga inútil una parte del negocio y se mantenga viva la restante. En el Derecho español, entendemos, una vez demostrada la aceptación de la figura de la nulidad parcial, queda abierta la puerta a la admisión de otras figuras de invalidez parciales, como el la anulabilidad parcial, aparentemente al menos, la más próxima. Ya se vio que la anulabilidad se conceptualiza como una forma de invalidez menos acentuada que la nulidad y cómo la aplicación de los principios de autonomía de la voluntad, economía jurídica y *favor negoti* abren la posibilidad, en el caso de que se admita la anulabilidad en el ámbito del

testamento, de que se pueda considerar un testamento anulable parcialmente⁹²; pero en cualquier caso vamos a ver la institución desde el punto de vista del negocio en general, independientemente de que sea aplicable o no al testamento.

Los esquemas de la nulidad y de la anulabilidad están contruidos sobre un perfecto paralelismo⁹³, pudiendo igualmente manifestarse ambos tanto sobre el íntegro negocio como sobre una parte de él. La anulabilidad parcial tiene relevancia únicamente cuando incide sobre una parte no esencial del negocio, pues si lo hace sobre una parte esencial conllevaría la anulación de éste, cambiando la situación a una nulidad total del negocio en el caso de ejercitarse la acción de anulabilidad por alguno de los afectados, equiparándose a una nulidad parcial sobre un elemento esencial (considerado como imprescindible por las partes o cuya ausencia lo dejaría sin la entidad suficiente

⁹² La admisión de la figura en el ámbito contractual está fuera de duda como indica la STS de 24 de noviembre de 1983 (RJA 6499). La doctrina no duda, por su parte, de su admisibilidad para el negocio jurídico en general, pues actuar sobre la base de la autonomía privada es actuar amparado por la Ley en cuanto a ser un ejercicio de un poder legítimo atribuido por una regulación concreta de intereses privados de conformidad con el ordenamiento jurídico, siempre y cuando no haya un a desviación de tal poder del fin jurídico buscado y que es el amparo de la concesión de ella: Vid. ALBADALEJO. *Derecho civil*. Tomo I, vol. 2º. Cit. Pág. 479. Díez PICAZO. *Eficacia e ineficacia...* Cit. Págs. 827 y SS. GULLÓN. *El negocio jurídico*. Cit. Pág. 202. LÓPEZ FRÍAS. Op. Cit. Pág. 865. ZANI. "L'evoluzione storico-domatica dell'odierno sistema dei vizi del volere e delle relative azioni di annullamento". En Rivista italiana di scienze giuridiche, 1927. Pág. 386. ROMANO, Salvatore. *Autonomia privata*. Págs. 126 y SS. Milán, 1957. BARCELONA. *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*. Págs. 39 y 51. Milán, 1962. DALMARTELLO. "Questioni in tema di annullabilità del contratto". En RTDPC, 1963. Pág. 16. CRISCUOLI. "Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai vizi della volontà". En RDC, 1964. Pág. 364. PIETROBON. Op. Cit.. Págs. 126 y SS. CASELLA. Op. Cit. Págs. 53 y SS. Por otro lado, GÓMEZ MARTINHO-FAERNA. (Op. Cit. Pág. 358), citando a DE DIEGO, afirma que un caso de anulabilidad parcial en el ámbito sucesorio la reducción por inoficiosidad de los legados y las legítimas ex artículos 820 a 822 CC.

⁹³ Vid. TRABUCCHI. *Il dolo*. Pág. 275. Padova, 1937. CARIOTA-FERRARA. Op. Cit. Págs. 299 y SS. MESSINEO Voz "Annullabilità e annullamento". En ED, tomo II. Cit. DALMARTELLO. Op. Cit. Pág. 22. Para este último la figura de la anulabilidad parcial no es admisible basándose en razones de complejidad estructural de carácter objetivo y de necesidad de limitar la litigiosidad que, según él, traería su admisión. En contra se manifiesta CRISCUOLI, primero en "*La nullità parziale...*" (Cit. Págs. 269 y SS) y más tarde, en otro artículo, replicando a DALMARTELLO: "*Precisazioni in tema di annullabilità parziale...*" (Cit. Pág. 365). Para CRISCUOLI, es posible abrazar el principio de conservación en su más amplio significado para así aplicar analógicamente a la anulabilidad parcial la justificación de existir, en base a la regla *utile per inutile non vitiatur* como canon básico para todas las situaciones de invalidez parciales, y, en lo que nos concierne, también para aquellas situaciones de anulabilidad parcial que pudieran surgir y que se encuentren expresamente reguladas por la Ley. Entre nosotros, entre otros, véanse: LABANDERA. *Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad...* Cit. Pág. 179. DE COSSIO. *El dolo en el Derecho civil*. Pág. 349. Madrid, 1955. ALBADALEJO. *El negocio jurídico*. Cit. Pág. 425.

para sobrevivir autónomamente) en relación a los efectos, pues el resultado final en uno y otro caso sería el mismo: pierde en su totalidad la validez. La anulabilidad parcial no es exclusiva de los contratos plurilaterales, como a primera vista pudiera parecer, sino que puede ocurrir también en otros diferentes tipos de negocios, como son los unilaterales⁹⁴.

La diferencia esencial entre la nulidad y la anulabilidad parciales es equivalente a la existente entre nulidad y anulabilidad totales: ésta estriba en que mientras la primera, de igual modo que la nulidad total, implica la máxima sanción civil mediante la cual se niega totalmente la existencia del acto o negocio, o su parte, afectado sobre el presupuesto de absoluta inidoneidad para producir efectos jurídicos, la anulabilidad parcial, de igual modo que la total, es una sanción civil atenuada y menos grave, por tanto que la nulidad y relegada a hipótesis de menor relevancia⁹⁵. Donde la nulidad corresponde al estado de la más grave invalidez de una parte del negocio por faltar alguno de sus elementos esenciales de validez o por violación de un precepto imperativo, la anulabilidad tiene lugar el negocio contiene un elemento viciado, ilícito o simplemente ausente cuando debería estar: por ello la parte anulable tiene relevancia negocial, pero se otorga a las partes interesadas la acción para dejarla sin efecto o que se considere como no puesta.

Con la anulabilidad parcial, a diferencia de lo que ocurre con la nulidad parcial, la parte anulable produce los efectos que le son propios hasta que llega

⁹⁴ Las causas más frecuentes de anulabilidad, el error y los vicios de la voluntad, pueden aparecer en diferentes tipos de negocios. Vid. BARBERO. *Sistema del derecho privado*. Trad. española de SENTÍS. Tomo V. Pág. 298. Buenos Aires, 1967. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 270. SANTORO-PASSARELLI. *Doctrinas generales...* Cit. Pág. 195. AZZARITI. MARTINEZ. AZZARITI. *Le successioni per causa de morte...* Cit. Pág. 591.

⁹⁵ Vid. ALBADELEJO. *El negocio jurídico*. Cit. Págs. 415 y 425. CASTÁN. *Derecho civil...* Cit. Tomo I, vol. 2º. Pág. 945. DE CASTRO. *El negocio jurídico*. Cit. Pág. 498. BETTI. *Teoría general del negocio...* Cit. Pág. 361. CARIOTA FERRARA. *Op. Cit.* Pág. 302. SANTORO-PASSARELLI. *Doctrinas generales...* Cit. Pág. 311. SCIALOJA. *Op. Cit.* Pág. 198. SCOGNAMIGLIO. *Op. Cit.* Págs. 393 y 394. STOLFI. *Op. Cit.* Pág. 95. De igual modo que en la nulidad en la anulabilidad parcial se plantea el problema de si la anulación de una parte del negocio trae consigo la anulación de la totalidad de éste; aunque desde una trascendencia diferente, la solución debe ser la misma y la implicación anulabilidad total-anulabilidad parcial ha de ser la misma que la que tiene lugar entre nulidad total y parcial sobre la base del brocardo *utile per inutile non vitiatur*, constituyendo la regla la parcialidad sobre la totalidad, tanto para la nulidad como para la anulabilidad en todos aquellos casos en que se pueda demostrar que la parte anulada no era esencial para el negocio.

el momento de su anulación, el cual sólo puede llegar a instancia de la parte interesada, mientras que en el caso de la nulidad la acción se encuentra abierta a todo aquél que demuestre un interés legítimo en relación con los efectos que desplegaría el negocio con la parte que se considera ha de ser inválida⁹⁶. Mientras que la acción de anulabilidad tiene un período durante el cual puede ejercitarse, prescribiendo después, la acción de nulidad parcial es imprescriptible. La anulabilidad parcial no puede llevarse a efecto más que por sentencia judicial y no puede estimarse de oficio pues es de interés privado el ponerla de relieve. Por otro lado los efectos que produce la anulación no son exactamente iguales en ambos casos, pues mientras la nulidad parcial de una cláusula implica que tal cláusula se puede decir que para el ordenamiento jurídico nunca ha existido y no puede producir ningún efecto, mientras que la anulación tiene un régimen diferente pues mientras estuvo en vigor la cláusula pudo producir efectos irrevocables y además implica unas obligaciones de restitución diferentes a la nulidad. Finalmente la parte negocial adoleciente de anulabilidad es constantemente sanable, a diferencia de la nulidad, cuya subsanación, según la regla tradicional es imposible, o cuando menos es algo excepcional⁹⁷.

⁹⁶ Como indica ROMANO (Op. Cit. Pág. 116) la anulabilidad verifica una acción de interés privado exclusivamente, mientras que la nulidad es de interés estatal y "obra del Derecho". CARIOTA-FERRARA diferencia entre anulabilidad parcial absoluta y anulabilidad parcial relativa (Vid. "Anullabilità assoluta e annullabilità relativa". En *Studi in memoria di B. Scorza*. Págs. 76 a 80. Milán, 1940) y entiende que la primera ha de ser excepcional.

⁹⁷ En los artículos 590 y 799 Cci se establece que la nulidad de una disposición testamentaria o de una donación, sea cual sea la causa de la que derive no puede hacerse valer por los herederos o los causahabientes del disponente, que, conociendo la causa de nulidad, han confirmado la disposición tras la muerte de éste o le han dado ejecución voluntariamente, tratándose esta figura de una denominada "sanación excepcional" del negocio nulo: la naturaleza de tal instituto es muy discutida (Vid. FERRARI. *Inesistenza e nullità...* Cit. Pág. 528. TOMMASINI. Voz "Nullità". En ED, tomo 27. Pág. 893. GAZZONI. "La giustificazione causale del negozio attributivo di conferma". En RDC, 1973. Págs 269 y SS. FERRI, GB. "Il c.d. recupero dell'atto nullo". En *Rivista di Diritto commerciale*, 1986. Págs 7 y 38. GALGANO. *Diritto privato*. Pág. 844. Padova, 1988. RESCIGNO. *Manuale di diritto...* Cit. Pág. 362. En nuestro país la mencionan DÍEZ-PICAZO. GULLÓN. *Sistema de Derecho...* Cit. Tomo IV. Pág. 331. DÍEZ SOTO. *La conversión del contrato nulo*. Pág. 149) parece que la tesis más generalizada sostiene que la confirmación y la ejecución voluntaria de la disposición nula, procediendo de un sujeto distinto del autor de ésta, tiene una naturaleza autónoma respecto a ella desde el punto de vista estructural, estando sin embargo conectadas desde el punto de vista teleológico en virtud de una específica intervención legal. Tal intervención, considerando las singularidades del caso, permite la consecución de unos efectos prácticos análogos a los que hubieran resultado del correspondiente acto válido, en orden a la tutela efectiva de la voluntad del testador. Tal eficacia se vincula por la ley al llamado negocio de confirmación, el cual es un acto de

B. La conversión del negocio jurídico.

La nulidad parcial debe ser tenida como una figura bien distinta de la de la conversión⁹⁸. Las dos figuras son netamente diferentes en cuanto a sus presupuestos, esencia y consecuencias, pero, eso sí, ambas con el común denominador de ser manifestaciones particulares del principio general de conservación del negocio jurídico⁹⁹ e influenciadas por el principio de economía jurídica¹⁰⁰. La principal diferencia que puede anotarse entre ambas estriba en

atribución a favor de terceros cualificado por la existencia de una *causa firmandi*, o sea, una voluntad de actuar conforme a los deseos del causante: ese negocio de confirmación se inserta como un acto accesorio e integrativo en un supuesto de hecho complejo que encuentra su origen en el acto inválido, y al que el ordenamiento vincula ciertos efectos, análogos a los que podría haber producido el acto original, pero no idénticos, pues la confirmación tiene eficacia limitada al sujeto que la realiza.

⁹⁸ Sobre la conversión del negocio jurídico pueden consultarse, además de los manuales y tratados: DE LOS MOZOS. *La conversión del negocio jurídico*. Barcelona, 1959. RIERA AÍSA. Voz "Conversión del negocio jurídico". En NEJ, tomo V. VALLET DE GOYTISOLO. "Donación, condición y conversión jurídica material". En ADC, 1952. DÍEZ SOTO. *La conversión del contrato nulo*. Barcelona 1994. SATTÀ. *La conversione del negozio giuridico*. Cit. MOSCO. *La conversione...* Cit. FINZI. *Studi sulla nullità del negozio giuridico*. Bolonia, 1920. DISTASO. "Simulazione relativa e conversione del negozio giuridico". En Giustizia civile, 1958. BETTI. Voz "Conversione del negozio giuridico". En NDI, tomo IV. BIGLIAZZI-GERI. Voz "Conversione". En ED, tomo X. FERRI. *Il c.d. recupero...* Cit. VIGNALE. "Il patto successorio, la *donatio mortis causa* e la conversione del negozio illecito". En Diritto e giurisprudenza, 1962. DE NOVA. Voz "Conversione del negozio nullo". En EG, tomo IX. GANDOLFI. *La conversione dell'atto invalido. Il problema in proiezione europea*. Milán, 1988. VAZ. *A converção e a redução dos negozios juridicos*. Lisboa, 1945. RODRIGUES VENTURA. *A converção dos actos juridicos no Direito romano*. Lisboa, 1947. CORREIA MARQUES. *A converção dos actos juridicos ineficazes*. Coimbra, 1949. PERRIN. *La conversion par réduction des actes et des personnes juridiques*. Besançon, 1911. WEISENGRÜN. *Konversion der rechtsgeschäfte*. Berlín, 1886. SILLER. "Die konversion." En Archiv für civilistische praxis, Neue Folge, 1933-34. KRAMPE. *Die konversion des reschgeschäfts*. Frankfurt, 1980.

Véanse también los comentarios a las sentencias del TS de 24 de marzo de 1984 (CCJC, N° 5) de CALZADA CONDE, de 13 de febrero de 1985 (CCJC, N° 7) de CALZADA CONDE y a la de 19 de septiembre de 1986 (CCJC n° 12) de VELASCO SAN PEDRO.

⁹⁹ De tal principio es aplicación directa la nulidad parcial, ya que la conversión aparece en relación a él como un mecanismo particular destinado a delimitar convenientemente la operatividad de los mecanismos de control de la autonomía de la voluntad establecidos por el ordenamiento con el objetivo de desarrollar la iniciativa negocial, evitando la sanción de nulidad que de la aplicación de tales reglas se derivaría (Vid. DÍEZ SOTO. Op. Cit. Pág. 144. CARIOTA FERRARA. Op. Cit. Pág. 310. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 281. FERRI. *Volontà del privato...* Cit. Pág. 280. GRASSETTI. *L'interpretazione del negozio...* Cit. Pág. 170. RESCIGNO. *Interpretazione del testamento*. Cit. Pág. 155. SANTORO PASSARELLI. *Las doctrinas generales...* Cit. Pág. 316).

¹⁰⁰ Aún así tal influencia la reciben desde diferentes ámbitos objetivos, pues mientras que para la conversión representa el mantenimiento de un fin práctico perseguido por las partes, para la nulidad parcial representa la utilidad de ofrece la consecución de una parte de tal fin (Vid. SATTÀ. *La conversione...* Cit. Pág. 15. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 282. GRASSETTI. *L'interpretazione del negozio...* Cit. Pág. 177).

que la parte inválida del negocio en la conversión es el negocio entero, con lo cual, mediante la conversión se crea un negocio enteramente nuevo, mientras que en la nulidad parcial no hay nada nuevo, lo que hay es lo que había, pero reducido o cambiado. Por ello, en la nulidad parcial es sencillo individualizar qué efectos jurídicos se han dejado de producir, mientras que en la conversión los efectos que se despliegan nacen de un negocio diverso¹⁰¹. Pero además, la nulidad parcial tiene una naturaleza sancionadora ausente por completo en la conversión, que nace de la autonomía de la voluntad de las partes.

Las dudas que sobre su validez en nuestro ordenamiento ha planteado tradicionalmente la nulidad parcial por la ausencia de regulación específica en el Código la diferencian de la conversión, que ha sido siempre mayoritariamente aceptada por la doctrina y aplicada sin reservas por la jurisprudencia, aún faltando también norma específica que la regule en el Código.

¹⁰¹ Cfr. DE LOS MOZOS. *La conversión...* Cit. Pág. 139. Ahora bien, a veces por efecto de la nulidad parcial puede verificarse una reducción en el objeto del negocio, de tal manera que coincida con el objeto de otro diferente, y en este caso, según MOSCO (*La conversione...* Cit. Pág. 276) no estaríamos ya ante un caso de nulidad parcial, sino de conversión. Tampoco en los casos de supresión legal y completa invalidez de determinadas cláusulas negociales, como ocurre en el testamento, debe confundirse la conversión, pues esto no es sino una particular manifestación de la nulidad parcial establecida legalmente (Vid. DE LOS MOZOS. *La conversión....* Cit. Pág. 140. MOSCO. *La conversione...* Cit. Pág. 278).

CAPÍTULO CUARTO

El planteamiento jurídico normativo de la nulidad parcial en el
ámbito sucesorio

1. Presupuestos conceptuales y de aplicabilidad. La normativa del Código Civil.

El concepto de nulidad parcial va a apoyarse sobre unas premisas generales establecidas doctrinalmente que sirven de base al concepto en análisis y que son quienes justifican su existencia dentro del ordenamiento. Tales principios son el principio de conservación, la autonomía privada y el principio de economía jurídica¹. Para que se pueda dar la nulidad parcial es necesario, por otro lado que se den unos presupuestos en el negocio que abran la posibilidad de su aplicación dentro de nuestro ordenamiento. En primer lugar, ha de ser divisible; en segundo lugar, la nulidad debe afectar a una parte de él, considerada como una parte de un todo; en tercer lugar, que lo que quede tras la eliminación de lo que es nulo tenga entidad suficiente para satisfacer los propósitos de las partes, y, finalmente, que tales partes no se opongan a que el negocio resultante despliegue esos efectos², que van a ser sólo en parte los deseados para el originalmente diseñado.

Veamos con mayor atención los primeros y, con las peculiaridades que en relación al testamento van a tener, los segundos, puesto que unos afectan a la institución de la nulidad parcial como tal y los segundos al concreto negocio al que se le aplica la anterior.

A. Presupuestos lógico jurídicos de la institución.

a) El principio de conservación: *favor negotii* y *favor testamenti*.

Ciertamente la nulidad parcial se encuentra circunscrita esencialmente, en el seno de los negocios jurídicos, a la parte inválida y a mantener en vigor en aquella parte no afectada por ella, apoyándonos en el principio de conservación, manifestación de la manifestación general jurídica encaminada a

¹ Vid. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 103.

² Cfr. MARÍN PADILLA. Op. Cit. Pág. 105.

salvaguardar en lo posible los valores creados en el mundo del Derecho³, que se materializa en la formulación de este principio y consistente en favorecer, en caso de duda, su mantenimiento en vigor en la totalidad o sólo la parte de él que sea posible. Esta última hipótesis se canaliza a través el principio *utile per inutile non vitiatur*, en el sentido de que la parte de la declaración afectada por el vicio decae en su validez, mientras que la que no lo está la conserva y puede desplegar los efectos que lo sean propios siempre que el resultado no sea contrario a la Ley, la moral o la voluntad de las partes⁴. Se afirma así el principio de conservación del negocio como un principio general del Derecho referido al artículo 1.1 CC, como fuente material de producción normativa en defecto de Ley o costumbre aplicable⁵.

³ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. Anotaciones al *Tratado de Derecho...* de ENNECCERUS. KIPP. WOLF. Cit. Tomo I, 2, vol 2º. Pág. 730. CASTÁN. *Derecho civil español...* Cit. Tomo I, vol 2º. Pág. 945. DE CASTRO. *El negocio...* Cit. Págs. 492 y SS. DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 306. GUASP. *Derecho*. Págs. 304 y SS. Madrid, 1971. MARÍN PADILLA. Op. Cit. Págs. 93 y SS. RUIZ MUÑOZ. Op. Cit. Págs 131 y SS. BETTI. *Teoría general del negocio...* Cit. Pág. 359. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 103. FEDELE. *L'invalidità del negozio...* Cit. Págs. 105 y SS. FUNAJOLI. "Invalidità della volontà negoziale e conservazione del negozio giuridico". En Nuova Rivista di Diritto commerciale, 1947-1948. Págs. 215 y SS. GRASETTI. Voz "Conservazione (Principio di)". En ED. Tomo IX. Pág. 173. *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*. Padova, 1938. STELLA RICHTER. "Il principio di conservazione del negozio giuridico". En RTDPC, 1967. Págs. 411 y SS. La idea de la conservación es, como indica PALOMEQUE LÓPEZ (*La nulidad parcial del contrato de trabajo*. Pág. 21. Madrid, 1975) una categoría de filosofía jurídica que apunta al fundamento mismo del Derecho (Vid. AUBERT. *El Derecho como mecanismo de integración*. Págs. 53 y SS. Caracas, 1971), basándose en el deseo de perdurabilidad social, además de constituir una exigencia lógica consecuente con la política legislativa que desea conservar al máximo la actividad negocial, consecuencia de la autonomía privada en manos de las partes del negocio como una exigencia de mantenimiento de los valores del Derecho (BETTI. *Teoría general...* Cit. Pág. 356. STELLA RICHTER. Op. Cit. Pág. 411). Así el principio de conservación se materializa como aquella tendencia del legislador y de los intérpretes a conservar los valores establecidos en el mundo del Derecho dentro de los límites máximos en que puedan mantener una calificación de relevancia (Cfr. CRISCUOLI. "Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai vizi della volontà". En RDC, 1964. Pág. 367)

⁴ Cfr. FEDELE. *La invalidità del negozio...* Cit. Pág. 106.

⁵ Vid. VALLET DE GOYTISOLO. "Donación, condición y conversión jurídica material". En ADC, 1952. Pág. 1313. La posibilidad de inclusión del principio de conservación como principio general del Derecho implica una toma de postura iusfilosófica (Vid. PUIG PEÑA. "Los principios generales del derecho como fuente normativa de la decisión judicial". En RDP, 1956. Pág. 1053) formulada en términos de planteamiento como principio general del Derecho bien como formulación de Derecho natural (PUIG PEÑA. *Los principios...* Cit. Pág. 1053. DEL VECCHIO. *Los principios generales del Derecho*. Trad. Española de OSSORIO MORALES. Barcelona, 1971) o bien como categoría dogmática (DE DIEGO. "El método de aplicación del Derecho civil". En RDP, 1916. Pág. 295. PUIG PEÑA. *Los principios...* Cit. Pág. 1048. LATORRE SEGURA. *Introducción al Derecho*. Pág. 77. Barcelona, 1971).

En un ordenamiento como el nuestro en el que se reconoce abiertamente la operatividad de la autonomía de la voluntad (artículos 657 y 1255 CC) es lógico entender que se debe proteger la declaración dictada al amparo de ella con el mayor celo, conservando en vigor aquello que sea posible cuando se presente el caso de tener que elegir entre mantener o suprimir⁶. El principio de conservación se sustenta sobre la presunción de seriedad de quien emite una declaración de voluntad en el ámbito jurídico, pues pretende con ella alcanzar un resultado práctico, con la consecuente necesidad de mantener tales intereses en el campo del Derecho en todo aquello que sea posible, mirando por la realización de unos intereses que el ordenamiento estime merecedores de tutela jurídica siempre que no violen ningún precepto de carácter prohibitivo⁷. Requiere por tanto esta regla de la preservación, en primer lugar, la existencia previa de un acto válido, y, en segundo, la interpretación de la declaración de voluntad como medio para dilucidar si se debe mantener o no la validez de aquello que es objeto de la actividad hermenéutica⁸.

La aplicación del principio de conservación al testamento es operativa de igual manera que para otros negocio jurídicos, pero con la específica razón de venir inferida por la imposibilidad de renovación de éste tras la muerte del

⁶ El principio de conservación se plantea pues como un principio interpretativo (GRASSETTI. *Conservazione...* Cit. Pág. 173. STELLA RICHTER. Op. Cit. Pág. 411) pues es misión del intérprete resolver la duda planteada (NICOLÓ. "Discussione intorno al principio de conservazione". En *Rivista del Diritto della Navigazione*, 1939. Pág. 383) a la vez que tal principio informa todo el ordenamiento jurídico, tanto en su aspecto privatístico como el publicista (BETTI. *L'interpretazione del negozio...* Cit. Pág. 261. DENTI. *L'interpretazione della sentenza civile*. Pág. 25. Padova, 1946). Muestra así su carácter de universalidad que el mantenimiento de valores jurídicos muestra en todo lugar y tiempo (STELLA RICHTER. Op. Cit. Pág. 414).

⁷ Vid. GRASSETTI. *L'interpretazione del negozio...* Cit. Pág. 182. RUBINO. *Il negozio indiretto*. Pág. 68. Milán, 1937. DE CUPIS. "Il principio di conservazione". En *Diritto e Giurisprudenza*, 1947. Pág. 83.

⁸ Vid. GRASSETTI. *L'interpretazione del negozio...* Cit. Pág. 225. Tal sentimiento interpretativo es el que inspira el artículo 1284 CC al decir que si una cláusula presenta dudas, "deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efectos" (Vid. JORDANO BAREA. *Comentario del CC*. Tomo II. Págs. 513 y SS. Madrid, 1991). Pero el principio de conservación no se agota en el ámbito hermenéutico, pues nuestro CC deja que tal principio influya en otros aspectos del desenvolvimiento negocial.

testador⁹; aún más, en este ámbito la exigencia de conservación es si cabe más imperiosa que en el contrato, pues una interpretación que prive de eficacia al testamento niega de hecho irremediamente al causante el derecho de poder desarrollar su autonomía privada respecto de su sucesión; mientras que en un contrato las partes siempre pueden articular un nuevo negocio, aquél desde su tumba difícilmente podrá pensar y ordenar una nueva disposición de última voluntad que sustituya a la nula¹⁰. Tal principio significa la supervivencia del *favor testamenti* del Derecho romano en nuestro Derecho actual¹¹, pero con los límites que impone la Ley, pues el principio de conservación no consiste en salvaguardar el negocio testamentario a toda costa¹², pues habrá casos en los que el ordenamiento jurídico estime preferible la nulidad total como en casos de

⁹ Ello explica, según JORDANO BAREA (*La interpretación del testamento*. Cit. Pág. 67) la particular amplitud de aplicación que dicho principio encuentra en nuestro Código (artículos 715, 743, 767, 773... todos ellos del CC.) La doctrina en general apoya la aplicabilidad en testamento del principio conservacionista, al no encontrarse obstáculos para ello (Vid. CICU. *El testamento*. Trad. Española de FAIRÉN. Pág. 169. Madrid, 1959) y lo que se debe pretender es que la voluntad del testador se lleve a buen fin dentro de lo que podamos intuir que ha sido su deseo, conciliando la intención de éste con el texto del testamento. Para la interpretación de éste no cabe otra posibilidad que la utilización de criterios subjetivos (Vid. DE CASTRO. *El negocio...* Cit. Pág. 85. PUIG BRUTAU. *La interpretación del testamento...* Cit. Págs 515 y SS. ROVIRA MOLA. "Interpretación de los testamentos". En NEJ, tomo XIII. Pág. 344. GULLÓN BALLESTEROS. *El negocio...* Cit. Pág. 153) dada su especial naturaleza de última voluntad. La jurisprudencia generaliza la aplicación del principio de conservación a las disposiciones de última voluntad, buscando la efectividad de la voluntad decantada del disponente (Vid. PALOMEQUE LÓPEZ. Op. Cit. Pág. 44. SIMÓ SANTOJA. Op. Cit. Pág. 384) juridificando así tal principio, esto es, su acceso al ámbito jurisprudencial en los términos en que lo hace (la STS de 30 de octubre de 1944 (RJA 1180) lo califica como "principio") convirtiéndolo así en un principio de aplicación general. Véanse las SSTs de 26 de junio de 1951 (RJA 1670), 30 de octubre de 1944, 4 de noviembre de 1961 (RJA 4436) y 25 de marzo de 1964 (RJA 1716).

¹⁰ Tal exigencia de conservación es la que lleva al legislador a introducir en el Código tan abultado número de disposiciones específicas (no una general) que tienen como objetivo que el testamento no pierda su valor íntegramente a menos que sea estrictamente necesario (Vid. nota anterior. También: DE CUPIS. Op. Cit. Pág. 92. GANGI. *Successione testamentaria*. Cit. Tomo II. Pág. 495, donde se citan diversos ejemplos, con su correspondiente explicación y anotaciones, de conservación en el Cci, artículos 659, 638, etc.).

¹¹ D. 35.5.24: *cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credible est cogitatum, credendum est*. Si bien su función primitiva era salvaguardar la institución de heredero, tal función carece de sentido en la actual configuración de la sucesión testada de nuestro Código, donde la institución no es requisito imprescindible. Hoy en día su función es, como vemos, salvaguardar, no la institución de heredero específicamente, sino todas las disposiciones de última voluntad, las cuales el testador no tiene oportunidad de renovar cuando son impugnadas tras su muerte en sede de apertura del testamento.

¹² Acertadamente lo expone TRABUCCHI. "Il rispetto del testo nell'interpretazione delle disposizioni di ultima volontà". En *Studi in onore di F. Carnelutti*. Pág. 685. Padova, 1950.

deficiencias absolutas de elementos requeridos para la validez o cuando las expresiones del testador son tan oscuras que consientan atribuirles ningún significado¹³.

b) El principio de la autonomía privada.

El fundamento que la autonomía de la voluntad tiene como premisa del concepto de la nulidad parcial, es que el ordenamiento jurídico no puede invalidar y dejar nulo aquello que ha sido producido por la libertad jurídica emanada del principio de la autonomía privada mientras que no existan razones por las cuales tal creación no pueda ser reconocida como tal, sino que lo sea como una desviación de tal libertad del fin jurídico que necesariamente debe tener como objetivo¹⁴. La autonomía la reconoce la doctrina como la potestad atribuida directamente por la Ley¹⁵ a las personas para regular sus intereses, creando vínculos jurídicos conformes a los principios fijados por el Derecho, instaurándose la regulación contenida en el acuerdo entre las partes

¹³ Artículo 1289 párrafo 2º. Vid. JORDANO BAREA. *La interpretación del testamento*. Cit. Pág. 69.

¹⁴ Así se expresa CRISCUOLI (*La nullità parziale...* Cit. Pág. 106) al apuntar que la autonomía privada es fundamental para la construcción del negocio jurídico, aunque no deje de plantear diversos problemas (véase el capítulo tercero de la presente donde se trata el tema con mayor profundidad) derivados de su propia naturaleza de autogobierno frente al poder instituido (nacido de las ideas liberales del siglo XIX de atenuación de los poderes intermedios y limitación de la actividad del estado) atribuido directamente por la Ley a los particulares (Vid. GIANNINI. "Autonomia". En RTDPC, 1951. Págs. 861 y SS. TEDESCHI. "Volontá privata autonoma". En Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1929. Entre nuestra doctrina: BAYÓN CHACÓN. *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo*. Págs. 259. Madrid, 1955). En la actualidad tal poder tradicional se encuentra atenuado por la penetración en los ordenamientos jurídicos de principios socializadores con función claramente tutelar, hablándose por algunos autores de crisis de la autonomía privada (Vid. *supra* capítulo tercero) lo cual no obsta para que se siga considerando uno de los principios fundamentales del derecho moderno, a pesar de las revisiones que ha sufrido (Vid. DE LOS MOZOS. "Causa y tipo en la teoría del negocio jurídico". En RDP, 1970. Págs. 740 y SS).

¹⁵ Vid. FERRI, L. "Nozione giuridica di autonomia privata". En RTDPC, 1957. Pág. 161. Expone FERRI que ésta no es un poder soberano, sino que es un poder otorgado por una norma de rango superior. Es discutido por la doctrina el carácter normativo de la autonomía privada, esto es, su consideración como fuente jurídica formal. La corriente mayoritaria entiende que esto es así, y que la regulación emanada de la autonomía de los privados no es diferente de las normas legislativas que provienen de la autoridad estatal (Vid. FERRI, L. *La autonomía privada*. Cit. Pág. 18. MANIGK. *Die privatautonomie in Aufbau der Rechtsquellen*. Pág. 64. Berlín, 1935. TEDESCHI. Op. Cit. Pág. 815). No faltan, sin embargo, quienes disienten de tal corriente y estiman que la autonomía de la voluntad sólo puede ser reconocida como presupuesto generados de relaciones jurídicas ya disciplinadas por el ordenamiento (Vid. BETTI. *Teoría general del negocio...* Cit. Págs. 43 y SS. DE CASTRO. *Derecho civil español...* Cit. Tomo I. Pág. 371. TRIMARCHI. Op. Cit. Pág. 29).

(el negocio jurídico), teniendo que ajustar su conducta a tal reglamentación pactada¹⁶. Sobre la autonomía privada ya hemos tratado con cierta amplitud en el capítulo anterior; baste añadir aquí que los negocios creados en base a ella ciertamente pueden contener una parte que sea conforme al ordenamiento y otra parte que exceda los límites legales, con lo cual será nulo todo aquello que exceda de lo permitido por éstos, mientras que el resto será válido¹⁷. Así que es posible encuadrar perfectamente la nulidad parcial dentro de los principios negociales generales, y en particular, como vemos, conjugarla con el principio de autonomía de la voluntad, con sus prerrogativas, límites y sanción jurídica.

La conservación del negocio jurídico parcialmente nulo, se dice¹⁸, puede basarse también en un presupuesto de economía jurídica, estrechamente unido a los particulares intereses de las partes integrantes de éste. Ello por dos razones¹⁹: en primer lugar, porque la utilidad del negocio parcialmente nulo resultante cuando la parte inválida no es esencial para la supervivencia de él, se encuentra estrechamente unida a las intenciones de las partes en el momento de su otorgamiento; y en segundo lugar porque la conservación parcial redundará en un beneficio para los contrayentes y no sólo para la colectividad, como en el caso de la conservación coactiva por sustitución automática de cláusulas²⁰. Se

¹⁶ Vid. DÍEZ-PICAZO. *Eficacia e ineficacia...* Cit. Pág. 811. Tal regulación, va a determinar el régimen de invalidez aplicable al particular tipo de negocio ante el que estemos en presencia.

¹⁷ Para CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 112, una parte no puede absorber aquello que excede de la Ley, pues sería injusto que el ordenamiento estime válido por convención de las partes amparada en la autonomía privada para crear negocios jurídicos lo que Ella estimó que no era conforme a la legalidad. De igual modo, la Ley no puede, pues no puede oponerse a un legítimo ejercicio del poder de autonomía individual, negar validez a lo pactado por la partes en cuanto que no exceda los límites impuestos.

¹⁸ DE LOS MOZOS. *La conversión del negocio jurídico*. Págs. 77 y SS. Barcelona, 1959. SATTA. *La conversione dei negozi giuridici*. Pág. 15. Milán, 1903. BOLOGNA. Op. Cit. Pág. 1113. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 113.

¹⁹ Cfr. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 114.

²⁰ Como dice JIMÉNEZ ASENJO (voz "Economía procesal". En NEJ, tomo VII. Pág. 898) el principio social de la economía es común en todos los órdenes de la vida, acompañando al nombre desde sus más remotos orígenes histórico-sociales hasta su más rabiosa actualidad en un mundo donde la globalidad que han traído los avances en las comunicaciones y el transporte es un fenómeno que la condiciona de un modo hasta ahora no conocido por los economistas, y comparte todas las disciplinas jurídicas; éste se basa en el principio del ahorro de energías y puede formularse como "la obtención del máximo resultado con el mínimo gasto, empleo de medios y

trata de un principio de eminente contenido práctico y realista, frente al principio de la autonomía privada, cuyo carácter es esencialmente teórico.

La conservación del negocio cuando no resulta esencial la parte nula se basa en una presunción de orden lógico y práctico, conforme al principio de economía jurídica: el mínimo esfuerzo para alcanzar un determinado resultado obliga a que aquél que pueda sobrevivir lo haga con el objeto de que las partes no se vean en la obligación de realizar uno nuevo por quedar inservible el anterior. Pero en el caso del testamento hemos de ir un poco más allá, ya que el causante no goza de la posibilidad de otorgar uno nuevo (está ya muerto), por lo cual la necesidad de conservación goza del privilegio de la necesidad de llevar el principio de economía a su límite postrero.

B. Premisas negociales.

c) Nulidad que ha de ser parcial respecto al negocio en su totalidad.

La parte nula de un negocio puede ser una obligación, una disposición, una estipulación, un legado etc. Pero a tales términos es posible añadirles otras menos comunes, como un elemento, un punto o aspecto de la estructura negocial o una porción negocial no afectada por la nulidad²¹. Podemos resumir que para indicar la parte nula de un negocio es posible referirse a ella con un sinnúmero de expresiones que la doctrina ha implícitamente considerado equivalentes y que se resumen en el término cláusula, entendida como parte de

esfuerzo". Tal principio es de aplicación, como no, al campo del negocio jurídico, como a cualquier otro del Derecho. En nuestro ordenamiento ha sido en el campo del Derecho procesal donde ha alcanzado una especial relevancia a través de la formulación del principio de economía procesal, utilizado para justificar los ahorros de tiempo y medios en la tramitación de los procedimientos judiciales, si bien su desarrollo dogmático no ha sido elaborado en profundidad a pesar de ser citado a menudo como uno de los fundamentos de los principios programáticos del proceso. Algunas definiciones que el diccionario de la Real Academia ofrece para el término economía son: administración recta y prudente de los bienes; buena distribución del tiempo y de otras cosas inmateriales; ahorro de trabajo, tiempo, dinero etc.; riqueza pública, conjunto de ejercicios, etc.

²¹ Son muchas y variadas las expresiones utilizadas por los juristas para referirse a la parte nula del negocio, utilizando cada autor la que le parece más apropiada, sin ninguna sistemática, cosa por otro lado de muy difícil estructuración debido a la relatividad de todos los conceptos que se barajan dentro de teoría de la invalidez negocial. Véanse ejemplos de lo dicho en: DE CASTRO. *El negocio...* Cit. Págs 491 y SS. DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo I. Págs. 305 y SS. PALOMEQUE LÓPEZ. Op. Cit. Págs 150 y SS. BETTI. *Teoría generale...* Cit. Págs. 360 y SS. CARIOTA-FERARA. Op. Cit. Págs. 300.

un todo que es el particular negocio²², indicándose con ella aquella o aquellas disposiciones cuya supresión en el acto deja, sin embargo, subsistir algo que pueda constituir el contenido de un acto autónomo²³. Del mismo modo podemos considerar que una parte de una cláusula puede sufrir nulidad (parcial en este caso) y no desplegar sus efectos, sin que ello afecte a la validez del resto de la cláusula y, por supuesto, del resto del negocio.

d) Divisibilidad del negocio.

Ya que la técnica de la nulidad parcial consiste en la extirpación del negocio jurídico de la parte aquejada de un vicio invalidante, conservando el resto (siempre que éste tenga entidad propia suficiente y satisfaga adecuadamente los intereses de las partes de acuerdo con su voluntad), es

²² El término “cláusula”, como veremos en detalle más adelante, ha sido objeto de varios estudios de considerable profundidad por la doctrina italiana (Vid. por todos: FRAGALI. “Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio”. En *Giustizia civile*, 1959. GERI. “Sul significato del termine “clausola” in relazione al comma 2° dell’art. 1419 c.c.” En *RTDPC*, 1960) En nuestro ordenamiento tal término no es tan controvertido, como en el italiano no lo era hasta una sentencia de la Corte Suprema italiana de 25 de junio de 1948, que cambió la línea jurisprudencial hasta aquel momento y abrió un amplio debate doctrinal sobre el significado del término “cláusula” en relación con el artículo 1419 del Cci.

²³ Cfr. MARÍN PADILLA. Op. Cit. Pág. 107. Como hemos indicado tal parte puede ser de lo más variado, en concreto en el testamento puede ser desde un legado a una manda o la propia institución de heredero. La jurisprudencia de nuestro TS ofrece casos muy variados, como ejemplos más relevantes, se pueden citar los que a continuación nombramos:

- Obligación condicional como parte de un todo: artículos 1115 y 1116 CC. en los casos en que una condición resulte de imposible cumplimiento o que ésta dependa exclusivamente del deudor (SSTS de 27 de mayo de 1958 (RJA 2103), 21 de diciembre de 1965 (RJA 5958) y 25 de septiembre de 1978 (RJA 2854)).

- Cláusulas: las STS en este sentido son numerosas y veremos en el capítulo específico de criterios jurisprudenciales un buen número de ellas, como las de 12 de noviembre de 1964 (RJA 5080), 24 de noviembre de 1983 (RJA 6499) y 21 de febrero de 1984 (RJA 770).

- Nulidad de parte de una cláusula considerada como un todo dentro del negocio jurídico en el que se encuentra, como la rancia STS de 8 de mayo de 1894, si bien en ella se falló a favor de la nulidad total; la más reciente de 10 de octubre de 1977 (RJA 3895) considera aplicable la nulidad parcial de una parte de una cláusula respecto de la totalidad de ella, la cual forma, junto con otras, un negocio jurídico completo.

- Estipulaciones como parte de un todo, como es el caso de la STS de 9 de julio de 1982 (RJA 4224) interpretando el artículo 1328 CC.

- Vínculos jurídicos como parte de un todo, tal y como indica el artículo 1420 Cci (“La nulidad del vínculo de una sola de las partes no lleva consigo la nulidad del contrato, salvo que su consideración según las circunstancias deba considerarse esencial”), que si bien no encuentra equivalente en nuestro CC, sí ha sido recogido como principio jurisprudencial en las SSTS de 5 de julio de 1945 (RJA 871) y 7 de junio de 1960 (RJA 2082).

necesario que el todo del que se va a detraer una porción de su contenido, este último sea divisible de manera que con tal detracción conserve el remanente supérstite la entidad suficiente para continuar prestando el servicio que las partes esperan de él. Podemos decir que nuestro ordenamiento presume la divisibilidad de los actos y negocios jurídicos en general, y del testamento en particular, a la vista de los numerosos artículos del Código civil que la aplican²⁴. La posición de la doctrina al respecto aparece unánime en el sentido de que es presupuesto de aplicabilidad para la nulidad parcial la divisibilidad del negocio, o de parte de éste, y que el vicio invalidante no afecte a una parte esencial de éste, así como en la propia presunción de fragmentabilidad²⁵.

En el caso de la jurisprudencia, el factor decisivo para apreciar la línea divisoria entre la aplicabilidad de la nulidad parcial o total a un supuesto de invalidez negocial se halla en la voluntad conjetural o hipotética del autor del negocio, en nuestro caso del testador, habida cuenta de las circunstancias del caso, de la naturaleza de aquél y de las exigencias de la buena fe²⁶. Tal divisibilidad o indivisibilidad, desde un punto de vista objetivo, responde a si la configuración de carácter unitario o no; de si la parte afectada por la nulidad y el resto estén relacionados entre sí de manera que el uno (el resto) carezca de autonomía para existir por separado del otro²⁷.

²⁴ Véanse las notas al pie anteriores en este mismo capítulo, el contenido del final de esta sección y más ampliamente, el capítulo próximo.

²⁵ Vid. DE CASTRO. *El negocio...* Cit. Pág. 492 y SS. DÍEZ-PICAZO. *Eficacia e ineficacia...* Cit. Pág. 829. GARCÍA AMIGO. *Instituciones de Derecho...* Cit. Tomo I. Págs. 843 y SS. BETTI. *Teoría general del negocio...* Cit. Págs. 360 y SS. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 207. GAZZONI. *Equità e autonomia privata. Studi di diritto civile.* Pág. 340. Milán, 1970. FERRI, G. "Volontá del privato e volontá della legge nella nullità del negozio giuridico". En *Rivista di Diritto Commerciale*, 1977. Págs. 273 y SS.

²⁶ Vid. STS de 4 de marzo de 1975 (RJA 980). Los criterios para diferenciar los negocios cuya divisibilidad es susceptible de nulidad parcial quedan claros en ENNECCERUS. KIPP. WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo I-2º. Vol. 2º. Págs. 732 y SS.

²⁷ Así se expresan las SSTS de 29 de enero de 1960 (RJA 894) y 18 de diciembre de 1985 (RJA 6598). En el mismo sentido, pero desde el ángulo positivo, las SSTS de 12 de noviembre de 1964 (RJA 5080) y 10 de octubre de 1977 (RJA 3895). Por otro lado, desde un punto de vista subjetivo, la divisibilidad o indivisibilidad del negocio dependerá de la apreciación por parte del juez de la cuestión de hecho, haciendo un esfuerzo por empatizar con el testador y presumir su voluntad (SSTS de 8 de mayo de 1894 y 4 de marzo de 1975 (RJA 980)).

e) El negocio residual ha de tener autonomía propia y satisfacer suficiente y adecuadamente los intereses de las partes.

El tercer supuesto previo a que pueda considerarse el estar ante una de nulidad parcial es que el negocio, después de extirpada la parte que adolece nulidad, tenga entidad propia suficiente capaz de satisfacer los intereses perseguidos por quien lo realizó, esto es, debe contar con la posibilidad de existir autónomamente sin la parte que le ha sido arrancada, conteniendo todos los requisitos necesarios para ello: esto es lo que el juez debe apreciar objetivamente²⁸, y dictaminar de acuerdo con la compatibilidad o no del resultante con el fin práctico perseguido por su autor y si responde al propósito por el cual fue constituido²⁹. Como la nulidad parcial testamentaria no es sino una incompleta o defectuosa realización del fin perseguido con el otorgamiento del negocio jurídico de este tipo y una perturbación más o menos grave del programa prefijado por el ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya que, con este tipo de invalidez se altera siempre de alguna manera la configuración inicial del instrumento³⁰, es deber del juez asegurar que el interés del testador quede preservado cuando opta por mantener la vida del testamento mutilado en aquel aspecto que le ha sido amputado³¹. A la posibilidad de su existencia

²⁸ Vid. MORENO MOCHOLÍ. *Las irregularidades...* Cit. Pág. 462. GÓMEZ MARTINHO-FAERNA. *La nulidad parcial de los negocios...* Cit. Pág. 354. GORDILLO CAÑAS. *La nulidad parcial...* Cit. Págs. 184 y SS. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 104. FERRI, G. Op. Cit. Págs. 279 y SS. SIMLER. *La nullité partielle...* Cit. Pág. 463.

²⁹ DÍEZ-PICAZO. *Eficacia e ineficacia...* Cit. Págs. 829 y SS. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo II, vol. 2º. Pág. 294. SANTOS BRIZ. *Derecho civil.* Cit. Tomo I. Pág. 243. PAROLI. "Nullità di clausole e nullità di contratto". En *Diritto del Lavoro*, 1961. Pág. 194. CASELLA. *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole.* Milán, 1974. Págs. 27 y SS.

³⁰ Vid. ROPPO. *Nullità parziale...* Cit. Pág. 687. También en el mismo sentido se posicionan otros autores, como por ejemplo: CRISCUOLI. *Nullità parziale...* Cit. Pág. 60 y FLUME. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts.* Tomo II. Berlín, 1965. Pág. 580.

³¹ Por ello es de extrema importancia un análisis riguroso conducente a la diferenciación de los elementos esenciales sin los cuales el negocio no puede existir, de aquellos otros elementos prescindibles, y por ello, susceptibles de ser eliminados a través de la aplicación de la nulidad parcial. Vid. LARENZ. *Derecho civil. Parte general.* Trad. Española de IZQUIERDO. Jaén, 1978. GAZZONI. Op. Cit. Pág. 338. Esta operación es importante pues no debe llevar a confusión y considerar que con la nulidad parcial se trata de "salvar los muebles" a toda costa, sino que lo que es absolutamente preferente es satisfacer y garantizar los intereses que el testador tenía (Vid. MARÍN PADILLA. Op. Cit. Pág. 116).

autónoma, compatibilidad y suficiencia es necesario añadirle la idea de justicia o equidad³², pues lo que no se puede aceptar es que por la aplicación de la nulidad parcial puedan causarse resultados inicuos o injustos como pudiera ser el caso de enriquecer a alguno de los herederos o legatarios en perjuicio de otros cuando el testador no lo quiso, y aún en el caso de que no pudiéramos saber lo que éste quiso, no lo desea así nuestro ordenamiento jurídico.

f) Voluntad hipotética favorable a la nulidad parcial.

La cuarta y última premisa de la nulidad parcial se encuentra íntimamente relacionada con la autonomía de la voluntad y la búsqueda de la voluntad hipotética del testador al referirnos al negocio jurídico testamentario, pero no hemos de considerarla de manera aislada, independiente o excluyente respecto de las anteriormente vistas: cada uno de ellos por sí solos son capaces de impedir la aplicación de la nulidad parcial en un supuesto concreto, por lo que no sería correcto considerarlos independientes unos de los otros, pues constituyen una unidad y responden a una realidad cuyo nexo de unión responde a los principios de la autonomía de la voluntad³³, que actúa además como principio integrador. Lo que hubiera querido el testador es clave para determinar si la nulidad debe alcanzar sólo a una parte o al testamento completo³⁴; la nulidad de una de las cláusulas entre las varias que contiene sólo

³² Tal idea de equilibrio y justicia para el negocio jurídico es la doctrina que aplica la STS de 18 de diciembre de 1985 (RJA 6598). También recoge la idea de equidad el artículo 10 párrafo 4º de la Ley general para la defensa de los consumidores, Ley 26/84 de 12 de julio de 1984, al decir, tras introducir la sanción de la nulidad parcial para las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los requisitos legales, que “cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en relación contractual, será nulo el contrato mismo”. Trasladada tal idea al ámbito testamentario, podemos decir que cuando la posición de los herederos y legatarios resultante de la extirpación de una parte del instrumento no sea ecuaníme de acuerdo con la voluntad del testador, deberemos considerarlo nulo en su conjunto.

³³ Para MARÍN PADILLA (Op. Cit. Pág. 117) tal realidad se integra a través de la técnica de conservación de los actos y negocios jurídicos de acuerdo con el aforismo *utile per inutile non vitiatur*.

³⁴ El artículo 1419 Cci establece que la nulidad total tendrá lugar cuando resulte que las partes no hubieran querido el negocio sin la parte nula; el artículo 139 BGB dice que tendrá lugar cuando no se hubiera querido sin la parte nula; el artículo 20.2 del Código de obligaciones suizo afirma lo mismo, “a menos que resulte que no se hubiera celebrado sin la parte nula. Como nuestro CC no dispone de una norma de similar alcance general, la jurisprudencia ha concluido que el factor que ha de decidir si se debe seguir el criterio de la nulidad total o parcial se halla en la voluntad presumible, conjetural o hipotética del autor del negocio, habida cuenta de las

produce la ineficacia de alguna o algunas otras, o de todo el resto, en el caso que haya que admitir que el testador no hubiera dispuesto sin la cláusula ineficaz³⁵.

Para conocer cuál fue la voluntad en sede de celebración del negocio se debe indagar si expresa o tácitamente se manifestó la voluntad en uno u otro sentido, que en el caso del testamento, a causa de su carácter unilateral, residirá únicamente en la declaración de voluntad emitida por el testador. Tenemos entonces dos puntos de vista desde donde buscarla: uno basado en la indagación de los deseos del causante en base a su declaración constatada y otro consistente en indagar una voluntad no directamente accesible, sino presumible, conjetural o hipotética, utilizando criterios de valoración típicos del tráfico jurídico³⁶, la cual habrá que reconstruir³⁷. La reconstrucción de ésta voluntad hipotética negocial no debe hacerse utilizando parámetros de intención que pudieran calificarse de voluntaristas, porque no debe individualizarse la intención en base a una indagación psicológica, sino que debe procederse de un modo objetivo³⁸, dentro del subjetivismo que implica toda actuación dentro de la esfera de los propósitos personales.

circunstancias del caso, su naturaleza y las exigencias de la buena fe (STS de 4 de marzo de 1975 (RJA 980)), siendo la nulidad parcial la regla, y la nulidad total la excepción, a menos que la exégesis negocial revele que el autor del negocio no lo hubiera querido sin la parte nula (STS de 10 de octubre de 1977 (RJA 3895)).

³⁵ Vid. STS de 12 de noviembre de 1964 (RJA 5080). Por ello la doctrina se aglutina entorno a la idea de que la nulidad parcial depende de la autonomía de la voluntad (Vid. entre otros: BOLOGNA. Op. Cit. Pág. 1111. CASELLA. Op. Cit. Pág. 56. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Págs. 106 y SS. ROPPO. *Nullità parziale...* Cit. Pág. 688. TAMPONI. Op. Cit. Págs. 105 y SS, etc.).

³⁶ Vid. DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Vol. I. Pág. 293. BOLOGNA. Op. Cit. Pág. 1109. CASELLA. Op. Cit. Pág. 41. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Págs. 106 y SS. TAMPONI. Op. Cit. Págs. 154 y SS. Pero para la búsqueda de tal intención es posible también recurrir a indicios fuera de la propia declaración de voluntad, y que no cabe duda que podrán ser objeto de prueba, llegado el caso, de acuerdo con la LEC. Un medio más para la indagación de la voluntad es la conocida como "causa impulsiva y determinante" introducida por primera vez en una sentencia de la Corte de Pau de 2 de enero de 1827 (Vid. SIMLER. *La nullité partielle...* Cit. Págs. 313 y SS) que se materializa en la determinación de si la parte nula del negocio jurídico había sido causa de creación o no del negocio.

³⁷ Cfr. FRAGALI. *Clausole, frammento di clausole...* Cit. Pág. 324.

³⁸ Ciertamente son mayoría quienes rechazan que la nulidad parcial pueda depender de del factor psíquico, pues puede ser equívoco, y únicamente debe seguirse el criterio de la voluntad real (Vid. GAZZONI. Op. Cit. Pág. 302. SCOGNAMIGLIO. "Contratti in generale". En *Trattato di Diritto civile* dirigido por GROSSO y SANTORO-PASSARELLI. Vol. IV, tomo II. Pág. 246. Milán, 1972).

De todo lo dicho no debe quedar duda que la voluntad del testador es una sola, aunque la llamemos de diferente modo según el modo en que se nos haga necesario acceder a ella y tan real y verdadera es indistintamente del modo de llegar a conocerla, pues sólo existe una realidad, que es qué era lo que pasaba por la mente del testador en el momento de ordenar su sucesión y que constituye la formación interna de su propia autonomía de la voluntad.

C. La normativa del Código Civil.

Se ha dicho ya varias veces que nuestro Código civil no contiene ninguna norma general que reconozca la nulidad parcial específicamente, pero que, sin embargo, se encuentra contenida en normas concretas, tanto en materia contractual como en la sucesoria, a partir del artículo 743 CC. Es precisamente ese artículo por medio del cual en nuestro ordenamiento jurídico se abre la puerta a esta figura en el ámbito del testamento, para los casos en que el Código no ha previsto específicamente tal sanción, al decir que “...serán ineficaces, en todo o en parte, las disposiciones testamentarias...”. Por supuesto sólo podrán ser causa de nulidad parcial aquellas prevenidas expresamente por el Código³⁹. Así resulta que tendremos el tipo de invalidez que nos ocupa en este orden de cosas, bien en los casos en que un artículo concreto de Código así lo disponga para un caso concreto⁴⁰, o bien cuando éste prevea que debe darse nulidad, pero que ella no alcance al instrumento en su integridad.

³⁹ Nos remitimos aquí en bloque al capítulo próximo, donde se examinan las diferentes causas de nulidad del testamento, su alcance dentro del instrumento testamentario y su origen normativo y también al anterior donde quedaron constatadas las diferentes formas bajo las que puede aparecer la figura que nos ocupa.

⁴⁰ Como es el caso del artículo 792 CC al establecer la nulidad para el caso de una condición de imposible cumplimiento que aparece en el testamento; será entonces nula, no surtirá efectos, mientras que el resto, al menos aquello que aparecía condicionado y que pasaría a ser puro, no quedaría afectado por la nulidad (parcial, por tanto, en este caso) de la cláusula.

2. Fundamento y caracterización de la nulidad parcial.

Es un hecho constatado que los conceptos y términos relativos a la invalidez negocial en general son relativos y siempre susceptibles de revisión crítica dentro de los ordenamientos jurídicos⁴¹, por lo que cualquier intento de formular dentro de ella algún tipo de definición es una tarea peligrosa, ya sea legislativa o doctrinal, por la condición de criticable que ostenta, a la vez que el riesgo que corre de caer en la inutilidad es muy alto⁴². El concepto de nulidad parcial no es una excepción en tal orden de cosas.

La doctrina clásica siempre ha considerado la nulidad parcial como una subespecie de la nulidad total, reenviando implícitamente su definición a esta última⁴³; pero ni siquiera para la nulidad total se ha encontrado una definición que describa completamente su esencia en referencia a las concretas causas que la producen o a sus consecuencias⁴⁴. Pero la doctrina más reciente incluso pone en duda la necesaria circunscripción de la nulidad parcial dentro de la nulidad absoluta y propone que la nulidad parcial tiene entidad suficiente como para ser considerada una causa y concepto de invalidez autónoma dentro de la dogmática jurídica⁴⁵.

⁴¹ De hecho, tal revisión es constante. Vid. CONSO. *Sul concetto e le specie di invalidità*. Págs. 3 y SS. Milán, 1955. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 127. FEDELE. *La invalidità del negozio...* Cit. Págs. 8 y SS. SCOGNAMIGLIO. *Contributo alla teoria...* Cit. Págs. 373 y SS.

⁴² Los intentos doctrinales por enunciar, ya que el legislador no lo hace, una teoría de las categorías de la invalidez que sea de aceptado uso general son innumerables: casi cada autor que haya escrito acerca del tema en sus múltiples variantes comienza introduciendo lo que para él es la división más lógica.

⁴³ Vid. CARIOTA-FERRARA. *El negocio...* Cit. Págs. 299 y SS. DE RUGGIERO. *Instituciones de Derecho civil*. Trad. Española de SERRANO y SANTA CRUZ. Pág. 311. Madrid, s.f. FEDELE. *La invalidità del negozio...* Cit. Pág. 105. SCOGNAMIGLIO. *Contributo alla teoria...* Cit. Pág. 393.

⁴⁴ Vid. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 129. FEDELE. *La invalidità del negozio...* Cit. Págs. 63 y SS. FERRARI. *Inesitenza e nullità...* Cit. Pág. 514. SCOGNAMIGLIO. *Contributo alla teoria...* Cit. Págs. 376 y SS.

⁴⁵ Vid. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Págs. 129 y 130. FEDELE. *La invalidità del negozio...* Cit. Págs. 152 y 153.

A. El concepto de nulidad parcial.

No hay duda de que la nulidad parcial consiste en que una parte del negocio deja de tener efectos sin contagiar tal nulidad al resto del negocio, esto es, escindiéndose el negocio en dos partes diferentes, una que debe ser eliminada y otra que debe ser mantenida en vigor, de tal manera que ambas partes puedan ser consideradas independientes una de otra. Pero la sistematización y conceptualización de tal idea sí ha sido un tema controvertido en la doctrina⁴⁶, cuando menos entre la reciente.

La nulidad parcial es un supuesto de invalidez negocial que se organiza conforme al régimen normativo de la total. Se trata por tanto de una invalidez de tipo parcial caracterizada por verificarse a través de ella una ineficacia estructural, automática y de pleno derecho, absoluta y *erga omnes*, definitiva e insubsanable. Por ello, al tratar la calificación jurídica de esta figura, lo más frecuente ha sido siempre considerarla como una modalidad de la total, y así la nulidad presenta dos vertientes: una total, cuando afecta al negocio en su integridad, y una parcial, que afecta sólo a una parte de él. Otra opción que ha sido elaborada por la doctrina vanguardista sobre el tema⁴⁷, consiste en considerarla no una subespecie de la total, sino una forma de invalidez negocial con esencia, forma y naturaleza propias, sin perjuicio de que puedan coincidir en su regulación en muchos aspectos⁴⁸.

⁴⁶ Para la doctrina tradicional no hay ningún problema con la nulidad parcial como una modalidad más de nulidad. Vid. SANCHEZ ROMÁN. *Estudios de Derecho...* Cit. Tomo IV. Pág. 366. VALVERDE. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 145. CASTÁN. *Derecho civil...* Tomo I, vol. 2º. Pág. 945. ESPÍN. *Manual de Derecho...* Cit. Tomo III. Pág. 451. LACRUZ BERDEJO. *Elementos...* Cit. Tomo V. Pág. 259. BARASSI. *Instituciones de Derecho civil.* Trad. Española de GURÍA DE HARO y FALCÓN. Barcelona, 1955. Pág. 205 BETTI. *Teoría general...* Cit. Pág. 360. DE RUGGIERO. *Instituciones de Derecho...* Cit. Pág. 311 (este último con un buen número de referencias bibliográficas).

⁴⁷ Vid. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Págs. 129 y SS. FEDELE. *La invalidità del negozio...* Cit. Págs. 105 y SS. Entre nosotros: GÓMEZ MARTINHO-FAERNA. *La nulidad parcial de los negocios jurídicos.* Cit. Pág. 339. GÓMEZ DE LA ESCALERA. *La nulidad parcial del contrato.* Págs. 48 y SS. Madrid, 1995.

⁴⁸ El iniciador de esta formulación de la naturaleza jurídica de la nulidad parcial fue FEDELE (*La invalidità del negozio...* Cit. Pág. 107) en base a que al negar en parte la eficacia del negocio, tal es menor que la deseada por las partes negociales. Así, si por negocio nulo entendemos aquella manifestación de voluntad que, aún con la ausencia de algún presupuesto (necesario para

Para obtener una definición de la nulidad parcial se puede recurrir a un número inmenso de autores. Sin entrar en una exposición sistemática de ellas, lo cual sería un esfuerzo de escasa utilidad, podemos aceptar como bastante ilustrativa y conciliadora de las diferentes aproximaciones, la que nos ofrece CRISCUOLI⁴⁹: “la nulidad parcial es la máxima sanción civil con que el ordenamiento jurídico castiga una parte de un supuesto negocial que resulta contraria a los límites impuestos a la autonomía privada, negándole reconocimiento y la tutela jurídica”.

El punto central de la definición expuesta, y si la tomamos como válida, entonces también podemos considerarlo como el núcleo aglutinador de toda la construcción de la naturaleza jurídica de la institución, es la concepción de ésta como sanción⁵⁰. Recordamos que la nulidad parcial viene apercibida por el

su validez), es absolutamente idónea para producir efectos correspondientes a la voluntad de su autor o autores, no puede entonces ser nula aquella manifestación de voluntad que produce, al menos en parte, éstos. La aceptación o no de tal enseñanza doctrinal (por otro lado, muy discutible) afecta únicamente al origen y encuadramiento formal de la nulidad parcial dentro del esquema de la teoría general del la invalidez y no tiene repercusión sobre el desenvolvimiento normativo y jurisprudencial de la institución en la práctica, por lo que probablemente no merece la pena entrar en tal controversia.

⁴⁹ Cfr. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 130. Entre la doctrina patria pocos han enunciado una definición de la nulidad parcial fuera de los tratados generales, donde los autores, como norma general no se detienen en ella excesivamente (Vid. entre otros: CASTÁN. *Derecho civil...* Cit Tomo I, vol. 2º. Pág. 60. DÍEZ-PICAZO. GULLÓN. *Sistema de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 587. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 259. OSSORIO MORALES. *Manual de sucesión...* Cit. Págs 473 y SS; etcétera) pues se da por definida o se importa una definición. De entre los que tratan la la figura más exhaustivamente, puede destacarse que para GORDILLO CAÑAS (*La nulidad parcial...* Cit. Pág. 184) la nulidad parcial es una técnica de pervivencia no una sanción, por la que al negocio jurídico se le amputa la parte nula y se mantiene con vida el resto, siempre que tenga una capacidad de subsistencia suficiente, cosa que debe ocurrir, pues al parte nula es accidental; para MARÍN PADILLA. (Op. Cit. Pág. 103) la nulidad parcial consiste en extirpar del negocio la parte nula y conservar lo demás siempre que el resto tenga entidad propia y que satisfaga adecuada y equilibradamente los intereses de las partes, de acuerdo con su voluntad y según las exigencias de la buena fe. Lo que ocurre con estas definiciones es que detallan lo que la nulidad parcial “hace” sobre el negocio, pero no describen la esencia, lo que la nulidad parcial “es” en relación a él.

⁵⁰ BETTI. *Teoría general...* Cit. Págs. 46 y SS. CARIOTA-FERRARA. Op. Cit. Pág. 302. STOLFI. Op. Cit. Pág. 62. SCOGNAMIGLIO. Op. Cit. Pág. 383. En contra se manifiestan: NICOLÓ. “Intorno al principio di conservazione dei contratti nei riguardi delle clausole di irresponsabilità”. En *Rivista del Diritto della navigazione*, 1939. Págs. 380 y SS. CONSO. *Il concetto e la specie...* Cit. Pág. 63. FEDELE. *La invalidità del negozio...* Cit. Pág. 108. En muchas ocasiones, además de ser la única sanción que garantiza el cumplimiento de la finalidad de la norma violada, la nulidad parcial constituye el más grave e intenso castigo con el que el ordenamiento jurídico reacciona frente a la ilicitud que se manifiesta, pues conservando con vida el acto o negocio, está obligando a sufrir los sacrificios derivados de la contravención, privando al negocio de alguna de sus facetas previstas cuando se celebró (es la idea que expone GOMEZ DE LA ESCALERA. Op. Cit. Pág. 49, siguiendo las de CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 130, para nuestro sistema legal).

ordenamiento jurídico cuando una parte de una hipótesis negocial resulta ilícita, inmoral o ilegal por contrariar una norma imperativa, sea limitativa, reductora o sustitutiva⁵¹: así la sanción, en toda la extensión de su significado es la inevitable consecuencia de la no adecuación o incumplimiento de la Ley⁵², no otorgándose a la actividad negocial en cuestión, los efectos jurídicos que las partes desearon al concluirla: sin ello la nulidad parcial no tendría el significado de sanción a un comportamiento ilegítimo del privado que conlleva⁵³. Podemos entender, pues, la sanción no sólo como la pena civil (devolución o resarcimiento) sino también como la negación del valor jurídico y la tutela para la parte del negocio que resulta golpeada por la nulidad parcial⁵⁴ como consecuencia del deber (entendido como carga) de observar los límites legales cuya transgresión comporta la nulidad⁵⁵. Tales límites en relación a la nulidad parcial pueden ser, como indica FEDELE⁵⁶, de diversa especie en relación con el número de efectos, su cantidad y la duración de éstos en el tiempo. La nulidad

⁵¹ La nulidad parcial es, así entendida, fruto del enfrentamiento que se producen entre la norma y la hipótesis negocial creada por las partes, la cual va a resultar sancionada de esta manera en base a entrar en conflicto con la norma jurídica que contraviene.

⁵² Vid. BETTI. *Teoría general...* Cit. Pág. 49. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 132.

⁵³ NICOLÓ. *Intorno al principio...* Cit. Pág. 382. SCOGNAMIGLIO. Op. Cit. Pág. 391. Éste último entiende tal sanción como una "cualificación negativa" del negocio sobre la base de que la invalidez desprendida de la nulidad, ya sea total o parcial, no consiste en una pura irrelevancia, esto es, ausencia de realización de éste, sino que es una fuerza negativa opuesta a él, siempre que lo entendamos como un acto nacido de la autonomía privada.

⁵⁴ Vid. ESPÍN. "La nulidad en el Derecho civil". En *Libro homenaje Segismundo Royo Villabona*. Madrid, 1977. Pág. 231. BETTI. *Teoría general...* Cit. Pág. 49. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 134. Quienes se oponen al carácter de sanción para la nulidad parcial se escudan en que faltaría la obligación del privado de comportarse como marcan lo cánones de la Ley en aquellos casos en que, introduciéndose en el negocio alguna hipótesis no conforme a Derecho, ello no comportaría una reacción por parte del ordenamiento jurídico (Vid. BRUNETTI. *Norme e regole finali nel diritto*. Págs. 179 y SS. Turín, 1913. FEDELE. *La invalidità del negozio...* Cit. Pág. 328) y éste, únicamente se limita a establecer las condiciones necesarias suficientes para que la declaración de voluntad de las partes produzca sus efectos de forma definitiva; subsistirán tales efectos mientras la norma sobre la que operan subsista, mientras que desaparecerán cuando no haya norma en la que basarse, pero mantienen que no por ello puede entenderse que ello constituya una sanción jurídica.

⁵⁵ Vid. CARRESI. "Introduzione a uno studio degli oneri e obblighi delle parti nella formazione del negozio giuridico". En RTDPC, 1949. Págs. 823 y SS. CONSO. *Il concetto...* Cit. Págs. 171 y SS. SANTORO-PASSARELLI. *Dottrine generali...* Cit. Pág. 58.

⁵⁶ Cfr. *La invalidità del negozio...* Cit. Pág. 108.

parcial puede adoptar diferentes formas, dependiendo de la manera en que aparezca. Puede hacerlo estableciendo un límite a la autonomía de la voluntad, asegurándose así que el negocio se mantiene dentro de la legalidad y tomando así una forma “limitativa”. En segundo lugar puede verificarse con ella una reducción en la cantidad del objeto o de los efectos propios del negocio, adoptando de esta manera una forma “reductora”. También es admisible que la nulidad parcial del testamento aparezca bajo la fórmula de reemplazar coactivamente las cláusulas nulas por los contenidos previstos por la Ley para cada caso, diciéndose entonces que toma una forma “sustitutiva o sustitutoria”⁵⁷.

Las diferentes matizaciones jurídicas para los casos concretos que de cada uno de estos tipos de nulidad parcial van a resultar, son tema de estudio del capítulo próximo, al cual nos remitimos.

B. La relación entre la nulidad total y la parcial.

Ciertamente la mayor similitud en la que pensamos entre las dos es que la sanción que ambas implican es la misma, con la diferencia de que una afecta al negocio en su integridad y la otra únicamente a una parte determinada de él: como veremos en su momento⁵⁸, la nulidad parcial consta de los mismos atributos que la total, esto es, la parte nula no puede producir efectos, no es convalidable y no prescribe, además de poder ser invocada por cualquiera que demuestre un interés⁵⁹. Hay quien identifica casos (no muchos en cualquier caso) en los que, a través de supuestos de nulidad parcial, pueden aparecer abusos una vez puesta de relieve la imposibilidad física o jurídica de realizar la

⁵⁷ Vid. DE CASTRO. *El negocio...* Cit. Pág. 494. LÓPEZ FRÍAS. “Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español”. En ADC, 1990. Pág. 857. Su fundamento lo encontramos en el artículo 7.1 CC y su juego con el artículo 1258 CC.

⁵⁸ Capítulo sexto de la presente obra.

⁵⁹ La nulidad parcial afecta a la parte nula del negocio de idéntico modo a como la total lo hace a éste en su integridad; pero con esta última se desvanece, cumpliendo, pues, su función y desapareciendo, mientras que la nulidad parcial, como inevitable consecuencia, siempre irá coleando tras el negocio mutilado que continúa con vida. Vid. BETTI. *Teoría general...* Cit. Págs. 352 y SS. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Págs. 136 y 137.

prestación o en la hipótesis de que se convierta en inalcanzable la consecución del fin práctico global deseado por las partes, eludiéndose la responsabilidad de quien es imputable, o sea, deudor de alguna manera⁶⁰, y careciendo ya el negocio jurídico de sentido: nos enfrentaríamos así con una nulidad total a consecuencia de una parcial⁶¹. Así pues podemos extraer la conclusión de que la parcial puede dar lugar a la total siempre que se satisfagan los requisitos establecidos, esto es: imposibilidad de consecución del fin práctico perseguido con el negocio y comportamiento diligente respecto a la causa de nulidad total; o sea, que la parcial no haya sido conocida, o no se tuviera obligación de conocerla, en el momento en que se haya de verificar que así era⁶². La implicación entre la nulidad total y la parcial, desde el punto de vista de la economía jurídica (mediante el análisis coste-riesgo), según RUIZ MUÑOZ, es más coherente tratarlo desde el punto de vista de la anulabilidad que desde el de la nulidad radical⁶³, pues dice, siguiendo a MORALES MORENO⁶⁴, cuando

⁶⁰ Se trata de verificar y dar satisfacción a las mismas garantías jurídicas que se establecen en los supuestos de liberalización del deudor por imposibilidad sobrevenida de la prestación que concluyen en una extinción de la obligación. Vid. ENNECCERUS. KIPP. WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo I, 2 vol. 1º. Págs. 329 y SS. LARENZ. *Derecho civil*. Cit. Pág. 505.

⁶¹ Como indica RUIZ MUÑOZ (Op. Cit. Pág. 108) en tal caso habríamos de tratar el supuesto como un caso de imposibilidad originaria y no imposibilidad sobrevenida, así se evita que el causante de la imposibilidad eluda al responsabilidad que le corresponde. Vid al respecto ASÚA GONZÁLEZ. *La culpa in contrahendo. Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*. Bilbao, 1989. Págs. 250 y SS. CARRESI. "Il contratto". En *Tratato di Diritto civile* dirigido por CICU, MESSINEO y MENGONI. Tomo XXI. Pág. 329. Milán, 1987.

⁶² Quien causa la nulidad parcial de manera culpable no puede invocar la total del instrumento: Vid. LACRUZ BERDEJO. *Elementos...* Cit. Tomo II, vol. 1º. Pág. 85. LASARTE. *Curso de Derecho...* Cit. Tomo III. Pág. 456. A propósito, véanse la STS de 20 de junio de 1983 (RJA 3634); también: JORDANO FRAGA. *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*. Bolonia, 1988. Págs. 47 y SS y ROPPO. *Nullità parziale...* Cit. Págs. 712 y SS. En materia sucesoria, estos supuestos pueden verificarse en errores del testador, con la dificultad añadida que encierra la cuestión del error en el testamento (para detalles del estado de división en que se encuentra la doctrina al respecto, vid. DE CASTRO. *El negocio...* Cit. Págs. 127 y 128) en sus diferentes manifestaciones y sobre todo la aplicabilidad a éste de la doctrina del error contractual, para la cual no encontramos obstáculo en el Código que no sea superable con la ya tratada suplencia de la doctrina de la invalidez del contrato allí donde la regulación de la invalidez testamentaria pueda necesitarlo.

⁶³ Vid. Op. Cit. Pág. 200 y SS. Nos encontraríamos, si así lo aceptamos, con la paradoja de que un supuesto de nulidad radical, eso sí, parcial, ha de tratarse bajo la regulación de la anulabilidad; además si ésta no se acepta en el ámbito testamentario entonces la conclusión sería tener que rechazar tal hipótesis.

⁶⁴ *El error en los contratos*. Madrid, 1988. Págs. 103 y SS.

las partes actúan con total corrección los criterios jurídicos no operan (son más importantes los económicos) y, a veces, los resultados con ambos criterios son idénticos.

3. Estructura y función de la nulidad parcial.

A. La nulidad parcial en las principales clases de negocios jurídicos, en especial, en los unilaterales por causa de muerte.

El negocio jurídico en sí y la parte nula de él constituyen los presupuestos estructurales necesarios sobre los que trabajar para el acaecimiento del fenómeno de la nulidad parcial⁶⁵. Los principios de la institución son aplicables en idénticas condiciones a los diferentes tipos negociales tanto típicos como atípicos y tanto simples como complejos, pues no hay razón para que se aplique un tratamiento diferente para cada uno de ellos en relación a la figura que nos ocupa⁶⁶. Ésta es aplicada más frecuentemente a aquéllos bilaterales y plurilaterales de la más diversa especie⁶⁷. En cuanto a los unilaterales, no hay

⁶⁵ Vid. BOLOGNA. Op. Cit. Pág. 1113. CARIOTA-FERRARA. Op. Cit. Pág. 300. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 139.

⁶⁶ En relación a las realidades complejas, la doctrina establece, sin embargo, diferencia entre aquella complejidad subjetiva y aquella objetiva (Vid. BETTI. *Teoría general...* Cit. Pág. 300. CARIOTA-FERRARA. Op. Cit. Págs. 121 y SS. SANTORO-PASSARELLI. *Doctrinas generales...* Cit. Pág. 191. CARRESI. "Gli atti plurisoggettivi". En RTDPC, 1957. Págs. 1241 y SS, y la bibliografía allí citada) sin que tal distinción sea obstáculo para que en un mismo negocio sea posible que concurren ambos tipos de ellas. Son subjetivos aquellos tipos en los que la declaración de voluntad es emitida por varias personas (o una sola en el caso de los simples subjetivos, como es el caso de los testamentos) y son objetivos aquellos que constan de una pluralidad de disposiciones dirigidas a regular idéntica materia bajo el perfil de una misma causa objetiva (como es el caso de un testamento que contenga, al tiempo que la institución de heredero, uno o más legados: Vid. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 141. También: "La causa del testamento". En Circolo Giuridico, 1959. Págs. 78 y SS.); el problema que surge respecto a estos últimos es diferenciar cuándo se trata de un solo negocio y cuándo son una pluralidad de ellos interconectados (Vid. ASCARELLI. "Contratto misto, negozio indiretto e *negotium mixtum cum donationem*". En *Rivista di diritto commerciale*, 1930. Págs. 462 y SS. GIORGIANNI. "Negozzi giuridici collegati". En *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1937. Pág. 295. GASPERONI. "Collegamento e connessione tra negozi". En *Rivista di diritto commerciale*, 1955. Pág. 360. ENNECCERUS. LEHMANN. Op. Cit. Pág. 386). Para CRISCUOLI (*La nullità parziale...* Cit. Pág. 142) y CARIOTA-FERRARA (Op. Cit. Pág. 332 y SS.) uno simple subjetivo no puede ser nulo parcialmente respecto de su elemento subjetivo, pues es unipersonal, y sólo los subjetivamente complejos pueden ser parcialmente nulos a tal respecto, pero ambos podrán serlo en relación a cualquiera de sus otros elementos, mientras que para los objetivos no hay limitación alguna para la aplicación de la nulidad parcial porque no hay problemas para identificar la parte inválida y tampoco los hay para circunscribirla al seno del negocio jurídico (Vid. BOLOGNA. Op. Cit. Pág. 1113. STOLFI. *Teoría del negocio...* Cit. Pág. 62).

⁶⁷ Piénsese en contratos en los que intervienen un alto número de contrayentes, como puede ser un contrato de constitución de sociedad anónima (no se puede negar al respecto la vigencia de lo dicho respecto de la nulidad parcial en el ámbito mercantil). Las hipótesis de nulidad parcial en el contrato han de ser independientes del número de partes intervinientes en él (Vid. CARESSI. "Gli atti plurisoggettivi". En RTDPC, 1957. Pág. 1265. MESSINEO. "La struttura della società e il c.d. contratto plurilaterale". En RDC, 1942. Págs. 85 y SS. SANTORO-PASSARELLI. *Doctrinas generales...* Cit. Págs. 145 y SS) debiendo vigilarse aquí con atención el elemento volitivo, que no debe diluirse

obstáculo para su aplicación tanto a los *inter vivos* como por causa de muerte (y en concreto al objeto de nuestro estudio, al testamento⁶⁸) especialmente para estos últimos, pues tanto la estructura como la función de éste, en vez de excluirla, refuerzan la posibilidad de su validez parcial conservando con vida el instrumento reducido en la parte nula para que no desaparezca totalmente la última voluntad del causante, que es nuestro objetivo último; además, el testamento contiene una pluralidad de disposiciones independientes entre ellas atendiendo a su naturaleza y efectos, lo cual facilita que el resto sobreviva con las disposiciones restantes al faltar alguna⁶⁹: en el testamento resultan potenciados, pues, los valores de la autonomía privada⁷⁰ y la economía jurídica⁷¹, los cuales juegan un papel importante en el fundamento de la

a causa del número de partes: si uno sólo no quiere el negocio sin la parte nula, éste no puede ser obligado a continuar.

⁶⁸ Existe en nuestro Código una norma, que coincide casi exactamente con el artículo 1324 del Cci (“Salvo disposición en contrario de la Ley, las normas que regulan los contratos, se observan, en cuanto sean compatibles, en los actos unilaterales entre vivos que tengan contenido patrimonial”) y plantea la misma regulación el artículo 621 CC. con el cual se satisfacen los siguientes requisitos:- que no existiendo en el Código normas que regulen el negocio jurídico en general, se disciplinen éstos, oportunamente, en base al contrato con el beneplácito legal.- se puede incluir el testamento en esta regulación unitaria entrando en juego el artículo 620 CC dada su situación justo antes del 621 y la proximidad conceptual de las donaciones entre vivos y por causa de muerte. El Cci no contiene una norma como ésta, y resuelve el problema a través de la aplicación jurisprudencial y doctrinal del sentido afirmativo (Vid. ALLARA. *Il testamento*. Cit. Pág. 280. GANGI. *Successione testamentaria*. Cit. Tomo II. Pág. 281. RESCIGNO. *Interpretazione del testamento*. Cit. Pág. 19).

⁶⁹ La independencia de las disposiciones o cláusulas testamentarias resulta de la letra de la Ley, pues se refiere a menudo al testamento aludiendo, si bien no con claridad meridiana, a un conjunto de disposiciones (véanse los artículos 737, 743, 749 y 752 CC, entre otros) que forman su contenido. También considera la doctrina que esto es así por el hecho de que cada una de las disposiciones podría, hipotéticamente, ser objeto de un instrumento independiente y que cada una tiene un régimen legal que le es propio (Vid. BIONDI. *Autonomia delle disposizioni...* Cit. Pág. 566. CICU. *El testamento*. Cit. Pág. 9. GIANPICCOLO. *Il contenuto atipico...* Cit. Pág. 5).

⁷⁰ El valor de la autonomía privada es mayor en el ámbito que nos ocupa, pues la del testador, bajo todo punto de vista ha de gozar de mayor protección que los contratantes y otros tipos de declarantes en los diferentes negocios jurídicos (Vid. JORDANO BAREA. *Interpretación del testamento*. Cit. Pág. 42. ALLARA. *Il testamento*. Cit. Pág. 111. CICU. Op. Cit. Págs. 165 y SS. RESCIGNO. *Interpretazione del testamento*. Cit. Págs. 39 y SS.) incluso la voluntad deberá prevalecer sobre la declaración, en caso de que haya dudas al respecto (Vid. BETTI. *L'interpretazione della legge...* Cit. Pág. 273. DE CUPIS. “Il principio di conservazione nell'interpretazione dei testamenti”. En *Diritto e Giurisprudenza*, 1947. Págs. 81 y SS). En contra de este último inciso: JORDANO BAREA. Op. Cit. Pág. 119, quien indica que la voluntad última del testador queda fuera de la interpretación del testamento y ha de ser jurídicamente irrelevante.

⁷¹ Como ya se indicó (*supra* punto 1, letra B' de los presupuestos de este mismo capítulo), la protección en base al principio de economía jurídica encuentra una mayor justificación en cuanto a

nulidad parcial de todo negocio, pero especialmente en el que nos ocupa donde la tutela real y efectiva de la voluntad del causante es lo primordial a garantizar por el ordenamiento. En cuanto a la aplicabilidad de esta figura las cláusulas no patrimoniales de los negocios jurídicos, ya concluimos en su momento que ello era, en principio, posible⁷². Podemos encontrarnos con una combinación de negocios, por voluntad de los privados o de la Ley, encaminados a la consecución de un fin único y común a ellos derivado de la combinación de todos ellos⁷³. Se trata de negocios autónomos y distintos, con contenido y causa propios de cada uno, pero unidos por la finalidad y destino económico, formando una hipótesis compleja en forma de entramado⁷⁴. Nos enfrentamos

la nulidad parcial del testamento que en el resto de los negocios jurídicos a causa de la imposibilidad de renovación del acto por parte del testador (Vid. CICU. *El Testamento*. Cit. Pág. 133. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 149), de ahí la necesidad de que el ordenamiento jurídico asegure la realización de la voluntad del causante en la medida máxima posible compatible con los imperativos legales y que su violación en una disposición testamentaria no implique la nulidad del instrumento en su integridad si tal nulidad puede circunscribirse, aislarse y eliminarse.

⁷² Vid. Capítulo 2, punto 2º. Un tema, sin embargo, no abordado entonces y que plantea una problemática especial es la aplicabilidad del principio *utile per inutile non vitiatur* a los negocios de Derecho de familia, los cuales deben considerarse, de forma similar al testamento, negocios jurídicos peculiares, pues es indudable que se trata de un acuerdo solemne de voluntades amparada en la autonomía de la voluntad, a los cuales puede aplicarse la doctrina general del negocio jurídico, pero con matizaciones (Vid. ALBADALEJO. *Curso de Derecho civil*. Tomo IV. Pág. 31. Barcelona, 1996. BONET RAMÓN. *Compendio de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 616. DE CASTRO. *El negocio...* Cit. Pág. 50. LACRUZ. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo IV. Pág. 131. Barcelona, 1984 {el profesor LACRUZ incluso cree que el matrimonio constituye un contrato, lo cual es negado por otros autores: ALBADALEJO. *Op. y loc. ult. Cit. CICU. Il Diritto di famiglia. Teoria generale*. Págs. 85 y SS. Roma, 1914. Para él, es un acto de voluntad emanado de un característico poder familiar en conformidad a un interés público superior equiparable al reconocimiento de un hijo natural. MESSINEO. *Voz "Convenzione"* en ED. Para éste último, sí es una convención el matrimonio, pero no llega a ser un contrato}. GALGANO. *El negocio...* Cit. Págs. 509 y SS. RESCIGNO. *Manuale di diritto...* Cit. Pág. 406). Una de ellas debe ser la que nos ocupa. En el matrimonio no es posible establecer una nulidad parcial, pues éste es o no es por completo, pero no es susceptible de división; sí es nula, según el artículo 45 CC la condición término o modo del consentimiento prestado para contraer matrimonio, lo cual implica en cierta medida, la aplicación de la regla *utile per inutile non vitiatur* al matrimonio (Vid. CICU. *Diritto di famiglia...* Cit. Pág. 260. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 156). La concurrencia de una causa de nulidad acarrea la nulidad de la institución en todo caso. Pero el matrimonio no es el único negocio de Derecho de familia: los esponsales siguen un régimen parecido al matrimonio, así como el mencionado reconocimiento de hijo natural, pero para otros, como las capitulaciones matrimoniales el Código prevé específicamente su sujeción a las reglas contractuales en relación a su invalidez (según el artículo 1335 CC).

⁷³ La sucesión testada es un caso de negocio de este tipo pues para que ella tenga lugar deberán producirse: uno, un testamento en el que aparece una atribución patrimonial y otro más, por medio del cual se produce la aceptación de tal atribución por parte del o de los herederos.

⁷⁴ Vid. BETTI. *Teoría general...* Cit. Pág. 298. CARIOTA-FERRARA. *Op. Cit.* Págs. 262 y SS. GORGIANNI. *Op. Cit.* Págs. 275 y SS. SANTORO-PASSARELLI. *Doctrinas generales...* Cit. Pág. 262. VELLANI. "In tema di negozi collegati". En *Giurisprudenza completa di Cassazione civile*, 1951.

entonces con el problema de si uno de ellos es nulo, si ello golpeará al entero grupo o solamente al afectado, verificándose una situación de nulidad parcial en base al vínculo existente entre ellos⁷⁵, el cual puede ser de tipo legal o de tipo subjetivo. Este último criterio es el que más se adecua a los principios de economía y de autonomía de la voluntad, siempre dentro del respeto a la voluntad de las partes, esto es, de si desearían que el resto de los negocios mantuvieran su validez y produzcan los efectos que le son propios, pero faltando aquel que es nulo.

La nulidad parcial es un problema, en definitiva, de relación entre la parte nula y el resto del negocio válido, su relación de coordinación y subordinación de ésta para con la parte válida, sus influencias⁷⁶ mutuas y su compatibilidad. La relación de coordinación tiene lugar cuando una pluralidad de cláusulas o disposiciones concurren, de acuerdo con la voluntad del causante, para constituir el objeto negocial en un plano de igualdad, conservando cada una de ellas su individualidad; la relación de subordinación aparece cuando las porciones válida y no válida del negocio se encuentran la una en posición de dependencia de la otra, siempre la primera sometida a la segunda, pues el caso contrario no es posible, pues el negocio completo sería nulo⁷⁷.

Págs. 319 y SS. VENDITTI. "Appunti in tema di negozi giuridici collegati". En *Giustizia civile*, 1954. Págs. 259 y SS.

⁷⁵ Para algún autor (en concreto: BOLOGNA. Op. Cit. Pág. 1114) no puede hablarse de nulidad parcial en un complejo de negocios, pues vendríamos a confundir la invalidez de una parte de uno con la invalidez total de otro que se encuentra relacionado con otros teleológicamente para la obtención de un resultado que no podría obtenerse en uno solo, pero sin la conexión necesaria para hablar de nulidad parcial o que pueda pasar la ésta a los demás. Para la corriente dominante, la relevancia jurídica de la combinación sí se manifiesta en orden al problema que nos ocupa, pero en una manera especial en relación a la naturaleza e intensidad del nexos que los une (Vid. BETTI. *Teoría general...* Cit. Pág. 298. GIORGIANNI. Op. Cit. Pág. 349. SANTORO-PASSARELLI. *Doctrinas generales...* Cit. Pág. 301. STOLFI. *Teoría del negocio...* Cit. Pág. 62. VENDITTI. Op. Cit. Pág. 271): así, dependiendo de su importancia, la invalidez quedará circunscrita al afectado o pasará a los demás, dejándolos todos sin valor. Como indica CRISCUOLI (*La nullità parziale...* Cit. Pág. 177) la nulidad parcial tiene una entidad demasiado amplia para limitarla al campo del negocio jurídico aislado, que si bien constituye su campo de aplicación más normal, no es el único, incluyendo también aspectos fuera de su teoría (Vid. BETTI. *Teoría general del negocio...* Cit. Pág. 300. CARNELUTTI. *Teoría general...* Cit. Págs. 334 y 425. SANTORO-PASSARELLI. *Doctrinas generales...* Cit. Pág. 85).

⁷⁶ O sus "no influencias", como hace constar BETTI (*Teoría general del negocio...* Cit. Pág. 362).

⁷⁷ Cfr. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Págs. 207 y 208.

B. La función jurídica de la nulidad parcial.

La nulidad parcial, considerada desde su función dinámica, atiende al evento alternativo descrito anteriormente de elección entre nulidad total y de parte del negocio manteniendo con vida el resto; así como si tal alternativa es reconducible bien a la voluntad de las partes o bien a los imperativos de la Ley⁷⁸. No cabe duda que la solución coactiva de los supuestos de nulidad parcial será la que actuará en primer lugar en el ámbito del testamento, pues el causante no estará presente para solucionar los problemas que la apertura de sus últimos deseos plantee y su voluntad sólo podrá manifestarse a través de la búsqueda mediante criterios hermenéuticos de cuál pudo ser ésta.

No cabe duda que la solución coactiva al problema de la nulidad parcial es una limitación al dogma de la libertad y la autonomía de la voluntad, sobreponiéndose el comando legal a la autorregulación deseada por las partes: por ello la reducción, limitación (que son las dos formas más comunes que el ordenamiento utiliza con el objetivo de mantener el negocio jurídico dentro de los confines de la legalidad y las exigencias de la convivencia social) o sustitución legales, que debe ser aplicada únicamente en aquellos casos de mayor grado de imperatividad de las Leyes y cuando los intereses generales protegidos sean de una entidad suficiente para que en base a ello encuentre una

⁷⁸ Tal disyuntiva es la regulación de la institución bajo criterios bien subjetivo-voluntarios o bien objetivo-legales, que implicarían la sustitución coactiva de la cláusula nula, bien por otra, o bien, simplemente eliminándola. La posibilidad de que ambos puedan actuar conjuntamente en el mismo negocio y respecto de una concreta cláusula la niega CRISCUOLI (*La nullità parziale...* Cit. Pág. 210); lo que sí es posible es que la aplicación de ambos puedan concurrir para solucionar dos problemas distintos de nulidad parcial dentro del mismo negocio, pero refiriéndose a dos porciones negociales nulas diferentes. La elección entre una u otra pauta de actuación deberá hacerse teniendo en cuenta la graduación legal de ambos que la Ley hace en razón de las normas que determinan la concreta nulidad parcial de que se trate: primero habrá de aplicarse el criterio legal de sustitución de la cláusula nula por la pauta legal preceptiva y necesaria (esta técnica no es exclusiva de los contratos, especialmente aquellos celebrados bajo condiciones generales, al amparo del artículo 10.4 de la Ley general de defensa de consumidores y usuarios, aunque ese sea su principal terreno de aplicación, pues en cualquier ámbito negocial la ley tiene la potestad de ordenar que lo que las partes han plasmado no pueda ser, y que lo que tiene que ser es lo que la Ley entiende que debe ser bajo tales presupuestos, como puede ser el caso de las cuotas legitimarias); en segundo lugar podrán aplicarse los criterios limitativos y reductores, pudiendo las partes entonces, y si la naturaleza del negocio se lo permite, aportar las posibles soluciones al problema conexo a la nulidad parcial (Vid. MOSCO. *La conversione del negozio giuridico*. Pág. 279. Nápoles, 1947. BOLOGNA. Op. Cit. Pág. 1115. BETTI. *Teoría general del negocio...* Cit. Pág. 85. CARIOTA-FERRARA. Op. Cit. Pág. 280. RESCIGNO. *La interpretazione...* Cit. Pág. 155. SANTORO-PASSARELLI. *Doctrinas generales...* Cit. Pág. 301).

justificación suficiente, pasando por encima de la voluntad del testador, que, como vimos, es soberana en el ámbito de su sucesión. En el caso de que no resuelva la Ley el problema que la nulidad parcial traza para su aplicación, habrá de hacerse a través de la voluntad de las partes sobre la base de la intencionalidad del declarante en el sentido de su deseo o no de que el negocio se mantenga con vida faltando la parte nula⁷⁹ atendiendo siempre al momento de la formación del negocio⁸⁰. No tiene importancia a los efectos a que nos referimos la voluntad del destinatario del negocio, o sea, los hipotéticos herederos o legatarios⁸¹.

⁷⁹ Los cánones hermenéuticos generales válidos para todo tipo de negocios jurídicos son el primer paso a dar para tal averiguación:- En primer lugar, es determinar el contenido que se desea con la declaración de voluntad emitida, esto es, la búsqueda del objetivo del negocio que restaría válido una vez eliminada la parte nula.- Tal búsqueda ha de llevarse a cabo a cerca del momento de la formación del negocio, no la voluntad que sería en el momento de resolver el problema de la aplicación o no de la nulidad parcial. El deseo de que el negocio se mantenga con vida puede ser positivo realmente o sólo presuntamente: si el declarante, tanto tácita como expresamente, prevé que se deba conservar lo que se pueda o se deduce de sus palabras (Vid. JORDANO BAREA. *La interpretación del testamento*. Cit. Pág. 47. MOSCO. *La conversione del negozio...* Cit. Pág. 271. BOLOGNA. Op. Cit. Pág. 1110. RESCIGO. *Interpretazione del tetamento*. Cit. Pág. 158); si no se prevé la posibilidad de que el negocio sea parcialmente nulo deberemos atender a la voluntad hipotética correspondiente, reconstruyendo las circunstancias personales del momento y deduciendo de lo expresado en el instrumento cuál es su voluntad. Solamente es válida la conclusión extraída de acuerdo con la voluntad del testador expresada en el testamento, pues de otra manera estamos ante una voluntad inexpresada en tal declaración y carente por tanto de relevancia (Vid. JORDANO BAREA. *La interpretación del testamento*. Cit. Págs. 94 y SS. BETTI. *L'interpretazione della legge*. Cit. Pág. 316. GIANPICCOLO. Op. Cit. Pág. 160. MOSCO. *Principi sulla interpretazione...* Cit. Pág. 140. OERTMANN. *Rechtsornung und Verkehrssitte*. Pág. 25. Leipzig, 1914. DANZ. *La interpretación...* Cit. Págs. 206 y SS) de acuerdo con los artículos 675 y 687 CC, tal como se expresa la jurisprudencia (Vid. STS de 8 de julio de 1940 (RJA 689)).

⁸⁰ En el caso de negocios unilaterales con una pluralidad de emitentes, la doctrina estima que la voluntad de la mayoría de éstos será la que haya de prevalecer; en el caso de los contratos, es la conjunción de ambas partes, y si éstas son más de dos, es posible para alguna de las partes retirarse y continuar las demás (Vid. CARIOTA FERRARA. Op. Cit. Págs. 110 y 134. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Págs. 240 y SS. SANTORO-PASSARELLI. *Doctrinas generales...* Cit. Págs. 163 y SS.

⁸¹ Vid. JORDANO BAREA. *La interpretación del testamento*. Cit. Pág. 35. ROYO MARTÍNEZ. Op. Cit. Pág. 75.

CAPÍTULO QUINTO

Causas de nulidad parcial en el testamento

Las causas por las que un testamento puede ser íntegra y parcialmente nulo son múltiples y de muy diversa índole: la casuística entorno a ellas es amplia por la multiplicidad de formas, incapacidades y prohibiciones que pueden afectarle. La nulidad de un testamento, en todo o en parte, se produce cuando no se dan todos los requisitos necesarios para su validez, concurriendo alguna de las causas que la originan, que, como estudiaremos, pueden resumirse principalmente, desaparecida de nuestro ordenamiento la de por ausencia de la institución de heredero (que se muestra en el CC en el artículo 764) en: la falta de capacidad necesaria para testar o recibir por testamento, por estar viciada la voluntad del testador o no ser lícita la causa para testar, y, en último lugar, por no haberse adoptado la forma adecuada o no haberse respetado las solemnidades legalmente exigidas. Además hay una serie de motivos concretos por violación de determinadas normas imperativas de Derecho sucesorio.

Este resumen de las causas de nulidad nace de la necesidad que el testamento tiene, como todo negocio jurídico, de poseer los requisitos de consentimiento, objeto y causa, además de la peculiaridad testamentaria de la rigidez de forma para poder ser válido y eficaz: es solemne, con forma constitutiva (o *ad solemnitatem*), siendo el respeto a la forma legal un añadido imprescindible para serlo. Tales causas pueden afectar, en algunos casos, a una parte, dejando subsistente el resto. Tanto las causas de nulidad, su fundamento y desarrollo legal y doctrinal, como la posibilidad y la forma en que las principales de ellas (no olvidemos, que, como todo negocio jurídico, el testamento en nulo por toda contravención legal, según el artículo 6.3 CC, como son los casos en que haga de forma mancomunada -artículos 669 y 733 CC-, por comisario -artículo 670- o fuera de alguna de las formas, que forman un *numerus clausus*, específicamente previstas en el Código civil, como el testamento no manuscrito por el testador y sólo ante testigos fuera de los casos de inminente peligro de muerte o epidemia de los artículos 700 y 701 CC) pueden afectar a una parte de él son el objeto de estudio del presente capítulo.

Las causas por las que cabe la posibilidad de que un negocio sea nulo quedaron expuestas en su momento. En este momento vamos a ver, de entre todas las razones por las que un testamento puede serlo según nuestro ordenamiento jurídico y, dejando aparte por la amplitud de su tratamiento las de los legados, cuáles pueden ser causa de nulidad de sólo algunas de las disposiciones contenidas en el instrumento, las cuales BARBERO¹ resume en dos: razones por defecto de sustancia y por defecto de indicaciones. Resulta claro así que existen dos grupos o categorías de causas de nulidad, las que afectan al testamento en su conjunto, como un todo, y las que únicamente originan la de la cláusula que contraviene un determinado precepto legal imperativo que limita la autonomía privada del testador².

¹ *Sistema del Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 297.

² Cfr. ROMÁN GARCÍA. *Derecho de sucesiones*. Madrid, 1999. Pág. 165. Para un listado de tipos de disposiciones testamentarias nulas, véase: GABRIELLI. "L'oggetto della conferma ex art. 590 c.c." En RTDPC, 1966. Págs. 1385 y SS.

1. Ausencia de capacidad suficiente

Contar las partes con la capacidad suficiente para otorgar el negocio jurídico es uno de los requisitos comunes a sus diferentes tipos. Tal capacidad es necesaria, más evidentemente, para poder testar y ocupará por tanto, el grueso del espacio que dedicaremos a la nulidad por falta de capacidad, pero es también necesaria para poder recibir por testamento de una determinada persona en atención a las relaciones personales entre causante y sucesor, aunque acerca de estas últimas pueda argumentarse que pertenecen más bien a la parte general del Derecho de sucesiones que al ámbito testamentario propiamente dicho.

A. Incapacidades relativas al testador.

El ejercicio del derecho a testar exige una manifestación de voluntad, y para que esta sea válida, es necesario que a la persona que la emite la Ley le reconozca la aptitud necesario para que esa declaración sea efectiva y pueda producir efectos jurídicos. Para ello el ordenamiento estipula las condiciones que debe reunir el individuo para concederle la autodeterminación, la capacidad jurídica precisa en cada caso, y que se verificarán cuando haya una suficiencia de inteligencia y de madurez por parte del sujeto³; en otras palabras, que el causante reúna las condiciones intelectuales necesarias para decidir sensatamente su sucesión. Pueden testar, como dispone el Código civil (artículo 662), todas aquellas personas a quienes la Ley no lo prohíbe expresamente. Las incapacidades han de estar, por tanto, taxativamente fijadas por disposición legal: la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, pues la regla ha de ser la posibilidad de utilizar tal derecho estrechamente relacionado con las prerrogativas fundamentales de los individuos⁴. Este tipo de capacidad, como

³ Como dice ALBADALEJO (*El negocio jurídico*. Cit. Pág. 402) que no falte la capacidad natural de entender y de querer del declarante, que aparece en el niño, el enajenado mental, en caso de embriaguez, etcétera; y que la Ley cristaliza en unas limitaciones legales.

⁴ Cfr. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 13.

afirma OSSORIO MORALES, es mucho más amplia que la exigida para los negocios *inter vivos*⁵.

Así, se encuentran incapacitados para testar, en primer lugar, los menores de 14 años y, para el caso del testamento ológrafo, los menores de edad⁶. Para el cómputo de la edad, según el artículo 315 CC se habrá de tener en cuenta completo el día del nacimiento⁷, de modo que la edad se cumplirá a las cero horas del día del catorce aniversario⁸. PUIG FERRIOL⁹ plantea la duda de si puede considerarse válida la disposición de última voluntad en el caso de que el testador dude acerca de si ha alcanzado la edad necesaria para testar y no haya modo de acreditar tal extremo en el momento del otorgamiento: el autor se inclina por la nulidad, pues el notario debe hacer referencia expresa a su conocimiento de la capacidad suficiente del testador (artículos 696 y 707. 4 CC)

⁵ Op. Cit. Pág. 50. Ciertamente, no sólo, por la rebaja en la edad mínima, sino por la supresión de otros impedimentos que sí operan para otros negocios, como la interdicción civil, la incapacidad de los pródigos, que sí pueden testar, o la declaración de concurso o quiebra.

⁶ Respectivamente los artículos 663 y 688 párrafo primero CC. Es esta una excepción al sistema tradicional romano, por el que la capacidad para testar se adquiría con la plena capacidad de obrar, es decir, con la pubertad. Así es en el ordenamiento jurídico italiano, la capacidad para testar se obtiene a los 18 años, o sea, con la mayoría de edad (vid. CICU. *El testamento*. Cit. Pág. 150. RESCIGNO. *Manuale del diritto...* Cit. Pág. 591. No era, sin embargo, antes de la Ley de 8 de marzo de 1975 N.º 39, por la que se rebajó la mayoría de edad de los veintiún años a los dieciocho años: desde entonces coinciden la mayoría de edad con la edad mínima necesaria para testar) según el artículo 591 Cci; cosa que no ocurre en el BGB, cuya exposición de motivos justifica el adelanto, a los dieciséis años en su caso, para atenuar la dependencia de los parientes. Pero parece, según acertadamente indica CICU (*El testamento*. Cit. Pág. 151) que debería ser al contrario, pues el testamento no es acto de menor importancia que cualquier otro negocio jurídico que requiera capacidad plena (con la mayoría de edad); prueba de ello es que nuestro CC siempre ha mantenido el criterio de la mayoría de edad para poder testar con un testamento ológrafo. Otra explicación que se ha dado es que el testamento es un acto esencialmente revocable y que el menor puede cambiarlo a su antojo ulteriormente al ir adquiriendo con la edad un juicio más maduro (cfr. SEOANE SPIEGELBERG. Op. Cit. Pág. 354).

⁷ A este respecto parece irrelevante para la doctrina que la Ley del Registro civil exija, en su artículo 41, que en la partida de nacimiento se haga constar la hora en que éste se produzca, teniendo en cuenta que esta suele ser siempre aproximada, y muchas veces, poco fiable.

⁸ En este sentido se pronuncia la doctrina dominante: ALBADALEJO. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Tomo IX, vol. 1 A. Pág. 70. CASTÁN. *Derecho civil español...* Cit. Tomo 1, vol. 2.º Pág. 177. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo I, vol. 2.º Pág. 102. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2.º Pág. 15. RIVAS MARTÍNEZ. Op. Cit. Tomo I. Pág. 73. LLEDÓ YAGÜE. *Derecho de sucesiones*. Cit. Tomo II. Pág. 277. PUIG FERRIOL. En *Comentarios al Código civil*, Ministerio de justicia. Tomo I. Pág. 1670. Madrid, 1991. SANTOS BRIZ. *Derecho civil*. Tomo VI. Cit. Pág. 235.

⁹ Op. y loc. Cit. en nota anterior.

y mal podrá hacerlo si existen dudas; el caso del testamento ológrafo es diferente, pues no hay notario para dar fe, y por el medio del *favor testamenti* será válido a menos que se demuestre fehacientemente que el testador no era mayor de edad. La estimación de la capacidad al momento de otorgar testamento (tanto en cuanto a la edad, como al cabal juicio del causante, que veremos a continuación) es puramente una cuestión deducida de los que son supuestos de hecho, que, si no se dan, lo abocan a la sanción de nulidad¹⁰.

Se encuentran también incapacitados para testar a causa de sus limitaciones físicas, en primer lugar, los ciegos¹¹, y los que, por no saber o no poder leer, se les imposibilita otorgar testamento cerrado: sí podrán, en cambio otorgar testamento abierto. Tampoco pueden hacerlo los sordomudos que no sepan leer y escribir (ni expresarse por medio de signos para sordomudos: quienes lo hacen saben leer), pues ninguna de las formas de testamento reconocidas por el Código le son asequibles (artículos 695 y 708); si éstos saben escribir, aunque no puedan hablar, sí pueden otorgarlo, tanto abierto como cerrado, pues pueden prestar su consentimiento expresándose por escrito¹².

Por sus limitaciones psíquicas no pueden testar los que habitual o accidentalmente¹³ no se hallaren en su cabal juicio (artículo 663.2 CC.)¹⁴,

¹⁰ Cfr. SANTOS BRIZ. *Derecho civil*. Cit. Tomo VI. Pág. 361 y el capítulo VI, apartado IV, b. Tal es la doctrina reiterada de la Sala 1ª del TS, resumida en la STS de 27 de junio de 1977 (RJA 3019), citada por este autor.

¹¹ Se plantea la duda de si podrían hacerlo a través de la escritura tipo braille, y no debiera haber obstáculo para ello, sino todo lo contrario, pues en la época de redacción del Código civil no se conocía tal sistema, y, hoy en día los adelantos técnicos deben ser tenidos en cuenta por el Derecho para facilitar la integración de los disminuidos, como en este caso, para permitirles el acceso a un derecho de primer orden, como es el de ordenar su propia sucesión del modo que mejor convenga.

¹² Vid. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 30.

¹³ Encontrarse accidentalmente en tal estado pueden ser aquellos momentos en los que un individuo mentalmente sano se encuentra con su capacidad intelectual disminuida o anulada: aparte de las propias y verdaderas enfermedades mentales, como LACRUZ BERDEJO indica (anotaciones al *Derecho de sucesiones* de BINDER. Cit. Pág. 43), son equiparables el delirio febril, la embriaguez plena, el sonambulismo, la sugestión hipnótica, etcétera; siempre que priven al individuo del conocimiento necesario para comprender la razón de sus actos (cfr. BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO. "Incapacidad de testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio". En RDP, 1966. Pág. 249). Obviamente, para que se carezca de la capacidad para

debiendo atenderse exclusivamente, para resolver sobre la validez o no del instrumento, al estado mental al momento del otorgamiento (artículo 666 CC)¹⁵. El más evidente caso de incapacidad en este sentido es la de aquél que se encuentra incapacitado judicialmente¹⁶, por ende de alguna de las patologías que acarrearán la incapacitación del sujeto incluyen los procesos patológicos graves, como esquizofrenias con alteración de la personalidad, demencias avanzadas, seniles o no, subnormalidad, etcétera¹⁷. No hay, según el Tribunal

testar en estos casos, no es necesario que se encuentre oficialmente reconocido mediante sentencia judicial declarándola

¹⁴ Afirma con razón PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 15) que la expresión “cabal juicio” no es un modelo de precisión, pues aunque es bastante amplia como para comprender los estados de demencia, imbecilidad y aquellos transitorios que priven del juicio, hay quien no está en esta situación de lucidez legal y no se encuentra en ese estado de trastorno que se exige para no poder testar.

La definición psiquiátrica de “cabal juicio”, según GISBERT CALABUIG (*Medicina legal y toxicología*. Pág. 159. Madrid, 1991) es: “aquella normalidad de la conciencia que permite comprender la importancia y las consecuencias de las propias acciones, y aquella integridad de la voluntad que permite decidirse libremente en las propias acciones”. Consecuentemente, las condiciones exigidas desde el punto de vista psicológico para la validez de un testamento son según este autor (Op. Cit. Págs. 159 y 160):

1º: Que el testador tenga conciencia completa de lo que significa, desde el punto de vista material y legal, el acto testamentario, poseer una clara noción de la trascendencia de las disposiciones que formula, tanto para él mismo como para los interesados, y disponer, al mismo tiempo, de los medios de hacer conocer su voluntad de una manera clara y limpia, ya sea oralmente o por escrito.

2º: La manifestación de la voluntad del testador ha de ser libre, es decir, que no haya sido inducida a error por violencias físicas o morales o, en fin, por trastornos patológicos de su actividad mental.

¹⁵ Véase a este respecto las STS de 24 de noviembre de 1933 y 11 de diciembre de 1962 (RJA 5063).

¹⁶ La sentencia de incapacitación marca el momento a partir del cual es nulo el testamento del declarado incapaz. El hecho antes de la enajenación mental es válido de acuerdo con el artículo 664 CC: la Ley no da a la sentencia efecto retroactivo al día en que se inició la enfermedad, ni siquiera al día que se presentó la demanda, pues la eficacia de tal sentencia es constitutiva (Cfr. CICU. *El testamento*. Cit. Pág. 153). Si se desea instar la nulidad de un testamento otorgado antes de la sentencia de incapacitación, se deberá demostrar la situación de ausencia de cordura del sujeto, pues de otro modo se presume válido.

¹⁷ Cfr. GISBERT CALABUIG. Op. Cit. Pág. 160. La jurisprudencia se ha decantado a favor de privar de capacidad testamentaria en casos como los de enfermedad de Czeutzfeld-Jakob, que degenera en encefalitis espongiiforme (STS de 22 de junio de 1992 (RJA 5460)), en caso de trombosis cerebral (STS de 27 de junio de 1977 (RJA 3019)) y enfermedad vascular encefálica y enfermedad de Lawrence-Moor-Bardet y Brelid que conlleva una oligofrenia (STS de 11 de diciembre de 1962 (RJA 5063)).

Supremo incapacidad para testar en los casos de simple edad avanzada¹⁸, la enfermedad neurasténica¹⁹, la depresión²⁰ y la esquizofrenia leve²¹. El Código permite que los incapaces puedan testar en los intervalos lúcidos de su enfermedad, si es posible que los tengan y efectivamente los tienen²², en los términos prevenidos por el artículo 665 CC²³. Este precepto es de obligatoria observación cuando quien pretenda otorgar testamento esté judicialmente declarado incapaz. Según este sistema (modificado en la reforma del Código civil en esta materia por Ley 30/1991 de 20 de diciembre²⁴), si otorgara sin las garantías que tal precepto, unido a las exigencias del artículo 685²⁵, establece,

¹⁸ STS de 25 de octubre de 1928.

¹⁹ STS de 28 de diciembre de 1928.

²⁰ STS de 1 de octubre de 1991 (RJA 3908).

²¹ STS de 7 de octubre de 1982 (RJA 5545).

²² Si la sentencia de incapacitación contiene pronunciamiento negativo expreso acerca de su actitud para otorgar testamento, no podrá el incapaz otorgarlo al amparo del sistema del artículo 665 CC (cfr. ROCA TRÍAS. "Comentario al artículo 665". En *Comentarios a las reformas del Código civil*, coordinada por R. BERCOVITZ. Pág. 951. Madrid, 1991) y sí podrá hacerlo si la sentencia de incapacitación es general, sin pronunciamiento expreso sobre la capacidad testamentaria del sujeto.

²³ Con él se cierra el sistema de análisis individual de las capacidades testamentarias que el Código ha establecido (frente a la síntesis genérica de normas formalistas), siendo mucho más justa, pero que acarrea enconadas cuestiones de prueba, ante la necesidad de hacerlo de manera diferenciada para cada caso concreto (vid. FAIRÉN. En notas a CICU. *El testamento*. Cit. Págs. 152 y 153).

²⁴ En su antigua redacción decía: "Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el notario dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos".

²⁵ Que desde la reforma citada obliga a que el notario, si no conoce al testador, le identifique a través de dos testigos y, además, deberá asegurarse de que, a su juicio, el testador tiene la capacidad necesaria para testar (véanse las SSTS de 21 de junio de 1986 (RJA 3788) y 10 de abril de 1987 (RJA 2549)), para lo cual entra en juego el planteamiento del artículo 665 CC, en su caso.

Todo ello es de aplicación también al enfermo mental no incapacitado, pues el notario no puede esperar a que instruya, tramite y resuelva el correspondiente expediente judicial correspondiente, no siendo de aplicación en materia testamentaria los artículos 199 a 214 CC relativos a la incapacitación (cfr. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 19). Sin embargo con una notable diferencia: las añejas SSTS de 27 de junio de 1908 y 16 de noviembre de 1918 rechazan que sea aplicable a estos casos el artículo 665 CC (que está pensado para el incapacitado que desea testar en periodo de lucidez) en cuanto a los facultativos, por la presunción de capacidad que la jurisprudencia concede a los sujetos, como se expone a continuación.

entonces sería nulo con la simple justificación de la incapacidad declarada del sujeto al momento en que se produce la declaración, ya que la sentencia de incapacitación crea una presunción del estado mental del incapacitado²⁶.

Pero el hecho de que el testamento se otorgue previo dictamen de los facultativos no implica que sea inatacable, pues la manifestación del notario y de aquéllos crea una presunción de capacidad que puede ser destruida mediante prueba de que el testador no se encontraba en su cabal juicio. Las pruebas en tal sentido habrán de ser muy cumplidas y convincentes²⁷, pues destruir la presunción que han creado un fedatario público, dos facultativos y posibles testigos que observan al sujeto en el momento; en uno posterior va a ser harto dificultoso, como constatan las SSTS de 23 de marzo (RJA 317) y 10 de abril de 1944 (RJA 533). Los medios de prueba específicos que se pueden utilizar en este tipo de asuntos son de lo más variado, pudiendo salirse en cierta medida de lo habitual: desde los habituales informes médicos, periciales caligráficas o testimonio de testigos a las menos corrientes, como la coherencia y racionalidad o arbitrariedad de las cláusulas que componen el instrumento, las faltas de ortografía en la persona culta o el suministro de medicamentos²⁸.

Con respecto a la valoración de la enfermedad mental, la jurisprudencia mantiene que, en primer lugar, la capacidad de las personas se presume, y que todo individuo debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser, por lo que su negación, siendo una situación excepcional, debe ser probada por quien la alegue²⁹, como manifestación de los principios de *favor testamenti* y *pro capacitate*³⁰. En segundo lugar, la aseveración notarial respecto de, a su

²⁶ Cfr. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 465.

²⁷ Es el sentido en el que se expresa la STS de 10 de abril de 1944 (RJA 533).

²⁸ Vid. para un examen más detallado de los medios de prueba: MEDINA. *Nulidad de testamento*. Cit. Págs. 51 y SS.

²⁹ Entre otras muchas, las SSTS de 30 de noviembre de 1991 (RJA 8582), 22 de junio de 1992 (RJA 5460), 10 de febrero de 1994 (RJA 848), etc.

³⁰ Vid. SEOANE SPIEGELBERG. Op. Cit. Págs. 361 y SS.

juicio, la suficiente capacidad para testar del causante, constituye una presunción *iuris tantum* de actitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario³¹ y por ello la carga de tal prueba corresponde a quien sostiene la existencia de la incapacidad³²; de hecho, la omisión en el testamento de tal aseveración por parte del notario genera su nulidad³³. La circunstancia de que en el otorgamiento hubieran intervenido dos facultativos, no impide que el testamento pueda impugnarse, si con posterioridad se logra acreditar que el causante carecía de la aptitud necesaria al momento de la declaración³⁴. En tercer lugar, se deben apreciar las condiciones físicas y psíquicas del causante en el instante mismo del otorgamiento, ningún otro³⁵. Por último, debe quedar claro que la apreciación de la incapacidad del testador, según la doctrina y la jurisprudencia, es una cuestión de hecho sometida a la apreciación de la Sala³⁶.

De acuerdo con el tenor literal del artículo 663 CC, debemos entender que, en cuanto al alcance de la nulidad del testamento por la causa que analizamos, la incapacidad para testar en nuestro ordenamiento no va a poder ser parcial³⁷:

³¹ SSTS de 21 de junio de 1986 (RJA 3788), 10 de abril de 1987 (RJA 2549) y 13 de octubre de 1990 (RJA 7863). Pero evidentemente ello no quiere decir que la fe pública notarial constatada no ampara la realidad de la capacidad del testador.

³² SSTS de 26 de septiembre de 1988 (RJA 6860) y 13 de octubre de 1990 (RJA 7863).

³³ Véase la STS de 25 de junio de 1990 (RJA 4892).

³⁴ SSTS de 2 de junio de 1959 (RJA 2484) y 8 de marzo de 1972 (RJA 1091). Realmente, como observa BELTRÁN DE HEREDIA (Op. Cit. Pág. 251), parece un absurdo que se rodee de tantas garantías por parte del Código el otorgamiento de un testamento válido (el hecho en momentos de lucidez por el incapacitado) para luego, una vez adquirida la seguridad, permita la impugnación; pero por otra parte la psiquiatría no es una ciencia exacta, y cerrar su posibilidad de impugnación no sería compatible con la exigencia de la tutela real y efectiva (cfr. SEOANE SPIEGELBREG. Op. Cit. Pág. 365); la seguridad jurídica se encuentra en juego por ambos frentes.

³⁵ SSTS de 7 de octubre de 1983 (RJA 5545), 26 de septiembre de 1988 (RJA 6860) y 1 de junio de 1994 (RJA 4567).

³⁶ Vid. ARMERO. Op. Cit. Pág. 545 y las SSTS de 7 de octubre de 1982 (RJA 5545), 10 de abril de 1987 (RJA 2549) y 30 de noviembre de 1991 (RJA 8582).

³⁷ No se puede considerar la sucesión necesaria ni la intransmisibilidad de ciertos derechos (usufructo, habitación...) como casos de limitada capacidad testamentaria (cfr. ALLARA. *Il testamento*. Cit. Pág. 46) pues afecta a todos los causantes por igual, sin diferencias.

cuando una persona es incapaz, ya por la edad ya por sus aptitudes mentales, o bien puede otorgarlo o no, debiendo entonces ser válido o inválido en su totalidad³⁸. No es así, sin embargo, en todos los ordenamientos jurídicos continentales: por ejemplo en el francés, en referencia a la edad mínima para poder testar, ésta ha de ser de dieciocho años, pero el mayor de dieciséis puede disponer válidamente por este concepto de la mitad de sus bienes³⁹; de una manera similar, el Código civil austríaco obliga a que el declarado pródigo pueda disponer por testamento de únicamente la mitad de su haber⁴⁰.

B. Incapacidades relativas a los sucesores.

Hay ciertas personas que por sus relaciones con el causante o sus propias características intrínsecas se encuentran incapacitadas para suceder, ya sea de manera general, ya sea de ciertas personas determinadas; y bien para la totalidad del caudal hereditario o sólo en relación a una parte de él⁴¹. Las principales incapacidades son aquellas derivadas de la indignidad y las denominadas incapacidades relativas o prohibiciones de dejar en testamento⁴². El Código también estima que son incapaces para suceder el *nasciturus* y las asociaciones o corporaciones no permitidas por la Ley⁴³: sí serán, en este caso,

³⁸ El autor argentino FASSI (*Tratado de los testamentos*. Tomo II. Pág. 356. Buenos Aires, 1970) al plantearse si el testamento puede ser nulo parcialmente por falta de capacidad, sostiene que sí puede: "si ha faltado el discernimiento respecto a alguna disposición, sin alcanzar a otras que son juiciosas y fruto de la perfecta razón, la nulidad sólo alcanzará a las segundas". Pero nuestro Código no parece dar pie a tal respecto y no admite que un incapaz pueda dictar unas disposiciones razonables y otras irrazonables: las disposiciones dictadas por una persona en esta situación son o todas nulas o todas válidas.

³⁹ Artículo 904 Code.

⁴⁰ Parágrafo 568.

⁴¹ El Código se ocupa de la capacidad e incapacidad para suceder por testamento en la sección primera del capítulo II, título III del libro tercero.

⁴² Cfr. ALBADALEJO. *Curso de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 89. La razón por la que se estima que son incapacidades relativas es porque protegen un interés particular en cada caso, no un interés social (cfr. MEDINA. *Nulidad de...* Cit. Pág. 67).

⁴³ Cfr. Art. 745 CC. La razón se encuentra en que a tales no les reconoce la Ley personalidad jurídica, así pues, al no existir para el Derecho, difícilmente pueden suceder (cfr. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 1º. Pág. 133).

parcialmente nulos aquellos instrumentos que contengan disposiciones de este tipo en cuanto a ellas, conservándose en vigor el resto.

A las primeras no las podemos calificar de causas de nulidad de las singulares disposiciones testamentarias, pues para privar al indigno de los bienes hereditarios en los que ha entrado en posesión existe una acción propia, la acción de indignidad (con un plazo de prescripción de cinco años⁴⁴) y sin su ejercicio el testamento deviene inatacable en ese sentido: cuando el Código dice en el artículo 755 que son nulas las disposiciones testamentarias a favor de un incapaz se refiere a los casos de inexistencia o de prohibición, pero no a las de indignidad⁴⁵, pues resulta que, de acuerdo con el artículo 757 CC, el testador es libre de disponer a favor del indigno aún conociendo la situación en que se halla inmerso⁴⁶.

En cuanto a las denominadas incapacidades relativas, que se encuentran encaminadas a evitar la captación de la voluntad del testador ejerciendo influencia en el ánimo o voluntad del testador. Tales incapacidades las declara la Ley sin posibilidad de prueba en contrario, siendo los afectados perfectamente capaces en todos los demás aspectos de su vida. La sanción que conllevan estas incapacidades es la nulidad de la disposición testamentaria que las contiene, siendo válido el resto del instrumento, si es que lo hay: por ello son

⁴⁴ Artículo 763 CC. Ello es incompatible con la imprescriptibilidad de la acción de nulidad; se asemeja, en cambio, a las ineficacia relativa o anulabilidad (cfr. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Págs. 69 y 70).

⁴⁵ Cfr. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 1º. Pág. 138. Ni siquiera algunas de las causas de indignidad para suceder privan al indigno de la capacidad para recibir del testador bienes en concepto de legado (vid. PUIG BRUTAU. *Op. ult. Cit.* Tomo V, vol. 2º. Pág. 366).

⁴⁶ El testador es libre también, siempre que se cumplan los requisitos que indican los artículos 849 y 852 CC, para desheredar a los legitimarios a su sucesión, convirtiéndoles de esta manera en incapaces para sucederle. Ello también trae como consecuencia que el indigno o desheredado no podrá administrar los bienes adquiridos por los hijos por esa vía sucesoria (art. 164. 2 CC. Cfr. LLAMAS POMBO. *El patrimonio de los hijos sometidos a patria potestad.* Madrid, 1993. Pág. 82).

causas de nulidad parcial del testamento⁴⁷. Son incapacidades relativas para recibir por testamento según el Código civil:

1º) La del sacerdote, su iglesia, cabildo, comunidad o instituto y sus parientes dentro del cuarto grado, que hubiese confesado al causante durante su última enfermedad⁴⁸.

2º) La del tutor o curador del causante (si se hace antes de aprobar definitivamente las cuentas) obligado a rendir cuentas, siempre que no sea su ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge.

3º) La del notario, su cónyuge y parientes dentro del cuarto grado que haya autorizado el testamento del causante (artículo 754 párrafo 1º CC).

⁴⁷ El criterio de que las causas de indignidad y capacidad relativa deben compartir unos mismos efectos no la asevera el Código, y si bien se encuentran ambas en la misma sección, ello no es criterio concluyente para afirmar que así deba ser, aunque ha sido utilizado alguna vez por la jurisprudencia (STS de 21 de mayo de 1910, para un caso muy concreto y únicamente en relación al artículo 752 CC). La doctrina se encuentra muy dividida sobre el tema: Para unos, apoyándose en los artículos 761, 745 y 6.3 del CC (ROCA SASTRE; PUIG FERRIOL y BADOSA. En anotaciones al *Derecho de sucesiones* de KIPP, en ENNECCERUS. KIPP. WOLF. Cit. (ediciones de 1951 y 1976 respectivamente). Tomo V, vol. 2º. Págs. 8 y 15 respectivamente. BONET RAMÓN. *Compendio de Derecho civil*. Tomo V. Pág. 116. Madrid, 1965. DE CASTRO. *El negocio jurídico*. Cit. Pág. 504. ESPÍN. *Manual de Derecho*. Cit. Tomo V. Págs. 59 y 64. HERNÁNDEZ GIL, A. *Lecciones de Derecho sucesorio*. Págs. 75 y 79. Madrid, 1969. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 1º. Págs. 130 y SS. PUIG FERRIOL. ROCA TRÍAS. *Fundamentos de Derecho civil de Cataluña*. Tomo III, vol. 1º. Págs. 94 y SS y 411 y SS. Barcelona, 1979. HERNÁNDEZ GIL, F. "La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos". En RDP, 1961. Págs. 471 y 472. O'CALLAGHAN. *Compendio de Derecho civil*. Tomo V. Pág. 130. Madrid, 1982) el artículo 762 solo es aplicable a la indignidad para suceder, mientras que para otros es también aplicable a las incapacidades relativas, apoyándose en el artículo 760 (CASTÁN. *Derecho civil español...* Tomo VI, vol. 2º. Pág. 44. Madrid, 1973. DE DIEGO. *Instituciones...* Cit. Tomo III. Pág. 57. VALVERDE. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 453. ALBADALEJO. *Curso de Derecho...* Cit. Pág. 90. DÍAZ ALABART. "Comentario al artículo 762". En *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBADALEJO. Tomo X, vol. 1º. Págs. 300 y SS. Madrid, 1987. DÍEZ-PICAZO. GULLÓN. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo IV. Págs. 415 y SS. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 69). La diferencia tiene una importancia de gran trascendencia para nuestro estudio, pues de aceptarse que el artículo 762 sea aplicable a los artículos 752 a 754 estaría privando a tales causas de la sanción de nulidad, a menos que se pruebe fehacientemente que se captó la voluntad del causante, con lo que quedarían fuera de las de nulidad por incapacidad para adentrarse en las de nulidad por vicios de la voluntad a tenor del artículo 673. El hecho de que la doctrina se encuentre en tal estado de división hace pensar, al no haber pronunciamientos jurisprudenciales, que una reforma legislativa aclarando el tema se haría necesaria, aunque la propia ausencia de ellos indique que es un tema debatido entre los estudiosos del Derecho, pero no frecuentemente entre los ciudadanos ante los tribunales.

⁴⁸ Artículo 752 CC (Vid. FERRER MARTÍN. "La incapacidad relativa para suceder del art. 752 CC. En RDP, 1951. Págs. 1000 y SS). Estima el profesor LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 68) que sólo se habla de confesor, presuponiendo que debe haber confesión, y no de otros auxilios espirituales que un sacerdote puede prestar, que confesión y testamento tengan lugar en el curso de la enfermedad y que el segundo se otorgue con posterioridad a la primera (STS de 6 de abril de 1954 (RJA 1551)).

4º) La de los testigos en los testamentos abiertos (con o sin notario) y especiales, sus cónyuges y parientes dentro del cuarto grado (artículo 754 párrafos 2º y 3º CC)⁴⁹.

El artículo 682 CC permite, a modo de excepción, que las personas afectadas por las dos últimas causas de incapacidad puedan recibir del causante algún legado, siempre que sea de bienes muebles o cantidad de poca importancia dentro del caudal hereditario.

⁴⁹ Véase al respecto: ALBADALEJO. “Nulidad de la disposición y nulidad del testamento abierto, cuando un instituido es testigo o lo son determinados familiares suyos”. En RDP, 1967. Págs. 3 y SS.

2. La voluntad testamentaria viciada.

El negocio jurídico testamentario descansa sobre una única declaración de voluntad: aquella que presta el testador en el ejercicio legítimo de la autonomía de su autonomía privada. Ella debe ser, por tanto, libre, consciente, manifestada espontáneamente y exenta de vicios⁵⁰; en el caso que esto no sea así y se halle afectada por ellos, éstos últimos pueden servir como base para invalidarlo, en todo o en parte, dependiendo del alcance que demuestren sobre el instrumento; ello como respeto a la persona del testador y también como protección a las expectativas y derechos de los sucesores legítimos; así el artículo 673 CC el que establece que “será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude” y se conecta con el art. 743 CC para admitir la nulidad parcial en este sentido. Tan escueta regulación de la materia contrasta con la abundancia de normas al respecto dictadas para el contrato (artículos 1265 a 1270) de los cuales nos podemos servir para intentar rellenar las lagunas y problemas de interpretación que se puedan dar, y que, de hecho, se dan. La voluntad no es consciente y libre ya sea por error propio y espontáneo o por error provocado⁵¹, ya sea por medio de dolo, de violencia (intimidación o miedo) o ya de fraude. Estudiaremos la primera, la cual no reconoce expresamente el Código, en primer lugar, y las restantes, que son las contenidas en el artículo 673 CC, a continuación. Las discrepancias entre voluntad y declaración y la reserva mental junto con la simulación, son problemas de interpretación del testamento y sólo a través de la previa intervención de ésta acceden a la teoría de las nulidades, a menos que tal divergencia, reserva o simulación sean consecuencia de violencia, dolo o fraude. El grado en que los vicios de la voluntad del artículo 673 son utilizados con efectividad para constreñir a una persona a exteriorizar su declaración de última voluntad, o para impedirlo, son problemas de hecho sometidos a la

⁵⁰ Hablamos de vicios de la voluntad (de acuerdo con CICU. *El testamento*. Cit. Pág. 180) cuando la declaración está de acuerdo con lo que se había querido, pero tal voluntad estaba influida en su formación de tal manera que, sin las causas que han intervenido en ella, lo habría hecho de manera distinta o no habrían llegado a hacerlo.

⁵¹ Cfr. ROCA-SASTRE MUNCUNILL. Op. Cit. Tomo I. Pág. 282.

prudente apreciación del tribunal *a quo*⁵², que de existir impiden que el testamento despliegue sus efectos.

A. Admisibilidad del error como causa de nulidad de las disposiciones testamentarias.

El error⁵³ no figura entre las causas de nulidad descritas en el artículo 673 CC, a diferencia del artículo 1263 CC en sede contractual, en la cual se incluye expresamente el error como causa de invalidez, por lo que su admisibilidad como causa determinante de ésta en el testamento ha sido muy debatida por la doctrina, sin que, por el momento, se haya alcanzado la unanimidad de opinión⁵⁴. En primer lugar, como prolegómeno, debemos distinguir dos tipos de errores que se pueden dar en materia negocial: el error obstativo o error en la declaración, que se produce cuando hay una discrepancia inconsciente entre declaración y voluntad⁵⁵. Es lo que podríamos calificar de desliz, *lapsus linguae* o distracción.

⁵² Así se expresan las SSTs de 24 de febrero de 1961 (RJA 351), 9 de mayo de 1974 (RJA 2016) y 3 de febrero de 1977 (RJA 293), citadas por SANTOS BRIZ. *Derecho civil*. Cit. Tomo VI. Pág. 364. Además cualquiera de ellas ha de ser probada por quien la invoca como hecho impositivo de los efectos jurídicos normales atribuidos a las declaraciones emitidas en forma legal, cuya presunción de validez está garantizada (SSTs de 22 de marzo de 1941 (RJA 319) y 10 de junio de 1976 (RJA 2695)).

⁵³ Aunque hay quien ha querido ver una diferencia, el parecer general es que ignorancia y error son, desde el punto de vista de su significado jurídico, sinónimos, siendo irrelevante, siempre jurídicamente hablando, la diferencia que se observa en el lenguaje ordinario, pues para la Real Academia, la primera es falta de conocimiento y el segundo es tener un concepto equivocado. Así los efectos de una y otro van a ser coincidentes (cfr. MEDINA. *Nulidad de testamento*. Cit. Pág. 83).

⁵⁴ La situación de indefinición doctrinal y los enconados, y no faltos de razón por una y otra parte, alegatos hacen que sea difícil encontrar un punto de equilibrio para la cuestión que, como apunta LASARTE (*Principios de Derecho...* Cit. Tomo VII. Pág. 88) hunde sus raíces en la admisibilidad en el ámbito del testamento de la distinción entre nulidad y anulabilidad y en la fijación del plazo de prescripción de la acción de nulidad de testamento, ambas muy discutidas en nuestra doctrina. Incluso algunos de nuestros más insignes tratadistas han evitado pronunciarse sobre el tema, como es el caso de DE DIEGO (*Instituciones de Derecho...* Cit. Tomo III. Pág. 261), ESPIN (*Manual de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 398) o PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 172).

⁵⁵ Cfr. ALBADALEJO. "Invalidez de la declaración de voluntad". En ADC, 1957. Pág. 998. A este tipo de error se refieren algunos artículos del Código, como el 773, cuando señala que: "el error en el nombre, apellidos o cualidades del heredero no vicia la institución cuando de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada". Respecto al error en materia testamentaria puede consultarse la única monografía española de la que tenemos noticia: ESPIAU ESPIAU. *El error en las disposiciones testamentarias*. Madrid, 1994. Algunos trabajos doctrinales en revistas jurídicas se irán citando.

Pero el tipo de error que nos interesa realmente es el error en el contenido del negocio, denominado error vicio, que tiene lugar, como lo define ALBADALEJO⁵⁶, cuando se forma una determinada voluntad interna sobre la base de una creencia inexacta, y tal voluntad coincide con lo declarado: la declaración contiene la voluntad interna, pero esta última se formó viciosamente, dejando nula aquélla. Para que opere este tipo de error se requiere que la idea errónea sea segura y no probable, esto es, que el testador esté convencido internamente con total certidumbre de lo que está declarando; además de ser esencial, en el sentido que sin él no se hubiera emitido la declaración⁵⁷. Cuando en la formación de esa idea errónea ha intervenido un extraño, a efectos de desviar la voluntad del testador, entramos en la configuración del dolo, que trataremos más adelante.

La posición negativa⁵⁸, que niega la posibilidad de admitir el error como motivo de nulidad del testamento, alega que la omisión del artículo 673 CC no es casual, sino intencionada, lo que supone la exclusión del mismo de manera consciente por el legislador, pues hay que considerar que el artículo 743 CC es tajante cuando afirma que los testamentos sólo serán ineficaces en los casos expresamente prevenidos en el Código, y éste regula individualmente los casos en los que, estiman, las disposiciones testamentarias pueden ser inválidas en base al vicio del error, como es el caso de los artículos 862, que declara la nulidad del legado de cosa ajena por parte del testador creyendo que es suya o el artículo 767, al establecer lo propio para con la institución de heredero o el nombramiento de legatario hechos en atención a una causa que se demuestra ser falsa siempre que, dado el carácter formal del testamento, resulte del mismo que el testador no hubiese hecho la disposición si hubiera conocido la falsedad

⁵⁶ Cfr. Op. Cit. nota anterior. Pág. 1003.

⁵⁷ Por todo ello podemos afirmar que no todo error hace que las disposiciones testamentarias se puedan considerar nulas (vid. MESSINEO. *Derecho civil...* Cit. Tomo VI. Pág. 158).

⁵⁸ Defendida por: ROYO MARTÍNEZ. *Derecho sucesorio...* Cit. Págs. 121 y SS. ALBADALEJO. "El error en las disposiciones testamentarias" y "De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias". En *Estudios de Derecho civil*. Págs. 423 y 459. Barcelona, 1959. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Págs. 469 y 470.

de la causa⁵⁹. Se estima así que el error puede invalidar en los casos que previene el Código, pero no es un vicio de la voluntad genérico.

La tesis afirmativa, que admite el error como una causa genérica de nulidad del testamento por vicios de la voluntad, estima que la ausencia del error en la relación de causas de nulidad del artículo 673 CC es una laguna legislador⁶⁰, la cual debe subsanarse por la aplicación analógica del artículo 1256 CC; pues aunque dicho precepto hable de consentimiento, el Código emplea tal término en su sentido volitivo, como parece poder deducirse de, por ejemplo, el artículo 997 CC, concluyendo que no es lógico admitir la validez de una declaración cuando resulte que es evidentemente errónea⁶¹. También el Código manda tener en cuenta los deseos del testador en el sentido de hacerlos prevalecer en todo caso, según establece el artículo 675 CC; tal voluntad quedaría excluida si se atribuyera eficacia a una disposición errónea⁶². Para ROCA-SASTRE MUNCUNILL⁶³, tras la reforma del artículo 814 CC por Ley 11/1984 de 13 de mayo, al admitirse al lado de la preterición intencional de los legitimarios la no intencional, es decir, la errónea, y, al atribuir a ésta última efectos anulatorios según los casos, de las disposiciones patrimoniales o solamente de la institución de heredero, se ha dado plena beligerancia al error vicio, de lo que cabe deducir, según este autor, que este criterio sea también aplicable a todos los demás supuestos en que el testador forme su voluntad erróneamente, con lo que la nulidad parcial basada en él sería aceptable.

⁵⁹ Cfr. LLEDO YAGÜE. Op. Cit. Tomo II. Pág. 795.

⁶⁰ TRAVIESAS. *El testamento*. Cit. Pág. 133. LACRUZ. *Elementos de Derecho...* Cit. Págs. 229 y 230. ROCA SASTRE; PUIG FERRIOL y BADOSA. Anotaciones a KIPP en ENNCCERUS. KIPP. WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. (ediciones de 1951 y 1976 respectivamente). Tomo V, vol. 1º. Págs. 176 y SS en la primera y 276 en la segunda. PUIG PEÑA. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo V, vol 1º. Pág. 119. GORDILLO CAÑAS. "El error en el testamento". En ADC, 1983. Págs. 747 y SS.

⁶¹ Vid. LACRUZ. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 228. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 173. SEOANE SPIEGELBERG. Op. Cit. Pág. 409.

⁶² Vid. TRAVIESAS. *El testamento*. Cit. Pág. 133. LACRUZ. *Elementos de Derecho...* Cit. Pág. 228.

⁶³ Op. Cit. Tomo I. Pág. 283.

El error puede recaer sobre la persona⁶⁴, cosa⁶⁵ o sobre los motivos⁶⁶; para que el error anule el testamento es necesario que no pueda saberse ciertamente cuál es la persona que quiso beneficiar el causante, y no lo hará cuando haya duda sobre la identidad de los llamados; el error en los motivos no invalida el testamento cuando resulte claro del mismo cuál fue la intención real del testador. El error puede también recaer, amparándonos en el artículo 767 CC, en la causa de la institución de heredero o en el nombramiento de legatario⁶⁷. Salvando las dudas que puedan existir sobre su idoneidad o no para ser causa de nulidad en materia testamentaria *ex* artículo 673 CC⁶⁸, el error como vicio de la voluntad debe poder alcanzar, cuando invalide, a las singulares disposiciones testamentarias y no al testamento en conjunto⁶⁹, porque el Código ordena que se tengan en cuenta los deseos del testador para hacerla prevalecer en todo caso, y este no sería el caso si el error sobre una disposición concreta convirtiera en nulo todo un instrumento⁷⁰. Así, lo lógico es ceñir los efectos del error a la

⁶⁴ CICU. *El testamento*. Cit. Págs. 186 y SS.

⁶⁵ CICU. Op. Cit. en nota anterior. Pág. 189. Los errores sobre la cosa pueden ser de muy diversa índole, como su substancia, su calidad, etcétera, y, como no, sobre la propia identidad de la cosa.

⁶⁶ La diferencia es tratada en las SSTs de 30 de abril de 1920, 27 de junio de 1925 y 7 de enero de 1928, todas citadas por: SANTOS BRIZ. *Derecho civil*. Cit. Tomo VI. Pág. 362).

⁶⁷ Vid. al respecto: ALBADALEJO. *De nuevo sobre el error...* Cit. Págs. 472 y SS. ALONSO PÉREZ. En notas a PIETROBON. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Págs. 73 y SS. Madrid, 1971. GORDILLO CAÑAS. *El error en el testamento*. Cit. Págs. 793 y SS. SATTÀ. "Intorno all'errore sul motivo nelle disposizioni testamentarie". En *Giurisprudenza Italiana*, 1948. Págs. 272 y SS. También el mismo en: "Motivo mancato e motivo erroneo nel testamento". En *Giurisprudenza Italiana*, 1949. Págs. 665 y SS. Abordaremos el tema con mayor extensión al tratar la nulidad del testamento por falta de causa o falsedad de ella: vid *infra* en este capítulo, epígrafe 4º.

⁶⁸ En unos u otros términos, el error va actuar como causa invalidante, pues hay preceptos concretos que así lo imponen (por ejemplo, el artículo 862 CC), con lo cual los efectos que su aparición va a producir deben ser tratados.

⁶⁹ Vid. TRAVIESAS. *El testamento*. Cit. Pág. 133. ALBADALEJO. *Invalidez de la declaración...* Cit. Pág. 1005. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 470. GORDILLO CAÑAS. "Comentario al artículo 767.1". En *Comentarios al Código...* Dirigidos por ALBADALEJO. Cit. Tomo X, vol. 1º. Pág. 350. CRISCUOLI. *Precisazioni in tema...* Cit. Págs. 384 y SS.

⁷⁰ El Código civil no lo ordena así de manera expresa, cosa que sí hacían explícitamente los proyectos de 1836 (artículo 2329) y de 1851 (artículo 721), pues en ambos casos limitaban el efecto invalidante del error a la concreta disposición testamentaria por él influida o determinada (cfr. GORDILLO CAÑAS. *Comentario al artículo 767.1*. Cit. Pág. 350).

concreta parcela del testamento donde actúa, siempre que sea separable del resto⁷¹.

En el caso, sin embargo, de que todo el testamento haya sido dictado en base a una causa errónea, todo él será inválido. Recordemos que en los casos de impugnación testamentaria no hay posibilidad de nueva declaración como en otros negocios jurídicos, con lo que la nulidad en este orden aparece en el caso del error como una sanción especialmente excesiva, y que entiende GORDILLO CAÑAS⁷² que es posible superar con la aplicación del artículo 798 CC para los casos en que los deseos del testador se puedan ver realizados en base a una interpretación de su voluntad, real o hipotética, operando ésta como límite a la impugnación del testamento por error⁷³. Éste habrá de ser probado por quien lo alega, demostrando que fue esencial, exigiendo los artículos 675 y 767 CC que la prueba sea intrínseca al propio instrumento⁷⁴.

B. Violencia e intimidación.

El artículo 673 CC enumera los vicios de la voluntad testamentaria que son causas de nulidad del testamento, siendo la primera de ellas la violencia. El concepto violencia es muy amplio y abarca un amplio espectro de situaciones⁷⁵,

⁷¹ Tal es el resultado general de la teoría del *favor testamenti* y la expresión del artículo 743 CC.

⁷² Comentario al artículo 767.1. Cit. Pág. 351.

⁷³ Cfr. ANTUNES VARELA. Op. Cit. Pág. 194.

⁷⁴ Cfr. ALBADALEJO. *La invalidez de la declaración...* Cit. Pág. 1016.

⁷⁵ Violencia es, en general, toda presión anormal e injusta ejercida sobre una persona con el ánimo de que haga algo que no desea hacer, venciendo con ella la resistencia prestada; según el Código tiene lugar cuando se emplea una fuerza irresistible (artículo 1276. 1. Ésta es aquella frente a la que no cabe oposición. Cfr. DE CASTRO. *El negocio jurídico*. Cit. Pág. 135) y cuando “se inspira a uno de los contrayentes el temor fundado y racional de sufrir un mal inminente...” (cfr. artículo 1267. 2 y 3). En este caso para DE CASTRO (Op. Cit. en esta misma nota. Pág.139), la violencia se equipara a la intimidación, aunque, como éste último mismo reconoce, son conceptos utilizados por la mayoría de los autores indistintamente (pág. 134 de la Op. Cit. anteriormente); incluso el Code (artículo 1112) define la primera en función de la segunda (véase al respecto, además de las obras francesas generales: DEMOGUE. “De la violence comme vice du consentement”. En RTDC, 1914. BRETON. *La notion de violence en tant que vice du consentement*. París, 1925. LUCCA. *La violence comme vice du contrat et du consentement en droit comparée*. París, 1930). Entre nosotros, ALBADALEJO (*Derecho civil*. Tomo I, vol. 2º. Págs. 191 y SS) así lo recoge y prefiere el concepto de intimidación sobre el de violencia, definiendo ésta última en función de la primera, en la línea marcada por el artículo 1267. 2 CC.

como son aquellas en las que intervienen las intimidaciones, amenazas, coacciones y, en general, lo que se hace contra el propio gusto. En relación al testamento, no se hace diferencia en el artículo 673 CC entre los tipos de violencia física y moral, a diferencia de lo que ocurre en relación al contrato, pues de acuerdo con el artículo 1267 CC (cuya redacción ha sido pulida en la reforma del Código por Ley 11/1990 de 15 de octubre para aplicar el principio de no discriminación por razón de sexo), se diferencian la violencia moral (*vis compulsiva*), a la cual califica de intimidación, y la de tipo físico (*vis absoluta*)⁷⁶. Frente a la violencia, el declarante puede adoptar tres posturas⁷⁷: 1º, emitir la declaración que se le exige; 2º, soportar el mal con que se le amenaza, y 3º, reaccionar contra quien lo intimida, evitando tanto emitir la declaración como sufrir el mal; pero libremente, el testador no habría hecho ninguna de las tres cosas. La violencia puede ser ejercida indistintamente sobre el contenido del testamento o sobre su forma: tanto sobre una como sobre la otra la sanción es la misma.

Pero de cualquier modo, la violencia utilizada como vicio de la voluntad, es opinión aceptada, puede ser de tipo físico o moral indistintamente⁷⁸, siempre que sea causal, grave⁷⁹ e injusta⁸⁰, pues así debe deducirse de la naturaleza de

⁷⁶ Para TRAVIESAS (*El testamento*. Cit. Pág. 132) es el miedo que provoca en el testador tal violencia lo que determina la nulidad del testamento bajo ella dictado, pues no hay libre voluntad; éste ha de estar inspirado por el temor racional de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, propios o de sus familiares más directos: es lo estipulado por el artículo 1267, y no hay porqué no aceptar la misma solución en las sucesiones. La gravedad del mal a sufrir para anularlo, estima este autor, no necesita ser tan grave, incluso, como en el ámbito estatutario; CICU (*El testamento*. Cit. Pág. 183) afirma que incluso una violencia menos grave de la que se requiere para anular un contrato, es suficiente para que un testamento pueda ser nulo. La jurisprudencia ha establecido que no implica coacción alguna el hecho de que, al otorgamiento, estén presentes el heredero y sus familiares (cfr. SANTOS BRIZ. *Derecho civil*. Tomo VI. Cit. Pág. 364, citando la STS de 12 de mayo de 1945 (RJA 578)).

⁷⁷ Cfr. ALBADALEJO. *Invalidez de la declaración...* Cit. Pág. 986. Se pregunta este autor si la violencia es vicio de la voluntad de declarar o de la negocial, pero tal discusión, como el mismo autor reconoce, no es más que teórica, relativa a los procesos internos de formación de ésta, y no cambia las cosas en la práctica ni altera la forma de aplicar las normas.

⁷⁸ Puede el artículo 673 dar la impresión a primera vista de que la violencia que admite es la violencia moral (intimidación), especialmente si se compara con el artículo 756 párrafos 5 y 6 del CC (vid. TRAVIESAS. Op. y loc. Cit. en nota anterior).

⁷⁹ Grave en estos casos quiere decir que ha de tener la entidad suficiente para doblegar la voluntad del disponente, es decir, deberá ser una amenaza seria, que produzca en el testador un

la institución testamentaria, de su importancia social y de la sistemática del Código⁸¹. Los factores que intervienen en la intimidación⁸² son: un mal, cuya producción aparece anunciado por quien intimida, y con el objeto de obtener la declaración que desea amenaza con aquél⁸³, infundiendo al amenazado el temor de sufrirlo, y, para evitarlo, el testador se pronuncia como quien intimida le impone⁸⁴. Así, tales elementos son, el mal, la amenaza, el temor y la evitación de aquél como motivo determinante de la declaración. La verdadera violencia no se limita a viciar el consentimiento, sino que, en realidad, lo excluye totalmente, pues el verdadero no se manifiesta⁸⁵: lo que se evidencia es la

temor racional y fundado de sufrir el daño si no accede a otorgar el testamento en el sentido de la intimidación (cfr. SEOANE SPEGELBERG. Op. Cit. Pág. 406).

⁸⁰ Al respecto las SSTS de 16 de diciembre de 1915 y 25 de mayo de 1944 (RJA 800).

Los requisitos para que la violencia sea apreciada son, según DE CASTRO (El negocio jurídico. Cit. Págs. 140 y 141), que el temor a sufrir el mal sea fundado y racional, que resulte de una intimidación ilícita y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho y que sea inspirado por una conducta ajena y determinante de una declaración de voluntad no deseada: no vicia ésta el temor a desagradar a las personas a las que se debe sumisión y respeto, debiendo tenerse en cuenta la edad sexo y condición de la persona para calificar la violencia o intimidación (artículo 1267 párrafos 3 y 4). Este, según ALBADALEJO (*La invalidez declaración...* Cit. Pág. 991), no es un criterio subjetivo, sino objetivo relativo, que permite apreciar las circunstancias, para tener en cuenta si el tipo medio de sujeto resultaría o no intimidado y compararlo con el concreto de que se trate.

⁸¹ Así se expresa OSSORIO MORALES (Op. Cit. Pág. 471) apoyándose en las SSTS de 22 de febrero de 1934 y 30 de junio de 1944 (RJA 948) además de la de 16 de abril de 1959 (RJA 1974), al estimar que la violencia que puede determinar la nulidad del testamento es la violencia de manera genérica, y en ella se puede por tanto incluir tanto la física como la moral. De igual modo ROCA-SASTRE MUNCUNILL (Op. Cit. Tomo I. Pág. 284). A más abundancia la primera de las Sentencias estima que la no inclusión de las amenazas entre las causas de nulidad testamentaria del artículo 673 CC es un defecto de técnica, de igual modo que se omite el dolo en el artículo 756. 5; y que por ello es una laguna susceptible de ser cubiertas mediante una correcta construcción jurisprudencial.

⁸² Según nos expone ALBADALEJO en *Invalidez de la declaración...* Cit. Págs. 988 y SS.

⁸³ No sería amenaza el anuncio de un mal cuya realización no depende de quien intimida o persona a él ligada, como un acontecimiento natural (una inundación) o azaroso, como el resultado de un partido de fútbol, aunque sea el negocio atacable por otras razones, como la inmoralidad (cfr. ALBADALEJO. Op. y loc. Cit. nota anterior). Tampoco es considerable a estos efectos el mal que se encuentra únicamente en la cabeza de quien lo teme.

⁸⁴ Esto equivale a decir que la violencia aducida ha de ser la causa determinante del otorgamiento del consentimiento en la forma del testamento cuya nulidad se persigue (cfr. MEDINA. *Nulidad de testamento*. Cit. Pág. 126).

⁸⁵ Vid. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. En notas a ENNECCERUS. KIPP. WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo I, vol. 2º. Pág. 216. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo II, vol. 1º. Pág. 133. ROCA SASTRE. *Estudios de Derecho privado*. Vol. 1. Pág. 43. Madrid, 1948. Yendo aún más allá, para LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 231) se debe hacer diferencia entre una violencia viciante, que comprende todos aquellos supuestos en los que, aún

voluntad del inductor de la violencia y no la del declarante, que queda sin exteriorizar. La intimidación ha de quedar suficientemente probada por quien insta la nulidad, como indican las SSTS de 10 de junio de 1976 (RJA 2695) y 13 de julio de 1981 (RJA 3077).

El artículo 756 CC, en su párrafos 5 y 6, señala que son indignos para suceder aquellos que con amenaza, fraude o violencia obligaren al testador a hacer testamento, a cambiarlo, o se le impida hacerlo, revocarlo o suplantare, ocultare o alterar otro posterior. El precepto inclina a hacer pensar que lo que convierte a alguien en indigno es haber utilizado la amenaza, el fraude o la violencia para obligar al causante a hacer testamento o cambiarlo, aunque no se haya conseguido⁸⁶: así el indigno lo es sólo por haberlo intentado, aunque no alcance su objetivo de hacer que emita una declaración de voluntad por él deseada. Otra cosa diferente es que el testador, a causa de esa violencia o fraude teste o cambie su mandato, consiguiendo ése su objetivo, con lo cual el testamento deviene nulo por la entrada en juego del artículo 673 CC: que no sea válido no impide, además, que caiga en esta situación quien amenazó para suceder a esa persona de cualquier forma, testada (por el descubrimiento de otro instrumento) o intestada. La indignidad, no olvidemos, no desaparece con un otorgamiento posterior en el que el indigno ya no haya ejercido su influencia violenta sobre el testador⁸⁷. La aparición de este vicio será muchas veces incluso

bajo presión de golpes y heridas, se emite la declaración de “voluntad” y otro tipo, que elimina el consentimiento de modo total y absoluto, dando lugar a la nulidad radical.

⁸⁶ Por otro lado, la literalidad del precepto, al decir que “...obligare al causante a hacer testamento o cambiarlo”, puede hacer pensar que es preciso que el testador haya llegado a actuar bajo la influencia del intimidador para que éste sea merecedor de la cualidad de la indignidad, independientemente de que haya alcanzado o no todo lo que deseaba, pero no es así, pues aún en tal caso testamento es nulo según el artículo 673 CC (Vid. ALBADALEJO. Comentario al artículo 756. En *Comentarios al Código civil...* Cit. Tomo X, vol. 1º. Pág. 233. DÍEZ-PICAZO. GULLÓN. *Sistema de Derecho...* Cit. Tomo IV. Pág. 418. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 231). A la misma conclusión se llega respecto del dolo testamentario, que veremos más adelante.

⁸⁷ Así es mientras no se rehabilite al indigno mediante el procedimiento que el Código establece para ello, artículos 757 y 856 CC, incluso tácitamente (vid. ALBADALEJO. Comentario al artículo 756. En *Comentarios al Código civil...* Cit. Tomo X, vol. 1º. Pág. 235. PUIG PEÑA. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 1º. Págs. 53 y 55). En contra, PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 1º. Pág. 143) estima que un testamento posterior ha de significar normalmente el perdón y consiguiente rehabilitación del indigno, por tratarse de hechos que, por su índole había de conocer el testador al redactar uno nuevo.

objeto de amparo ante los tribunales de orden penal, como ocurre para con el dolo y el fraude⁸⁸.

Con todo lo dicho, ante la nulidad parcial del testamento por el vicio de violencia abre una dualidad de posibilidades⁸⁹. En primer lugar, es ciertamente viable que una cierta disposición, sobre la que se ha ejercido, sea nula sólo ella, si es que sobre el resto del testamento no hay razones para sospechar que así fue. En segundo lugar, cuando, como hemos visto, el indigno no logra que se dicte declaración de voluntad en respuesta a sus intimidaciones, las disposiciones en su favor serán nulas, conservándose incólume el resto del instrumento; de otra manera, consiguiendo que dicte testamento, también lo serán las que le afecten a él y a todos los que se demuestre que actuaron en complicidad con él; pero no hay razón para que el resto de las mandas sean nulas (imagínese, por ejemplo, que por una de ellas se lega un dinero a caridad: tal se debería retener válida pues nada tiene que ver con la violencia ejercida, y así debe ser respecto de todas aquellas que no hayan sido dictadas por el ejercicio de ella sobre el causante).

⁸⁸ No por ello pierde la jurisdicción civil la capacidad de decidir, según su propio juicio, las consecuencias procedentes en la respectiva sucesión (cfr. MUCIUS SCAEVOLA. *Código civil comentado y concordado*. Revisado y puesto al día por ORTEGA LORCA. Tomo XIII. Pág. 407. Madrid, 1943).

⁸⁹ Hay autores que no aceptan que la violencia pueda originar nulidad parcial. En primer lugar, DALMARTELLO (“Questioni in tema di annullabilità del contratto”. En RTDPC, 1963. Pág. 24) afirma que la violencia sólo puede afectar al negocio en conjunto, porque ella alcanza al acto del querer más que al acto querido, esto es, se refiere al aspecto subjetivo de la violencia, el cual es indivisible, y no al contenido de la voluntad. También se manifiestan, en principio, en contra: CAPORALI. “Sulla violenza come motivo del testamento”. En *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1886. Págs. 3 y SS. TRABUCCHI. *Il dolo nella teoria...* Cit. Pág. 481. FUNAIOLI, G. B. “Invalidità della volontà negoziale e conservazione del negozio giuridico”. En *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell’economia e diritto sociale*, 1947-48. Pág. 147. El primero argumenta que el vicio de violencia se ha de referir a la víctima en toda su actividad voluntarística, y no a alguna parte de ella; El segundo apunta que quien teme un mal por no emitir la declaración impuesta por el violentador, teme la violencia de éste, no sobre una parte, sino sobre la totalidad del negocio. Para CRISCUOLI, quien rebate los argumentos precedentes (*Precisazioni in tema di annullabilità parziale...* Cit. Pág. 378; recuérdese que en el ordenamiento italiano es posible la anulabilidad del testamento por vicios de la voluntad, como se expone en su lugar correspondiente de ese estudio, capítulo 8, epígrafe 1º), la violencia viciante de una parte del negocio es posible, a menos que lo que afecte sea un elemento esencial de éste de manera que el resto no pueda sobrevivir sin ella.

C. La captación de la voluntad del testador: el dolo y el fraude.

El artículo 673 CC establece que serán nulos aquellos testamentos otorgados mediando dolo o fraude⁹⁰. El dolo negocial aplicable a éste hemos de entenderlo en el sentido que marca para los contratos el artículo 1269 CC, pues no hay en el Código una definición específica de él en este ámbito⁹¹: habrá dolo o fraude⁹², cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas se induzca al testador a emitir una declaración de voluntad en forma de testamento que sin

⁹⁰ Reina terminológicamente hablando cierta confusión en cuanto a estos tres términos (debiendo añadirse también el de sugestión): captación, dolo y fraude. Mientras que para una mayoría de autores son sinónimos (vid. nota siguiente), hay quienes prefieren puntualizar al significado de cada uno de ellos; pero para una mayor claridad en esta breve exposición no entraremos durante ella en la apreciación de tales matices, considerando que dolo y fraude son equivalentes y, a su vez, la manifestación en el Código del concepto de captación de la voluntad. Basta constatar que para COSSÍO (“Dolo y captación en las disposiciones testamentarias”. En ADC, 1962. Págs. 277 y SS, especialmente 280 a 283) el concepto de fraude va unido al de engaño, constituyendo una subespecie del dolo, y el de dolo propiamente dicho al de aquellos artificios encaminados a anular las voluntades débiles o ignorantes, sustituyéndola por la de quien defrauda: la captación y la sugestión serían formas de manifestarse el dolo. COSSÍO (Op. Cit. Pág. 280) se basa para tal distinción en la doctrina francesa (DOMAT, CUJACCIO, FURGOLÉ; Ops y locs. citadas por COSSIO, Op. y loc. Cit. anteriormente) que la adoptó para facilitar la impugnación de testamentos dolosos y que ha sido confirmada en la moderna doctrina gala (cfr. PLANIOL. RIPERT. *Traité élémentaire de droit français*. Tomo V. Pág. 199. París, 1957). En la doctrina italiana también se atiende a diferentes matices del concepto de dolo (vid. VITALI. *Delle successioni*. Tomo I. Pág. 631. Turín, 1923. CICU. *El testamento*. Cit. Pág. 193. GANGI. *La successione testamentaria...* Cit. Pág. 398). Pero esta discusión se ha abandonado hoy en día por inútil (cfr. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 472. SEOANE SPIEGELBERG. Op. Cit. Pág. 400).

⁹¹ El TS ha suplido tal ausencia de regulación con una reiterada doctrina por la que se integra tal concepto en el ámbito testamentario a través de la aplicación analógica de los artículos 1269 y 1270 CC en sede contractual. Vid. SSTS de 10 de mayo de 1972 (RJA 2135) y el comentario a la STS de 3 de febrero de 1977 por DÍEZ-PICAZO en ADC, 1974. Págs. 456 y SS. Vid. al respecto LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 231. El dolo puede también aparecer en materia de testamentos en forma negativa según establece el artículo 674 CC, esto es, la privación de otorgar libremente el testamento mediante dolo, por alguna de las personas que pueden ser herederos intestados, la sanciona el Código, no con una nulidad, lo cual no es posible sino con la privación de su derecho a la herencia a quien así actúe. Es posible afirmar que esta es una causa de indignidad para suceder, la cual podemos añadir a las establecidas por el artículo 756 CC, la cual se regirá por las normas relativas a ésta.

⁹² Como adelantamos, la mayoría de la doctrina estima que tales términos son sinónimos (vid. TRAVIESAS. *El testamento*. Cit. Pág. 133. ALBADALEJO. *La invalidez de la declaración...* Cit. Págs. 992 y SS. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. tomo V. Pág. 231. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 471. PUIG PEÑA. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 1º. Pág. 125 y SS.) y manifestaciones de un mismo vicio del consentimiento (PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 175). Sí distingue este último autor, sin embargo, entre sugestión y captación, siendo la primera hacer entrar en el ánimo alguna idea o especie y la segunda atraer la voluntad o atención de alguien, mientras que OSSORIO MORALES (Op. y loc. Cit.) opina que tales modalidades son producto de los estudios de la antigua doctrina, y hoy carece de relevancia su diferenciación: vid. SANTOS BRIZ. *Derecho civil*. Tomo VI. Pág. 362. LLEDÓ YAGÜE. Op. Cit. Tomo II. Pág. 794. ROCA-SASTRE MUNCUNILL. Op. Cit. Tomo I. Pág. 284). La jurisprudencia también lo ha entendido así en SSTS como las de 25 de octubre de 1928, 10 de mayo de 1972 (RJA 2135) y 9 de mayo de 1974 (RJA 2016).

ellas no hubiera hecho; en éste, a diferencia de en el contrato, en el que deben proceder de la otra parte contratante, tales palabras o maquinaciones pueden proceder de cualquier tercero, esté instituido o no. El dolo va englobar toda clase de falsedades y engaños, cualquiera que sea la forma en que se presenten, siempre que sea con el propósito de inducir a error, confusión o engaño⁹³: para el testamento, la intensidad del ejercicio sobre el causante requerida para que sea nulo es mucho menor que la exigida para causar la nulidad de un contrato, determinando que, para el primero, la nulidad por este motivo se extienda a supuestos que, en el caso de tratarse de los segundos, no generarían no ya nulidad, sino ni siquiera simple anulabilidad⁹⁴.

Que el dolo induzca al testador a otorgar el testamento creyendo algo distinto a lo que es la realidad, puede hacer pensar que éste consiste en una modalidad del error, más concretamente, un error provocado⁹⁵, perdiendo su cualidad de vicio de la voluntad independiente, pues el error, si se admite como vicio de la voluntad en éste ámbito, por sí mismo sería suficiente para hacer nulo el testamento, sobrando el dolo, que quedaría únicamente como un reforzamiento. Pero indica DE CASTRO⁹⁶ que de una atenta revisión de las decisiones jurisprudenciales no podrá menos que advertirse que se consideran

⁹³ Cfr. MEDINA. *Nulidad de...* Cit. Pág. 104. La manera más común en que de manifestarse el dolo es el caso de la persona que consigue alejar al testador, de hecho o espiritualmente, de sus personas queridas insinuando sospechas o malentendidos respecto a ellas y demostrando cuidados y afectos, especialmente si conviven, de manera que llegue a dominar por completo su voluntad sin que aquél lo advierta (cfr. CICU. *El testamento*. Cit. Pág. 193).

⁹⁴ Vid. COSSÍO. Op. Cit. Pág. 278. Entre nosotros es de la misma opinión LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 231. Ello es así por la especial protección que merece la libertad y espontaneidad en la formación de la voluntad en el ámbito sucesorio, la mayor facilidad con que ésta puede ser manipulada debido a las especiales circunstancias en que el causante se encuentra a veces al final de su vida, en que la producción de efectos se producirá tras su muerte, con lo cual no le quedará la posibilidad de defenderse y de la unilateralidad del testamento, lo cual no hace necesario tener en cuenta la reciprocidad de intereses, primando únicamente el interés en la sucesión, además de las especiales dificultades para probar el dolo en esta materia, muy superiores a las que ofrece en materia de contratos, al no poder ya el fallecido expresarse directamente.

⁹⁵ En este sentido se manifiesta DALMARTELLO (Op. Cit. Pág. 25). En contra, en la propia doctrina italiana, CRISCUOLI ("Il criterio discretivo tra *dolus bonus* e *dolus malus*". En *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 1957. Págs. 67 y SS).

⁹⁶ *El negocio jurídico*. Cit. Pág. 148.

viciados por dolo negocios jurídicos en los que no hubo error, sino una indebida influencia sobre la voluntad de quien declara. Ciertamente se puede pensar en ciertos supuestos en los que éste vicio no supone un error en la voluntad, sino una manipulación o simple aminoración de ella⁹⁷.

Para que el dolo pueda hacer nulo un testamento debe reunir unas ciertas características, tanto en relación al agente como al testador. En primer lugar, requiere ser fruto de una maniobra insidiosa⁹⁸, es decir, una actitud intencionada y dirigida a provocar la declaración negocial deseada, utilizando las palabras y maquinaciones adecuadas: tal maniobra debe cumplir tal objetivo y efectivamente viciar la voluntad del testador, alcanzando su meta quien proyecta tal maniobra sobre éste, hasta el punto de emitir una declaración que, de otra manera y si hubiera actuado libremente, no tendría que haber emitido⁹⁹. El dolo testamentario, frecuentemente¹⁰⁰, es producto de la prolongación de tales maniobras en el tiempo, no de una circunstancia momentánea, que hace perdurar el estado de sumisión a la voluntad ajena hasta la muerte del causante. En segundo lugar, el dolo ha de ser grave, como ordena el artículo 1270.1 CC, apreciado tanto objetiva como subjetivamente¹⁰¹; como ya hemos indicado la gravedad requerida aquí es menos intensa que para el contrato, pero siempre dentro de la importancia debida. No se consideran suficiente las atenciones o especiales cuidados que una persona dispensa a otra para que la misma dirija a

⁹⁷ Vid. COSSIO. Op. Cit. Pág. 283. CARNELUTTI. "Captazione del testamento e indegnità a succedere". En RDC, 1933. Pág. 2. VITALI. Op. Cit. Tomo I. Pág. 571.

⁹⁸ Así es como la define DE CASTRO (*El negocio jurídico*. Cit. Pág. 151).

⁹⁹ Debe haber, como escribe SANTOS BRIZ (*Derecho civil*. Tomo VI. Pág. 363) una relación causa efecto entre el hecho doloso y el otorgamiento del testamento (una relación de causalidad), radicando en el engaño doloso la total determinación causal, de manera que se presente como la forzosa e indeclinable consecuencia del engaño.

¹⁰⁰ Cfr. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 230.

¹⁰¹ A efectos de tal apreciación se habrán de tener en cuenta, caso por caso la condiciones de salud física del testador, su fortaleza de espíritu, su edad, su predisposición a someterse o no con facilidad a las voluntades ajenas etc. (cfr. CICU. *El testamento*. Cit. Pág. 193). Lo determinante va a ser que el causante, utilizando su diligencia normal, no haya podido evitar ser engañado (cfr. MEDINA. *Nulidad de testamento*. Cit. Pág. 107).

su favor su disposición de última voluntad¹⁰²; tampoco quedan comprendidas en el concepto de dolo testamentario las simples exageraciones, lo que en materia negocial puede denominarse “picardía lícita”¹⁰³.

La apreciación de la gravedad del dolo es una cuestión que queda al libre arbitrio de los tribunales¹⁰⁴, los cuales cuentan con un amplio margen para su apreciación. Ello dependerá en gran parte de la pericia para presentar el asunto por los impugnantes del testamento, pues corresponde a ellos, quienes alegan la existencia de dolo, su prueba, con el objetivo de demostrar que se cumplen los requisitos necesarios para su apreciación: éste no se presume nunca, siempre ha de probarse por quien lo alega¹⁰⁵ y no puede admitirse por meras conjeturas o deducciones¹⁰⁶. Indica COSSÍO, sin embargo, que ni la Ley ni la jurisprudencia establecen limitación alguna en cuanto a los medios de prueba utilizables para destruir esa suposición de validez del testamento, admitiéndose también las presunciones de hecho que el artículo 1253 CC regula¹⁰⁷, y que estima aplicables a la prueba.

¹⁰² Cfr. SEOANE SPIEGELBERG. Op. Cit. Pág. 398. Para PUIG PEÑA (*Tratado de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 1º. Pág. 128) son situaciones límite, en las que una persona aleja el cariño del testador de otra manifestándole, por ejemplo, frases que ella pronunció en su contra etc. Sí sería dolo si esas frases fueran falsas, pues serían calumniosas, y, por tanto, delictivas.

¹⁰³ Es la definición, muy descriptiva, que MEDINA (*Nulidad de testamento*. Cit. Pág. 108), citando a BETTI, ofrece al respecto de este tipo de situaciones.

¹⁰⁴ Vid. SSTS de 25 de octubre de 1926, 1 de junio de 1962 (RJA 2618) y 3 de febrero de 1977 (RJA 293), citadas por SANTOS BRIZ (*Derecho civil*. Cit. Tomo VI. Pág. 362).

¹⁰⁵ Vid. SSTS de 22 de marzo de 1941 (RJA 319), 31 de mayo de 1961 (RJA 3001), 10 de mayo de 1972 (RJA 2135) y 7 de enero de 1975 (RJA 12). No debe olvidarse a este respecto que el testamento se presume válido si se ha otorgado con las solemnidades requeridas por la Ley, especialmente si se ha hecho ante notario, donde le ampara la fe notarial (SSTS de 23 de marzo de 1944 (RJA 317) y 16 de febrero de 1945 (RJA 138)).

¹⁰⁶ Vid. las SSTS de 25 de octubre de 1928 y 25 de mayo de 1945 (RJA 862), citadas por DE CASTRO (*El negocio jurídico*. Cit. Pág. 155) la primera de las cuales textualmente dice que no basta para probar el dolo las “más o menos fundadas apariencias de captación de la voluntad”.

¹⁰⁷ Cfr. COSSÍO. Op. Cit. Págs. 288 y 289, citando las SSTS de 7 de diciembre de 1899, 10 de mayo de 1910, 4 de junio de 1947 (RJA 766) y 1 de junio de 1962 (RJA 2618), las cuales admiten la aplicación al ámbito testamentario de los dictados del artículo 1253 CC; y la doctrina extranjera (GANGI. *La successione testamentaria...* Cit. Pág. 403. PLANIOL RIPERT. *Traité élémentaire...* Cit. Tomo VI. Pág. 273).

El dolo puede, como el resto de los vicios de la voluntad, invalidar parcialmente un testamento dentro de las condiciones generales que han de verificarse para que la nulidad parcial sea admisible, esto es, que la parte viciada pueda individualizarse y ser tratada aisladamente del resto del negocio supérstite: el principio *inutile per inutile non vitiatur* ha de ser aplicado a todas las situaciones de invalidez parcial en las que objetiva y subjetivamente sea posible hacerlo¹⁰⁸.

D. Casos de discrepancia entre voluntad y manifestación. Error obstativo y discrepancias voluntarias.

Hay discrepancia entre la voluntad declarada y la voluntad interna cuando el contenido volitivo asignado a la declaración, después de ser debidamente interpretada, es distinto de lo que el declarante quiso interiormente, bien porque quiso otra cosa, o bien porque no quiso nada¹⁰⁹, cuando la voluntad declarada debe permitir su imputación a una voluntad real¹¹⁰. Tal discrepancia habrá de ser probada por quien la afirme de manera sólida, pues no se presume¹¹¹. Los efectos de la divergencia probada entre ambas van a ser destructivos para el negocio jurídico testamentario: cuando se demuestre ante los tribunales que hay un desajuste entre la voluntad real y la declarada no se sustituye una por la otra, sino que sólo se da base a que el tribunal invalide el negocio, con lo que no habrá efectos, ni según la voluntad que quedó constatada ni según la real¹¹²: lo que se está representando con esta

¹⁰⁸ Cfr. CRISCUOLI. *Precissazioni in tema di...* Cit. Pág. 386.

¹⁰⁹ Esta definición corresponde a ALBADALEJO (*Derecho civil*. Cit. Tomo I, vol. 2º. Pág. 230). Expone a continuación este autor las diferentes teorías que se han formulado acerca de cuál debe prevalecer, si la voluntad interna o la declarada.

¹¹⁰ Cfr. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo II, vol. 1º. Pág. 90.

¹¹¹ De igual manera que para los vicios de la voluntad, tal como afirman diversas SSTs como las de 5 de julio de 1966 (RJA 3671) y 9 de abril de 1970 (RJA 1891), en caso de duda habrá de estarse a la voluntad declarada.

¹¹² Nuestro Derecho positivo no contiene normas ni generales ni particulares sobre los distintos supuestos de discrepancia de voluntades, habiendo de recurrirse a los principios generales del derecho. Esta teoría que defiende ALBADALEJO (*Derecho civil*. Cit. Tomo I, vol. 2º. Pág. 234) no es la única, encontrándose en el bando contrario otros, como SANTOS BRIZ (*Derecho*

expresión es la idea de anulación de la declaración por discrepancia con la voluntad¹¹³.

Las divergencias inconscientes o involuntarias entre ambas voluntades (el caso del error obstativo, esto es, los simples errores que ocurren, los *lapsus linguae*, al dar un nombre equivocado u omitir algo por descuido, etcétera) tienen un régimen diverso, pues no es un caso de vicio de la voluntad aunque comparte con ellos algunos rasgos, pudiendo en estos casos la voluntad real sustituir en la producción de efectos a la declarada como consecuencia de la involuntariedad de la manifestación¹¹⁴. La razón está, como apunta PUIG BRUTAU¹¹⁵ en que en semejantes casos el error no opera sobre la formación de la voluntad del sujeto, sino que lo que hay es una divergencia entre la efectiva y la declarada, pero no hay nexo de unión que la explique: la expresada por error no se quería, y por lo tanto no es válida. Como normalmente esto va a ocurrir sobre una concreta disposición del instrumento, o incluso sobre una parte de ella, nos encontraremos ante casos de nulidad parcial en este ámbito¹¹⁶, pues únicamente debe afectar la nulidad por tal error a la parte sobre la que recae y no originará la invalidez total.

civil. Cit. Tomo VI. Pág. 364) que entiendo que la que debe prevalecer es la voluntad real en todo caso, con una serie de restricciones de orden probatorio. Pero si ya es difícil probar que hay discrepancia entre las dos voluntades, interna y declarada, aún más difícil va a ser probar cuál es en concreto la voluntad real precisa del testador para aplicarla a la realidad jurídica.

¹¹³ La invalidez de la declaración de voluntad apoyada en la discrepancia de voluntades tiene como excepciones los casos en que deba mantenerse, a pesar de quedar probada la divergencia invalidante, en base los principios de responsabilidad y confianza (cfr. ALBADALEJO. *Derecho civil*. Cit. Tomo I, vol. 2º. Pág. 239, citando las SSTs de 13 de marzo de 1952 (RJA 808) y 1 de diciembre de 1959 (RJA 4476)).

¹¹⁴ El CC contiene un artículo que es un claro ejemplo de error obstativo en materia testamentaria, el 773.1, que establece, en el mismo sentido que nos hemos expresado, que la confusión o inexactitud en el nombre y los apellidos, si puede saberse ciertamente cuál es la persona que quiso nombrar, no vicia y ha de salvarse la discordancia.

¹¹⁵ Cfr. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo II, vol. 1º. Pág. 104.

¹¹⁶ Véase al respecto la STS de 13 de enero de 1918.

Los casos de divergencia consciente reconocidos por la doctrina son tres: la reserva mental, la simulación y la declaración no hecha en serio. Vamos a ver brevemente en qué consiste cada uno de ellos.

a) Reserva mental.

La divergencia entre voluntad y declaración puede producirse por el hecho de que el causante reserve para sí su verdadera intención, manifestando otra consciente y voluntariamente¹¹⁷, de forma que, ante la declaración, nadie tiene razones para pensar que en realidad ésta no coincide con sus deseos reales¹¹⁸. La prueba de la divergencia entre voluntades va a ser causa de invalidez de la declaración: lo internamente querido no puede surtir efectos aunque sea lo realmente deseado por el testador¹¹⁹, y si lo declarado no es lo realmente querido, entonces debe ser nulo en base al principio de confianza¹²⁰.

¹¹⁷ Cfr. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo II, vol. 1º. Pág. 102. BETTI. (*La teoría general...* Cit. Pág. 297) indica que lo manifestado no es lo íntimamente querido por el declarante, privándose así al acto del querer interno, esto es, del poder vinculante que se le atribuye a la afirmación plenamente coincidente con la voluntad interna. Para DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 137), por el contrario, no falta, en rigor, una correlatividad interna, pues el declarante manifiesta voluntariamente lo que desea afirmar: lo que verdaderamente hay es una contradicción entre la voluntad de declarar y la de que no se produzcan los efectos jurídicos que deben derivarse de tal exposición.

¹¹⁸ El fin perseguido mediante la declaración hecha con reserva es el de engañar a los destinatarios, o, en general, a quienes tengan conocimiento de aquella; mas el engaño no es preciso que se realice con propósito inmorale (cfr. ALBADALEJO. *Derecho civil*. Cit. Tomo I, vol. 2º. Pág. 240)

¹¹⁹ Ello supondría un atentado contra el principio de seguridad jurídica, como indican PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER En anotaciones a ENNECCERUS. KIPP. WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo I, vol. 2º. Pág. 190. CASTÁN. *Derecho civil español...* Cit. Tomo I. Vol. 2º. Pág. 762.

¹²⁰ El debate sobre la admisibilidad o no de la reserva mental en el orden sucesorio es enconada. Sí es admisible claramente para ALBADALEJO (*Derecho civil*. Cit. Tomo I, vol. 2º. Pág. 241) en los términos expuestos. Para DE CASTRO (*El negocio jurídico*. Cit. Pág. 100) la reserva mental en el testamento funciona como cláusula *ad cautelam*, si fue escrita antes del testamento; si fue posterior funcionará como una revocación del anterior, hecha sin las formalidades necesarias. También indica, con razón, que no es frecuente que lleguen al TS asuntos relativos a reserva mental en materia testamentaria. Sí se refieren a la reserva mental en general las de 6 de mayo de 1950 (RJA 736) y 15 de marzo de 1951 (RJA 997)(citadas por los dos autores mencionados en esta misma nota en las igualmente indicadas localizaciones), para decir en todos los casos que la voluntad interna desconocida para la otra parte no ha de prevalecer sobre la declaración. Para LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 226) la reserva mental simplemente no puede tener ninguna relevancia dado el sistema formalista del CC y que el testador puede en todo momento revocar su testamento. En contra de ello, DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 137) estima que la existencia de una reserva mental probada, pero desconocida anteriormente, no invalida la declaración de voluntad porque sería contraria a la buena fe.

La reserva mental podría así, de acuerdo con lo expuesto, afectar a todo el testamento o sólo a alguna o algunas de sus cláusulas.

b) La simulación.

La simulación¹²¹ consiste en un acuerdo de voluntades entre el emitente de la declaración y su receptor (en nuestro caso la única hipótesis planteable es que estos últimos sean o bien el heredero o bien el legatario) que no concuerda con la voluntad interna del testador, y hecha con el fin de perjudicar a un tercero mediante una apariencia de verdad¹²²: no es acuerdo simulatorio el que se celebra entre el causante y un tercero, pues este sería un caso de reserva mental comunicada a un tercero, aún en el caso de ser siguiendo sus indicaciones. Por ello dice ALBADALEJO¹²³ que la simulación no es posible en un negocio con declaración de voluntad no recepticia como es el testamento, pues en él sólo es posible la reserva mental, aunque ésta pueda comunicarse y ser conocida por terceros y por interesados directamente. Para DE CASTRO¹²⁴ parecen difíciles de admitir tanto la simulación como la reserva mental en el testamento a menos que la declaración sobre lo simulado de él tenga contenido

¹²¹ Nos referimos en todo momento a la simulación relativa, pues en la simulación absoluta ni siquiera llega a existir el negocio propiamente dicho, sino sólo la apariencia exterior de que existe (vid. FERRARA. *La simulación de los negocios jurídicos*. Trad. española de ATARD y DE LA FUENTE. Madrid, 1961. Pág. 287. CARCABA FERNÁNDEZ. *La simulación en los negocios jurídicos*. Barcelona, 1986. Págs. 23 y SS. MONTECCHIARI. *Simulazione del contratto*. Milán, 1999. Págs 7 y 34).

¹²² Para LACRUZ BERDEJO (Op. y loc. Cit. en nota anterior) estima que la simulación no es posible en el orden sucesorio y que el caso expuesto sería un caso de reserva mental. En todo caso sería nula la declaración de voluntad, como indica la STS de 25 de abril de 1958 (RJA 1688).

¹²³ Derecho civil. Tomo I, vol. 2º. Pág. 247. Del mismo modo: CARIOTA FERRARA. Op. Cit. Págs. 448 y SS. RESCIGNO. *Interpretazione del testamento*. Cit. Pág. 54. SANTORO PASSARELLI. *Doctrinas generales...* Cit. Pág. 179. En contra se encuentran un buen número de autores italianos que estiman que los obstáculos que se oponen a la admisión de la simulación en el ámbito testamentario son superables si se miran desde al punto de vista adecuado; en este sentido: CICU. *El testamento*. Cit. Págs. 174 y SS (si bien este autor limita su admisibilidad a algunos casos concretos y no la admite abiertamente). MESSINEO. *Derecho civil y comercial*. Cit. Tomo VI. Págs. 161 y SS. (también con ciertas limitaciones). ROMANO, Salvatore. "Contributo esegetico allo studio della simulazione". En RTDPC, 1954. Pág. 60. BIGLIAZZI GERI. *Appunti in tema di simulazione del testamento*. En RTDPC, 1962. Págs. 1276 y SS. Esta última indica que serán nulas de pleno derecho todas las declaraciones testamentarias hechas con acuerdo simulatorio. Estiman que no es posible excluirla categóricamente, dejando abierta una puerta a su admisión: AURICCHIO. *La simulazione del negozio giuridico*. Pág. 44. Nápoles, 1957. GIANPICCOLO. *La dichiarazione recettizia*. Pág. 254. Milán, 1959.

¹²⁴ *El negocio jurídico*. Cit. Pág. 345.

y forma de disposición revocatoria. Lo que sí podrá, en su caso, tenerse en cuenta es el acuerdo simulatorio como elemento de prueba de una carencia de voluntad testamentaria¹²⁵. En cualquier caso, afirma FERRARA¹²⁶ que la simulación que afecta a una parte del negocio, quedando reducida a una parte del mismo, no hace nulo por entero, sino que constituye un caso de nulidad parcial, pues permanecerá válida al parte del negocio seriamente declarada.

c) Declaración no hecha en serio y *iocandi causa*.

La declaración de voluntad puede ser a veces emitida sin intención de que sea tomada en serio, pero no con intención de engañar, o sea, no se manifiesta con formalidad, sino para que no sea tomada en serio, pues si fuera de otra manera nos encontraríamos entonces frente a un engaño (reserva mental): es para que no sea tomada en serio por los intérpretes, y en el caso de así hacerlo en un primer momento, que se puedan percatar antes de que sigan adelante con su equivocación. Una declaración de voluntad así emitida, en la que se permita reconocer la falta de seriedad, es nula¹²⁷. Pueden ser casos de este tipo de divergencia aquellas declaraciones hechas en broma o con objeto didáctico, en los que no hay intención de obligarse y se espera que los destinatarios o receptores de la declaración así lo estimen. Suele afectar normalmente al testamento en su integridad, pero nada se opone a que sea una concreta disposición, o un inciso dentro de ella, dentro del testamento la que sea hecha sin formalidad, dando lugar a hipótesis de nulidad parcial en base a ella, siguiendo el mismo cauce que las dos anteriores.

¹²⁵ Cfr. DE CASTRO. *El negocio jurídico*. Cit. Pág. 346 basándose en los artículos 672, 767, 785.4 y 792 CC.

¹²⁶ Op. ult. Cit. Pág. 290.

¹²⁷ Para unos porque no existe declaración de voluntad, pues no se corresponde lo dicho con la realidad negocial, mientras que para otros la declaración existe y es querida, pero al no corresponder con lo declarado hay una discrepancia entre voluntad interna y manifestada: de cualquier manera ambas posiciones alcanzan la misma conclusión, que la declaración no hecha en serio es nula (vid. ALBADALEJO. *Derecho civil*. Cit. Tomo I, vol. 2º. Pág. 242. CASTÁN. *Derecho civil español...* Cit. Tomo I, vol. 2º. Pág. 760. Éste estima que sí puede dar origen a un resarcimiento si, fundadamente, el destinatario pudiese creer en la formalidad de la declaración. DÍEZ-PICAZO. *Sistema de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 522).

3. Nulidad relativa al objeto.

En el testamento, como en todo negocio jurídico, ha de seguirse la doctrina general de la legalidad del objeto, del mismo modo que se hace lo propio con la causa y se observa la forma correcta, sobre el que se dispone (esto es, las cosas, los bienes, los servicios o las conductas a que se refieren las relaciones jurídicas¹²⁸), contenida en los artículos 1271 a 1273 CC¹²⁹, donde se establece que éste debe ser posible¹³⁰, lícito, determinado o determinable y sometido al poder del titular del derecho¹³¹. El momento en el que ha de ser ajustado a Derecho es el abrirse la sucesión, no el de dictar testamento¹³², pues es aquél en el que despliega sus efectos. Siguiendo a SÁNCHEZ ROMÁN¹³³, deberán ser, por ello, siempre cosas y servicios posibles que estén dentro del comercio de los hombres (y en concreto de aquél que de ellas dispone), según la normativa del

¹²⁸ Cfr. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Tomo I, vol. 3º. Madrid, 1999. Pág. 150. La noción de objeto es introducida por POTHIER (arts. 1126 a 1130 del Code), pues era desconocida para la doctrina anterior, definiéndola éste como la cosa que se debe dar o lo que se debe hacer o no hacer (cfr. CANNATA. Voz "Oggetto". En ED, Tomo XXIX. Pág. 827). En nuestra doctrina (como en otras extranjeras) se alzan, sin embargo, voces que abogan por excluirlo de entre los elementos esenciales del negocio, ya sea de manera tajante (ESPÍN. *Manual de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 228) o parcial (PUIG PEÑA. *Tratado de Derecho...* Tomo I, vol. 2º. Barcelona, 1958. Pág. 479).

¹²⁹ Así SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*. Tomo II. Madrid, 1911. Pág. 589) estima que tal doctrina es de carácter general por no encontrarse en el Código preceptos análogos que hubieran de tenerse en cuenta de cara a otros actos jurídicos, incluido el que nos ocupa.

¹³⁰ Como indica GALGANO (*El negocio jurídico*. Cit. Pág. 126) la imposibilidad que en este caso se contempla va a ser siempre aquella de tipo objetivo, proveniente del objeto en sí, el que la Ley no permite, y no aquella derivada de las condiciones subjetivas de las partes.

¹³¹ Cfr. CASTÁN. *Derecho civil...* Cit. Tomo I, vol. 2º. Pág. 570 y SS. Como pone de manifiesto LACRUZ BERDEJO (Op. y loc. Cit. en último lugar) los requisitos del objeto tienen en ocasiones una aptitud para serlo según el tipo negocial de que se trate, pues por ejemplo la herencia es objeto lícito del testamento, pero ilícito del contrato porque la Ley lo prohíbe (arts. 667 y 1271.2, con las excepciones de los arts. 826, 827 y 1341 CC, además de las que se introducen en los Derechos forales) o la excepción de disposición por donación de bienes futuros (art. 635 CC).

¹³² Si bien éste también tiene su relevancia, como en sede de legados en relación a los arts. 862, 866, 869, 872 y 878.

¹³³ Op. y loc. Cit. en último lugar. Según ALBADALEJO (*Derecho civil*. Tomo II, vol. 2º. Cit. Pág. 238) el objeto debe ser aquello sobre lo que versa el negocio, esto es, su materia, debiendo huirse de concepciones finalistas o utilitaristas para que tal definición sea provechosa; para DE LOS MOZOS ("El objeto del negocio jurídico". En RDP, 1960. Pág. 376) éste no es más que la realización jurídica del interés práctico de las partes, esto es, el resultado o fin buscado por las partes; para GALGANO (*El negocio jurídico*. Cit. Pág. 123) es el derecho real o de crédito o bien la prestación que se transfiere, pudiendo coincidir perfectamente objeto del negocio con el de la obligación.

Código, aún las futuras (con la excepción de la herencia futura, según la norma general y sus excepciones que recoge el artículo 1271.2), siempre que no sean imposibles o indeterminadas en cuanto a su especie o cantidad¹³⁴: será así a través de quien se realice la función económica inherente a los negocios jurídicos¹³⁵. Sin embargo ofrecer una definición de qué debe entenderse por objeto desde un punto de vista dogmático se presenta difícil debido al estado de división en que, como vemos¹³⁶, se encuentra la doctrina, dada la multiplicidad de sentidos que es posible otorgar a este vocablo; incluso para algún sector se niega que pueda hablarse en sentido estricto de objeto del negocio, pues éstos son actos que producen el efecto de crear obligaciones¹³⁷, y son éstas las que tienen en rigor un objeto¹³⁸.

El incumplimiento de los requisitos expuestos comporta la nulidad radical del acto, como se desprende de los artículos 865, 1261 y 1305 y concordantes del

¹³⁴ En cuanto a ésta última, siempre que sea imposible la determinación sin necesidad de acudir a nuevo convenio, lo cual en el caso del testamento es además algo del todo irrealizable; la determinabilidad (que cabe sea relegada a ser hecha en un momento posterior, estableciendo las partes los criterios con arreglo a los cuales deberá producirse) puede resultar tanto del propio contenido del negocio como de las normas de hermenéutica sobre la voluntad negocial aplicables al caso concreto: evidentemente no pueden nacer obligaciones si no se ha precisado en qué deben consistir éstas.

¹³⁵ Vid. GALGANO. *El negocio jurídico*. Cit. Pág. 124.

¹³⁶ Algo que no es exclusivo de nuestros juristas, pues como indica DE LOS MOZOS (Op. Ult. Cit. Págs. 374 y 375, donde se encuentran las pertinentes citas doctrinales), entre los italianos ocurre algo parecido, excluyéndolo alguno de entre los requisitos del contrato a pesar de la dicción legal, negándole relevancia o considerándolo un elemento exclusivo de la voluntad.

¹³⁷ En este sentido, vid. PLANIOL. RIPERT. Op. Cit. Tomo I. Parágrafos N^os. 244, 274 y SS; estiman que un negocio no tiene objeto, lo que tiene son efectos, y éstos consisten en la producción de obligaciones, siendo éstas las que tienen un objeto, pues el objeto en el negocio designa la prestación a propósito de la cual interviene la voluntad de las partes y en torno a la cual se ordena la economía negocial.

¹³⁸ Estiman COLIN y CAPITANT que es sólo así, de modo elíptico, como puede entenderse el objeto respecto al negocio jurídico (cfr. DÍEZ PICAZO. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 145). En contra se manifiesta DE LOS MOZOS (Op. y loc. ult. Cit), para quien no se puede soslayar el ordenamiento jurídico entendiendo que los arts. 1261, 1271, 1272 y 1273 CC se refieren al objeto de las obligaciones que se desprenden del contrato, ello debido a una incorrecta expresión legal, lo cual sería ir contra el propio Derecho positivo, pues el objeto de las obligaciones es tratado en el art. 1088 CC. Del mismo modo se manifiesta MARTÍN PÉREZ. "Determinabilidad de la prestación obligatoria". En RGLJ, 1958. Págs. 205 y SS.

CC¹³⁹. Además de los casos en que un objeto contrario a derecho afecte a una sola de las cláusulas del testamento, el alcance de la invalidez la haría nula sólo, hipótesis que ya hemos repetido y repetiremos, esa parte de acuerdo con las premisas y presupuestos de la nulidad parcial; así la ilegalidad del objeto puede afectar a la totalidad del instrumento o sólo a una parte: en el primer caso nos encontramos ante nulidad parcial de cláusula y en el segundo ante la nulidad total del objeto y, por ende, de todo el negocio. En ambos casos para solucionar si procede la nulidad total o parcial del testamento se deberá acudir a la apropiada interpretación de la voluntad del testador, sienta total en el caso de que éste no hubiera deseado su sucesión sin esa parte y parcial cuando hubiera deseado que se mantuvieran aún sin la parte eliminada¹⁴⁰. En este sentido han de tenerse en cuenta las particularidades que pueden afectar al objeto del testamento por su particular naturaleza y que pueden hacerlo válido o inválido de manera diferente a la teoría general del negocio jurídico; en concreto deberá prestarse atención al respeto a las legítimas, orden sucesorio, reservas, etcétera, así como a otras especialidades del tipo de la sucesión del empresario, la desheredación...

Precisamente por estas especialidades que afectan a la figura que tratamos, si el objeto de la última voluntad del testador no fuese ajustado a Derecho, se plantea la duda de si la orden dada por el testador sobre los bienes de los que dispone es válida aún no teniendo facultades legales para ello. De esta manera, si el testador, ordena que un heredero reciba sus fincas y sobre éstas no tiene poder para ello, ¿debe recibirlas, en natura o en equivalente, a costa de otros bienes hereditarios? ¿Debería en ese caso entenderse como una mejora si el valor real es más elevado que el considerado por el testador? Para el caso de los legados, el juego de los artículos 859, 861, 862 y 863 CC dejan claro lo

¹³⁹ Según LACRUZ BERDEJO (Op. y loc. Cit. en último lugar) es así en razón “de que la efectividad del negocio a que el ordenamiento tiende sería radicalmente contradictoria con su propio sistema”.

¹⁴⁰ Excepción hecha del legado de cosa ajena (art. 861 CC) u otra carga modal similar que el causante impusiera a los herederos.

que se debe hacer en casos de esa índole, pero para el caso de los herederos no lo está tanto.

4. La causa en la invalidez del testamento. Ausencia de causa, causa falsa y causa contraria a derecho.

La causa, o finalidad económico social¹⁴¹, como elemento integrante del negocio jurídico es un punto muy discutido entre nuestra doctrina, en el que se oponen los que creen que es un elemento esencial de éste contra los que creen que es algo inútil. Como quiera que el Código la contempla (artículos 767.2, 1261 y 1274 a 1277), la jurisprudencia la ha estimado y una parte de la doctrina la considera, nosotros vamos a tratar brevemente la nulidad de las singulares disposiciones testamentarias donde falta, es ilícita o es falsa esta figura.

El propósito de disponer *post mortem* de los propios bienes y derechos es la causa típica del testamento en general, la denominada *causa mortis*¹⁴². Dentro de éste y en atención a los diferentes propósitos que impulsan la redacción de cada una de las diferentes cláusulas, podemos afirmar que cada una de ellas puede poseer su peculiar y propia causa: así es, pues dentro del instrumento caben disposiciones tanto patrimoniales, de muy diversa índole, como también cláusulas no patrimoniales. El TS ha afirmado repetidamente que la causa no es una sola, sino que es una pluralidad de fines concretos¹⁴³, por lo que es perfectamente admisible tanto que cuando el testamento sea nulo por faltar o ser ésta ilícita o falsa (si se sigue la corriente que admite que ello pueda ser así en el caso del negocio jurídico que nos ocupa¹⁴⁴) para otorgarlo¹⁴⁵, como que de

¹⁴¹ Como afirma ALONSO PÉREZ ("El error sobre la causa". En *Estudios en homenaje al prof. Castán*. Tomo III. Pág. 58. Pamplona 1969) es la razón esencial inmanente al negocio.

¹⁴² Vid. DE CASTRO. *El negocio jurídico*. Cit. Pág. 195. Díez-PICAZO. "El concepto de causa en el negocio jurídico". En ADC, 1963. Págs. 3 y SS. GARCÍA MONJE MARTÍN. "Contratos con causa ilícita". En RDP, 1964. Págs. 856 y SS. DE LOS MOZOS. "Causa y tipo en la teoría del negocio jurídico". En RDP, 1970. Págs. 739 y SS. Díez-PICAZO. GULLÓN. *Sistema de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 537.

¹⁴³ Cfr. STS de 3 de octubre de 1979 (RJA 3235). La obligación moral no puede ser considerada como una de ellas por diversas razones (véase una exposición detallada de ellas en: DE CASTRO. *El negocio jurídico*. Cit. Págs. 217 y SS).

¹⁴⁴ Si se admite tal causa de nulidad para el negocio jurídico en general, siguiendo los dictados de los artículos 1275 y 1276 CC, de igual modo puede ser admitida para el testamento.

ser invalidante afecte a una sola parte de él, esto es a alguna manda en concreto, dejando en vigor el resto del instrumento no afectado por ello¹⁴⁶.

Ahora bien, el artículo 767.2 CC establece que la expresión de una causa contraria a derecho aunque sea verdadera en relación a la institución de heredero o legatario, se tendrá por no escrita¹⁴⁷. El Código ordena así que la expresión de una causa falsa o contraria a derecho no sea causa de nulidad de las disposiciones testamentarias en relación a ésta o los legados¹⁴⁸. El criterio no parece el lógico, pues el criterio que debiera ser tomado en cuenta al respecto debiera ser el de la relevancia, provocando por ello cuando menos cierta perplejidad que se estime de esta manera dentro de nuestro sistema

¹⁴⁵ Cuando pueda probarse que el testador, al redactar sus últimas voluntades (especialmente en los casos de testamentos ológrafos) no quería disponer de sus bienes para después de su muerte, éstas serán nulas por falta de causa. Como indica MESSINEO (*Derecho civil...* Cit. Tomo VI. Pág. 156) tal caso será difícil que se de en la práctica y se trataría en un individuo de crasa ignorancia de las más básicas nociones, no ya jurídicas, sino simplemente prácticas. Puede darse también, bajo similares presupuestos personales, que el testador crea estar realizando un acto jurídico diverso del testamento, con lo cual será nulo el instrumento por verificarse una causa errónea. Del mismo modo operaría la nulidad si la causa fuera contraria a la Ley.

¹⁴⁶ Aunque el Código en su artículo 743 diga que sólo son causas de nulidad las prevenidas en el Código, el espíritu de éste, entendemos, sí abraza la posibilidad de la extensión de los dictados contractuales sobre la nulidad o vicios de la causa a las disposiciones testamentarias, siempre que no haya incompatibilidad con el régimen propio de éstas últimas (especialmente lo que establece el artículo 767 CC) sin que encontremos razones generales para que exista.

¹⁴⁷ Afirmación que es continuación de lo establecido por el primer párrafo del mismo artículo al ordenar que la expresión de una causa falsa anula la disposición testamentaria que la contiene cuando resulte claramente del propio tenor literal que el causante no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido su falsedad; si no la conociese, se tendrá por no escrita (vid. MORENO QUESADA. "Las disposiciones testamentarias con causa ilícita". En ADC, 1967. Pág. 537. Comentario al artículo 767.2. En *Comentarios al Código civil...* Dirigidos por ALBADALEJO. Cit. Tomo X, vol. 1º. Págs. 352 y SS. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 240. PUIG FERRIOL. BADOSA. Anotaciones a ENNCERUS. KIPP. WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. (edición de 1976). Tomo V, vol. 1º. Págs. 278 y SS). ROYO MARTÍNEZ. Op. Cit. Págs. 148 y 149. GORDILLO CAÑAS. *El error en el testamento*. Cit. Págs. 793 y SS).

¹⁴⁸ Se prescinde con ello del control de la veracidad, moralidad y licitud del motivo en las disposiciones testamentarias que instituyen al heredero o a los legatarios. Véase al respecto la clásica STS de 15 de febrero de 1928, prácticamente la única que se ocupa de la eficacia de las disposiciones testamentarias que instituyen heredero o legatario con causa ilícita en relación al artículo 767 CC (respecto a la Compilación navarra sí se ha manifestado el TS el la STS de 20 de febrero de 1963 (RJA 1126)). Se trata otro caso de la naturaleza que nos ocupa en la STS de 30 de mayo de 1951 (RJA 1636), pero el Alto Tribunal no entró a considerar tal extremo.

En otros ordenamientos, como el italiano (artículo 626 Cci), el alemán (párrafo 138) o portugués (artículo 2186) la cuestión se ha resuelto en sentido contrario al de nuestro Código. En Francia, donde la solución adoptada es igual a la nuestra, la interpretación jurisprudencial ha sido favorable a que el artículo 900 Code sea más flexible (véase nuestro Capítulo octavo, con la bibliografía allí citada).

doctrinal¹⁴⁹. Pero ello es así sólo en relación a la institución de heredero o legatario, y no en relación a cualquier otra cláusula, las cuales se regirán por los principios generales del negocio jurídico en cuanto a la nulidad por vicios en la causa¹⁵⁰ (y por su ausencia) además de por su falsedad e ilicitud. Veámoslas a continuación.

En primer lugar, las cláusulas de un testamento pueden ser nulas por la ausencia de causa, pues, al menos en principio y para las corrientes causalistas, ningún acto jurídico del que se desprendan obligaciones puede existir sin ella¹⁵¹; ésta puede también desaparecer, dejando sin efecto, una disposición hecha en testamento cuya causa ha desaparecido en el momento de abrir la sucesión¹⁵². Que no se exprese no quiere decir que ésta no exista, pues la

¹⁴⁹ DE CASTRO (*El negocio jurídico*. Cit. Pág. 196) justifica tal independencia del régimen de eficacia dispositiva general respecto del propósito del testador, por la entrada en juego del *favor testamenti* y por la importancia de la solemnidad en el testamento y en base a un supuesto carácter abstracto de la voluntad dispositiva del causante. PUIG PEÑA (*Tratado de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 1º. Pág. 124) lo hace en lo que ha dominado es el aforismo romano de la *falsa demonstratio*, aplicándose a estas situaciones el mismo tratamiento que las condiciones imposibles. Para MORENO QUESADA (*Las disposiciones testamentarias...* Cit. Pág. 541) la razón principal se encuentra en que en las disposiciones a título gratuito, por residir la causa en la propia intención liberal, la causa no podrá ser nunca ilícita, pues el espíritu liberal que la preside es incompatible con la idea de ilicitud.

MORENO QUESADA (Op. Cit. en esta misma nota. Págs. 538 y SS) se extiende más buscando los orígenes en Derecho romano del artículo 767.2 CC. en las partidas y en el anteproyecto de 1851, sin encontrarlo. Vid. al respecto: GARCÍA GOYENA. Op. Cit. Tomo II. Pág. 152. MANRESA. *Comentarios al Código civil español*. Tomo VI. Revisado y puesto al día por OGAYAR. Madrid, 1951. Pág. 126. MUCIUS SCAEVOLA. *Código civil* Cit. Tomo XIII. Págs. 497 y 498. COSTA. "Della causa illecita espresa in una disposizione d'ultima volontà secondo il diritto romano". En *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1890. Págs. 3 y SS. BIONDI. *Successione testamentaria...* Cit. Págs. 526 y SS. Es en el anteproyecto de 1882-1888 donde aparece por primera vez, citándose como precedente los artículos 1380 y 1381 del Código civil mejicano de 1870, pasando después al Código civil vigente sin alterarse una sola coma (cfr. MORENO QUESADA. Op. Cit. en esta misma nota. Pág. 539).

¹⁵⁰ Afirma en este sentido DE CASTRO (*El negocio jurídico*. Cit. Pág. 241) que los vicios de la causa en relación al negocio jurídico ciertamente existen y han de considerarse, si bien han sido poco estudiados.

¹⁵¹ Verdaderamente nuestro CC contempla la causa de la obligación en general (no ya sólo del contrato) como requisito de existencia, según los artículos 1261 y 1275 CC. Vid. ALBADALEJO. *Derecho civil*. Cit. Tomo I, vol. 2º. Pág. 269. DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo I. Págs 173 y SS. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo II, vol. 2º. Págs. 150 y SS. SANCHO REBULLIDA. "Notas sobre la causa de la obligación en el Código civil". En *RGLJ*, 1971. Págs 663 y SS.

¹⁵² Por ejemplo una disposición hecha en beneficio de una persona por causa de su necesidad económica que se ha convertido en rico entre el otorgamiento del testamento y el

existencia de la causa se presume, y no sólo eso, sino que se presume también que es lícita y verdadera mientras que no se pruebe lo contrario por quien alegue la ausencia o un vicio invalidante en ella¹⁵³. En segundo lugar, la falsedad de ésta, que ha sido expresada por el testador, sobre la que se basa una disposición testamentaria, la hace nula, a menos que se pruebe que se basaba realmente en una que sea justa y verdadera¹⁵⁴.

Por otro lado, la causa de las disposiciones testamentarias ha de ser conforme a las leyes¹⁵⁵ y a la moral¹⁵⁶, pues de otro modo la disposición habrá sido otorgada en base a una ilícita¹⁵⁷, y será nula¹⁵⁸: el Código así lo dispone en

fallecimiento del causante, sin saberlo ni poderlo saber éste último (por una enfermedad o demencia prolongada).

¹⁵³ Así se expresa el artículo 1277 CC, el cual no encuentra obstáculo alguno para ser aplicado en el ámbito testamentario.

¹⁵⁴ La causa será falsa si el resultado a que corresponde la declaración, de conformidad con el contenido, no es el que el declarante se ha propuesto conseguir (cfr. DE LA CÁMARA. "Meditaciones sobre la causa". En RCDI, 1978. Pág. 665). En este caso corresponde probar a quien desee mantener la validez de la disposición. Esta regulación establecida por el artículo 1276 CC supone que el emitente de la declaración ha incurrido en error sobre la causa (vid. al respecto DE CASTRO. *El negocio jurídico*. Cit. Págs. 242 y 243). La extensión de los dictados de este artículo a la materia que nos ocupa no encuentra traba más que para la propia admisión del error como causa de nulidad de las disposiciones testamentarias (vid. *supra* el número 2 letra A de este mismo capítulo) restando compatible para éste ámbito el resto del artículo (Vid. MANRESA. *Comentarios al Código...* Cit. Tomo VI. Pág. 126. DE CASTRO. *El negocio jurídico*. Cit. Pág. 242. ALONSO PÉREZ. En notas a PIETROBON. Cit. Págs. 701 y SS. GORDILLO CAÑAS. *El error en el testamento*. Cit. Pág. 794. ANTUNES VARELA. Op. Cit. Págs. 89 y SS).

¹⁵⁵ El fin perseguido no ha de ser contrario a las normas imperativas, pues en caso contrario será nulo, ya que no es posible admitir la validez del acto, o parte de él, con causa contraria a ley imperativa, pues ello supondría dejar sin efecto la sanción legal (cfr. AMORÓS GUARDIOLA. "Comentario al artículo 1275". En *Comentario del Código civil*. Ministerio de justicia. Tomo II. Pág. 488. Madrid, 1991).

¹⁵⁶ La apreciación de la moralidad y adecuación al tono ético normal del medio social del momento de la causa es una tarea muy delicada que corresponde al juez. Las buenas costumbres no se definen en ningún lugar, y la línea que separa las buenas de las malas es en muchos casos muy débil e, incluso, a veces, sujeta a una interpretación demasiado subjetiva. Corresponde siempre su prueba a quien alega la ilicitud de la causa en la impugnación.

¹⁵⁷ Bien directamente o bien por fraude de Ley, esto es, dando un "rodeo" o cuando, mediante una apariencia de licitud, se esconde una infracción encubierta, y el negocio es nulo igualmente (vid. ALBADALEJO. *Derecho civil*. Cit. Tomo I, vol. 2º. Pág. 290. Díez-PICAZO. GULLÓN. *Sistema de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 533. MEDINA. *Nulidad de testamento*. Cit. Pág. 154. GALGANO. *El negocio jurídico*. Cit. Pág. 271). En el caso del testamento es frecuente que la cláusula en fraude de Ley lo sea en fraude de legítima (cfr. MEDINA. "Fraude a la legítima hereditaria". En *Revista de Derecho privado y comunitario*, 1993. Pág. 124) o en legado de usufructo, uso o renta. También es posible que aparezca el fraude de Ley en el testamento, como en caso de fraude de acreedores.

el artículo 1275 apoyado por los artículos 1271.3 y 1305.1 CC, además de los dictados en relación a las condiciones que van en contra de las buenas costumbres y aquellas prohibidas por la Ley (artículos 1116, 792 y 1328 CC) las cuales hacen nula la obligación que de ellas dependa o se tienen por no escritas¹⁵⁹. Así, las disposiciones del testamento con causa ilícita no podrán producir efecto alguno, son nulas, tal y como es posible deducir de los dictados del artículo 1275 CC.

¹⁵⁸ Vid. SÁNCHEZ ROMÁN. *Estudios de Derecho...* Cit. Tomo IV. Pág. 207. ALBADALEJO. *Derecho civil*. Cit. Tomo I, vol. 2º. Pág. 272. DE CASTRO. *El negocio jurídico*. Cit. Pág. 245. ATARD. "La causa ilícita". En RCDI, 1957. Págs. 645 y SS. DÍEZ-PICAZO. GULLÓN. *Sistema de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 533. TORRALBA SORIANO. "Causa ilícita: exposición sistemática de la jurisprudencia del TS". En ADC, 1966. Págs. 661 y SS. MORALES MORENO. "Intimidación, ausencia de causa, causa ilícita y culpabilidad de los contratantes". En ADC, 1988. Pág. 609. CARRESI. "Il negozio illecito per contrarietà al buon costume". En RTDPC, 1949. Pág. 29.

¹⁵⁹ Del mismo modo que para la ausencia y falsedad de la causa las normas relativas a la ilicitud de la causa entendemos que son aplicables en general al testamento siempre, por supuesto, que no se opongan a su propia regulación.

5. La nulidad por defectos de forma.

El testamento es un negocio formal y solemne¹⁶⁰, y por ello en él la forma ha de considerarse como un elemento esencial más a añadir a los dos anteriores que hemos expuesto: objeto y causa¹⁶¹. Por ello el legislador únicamente le permite desplegar los efectos que le son propios por voluntad del testador cuando se han cumplido todos los requisitos que la Ley establece, siendo nulo, ya sea total o parcialmente según los casos, cuando no se cumplen tales requisitos¹⁶², tal y como ordena de forma tajante el artículo 687 CC¹⁶³. El causante puede elegir cumplir las formalidades para testar bajo las diferentes formas que el Código pone a su disposición, tanto ordinarias como extraordinarias; lo que no hay es libertad para crear una “a medida” para cada persona, es decir, no se pueden crear nuevas formas: los testamentos cuyo

¹⁶⁰ La voluntad del testador se debe expresar en él en la manera predeterminada, concreta y de acuerdo con los requisitos que la Ley establece, pues de ningún modo basta la voluntad conocida del difunto respecto a su sucesión (cfr. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 467). No vicia el testamento el exceso de formalidades, sólo la ausencia de las que la Ley exige para cada tipo de testamento y que deben cumplimentarse: puede elegir la forma que le plazca (excepto los especiales reservados a situaciones concretas) pero una vez elegido un tipo concreto, debe cumplir con las exigencias dictadas por la Ley para su otorgamiento, so pena de nulidad. El Código, sin embargo, en referencia al cerrado, establece que si por defecto de ciertas formalidades no pueda valer como tal, pero sí como ológrafo, valga como este último, estableciéndose una situación de nulidad parcial (artículo 715 CC, de manera semejante a lo establecido por el art. 1223 para los actos *inter vivos*: cfr. ARMERO. Op. Cit. Págs. 189 y 190).

¹⁶¹ A diferencia de lo que ocurre en muchos contratos, donde se considera elemento natural (cfr. LLAMAS POMBO. *La responsabilidad civil del médico*. Pág. 197. Madrid, 1988).

¹⁶² Según MEDINA (*Nulidad de testamento*. Cit. Pág. 166) las causas que justifican la exigencia de solemnidad y formalismo del testamento son la necesidad de obtener una mayor ponderación y seriedad en el querer en él respecto a otros negocios, la facilidad de prueba y la certeza de la voluntad del causante es la que queda realmente plasmada en el instrumento; todo ello porque en el momento en que éste despliega su eficacia es un momento en el que el causante no puede ya expresar su opinión en caso de duda o discrepancias.

¹⁶³ Para el testamento abierto lo ordena el artículo 705 CC, para el cerrado el artículo 715 CC y para el ológrafo el 688 CC, a *sensu contrario*, como indica SANTOS BRIZ (*Derecho civil*. Cit. Tomo VI. Pág. 365). La jurisprudencia se ha encargado de suavizar el rigor de los requisitos de la forma, reconociendo que, en casos excepcionales, y con el objeto de que la voluntad del testador se lleve a cabo, y según las reglas del buen criterio y en relación a la trascendencia de la sucesión, es posible armonizar la voluntad conocida del testador con los requisitos externos de su expresión (Vid. SSTs de 30 de abril de 1909, 27 de diciembre de 1930 y 5 de octubre de 1962 (RJA 3600), esta última respecto de los testigos, citadas por ESPÍN. *Manual de Derecho...* Cit. Tomo III. Pág. 397 y por OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 467). Pero, en sentido opuesto, en otros casos el TS ha acentuado el rigorismo formal con la intención de que queda garantizada la realidad del testamento: STS de 4 de noviembre de 1947 (RJA 1213).

otorgamiento se haya hecho bajo una forma no reconocida o una prohibida, son nulos¹⁶⁴.

También será nula la disposición contenida en un testamento, que siendo válido en su otorgamiento, incurra en infracción de alguno de los preceptos que son de derecho necesario¹⁶⁵. Tal consideración han de tener los preceptos relativos a la forma, puesto que son de obligada observancia, dando origen a nulidad de pleno derecho su incumplimiento según el artículo 687 CC. Así que la nulidad parcial en este ámbito puede aplicarse en cuanto a la forma del instrumento, pues si bien la forma es indivisible no pudiendo ser válido en parte con un vicio de forma que le afecte en su conjunto, sí es aplicable en cuanto a las particulares cláusulas para las que se exige una determinada forma, infringiéndose la cual es nula la particular disposición sin alcanzar esa nulidad al resto de ellas, las cuales seguirán siendo válidas sin esa cláusula siempre que ello sea posible, siempre de acuerdo con las reglas generales de la nulidad parcial¹⁶⁶.

Es cierto que normalmente los vicios de forma van a invalidar el testamento en su conjunto, pues lo normal es que el formato del instrumento sea visto desde un punto de vista integral, pero ya que cabe la posibilidad de que sea una cláusula o una parte de ella a que sea nula por faltarle algún requisito de forma de los que exige el Código. Veamos algunos casos en los que esto puede ocurrir: el más claro es, en el caso del testamento ológrafo y el cerrado, cuando las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones no se

¹⁶⁴ Son formas de testar prohibidas expresamente por el Código el testamento por comisario y el mancomunado. En cuanto a éste último véanse la excepción que introduce el artículo 22 de la Ley de 24 de diciembre de 1981 (Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes) al establecer que los cónyuges pueden otorgar testamento abierto mancomunado a fin de ordenar la sucesión en la explotación familiar agraria en su totalidad (vid. CUADRADO IGLESIAS. *El testamento mancomunado...* Cit. Págs. 1091 y SS, especialmente 1099 y SS).

¹⁶⁵ Cfr. TRAVIESAS. *El testamento*. Cit. Pág. 177. ESPÍN. *Manual de Derecho...* Tomo III. Pág. 397. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Págs. 186 y 187. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Págs. 466 y SS. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 176. PUIG PEÑA. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 1º. Pág. 147. LLEDÓ YAGÜE. Op. Cit. Tomo II. Págs. 796 y SS. SANTOS BRIZ. *Derecho civil*. Cit. Tomo VI. Pág. 365.

¹⁶⁶ Vid. *supra* capítulo 4, epígrafe 1.

encuentren salvadas por el testador bajo su firma, lo cual las invalida, pero sin afectar a la eficacia del resto (artículos 688.3 y 706.4 CC)¹⁶⁷. También puede ser nulo parcialmente el testamento cerrado escrito parte a mano parte a máquina en lo relativo a ésta última parte, si el testador no ha firmado las hojas escritas a máquina, restando válidas las escritas a mano, siempre que tengan entidad suficiente para una existencia autónoma y cumplan las demás premisas de aplicabilidad de la institución que nos ocupa en nuestro sistema legal, según ya expusimos en su momento¹⁶⁸ (artículo 706 párrafos 1º y 2º).

¹⁶⁷ La condición para que ello sea así es que las palabras no salvadas no habrán de ser de tal importancia con respecto al documento que sin ellas no se pueda conocer su contenido o principales disposiciones (SSTS de 3 de abril de 1944 (RJA 570), 30 de noviembre de 1956 (RJA 3851) y 4 de noviembre de 1961 (RJA 4436), citadas por SEOANE SPIEGELBERG. Op. Cit Págs. 392 y 393).

¹⁶⁸ Vid. *supra* capítulo cuarto.

6. Principales casos de nulidad parcial por infracción de normas imperativas relativas a la sucesión testada.

Cuando en un otorgamiento se vulnera alguna norma preceptiva, la parte que viola tal prohibición es nula en aplicación del artículo 6.3 CC, puesto que la voluntad del causante es ley suprema en el orden testamentario, siempre que no suponga una vulneración de reglas de orden imperativo. Ya hemos visto algunas causas de nulidad parcial en este ámbito que nacen de preceptos imperativos del Código, pero las vistas hasta ahora son causas generales de nulidad válidas para todo negocio jurídico, así que además de ellas, vamos a ver que otras causas específicas para el testamento y que pueden hacerlo parcialmente nulo.

Sin ánimo de ser exhaustivos, expondremos brevemente las que consideramos son las importantes y frecuentes violaciones de este tipo de normas relativas al negocio objeto de nuestra atención que pueden dar lugar a que éste sea nulo parcialmente. Van a ser todos ellos motivos que hacen inválida alguna de las instituciones que normalmente incluyen en ellos, formando parte suya como cláusulas, y que, al no ser válida la institución, la deja sin efecto. Vamos pues a dejar simplemente enunciadas las principales razones por las que pueden ser nulas esas instituciones, remitiéndonos a las obras especializadas en cada una de ellas para una mayor profundidad en su tratamiento individualizado, la cual aquí no se pretende.

A. La preterición de legitimarios.

La preterición o inexistencia de disposición patrimonial adecuada al derecho legitimario de un sucesor forzoso sin desheredación expresa la trata el Código en los artículos 814 y 815¹⁶⁹; ésta se va a producir por ausencia de

¹⁶⁹ Vid. CASTÁN. *Derecho civil...* Cit. Págs. 690 y SS. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Págs. 435 y SS. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Tomo V, vol. 3º. Págs. 203 y SS. ROCA SASTRE. En anotaciones a ENNECCERUS. KIPP. WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. (edición de 1964). Págs. 286 y SS. ROYO MARTÍNEZ. *Derecho sucesorio...* Cit. Págs. 242 y SS. LINARES NOCI. "Planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que han precedido al a nueva regulación de la preterición". En ADC, 1989. Págs. 47 y SS. LÓPEZ RENDO. "Reflexiones sobre la preterición en el Código civil. Comentario la artículo 814 tras la reforma sufrida por Ley de 13 de

asignación de cuota hereditaria en la institución de heredero o por no asignárseles bienes en la partición hecha por el propio testador, ya sea ausencia total o ya sea parcial, la cual tendrá lugar no alcanzando la asignación de cuota hereditaria o bienes la cuota legitimaria que legalmente corresponde al preterido¹⁷⁰. Téngase en cuenta que tras la reforma que sufrió el artículo 814 tras la Ley 13/1981 de 13 de mayo y que lo transformó de manera importante, se debe distinguir principalmente entre preterición del cónyuge viudo, ascendientes o intencional de hijos o descendientes frente a la no intencional de los hijos o descendientes legitimarios, ya sea de algunos o de todos¹⁷¹.

Es opinión pacífica entre la doctrina¹⁷², que cuando se produce la preterición de un legitimario no es nulo el testamento completo, sino que éste se mantiene en vigor, y lo que se altera con el triunfo de la acción de impugnación por preterición es que se rehace el orden sucesorio vulnerado por el criterio del testador, y una vez restituido tal orden, en vez de acudir a la sucesión intestada, se salvan los criterios que restan válidos, dándose preferencia a la voluntad del

mayo de 1981". En AC, 1991. Págs. 35 y SS. ESPIAU ESPIAU. "Nulidad de testamento por preterición errónea y usufructo viudal". En RJC, 1995. Págs. 593 y SS. GARCÍA MORENO. "La preterición de herederos forzosos en el Derecho común tras la reforma de 1981". En AC, 1995. Págs. 883 y SS.

¹⁷⁰ Para una exposición sistemática de todas las posibilidades que caben como supuestos de preterición, véase: VALLET DE GOYTISOLO. "Comentario al artículo 814 CC". En *Comentarios al Código civil y las compilaciones forales*, dirigidos por ALBADALEJO. Tomo XI. Madrid, 1982. Págs. 169 y 170.

¹⁷¹ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO. Op. Cit. en último lugar. Págs. 200 y 201. A estas dos es posible añadir, según BOLÁS ALFONSO ("La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981". En AAMN, tomo XXV. Pág. 222) y DOMÍNGUEZ RODRIGO ("El concepto de preterición en el artículo 814 del Código civil vigente". En RGLJ, 1983. Pág. 677) una tercera: la preterición mixta (intencional de unos y no intencional de otros) de hijos o descendientes, sea simultánea o no.

¹⁷² PÉREZ ARDÁ. "Preterición testamentaria parcial". En RGLJ, 1913. Pág. 250. DE LA CÁMARA. "El Derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos". En RDN, 1955. Págs. 81 y SS. ALBADALEJO. "Para una interpretación del art. 814.1 del Código civil". En RDP, 1967. Págs. 1023 y SS. Págs. 409 y SS. VALLET DE GOYTISOLO. "El deber de instituir herederos a los legitimarios y el actual régimen de la preterición en los Derechos civiles". En ADC, 1967. Págs. 96 y SS. GARCÍA-BERNARDO LANDETA. "Preterición formal y material y nulidad de la institución". En ADC, 1969. Págs. 368 y SS. GONZÁLEZ PALOMINO. "El acrecimiento en la mejora". En AAMN, tomo II. Pág. 571. BOLÁS ALFONSO. Op. Cit. Pág. 222. BONET CORREA. Op. Cit. Tomo III. Pág. 371. COBACHO GÓMEZ. "Notas a la preterición". En RDP, 1986. Págs. 411 y SS.

causante en aquello que no vulnere la jerarquía sucesoria legítima¹⁷³. Así, el proceso para hacer efectiva la correcta distribución será el de reducir las disposiciones patrimoniales en el orden establecido por el artículo 814.1, inciso 2º, esto es, reducir primero la institución de heredero y en segundo lugar, y solo si ello no fuera suficiente, los legados, mejoras y demás disposiciones. Y ello por que tal artículo ordena, en primer lugar, que la preterición de un heredero forzoso no puede perjudicar la legítima; de esta manera, la acción de impugnación por preterición que triunfa traerá una reducción, por vía de nulidad parcial, del testamento con el fin de ajustar las atribuciones patrimoniales a los derechos de los legitimarios corrigiendo la voluntad del testador.

En el caso de preterición no intencional, se impone la anulación, en vez de su reducción, de la institución de heredero¹⁷⁴, pero valdrán todas las demás mandas y mejoras contenidas en el testamento, incluidos legados, sustituciones, cláusulas atípicas etc. Sólo en el caso de que los preteridos (no intencionadamente) lo sean todos los legitimarios se anularán todas las disposiciones de contenido patrimonial, restando válidas sólo aquellas de contenido no patrimonial. Para este supuesto el legislador dota a los impugnantes de una verdadera acción de nulidad (en grado de parcial, pues no se impugna el testamento, sino sólo la institución de heredero, que es frente a la que el Código permite que se ejercite la acción de nulidad en este caso) a fin de garantizar el mejor derecho de los preteridos¹⁷⁵.

¹⁷³ Cfr. DOMÍNGUEZ RODRIGO. Op. Cit. Pág. 679.

¹⁷⁴ Vid. DOMÍNGUEZ RODRIGO. Op. Cit. Pág. 684. VALLET DE GOYTISOLO. *Comentario al artículo 814*. Cit. Pág. 201.

¹⁷⁵ Algunos autores hacen constar que tratándose de preterición no intencional, el legislador está admitiendo que hay por parte del testador una voluntad desequilibratoria, el cual no puede haberse planteado, pues no hay intención de desigualar al preterido de los instituidos, ya que ignoraba la existencia del primero (vid. VALLET DE GOYTISOLO. *El deber formal...* Cit. Pág. 102. BOLÁS ALFONSO. Op. Cit. Pág. 223. DOMÍNGUEZ RODRIGO. Op. Cit. Pág. 685).

B. Las sustituciones nulas.

De entre todas las sustituciones testamentarias que admite el Código, es la sustitución fideicomisaria a la que dedica éste más su atención con un mayor número de artículos y también la doctrina ha hecho lo propio con las publicaciones en las que se la analiza. El artículo 781 CC define la sustitución fideicomisaria como aquella disposición expresa en la que se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, con el límite de que sea sólo hasta el segundo grado. Son admisibles las sustituciones fideicomisarias bajo condición, a término y de residuo¹⁷⁶.

Los artículos 785 y 786 CC, además de los mandatos contenidos en los artículos 781 y 782 CC, regulan el régimen de la nulidad específica de las sustituciones fideicomisarias¹⁷⁷. Antes que nada ha de quedar dicho que el artículo 786 no deja dudas acerca de la posibilidad de que la nulidad de ésta sea una nulidad parcial del testamento, esto es, que no afecte su nulidad a la validez del resto de las cláusulas de éste, al decir que “la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución...”¹⁷⁸.

Son varias las causas por las que las sustituciones fideicomisarias pueden ser nulas. El artículo 781 establece que lo serán aquellas que superen el segundo grado, con lo que hemos de entender que lo que es nulo es el exceso: será válida

¹⁷⁶ Cfr. ALBADALEJO. “Comentario a los artículos 781 a 784”. En *Comentarios al Código...* Tomo X, vol. 1º. Madrid, 1984. Págs. 160 y SS y vid. por la bibliografía allí citada). También: “Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad y repudiabilidad”. En RDP, 1979. Págs. 519 y SS. “Duda sobre si el testador quiso un representante o un sustituto vulgar del instituido”. En AC, 1988. Págs. 1193 y SS.

¹⁷⁷ Si tal régimen es extensible a las sustituciones vulgar, pupilar y ejemplar y de residuo (la nulidad del fideicomiso condicional está aliada con la nulidad la condición como elemento accidental del negocio jurídico: cfr. ALBADALEJO. “Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión de del derecho del fiduciario o del fideicomisario”. En RDP, 1979. Pág. 646. vid. *infra* letra D) es una cuestión para la que no aparenta haber oposición legal, siendo posible siempre que no se vaya contra la naturaleza jurídica de cada una de estas sustituciones.

¹⁷⁸ La doctrina se muestra firme al respecto: Vid. MUCIUS SCAEVOLA. *Código civil...* Cit. tomo XIII. Pág. 747. NOVOA SEOANE. “Cláusula testamentaria dudosa”. En RDP, 1921. Pág. 174. LÓPEZ LÓPEZ. “Carácter de la nulidad de la sustitución fideicomisaria que traspasa el límite legal”. En ADC, 1950. Pág. 511. ALBADALEJO. “Comentario al artículo 786”. En *Comentarios al Código...* Cit. Tomo X, vol. 2º. Págs. 387 y 388. CASTÁN. *Derecho civil...* Cit. tomo VI, vol. 2º. Pág. 257. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Pág. 299.

la sustitución expresada en testamento hasta el segundo grado, manteniéndose válida hasta tal extremo, y la que supere tal grado ya no será válida¹⁷⁹, siendo así parcialmente nula la propia sustitución fideicomisaria, sin afectar a la validez del resto del instrumento. El artículo 782, en relación con los artículos 813.2 y 824 CC, dispone la nulidad de aquellas sustituciones fideicomisarias sobre bienes legitimarios (legítima estricta) y sobre los de mejora si no son sustitutos los descendientes del testador.

El artículo 785 establece una serie de causas por las que existe nulidad de la sustitución fideicomisaria. La primera es que ha de ordenarse de manera expresa, mandato que se reitera en el artículo 783.1. En segundo lugar, remitiéndose al artículo 781, se dispone que son nulas las prohibiciones perpetuas, e incluso temporales, de enajenar y la sustitución que imponga al heredero la obligación de pagar renta o pensión más allá del segundo grado, pues el artículo 781 ya marca el límite del segundo grado y sólo dentro de él es válida la sustitución con tales imposiciones. Por último, se preceptúa que es nulo el fideicomiso en sentido estricto, esto es, la institución de una persona para que aplique o invierta esos bienes hereditarios según instrucciones, que incluso pueden ser reservadas, del testador; tal nulidad será parcial si tal fideicomiso o esas instrucciones reservadas alcanzan sólo a una parte de los bienes que el testador dejó al así instituido¹⁸⁰.

Finalmente, el artículo 786 ordena expresamente la nulidad de la cláusula fideicomisaria que perjudique la validez de la institución o a los herederos del primer llamamiento. Por medio de él se está ordenando que las causas de nulidad de estas sustituciones han de ser causas de nulidad parcial en todo caso, pues no se permite que su invalidez pueda contagiar el resto de la institución.

¹⁷⁹ Vid. LÓPEZ LÓPEZ. Op. Cit. Págs. 503 y SS y vid. la bibliografía allí citada.

¹⁸⁰ Cfr. ALBADALEJO. "Comentario al artículo 785". En *Comentarios al Código...* Cit. Tomo X, vol. 2º. Pág. 382.

C. Nulidad de legados.

Los legados forman parte fundamental del testamento, y es más, sólo dentro de su ámbito pueden ordenarse, pues aunque pueda haber adquisiciones por causa de muerte a título singular deferidas por la Ley, solamente es propio hablar de legados si la atribución opera por voluntad del causante¹⁸¹. Éstos quedarán sin efecto¹⁸², previene el Código en su artículo 869¹⁸³:

1º. Si el testador transforma la cosa legada o si enajena la o las cosa objeto de él o una parte de ellas.

2º. Si la cosa perece del todo viviendo éste o después de su muerte sin culpa del heredero.

Ninguno de los dos casos son verdaderas causas de nulidad, pues la invalidez proviene en el primer caso de la revocación tácita por parte del causante, ya que es su propia voluntad consciente la que transforma o enajena la cosa que había legado, y al hacerlo no renueva la manda en su testamento, por lo que ésta queda sin efecto¹⁸⁴; en el segundo caso nos encontramos ante un supuesto de imposibilidad de la prestación. La consecuencia, sin embargo es la misma que si se hubiera sancionado la nulidad del legado, pues éste queda sin efecto, con lo que se sigue la misma pauta que para la nulidad de la cláusula que lo contiene¹⁸⁵.

¹⁸¹ Vid. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 346.

¹⁸² Dice el Texto "sin efecto" y no "son nulos" porque la invalidez que se ordena en este artículo no es nulidad, como veremos a continuación.

¹⁸³ Indica LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 271) que al no contener el Código apenas preceptos específicos relativos a la validez o invalidez de los legados, rigen en su defecto las normas citadas sobre la invalidez de la institución de heredero.

¹⁸⁴ Vid. ALBADALEJO. "Comentario al artículo 869 CC". En *Comentarios al Código civil...* Dirigidos por ALBADALEJO. Tomo XII, vol. 1º. Pág. 134. Madrid, 1981.

¹⁸⁵ Vid. TRAVIESAS. "Legados". En RDP, 1931. Págs. 97 y SS. ROCA SASTRE. "El legado de cosa ajena". En *Estudios de Derecho privado*. Tomo II. Madrid, 1948. Págs. 200 y SS. RICA-BARBERIS. "Cosa de otro y cosa fuera de comercio en la venta romana y moderna". En RDP, 1953. Págs. 89 y SS. MORENO QUESADA. "El cumplimiento del legado de cosa ajena". En ADC, 1961.

Sí indica el Código expresamente que serán nulos los legados de cosa que el testador ignoraba que fuese ajena (artículo 862 CC), el de cosas que están fuera del comercio (artículo 865 CC) y el de la que al tiempo de hacerse el testamento fuera ya propia del legatario, aunque en ella tuviese algún derecho otra persona (artículo 866 CC), consistiendo estos casos verdaderas causas de nulidad de ellos. Además, en virtud del artículo 789 CC, todas las causas de nulidad que son aplicables a la institución de heredero en cuanto a las sustituciones, son de igual manera aplicables a los legados, salvando las diferencias que existen entre ambas instituciones, en particular en cuanto a la aceptación, no necesaria en el segundo caso para que el legatario adquiriera el derecho sobre él, sin perjuicio del derecho a repudiarlo, puesto que éste se adquiere por obra de la ley de manera automática en base a una adquisición a título lucrativo de carácter singular¹⁸⁶. Tal remisión en bloque a la regulación de la nulidad de la institución de heredero para la invalidez de los legados no significa que, siendo nula la institución de heredero, sean también necesariamente nulos los ordenados en el testamento, o viceversa.

La clasificación de las causas por las que un legado pueda ser nulo es tarea que escapa al objetivo de esta obra (artículos 862, 865, 866, 869, 870, 871, 875 y 878 CC¹⁸⁷) ya sea a causa del testador, a causa de la cosa o incluso por causa del

Págs. 615 y SS. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Págs. 408 y SS. GONZÁLEZ PACANOWSKA. *El legado de cosa ajena*. Págs. 207 y SS. Madrid, 1985.

¹⁸⁶ Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 1930, citada por PUIG BRUTAU. Op. Cit en nota anterior. Pág. 407. Como apunta ROCA GUILLAMÓN (“Garantía contra evicción en las adquisiciones gratuitas”. En *Libro homenaje a Juan ROCA JUAN*. Murcia, 1989. Pág. 771), se admiten legados tanto con eficacia real como de tipo obligacional, aunque se discuta la naturaleza de algún tipo concreto, como la del legado de crédito (vid. SERRANO GARCÍA. “Legado de crédito y legado de liberación”. En RCDI, 1975. Págs 651 y SS. FENÁNDEZ PACHECO. “Legados de crédito y liberación de deuda”. En RDP, 1979. Págs. 9 y SS. OSSORIO SERRANO. “El legado de dauda”. En ADC, 1985. Págs, 941 y SS), si bien, como indica CUADRADO IGLESIAS (“Configuración jurídica del llamado pseudo usufructo testamentario”. En RDP, 1971. Pág. 1065) esta distinción se encuentra en crisis por ser innecesaria en el fondo, pues no debiera ser necesario concebir los derechos subjetivos como estructuras de poderes que deban ser encuadradas en ninguna de esas categorías, sino simplemente como un medio para satisfacer necesidades, sin más.

¹⁸⁷ Cfr. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 473.

propio legatario¹⁸⁸. Basta dejar aquí apuntado el hecho de que cuando un legado sea nulo no implica que las demás cláusulas del testamento lo sean¹⁸⁹, pudiendo éstas restar eficaces, encontrándonos así ante la nulidad parcial de éste último cuando tenga lugar la invalidez de la cláusula que lo contiene, de igual modo que hemos visto que puede ocurrir para con la institución de heredero.

D. Nulidad de los elementos accidentales del testamento: condición, término y modo.

El Código admite las denominadas modalidades accesorias en el testamento¹⁹⁰: condiciones suspensivas y resolutorias, términos resolutorios y también el modo (el cual es llamado a veces carga, gravamen e incluso, impropriamente, condición). Las primeras, además de admitirlas expresamente diversos artículos, tienen cobertura en el ámbito sucesorio a través del artículo 790 CC, tanto para la institución de heredero como para los legados, y por medio del artículo 791 CC, mediante el cual se remite subsidiariamente su regulación a las obligaciones condicionales, concretamente a los artículos 1113 a 1124 CC¹⁹¹, para todo lo no regulado en los artículos 790 a 805 correspondientes a la sección denominada “De la institución de heredero y del legado condicional y a término; el plazo, tanto inicial como final, encuentra su reconocimiento expreso en el artículo 805 CC; y el modo testamentario aparece

¹⁸⁸ Esta clasificación de las causas de ineficacia de los legados la establece DE DIEGO en sus *Instituciones de Derecho civil*. Cit. Tomo III. Pág. 521. Véase para una exposición de ellas: PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Págs. 408 y SS.

¹⁸⁹ Cfr. SERRANO GARCÍA. Op. Cit. Pág. 639.

¹⁹⁰ Vid. BARASSI. *Instituciones de Derecho...* Cit. Págs. 481 y SS. y la bibliografía allí citada. LACRUZ (*Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 240) llega a afirmar que es en los testamentos donde estas modalidades accesorias al negocio encuentran su principal campo de aplicación.

¹⁹¹ La razón de ello es que, aunque algunos autores diferencien las condiciones en los diferentes negocios, ha de hacerse notar que el concepto de condición es unitario para todas las manifestaciones del negocial (vid. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 264 y la bibliografía allí citada. RUIZ MARTÍNEZ. “Sobre la condición y sus aldaños”. En RCDI, 1951. Pág. 1. Este último establece que son tres las diferencias entre las condiciones en los testamentos y en los contratos: la intransmisibilidad de los derechos condicionales por muerte del testador, la nulidad de las condiciones imposibles y contrarias a la Ley, la moral y las buenas costumbres y la obligación de cumplir los gravámenes potestativos).

en un buen número de disposiciones del Código (artículos 748, 780, 788, 798, 824, etcétera).

Comenzando por las condiciones, no cabe duda de que puede imponerse una de tipo suspensivo a los herederos y legatarios por medio de la cual no puedan acceder a los bienes hereditarios hasta que se verifique el cumplimiento del requisito exigido; en cambio la eficacia de aquella de tipo resolutorio es negada por algunos como tal¹⁹². También son aceptables en este ámbito las potestativas, artículo 795 CC, esto es, aquellas cuyo cumplimiento se hace depender de la voluntad del heredero o legatario¹⁹³. En cuanto a la nulidad de aquellas que son contrarias a la Ley, inmorales o ilícitas, el artículo 792 CC establece que se tendrán por no puestas, con lo cual se entenderá la institución de heredero o legado hechos de manera pura. Las condiciones específicamente testamentarias que sufren tal sanción se exponen en los artículos 793 y SS del CC, pero no se agotan en ellas, pues lo son también las generales que la Ley ordena que sean ilícitas inmorales o contrarias a las buenas costumbres¹⁹⁴. Con ello el Código introduce la nulidad parcial no ya de la cláusula que contiene una condición no aceptada por la Ley, sino que sólo es nulo únicamente el requisito que se ha de cumplir: es nulidad parcial dentro de la propia cláusula condicional¹⁹⁵.

¹⁹² En base a que el que ha sido instituido heredero no puede dejar de serlo (vid. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 265. VALLET DE GOYTISOLO. "Fideicomiso a término y condicional y la cláusula *si sine liberis decesserit* en el derecho histórico de Castilla y en el Código civil". En ADC, 1956. Págs. 800 y SS) y entienden que es una forma de sustitución fideicomisaria condicional.

¹⁹³ Vid. MUCIUS SCAEVOLA. *Código civil comentado...* Cit. Tomo XIII. Págs. 831 y 832. ALBADALEJO. "Comentario al artículo 795". En *Comentarios al Código...* Cit. Tomo X, vol. 2º. Pág. 465. PUIG PEÑA. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 1º. Pág. 400. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Págs. 208 y SS.

¹⁹⁴ Vid. ARMERO. Op. Cit. Pág. 264.

¹⁹⁵ Diferencia notable con el régimen de las condiciones ilícitas en cuanto a los contratos y otros negocios jurídicos, pues para ellos el artículo 1116 CC establece que: "las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la Ley anularán la obligación que de ellas dependa".

También se pueden someter las disposiciones testamentarias a plazo, ya inicial, ya final, según el artículo 805 CC¹⁹⁶. Cuando el término es un momento imposible o indeterminable, éste se tendrá por no puesto¹⁹⁷, dando lugar a la nulidad parcial de la cláusula, como en el caso anterior.

En cuanto al modo en el testamento, comenzaremos por decir que le son aplicables las disposiciones de los artículos 619 y 622 CC¹⁹⁸, con su implícita remisión a los contratos, lo cual puede servir como base argumentativa para una aplicación subsidiaria de la normativa relativa a estos y a las donaciones en la regulación del modo en este ámbito. Ello ayudaría a establecer con claridad los requisitos para la imposición de una carga a los sucesores, que en cualquier caso habrá de ser clara¹⁹⁹ y siempre en el propio instrumento, nunca fuera de él. El incumplimiento por parte del testador de los requisitos de constitución del modo acarrearán su nulidad, por lo que la manda se entenderá hecha de manera pura, de igual manera que cuando se imponga un modo absolutamente imposible²⁰⁰. La nulidad del modo no debe afectar en absoluto a la voluntad testamentaria principal, al ser ineficaz únicamente la disposición que no puede llevarse a realización efectiva, bien por razón de que sea por una imposibilidad

¹⁹⁶ Aunque la similitud entre ella y la sustitución fideicomisaria a término hace que puedan aplicarse por analogía las normas sobre ésta a aquella (cfr. ALBADALEJO. "Comentario al artículo 805". En *Comentarios al Código...* Cit. Tomo X, vol. 2º. Pág. 556) no dejan de ser instituciones diferentes y separadas.

¹⁹⁷ Para ALBADALEJO (*Condición, término...* Cit. Pág. 79) sólo se tendrá por no puesto el término final, pues el inicial invalidará la cláusula que se haga depender de un plazo imposible.

¹⁹⁸ Vid. LACRUZ. En anotaciones a BINDER. *Derecho de sucesiones*. Cit, Págs. 339 y 340. DE LOS MOZOS. "El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial". En RDP, 1978. Págs. 224 y SS.

¹⁹⁹ Así lo expone la Resolución de la DGRN de 16 de noviembre de 1944 (RJA 1386).

²⁰⁰ Cfr. ALBADALEJO. "Consideraciones sobre algunos extremos del modo testamentario". En ADC, 1983. Pág. 1102. De igual modo: LUNA SERRANO. "Disciplina del modo testamentario imposible". En ADC, 1968. Págs. 124 y SS, apoyándose en el artículo 792 CC a falta de precepto específico correlativo referido al modo. Para la mayoría de la doctrina son aplicables al modo las disposiciones relativas a las condiciones en todo aquello en cuanto no se opongan a las diferencias que para con ellas caracterizan al modo como categoría jurídica autónomamente regulada (vid. ALBADALEJO. "Condición, término y modo". En RDN, 1957. Pág. 90. TORRALBA SORIANO. *El modo en el derecho civil*. Madrid, 1967. Págs. 157 y SS. MONTES PENADÉS. "El modo testamentario y las prohibiciones de disponer". En ADC, 1974. Pág. 318, quien en cuanto al fondo está de acuerdo, pero no en cuanto a la forma).

de su cumplimiento²⁰¹ o bien porque sea por razón de una violación de una norma imperativa o por cualesquiera otras razones fuera de las dos principales que mencionamos²⁰².

E. Disposición a favor de persona incierta.

El Código no exige ninguna formalidad especial para la cláusula de institución de heredero²⁰³, y por ende, lo mismo se puede decir de la que se hace lo propio a un legatario²⁰⁴. Lo que sí exige el artículo 750 CC es que la disposición se haga a favor de una persona cierta o que pueda ser determinada por medio de algún evento²⁰⁵, el cual puede ser de cualquier clase con el límite de que no choque contra ningún mandato legal²⁰⁶, siendo nula la cláusula donde falta un destinatario conocido o conocible de la manda o institución, siempre que de la voluntad del testador, tanto en sentido literal como de su

²⁰¹ Tal imposibilidad (recordemos que la culpa no ha de derivar del propio heredero o legatario), ha de serlo también de cumplimiento en los términos que el Código en su artículo 798, califica de “los más análogos a y conformes” a la voluntad del testador. Cuando sea posible el cumplimiento de una carga modal, y éste no se lleva a cabo, se resolverá la institución de heredero o legado que de ella dependiese (cfr. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 334).

²⁰² La invalidez del todo el negocio (*vitiatur et vitiat*) sólo es defendible en el caso de que el testador hubiera preferido su sucesión intestada si el modo no fuera posible que formara parte de su testamento (cfr. ALBADALEJO. *Condición, término...* Cit. Pág. 90).

²⁰³ Por el contrario, indican CASTÁN (*Derecho civil...* Cit. Tomo VI, vol. 2º. Págs. 175 y 176) y PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 236) la designación de heredero (y de legatario) puede hacerse con gran libertad y variedad de formas.

²⁰⁴ Tal es la opinión generalmente aceptada por la doctrina, que no diferencia en este extremo entre sucesión a título general y particular: vid. por todos, GORDILLO CAÑAS. “Comentario a los artículos 772 y 773”. *Comentarios al Código...* Dirigidos por ALBADALEJO. Cit. Tomo X, vol. 1º. Pág. 412; y la bibliografía allí citada al respecto.

²⁰⁵ Y, como indica MUCIUS SCAEVOLA (*Código civil comentado...* Cit. Tomo XIII. Pág. 317), que sea una persona existente realmente, pues, aunque sea determinable, si la determinación recae sobre un sujeto inexistente es nula la disposición; se exige, según este autor, que la persona instituida exista al menos al momento de la muerte del testador; de otra manera habría que buscar a sus sucesores para agotar las posibilidades antes de dictaminar la indeterminación total.

²⁰⁶ Cfr. ALBADALEJO. “Comentario al artículo 750”. En *Comentarios al Código...* Dirigidos por ALBADALEJO. Cit. Tomo X, vol. 1º. Pág. 77, como por ejemplo pudiera ser que el momento fijado para juzgarlo excediera el plazo permitido por la Ley (arts. 781 a 784 CC). Para este autor este artículo es inútil, pues sus dictados ya aparecen en los artículos 772 y 773 CC.

espíritu²⁰⁷, sea imposible concretar la identidad de la persona instituida. Tal nulidad es consecuencia de que la certeza en la designación e identificación de las partes, en nuestro caso el testador y los herederos y legatarios, es premisa imprescindible en toda la teoría del negocio jurídico²⁰⁸.

No es tampoco posible dejar al arbitrio de un tercero el nombramiento del heredero o legatario, como consecuencia de ser el testamento un acto personalísimo según ordena el artículo 670.2 CC²⁰⁹, siendo la nulidad de la cláusula donde ello lo estipula el testador la sanción que el ordenamiento impone para ésta, la cual no debe afectar a la validez del resto del testamento. Es también nula la disposición hecha bajo la condición de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna manda a favor del testador o de otra persona (artículo 794 CC): la captación de la voluntad es la base de la nulidad que este artículo impone²¹⁰. No son, para concluir, válidos los mandatos contrarios a la promesa de mejorar o de no mejorar, en contra de la norma general del Código, que es la de prohibir la validez de los pactos en el orden sucesorio, según establece el artículo 1271.2 CC.

Concluir que son nulas también, según el art. 745 CC las disposiciones hechas a favor de asociaciones o corporaciones ilícitas y las criaturas abortivas, debiendo considerar que la nulidad de estas mandas no debe afectar al resto del contenido del instrumento.

²⁰⁷Cfr. VENTURA GONZÁLEZ. "La institución de heredero en usufructo sin designación de propietario". En RCDI, 1941. Pág. 286. Tal es la doctrina jurisprudencial recogida en las SSTs, citadas por este autor, de 6 de mayo de 1931 y 17 de marzo de 1934.

²⁰⁸ Vid. CASTÁN. *Derecho civil...* Cit. Tomo VI, vol. 2º. Pág. 177. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 195. GORDILLO CAÑAS. "Comentario a los artículos 772 y 773". *Comentarios al Código...* Dirigidos por ALBADALEJO. Cit. Tomo X, vol. 1º. Pág. 411.

²⁰⁹ La intervención de un tercero sólo se admite en el testamento para distribuir las cantidades que el testador haya dejada a clases determinadas (cfr. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 239).

²¹⁰ No cabe duda de la letra de la Ley que la disposición captatoria es nula, pero sí es dudoso si la disposición captada es nula también o no (vid. al respecto: ALBADALEJO. "Comentario al artículo 794". En *Comentarios al Código...* Dirigidos por ALBADALEJO. Cit. Tomo X, vol. 2º. Págs. 460 y SS. GUTIERREZ SOLAR. "La condición testamentaria captatoria". En AC, 1987. Págs. 1465 y SS).

CAPÍTULO SEXTO

Efectos de la nulidad parcial sobre el testamento

1. La acción de nulidad parcial del testamento.

La nulidad de pleno Derecho (tanto si afecta al negocio en su integridad como si lo hace de manera parcial), precisamente porque opera así, no necesita de impugnación ni declaración judicial para que sean negados efectos¹, los cuales son los determinados inicialmente; veamos seguidamente esto con más detalle. Siempre, si la nulidad es desconocida en la esfera jurídica en la que se mueven las partes afectadas por el negocio, creándose una apariencia de legalidad, o porque alguien pretende apoyarse en uno nulo para ejercitar algún derecho que en realidad no corresponde, entonces será necesario instarla para deshacer esa apariencia y que sea declarada para que desencadene toda su negación de consecuencias y se asegure la legitimidad en el ejercicio de los derechos que a cada uno corresponden, venciendo la resistencia de quienes sostengan su validez. Para ello se ejercitará una acción de nulidad, en nuestro caso sobre una parte del instrumento (acción de nulidad de testamento en grado de parcial²) con el objetivo de dejar sin eficacia esa parte y que no sea así posible oponer aquello que es nulo en el ejercicio de los derechos que guarden relación con lo impugnado, declarando el juez cuál es la realidad jurídica existente. La acción de nulidad parcial no va diferir en gran cosa de la de nulidad de testamento en cuanto al instrumento en su totalidad, pues los presupuestos sustantivos jurídico-normativos son idénticos³, difiriendo sólo principalmente en cuanto a la porción negocial que sirve de base para el ejercicio de la acción en cuestión.

¹ MANRESA. *Comentarios al Código civil*. Tomo VIII. Madrid, 1901. Pág. 729. DE CASTRO. *El negocio jurídico*. Cit. Págs. 475 y SS. DE LOS MOZOS. "Nulidad de actos jurídicos". En NEJ. Cit. Págs. 617 y 618. DÍEZ-PICAZO. GULLÓN. *Sistema de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 586. ESPÍN. *Manual de Derecho...* Cit. Tomo III. Págs. 458 y SS. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo II, vol. 1º. Págs. 315 y 316.

² Vid. al respecto: CASANUEVA SÁNCHEZ. Op. Cit. Págs. 349 y SS.

³ Como indica MARÍN PADILLA (Op. Cit. Pág. 129) los atributos de la nulidad total son idénticos a la nulidad parcial, con la diferencia de su proyección sobre el todo o sobre parte del negocio.

A. Características de la acción.

La acción de nulidad se denomina así en un sentido amplio y no en el estricto, es decir, la facultad actual de exigir a otro un cierto hacer o no hacer⁴, no debiendo confundirse con el derecho subjetivo ni con las prerrogativas resultantes del mismo: se trata de lo que hoy en día se da en llamar “acción declarativa de carácter negativo”, en la cual no se ejercita un poder concreto, sino el general de pretender que se declare lo que ya existe por sí mismo, el carácter de ilegalidad por la que se caracteriza el negocio jurídico nulo⁵. El objetivo de la interposición de la acción de nulidad es obtener una sentencia declarativa⁶, que pronuncie que la parte del testamento objeto del procedimiento es nula de pleno Derecho, pero si con ella se pretende la restitución de alguna cosa o la nulidad de alguna actuación posterior, funcionará como previa a la acción de condena que se intente con tal fin⁷. La configuración actual en el sistema legal español de la acción de nulidad es la de

⁴ Según la moderna definición de acción derivada de la clásica dictada por Celso en *D.* 44, 7, 51, aceptada por la generalidad de la doctrina (vid. FAIREN. *Voz “Acción”*. En NEJ, tomo II. Págs. 190 y SS) y la abundante bibliografía procesalista clásica sobre el tema como: GUASP. *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*. Tomo I, pág. 326. Madrid, 1943. PRIETO CASTRO. *Derecho procesal civil*. Tomo I, pág. 52. Zaragoza, 1946. PUIG BRUTAU. *Diccionario de acciones en Derecho civil español*. Barcelona, 1984. Pág. 196; etc.

⁵ Vid. DE CASTRO. *El negocio jurídico*. Cit. Pág. 481. También nos indica este autor que ese carácter meramente declarativo tiene importantes consecuencias prácticas, como en lo referente a la determinación de la competencia, equiparándose en este sentido a las acciones personales (STS de 16 de mayo de 1945 (RJA 687)). PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. En notas a ENNECCERUS. KIPP WOLF. *Tratado de Derecho...*Cit. Tomo I parte 2, vol. 2º. Pág. 743.

⁶ Para una parte de la doctrina, como vimos *supra* capítulo 2, epígrafes 3º y 6º letra A, dependerá de los motivos por los que se impugne el testamento el carácter de la acción de nulidad, pues si bien lo normal es que sea de carácter declarativo, su opinión es que si se impugna por violencia, dolo o fraude, la nulidad en este ámbito será semejante a la anulabilidad, con lo que para ser tenida en cuenta habrá de ser declarada judicialmente dentro de un plazo, siendo tal declaración de carácter constitutivo y no declarativo, como para otros casos de nulidad, pues aceptan que la dualidad nulidad- anulabilidad del contrato sea trasladada a la sucesión testada (vid. LLEDÓ YAGÜE. *Derecho de sucesiones*. Cit. Tomo II. Pág. 799. RUIZ SERRAMALERA. *Derecho de sucesiones*. Madrid, 1979 Pág. 208, aunque este autor sólo en cuanto al error. SANTOS BRIZ. *Derecho civil*. Cit. Tomo VI. Págs. 367 y 368), opinión que no es pacífica en absoluto si tenemos en cuenta la cantidad y calidad de las argumentaciones en contra.

⁷ Vid. DE LOS MOZOS. *Nulidad de actos...* Cit. Pág. 618. MORENO LUQUE. “Notas sobre la eficacia e ineficacia del negocio: inexistencia, nulidad, anulabilidad y rescisión”. En AC, 1986. Pág. 2629. DE RUGGIERO. *Instituciones de Derecho...* Cit. Tomo I. Págs. 312 y 313. STOLFI. *Teoría del negocio...* Cit. Pág. 84.

ser una acción de naturaleza personal⁸, opinión pacífica entre la doctrina, y apoyada por la jurisprudencia, si bien el TS en una etapa inicial la calificó de mixta⁹. Pero se ha de distinguir el caso en que al mismo tiempo que se pide la declaración de nulidad y se reclamen bienes de la herencia, como vimos anteriormente, pues en este caso la acción para reclamar esos bienes tiene carácter real, lo cual de ningún modo desvirtúa la idiosincrasia personal de la nulidad del testamento, ya que éste seguirá siendo de este tipo, y lo que nos encontramos es el ejercicio conjunto de una acción personal con una real, conservando cada una de ellas su naturaleza y objetivos propios en todo momento¹⁰. La sentencia de condena obtenida en virtud del ejercicio de una acción de nulidad tiene una especial y limitada eficacia: sirve para poner de manifiesto solamente el carácter de negocio contrario a la Ley en cuanto a su parte nula; lo que ha hecho que se la caracterice, indica DE CASTRO¹¹, como ya se ha puesto aquí de manifiesto, preparatoria de una posterior acción y sentencia de condena en ella basada.

B. Legitimación, plazo, competencia y procedimiento.

Las causas de admisión específicas de la acción de nulidad parcial de testamento en nuestro ordenamiento son, como vimos en el capítulo anterior:

⁸ Dentro de los tipos de acciones que la LEC admite para nuestra justicia civil: personal y real, y aunque también se mencionan las mixtas, éstas ya se encuentran desaparecidas de la doctrina del Código civil (el Derecho romano sí admitía este tipo de acciones, y por influjo de los glosadores, éstas pasaron a la Ley de las Leyes de Toro y de ahí a la Novísima Recopilación: Cfr. SEOANE SPIEGELBERG. Op. Cit. Pág. 320), pues no se recogieron en su elaboración. Es de entre éstas entre las cuales únicamente se puede decidir el carácter de cada una de las acciones que se pueden encontrar dentro de nuestro ordenamiento jurídico privado. Vid. para la doctrina: DE BUEN. En notas a COLIN y CAPITANT. *Derecho civil*. Cit. Tomo VIII. Pág. 316. SANTOS BRIZ. *Derecho civil*. Cit. Tomo VI. Pág. 368.

⁹ Tal afirmación se desprende de la doctrina contenida en las SSTs 20 de febrero de 1893, 11 de mayo de 1898 y 12 de julio de 1905, doctrina que quedó superada a partir de la STS de 20 de junio de 1928 (véase al respecto el análisis que de ella hace DÍEZ PICAZO en sus *Estudios de Jurisprudencia civil*. Tomo III. Págs. 369 y SS. Madrid, 1976), la cual establece que en el CC las acciones mixtas han muerto "por silencio". Esta doctrina ha sido repetidamente reiterada por el alto tribunal (STS de 8 de mayo de 1971 (RJA 2772)).

¹⁰ Cfr. SANTOS BRIZ. *Derecho civil*. Cit. Tomo VI. Págs. 368 y 369.

¹¹ *El negocio jurídico*. Cit. Págs. 481 y 482, citando la STS de 26 de abril de 1861. Nada impide, por otro lado, que puedan ser ejercitadas simultáneamente dentro de un mismo procedimiento.

ausencia de capacidad suficiente (incapacidades relativas al testador e incapacidades relativas a los sucesores); la voluntad testamentaria viciada: el error, violencia e intimidación, la captación de la voluntad del testador, el dolo y el fraude y el fraude de ley, los casos de discrepancia entre voluntad y manifestación: reserva mental, declaraciones no hechas en serio y *iocandi causa* y simulación; las relativas a la causa: ausencia de causa, causa falsa y causa contraria a Derecho; los defectos de forma; y la violación de preceptos imperativos, como algunos casos que vimos: preterición de legitimarios, sustituciones, legados e incorporación de elementos accidentales (condición, término y modo) infringiendo normas imperativas; disposición a favor de persona incierta etcétera, siempre que lo que se pretenda hacer nulo no sea el testamento íntegro, sino sólo una parte (la que incurre en causa de nulidad) determinada de él sin afectar a la validez del resto del instrumento.

En un principio era esta acción únicamente ejercitable (legitimación activa) por los interesados (herederos, legatarios y sustitutos)¹². Pero en la actualidad y atendiendo a la jurisprudencia que ha sentado la STS de 21 de junio de 1986 (RJA 3788), siguiendo la doctrina de la de 27 de mayo 1949 (RJA 720), se encuentran legitimados activamente para promover la correspondiente acción de nulidad de testamento quienes ostenten un interés legítimo y actual en la obtención de tal pronunciamiento judicial de ineficacia¹³: pueden encontrarse

¹² Así era de acuerdo con los dictados de las resoluciones de la DGRN de 26 de septiembre de 1904 y 10 de diciembre de 1913.

Un sector de la doctrina (CAPILLA RONCERO. Op. Cit. Págs. 45 y 46. SEOANE SPIEGELBERG. Op. Cit. Pág. 328) aún estima que sólo los titulares del *ius delationis* se encuentran legitimados para pedir la nulidad del testamento, solución que encuentra, según éste último, apoyo en la STS de 13 de julio de 1989 (RJA 5610), al establecer que “la acción para impugnar la validez y eficacia de los testamentos corresponde exclusivamente a los que por llamamiento por ley ostentan el carácter de herederos” pero añadiendo que esto será así “a falta de disposición testamentaria” (véase el comentario que de estas Resoluciones hace DE BUEN: Notas a COLIN y CAPITANT. *Derecho civil*. Cit. Tomo VIII. Pág. 315; donde explica el porqué de tal afirmación, explicando que esa Sentencia se refiere a un caso en que el actor había reconocido la supervivencia de un pariente más próximo, quien aceptó la validez del testamento en transacción con el heredero instituido, siendo éste el fundamento por el que se declaró en aquél pleito la falta de acción del demandante).

¹³ Es decir, aquellos que podrían obtener con ella una ventaja o provecho en virtud de una expectativa sucesoria como consecuencia de la declaración de nulidad (cfr. SEOANE SPIEGELBERG. Op. Cit. Pág. 322), lo que no debe de ninguna manera entenderse en el sentido de que la acción de nulidad es una acción pública, pero tampoco limitada exclusivamente a las personas que aparecen en el testamento. Se encuentran activamente legitimados para impugnar u

en esta situación, los instituidos en anteriores testamentos y no en el definitivo, ya que si fuera inválido éste último pasarían a obtener la cualidad de herederos¹⁴, los que lo serían si se abriera la sucesión intestada y también los directamente afectados, a causa sus relaciones jurídico-patrimoniales con el testador, si demostraren tener un interés lícito en que el testamento o parte de él sea nulo¹⁵. Pero la nulidad declarada sí puede hacerla valer cualquier interesado, aún no siendo parte en el proceso, sino por cualquiera que tenga interés en ello, pues la eficacia de la sentencia de declaración de nulidad tiene eficacia *erga homes*, no limitada a las partes negociales o procesales¹⁶

Quedan privados de legitimación para impugnar aquellos herederos que, después de la muerte del causante, y con conocimiento de la causa de nulidad que contenía el testamento, lo hayan confirmado, ya sea bien expresamente o bien tácitamente (mediante su ejecución voluntaria)¹⁷. La acción para

oponerse a la declaración de nulidad, como reconoce la STS de 18 de diciembre de 1958 (RJA 4200), los albaceas para sostener, siendo justa, la validez del instrumento en juicio y fuera de él. Vid. al respecto también: PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. En notas a ENNECCERUS. KIPP WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo I parte 2, vol. 2º. Pág. 744. ALBADALEJO. *Derecho civil*. Cit. Tomo I, vol. 2º. Págs. 459 y 460.

¹⁴ Cfr. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 474.

¹⁵ Cita DE CASTRO (*El negocio jurídico*. Cit. Pág. 482) diversos ejemplos de quiénes se pueden encontrar en semejante situación, como los titulares de un derecho real afectados por otro derecho real.

Se encuentran expresamente excluidos, sin embargo, los acreedores del causante (STS de 27 de mayo de 1913) y los funcionarios públicos (Resoluciones de la DGRN de 2 de agosto y 10 de diciembre de 1913); excepto en el caso de existencia de delito, (indican al respecto CASTÁN. *Derecho civil...* Cit. Tomo VI, vol. 2º. Pág. 452. DE BUEN. Op. Cit. Tomo VIII. Págs. 318 y 319. LACRUZ. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 260 que los Registradores de la propiedad no pueden rechazar un testamento contra la voluntad de los que pueden acatarlo como válido, a no ser que el vicio que lo invalide constituya delito perseguible de oficio, según ordenan las Resoluciones de la DGRN antes citadas en esta misma nota al pie) pues carecen ambos de interés relevante y los acreedores concretamente podrán hacer efectivo su derecho contra los bienes hereditarios. Es dudoso si están legitimados los acreedores de los activamente legitimados, pues ello plantea la cuestión de si la acción de nulidad es ejercitable a través del mecanismo de la acción subrogatoria (vid. LACRUZ BERDEJO. "Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria". En *Estudios de Derecho civil*. Barcelona, 1958. Págs. 200 y SS. CAPILLA RONCERO. Op. Cit. Págs. 46 y 47. SEOANE SPIEGELBERG. Op. Cit. Pág. 328).

¹⁶ Cfr. MORENO LUQUE. Op. Cit. Pág. 2629.

¹⁷ Vid. DE BUEN. En notas a COLIN y CAPITANT. *Derecho civil...* Cit. Tomo VIII. Pág. 315, citando las SSTS de 26 de noviembre de 1901, 28 de febrero de 1906 y 13 de mayo de 1916 y las Resoluciones de la DGRN de 26 de septiembre de 1904 y 10 de diciembre de 1913. BARASSI. *Instituciones de Derecho...* Cit. Págs. 475 y 476, citando en sus notas los traductores, GARCÍA DE

impugnarlo hemos de entender que es de orden público (que no pública), en el sentido de que el testador no puede prohibir que se impugnen sus últimas voluntades en los casos que haya nulidad declarada por la ley (Artículo 675.2 CC): tal cláusula prohibitoria será nula, como lo será cualquier sanción que el éste prescriba contra el heredero que lo hiciere, pues se tendrá por no puesta y en nada perjudicará al heredero que haga uso de la acción de nulidad, cualquiera que sea el resultado del procedimiento de impugnación¹⁸. Sí pueden, en cambio, los sucesores titulares de la acción de nulidad renunciar a ejercitarla, pues es un derecho que debe estimarse renunciabile¹⁹.

La legitimación pasiva corresponde a todos aquellos que ostenten derechos sucesorios derivados del testamento cuya nulidad se insta²⁰, pues todos ellos son quienes tienen interés en que éste conserve inalterada su validez²¹, y entre ellos se encuentran los albaceas en virtud de su llamamiento a

HARO y FALCÓN, al respecto, las SSTs de 27 de enero de 1870, 20 de febrero de 1885 y 7 de noviembre de 1935.

¹⁸ Vid. DÍEZ-PICAZO. GULLÓN. *Sistema de Derecho...* Cit. Tomo IV. Pág. 449. ESPÍN. "Comentario al art. 673". En *Comentario del Código civil*, Ministerio de justicia. Tomo I. Madrid, 1991. Pág. 1694. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 185. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 477, citando la STS de 15 de febrero de 1911, la cual indica que "dicha prohibición es contraria a Derecho, como lo es toda modalidad" [en clara referencia a los dictados del artículo 792 CC] "que contribuya a que prevalezca un acto nulo". RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN. *Las prohibiciones de impugnar...* Cit. Págs. 85 y SS.

Sí son admisibles las prohibiciones de la autoridad judicial en las actividades relativas a la partición y distribución de los bienes hereditarios cuando la misma la efectúa el propio testador o el contador-partidor (cfr. CAPILLA RONCERO y LÓPEZ LÓPEZ (Directores). *Derecho de sucesiones. Común y foral*. Valencia, 1992. Pág. 286) siempre que se arbitre un mecanismo alternativo a la partición judicial para el caso de desacuerdo entre los coherederos y que no implique atentado contra las prohibiciones del artículo 670 CC.

¹⁹ Cfr. CASTÁN. *Derecho civil...* Cit. Tomo VI, vol. 2º. Pág. 451. La renuncia al ejercicio de la acción de nulidad tiene importantes consecuencias en cuanto a la convalidación del testamento (vid. *infra* en este capítulo),

²⁰ Vid. DE CASTRO. *El negocio jurídico*. Cit. Pág. 483. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 260. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 474. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 183. SANTOS BRIZ. *Derecho civil*. Cit. Tomo VI. Pág. 369, citando la STS de 14 de julio de 1899. VALLET DE GOYTISOLO. *Panorama del Derecho de sucesiones*. Tomo II. Madrid, 1984. Pág. 195.

²¹ La falta de interpelación conjunta puede dar lugar a una situación de litisconsorcio pasivo necesario (vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ. "El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo". En *Revista de Derecho procesal Iberoamericano*, 1976. Págs. 369 y SS. SEOANE SPIEGELBERG. Op. Cit. Pág. 329), la cual es excepcional y puede frustrar la continuación del procedimiento de impugnación así planteado. Vid al respecto las SSTs de 7 de febrero de 1902, 18

través del artículo 902.3 CC a sostenerla en juicio²². El notario autorizante sólo debe ser demandado si para él nace responsabilidad como consecuencia de la previsión de los artículos 705 y 715 CC respecto de la obligatoria observación de las formalidades en los testamentos²³.

El Código no fija un plazo especial de prescripción para la acción de nulidad de testamento, y ese silencio ha traído una importante indeterminación jurídica respecto a este importante extremo, con las graves consecuencias que se derivan en la práctica. Es aquí donde cobra relevancia la asignación de uno u otro carácter, pues, si como concluimos, es personal, el plazo de prescripción será de quince años. Algún autor, como DÍAZ COBEÑA²⁴ y DE LA CÁMARA²⁵, ha pretendido aplicarle por analogía el plazo de cuatro años que rige para la prescripción de la acción de nulidad de los contratos (artículo 1301 CC) alegando además que por razones de seguridad jurídica el plazo no debe ser excesivamente amplio; pero la doctrina en general ha estimado que semejante extensión no procede, pues el artículo 1964 CC establece que aquellas acciones personales que no tengan especificado un plazo prescribirán a los quince años y estiman que éste debe ser el plazo de prescripción de la que nos

de diciembre de 1958 (RJA 4200), 6 de abril de 1967 (RJA 1812), 22 de octubre de 1974 (RJA 3899) y 26 de diciembre de 1979 (RJA 4455). Entre ellos también debemos considerar incluidos a los legatarios (SSTS de 10 de noviembre de 1979 (RJA 4655) y 21 de febrero de 1994 (RJA 1104)).

²² Vid. OSSORIO MORALES. Op. y loc. Cit. en último lugar. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 183. Es discutido si entre ellos y respecto de ellos junto a todos los demás interesados es también necesario el litisconsorcio pasivo necesario (vid. RIVAS MARTÍNEZ. Op. Cit. Pág. 360. CAPILLA RONCERO. Op. Cit. Págs. 51 y 52). En cuanto a los contadores-partidores, véase la STS de 22 de octubre de 1974 (RJA 3899).

²³ Vid. CAPILLA RONCERO. Op. Cit. Pág. 52, citando las SSTS de 22 de octubre de 1974 (RJA 3899) y 10 de noviembre de 1979 (RJA 4655). Es también la opinión de LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 260, citando, a su vez, también esta última Sentencia. Véanse también al respecto las SSTS de 21 de junio de 1986 (RJA 3788), 9 de mayo de 1990 (RJA 3695) y 25 de junio de 1990 (RJA 4892).

²⁴ *Dictámenes*. Pág. 154. Madrid, 1919.

²⁵ *Compendio de Derecho sucesorio*. Pág. 158. Madrid, 1990.

ocupa²⁶. Pero la cuestión no es tan simple como en un principio pudiera parecer.

Frente a quienes optan por un plazo de prescripción determinada (sea de cuatro, cinco, quince años o de cualquier otra cuantía) se alzan quienes creen que, dado el carácter declarativo de la acción de nulidad, ésta no puede someterse a plazo de prescripción sea cual sea la causa originaria de la nulidad²⁷, lo único que puede ocurrir es que decaiga el interés en la declaración²⁸, imposibilitando su ejercicio²⁹. Pero una parte importante de la doctrina parece inclinarse por una postura ecléctica, estimando que en algunos

²⁶ Esta es la posición mayoritaria: vid. CASTÁN. *Derecho civil...* Cit. Tomo VI, vol. 2º. Pág. 455. DE BUEN. En notas a COLIN y CAPITANT. *Derecho civil...* Cit. Tomo VIII. Pág. 318. DÍEZ-PICAZO. GULLÓN. *Sistema de Derecho...* Cit. Tomo IV. Pág. 570. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 474. ROYO MARTÍNEZ. *Derecho sucesorio...* Cit. Pág. 122. SANTOS BRIZ. *Derecho civil.* Cit. Tomo VI. Pág. 370, citando la STS de 20 de junio de 1928. LLEDÓ YAGÜE. *Derecho de sucesiones.* Cit. Tomo II. Pág. 799.

Pero estas dos no son las únicas opciones que ha propuesto la doctrina, pues hay incluso quien ha propuesto que pudiera serle de aplicación un tercero: el plazo de cinco años que el artículo 762 CC establece para instar la declaración de incapacidad e indignidad (en concreto: LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 261).

²⁷ Como consecuencia necesaria del principio de que aquel negocio o parte de él que es nulo no puede producir ningún tipo de efectos ni inicialmente ni en ningún momento: vid. FRAGA IRIBARNE. "La acción declarativa (entorno a la STS de 22 de septiembre de 1944" (RJA 1004)). En RGLJ, 1945. Págs. 50 y SS. ALBADALEJO. *El negocio jurídico.* Cit. Págs. 404 y 405. DE LOS MOZOS. *Nulidad de actos...* Cit. Pág. 618. ESPÍN. "La nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión". En ADC, 1970. Págs. 531 y SS. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo II, vol. 2º. Parágrafos 88 y 89. CAPILLA RONCERO. Op. Cit. Págs. 58 y SS. MARÍN PADILLA. Op. Cit. Pág. 129. STOLFI. *Teoría del negocio...* Cit. Pág. 87. MESSINEO. "Imprescritibilità dell'azione di nullità ed effetti compatibili con essa". En RTDPC, 1966. Pág. 2. STOLFI (Op. y loc Cit en esta nota) estima que "la prescripción supone un derecho (y, por tanto, una acción) a ejercitar, el cual se pierde si no se ejercita oportunamente (...) por tanto, si basándose en un acto nulo, alguien pretende obtener algún beneficio, su adversario le podrá oponer siempre el defecto de fundamento de su pretensión".

Según ESPÍN (Op. ult. Cit. Pág. 535) la alegación de la nulidad por la vía procesal de la excepción tampoco puede someterse a plazo de prescripción (vid. la bibliografía y jurisprudencia allí citada). Sin embargo expresa sus dudas sobre ello VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama del derecho...* Cit. Tomo II. Pág. 202) fundándose en razones de equidad.

²⁸ Cfr. FRAGA IRIBARNE. Op. Cit. Pág. 57.

²⁹ Indica CAPILLA RONCERO (Op. Cit. Pág. 59) que la legitimación para afrontar una impugnación de testamento puede no estar, en principio, condicionada a su ejercicio dentro de un plazo, pero realmente sí lo está indirectamente, porque es requisito para poder instar la acción declarativa, la persistencia y actualidad del interés por parte de quien la demanda.

casos la acción será imprescriptible y en otros se aplicará el plazo de quince años, dependiendo que sea una o la otra de la causa que origine la nulidad³⁰.

En cualquier caso, el plazo se contará desde que la acción pudo ejercitarse, debiendo fijarse tal momento en el día del fallecimiento del testador, pues antes de ese no cabe ejercitar acción alguna de impugnación de la eficacia de su declaración de última voluntad (artículo 1969 CC), entre otras cosas porque no es conocida si el testador no lo desea y porque éste posee la facultad de revocarlo total y parcialmente cuando lo desee, quedando la validez del testamento a su libre albedrío³¹.

Para conocer el procedimiento que origina la interposición de una demanda basada en el ejercicio de una acción de nulidad será competente según el art. 62 LEC y la STS de 8 de mayo de 1971 (RJA 2772), interpretando otras anteriores, el juez de primera instancia del domicilio del demandado³²; y en el caso de que fueran varios demandados con domicilios en partidos judiciales diferentes, el de cualquiera de ellos; todo ello como resultado de tratarse, según el criterio predominante, de una acción de carácter personal. Habrá de seguirse por los cauces del declarativo ordinario correspondiente a las cuantías establecidas por la LEC, no cabiendo en el juicio de testamentaría la

³⁰ Así ALBADALEJO (*Curso de Derecho civil*. Cit. Tomo V. Pág. 364) entiende que la acción de nulidad de testamento no prescribe y que sólo aquellos afectados por un vicio de la voluntad sí caerán dentro del plazo de prescripción de quince años. RUIZ SERRAMALERA (*Op. Cit.* Pág. 208) es de la misma opinión, pero especifica que respecto al error el plazo de prescripción es de cuatro años. PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 183) entiende que la acción de nulidad es imprescriptible excepto para los casos de infringirse las formalidades en su otorgamiento, para los cuales fija el plazo de prescripción de quince años. Finalmente, para LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 260) el plazo de prescripción es de quince años para los defectos formales y de cuatro para los defectos materiales. LASARTE (*Principios de Derecho...* Cit. Tomo VII. Pág. 88) parece inclinarse por una remisión a las normas generales sobre la prescripción de las acciones personales, al hacer remisión al traslado al ámbito del testamento de la distinción entra nulidad y anulabilidad, aunque no aboga directamente por ella.

³¹ Y como indica SANTOS BRIZ (*Derecho civil*. Cit. Tomo VI. Pág. 369) al ser éste un derecho personalísimo, no lo puede delegar en persona alguna, aunque se trate de un testamento manifiestamente nulo.

³² Cfr. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 183.

discusión acerca de la nulidad de una determinada cláusula testamentaria ni del testamento en su integridad³³.

C. Declaración de oficio de la nulidad del testamento.

Hemos visto en el epígrafe anterior que la acción de nulidad de testamento no es pública, por lo que su ejercicio sólo corresponde a los interesados, con lo que parece que se excluye, en principio, su apreciación de oficio³⁴. Pero tanto la doctrina como la jurisprudencia han aportado opiniones en contra de que en esta materia no pueda llevarse a cabo tal apreciación de la nulidad en determinados casos. Hemos de excluir, desde luego, que se pueda presentar de oficio ante los tribunales sin que las partes lo hagan por alguna otra razón; solo si éstas pueden llevar ante un tribunal un testamento, sea por la razón que sea, es posible que el juez pueda entonces apreciar de oficio que ése es nulo, pero el juez nunca puede llevar a su evaluación un instrumento sin que alguien relacionado con él lo solicite, pues es un documento privado al que él no puede tener acceso más que cuando conste legítimamente en un expediente judicial en su juzgado.

Ya bajo este presupuesto, podemos decir en primer lugar, que las SSTS de 27 de mayo (RJA 720) y 29 de octubre de 1949 (RJA 1240) y 21 de junio de 1986 (RJA 3788) declaran que cabe la posibilidad de declarar la nulidad de un testamento que adolece vicios de forma, tanto de oficio como a instancia de parte³⁵. Pero, indica VALLET DE GOYTISOLO³⁶, que cualquier instrumento

³³ De acuerdo a los dictados de la STS de 17 de octubre de 1960 (RJA 3451) citada, entre otros, por PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 184 y 185).

³⁴ No se debe confundir, indica CAPILLA RONCERO (*Nulidad e impugnabilidad...* Cit. Pág. 48) apreciación de oficio con las facultades calificadoras de los registradores de la propiedad cuando el testamento es la base de una atribución patrimonial cuya constancia registral se solicita. Éstos no pueden, de cualquier manera, denegar la inscripción de un testamento, aún considerándolo nulo, pues el Registro no es quien para rechazar un instrumento testamentario contra la voluntad de quien puede acatarlo como válido (Resoluciones de la DGRN de 26 de septiembre de 1904, 10 de diciembre de 1913 y 29 de enero de 1931) ya que los registradores deben estar movidos únicamente por la firmeza de las atribuciones patrimoniales cuya inscripción se insta, quedando la cuestión de la regularidad o no del título presentado para su anotación en un lugar secundario.

³⁵ Es la opinión de ALBADALEJO (*Derecho civil*. Cit. Tomo I, vol. 2º. Págs. 461 y SS) y DE CASTRO (El negocio jurídico. Cit. Pág. 476), superando el principio de justicia rogada

que sea radicalmente nulo puede ser así rechazado, en contraposición a los casos de nulidad relativa testamentaria, siempre que se estime que existe tal dualidad, la cual es negada por una parte de la doctrina como ya vimos en su momento: en caso de que se estime que aquél que es nulo lo es siempre de manera absoluta³⁷, sin haber casos de anulabilidad, entonces puede entenderse que todo el que pueda reputarse nulo puede serlo declarado de oficio.

Para concluir, es preciso indicar³⁸ que la cuestión de la apreciabilidad de oficio de la nulidad en esta materia debe quedar reducida a los casos en los que se pretenda hacer valer judicialmente un derecho basado en un instrumento pretendidamente eficaz, donde las partes no discuten su validez o invalidez ni plantean la cuestión, pero el juez, tras su examen, entiende que es nulo. Si puede o no éste denegar el amparo judicial en base a la nulidad del testamento por nadie solicitada, es un extremo donde es posible que se pueda plantear también la posibilidad de su apreciación de oficio³⁹.

predominante, pero no único, que informa el Derecho procesal civil. Para el primero de ellos no sólo se puede, sino que se debe efectuar de oficio cuando el juez conozca los hechos que la provocan. Por supuesto será requisito indispensable que el negocio sea verdaderamente nulo, o que la apariencia sea de que lo es para que éste pueda entrar a dilucidar su eficacia

Sin embargo, alguna Sentencia, como la de 24 de mayo de 1977 (RJA 2139), citada por ALBADALEJO (Op. y loc. Cit. en esta misma nota) viene a decir todo lo contrario, estimando que incluso la nulidad radical y absoluta es necesario alegarla para que pueda ser declarada por los tribunales.

³⁶ *Panorama del Derecho...* Cit. Tomo II. Pág. 193.

³⁷ La nulidad siempre es absoluta en nuestro ordenamiento jurídico, no cabiendo la precisión que se hace en otros ordenamientos con las figuras de la "anulabilidad absoluta" y la "nulidad relativa" (vid. DE CASTRO. *El negocio jurídico*. Cit. Págs. 529 y SS).

³⁸ Siguiendo la opinión de CAPILLA RONCERO (*Nulidad e impugnabilidad...* Cit. Pág. 48) es sólo en estos casos donde procede la apreciación de oficio de la nulidad, pues en los procedimientos de adverbación y protocolarización de testamentos no públicos, no corresponde al juez más que comprobar la veracidad del documento, sin entrar en su examen (artículo 691 CC), y otorgarle el valor de público o no, pudiendo los interesados incoar el correspondiente procedimiento declarativo. Es por ello que el Auto otorgando o no el carácter de público al testamento no produce efecto de cosa juzgada.

³⁹ Cuestión que debiera entenderse de índole puramente procesal, pues su ajuste escapa al principio de justicia rogada que informa el Derecho procesal civil. La respuesta afirmativa o negativa a la cuestión planteada habrá que buscarla en la aplicación general de los principios y reglas procesales acerca de la acreditación de la legitimación con la que se actúa y también de la distribución de la carga de la prueba, en virtud de la cual corresponde al actor acreditar la condición de sucesor cuando este sea hecho constitutivo de su pretensión (vid. PRIETO CASTRO. *Derecho procesal...* Cit. Tomo I. Págs. 332, 610 y SS. 630 y SS. RAMOS. *Derecho procesal civil*. Tomo I.

2. Consecuencias y efectos de la nulidad testamentaria en relación a las partes y a los terceros.

La primera consecuencia de la nulidad en el testamento es que nace el derecho a ejercitar la correspondiente acción de nulidad. Por tratarse de una acción meramente declarativa, el triunfo del ejercicio de la acción de nulidad como pretensión judicial, traerá como consecuencia únicamente la declaración de nulidad de la parte del testamento impugnada, la cual quedará con eficacia general de cosa juzgada. Ciertamente la nulidad opera *ipso iure* en el sentido de no producir efectos (en aplicación del aforismo: *quod nullum est, nullum producit effectum*), sin necesidad de ejercitar acción alguna, porque el negocio lleva en sí mismo la ineficacia⁴⁰, pero será necesario recurrir a ella en la práctica, pues si cualquiera pretende ejercitar un derecho sobre la base de la validez de lo que es nulo, debe acudir a la tutela judicial. La realidad es que el negocio⁴¹, en el mundo real, se va estimar válido por la presunción de validez de los actos jurídicos mientras que no haya un pronunciamiento que la destruya⁴². Es por ello que realmente, si se quiere que la nulidad actúe⁴³, será necesario, a pesar de

Barcelona, 1985. Págs. 254 y SS. 424 y SS. 474 y SS. MONTERO AROCA. ORTELLS RAMOS. GÓMEZ COLOMER. Derecho jurisdiccional. Tomo II, vol. 1º. Págs. 33 y SS. Madrid, 1990).

⁴⁰ En palabras de STOLFI (*Teoría del negocio...* Cit. Pág. 82) la nulidad de un negocio jurídico es generalmente simultánea a su constitución, por tanto queda privado de efectos desde el principio, pero puede ser también sucesiva o sobrevenida operando en cualquier caso como la originaria, porque la causa de la invalidez se considera existente desde la creación del acto. De igual modo: ALBADALEJO. *Derecho civil*. Cit. Tomo I, vol. 2º. Pág. 458, con abundante jurisprudencia. DE CASTRO. *El negocio jurídico*. Cit. Págs. 471 y 475. DE RUGGIERO. *Instituciones de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 312. LLAMBÍAS. *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*. Buenos Aires, 1953. Pág. 35.

⁴¹ Si bien pueda afirmarse que la ineficacia jurídica corresponde al mundo del “deber ser” como consecuencia de un mandato jurídico (cfr. Díez-Picazo. *Eficacia e ineficacia...* Cit. Pág. 831) no podemos olvidar que los efectos de los negocios jurídicos se producen en el mundo del “ser” como experiencia real, por supuesto en los casos en que es perfectamente válido y eficaz, pero también los negocios nulos producen ciertos efectos en el mundo de este último, como veremos.

⁴² Estima DE LOS MOZOS (*Nulidad de actos...* Cit. Pág. 619) que también puede, sin necesidad de pronunciamiento judicial, desplegar efectos la nulidad si es “apreciada oportunamente”.

⁴³ Así se expresan: ALBADALEJO. *El negocio jurídico*. Cit. Pág. 405. OSSORIO MORALES. *Op. Cit.* Pág. 478. SANTOS BRIZ. *Derecho civil*. Cit. Tomo VI. Pág. 370. CAPILLA RONCERO.

su naturaleza constitutiva primaria, instar judicialmente su pronunciamiento en la casi totalidad de los casos.

Así, la raíz de todos los efectos de la nulidad es que el negocio nulo (o la parte nula del negocio en nuestro caso) no puede producir ni produce los que se pretenden por el declarante, y consecuentemente ni engendra ni modifica ni extingue la relación jurídica a que se refería⁴⁴. Ello no quiere decir, sin embargo, que un negocio nulo no origine ninguna secuela: ciertamente no puede desplegar los que le son propios y para los que fue creado, pero sí va a tener otros distintos, como pudieran ser⁴⁵, por ejemplo, el originar una responsabilidad por daños y perjuicios⁴⁶, la usucapión extraordinaria, etc.⁴⁷

La declaración de nulidad arrastrará tras de sí una cadena de efectos sobre la realidad jurídica apoyada en el negocio nulo, deteniéndose solamente ante los terceros de buena fe⁴⁸; la mencionada cadena de efectos, que entendemos son los principales de la nulidad negocial, se escalona de la siguiente manera⁴⁹:

Nulidad e impugnabilidad... Cit. Pág. 83 y 84. LASARTE. *Principios de Derecho...* Cit. Tomo III. Pág. 143. SEOANE SPIEGELBERG. Op. Cit. Pág. 350.

⁴⁴ Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. En notas a ENNECCERUS. KIPP WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo I parte 2, vol. 2º. Pág. 743, citando la STS de 30 de noviembre de 1909. De igual modo: ALBADALEJO. *Derecho civil*. Cit. Tomo I, vol. 2º. Pág. 458. ESPÍN CÁNOVAS. *La nulidad en el Derecho...* Cit. Pág. 231. MORENO LUQUE. Op. Cit. Pág. 2629. DE RUGGIERO. *Instituciones de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 312. STOLFI. *Teoría del negocio...* Cit. Pág. 83.

⁴⁵ Indica DE LOS MOZOS (*Nulidad de actos...* Cit. Pág. 619) que estos son efectos secundarios del negocio.

⁴⁶ La naturaleza de estos daños y perjuicios será de naturaleza extracontractual (cfr. LLAMBÍAS. Op. Cit. Pág. 50), aunque se pueden plantear casos concretos en los que tal naturaleza sea, al menos, discutible.

⁴⁷ Ver al respecto: ESPÍN CÁNOVAS. *La nulidad absoluta...* Cit. Págs. 519 y SS.

⁴⁸ Vid. DÍEZ PICAZO. *Eficacia e ineficacia...* Cit. pág. 832. DE LOS MOZOS. *Nulidad de actos...* Cit. Pág. 619.

⁴⁹ Según expone DÍEZ-PICAZO. *Eficacia e ineficacia...* Cit. Págs. 831 y SS.

1º. Se produce una inexigibilidad de las obligaciones derivadas de lo que es nulo cuando aún no han sido ejecutadas⁵⁰.

2º. El efecto ya producido debe ser tomado como irrelevante y no ser tomado en cuenta ni amparado o protegido, a menos que, de buena fe, lo hagan aquellos que desconozcan la nulidad.

3º. El ordenamiento jurídico facilita la desaparición del efecto injusto socialmente producido mediante la restitución de las cosas al estado en que se encontraban anteriormente a la celebración del negocio nulo⁵¹. Será posible que se mantengan, sin embargo, los que han tenido lugar frente a terceros de buena fe⁵², y frente al causante de la nulidad como sanción a su actuación culpable⁵³. La restitución de los frutos, tanto naturales como civiles, gastos y mejoras hechas por el poseedor de la cosa, no será automática, sino que se regirá por la

⁵⁰ Esa inexigibilidad se hará valer judicialmente mediante la vía de la excepción, puesto que ésta es precisamente una defensa de un derecho legítimo (cfr. LLAMBÍAS. Op. Cit. Pág. 41). Por esta razón es por la que en el epígrafe anterior hablábamos de que si bien la acción de nulidad puede discutirse que tenga plazo de prescripción, la excepción de nulidad no puede someterse a él, pues si así fuera crearía una situación de indefensión frente a quien quiere hacer valer un derecho basándose en un acto nulo una vez transcurrido el supuesto plazo de prescripción de esta última.

⁵¹ Según el art. 1303 CC (cfr. LASRTE. *Principios de Derecho...* Cit. Tomo III. Pág. 144) el cual no hay obstáculo para ser aplicado en el ámbito del testamento. La restitución sólo es procedente como efecto de la nulidad previamente declarada, pues raramente la restitución va a ser voluntaria. En caso de no ser posible la devolución se originará un derecho a reparación vía indemnización por daños y perjuicios según lo prevenido en la Ley para cada caso (vid. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. En notas a ENNECCERUS. KIPP WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo I parte 2, vol. 2º. Pág. 746. ALBADALEJO. *El negocio jurídico*. Cit. Pág. 404. DÍEZ-PICAZO. *Eficacia e ineficacia...* Cit. Pág. 832).

En este sentido, MEDINA (*Nulidad de testamento*. Cit. Pág. 324) observa que la nulidad produce efectos hacia el pasado, pues las cosas se deben restituir al estado en que se encontraban antes de la ejecución del testamento nulo, pero también hacia el futuro, pues no podrá tener validez negocial y tendrá otros efectos colaterales.

⁵² Así, véanse el artículo 464 CC y el artículo 34 de la vigente Ley hipotecaria (Cfr. ALBADALEJO. *El negocio jurídico*. Cit. Pág. 404).

⁵³ Como establece el brocardo latino: *propriam turpitudinem allegans non auditur, nemo de improbitate sua consequitur actionem* (cfr. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. En notas a ENNECCERUS. KIPP WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo I parte 2, vol. 2º. Pág. 746 y véase la obra ya citada anteriormente de GUIRAUDET. *Essai sur la maxime nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Dijon, 1913, y la bibliografía allí citada. Además, entre nosotros: CERDA OLMEDO. "*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*". En RDP, 1980). En el caso del testamento se articula este principio a través de la indignidad para suceder (artículo 756.5 CC).

disposiciones que el Código civil tiene dictadas en referencia a la posesión de cosa ajena⁵⁴.

4º. La ineficacia de un negocio pasará a aquellos que dependen de él, produciéndose una ineficacia propagada, arrastrando a los negocios que se han celebrado en base a lo que se estima que es nulo, el cual no ha de ser completo, pudiendo perfectamente hacerse en base a una parte que sea declarada nula⁵⁵.

La declaración de la nulidad, si se refiere al instrumento en conjunto, traerá como consecuencia que se pueda calificar como la principal consecuencia de la nulidad testamentaria⁵⁶: específicamente traerá como consecuencia la validez de la declaración válida anterior, la cual revocó el declarado nulo⁵⁷; si ello no es posible por cualquier motivo, se abrirá entonces la sucesión intestada⁵⁸, según el artículo 912 CC, el cual establece que la sucesión legítima tiene lugar cuando el *de cuius* muere sin o con testamento nulo, o bien que haya perdido vigencia después. Otros efectos de la nulidad en este orden son: que si la nulidad del instrumento que trae como consecuencia la apertura de la sucesión intestada, proviene de uno de los herederos intestados que empleó dolo, fraude o violencia para que éste fuera nulo, perderá su derecho a la herencia según ordena el artículo 674 CC; la responsabilidad por daños y

⁵⁴ Cfr. LLAMBÍAS. Op. Cit. Pág. 46 y 47.

⁵⁵ Lo que a menudo se denomina “nulidad en cadena”. Vid. DÍEZ-PICAZO. *Eficacia e ineficacia...* Cit. Pág. 832 y 833. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA. *La nulidad contractual. Consecuencias*. Valencia, 1995. Págs. 34 y 35. SCOGNAMIGLIO. “Della invalidità successiva dei negozi giuridici”. En *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 1950. Págs. 70 y SS.

⁵⁶ Cfr. RUIZ SERRAMALERA. Op. Cit. Pág. 209. Apunta este autor que otro efecto de la nulidad en esta materia es el de presunción de cosa juzgada, haciendo una excepción a las reglas generales de su relatividad, al ordenar el artículo 1252.2 CC que en cuestiones referentes a “la validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado”, como consecuencia de la característica ya apuntada de ser la acción de nulidad una acción de orden público.

⁵⁷ Artículo 739 CC.

⁵⁸ Vid. ESPÍN CÁNOVAS. *Manual de Derecho...* Cit. Tomo III. Págs. 399 y 400. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 478. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 185. SANTOS BRIZ. *Derecho civil*. Cit. Tomo VI. Pág. 370. CAPILLA RONCERO. *Nulidad e impugnabilidad...* Cit. Pág. 83. SEOANE SPIEGELBERG. Op. Cit. Pág. 350.

perjuicios del notario si se observase malicia, negligencia o ignorancia (artículos 705 y 715 CC)⁵⁹; etc.

La declaración de nulidad del testamento se extiende también a la de la testamentaria que en ella se fundamenta⁶⁰, además de dejar abiertas las acciones de condena que puedan derivar de tal pronunciamiento. Otro efecto, que ya ha sido mencionado con anterioridad, es que uno cerrado puede valer como ológrafo si cumple los requisitos del primero pero no los del segundo (artículo 715 CC); de modo similar, indica SANTOS BRIZ⁶¹, a como ocurre en el caso del cerrado nulo, pues el acta notarial de plica o cubierta puede reputarse como instrumento abierto válido respecto de las disposiciones en ella consignadas.

Pero en nuestro caso son los efectos de la nulidad de alguna cláusula testamentaria los que nos interesan⁶². Evidentemente, cada cláusula es diferente, y diferentes son los efectos que la nulidad de cada una de ellas produce; podemos decir en este sentido que hay tantos efectos de la nulidad parcial como cláusulas testamentarias distintas⁶³. No es que los efectos de la nulidad parcial tengan matices diferentes que los de la total, pues en líneas generales van a compartir los mismos presupuestos, pero la parcial implica la conservación y por ello no se va a abrir ni la sucesión intestada ni va obtener

⁵⁹ Vid. CASTÁN. *Derecho civil...* Cit. Tomo VI, vol. 2º. Pág. 452. OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 478. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 186 SANTOS BRIZ. *Derecho civil.* Cit. Tomo VI. Págs. 370 y 371. Las acciones resarcitorias, sean contra el notario, el registrador o los terceros negociales son acciones independientes de la acción de nulidad, y podrán, por tanto, ejercerse por separado (cfr. MEDINA. *Nulidad de testamento.* Cit. Pág. 330)

⁶⁰ Cfr. SEOANE SPIEGELBERG. Op. Cit. Pág. 351, citando la STS de 28 de enero de 1892.

⁶¹ *Derecho civil.* Cit. Tomo VI. Pág. 370. Véase al respecto la STS de 6 de julio de 1914, citada y brevemente comentada por este autor. En el mismo sentido: OSSORIO MORALES. Op. Cit. Pág. 478. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 186.

⁶² Posibilidad la de que los efectos de la nulidad parcial sean los propios de esta institución que, según ESPÍN (*Comentario al art. 673.* Cit. Pág. 1693), deja claramente abierta el artículo 743 CC.

⁶³ Sería por tanto arriesgado intentar hacer una lista de todas las posibilidades, o al menos de las más generales, que cabría que se planteasen. Piénsese en lo múltiples efectos que pueden derivarse de la nulidad de una institución de heredero (acrecimientos, nuevos llamamientos testamentarios o no, representaciones etc. Puede verse el intento de sistematización que hace de estas consecuencias GANGI. *La successione testamentaria.* Cit. Tomo III. Págs. 214 y 55), de una sustitución (con la diversidad de casos que pueden plantearse), de un legado etc.

validez el instrumento anterior revocado. La nulidad va a desplegar sus efectos dentro del contexto jurídico que establece el testamento impugnado parcialmente, sólo van a tener que adecuarse los efectos que éste despliegue a las nuevas características que va a tener éste sin la parte que se considere nula.

Consecuentemente, en vez de dotar de eficacia al revocado o abrir la sucesión intestada, en los casos de nulidad parcial los efectos se concretarán en la invalidez de la parte que es nula, dejando el resto del negocio sin cambios y dejándolo “mutilado”, que constituye la consecuencia normal en esta materia; o bien en la sustitución de esa parte por lo que la Ley disponga que deba ser la situación legal ajustada al presupuesto creado (sustitución coactiva de la cláusula)⁶⁴. El resultado que se debe obtener, en cualquier caso, con la aplicación de esta doctrina al testamento, es que quede en la situación en que se habría estado si no se hubiese otorgado con la parte no válida⁶⁵, tanto prescindiendo de ella completamente como adecuándola a la situación legal compatible aceptable jurídicamente y que es la que el testador debería haber incluido en el instrumento en vez de la parte nula para que la sucesión sea plenamente eficaz y legal.

⁶⁴ Esta solución substitutiva tiene carácter excepcional (cfr. GÓMEZ MARTINHO- FAERNA. Op. Cit. Pág. 360.

⁶⁵ Cfr. MARÍN PADILLA. Op. Cit. Pág. 129. Consecuentemente, para ARMERO (Op. Cit. Pág. 544), se dará lugar a la aplicación del derecho de representación, de la sustitución, del derecho de acrecer o de la sucesión intestada, según el caso que proceda y que sea más acorde de acuerdo a los principios generales de la sucesión por causa de muerte.

3. La consolidación de los efectos del testamento parcial o totalmente nulo.

La consolidación de los efectos del testamento nulo consiste en aquellos casos en que aún adoleciendo un vicio invalidante de nulidad, despliega los efectos deseados por el causante como si de uno perfectamente válido se tratase. En una primera aproximación, la nulidad es un obstáculo insalvable para la producción de resultados, pues la teoría general tradicional afirma que ésta es definitiva e insalvable y queda fuera de toda posibilidad la denominada “sanación”, sea por confirmación o por el transcurso del tiempo⁶⁶. Sin embargo, ya hemos visto que los negocios nulos pueden producir algunos, que se ha dado en denominar indirectos o secundarios, que son una excepción al principio *quod nullum est, nullum producit effectum* dejándola a salvo para los principales en nuestro caso; de igual manera excepcional, los testamentos nulos pueden llegar a producir los efectos negociales que le son propios en una serie de casos⁶⁷, a pesar de que el Código no recoge la posibilidad de sanación o convalidación de las disposiciones testamentarias⁶⁸; intentaremos más adelante,

⁶⁶ Rigiendo la regla catoniana (D. 50, 17, 29): *quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convallescere non potest*. Vid. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. En notas a ENNECERUS. KIPP. WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo I. Parte 2ª, vol. 2º. Pág. 744. ALBADALEJO. *El negocio jurídico*. Cit. Págs. 406 y 407. CASTÁN. *Derecho civil...* Cit. Tomo VI, vol. 2º. Pág. 452. DE CASTRO. *El negocio jurídico*. Cit. Págs. 478 y SS y la bibliografía allí citada. DE LOS MOZOS. *Nulidad de actos...* Cit. Pág. 617. DE RUGGIERO. *Op. Cit.* Tomo I. Pág. 313. SANTORO-PASSARELLI. *Doctrinas generales...* Cit. Págs. 303 y 304. Para un análisis detallado de las diferentes posibilidades de confirmación de las diferentes disposiciones testamentarias nulas, eso sí, en el ordenamiento italiano de acuerdo con el art. 590 Cci: GABRIELLI. *Op. Cit.* Págs. 1385 y SS.

⁶⁷ El consentimiento de la producción de efectos de los negocios jurídicos nulos es manifestación del principio conservacionista *favor negotii*, una de cuyas consecuencias es la nulidad parcial, pero también lo son también la subsanación mediante mecanismos de convalidación, confirmación o rectificación y la conversión (vid. PALOMEQUE LÓPEZ. *Op. Cit.* Pág. 45. MOSCO. *Principi sulla interpretazione...* Cit. Pág. 134). Como no necesita explicación que no es posible una libre conversión del testamento, nos centraremos en el análisis de la posibilidades de recuperación de este negocio cuando es nulo.

⁶⁸ A diferencia de lo que ocurre con el contrato: artículos 1309 y SS del CC. Aún así, como indica SANTORO PASSARELLI (*Doctrinas generales...* Cit. Pág. 304) la regla de la insubsanabilidad del negocio jurídico no es una regla taxativa, aunque en lógica pura debiera serlo.

a lo largo del presente epígrafe, explicar las bases de por qué tal institución pudiera ser acogida en nuestro ordenamiento⁶⁹.

A. Consolidación por decaimiento de la acción.

El primer caso bajo el que puede considerarse que un testamento nulo o una parte nula de él válido por lo demás, consolide los efectos que ha producido y sea, por tanto inatacable, es el caso de prescripción⁷⁰ de las acciones materiales de condena⁷¹, en el cual desaparece la posibilidad de demandar la ineficacia por faltar el requisito de actualidad del interés para el ejercicio de la acción de nulidad⁷². Es posible también renunciar voluntariamente de manera expresa a esta acción (como por ejemplo, por transacción), con lo que se llega a la misma situación que por prescripción del plazo de ejercicio: se extingue el interés jurídicamente relevante, en este caso a resultas de la renuncia del legitimado activamente a las acciones materiales⁷³. El

⁶⁹ Puede ya adelantarse que no es ajena a nuestro ordenamiento, pues las Partidas sí contemplaban el instituto (Partida VI, Título VIII, Ley VI) al establecer que: “En cualquier manera, que otorgasse, o consentiese el fijo, o el nieto, en el testamento en el que le ouiesse deseredado; así como si le ouiesse dexado manda en el, o a su fijo, o a otro alguno que fuesse en su poder, e la recibiesse; o si el fuesse Abogado, o Personero, en defendiendo el testamento, o alguna de las mandas que fuessen en el escritas; o consintiese en el testamento en alguna otra manera semejante destas, non podra despues querrellarse, para quebrantar el testamento, nin deue ser oido”.

⁷⁰ Claro está, siempre que no se estime la imprescriptibilidad de la acción de nulidad.

⁷¹ Cosa que ocurrirá cuando desaparezca el interés del accionante vistos los requisitos de la legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad, o por su prescripción, dados los detalles y las diferentes opiniones que en la doctrina se manejan, por agotamiento del plazo (véase al respecto la STS de 20 de junio de 1928).

⁷² Cfr. CAPILLA RONCERO. *Nulidad e impugnabilidad...* Cit. Pág. 63. También entiende este autor que se consolidan los efectos de la nulidad testamentaria con el transcurso del plazo que hace efectiva la usucapión o prescripción adquisitiva de los bienes, impidiendo la efectividad de una condena de restitución por mediar nulidad del título (Vid. Op. Cit. en esta nota, pág. 64). Para ello habrán, sin embargo, cumplirse los requisitos del artículo 1940 CC, cosa harto improbable, pues raramente va a ser justo título un testamento que contiene un vicio de nulidad según los dictados del artículo 1953 CC (véanse las SSTS de 26 de enero de 1988 (RJA 146) y 16 de abril de 1990 (RJA 2761), citadas por SEOANE SPIEGELBERG. Op. Cit. Pág. 339).

⁷³ No existen inconvenientes para que tal renuncia sea absolutamente legítima e inatacable jurídicamente, pues el interés protegido en este caso es eminentemente privado y no afecta a la moral ni al orden público ni perjudican a terceros (encontrándose así al amparo del artículo 6.2 CC). Además siendo renunciables la herencia y el legado, carecería de sentido considerar irrenunciables las acciones de Derecho sucesorio (así se puede desprender de la afirmación de VALLET DE GOYTISOLO. *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*. Tomo I. Madrid, 1974. Pág. 915) estimándose que la acción del legitimario preterido es

desestimiento al ejercicio de ésta por uno de los interesados no es obstáculo para que otro interesado que no haya renunciado a ella la ejercite⁷⁴. En la misma línea de negación de acceso al ejercicio de la acción de nulidad, se puede afirmar que no podrán ejercitarla aquellos que expresa o tácitamente hayan reconocido la validez del testamento o de una parte de él⁷⁵, que veremos en el siguiente epígrafe con más detalle. Esta consecuencia puede extraerse en cuanto a los casos de nulidad por alguno de los vicios de la voluntad⁷⁶, pero especialmente respecto de la nulidad por inobservancia de las formalidades en el otorgamiento del instrumento⁷⁷, respecto de las cuales el TS ha sentado el principio general de que en materia de sucesiones, los actos que tácita o expresamente impliquen, por parte del heredero o legatario, el reconocimiento de la voluntad del testador, convalidan cuantos efectos puramente formales hayan podido cometerse en su otorgamiento⁷⁸. La aplicación de la doctrina de

perfectamente renunciable. Véase también: SANTORO-PASSARELLI. "L'accertamento negoziale e la transazione". En RTDPC, 1956. Págs. 1 y SS.

⁷⁴ Cfr. SANTOS BRIZ. *Derecho civil*. Cit. Tomo VI. Pág. 366.

⁷⁵ Ello es consecuencia del principio de que no es posible ir contra los propios actos, y la conclusión es que si primero se ha aceptado el testamento como válido para obtener un provecho a través del ejercicio de un derecho reconocido en tal testamento, el ordenamiento priva al sujeto de la legitimación activa para impugnarlo en un momento posterior (véase al respecto: PUIG BRUTAU. "La doctrina de los actos propios". En *Estudios de Derecho comparado*. Barcelona, 1951. GARCÍA DE ENTERRÍA. "Los actos propios y el recurso de lesividad". En RAP, 1956. DÍEZ-PICAZO. *La doctrina de los propios actos*. Barcelona, 1963). El primero de ellos hace hincapié en demostrar que los denominados "actos concluyentes" no pertenecen a la verdadera doctrina de los actos propios, pues su eficacia se mantiene por razón de haber mediado consentimiento, mientras que cuando un tribunal impide que un litigante vaya contra éstos, deja por completo de lado toda la doctrina de la declaración de voluntad para imponer directamente, a la vista de las circunstancias de los recurrentes, determinada configuración jurídica de que se trate (PUIG BRUTAU. Op. Cit en último lugar. Pág. 126).

⁷⁶ Cfr. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 261.

⁷⁷ Vid. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 261. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Págs. 176 y SS. PUIG PEÑA. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 153, justificándose tal afirmación en el hecho de que la infracción formal no tiene entidad suficiente como para determinar la nulidad del testamento, basándose tal flexibilidad en criterios de equidad siempre teniendo en cuenta las circunstancias especiales de cada caso (véase al respecto la STS de 11 de febrero de 1929) no teniéndose porqué incurrir en contradicciones doctrinales por ello, como indica PUIG BRUTAU (Op. y loc. Cit. en esta misma nota).

⁷⁸ Véanse al respecto las SSTS de 26 de noviembre de 1901, 28 de febrero de 1906, 15 de marzo de 1951 (RJA 997) y 24 de octubre de 1963 (RJA 4157); para una explicación de ellas: SEOANE SPIEGELBERG. Op. Cit. Págs. 341 y SS. Más recientemente en el mismo sentido, la de 28 de julio de 1986.

los propios actos tiene un alcance muy limitado, pues se agota en provocar la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria de la conducta anterior, pero sin provocar alteraciones de carácter sustantivo, con lo que se plantea el problema de coordinar esta limitada eficacia de la aplicación de esta doctrina con la eficacia general de cosa juzgada que tienen las sentencias de validez y nulidad de los testamentos⁷⁹, lo cual sólo es posible, como apunta CAPILLA RONCERO⁸⁰, estimando que la sentencia recaída no resuelve sobre el fondo del asunto y no produce eficacia de cosa juzgada con carácter general, por tanto, frente a cualquier otro legitimado activamente que, con posterioridad, demande la misma nulidad sin haber incurrido en un proceder contradictorio.

B. Convalidación del testamento por los sucesores: la subsanación y la confirmación.

Se ha puesto de relieve que es posible que determinadas disposiciones testamentarias nulas puedan, en algunos casos recobrar su eficacia o conservarla⁸¹. La primera idea, desde un punto de vista de lógica jurídica, que aparece al plantearse el tema de la convalidación del testamento es la pregunta de si cabe la posibilidad de que lo convalide quien lo realizó, pues ésa es la esencia de la convalidación negocial: que sean las partes participantes en el negocio quienes están capacitadas para realizar tal operación. Pero en nuestro ordenamiento solamente es posible que el testador convalide un instrumento que es nulo (sabiéndolo, por cierto, solo él y en quien haya confiado, pues no va a tener relevancia hasta su muerte) tiene mediante la expresión de su voluntad en la forma del otorgamiento de uno nuevo, y ello recibe el nombre de

⁷⁹ Artículo 1252.2 CC. Cfr. DÍEZ-PICAZO. *La doctrina de los propios...* Cit. Págs. 245 y SS.

⁸⁰ *Nulidad e impugnabilidad...* Cit. Pág. 66. Para este autor, realmente todos los casos de confirmación o convalidación son realmente casos de renuncia al ejercicio de la acción de nulidad, argumentadas normalmente sobre la base de un comportamiento incompatible con la legitimación activa para pretender la nulidad. Pero cabría también pensar que no son lo mismo los comportamientos conscientes expresos encaminados a una renuncia a la acción, que los actos que implican una convalidación del testamento tácita pero consciente, que los actos de ejecución de derechos por los que el heredero está inconscientemente privándose por actos propios de poder impugnarlo en un futuro, aunque el resultado sea el mismo: no poder acceder al ejercicio de la acción de nulidad.

⁸¹ Cfr. SANTOS BRIZ. *Derecho civil*. Cit. Tomo VI. Pág. 366.

revocación⁸². Sí cabe, a más abundancia, ciertamente, el caso en el que uno posterior pueda incluso convivir con uno anterior porque el causante así lo quiso, quedando entonces cada uno de ellos sometido a su propio régimen jurídico⁸³. Pero los casos más relevantes son aquellos de convalidación por los sucesores una vez fallecido el disponente. La convalidación, en teoría, sólo podría realizarla quien es autor de la manifestación de voluntad contenida en el negocio jurídico, y ello respecto de actos anulables⁸⁴; ¿cómo un hecho sucesivo, y extraño a la autoría⁸⁵, puede dar valor de acto de la autonomía privada a un acto que el propio autor ha privado de validez al amparo del imperio de la Ley precisamente respecto del sucesor de quien la subsanación proviene y no necesariamente respecto de los demás sucesores⁸⁶? Como el testamento nulo puede convalidarse⁸⁷, la respuesta únicamente podemos encontrarla en

⁸² Artículos 738 y 739 CC. Es por ello por lo que el profesor LACRUZ afirma que es la convalidación en vida es un tema fundamentalmente académico (*Elementos de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 261). JORDANO BAREA (“Teoría general del testamento”. En *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Prof. D. Ignacio Serrano y Serrano*. Tomo I. Pág. 458. Madrid, 1966) da una vuelta de tuerca al exponer el caso de un testamento nulo por intimidación que, una vez cesada la causa de nulidad, el causante decide conservarlo tal y como está por entender que realmente es lo que le parece más adecuado; la solución ofrecida es que sigue siendo nulo, pues la manifestación de voluntad no contenida en él es irrelevante y no hay convalidación por parte del testador. En este sentido, la STS de 11 de junio de 1953 (RJA 1668) (Cfr. SEOANE SPIEGELBERG. Op. Cit. Pág. 350) estima que éste puede ordenar en el nuevo disposiciones análogas o iguales a las existentes en el anterior, pero nunca podrá dar vida a lo que no ha existido legalmente, ni convalidarlo.

⁸³ Vid. DÍEZ-PICAZO. “La pluralidad de testamentos”. En *Estudios de Derecho privado*. Págs. 367 y SS. Madrid, 1980.

⁸⁴ Vid. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. En notas a ENNECCERUS. KIPP. WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo I-2º, vol. 2º. Pág. 744. CASTÁN. *Derecho civil...* Cit. Tomo I, vol. 2º. Págs. 951 y 952. DE LOS MOZOS. *Nulidad de actos...* Cit. Pág. 620. MORENO LUQUE. Op. Cit. Pág. 2629.

⁸⁵ Que produce además una derogación de un principio general como es el *quod nullum est nullum effectum producit* (cfr. FERRARI. *Inesistenza e nullità...* Cit. Pág. 525).

⁸⁶ Cfr. SANTORO-PASSARELLI. *Doctrinas generales...* Cit. Págs. 304 y 305, quien responde que la subsanación debe considerarse consentida únicamente para los casos de nulidad del negocio derivados de su imperfección y no para los casos de ilicitud de éste (vid. STOLFI. “Sull’inammissibilità della convalida del testamento falso”. En *Giurisprudenza completa della Cassazione civile*, 1946. Págs.396 y SS. ARIENZO. “In tema di conferma ed esecuzione di disposizioni testamentarie nulle”. En *Giustizia civile*, 1958. Págs. 720 y SS. AURICCHIO. “La conferma del testamento nullo e la sua forma”. En *FI*, 1956. Págs. 120 y SS).

⁸⁷ Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. En notas a ENNECCERUS. KIPP. WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo I-2º, vol. 2º. Pág. 744, para quienes esto es así por una singular excepción admitida jurisprudencialmente en las SSTs de 26 de noviembre de 1901, 29 de febrero de 1906 y 28 de febrero de 1908, a pesar de que la subsanación de los negocios se reserva para aquellos que adolecen un vicio que los convierte en anulables. Pero debemos entender que la excesiva rigidez en

considerar la convalidación como una mera renuncia a la acción para hacer valer la nulidad a través de la acción de la acción correspondiente⁸⁸, tal y como entiende la mayoría de la doctrina⁸⁹, no integrándose así por “curación de su enfermedad” (siendo ésta la nulidad)⁹⁰, borrándose los efectos que provoca y no la nulidad en sí⁹¹, sin afectar así a la estructura interna del instrumento, sólo a su materialización exterior.

cuanto a las categorías de la invalidez no tiene, al menos en este caso, excesivo sentido, y debe entenderse superada actualmente, sobre todo si tenemos en cuenta que la realidad nos ofrece casos en los que la nulidad de pleno derecho se sana o es convalidada, tanto para el testamento como para otros negocios jurídicos (vid. por ejemplo, respecto del contrato, el artículo 1259.2 CC). De igual modo que los anteriores se expresan: ALBADALEJO. *El negocio jurídico*. Cit. Pág. 418 y DE LOS MOZOS. *Nulidad de actos...* Cit. Pág. 620. La subsanación en el ámbito que nos ocupa la admiten algunos autores únicamente en relación a la nulidad por vicios de forma (DE RUGGIERO. Op. Cit. Tomo I. Pág. 313. DE SIMONE. *La sanatoria del negozio giuridico nullo*. Pág. 171. Nápoles, 1946) o por vicios de la voluntad para aquellos autores que aceptan la dualidad nulidad- anulabilidad en él (vid. *supra* capítulo segundo, epígrafe 6º, apartado A) y no para cualquier otro caso de nulidad, contando tal posición con el apoyo de la jurisprudencia (SSTS de 26 de noviembre de 1901, 28 de febrero de 1908 y 14 de junio de 1963 (RJA 3059)). Pero otros no excluyen ninguna posibilidad en este sentido, independientemente de la causa de nulidad que lo provoca, de la posibilidad de ser convalidado por los herederos, evaporando la esencia de la distinción entre nulidad y anulabilidad en él (vid. SERRANO ALONSO. *La confirmación de los negocios jurídicos*. Madrid, 1976. Pág. 89. CAPILLA RONCERO. *Nulidad e impugnabilidad...* Cit. Pág. 77).

⁸⁸ No comparte esta opinión SERRANO ALONSO (*La confirmación de los negocios...* Cit. Págs. 67, 86 y SS y 116 y SS. También, respecto de la convalidación, a través de la confirmación, véase: GULLÓN BALLESTEROS. “La confirmación”. En ADC, 1960. Págs. 1205 y SS) para quien, refiriéndose al testamento y siguiendo las tesis de GIACOBBE (voz “Convalida”. En ED, tomo X. Pág. 483), por medio de la confirmación el acto deviene perfecto y válido como si jamás hubiese estado afectado por un vicio que originase su nulidad, lo cual tiene un mayor fundamento respecto de los contratos según los artículos 1309 y 1313 CC, pero dudoso respecto de aquél. Para quienes entienden que la sanación del primero tiene su origen en la confirmación, no pueden éstos, sin embargo, ser confirmados cuando son nulos por falta de capacidad, como el ológrafo hecho por el menor de dieciocho años (cfr. SERRANO ALONSO. Op. Cit en esta misma nota. Pág. 90).

⁸⁹ Entre otros: ALBADALEJO. *El negocio jurídico*. Cit. Pág. 417. CASTÁN. *Derecho civil...* Cit. Tomo VI, vol. 2º. Pág. 452. DE LOS MOZOS. *Nulidad de actos...* Cit. Pág. 620. CLAVERÍA GOSÁLBEZ. “La “sanatoria excepcional” de disposiciones testamentarias en el Derecho español”. En RDP, 1977. Pág. 627. VALLET DE GOYTISOLO. *Panorama de Derecho...* Cit. Tomo II. Págs. 197 y SS. MEDINA. *Nulidad de testamento*. Cit. Págs. 173 y 176. DE RUGGIERO. Op. Cit. Tomo I. Pág. 313. PASETTI. *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*. Padova, 1953. Págs. 57 y SS. FILANTI. Op. Cit. Págs. 250 y SS. Objeta CAPILLA RONCERO (*Nulidad e impugnabilidad...* Cit. Pág. 79) que esta explicación es aceptable, pero “escasa”, y que difícilmente sirve para justificar la pretensión de que se sigan cumpliendo la reglas contenidas en el testamento, debiendo comportar la convalidación no sólo un contenido negativo de renuncia a la acción, sino también uno positivo de seguir cumpliendo los mandatos contenidos en el instrumento.

⁹⁰ En contra FINZI (*Studi sulla nullità...* Cit. Pág. 72) para quien sí se produce una integración del negocio incompleto.

⁹¹ Ello se produce a consecuencia de la declaración unilateral de voluntad de cada uno de los interesados en la sucesión renunciando a la acción (Cfr. CLAVERÍA. Op. Cit. Pág. 641, quien añade que ello es posible gracias a que la nulidad del testamento se trata de una de carácter privado, a pesar de ser al mismo tiempo absoluta, pues lo que se trata con ella es de salvaguardar intereses de

Así formulada, es posible poder acoger la convalidación de los testamentos nulos por razones prácticas, apartándose de la pura lógica, que la rechaza en aras de la conservación negocial vía *favor negoti* y *favor testamenti*. Al tener ésta carácter anómalo y excepcional, no se establecen reglas respecto a su alcance y supuestos⁹², no existiendo para ella cobertura normativa en nuestro Código civil⁹³, aunque sí podemos encontrar referencias a ella en los precedentes del CC⁹⁴ y en otros Códigos europeos⁹⁵, desapareciendo en la redacción definitiva de este último por el influjo que el Anteproyecto belga de

los particulares) y no declarando que desean que sea eliminada la nulidad que afecta al instrumento, lo cual es imposible desde el punto de vista jurídico.

⁹² Vid. DE CASTRO. *El negocio jurídico*. Cit. Pág. 485. DE LOS MOZOS. *Nulidad de actos*. Cit. Pág. 621.

⁹³ Aunque la jurisprudencia generalmente sí la admitido al pronunciarse sobre ella. Vid las SSTs de 15 de marzo de 1951 (RJA 997), 20 de octubre de 1962 (RJA 3980) y 14 de junio de 1963 (RJA 3059), citadas y comentadas por CLAVERÍA. Op. Cit. Págs. 631 y SS; y las Resoluciones de la DGRN ya citadas de 26 de septiembre de 1904, 10 de diciembre de 1913 y 29 de enero de 1931.

⁹⁴ Así, el proyecto de 1851 recogía en su artículo 1187 párrafo 3º, decía que “La ratificación o cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma o solemnidad, en cualquier tiempo que se haga, extinguen la acción de nulidad”, con lo que su aplicación al menos a la nulidad por defectos formales del testamento está garantizada, y, al no haber llegado nunca a entrar en vigor, no es posible saber si esa aplicación podría haberse extendido a nulidades causadas por otros motivos. Vid. CLAVERÍA. Op. Cit. Pág. 627. CAPILLA RONCERO. *Nulidad e impugnabilidad...* Cit. Pág. 74.

⁹⁵ Así, el Code en su artículo 1340, establece que la confirmación, ratificación o ejecución voluntaria de una donación por los herederos o los causahabientes del donante, después de su muerte, lleva consigo su renuncia bien a oponer los vicios de forma o cualquier otra excepción (vid. BAUDRY-LACANTINERIE. *Traité theorique et pratique de droit civil*. Tomo III. Pág. 352. París, 1908); se convierte la nulidad en anulabilidad por el hecho de la muerte del causante, haciendo así posible la confirmación a la que alude el mencionado artículo (cfr. CLAVERÍA. Op. Cit. Pág. 640). El Cci tiene dos normas relativas a la subsanación de las disposiciones testamentarias y las donaciones nulas, el artículo 590 y el artículo 799, siendo excepciones a la norma general, establecida en el artículo 1423, el cual prohíbe la convalidación en general de los negocios jurídicos, limitándola a los casos en que la ley expresamente las permite (vid. BIGLIAZZI GERI. “Il testamento”. En *Trattato di diritto...* Cit. Pág. 178. Véase también al respecto: BLANDINI. “Nullità del testamento e conferma ex art. 590”. En *Diritto e Giurisprudenza*, 1964. Para FERRARI. *Inesistenza e nullità...* Cit. Pág. 525, la introducción de estos dos artículos en el Cci de 1942 ha traído no pocos problemas de sistematización a la doctrina de aquél país, lo cual se ha traducido en numerosos artículos sobre ellos, como: FILANTI. Op. Cit. Págs. 235 y SS. GABRIELLI. “L’oggetto della conferma ex articolo 590”. En *RTDPC*, 1964, de especial interés respecto del trato específico diferenciado que hace de la subsanación de los testamentos según la causa que provoca su nulidad). El vigente Código civil portugués contiene otras dos, los artículos 968 y 2309 (véase en general al respecto: ALARCÃO. *A confirmação dos negócios anuláveis*. Coimbra, 1971). Para una exposición más amplia de la posición de estos Códigos véase CLAVERÍA. Op. Cit. Págs. 634 y SS. En cambio, el BGB no contiene ninguna referencia, ni admitiendo ni excluyendo la figura que tratamos.

LAURENT⁹⁶ imprimió a la redacción del Anteproyecto del que a posteriori se convirtió en nuestro Código civil⁹⁷. La introducción del régimen de la subsanación y confirmación de los testamentos nulos de pleno derecho, supone un distanciamiento del régimen establecido para los negocios *inter vivos*, donde éstas no encuentran campo de operación fuera de los casos anulabilidad⁹⁸.

En definitiva, lo que nos va llevar a la consolidación de los efectos del testamento nulo es, ciertamente, la manifestación de voluntad de los interesados en la sucesión de que la voluntad del causante sea llevada efecto a pesar de que la Ley prive de efectos a tal voluntad, independientemente de la vía, nombre o explicación técnica que le queramos dar a esa manifestación de voluntad. Al ser una pluralidad de sucesores quienes deciden, independientemente que sea de acuerdo o por separado, respetar como válido un testamento que adolece un vicio de nulidad absoluta, aplicando el contenido de éste, estiman algunos autores⁹⁹, que su contenido goza de validez, no ya por su propia esencia, sino en virtud de un vínculo contractual entre los interesados.

La convalidación parcial del testamento puede, a nuestro juicio ser vista desde dos puntos de vista. El primero es que ésta se produzca sólo por algunos de los interesados y otros de éstos no la lleven a cabo; lo cual se producirá normalmente sin conexión entre los primeros y los segundos, pero tampoco va a ser imprescindible entre los primeros mismos pues la obligación de ejecutar la

⁹⁶ Quien justifica tal medida en que un testamento nulo, al menos aquellos que lo son por defecto de forma, no expresa realmente la voluntad del testador (*Principes de droit civil*. Tomo XIII. Pág. 521. Bruselas, 1878).

⁹⁷ Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. "El anteproyecto de Código civil español (1882-1888)". En *Centenario de la Ley del Notariado*. Vol. I. Madrid, 1965. Págs. 414 y SS.

⁹⁸ Cfr. GULLÓN BALLESTEROS. *La confirmación*. Cit. Pág. 1198. Se sigue así en el campo sucesorio la opinión que ya expuso ROCCO ("La convalidazione dei negozi giuridici e l'art. 137 c de c. Nota alla sentenza del Trib. Di Torino del 15 giugno 1909". En *Rivista di diritto commerciale*, 1910. Págs. 178 y SS) de que la convalidación es una figura aplicable tanto a los negocios nulos como a los anulables sin distinguir entre las diferentes categorías de invalidez negocial.

⁹⁹ Entre ellos podemos nombrar, por ejemplo: PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Cit. Tomo V, vol. 2º. Pág. 181. CAPILLA RONCERO. *Nulidad e impugnabilidad...* Cit. Pág. 81. Para tal afirmación se apoya éste último en los dictados de los artículos 1058, 1062 y 1081 en sede de partición de herencia y las SSTIS de 1 de mayo de 1930 y 7 de noviembre de 1935.

disposición convalidada puede ser asumida por cada uno de los interesados individualmente¹⁰⁰. Ello es así aún bajo la premisa de que si alguno de los interesados insta la acción de nulidad, como afirma CAPILLA RONCERO¹⁰¹, la declaración judicial de validez o nulidad del testamento será efectiva para todos los interesados, pero quienes han decidido convalidar deberán cumplir con el compromiso adquirido frente a otros convalidantes o terceros, siendo responsables por daño y perjuicios en al caso de hacerse imposible el cumplimiento de los compromisos adquiridos por razón del referido pronunciamiento judicial. Por ello se puede afirmar que la subsanación sólo se produce cuando todos los interesados deciden que se consoliden sus efectos, pero ello es obstáculo para que individualmente alguno, o algunos, interesados sean libres para convalidar éste dentro de su propia esfera jurídica, a través de la renuncia al ejercicio a la acción de impugnación.

El otro punto de vista desde el que se puede ver la convalidación parcial del testamento es el de aplicar todo lo expuesto con anterioridad, no al documento en su integridad, sino sólo a una parte de él, con el resultado de convalidar únicamente una parte del testamento, quedando nulo el resto, con el beneplácito de todos los interesados o de algunos, a lo cual habría que aplicar lo visto en el párrafo anterior. En este caso, la aceptación de la teoría de que la convalidación corresponde a una renuncia al ejercicio de la acción de nulidad es menos insuficiente, pues sólo se desiste de impugnar una disposición o cláusula, quedando el resto del testamento válido y plenamente aplicable.

¹⁰⁰ No contempla esta posibilidad CLAVERÍA (Op. Cit. Pág. 645) siguiendo a DE SIMONE (Op. Cit. Pág. 194) pues entiende que al hallarse legitimados para invocar la nulidad todos los interesados, jamás va a ser posible saber si intervinieron en el acto convalidante todos y cada uno de los que pueden solicitar la declaración de nulidad, dado que es imposible saber cuántos y cuáles son los interesados en la declaración judicial de invalidez. Sin embargo, una buena parte de la doctrina sí la admite (GULLÓN BALLESTEROS. *La confirmación*. Cit. Pág. 1209. CAPILLA RONCERO. *Nulidad e impugnabilidad...* Cit. Pág. 83. PASETTI. Op. Cit. Pág. 177) pues entienden que no es necesario el concurso de todos los interesados, como afirman CLAVERIA y DE SIMONE, ya que la conversión puede perfectamente limitarse objetivamente sólo a los sujetos confirmantes y ser válida únicamente para ellos.

¹⁰¹ *Nulidad e impugnanbilidad...* Cit. Pág. 83. Es la misma posición que decide adoptar BIGLIAZZI GERI. ("Il testamento". En *Trattato di diritto...* Cit. Págs. 187 y 188) y que trae las consecuencias propias de la nulidad declarada, principalmente el quedar sin afecto el testamento impugnado.

Finalmente, en esta materia no cabe hablar de conversión del testamento en relación a la consolidación de efectos de uno nulo por la manifestación de los interesados en la sucesión de que de esta forma quede hecho¹⁰², pues es incompatible con los presupuestos de aquélla, principalmente con el primordial, y que constituye la base de la definición de la categoría¹⁰³, consistente en la creación de un nuevo negocio que sustituya al antiguo nulo, con una causa y estructura nuevas. Aquí no se crea ningún negocio nuevo, pues el testamento es el mismo¹⁰⁴, y ello no es posible ante el hecho de que el testador ha ya fallecido en el momento en que la subsanación por los interesados puede tener lugar.

No se debe confundir, sin embargo, lo expuesto con el supuesto contemplado en el artículo 715 CC, que para algunos sí supondría un supuesto de conversión en este ámbito¹⁰⁵, pues se trata, como la describen PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER¹⁰⁶, de una meramente formal por proceder de imperfecciones formales. Para ALBADALEJO¹⁰⁷ el supuesto contemplado en el artículo 715 no debe siquiera ser considerado como una conversión negocial, pues no lo es realmente, ya que el testamento es el mismo, no es uno nuevo ni diferente, sino exactamente el mismo, que en vez de tener valor como cerrado la tiene como ológrafo, esto es, es solo una modalidad diferente de exactamente el mismo negocio a efectos de que no se pierda la última voluntad del causante.

¹⁰² Ello lo propone CHIRONI (“L’inesistenza del negozio giuridico e la impossibilità di sanarla”. En *Rivista di diritto commerciale*, 1911), basándose en que la ratificación de la voluntad testamentaria nula hace que la del testador carezca de relevancia, como si no estuviera afectada del vicio que la invalida.

¹⁰³ Vid. ALBADALEJO. *Derecho civil*. Cit. Tomo I, vol. 2º. Págs. 466 y SS. DE RUGGIERO. Op. Cit. Tomo I. Pág. 314.

¹⁰⁴ Cfr. MACCHIA. “La conferma dei negozi giuridici”. En *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1929. Pág. 442.

¹⁰⁵ Vid. ALBADALEJO. *Derecho civil*. Cit. Tomo I, vol. 2º. Págs. 469. DE LOS MOZOS. *Nulidad de actos...* Cit. Pág. 621.

¹⁰⁶ En notas a ENNECCERUS. KIPP. WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo I-2º, vol. 2º. Pág. 747. Del mismo modo: ALBADALEJO. *Comentarios al Código...* Cit. Tomo IX, vol. 2º. Madrid, 1983. Pág. 105. TORRES. Op. Cit. Pág. 454.

¹⁰⁷ Op. y loc. Cit. en nota anterior.

CAPÍTULO SÉPTIMO

El negocio jurídico testamentario en la doctrina
jurisprudencial

1. Nulidad parcial testamentaria y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo acerca de la nulidad parcial en el ámbito sucesorio han sido muy escasos ya desde su fundación, especialmente si nos cernimos a la del testamento, lo que conlleva que no haya argumentos abrumadores para afirmar que existe una línea jurisprudencial clara y concisa acerca de ella, mientras que no ocurre lo mismo con la del contrato, pues sobre ella sí ha habido una cierta profusión de sentencias, en especial sobre algunos aspectos concretos de aplicación, como por ejemplo la nulidad parcial del contrato de compraventa de viviendas de protección oficial, en lo concerniente a su precio, cuando éste rebasa los límites máximos reglamentariamente establecidos¹. El fundamento de tal parquedad de sentencias no se encuentra, desde luego, en que la nulidad parcial del testamento carezca de relevancia jurídica suficiente², pues ésta debería estar fuera de toda duda, desde el momento en que es un eficiente instrumento para que, con su aplicación preferente sobre la nulidad total de manera apriorística, la última voluntad del testador no caiga en desgracia cuando se pudiera llegar a estimar nulo completamente su testamento, cuando lo que es inválido verdaderamente en una parte separable de él, y que así no se deba recurrir a abrir la sucesión intestada o recupere su validez un testamento anterior, cuyo contenido no refleja ya verdaderamente esa última voluntad. Realmente la nulidad parcial, y en particular la del testamento, al amparo del artículo 743 CC, no encuentra obstáculo en ninguna norma para que pueda ser abrazada, lo cual

¹ Vid. para un listado bastante completo de SSTs en el ámbito contractual y más concretamente en el aspecto mencionado: GÓMEZ DE LA ESCALERA. Op. Cit. Págs. 123 y SS. El mismo autor ofrece en la obra citada (Págs. 113 y SS) un listado de los diferentes casos concretos de nulidad parcial contractual en relación a tipo de cláusula nula que ha encontrado en nuestra jurisprudencia de la última mitad de siglo.

² Ello lo debemos buscar en que los tasados motivos de admisión del recurso de casación y la cuantía mínima para interponerlo, o quizá en la posibilidad de que el desconocimiento o poco interés acerca de la conservación de una parte del testamento hayan entrado en juego.

efectivamente ha hecho nuestro Tribunal Supremo en repetidas ocasiones como veremos.

De igual modo que la admisión de la nulidad parcial no encuentra obstáculo en ninguna norma, tampoco encuentra reconocimiento general expreso por parte del Código, fuera del posicionamiento que respecto de las disposiciones testamentarias toma el artículo 743 CC. Las declaraciones jurisprudenciales a favor de su aplicación en nuestro ordenamiento han de verificarse, por tanto, en cuanto a la integración de un instituto jurídico que puede considerarse que tiene, y debe tener, un hueco entre los que nuestro sistema privatístico ha de acoger, en base a la licitud de sus presupuestos y premisas. Supone además una herramienta que permite una legítima y adecuada adaptación de la voluntad del causante a las circunstancias adversas a su cristalización en la realidad y que se encuentra dentro de los límites que a la autonomía negocial impone jurídico para que la última voluntad del causante (la más genuina y verdadera) no se pierda más que en lo estrictamente preciso por la aparición de una causa de nulidad del testamento en el que ella aparece reflejada, lo cual es una necesidad realmente digna y de necesaria protección por nuestro sistema legal, de acuerdo con las exigencias básicas propias de la equidad y la justicia.

Ya que la jurisprudencia no se limita a conocer un Derecho totalmente formado, sino que contribuye a la propia formación del mismo³, no está de más una breve revisión de la creación judicial entorno a la figura de la nulidad parcial aplicada al testamento para acercarnos a un mejor entendimiento de las cuestiones que en su desarrollo jurídico se puedan suscitar, lo cual puede que sea de ayuda a quienes deseen profundizar en alguno de los aspectos que respecto de esta figura se ha desde aquí deseado dejar apuntados. Los problemas de calificación dentro de nuestro ámbito de estudio son también problemas de interpretación para cada supuesto, por lo que pretendemos hallar ese conjunto de reglas jurisprudenciales que nos permitan, una vez halladas,

³ Cfr. DE LOS MOZOS. *Derecho civil español*. Tomo I, vol. 1º. Págs. 605 y SS. Salamanca, 1977.

integrarlos dentro de modelos a seguir para una correcta interpretación y calificación de cuantos en la realidad jurídica sean susceptibles de presentarse.

Debido al valor de la jurisprudencia en nuestro sistema privado, que quedó modificado por Decreto de 31 de mayo de 1974 de reforma el título preliminar del Código civil, según el artículo 1.6 CC: “complementará al ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”; no es, por tanto en principio, fuente de derecho y además no vincula las decisiones de los tribunales de acuerdo con la actual redacción del artículo⁴. De lo que no cabe duda es de que han de estimarse las decisiones judiciales como un aspecto de la realidad jurídica, jugando un papel activo en su configuración y en el proceso de la realización del Derecho⁵. Para llegar al conocimiento de ésta es para lo que la jurisprudencia es herramienta imprescindible en el actual sistema privatístico español. Por todo ello podemos concluir que la aplicación de la nulidad parcial del testamento no es preceptiva para los tribunales de instancia y sala, porque no aparece en ninguna norma del Código que deba ser así; lo único que significa que la jurisprudencia la haya reconocido como existente para nuestro ordenamiento, es que ha abierto la posibilidad de que los litigantes la puedan alegar en la controversia y el juez deba considerar su procedencia como una posibilidad ajustada a la legalidad⁶.

⁴ Vid. CASTÁN. *Derecho civil...* Tomo I, vol. 1º. Madrid, 1991. Págs. 520 y SS. DE CASTRO. *Derecho civil de España*. Tomo I. Madrid, 1949. Págs. 506 y SS. ALBADALEJO. *Derecho civil*. Tomo I, vol. 1º. Pág. 140. DÍEZ-PICAZO. GULLÓN. *Sistema de Derecho...* Cit. Tomo I. Pág. 179. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. tomo I, vol. 1º. Págs 179 y SS. PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho...* Tomo Preliminar. Madrid, 1989. Pág. 245. RODRÍGUEZ DEL BARCO. “La jurisprudencia como fuente jurídica en el nuevo Título preliminar el Código civil”. En RDP, 1975. Pág. 1000. GETE-ALONSO. *Manual de Derecho civil*. Tomo I. Madrid, 1995. Págs. 65 y 66. La cuestión del valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho es una cuestión muy debatida, con amplitud de argumentos tanto a favor como en contra. Para un resumen de la posiciones en nuestra doctrina ver: PUIG BRUTAU. Op. Cit. en esta misma nota. Págs. 249 y SS. De lo que no cabe duda, por otro lado, es de que, en el caso de no serlo, se le aproxima bastante, y sin duda tiene la función de complementar e integrar el ordenamiento jurídico patrio sobre la aplicación de las fuentes reconocidas.

⁵ LALAGUNA. “Valor de la jurisprudencia en la elaboración científica del Derecho”. En RCDI, 1968. Pág. 1228 y 1230.

⁶ Es la “alguna especie de fuerza vinculante” que algunos autores atribuyen a la jurisprudencia (DE LA VEGA BENAYAS. *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código civil*.

Para que haya doctrina jurisprudencial, finalmente, debe haber al menos dos sentencias de la Sala correspondiente que se hayan pronunciado en el mismo sentido y siempre en cuanto al fondo del asunto⁷ (no valiendo como tal doctrina los pronunciamientos hechos de modo incidental⁸) lo cual en pocas ocasiones ha ocurrido en cuanto a la nulidad parcial del testamento principalmente a causa de las pocas oportunidades de manifestarse en esta parcela jurídica de la que nos ocupamos en el presente trabajo.

Madrid, 1976. Pág. 83) deriva de la exposición de motivos del mencionado Decreto 1836/74 que atribuye a la Jurisprudencia “cierta trascendencia normativa” pero que en la realidad es más apropiado hablar de ella en el sentido de orientación que de vinculación. Como indica el profesor LALAGUNA (Op. Cit. Pág. 1233) la importancia de la función creadora de la jurisprudencia no reside en un, pretendido por algunos, valor jurídico vinculante de fuerza análoga al de las restantes fuentes jurídicas, sino que estriba en el juicio de valor singular que introduce en la realidad jurídica, estableciendo un vínculo entre la norma general y el caso particular enjuiciado integrándolas en un conocimiento generalizado.

⁷ Vid al respecto la diferenciación entre la jurisprudencia reiterada y el mero precedente judicial que deja clara PUIG BRUTAU (“Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del TS”. En Revista jurídica de Cataluña, 1953. Págs. 48 y SS).

⁸ Artículo 359 LEC.

2. Criterios jurisprudenciales.

A continuación examinaremos una serie de Sentencias de nuestro Tribunal Supremo, como después haremos lo propio con Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado⁹, en las que aparece la nulidad parcial, en general primero como categoría jurídica aceptada por nuestro ordenamiento, y en particular después en referencia directa al testamento. En ellas se deja ver, en primer lugar, su existencia, dejando ver cuáles han de ser, en segundo lugar, sus requisitos de aplicabilidad, eficacia y sus efectos jurídicos.

A. Fundamento de la categoría de la nulidad parcial.

El Tribunal Supremo, al decidir entre la objetividad o subjetividad del juicio de nulidad parcial, parece haberse decantado a favor de que la aceptación de las hipótesis de esta figura habrán de basarse más en la voluntad de las partes¹⁰, real o hipotética (esta última será la más normal en el caso del testamento), de que el negocio que adolece la nulidad de una de sus partes se mantenga con vida, más que en el imperativo legal general de que ello suceda. Así la sentencia de 4 de marzo de 1975 (RJA 980):

“... la cuestión de si la nulidad de una parte determina la nulidad de todo el negocio, por tener que apreciarse que si los intervinientes no lo habrían realizado sin la parte nula, envuelve, a falta de una previsión concreta de la ley, un problema de interpretación de tal negocio...”

Por su parte la sentencia de 10 de octubre de 1977 (RJA 3895), se expresa en términos muy similares al decir que:

“... A falta de una norma jurídica general sobre la materia ha de estarse para solucionar el problema a la disposición legal concreta (...) teniéndose presente para ello, además del criterio tradicional que distingue entre negocios

⁹ Que si bien en rigor no son jurisprudencia por no emanar de un órgano jurisdiccional propiamente dicho y no crear doctrina legal, el propio TS les otorga una reconocida autoridad y no las trata como simple doctrina científica (Vid. LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho...* Cit. Tomo I, vol. 1º. Pág. 184).

¹⁰ Cfr. DE LA ESCALERA. Op. Cit. Pág. 107.

de contenido unitario (indivisible) y plural (divisible), que el factor decisivo para apreciar la invalidez parcial o la invalidez total se halla constituido por la voluntad presumible, conjetural o hipotética del autor o autores del negocio...”

También en este mismo sentido se expresa la sentencia de 17 de octubre de 1987 (RJA 7293), cuando al clasificar los actos contrarios a la ley, cita la nulidad parcial, estimando que tiene lugar:

“... sólo algún pacto resulte contrario a la ley, y siempre que conste además que se habría concertado aún sin la parte nula”

B. Admisión de la categoría de la nulidad parcial en nuestro ordenamiento jurídico.

El Tribunal Supremo ha declarado en multitud de ocasiones que la nulidad parcial es una tesis admisible dentro de nuestro ordenamiento jurídico; de hecho son multitud las sentencias que aplican tal doctrina en diversos aspectos civiles, especialmente negocios jurídicos contractuales, aunque también de Derecho sucesorio. Así la Sentencia de 21 de febrero de 1984 (RJA 770) establece:

“... el fallo a que se alude no acuerda ni decreta la nulidad total del convenio de partición, sino únicamente aquellos extremos que directa o indirectamente se refieren al contenido de la cláusula manipulada y sustituida por la venta que la sentencia declara nula por simulación absoluta, lo cual significa la conservación del resto y sus pertinentes adjudicaciones y, naturalmente, la permanencia en el haber patrimonial del heredero D. Pedro de su proporción indivisa en la casa -como ganancial- y del corral o corrales (privativos), con lo que se quiere decir que la titularidad de la ahora heredera de don Pedro no aparece eliminada ni desvirtuada, sino patente y probada mediante el testamento de su hermano y la partición, por éste y su sobrina suscrita, en cuanto al resto válido y eficaz, de acuerdo ello con la ya reiterada doctrina de esta Sala -SS. de 11 noviembre 1955, 27 mayo 1958, 7 junio 1960 y 24 noviembre 1983 -de la posibilidad y compatibilidad en un mismo acto o negocio jurídico de pactos válidos y pactos nulos, sin que la nulidad parcial trascienda

por fuerza a la totalidad del negocio según la naturaleza del mismo y buena fe; lo cual, en definitiva, lleva a la desestimación del motivo con la consecuencia de estar forzosamente a los hechos probados y conclusión de la sentencia recurrida tocante a la legitimación para reivindicar de la actora heredera en cuanto titular de los bienes por herencia, ya que ni en este motivo, ni en los restantes se destruye aquella fijación de hechos y conclusión jurídica operadas al amparo del art. 348 del C. Civ., del cual no se acusa la infracción, ni se contradice el que los tan repetidos bienes pertenecieran a la herencia o patrimonio del testador don Pedro transmitidos a la actora hoy recurrida.”

Pues como afirma la sentencia de 30 de marzo de 1950 (RJA 573), confirmada en los mismos términos por las de 24 de noviembre de 1983 (RJA 6498) y 11 de marzo de 1985 (RJA 1133):

“... hoy está admitido doctrinal y jurisprudencialmente la posibilidad y compatibilidad de la concurrencia en un mismo acto jurídico de pactos válidos y pactos nulos sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio.”

La lista de sentencias que a resultas de la hipótesis de aplicabilidad de la nulidad parcial ha expuesto reiteradamente el Tribunal Supremo sería demasiado extensa para ser pormenorizada. Así se expresan entre otras la citada sentencia de 30 de marzo de 1950 (RJA 573):

“... es perfectamente posible la concurrencia en un mismo acto o negocio jurídico de pactos válidos y pactos nulos, sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio, como se comprueba en múltiples pasajes de nuestro Derecho, tales como los previstos en los artículos 400, 515, 641, 781 y 814, entre otros del Código civil, y esta característica se da con caracteres muy acusados en el convenio de (...) pues en él hay un acuerdo definitivo para dirimir entre los propios interesados las diferencias surgidas con todos con todos los requisitos necesarios para dar nacimiento al vínculo contractual de la transacción el la que se ha insertado un pacto sobre ejecución del acuerdo transaccional y forma o procedimiento de resolver posibles divergencias, y si la intención de los contratantes ha sido ejecutar lo acordado y dirimir diferencias ya surgidas

mediante una comisión que actuara a petición de cualquiera de las empresas recurrentes, sin ninguna otra formalidad, como expresa la cláusula quinta del convenio, el pacto sería nulo por incumplir el requisito esencial *ad solemnitatem* del otorgamiento de escritura pública exigible en todo contrato de compromiso por el artículo 1821 de Cc en relación con el 792 y concordantes de la Ley procesal, no obstante alguna desviación de la jurisprudencia tendente a dar validez al pacto de arbitraje pericial sin necesidad de formalidades rituarias, pues esta tendencia jurisprudencial ni es uniforme, ni va de acuerdo con las citadas normas legales a las que es preciso atenerse mientras no sean modificadas, y si el pacto tendió también a que la comisión dirimiese diferencias futuras que pudiesen suscitarse entre los contratantes como prevé la cláusula sexta del convenio, el pacto revestirá caracteres de cláusula compromisoria que siendo válida en su origen sin requisitos de forma, ha devenido totalmente ineficaz por renuncia o desistimiento tácito de los interesados, medio extintivo del compromiso según el artículo 800 de la LEC y medio extintivo también del mero pacto sumisorio, según lo estipulado en el convenio adicional de...”

También la sentencia de 1 de abril de 1965 (RJA 2111) establece la nulidad parcial de un negocio jurídico:

“... el tribunal *a quo* lleva a cabo en relación con la impugnación que de la misma se plantea en el escrito inicial de la litis se resuelve en la sentencia que se recurre declarando radicalmente nulos los apartados b y c de aquella condición establecida, así mismo la ilegalidad de los incrementos de renta operados en el expresado contrato en virtud de lo dispuesto en los mencionados apartados, y es todo esto lo que motiva precisamente lo que motiva al formalización del presente recurso de injusticia notoria (...) hace inviable el motivo primero y en consecuencia al segundo...”

La también ya citada sentencia de 17 de octubre de 1987 (RJA 7293) estima de igual modo la nulidad parcial negocial:

“La aplicación de la recordada doctrina (la nulidad parcial), que procede reiterar, al caso justificable que el recurso trae a la consideración de la Sala, no puede menos que conducir a la desestimación del mismo, ya que el precepto determinante de la nulidad declarada de los pactos primero a tercero que se quiere extender a los cuarto y quinto y por lo tanto a la totalidad de lo convenido en uno de abril de mil novecientos setenta y nueve resulta ser Real Decreto novecientos nueve/mil novecientos setenta y ocho, de catorce de abril, por lo tanto una norma puramente administrativa sin posible incidencia en el derecho patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacias. Aparte su rango de Real Decreto -no de Real Decreto-Ley, que actualmente contempla el artículo ochenta y seis de la Constitución-, con toda probabilidad no era esa la disposición general llamada a regular el caso incluso en el orden puramente administrativo y la que habría resultado contrariada, ya que el fallecimiento del farmacéutico causante de los actores ocurrió en el año mil novecientos sesenta y nueve bajo la vigencia del Decreto de treinta y uno de mayo de mil novecientos cincuenta y siete, que sustituyó al de veinticuatro de enero de mil novecientos cuarenta y uno. Disponía el vigente al tiempo del óbito que «las (farmacias) que se adquieren por herencia de los farmacéuticos que, siendo sus propietarios, ejercían en ellas su profesión», no tendrán la consideración de «nuevas farmacias» y «el nuevo dueño podrá continuar al frente de la misma, si reuniere los títulos necesarios, o bien enajenarla» y «si careciere de tales títulos, vendrá obligado a su enajenación o bien a su cierre, en el plazo previsto en la Orden Ministerial de veintinueve de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro». Por tanto, parece que ni siquiera la normativa administrativa produce el efecto pretendido por la demandada de quedar dueña del establecimiento que constituía la mejor parte de la herencia causada por su padre y antes bien admite su transmisión *mortis causa* a favor de los herederos instituidos en el testamento de diecinueve de enero de mil novecientos cincuenta. Regularizada administrativamente la farmacia, nada se opone hoy a la plena efectividad de lo pactado en uno de abril de mil novecientos setenta y nueve. El razonamiento del primero de los motivos por

infracción del número tercero del artículo mil doscientos sesenta y uno del artículo mil doscientos setenta y cinco del Código Civil, arguyendo que la causa del contrato es nula por contravenir al Real Decreto de mil novecientos setenta y ocho, por cuya contravención la sentencia «declaró nulos absolutamente sus tres primeros pactos por contravenir lo dispuesto en la ley, esto es, las disposiciones reguladoras de la transmisión de oficinas de farmacia» no es sino el mismo razonamiento del segundo motivo en que a partir de que, según el primero, «todas las restantes estipulaciones del contrato, tienen su razón de ser en aquella atribución de copropiedad» excluida por la nulidad por lo que «todo el contrato quedó desprovisto de causa», prosigue el discurso lógico rechazando la existencia de una «nulidad parcial»y detenida en los primeros pactos y no extensible a los restantes, todo conforme al número tres del artículo sexto del Código Civil que es el precepto que se señala como infringido en este segundo motivo. Finalmente, el tercer motivo, como ya se adelantó, reputa procesalmente incorrecto por constituir cambio de la causa de pedir, que se conceda la participación en los beneficios basada por la demandada en la «pretendida copropiedad sobre la farmacia», por la distinta causa del contrato de uno de abril de mil novecientos setenta y nueve y el efecto vinculante de sus pactos conforme a los artículos mil noventa y uno y mil doscientos cincuenta y cinco del Código Civil. Sin embargo, conforme a la recordada doctrina, es claro que las irregularidades administrativas que cupiera reprochar a la parte demandante y en las cuales participó en pie de igualdad la demandada, no son bastantes a producir la nulidad que se pretende por cuanto «la levedad del caso así lo permite» y lo que resultaría «contrario al respeto debido a la ley, la moral o el orden público» sería justamente ignorar la voluntad del causante de todos los litigantes y los derechos que de ella y de la ley se derivan para la viuda y los otros descendientes, entre ellos un incapaz.”

A modo de ejemplo reciente el Tribunal Supremo ha dispuesto en una sentencia del 18 de marzo de 1998 (RJA 1704), que:

“... la nulidad alcanzará a este concreto acuerdo que será anulado, sin afectar al resto de los acuerdos alcanzados legítimamente, es decir, se acepta el concepto de nulidad parcial y se estima este motivo del recurso.”

Las Audiencias Provinciales, llevan caminos idénticos al señalado por el Tribunal Supremo, al afirmar, en primer lugar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 15 de abril de 1998 (RJA AC 748):

“La cláusula 4.^a de la Póliza del préstamo litigioso incorpora un interés moratorio al tipo del 29,00 por 100 nominal anual, que excede del límite establecido en el precepto antes citado -que lo sitúa en 2,5 veces el interés legal del dinero- por cuya razón ya podía considerarse ese pacto como una condición abusiva de crédito -art. 10.1, C).4 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, que acarrearía la sanción de nulidad del pacto abusivo (...)por lo que estimamos certero el criterio del juzgador «a quo» se inclina por una nulidad parcial...”.

De igual modo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de marzo de 1998 (RJA AC 5145):

“Con estos hechos, por otra parte plenamente acreditados, no cabe postular la nulidad total del contrato de arrendamiento que la parte postula (...) los derechos concedidos por dicha disposición legal serán irrenunciables, disposición confirmada por el párrafo 3.º de dicho Texto Legal, por lo que para que la renuncia al derecho de prórroga legal del arrendamiento que a la demandante correspondía, por ser el concierto arrendaticio anterior al mes de abril de 1995, debería de haberse renunciado expresamente al derecho de prórroga del contrato, por lo que no habiéndose hecho así, sólo cabe concluir, acudiendo a la figura de la nulidad parcial del contrato, en aras del mantenimiento del mismo, que declarar la nulidad de la cláusula tercera del concierto arrendaticio firmado por las partes con fecha 2 de enero de 1995, dejando en todo lo demás subsistente el mismo.”

Y también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 19 de septiembre de 1997 (RJA AC 1752):

“Sentado lo anterior, resta por establecer la consecuencia jurídica que haya de tener la vulneración por aquella cláusula contractual de determinación del precio de los servicios contratados de esa norma oficial reguladora de la tarifa de honorarios, en la medida en que a tenor de dicha cláusula los honorarios a percibir son muy superiores a los resultantes de la aplicación de la tarifa. Y esa consecuencia no puede ser otra, dado que la norma infringida no contiene ninguna sanción específica para caso de contravención (art. 6.3 CC), que tener por nula tal cláusula en cuanto provoca ese exceso, integrando el contrato con esa norma imperativa que, por su mismo carácter, obliga a las partes aun en contra de su voluntad, sin necesidad de tener por nulo la totalidad del contrato, como antes se expuso, por cuanto la nulidad recae exclusivamente sobre el montante del precio, y no sobre su existencia misma como elemento esencial del contrato. En definitiva, los honorarios del actor deben ser fijados en 169.964 ptas., IVA incluido, a tenor del informe emitido por el propio Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Industriales de Cantabria sobre la aplicación de la tarifa, aspecto éste en que su informe sí resulta plenamente acogible. Como quiera que el actor ya cobró a cuenta de sus honorarios la suma de 345.000 ptas. según tiene reconocido, es visto que la demanda debe ser íntegramente desestimada y por el contrario debe ser estimada la demanda reconvencional en que se reclamaba por la sociedad demandada el exceso satisfecho.”

Pero la doctrina general de la nulidad parcial del negocio jurídico la establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1977 (RJA 3895), la cual, después de constatar cual es la situación legal de la nulidad parcial en Alemania según el artículo 139 BGB y en Italia según el artículo 1419 de su Código civil, dispone:

“Que dicha regla jurídica [la de la validez parcial] es la que debe prevalecer en nuestro Derecho, aún a falta de una norma jurídica positiva directa, toda vez que tal regla tiene su apoyo: 1º) en la aplicación analógica admitida por el artículo 4.1 del CC, de las numerosas normas concretas que imponen la validez parcial del negocio jurídico, a pesar de determinadas cláusulas, o de parte, de aquél (artículos 641.2, 737.2, 767, 781, 786, 793, 1116

(interpretado en este sentido por la STS de 4 de marzo de 1975), 1155.1, 1376, 1377, 1476, 1691,1 etc.). 2º) Que el principio general de derecho sobre la conservación del negocio jurídico, acogido por nuestro ordenamiento y proclamado por la doctrina legal establecida por las Sentencias de 30 de octubre de 1944 y 7 de noviembre de 1967. 3º) En la jurisprudencia de esta Sala, que ha aplicado en numerosos casos la regla de la invalidez parcial, como puede verse en las Sentencias de 30 de marzo de 1950, 11 de noviembre de 1955, 22 de enero y 17, 21 y 21 de mayo de 1958 y 7 de junio y 6 de diciembre de 1960, cuya regla es la precedente, a menos que la exégesis negocial revele que el autor o autores del negocio jurídico no lo hubiese concluido sin la parte nula, como se estimó en las Sentencias de esta Sala de 17 de mayo de 1958, 29 de abril de 1965 y 30 de noviembre de 1973, como se previó en la antes mencionada de 4 de marzo de 1975.”

No cabe pues duda de que la nulidad parcial del negocio jurídico es una hipótesis aceptable en nuestro ordenamiento jurídico. Cuándo debe ser nulo parcialmente un negocio y cuándo nulo totalmente es una decisión que debe ser tomada de acuerdo con las premisas y presupuestos lógico-jurídicos de la institución de la nulidad parcial, los cuales quedaron expuestos en su momento (Vid. *supra* en esta misma obra, capítulo cuarto). Por su parte, el Tribunal Supremo hace especial hincapié en que las partes, o el otorgante del negocio en su caso, hubieran o no celebrado el contrato sin la parte nula, como expone en su Sentencia de 7 de julio de 1978 (RJA 2755):

“... Aunque en definitiva se estime como relevante la intención de los contratantes, de manera que si es presumible la voluntad de los intervinientes en el sentido de que no habrían llegado a concluir el contrato sin la parte inválida, la nulidad alcanzará a todo el negocio y la nulidad será plena, solución que es también la propugnada por la doctrina de este Tribunal al declarar que “la cuestión de si la nulidad de una parte determina la invalidez de todo el negocio jurídico, por tener que apreciarse que los intervinientes no lo hubieran celebrado sin la parte nula envuelve, a falta de una previsión concreta de la Ley, un problema de interpretación del negocio -Sentencia de 4 de marzo de 1975 y

en parecidos términos las de 30 de marzo de 1950, 3 de junio de 1953, 17 de mayo de 1958 y 15 de junio de 1973- que de ordinario llevará a resolver que se produjo ineficacia total cuando se trata de la nulidad de negocios particionales de herencia, el los que se insertan actos dispositivos como renunciaciones y donaciones...”.

Y es que la nulidad parcial no sirve exclusivamente para una mejor realización de la voluntad de las partes, sino también para asegurar el cumplimiento de la Ley, evitando el “fraude de ley”. Así la Sentencia de 20 de mayo de 1985 (RJA 2403):

“... la nulidad de la cláusula contractual en que fueron infringidas normas limitativas legales del precio, no autoriza para decretar la nulidad total de la compraventa en que se contiene, dado que la vulnerabilidad de esta norma limitadora ha de llevar consigo en el ámbito civil, no la nulidad total de la compraventa, pues ello redundaría en beneficio del vendedor, sino la nulidad parcial de la obligación relativa a la excesividad del precio, ya que estas disposiciones legales limitadoras llevan simplemente a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas, y ello con independencia de los actos ejecutados por los compradores que, en definitiva, no hacen más que someterse a unas condiciones impuestas por el organismo vendedor, lo que además es consecuencia de la doctrina jurisprudencial reconocedora de la compatibilidad pactos válidos y pactos nulos en un mismo contrato, sin que la nulidad trascienda a todo el negocio”.

C. La categoría de la nulidad parcial aplicada al testamento.

Como hemos podido apreciar, el Tribunal Supremo mantiene una constante línea de admisión de la figura de la nulidad parcial del negocio jurídico, y en concreto del contrato. Pero ya se ha expuesto que no sólo es posible, sino jurídicamente conveniente, considerar la testamento como un negocio jurídico, algo doctrinalmente aceptado por nuestros más reconocidos autores. Por ello, la aplicación de la nulidad parcial a supuestos testamentarios

debiera ser automática dentro de los principios que informan el Derecho de sucesiones.

a) El testamento como negocio jurídico.

La consideración del testamento como un negocio jurídico también encuentra en la jurisprudencia fundamento para considerar que se sigue la línea de conceptualarlo como uno más entre éstos en nuestro ordenamiento, aún con sus peculiaridades, lo cual hace que la doctrina general de la invalidez deba adaptarse a ellas cuando le sea aplicada. Así la Sentencia de 12 de noviembre de 1964 (RJA 5080):

“CONSIDERANDO: que nuestro ordenamiento civil no recoge en un título o capítulo la doctrina general relativa a la ineficacia de los negocios jurídicos, con su gama de inexistencia, nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión, revocación, denuncia, caducidad etc. ni contiene tampoco una normación general sobre la ineficacia de los testamentos; por lo que habrá que inducirla de los diversos preceptos que a una y otra aludan, pero sin que pueda reputarse aplicable íntegramente a los testamentos la doctrina general sobre la nulidad de los negocios jurídicos, por ser aquellos unos negocios de estructura unilateral y comprensivos de declaraciones no recepticias”.

De igual modo entiende la implicación negocial del testamento la Sentencia de 10 de octubre de 1977 (RJA 3895):

“La aplicación de la anterior doctrina [la de la nulidad parcial del negocio jurídico] al caso litigioso, impide declarar la nulidad total del pretendido testamento de 20 de marzo de 1957...”

b) Aplicación práctica de la nulidad parcial del testamento.

Aunque no se regule directamente en el Código civil, el Tribunal Supremo ha dispuesto que la nulidad parcial del testamento es una tesis aceptable en nuestro ordenamiento en una buena cantidad de ocasiones, habiendo quedado ya tal posibilidad asentada en la doctrina jurisprudencial. Ya desde antes de la promulgación de nuestro Código civil vigente, aún bajo la vigencia de la

Novísima Recopilación, se pronunciaba el Tribunal Supremo en este sentido, como en la Sentencia de 6 de abril de 1879:

“CONSIDERANDO que, aún en el supuesto de que el testador hubiera fundado un vínculo sin llenar los requisitos legales, no por esto sería nulo el testamento: la nulidad en tal caso se limitaría a esa cláusula, pero quedaría subsistente respecto a la institución de heredero universal y a todo lo demás que contiene: y este principio tiene una aplicación rigurosa en este pleito, por que los hijos del testador reconocieron como válido el testamento hasta el extremo de que la parte recurrente lo presentó en juicio y fuera de él como fundamento de sus derechos, y también lo presento como apoderado del heredero universal, Don F. G. Habiendo éste a su vez dispuesto de los bienes heredados como libres, y por lo tanto, la parte recurrente no puede volver sobre sus propios actos; razones por las cuales no se infringe la doctrina ni la ley 12, tit. 17, libro 10 de la Novísima Recopilación...”.

De igual modo, ya con el Código civil vigente y argumentando sobre la base de ambos cuerpos legales, la Sentencia de 8 de mayo de 1894:

“CONSIDERANDO que la petición del demandante (...) para obtener la declaración de nulidad de las cláusulas del testamento otorgado por Don M. M. En cuanto se refieren al patrimonio de Alhama de Aragón, no puede considerarse como pretensión de nulidad absoluta del testamento, sino, por el contrario, que lo supone válido y eficaz en las demás cláusulas que contiene, y en este concepto ha podido recibir la porción de bienes que, independientemente de los que constituyen dicho patrimonio, le dejó en sus testamento Don. M. M. Sin que por ello caducase su acción para solicitar la nulidad de aquellas cláusulas que se refieren al patrimonio dicho, por establecerse en ellas una fundación prohibida por las leyes desvinculadoras, sin que, por lo tanto, la sentencia que resuelve de conformidad con tal pretensión infrinja la ley 6ª, título 8º Partida 6ª, ni a doctrina que se invoca en el primero de los motivos...”.

Aplicando estos principios, la Sentencia de 29 de octubre de 1949 (RJA 1240), establece¹¹:

“CONSIDERANDO: Que si bien es notorio que en materia de testamentos la voluntad del testador es la norma fundamental de su sucesión, no cabe desconocer que este principio es inaplicable a las cláusulas testamentarias que estén en abierta oposición a preceptos explícitos de la Ley, contra los cuales no puede aquella prevalecer, de cuya doctrina se infiere que la sentencia que no pone en duda el contenido de una disposición testamentaria y se limita a estimar su nulidad por contravenir mandatos de carácter legal, no infringe el artículo 653 del Código civil.

CONSIDERANDO: que por entender el fideicomitente en la cláusula duodécima de su testamento ológrafo la prohibición (...) estimó la Sala que dicha cláusula era nula a tenor de lo prevenido en los artículos 781 y número segundo del 785 del Código civil...

CONSIDERANDO: que tampoco es de estimar el motivo segundo, fundado en la errónea interpretación del artículo 786, porque si como en él se previene la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica a la validez de la institución, ni a los herederos del primer llamamiento, pero sí a los llamados en segundo lugar, teniéndose por no escrita la cláusula fideicomisaria, es claro que, al limitar el fallo recurrido los efectos de la nulidad a los sustitutos de la fiduciaria, no incide en la infracción que se le atribuye; sin que, por otra parte, pueda tenerse en consideración la tesis del recurrente, porque cometido en la sustitución el defecto originario de la nulidad, ni se purifica ni se subsana, a menos de olvidar el alcance jurídico de las normas invocadas, cuyo propósito no es otro que evitar las vinculaciones, como contrarias a la naturaleza de la propiedad”.

¹¹ Esta sentencia ha sido comentada por LÓPEZ LÓPEZ (“Carácter de la nulidad de la sustitución fideicomisaria que traspasa el límite legal”. En ADC, 1950) y por DÍEZ PICAZO (*Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Tomo III. Madrid, 1976. Págs 424 y SS). El primero constata cómo la sentencia hace una clara aplicación del principio *utile per inutile non vitiatur*, base de la institución de la nulidad parcial (Págs. 513 y 514).

Son abundantes las sentencias del Tribunal Supremo que han estimado pertinente la aplicación del principio de la nulidad parcial al testamento. Este es el caso de la sentencia de 28 de mayo de 1958 (RJA 2716):

“CONSIDERANDO: que las dos cuestiones fundamentales que en el pleito se han discutido y que en el fondo son la base del recurso de casación interpuesto y de su impugnación, se concretan a determinar si en la cláusula testamentaria tachada de nulidad la testadora hizo uso de la facultad que en el supuesto específico que contempla otorga a los padres el párrafo segundo del artículo 1056 del Código civil (...) o si tratándose de un evento no previsto en la hipótesis legal, hay que reputar nula con todas sus consecuencias la cláusula impugnada por la demanda...”

Otro caso de acomodamiento de la nulidad parcial a los testamento la encontramos en la ya mencionada Sentencia de 12 de noviembre de 1964 (RJA 5080), la cual contiene buena parte de la doctrina general sobre la que la jurisprudencia basa la admisión de la nulidad parcial del testamento en nuestro ordenamiento jurídico:

“CONSIDERANDO: que partiendo de la base de que la definición que del testamento da nuestro Código civil en su artículo 667 no resulta exacta (pues además de las disposiciones de índole patrimonial puede contener otras relativas a fines piadosos, designación de órganos tutelares, reconocimiento de hijos naturales, cláusulas revocatorias de otros anteriores) y teniendo en cuenta los diversos preceptos que regulan el testamento y sus clases y formalidades, llega a la conclusión de que existen dos grupos de causas de nulidad, unas que llaman de nulidad general, pues afectan al testamento considerado como un todo orgánico indivisible (son las referidas a la capacidad, al consentimiento, a las solemnidades esenciales para su validez) y otras denominadas causas de nulidad parcial, que sólo originan la ineficacia de la cláusula que contraviene un determinado precepto legal, sin comunicarla a todo el testamento.

CONSIDERANDO: que esta no comunicabilidad de la ineficacia a todo el testamento, la predica nuestro Código civil en varios de sus preceptos, entre los

cuales se destacan: a) el artículo 743, en el que, además de admitir que los testamentos pueden ser ineficaces en todo o en parte, establece un criterio distintivo en cuanto a tales ineficacias, cuando dice que lo serán “sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código”; b) el artículo 737, en el que se ordena que las cláusulas derogatorias de disposiciones futuras se tengan por no puestas; c) el 750, que prescribe la nulidad de las disposiciones en favor de personas inciertas; d) el artículo 752 y el 754, que declaran sin efecto las cláusulas a favor del sacerdote que asista al testador en su última enfermedad, o del notario y familiares, respectivamente; e) el 792, que establece que determinadas condiciones se tienen por no puestas, y en nada perjudican al heredero o legatario; y f) el artículo 814, que dispone que aún la preterición más grave, la de los herederos forzosos en línea recta, no produce la invalidez de las mandas y legados.

CONSIDERANDO: que si pues, la nulidad, lo mismo la total que la parcial, constituyen una sanción para los supuestos de incumplimiento de formalidades esenciales o de contravención de determinados preceptos, se comprende que solamente se pueda declarar cuando exista una norma concreta que expresamente imponga una o la otra (*odioso restringenda*)...

Ejemplos más recientes de aplicación de tal doctrina los encontramos en la Sentencia de 3 de marzo de 1980 (RJA 1016):

“CONSIDERANDO: que doña Dolores N. L., viuda de don Francisco M. D., falleció en 2 febrero 1975, bajo testamento abierto otorgado ante el Notario de La Coruña don Angel G. en 25 agosto 1967, en cuyo testamento declaraba herederos por partes iguales a sus hijos Eladio, Elvira y Adelina M. N. y a sus cuatro nietos Carmen, José, Luis y Francisco M. G. heredando éstos por estirpes y los primeros por cabezas; y después hacia una partición y adjudicación de bienes y partición de herencia adjudicando a cada uno de sus hijos y nietos fincas pertenecientes unas a su premuerto esposo, otras a la sociedad de gananciales todavía no liquidada al no haberse efectuado la partición de bienes de la herencia de su marido y otras propias, estableciendo en la cuarta cláusula

testamentaria «que las adjudicaciones que van determinadas para cada heredero lo son, en todo caso, a condición de que ellos, al efectuar la partición de los bienes del difunto marido de la testadora don Francisco M. D., se adjudiquen a cada cual, precisamente, el completo o resto de la participación de cada finca procedente de aquella herencia, y que ya en este testamento se les dejan señaladas; ordenando que al heredero que así no lo cumpla, le quede reducida su participación en la herencia de la testadora, a lo que por su legítima corta o estricta le corresponda; quedando en tal supuesto sujeta a la revisión su adjudicación respectiva, hasta la ineficacia de lo que constituya mejora y legado, para acrecer las de los que se conformen con esta voluntad de la testadora, que es la de legarles expresamente, por entero el completo de cada finca, en lo que exceda de la legítima y mejora por los que las fincas, o parte de ellas, que no pertenecen como bienes propios a la testadora, ésta se las atribuye a cada heredero, como legado de cosa ajena, en lo que no hubiese sido legado o mejorado por su marido, a favor del heredero a quien le van adjudicadas, con el subsiguiente gravamen que impone a los restantes herederos»; y en la cláusula sexta prohíbe la intervención judicial en su herencia con análoga penalidad a la establecida en la cláusula cuarta.

CONSIDERANDO: que para el mejor orden y solución del presente recurso ha de comenzarse por el motivo segundo en que por el cauce del núm. 1.º del art. 1692 de la L. E. Civ. se denuncia la violación por no aplicación del art. 792 y la aplicación indebida del 795 ambos del C. Civ. y al efecto tal como ya fue establecido por la sentencia de 12 diciembre 1959, la condición impuesta por la testadora de respetar una partición en la que se dispone como de bienes propios de aquéllos que ya corresponden a los herederos como causahabientes de su padre es contraria a la ley suponiendo una verdadera coacción para los herederos y la partición así efectuada es nula con arreglo a lo dispuesto en el art. 1414 según el cual el testador no puede disponer en testamento más que de su mitad de gananciales y no habiéndose liquidado la sociedad conyugal es evidente que la testadora dispuso de aquéllos que no le pertenecían

procediendo en consecuencia la estimación del motivo y asimismo la del primero en que se denuncia la violación del 1414 y otras reglas legales.”

Otro ejemplo aún más reciente de lo expuesto lo vemos en la Sentencia de 30 de enero de 1995 (RJA 388):

“En el último motivo del recurso, tercero de los formulados, se aduce la infracción del artículo 814 del Código Civil, que pretende basarse en las siguientes reflexiones: -En el segundo fundamento de la sentencia recurrida se dice que: «La parte apelante estima que el legado establecido en favor de la esposa del testador no afecta a la legítima del heredero preterido por lo que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 814.2.º, no cabe la anulación de la institución de heredero». Nunca ha dicho esta parte que no quepa la anulación referida, lo que sería absurdo al haberse dado la preterición no intencional de un hijo, nacido con posterioridad al otorgamiento del testamento. Lo que se ha mantenido es que, habiéndose producido dicha preterición, resulta de plena aplicación el contenido del número 2 del artículo 814, así como el último párrafo del mismo, siendo éstas las normas que han sido infringidas, -Por consiguiente, y dándose la preterición no intencional, debe anularse la institución de herederos hecha por el testador a favor de sus hijos matrimoniales, para que así reciban cada uno de los tres hijos una tercera e igual parte en los tercios de mejora y legítima, pero manteniéndose la validez del legado del tercio de libre disposición a favor de la viuda, así como la cuota legal usufructuaria, para que tenga preferencia, en todo caso, lo ordenado por el testador, -Este artículo distingue entre la anulación de la institución de heredero, es decir, la disposición testamentaria que afecta a la parte personal de la sucesión, y las mandas y mejoras, esto es, sobre lo que el testador dispone con referencia a su patrimonio material y -sostiene ALBADALEJO que la nulidad no alcanza a las mejoras, aunque hayan sido hechas a título de herencia, y el mismo criterio mantiene BONET al decir que abierta la sucesión intestada para los legitimarios, ésta será total si el testador hubiera dispuesto de todos sus bienes por título universal a favor de los otros herederos cuya institución se anula, y parcial, si

hubiera hecho disposiciones a título singular, las cuales, subsistirán en cuanto se hallen dentro de la porción libre.”

La misma línea, que puede estimarse consolidada con creces, la siguen las Audiencias Provinciales; puede mencionarse al efecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 28 de diciembre de 1998 (RJA AC 2455), según la cual:

“SEGUNDO. Es evidente que a la vista del concepto de preterición se deduce de los arts. 119, 120, 122 y 123 de la citada Compilación de Derecho civil de Aragón, como falta de mención formal en el testamento de todos los legitimarios, no estamos ante ese supuesto en el caso que nos ocupa, al haber sido expresamente designados los que en el momento de otorgar el testamento tenían dicha cualidad, por lo que necesariamente hemos de contemplar un supuesto de desheredación que igualmente contempla, aunque no definen los citados preceptos, si bien los efectos que de ambas situaciones se derivan se unifiquen por el art. 122, siempre que concurren las circunstancias que establecen los arts. 848 y siguientes del Código Civil, aplicables supletoriamente conforme remite el art. 1.2 de la Compilación.

Aquietadas las demandadas con el pronunciamiento de la sentencia de instancia, que declara la nulidad parcial del testamento otorgado por don José S. G. el 9 de septiembre de 1992, en cuanto a las dos terceras partes de la institución de heredero, la pretensión de la recurrente, en esta instancia, no se revela temerariamente insistente, dado que los efectos que se recogen en los números 1.º y 2.º del art. 122 de la Compilación se refieren, de forma expresa. No a la desheredación injusta sino a la preterición, de ahí que se hable y se condicione la apertura de la sucesión intestada a que se omita la mención formal de todos los legitimarios en el testamento de los 2/3 del caudal, si la existencia de todos aquéllos era conocida por el testador al tiempo de hacer la disposición *mortis causa* y a todo el caudal si todos no eran conocidos por dicho testador, o en cualquier otro caso.

TERCERO. Así las cosas hemos de estimar que la desheredación efectuada por el señor S. G. es claramente ilegal e injusta, a la vista de las condiciones que establecen para ella los ya citados arts. 848 y siguientes del Código Civil, ya que se ha producido sin expresión de causa; ante lo cual, sus efectos no deben ser otros que los de anular la institución de heredero (art. 851 del Código Civil) «en cuanto perjudique al desheredado»; perjuicio que, siendo el único descendiente existente, debe alcanzar a la cuota legítima colectiva que el art. 119 de la Compilación de Aragón cifra en las dos terceras partes del caudal, fijado conforme a lo dispuesto en el art. 818 del Código Civil: porción coincidente con la recogida en el art. 122 de la dicha Compilación para los supuestos de preterición de todos los legitimarios conocidos y de injusta desheredación.

CUARTO. Llegados a este punto y sin necesidad de un más extenso discurso, hemos de reiterar la correcta solución dada en su sentencia por el juzgador de instancia; si bien ante la no especialmente clara redacción de los preceptos que regulan esta institución en la Compilación, estima la Sala que el recurso no ha sido temerario y que, en armonía con lo prevenido en el art. 710 de la Ley Procesal Civil en relación con el 523 de la misma que las costas de esta alzada deben ser satisfechas por ambas partes en la forma que fue tradicional hasta la Ley 34/1984, de 6 agosto.”

Sin olvidar que los legados se establecen mediante cláusula testamentaria normalmente, y ésta, por supuesto, puede ser nula. En estos términos la Sentencia de 7 de junio de 1960 (RJA 2082) declara nulo un legado dejando válido el resto del testamento:

“... Que declara nulo el legado instituido en el testamento del donante...”

3. Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado.

La Dirección General de Registros y del Notariado no se ha ocupado recientemente del tema de la inscripción de los títulos testamentarios que adolezcan de nulidad, ya sea total o parcial, pues es un tema que abordó en sus Resoluciones de finales del siglo XIX y de principios del XX, cuando dejó sentada su doctrina a este respecto. Ésta se resume en dos Resoluciones, la de 26 de septiembre de 1904 (publicada el 8 de octubre) y la de 30 de junio de 1910 (publicada el 13 de agosto). Para la primera de ellas, y en cuanto a la inscripción del testamento nulo total o parcialmente, es necesaria su previa declaración por los tribunales, no correspondiendo al registrador hacer esa valoración:

CONSIDERANDO: que sólo a los interesados cumple suscitar cuestión acerca de la validez de los testamentos, sin que sea lícito a los funcionarios públicos poner en tela de juicio tal validez, más que en el caso de haberse cometido un delito de falsedad, estafa, falso testimonio u otro de los que dan lugar a procedimiento de oficio.

CONSIDERANDO: que son de índole tan especial las causas que pueden traer aparejada la nulidad de un testamento, que por regla general no puede decirse a priori que éste es nulo, ya que aún de existir defectos que entrañan la nulidad, pueden perder tal virtualidad si los interesados aceptan el testamento o convienen en respetarlo cual si le adornan todos los requisitos legales.

CONSIDERANDO: que de lo expuesto lógicamente se infiere que en materia de testamentos, las faltas que los invalidan no engendran necesariamente su nulidad, único supuesto en que se da la falta insubsanable con las consecuencias jurídicas que establece el artículo 65 de la Ley hipotecaria.

CONSIDERANDO: que no desvirtúa toda esta doctrina el general y absoluto precepto del artículo 687 del Código civil, dictado para los tribunales de justicia, que a su tenor han de fallar *a posteriori*, o sea previa reclamación de parte interesada, y en vista del texto legal que se repute infringido, mas no para

el registrador de la propiedad, que no puede rechazar a priori un instrumento testamentario contra la voluntad de quien puede acatarle como válido, lo cual excluye el concepto de necesariamente nulo, alma del defecto insubsanable.”

Mientras que respecto a la posibilidad de inscripción de testamentos que adolecen de nulidad parcial, la Resolución de 30 de junio de 1910, basándose en la doctrina sentada por la Resolución que acabamos de reseñar anteriormente, establece:

Que conforme a lo declarado por el Tribunal Supremo en Sentencias de 16 de enero de 1895 y 2 de julio de 1904, la nulidad de las instituciones hereditarias que establece el artículo 814 del Código civil por la preterición de algún heredero forzoso en línea recta alcanza a las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima del heredero preterido, quedando subsistentes las demás disposiciones , careciendo, por consiguiente, de validez las respectivas particiones únicamente en cuanto no reconozcan o perjudiquen los derechos de tales herederos.

Que el citado artículo 814, en relación con los 817 y 1080 del mismo Código civil, y de las mencionadas declaraciones doctrinales, dedúcese por tanto, que la nulidad que dicho artículo establece tiene lugar y pueden acordarla los Tribunales a instancia de parte legítima, cuando los instituidos herederos pretenden sostener la institución hereditaria, pero cuando lejos de ser así, reconocen el derecho de los herederos preterido y, de acuerdo con éstos, se adjudican a los mismos la porción que legítimamente les corresponde, no cabe rechazar desde luego la partición en esta forma efectuada, bajo el supuesto de no poderse conceder validez legal al testamento que la origina, tanto más cuanto que, conforme a los principios consignados también en las Sentencias de 27 de junio y 3 de diciembre e 1907, las particiones de herencia aprobadas por todos los interesados en las mismas, constituyen entre ellos un vínculo jurídico inalterable, mientras no sean jurídicamente rescindidas.

Que aplicando dichos preceptos y resultando que las operaciones de partición y adjudicación otorgados por los cantadores nombrados por el

testador con la concurrencia e intervención de los hijos legitimados de éste, instituidos herederos en su testamento, y de los representantes de los hijos naturales del mismo, se ha reconocido a éstos la parte legitimaria que les corresponde con arreglo a lo prevenido en los artículos 807 y 840 del repetido Cuerpo legal, a pesar de no haber sido llamados a la herencia en dicho testamento, haciéndoles la consiguiente adjudicación de bienes, no es procedente la negativa de inscripción fundada en la nulidad de ésta, como se consigna en la nota del Registrador, sin que pueda admitirse el aserto de que no existe título de transmisión para los efectos hipotecarios, puesto que lo es el testamento para los instituidos por el causante y respecto a los no llamados lo es también la escritura de adjudicación, en la que, con la conformidad de aquéllos, se transmite a éstos la porción hereditaria a que tienen derecho, con arreglo a los citados preceptos legales.”

CAPÍTULO OCTAVO

La Teoría de la Nulidad Parcial del Negocio Jurídico y su
acomodación al testamento en el Derecho comparado

1. Derecho italiano.

El Código civil italiano de 1942 contiene una norma que da cobertura a la nulidad parcial del negocio jurídico: el artículo 1419 Cci¹. Éste reza:

“La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che é colpita dalla nullità.

La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative”.

Tal norma recoge la entera formulación legal del fenómeno de la nulidad parcial respecto los negocios jurídicos en el ordenamiento jurídico-privado italiano², si bien la norma se refiere a los contratos y de hecho, es una norma

¹ Tal regulación no fue una novedad del Código de 1942 (pues bajo el imperio del de 1865 ya se regulaba el régimen de los negocios jurídicos parcialmente nulos en muy diversas normas de éste último, como los artículos 518, 1064, 1516, 1571, etcétera; los cuales hacen referencia expresa a la nulidad parcial; puede verse al respecto la doctrina italiana relevante de la época del Código de 1865, como BRUGI, GIANTURCO, CHIRONI, PACCHIONI, etc.) aunque sí es novedad que se proveyera al nuevo Código de una norma específica para la regulación general de la nulidad parcial, en este caso en el ámbito del contrato y como consagración del principio de conservación impuesto por el artículo 1367, pues el 1419 se encuentra bajo la rúbrica dedicada a los contratos y no al negocio jurídico en general. Lo que no se hace en ningún momento en el Cci vigente es definir qué se debe entender por ella, a pesar de haberla previsto (Cfr. TAMPONI. Op. Cit. Pág. 105) obligando al intérprete a individualizar su noción. En tal artículo también se hace distinción entre nulidad parcial y nulidad de cláusula. La cuestión podría dar lugar a una compleja discusión doctrinal, a las que en el país transalpino son muy aficionados, pero se entiende por la generalidad de la doctrina (CARIOTA-FERRARA. Op. Cit. Pág. 302. BOLOGNA. Op. Cit. Pág. 1109. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Págs. 61 y 184. FRAGALI. *Clausole, frammenti di clausole...* Cit. Pág. 313. CASELLA. Op. Cit. Pág. 16. TAMPONI. Op. Cit. Pág. 510. Para este último el legislador con tal diferenciación ha querido constatar que el negocio contiene tanto cláusulas principales como accesorias, y que tal es el origen de la locución “o” especificando que ambas fórmulas son posibles) que la distinción se hace con carácter ejemplificativo, con una intención clarificadora de la fórmula legislativa y no a un ánimo de dar diferente valor sustancial a ambas expresiones.

² Es aceptado por la doctrina dominante que el artículo 1419 es el desarrollo del artículo 12 de las disposiciones preliminares del Cci, donde se expone la especificación general de la regla de la conservación de los actos jurídico-privados (Vid. DALMARTELLO. Op. Cit. Pág. 23. MIRABELLI. “*Dei contratti in generale*”. En *Commentario del Codice civile*. Tomo IV, vol 2º. Pág. 441. Turín, 1967. ROPPO. Op. Cit. Pág. 686. CASELLA. Op. Cit. Pág. 36. PERLINGIERI. *Codice civile annotato*. Tomo IV, vol. 1º. Pág. 555. Turín 1980. RESCIGNO. *Manuale del diritto...* Cit. Pág. 358).

La nulidad parcial es una figura susceptible de aparecer, no sólo en el orden de las relaciones jurídico privadas, sino también en el derecho público, ya en el campo administrativo (Vid. ZANOBINI. *Corso di Diritto amministrativo*. Tomo I. Pág. 252, Milán, 1958. TROCCHI. “Nullità ed impugnativa parziale degli atti amministrativi”. En *Foro amministrativo*, 1959. Págs. 608 y SS. GIANNINI. Voz “Atto amministrativo”. En ED, tomo IV. Pág. 175. LUCIFREDI. *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*. Pág. 357. Milán, 1963. SANDULLI. *Manuale di Diritto amministrativo*. Pág. 479. Milán, 1974. TAMPONI. Op. Cit. Pág. 110. En contra, TRENTIN. *L'atto*

general convencional, y al pie de la letra debiera aplicarse únicamente a ellos y no a los negocios unilaterales; especialmente en el caso del testamento, en el que la relación entre cláusula e instrumento es sustancialmente diferente a la relación entre cláusula contractual y contrato³, además de disponer de una regulación propia de los casos de nulidad, reproduciendo muchas veces aquello dictado para con el contrato.

Aunque al ser disciplinas autónomas dentro de la teoría general del negocio jurídico, pudiera pensarse que no son aplicables al resto de negocios las normas dictadas para el contrato, por ende del principio de expansividad fijado en el artículo 1324 Cci⁴, esa regulación puede ser aplicada, siempre que sea compatible, a todos los otros tipos negociales en los que sea posible, ya sean tanto unilaterales, tanto bilaterales o plurilaterales⁵. Eso sí, han de ser celebrados *inter vivos* y que tener un contenido de carácter esencialmente patrimonial.

Pero para los negocios *mortis causa* no existe una norma equivalente, si bien es cierto que existen múltiples preceptos en el Cci que establecen la nulidad parcial para casos concretos en este ámbito. La extensión del alcance

amministrativo. Contributo allo studio della manifestazione di volontà della pubblica amministrazione. Pág. 316. Roma, 1925) ya en el sistema procesal tanto civil (Vid. DENTI. "Note sui vizi della volontà negli atti processuali". En *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*. Tomo XXVII. Págs. 17 y SS. Pavia, 1919. También: voz "Nullità degli atti processuali". En NDI, tomo XI. ZANZUCCHI. *Diritto processuale civile*. Tomo I. Pág. 407. Milán, 1948. REDENTI. *Diritto processuale civile*. Tomo I. Pág. 233. Milán, 1957. SATTA. *Commentario al codice di procedura civile*. Tomo I. Pág. 544. Milán, 1959) como penal (Vid. PANNAIN. *Le sanzioni degli atti processuali penali*. Págs. 272 y SS. Nápoles, 1933. ZEPPIERI. *Le nullità nel processo penale*. Págs. 366 y SS. Roma, 1934. MANZINI. *Trattato di diritto processuale penale italiano*. Tomo III. Págs. 142 y SS. Turín, 1970).

³ Cfr. LIPARI. Op. Cit. Págs. 388 y 389. Ciertamente esto sí es aplicable en cuanto al artículo 1418 Cci. pero no parece que deba serlo en cuanto al artículo 1419, como veremos, mediante el juego que éste último da con los artículos 1324, 1367 y el 12 de las disposiciones preliminares, además de diversos artículos del ámbito sucesorio.

⁴ Vid. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 59. MOSCO. *La conversione del negozio...* Cit. Pág. 1. MIRABELLI. *L'atto non negoziale nel Diritto privato italiano*. Págs 155 y 302. Nápoles, 1955. RESCIGNO. *Manuale del diritto...* Cit. Pág. 363. STOLFI. Op. Cit. Pág. 14.

⁵ Vid. MANIGK. "Studi di Diritto italiano e tedesco sulla natura e l'inquadramento degli atti giuridici privati". En *Annuario di Diritto comparato*, 1942. Pág. 138. BETTI. *Teoría general del negocio...* Cit. Pág. 361. BARASSI. *La teoria generale delle obbligazioni*. Cit. Tomo II. Pág. 321. GALLO. Op. Cit. Pág. 544..

del artículo 1324 también a los negocios *mortis causa* ha sido resuelta favorablemente por la doctrina, con la reserva hecha de que sea compatible en cada caso con la doctrina dictada específicamente para cada negocio preciso en todo momento⁶, siguiendo la estela que marca la aplicación más amplia del principio *utile per inutile non vitiatur* a todo tipo de negocios jurídicos, incluido el testamento⁷. Tal extensión encuentra fundamento legal en el criterio técnico expuesto en el artículo 12 de las disposiciones preliminares del Cci por medio del cual es posible recurrir a la analogía para comprobar, caso por caso, la compatibilidad de los presupuestos legales dictados con respecto al contrato y al testamento que nos ocupe⁸. Ciertamente la estructura y la función de este último refuerzan la necesidad de conservarlo con vida aún reducido en sus atribuciones: en primer lugar porque consta de una pluralidad de cláusulas independientes entre sí en cuanto a su naturaleza y efectos, pudiendo recibir, por tanto un tratamiento diferenciado unas de otras⁹. También en cuanto a la potenciación de los principios de economía jurídica y autonomía privada la conservación aparece como la medida a adoptar en cuanto sea posible¹⁰, lo cual

⁶ Así se expresan: MUSATTI. “*De verborum significatione. (in tema di interpretazione di testamenti)*”. En FI, 1949. Pág. 705. BARASSI. *Le successioni per causa di morte*. Pág. 373. Milán, 1944. GALLO. Op. Cit. Págs. 544 y SS. RESCIGNO. *L’interpretazione del testamento*. Cit. Pág. 19. En cuanto a la jurisprudencia, véanse las Sentencias de la Corte Suprema de Casación de 26 de noviembre de 1949, 28 de julio de 1950, 11 de julio de 1951, 5 de marzo de 1955 y 10 de agosto de 1963.

⁷ Al respecto: ALLARA. *Il testamento*. Cit. Pág. 280. *Principi di diritto testamentario*. Pág. 178. Turín, 1957. ASTRALDI. *Le nullità formali del testamento olografo*. Pág. 106. Padova, 1940. BETTI. *La teoría general del negocio...* Cit. Págs. 360 y SS. BIONDI. *Autonomia delle disposizioni...* Cit. Col. 566. BOLOGNA. Op. Cit. Pág. 1115. CARIOTA-FERRARA. Op. Cit. Págs. 299 y SS. DE CUPIS. Op. Cit. Pág. 90. FAVARA. “*Intorno all’interpretazione dei testamenti*”. En *Giurisprudenza completa di Cassazione civile*, 1951. Pág. 605. STOLFI. Op. Cit. Pág. 81. MOSCO. *Principi sull’interpretazione...* Cit. Págs. 156 y 157. GIANPICCOLO. Op. Cit. Pág. 341. SANTORO-PASSARELLI. *Doctrinas generales...* Cit. Pág. 301. STELLA RICHTER. Op. Cit. Pág. 420. SCOGNAMIGLIO. Op. Cit. Pág. 394.

⁸ Cfr. GRASSETTI. *L’interpretazione del negozio...* Cit. Págs. 181 y 182.

⁹ Tal independencia resulta de la letra de la Ley (artículo 602 Cci), de la circunstancia que cada cláusula se atiene a su propio régimen jurídico y, sobre todo, de que cada cláusula puede por sí sola ser objeto de un testamento independiente en un buen número de casos (Vid. D’AVANZO. *Delle successioni*. Tomo II. Pág. 642. Florencia, 1941. BIONDI. *Autonomia delle disposizioni...* Cit. Col. 566 y SS. BARASSI. *Le successioni per causa...* Cit. Págs. 304 y SS. ALLARA. *Principi di diritto testamentario*. Cit. Págs. 11 y SS. GIANPICCOLO. Op. Cit. Págs. 5 y SS).

¹⁰ Ciertamente la imposibilidad de dictar un nuevo testamento una vez abierta la sucesión y, obviamente por tanto, muerto el causante, así lo impone. Vid. ALLARA. *Il testamento*. Cit. Págs. 111 y SS. TRABUCCHI. *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*. Págs. 277 y SS. Padova, 1936.

encuentra su demostración en todo el entramado de disposiciones que regulan la sucesión testada¹¹.

El artículo 1419 establece, como una derogación de la regla *utile per inutile non vitiatur*¹², también que la nulidad de una cláusula o parte del negocio supondrá la del mismo en su totalidad si resulta que las partes no lo hubiesen querido sin la parte que es nula. Es el propio título del artículo 1419 (“Nullità parziale”) el que le otorga la clave de su sentido y de los efectos que ha de producir¹³, esto es, su función práctica. Ciertamente, como se desprende del texto del artículo, en algunos casos se ordena la conservación parcial del negocio y en otros casos se ordena la nulidad total de él, dependiendo de las circunstancias concretas de cada hipótesis concreta. Así habrá que considerar cada una de ellas por separado, sin que se dicte una línea general de actuación, cosa por otro lado muy difícil de conseguir dada la inmensa riqueza casuística que la autonomía de la voluntad crea en el mundo jurídico. El límite a la aplicación del principio de conservación, eso sí queda claro, es que la nulidad no afecte a un elemento esencial del negocio, o a una parte tan íntimamente conectada a uno, que éste último no pudiera sobrevivir sin él¹⁴.

GRASSETTI. *L'interpretazione del negozio...* Cit. Pág. 184. BETTI. *Interpretazione della legge...* Cit. Págs. 273 y 316. RESCIGNO. *Interpretazione del testamento.* Cit. Págs. 39 y SS. Ciertamente no siempre existirá la clara posibilidad de conservar la parte válida de acuerdo con los dictados de los artículos 1367 y 1419 Cci, como en el caso que plantea STELLA RICHTER (Op. Cit. Pág. 423) para el artículo 692 Cci, respecto a la sustitución fideicomisaria prohibida por encontrarse fuera de los casos permitidos por la Ley, pues el testador pretende disponer de un modo que la ley no permite y si es comprensiva de todo el testamento lo invalidaría por completo, pues no es posible sanarla (Corte suprema de Casación de 19 de febrero de 1962) ya que de conservarse, observa la Sentencia, se estaría creando un nuevo acto de autonomía privada contra la expresa inspiración normativa del principio de conservación dispuesto en el artículo 1367 Cci.

¹¹ Cfr. MOSCO. *Principi sulla interpretazione...* Cit. Págs. 132 y SS.

¹² Cfr. PERLIGIERI. Op. Cit. Pág. 558.

¹³ Precisamente referidos a la comunicabilidad o no de la parte que adolece de nulidad (parcial) con el resto del negocio (Cfr. BOLOGNA. Op. Cit. Pág. 1108).

¹⁴ La jurisprudencia al respecto es constante: Vid. las Sentencias de la Corte Suprema de Casación de 12 de febrero de 1957, 12 de junio de 1965, 12 de mayo de 1967, 14 de febrero de 1974 y 1 de abril de 1977 entre otras.

Los criterios que el artículo propone para que un negocio con una parte afectada de nulidad sea conservado en parte o declarado nulo en su totalidad se basan en un criterio psicológico o subjetivo que se desprende de la voluntad de las partes¹⁵. El problema se plantea en cuanto a los medios para adivinar los deseos de las partes contrayentes; los medios pueden resumirse brevemente en¹⁶:

- Si uno solo de los contrayentes no hubiera querido el negocio sin la parte nula, entonces será nulo en su totalidad.
- La voluntad debe verificarse mediante una declaración expresa o bien a través de un comportamiento de carácter concluyente.
- Tal voluntad debe ser real, esto es, efectivamente existente, aunque también puede ser una voluntad presunta, relevada por vía de hipótesis
- Ésta debe ser la del momento de la creación del negocio o bien al momento en que se hace valer la nulidad parcial.

En el caso en que resulte que los contrayentes no hubieran deseado el negocio sin la parte nula, éste será nulo totalmente, partiendo de la base de que no hubo pacto expreso reparador de la nulidad parcial; por ello, en el testamento, la alusión a esa voluntad es una alusión a una voluntad que hemos de considerar hipotética¹⁷, y en tal caso, la misión del juez ante tal problemática,

¹⁵ Vid. FEDELE. En *Commentario al c.c.* dirigido por D'AMELIO. Tomo I. Pág. 156. Milán, 1948. MOSCO. *La conversione...* Cit. Págs. 271 y SS. BETTI. *Teoría general del negocio...* Cit. Pág. 361. BOLOGNA. Op. Cit. Pág. 1109. Véase al respecto la Sentencia de la Corte Suprema de 7 de junio de 1948.

¹⁶ Cfr. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 62. También ha de tenerse en cuenta que es tradicional en la doctrina italiana resaltar con especial énfasis en la exégesis del primer apartado del artículo 1419 de su Código civil, que es regla la nulidad parcial y excepción la nulidad total del negocio, a diferencia de lo que ocurre, como veremos en el derecho alemán. Esto supone (como indican COVIELLO, N. *Manuale di diritto civile italiano*. Pág. 336. Milán, 1924. CARIOTA-FERRARA. Op. Cit. Págs 300 y 301) que mientras la nulidad parcial puede ser declarada de oficio, la nulidad total sólo lo podrá ser cuando se haya seguido el oportuno expediente judicial culminado con sentencia firme favorable a ella.

¹⁷ Vid. BETTI. *Teoría general del negocio...* Cit. Pág. 361. STOLFI. Op. Cit. Págs. 81 y 82. D'ANTONIO. *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*. Pág. 231. Padova, 1974. TRIMARCHI, P. *Istituzioni di Diritto privato*. Pág. 277. Milán, 1983.

más que la búsqueda de la voluntad conjetural del testador, es la realización de sus intereses de la manera más justa y aproximada a sus deseos¹⁸.

Hay otro criterio, dictado por el segundo párrafo del artículo 1419 para la solución de tal dilema, y es que se conservará válido el negocio cuando la parte nula sea sustituida legalmente por una norma imperativa. Las características de tal criterio son, primero, prescindir absolutamente de los principios establecidos por las partes, basándose exclusivamente en la imperatividad de la Ley¹⁹, dándose así al problema una solución unívoca en relación a la conservación, excluyéndose con la inserción coactiva de cláusulas en el que sea nulo en su totalidad, determinándose la sustitución en especiales normas sustitutivas²⁰. De este modo, podemos concluir que sólo si las cláusulas nulas no resultan sustituidas legalmente por alguna norma imperativa puede entrar en juego la voluntad de las partes en orden a decidir si la nulidad de cláusula va a importar su nulidad completa o si lo será parcialmente²¹.

El carácter del artículo 1419 parece no ofrecer dudas en cuanto a su imperatividad, más marcada en el segundo párrafo que en el primero, el cual debido a su contenido en relación a la voluntad de las partes en cuanto a la solución del problema que puede plantear la nulidad parcial, pudiera ofrecer

¹⁸ La intervención o no del juez en el juego de intereses diseñado por la autonomía privada es un punto oscuro en la regulación legal de la nulidad parcial, pues se viene a considerar que al juez no le está permitido modificar lo que las partes han creado, pero sin embargo, tiene que decidir si limita la nulidad a la o las cláusulas afectadas, o extiende la nulidad al entero instrumento cuando no existen normas imperativas que regulen el concreto caso (Vid. TRIMARCHI, P. Op. Cit. Pág. 278. D'ANTONIO. Op. Cit. Pág. 234. TAMPONI. Op. Cit. Pág. 115).

¹⁹ Vid. CARNELUTTI. "Tentativo contrattuale". En FI, 1948. Col. 240. Tal limitación de la eficacia es una intervención estatal sobre los efectos del negocio jurídico prescindiendo de cualquier consideración de las partes, incluso hipotética o eventual, restándole eficacia por un lado y añadiéndosela después por otro (Vid. FEDELE. *Commentario al c.c.*... Cit. Pág. 153). En tal sentido se ha decantado la jurisprudencia: Vid las Sentencias de la Corte Suprema de Casación de 10 de junio de 1943 y 5 de mayo de 1952.

²⁰ Vid. BOLOGNA. Op. Cit. Pág. 1111. CRISCUOLI. *La nullità parziale*... Cit. Pág. 65.

²¹ No olvidemos que en virtud del principio general de conservación del negocio establecido por el artículo 1367 Cci, se deben agotar las posibilidades de mantener la validez antes de declarar el negocio íntegramente nulo (Vid. BETTI. *Interpretazione della legge*... Cit. Págs 3 y SS. OPPO. *Profili della interpretazione*... Cit. Págs. 13 y SS. MOSCO. *Principi sulla interpretazione*... Cit. Pág. 20. MIRABELLI. *Dei contratti in generale*... Cit. Págs. 231 y SS. RESCIGNO. *Interpretazione del testamento*. Cit. Págs. 44 y SS. y 149 y SS).

un punto de apoyo para solventar la duda²². Es, por otro lado una regla general: la nulidad parcial no implica la nulidad total del negocio a menos que (ya entramos en las excepciones) que las partes no hubieran querido el negocio sin la parte nula, que afecte a un elemento esencial, etcétera²³; el elemento volitivo sólo entra en acción cuando la ley no haya previsto la conservación coactiva por medio de la sustitución de la cláusula nula. La consecuencia práctica más relevante de resultar la nulidad parcial la regla y, por tanto, la total la excepción, es que la carga de la prueba recae sobre quienes desean la nulidad total²⁴.

El artículo 1419 Cci es un precepto de aplicación general, pero además el Código civil italiano contiene artículos específicos en los que la nulidad parcial es la protagonista, pues no cabe duda que tal fenómeno encuentra un vasto campo de acción. Tales hipótesis se dividen en dos grupos como consecuencia de la dicción del artículo 1419, dados los dos párrafos que contiene: unas entrarán en las previsiones del primer párrafo y otras lo harán en las del segundo²⁵. Para CRISCUOLI²⁶ son tres los grupos en los que se deben dividir

²² La doctrina, tras plantearse diferentes posturas, se inclina por no privar del carácter imperativo al artículo 1419, pues aunque la elección pueda estar en manos de las partes, realmente es la Ley quien coactivamente y con absoluta rotundidad pone en sus manos tal elección, como si de una especie de delegación se tratase (Vid. MOSCO. *La conversione...* Cit. Pág. 278. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 68).

²³ Vid. BETTI. *Interpretazione della legge...* Cit. Pág. 475. CARIOTA-FERRARA. Op. Cit. Pág. 301. BOLOGNA. Op. Cit. Pág. 1109. CARNELUTTI. *Tentativo contrattuale*. Loc. citado en último lugar; y también las Sentencias de la Corte Suprema de Casación de 22 de febrero de 1947, 21 de abril de 1949, y 19 de enero de 1950.

²⁴ Vid. BETTI. *Interpretazione della legge...* Cit. Pág. 475. CARIOTA-FERRARA. Op. Cit. Pág. 301. FRAGALI. *Clausole, frammenti di clausole...* Cit. Pág. 320. RESCIGNO. *La interpretazione del testamento*. Cit. Pág. 154. Tal prueba no requiere ningún requisito especial: cualquier medio es bueno para convencer al juez.

²⁵ Cuales de ellas lo hace en cada uno de los dos párrafos no es cuestión pacífica entre la doctrina y, mientras unos queda claro dónde lo hacen, hay artículos que, según el autor, van a caer en la clasificación de uno u otro lado, como, entre otros los artículos 771, 1500, 1815, 1941, etc. (Vid. BETTI. *Interpretazione della legge...* Cit. Pág. 476. CARIOTA-FERRARA. Op. Cit. Págs. 301 y 302. MOSCO. *La conversione...* Cit. Págs. 276 y SS. DE MARTINI. *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*. Pág. 428. Milán, 1950. BOLOGNA. Op. Cit. Pág. 1115. FEDELE. *Commentario al c.c...* Cit. Págs. 152 y SS).

²⁶ Cfr. *La nullità parziale...* Cit. Págs. 73 y SS.

los artículos del Cci referentes a la nulidad parcial en el ordenamiento jurídico italiano:

1º) Aquellas normas que establecen un límite a la autonomía de la voluntad²⁷, con el fin de asegurar la creación de preceptos negociales social y jurídicamente idóneos a la regulación de los intereses a los que están destinados: son normas limitativas.

2º) Las normas que prevén y establecen la nulidad parcial una cláusula, verificándose una reducción ya en la cantidad del objeto ya en los efectos que despliega: son normas reductoras.

3º) Aquellas que además de establecer la nulidad de la cláusula, ordenan que su contenido sea sustituido con un contenido previsto por la Ley: son normas sustitutivas.

El primer grupo de normas, las que hemos denominado limitativas, son las más numerosas especialmente en lo referente al Derecho sucesorio. En líneas generales, los principales artículos que contienen tal tipo de prescripción son²⁸:

- Artículo 458, que prohíbe los pactos sucesorios²⁹.

²⁷ Al respecto véase nuestro capítulo tercero y, específicamente, (citados por CRISCUOLI): MESSINA. *Nogozzi fiduciari. Parte generale*. Città di Castello, 1910. Págs. 80 y SS. CESARINI. SFORZA. "Libertá contrattuale e ordine corporativo". En *Diritto del lavoro*, 1937. Pág. 305. D'EUFEZIA. *L'autonomia privata ed i suoi limiti nel diritto corporativo*. 1942. SANTORO-PASSARELLI. "L'autonomia privata nel diritto di famiglia". En *Diritto e giurisprudenza*, 1945. SCONGAMIGLIO. Op. Cit. Págs. 153 y SS. WEBER. *Wirtschaft und gesellschaft*. 1925. Págs 422 y SS. STAMLER. *Rechtsphil. Abh. U. Vort.*, 1911, I, 331).

²⁸ Cfr. CRISCUOLI. *La nullitá parziale...* Cit. Págs. 74 y SS. Este es un elenco que tiene carácter ejemplificativo con los casos que se dan con mayor frecuencia, pues no cabe duda que son más los casos que pueden dar lugar a hipótesis de nulidad parcial de carácter limitativo en el ámbito sucesorio.

²⁹ Tal es un límite de orden general a la autonomía de la voluntad donde no se prevé específicamente una nulidad parcial, pero al referirse a que serán inválidas aquellas "convenciones o actos" que sean dispuestos mediante pacto sucesorio, se está refiriendo a la posibilidad de que en un testamento se contengan una diversidad de cláusulas y que unas tengan su fundamento en el pacto y otras no, con lo cual éste sí puede ser parcialmente nulo en cuanto a aquellas cláusulas fundadas en el pacto y válido en cuanto al resto, por supuesto respetando los límites generales, esto es, que el testamento contenga una pluralidad de disposiciones, que pueda sobrevivir sin aquello que es nulo con entidad propia suficiente, etcétera (Vid. FERRARA, F. *Teoria del negozio illecito...* Cit. Págs. 102 y SS. CICU. *El testamento*. Cit. Págs. 30 y SS. GANGI. *La successione testamentaria*. Cit. Tomo I. Págs 35 y SS. MESSINEO. *Manual de derecho civil y comercial*. Tomo III. Págs 75 y SS. Trad. española de SENTÍS. Buenos Aires, 1971. BRUNELLI. ZAPULLI. *Il libro delle successioni e le donazioni*. Pág. 12. Milán, 1951. AZZARITI. MARTINEZ. AZZARITI. Op. Cit. Págs. 9 y SS).

- Artículos 596, 597, 598 y 599, sobre la incapacidad para recibir por testamento³⁰.
- Artículo 606, que establece la nulidad de las disposiciones testamentarias que adolecen algún defecto de forma³¹.
- Los artículos 625, 626, 628, 629, 632 y 632 párrafo primero, como normas generales acerca de la institución de heredero³².

³⁰ Independientemente de que resulte probada la captación de la voluntad del testador o no, estos artículos establecen que ciertas personas no pueden recibir nada del testador, ni siquiera mediante la interposición de un tercero, como son: el notario, el tutor, los testigos... en las condiciones previstas por la Ley en atención a la posición que ostentan respecto del causante, tanto en el caso de que tal disposición sea el contenido único del testamento como que sea alguna disposición en concreto dentro de un número de ellas, con lo cual resultaría la nulidad parcial de éste respecto de la que es nula y será válido por todo el resto (Vid. CICU. *El testamento*. Cit. Págs. 180 y SS. D'AVANZO. Op. Cit. Tomo II. Pág. 681. GANGI. *La successione testamentaria*. Cit. Tomo I. Págs. 298 y SS. AZZARITI. MARTINEZ. AZZARITI. Op. Cit. Págs. 324 y SS).

³¹ Esta es una norma general que establece que serán nulos aquellos testamentos que carezcan de las formalidades establecidas por la Ley (de manera parecida a nuestro artículo 687) pudiendo la nulidad alcanzar, tanto al instrumento en su conjunto, como a alguna o algunas de las singulares disposiciones en él contenidas, cobrando una especial relevancia en cuanto al ológrafo, pues al estar escrito por el causante y no revisado por ningún experto, es especialmente susceptible de contener algún vicio que lo pueda anular no sólo completamente, sino también parcialmente (Vid. ASTRALDI. *Le nullità formali del testamento olografo*. Cit. Págs. 94 y SS; y 187. ALLARA. *Il testamento*. Cit. Pág. 104. BIONDI. *Autonomia delle disposizioni...* Cit. Col. 566. CICU. *El testamento*. Cit. Págs 51 y SS. GANGI. *La successione testamentaria*. Cit. Tomo III. Págs. 112 y SS. MESSINEO. *Manual de Derecho civil...* Cit. Tomo III. Págs. 83 y SS. VOICI. "In tema di sottoscrizione parziale di testamento olografo". En *Giurisprudenza italiana*, 1950. Col. 53. CARRESI. "Osservazioni in tema di disposizioni aggiunte nel testamento olografo". En *Giurisprudenza completa di Cassazione civile*, 1951. Pág. 132. TRABUCCHI. "La sottoscrizione del testatore puó costituire una presunzione semplice di volontà testamentaria definitiva?" En *Giurisprudenza italiana*, 1953. Col. 313. BRUNELLI. ZAPULLI. Op. Cit. Pág. 301. CRISCUOLI. "Sulla validità delle modifiche inserite di pugno del testatore nell'olografo in precedenza formato, dattato e sottoscritto". En *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 1956. Pág. 330. QUINTAVALLA. "Nullità formali del testamento olografo". En *RTDPC*, 1957. Pág. 423. AZZARITI. MARTINEZ. AZZARITI. Op. y loc. Cit. en nota anterior.

³² El artículo 625 trata la resolución del conflicto entre voluntad efectiva y declaración cuando hay error sobre la persona instituida o la cosa objeto de la disposición, imponiéndose el superior valor de la primera sobre la segunda cuando pueda así deducirse sin equívoco, mientras que si la indicación de la persona o de la cosa no resulta lo suficientemente clara de la declaración o de la voluntad testamentaria, el mandato debe ser tenido como nulo (Vid. CICU. *El testamento*. Cit. Págs. 133 y SS. GANGI. *La successione testamentaria*. Cit. Tomo III. Págs. 78 y SS. MESSINEO. *Manual de Derecho civil...* Cit. Tomo III. Págs 158 y SS).

El artículo 626 establece que el testamento será nulo parcialmente cuando una o más de sus cláusulas se funde sobre una causa ilícita; si ésta lo inspira en su totalidad, entonces éste será inválido íntegramente (Vid. BARASSI. *Le successioni per causa di morte*. Milán, 1944. Pág. 382. CICU. *El testamento*. Cit. Págs. 139 y 195 y SS. ALLARA. *Principi di diritto testamentario*. Turín, 1957. Págs. 44 y 66. SANTORO-PASSARELLI. *Doctrinas generales...* Cit. Págs. 227 y SS. RESCIGNO. *Diritto privato...* Cit. Pág. 347).

- Los artículos 634, 635, 636 párrafo primero, 637 y 647 acerca de las disposiciones a condición, término y modo³³.
- Los artículos 651 párrafo primero, 652, 654, 655, 656 y 673 referidas a los legados³⁴.

En el artículo 628 se fija el canon general de individualización de la persona llamada a suceder, a efectos de que la ejecución de las últimas voluntades sea posible: de no ser ésta posible, el testamento será nulo parcialmente si ello no es posible con relación a una o unas disposiciones, y totalmente si es respecto al entero instrumento (Vid. BARASSI. *Le successioni per causa...* Cit. Pág. 333. CICU. *El testamento...* Cit. Págs. 186 y SS. ALLARA. *Principi di diritto...* Cit. Pág. 107. GANGI. *La successione testamentaria.* Cit. Tomo III. Pág. 87. MESSINEO. *Manual de Derecho civil...* Cit. Tomo III. Pág. 173). Paralelamente, el artículo 629 determina las consecuencias de la indeterminación cuanto al objeto, también en concreto lo que sucede en relación a los bienes dispuestos a favor del alma (Vid. BARASSI. *Le successione per causa...* Cit. Pág. 394. CICU. *El testamento.* Cit. Pág. 189. GANGI. Op. Cit. en esta misma nota. Pág. 90).

Los artículos 631 y 632 establecen la prohibición de injerencia de terceros en la determinación del contenido de todo tipo de testamentos, siendo nulas todas las disposiciones que se dejen al arbitrio de un tercero, tanto en relación al elemento subjetivo como al objeto, pudiendo resultar éste, como ocurre con los casos anteriormente expuestos, nulo total o parcialmente dependiendo del alcance de la causa de nulidad a todo o a parte de él (Vid. SANTORO-PASSARELLI. "La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo". En *Rivista di diritto privato*, 1932. Págs. 275 y SS. BARASSI. *Le successioni per causa...* Cit. Pág. 336. CICU. *El testamento.* Cit. Págs. 24 y SS. ALLARA. *Principi di diritto...* Cit. Pág. 112. GANGI. *La successione testamentaria.* Cit. Tomo III. Págs. 109 y SS. MESSINEO. *Manual de Derecho civil...* Cit. Tomo III. Págs. 163 y SS).

³³ Son especialmente relevantes los artículos 634 y 647 párrafo tercero, que establecen el régimen jurídico de la condición y el modo imposible o ilícito incorporado a una disposición testamentaria, sancionándose su nulidad, sea total, parcial o incluso únicamente la condición o modo, el cual no contagiará la nulidad que le afecta a la disposición a la que va unido (Vid. SCUTO. *Il modus nel diritto civile italiano.* Palermo, 1909. Págs. 332 y SS. BARASSI. *Le successioni per causa...* Cit. Págs. 408 y 419. CICU. *El testamento.* Cit. Págs. 195 y SS. y 286 y SS. FEDELE. Op. ult. Cit. Pág. 153. CONTURSI LISI. *Sussessione testamentarie.* En RTDPC, 1948. Pág. 916. GANGI. *La successione testamentaria.* Cit. Tomo III. Págs. 109 y SS. GIANPICCOLO. Op. Cit. Pág. 154. MESSINEO. *Manual de Derecho civil...* Cit. Tomo III. Págs. 134 y SS); no es así, sin embargo, en relación al artículo 635, según el cual, la condición o carga ilícita es nula y vicia la disposición a la que va unida, verificándose una nulidad total si va conectada con el testamento como todo y parcial si afecta a una disposición concreta.

El artículo 637 establece que es nulo el término desde o hasta el que debe iniciarse o cesar el efecto de la disposición testamentaria a título universal, y que la nulidad no se comunica a la institución de heredero, siendo la únicamente nula la disposición en cuanto a la limitación temporal y no la disposición en sentido estricto (Vid. BARASSI. *Le successioni per causa...* Cit. Pág. 405. CICU. *El testamento.* Cit. Pág. 290. ALLARA. *Principi di diritto...* Cit. Pág. 136. GANGI. *La successione testamentaria.* Cit. Tomo III. Pág. 41. GIANPICCOLO. Op. Cit. Pág. 155. MESSINEO. *Manual de Derecho civil...* Cit. Tomo III. Pág. 137).

³⁴ Según los artículos 651 párrafo primero, 654 párrafo primero, 655, 656 y 673 un legado es nulo, respectivamente, cuando el objeto de éste pertenezca al gravado o a un tercero y el causante no tenía noticia de ello; cuando el testador lega una cosa concreta o determinada en el género pero de entre las de su patrimonio y no se encuentra en él en el momento de su muerte; si se legan cosas que hayan de ser cogidas de cierto sitio y no se encuentren en él cuando se legan cosas propiedad del legatario en el momento de otorgarse el testamento y continúan en su poder a la apertura de la sucesión; y finalmente, cuando la cosa concreta perezca o desaparezca enteramente en vida del testador. Tales hipótesis pueden ser causas de nulidad parcial del testamento al que se encuentran

- El artículo 679 que establece la prohibición de la renuncia a la facultad de revocar³⁵.
- El artículo 692 párrafos tercero y cuarto, que tratan la sustitución fideicomisaria³⁶.
- El artículo 713 párrafo primero, sobre la facultad de pedir la partición del caudal hereditario³⁷.

incorporadas en el caso de que éste contenga otra u otras disposiciones válidas (Vid. CICU. *El testamento*. Cit. Págs. 332 y SS. GANGI. *La successione testamentaria*. Cit. Tomo III. Pág. 209 y SS. MESSINEO. *Manual de Derecho civil...* Cit. Tomo III. Págs. 347 y SS)

Concretas hipótesis de nulidad parcial del propio legado son las contenidas en los artículos 652, 654 párrafo segundo y 655. El primero establece que si pertenece al testador una parte de la cosa legada o de un derecho sobre ella, la manda será válida sólo en lo relativo a esa parte o derecho, salvo que resulte de la voluntad de testador que era su deseo llegar la cosa en su integridad; así pues, éste sería sólo parcialmente válido, obviando la última salvedad, en aquello sobre lo que el causante es el propietario. El segundo y el tercero, a la par del primero, establecen que es nulo el legado de cosa que en parte ha desaparecido y el de cosa que ha de ser cogida de cierto sitio y allí sólo hay una parte de ella.

³⁵ Con el artículo 679 se pretende asegurar al causante la posibilidad de expresar verdaderamente su última voluntad en cualquier momento y, por tanto, poderla modificar a su libre albedrío cuando le plazca hasta el último momento de su vida, confirmando el principio fundamental de que el testamento es un acto esencialmente revocable. Con tal fundamento éste artículo ordena que sea nula cualquier renuncia al poder de revocar o cambiar las propias disposiciones testamentarias. Tales cláusulas a veces se introducían de manera accesoria (por razones históricas esto se hacía con la intención de evitar la posibilidad de ser obligado por la fuerza a revocar un testamento que se deseaba mantener o que ello valiera sólo mediante una determinada fórmula consistente en palabras o signos. Vid. ALBADALEJO. *Curso de Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 364) o incluso de manera principal, siendo la nulidad parcial en uno y total en el otro caso (Vid. FERRARA, F. *Teoria del negozio illecito...* Cit. Pág. 155. CICU. *El testamento*. Cit. Pág. 19. MESSINEO. *Manual de derecho civil...* Cit. Tomo III. Pág. 145. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 79).

³⁶ En este artículo se fijan los límites generales dentro de los cuales una disposición testamentaria relativa a una sustitución fideicomisaria es válida, limitado el vínculo a la primera transmisión y a los bienes de la parte disponible del patrimonio hereditario y estableciendo que se puede hacer a favor de los hijos, incluido el *nasciturus*, o de los hermanos del testador o de un ente público: fuera de estos límites, según el párrafo tercero, la disposición relativa a la sustitución es nula. La nulidad de ésta no compromete la validez de la institución de heredero o de los legados, con lo cual el testamento se conservaría parcialmente válido para estas cuestiones (Vid. BARASSI. *Le successioni per causa...* Cit. Pág. 439. BRUNELLI. "L'ammisibilità della sostituzione fideicomisaria nell'ambito familiare". En *Rivista di diritto matrimoniale*, 1942. Pág. 209. NATOLI. *L'amministrazioni dei beni ereditari*. Tomo II. Pág. 22. Milán, 1949. CARIOTA-FERRARA. Op. Cit. Pág. 302. GANGI. *La successione testamentaria*. Cit. Tomo III. Págs. 85 y SS. BOLOGNA. Op. Cit. Pág. 1115).

³⁷ Se fija en este artículo el derecho de los coherederos a pedir que se parta la herencia para la que están llamados. Por ello, cualquier cláusula encaminada a impedir o limitar excesivamente el ejercicio de tal derecho será nula, excepto si se encuentra dentro de los límites establecidos en los párrafos 2º y 3º del propio artículo (Vid. BELLOTTI. *La divisione dell'ascendente*. Padova, 1933. CICU. *La divisione ereditaria*. Págs. 359 y 386. Milán, 1947. MENGONI. *La divisione ereditaria*. Pág. 156. Milán, 1950).

Normas limitativas que son potenciales generadoras de casos de nulidad parcial fuera del ámbito sucesorio las encontramos también en relación al resto de los principales negocios jurídicos, como en las donaciones (artículos 771, párrafo primero referente a la donación de bienes futuros³⁸, y 788, 794 y 795 sobre particulares efectos de las donaciones³⁹) y, especialmente en gran abundancia el cuanto a los contratos⁴⁰.

El segundo grupo de normas, que hemos denominado reductoras, comprende aquellas que conminan la nulidad parcial de una determinada disposición, operando una reducción en la cantidad de su objeto o la duración de sus efectos. Un ejemplo de ellas es el artículo 713 párrafo tercero Cci que determina los límites temporales que se pueden imponer a la facultad de solicitar la partición, ordenando que el testador puede disponer que la partición del caudal hereditario no se realice hasta transcurrido un período de tiempo desde su muerte, el cual no puede exceder de cinco años. Si impusiera un término mayor, éste se reduciría automáticamente hasta los cinco años que impone la Ley, conservándose todo el resto del testamento sin variación alguna⁴¹. La función de este tipo de normas no difiere de la de las limitativas, poniendo ambas un límite a la autonomía privada⁴².

³⁸ Si la donación contiene una lista de bienes, unos presentes y otros futuros, será nula respecto a estos últimos.

³⁹ El artículo 794 establece que si la donación está gravada con una carga ilícita o imposible, será nula la carga, la cual se considerará como no puesta; el 795 no admite que en las donaciones operen las sustituciones más que en los límites establecidos para los actos de última voluntad; el 788 prevé la nulidad total de la donación en el caso de ser hecha basándose en un motivo ilícito, mientras que operará una nulidad parcial en el caso de donarse más bienes por un motivo ilícito, con lo que lo nulo será sólo el exceso, permaneciendo válida la parte de la donación hecha con motivo lícito (Vid. CARIOTA-FERRARA. Op. Cit. Pág. 302. TORRENTE. "La donazione". En *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por CICU y MESSINEO. Págs. 337, 414 y 485 y SS. Milán, 1956. CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 81).

⁴⁰ El listado sería digno de una monografía exclusiva. Como ejemplos podemos aquí mencionar, en cuanto a la teoría general, los artículos 1350 y 1352 referentes a la forma de los contratos, 1354 y 1355 en cuanto a las condiciones ilícitas o imposibles, el 1462, que contiene la cláusula *solve e repete* en el ordenamiento privado italiano... y en cuanto a los contratos en particular, el artículo 957 constitutivo de la enfiteusis, el 1261 sobre la cesión de créditos, el artículo 1342 que se refiere a los contratos de adhesión, etc.

⁴¹ Vid. CICU. *La divisione ereditaria*. Cit. Pág. 360. CARIOTA-FERRARA. Op. Cit. pág. 302. Otras normas reductoras fuera del ámbito sucesorio incluyen los artículos 979, sobre la duración

Un tercer grupo de normas, denominadas sustitutivas, tienen como función la sustitución del contenido nulo de la cláusula por un contenido legal predeterminado y que es el que las partes deberían haber incluido pero no hicieron, y el ordenamiento coactivamente les impone, interfiriendo con la autonomía de la voluntad manifestada en la autorregulación negocial. Ello significa que existe una voluntad legislativa de mantener con vida el acto, pues en el caso de las normas sustitutivas, la cláusula no decae, lo cual podría dar lugar a la desaparición del acto si esta cláusula fuera esencial, sino que sustituye su contenido no acorde con la Ley, por otro que lo es, aumentando las posibilidades de que el acto o negocio sobreviva.

Para concluir, apuntar una diferencia entre nuestro ordenamiento y el italiano acerca de las formas de invalidez del testamento consistente en la aceptación, sin dudas en el transalpino, de la anulabilidad, y por tanto, de la anulabilidad parcial del testamento⁴³. La opción nulidad-anulabilidad aparece en relación a éste con igual fuerza que con respecto al contrato⁴⁴. Son anulables las singulares disposiciones contenidas en un testamento, sin perjuicio de la

máxima del usufructo (Vid. DE MARTINO. "Dell'usufrutto". En *Commentario al Codice civile*, dirigido por SCIALOJA. Libro III. Pág. 121. Bologna, 1951); 1111 sobre la disolución de la comunidad (BRANCA. "Della comunione". En *Commentario...* dirigido por SCIALOJA. Cit. Tomo III. Págs. 213 y SS); art. 1865 sobre el contrato de renta vitalicia: (TORRENTE. "Della rendita perpetua". En *Commentario...* dirigido por SCIALOJA. Tomo IV. Pág. 35. Bologna, 1958); 2596 sobre los límites contractuales de la competencia (RIVA SANSEVERINO. "Dell'impresa in generale". En *Commentario...* dirigido por SCIALOJA. Tomo V. Pág. 375. Bologna, 1943); etc.

⁴² Es por ello que hay quien se cuestiona la necesidad de matizar la diferenciación entre limitativas y reductoras, pues su parecido es tal que la segunda podría ser perfectamente un subtipo de la primera (Vid. NICOLÓ. Op. Cit. Pág. 381). En contra, CRISCUOLI. *La nullità parziale...* Cit. Pág. 90.

⁴³ Vid. BARBERO. *Sistema del derecho...* Cit. Tomo V. Págs 298 y SS. BETTI. *Teoría general del negocio...* Cit. Págs. 360 y SS. CARIOTA-FERRARA. Op. Cit. Págs. 289 y SS. GANGI. *La successione testamentaria*. Cit. Tomo III Pág. 139. STOLFI. Op. Cit. Págs. 95 y SS. MESSINEO. *Manual de derecho civil...* Cit. Tomo III. Pág. 155 y SS. SCOGNAMIGLIO. Op. Cit. Págs. 395 y SS. AZZARITI. MARTINEZ AZZARITI. Op. Cit. Págs. 591 y 592. BIGLIAZZI GERI. "Il testamento". En *Trattato di diritto...* dirigido por RESCIGNO. Cit. Pág. 163.

⁴⁴ Para BIGLIAZZI GERI ("Il testamento". En *Trattato di diritto...* Cit. Tomo 6. Pág. 163) es aún más importante debido a que con la muerte del testador la diferencia entre el pronunciamiento enunciativo de la sentencia de nulidad y el constitutivo de la de anulación destinada a producir efectos *ex tunc* cobra especial relevancia respecto de la eficacia del testamento.

validez del resto del instrumento⁴⁵, por vicios en la voluntad del testador, como es el caso de incurrir en error, dolo o violencia, incluido el error sobre el motivo, tanto de hecho como de derecho, con la condición de que resulte del testamento y que haya sido el único determinante de la disposición de que se trata, conforme a artículo 624 Cci⁴⁶. También lo son las que hayan sido dictadas en casos de captación de la voluntad del testador mediante dolo o violencia.

A diferencia de lo que ocurre en los negocios *inter vivos* la acción de anulabilidad del testamento puede ser ejercitada por cualquiera que pueda demostrar un interés legítimo. La razón por la que la legitimación para ejercerla no puede competir a los mismos a quienes la Ley se la reconoce para los actos *inter vivos*, es que el sujeto, en el momento en que se plantea el problema de elegir entre anulación y conservación, ha fallecido, y la única manera de que la voluntad del testador sea respetada es ofreciendo el poder de impugnación a cualquier interesado que conozca que su voluntad se encontraba viciada en el momento del otorgamiento, según dicta el artículo 591 Cci⁴⁷. La acción de anulabilidad prescribe a los cinco años desde que haya sido ejecutada la disposición testamentaria⁴⁸.

Finalmente ya, apuntar dos extremos: primero, que la acción de nulidad parcial de testamento, equivalente a la de nulidad total en casi todos sus aspectos como ya vimos en su momento, es en este ordenamiento de carácter

⁴⁵ Cfr. BARBERO. *Sistema del Derecho...* Cit. Tomo V. Pág. 298.

⁴⁶ Véase, al respecto de la aplicación de principio de conservación del testamento según el artículo 624 Cci, la Sentencia de la Corte Suprema de Casación de 20 de octubre de 1981.

⁴⁷ CICU. *Il testamento*. Cit. Págs. 161 y 162. GIANPICCOLO. *Op. Cit.* Pág. 204. LIPARI. *Op. Cit.* Pág. 205. BIGLIAZZI GERI. "Il testamento". En *Trattato di diritto...* Cit. Pág. 175. En contra, sin embargo, se manifiesta ALLARA (*Il testamento*. Cit. Págs. 169 y 170) pues pone en duda que la anulabilidad pueda responder a los principios generales del derecho sucesorio, pero debe tenerse en cuenta que su obra está escrita bajo los auspicios del Código de 1865, con lo cual no entran en juego las normas arriba citadas.

⁴⁸ Así se desprende de los artículos 1422 párrafo primero, 624, 606 párrafo segundo y 591 Cci.

imprescriptible⁴⁹, y que la disciplina dictada en el artículo 1423, referente a la conversión del contrato nulo, no es aplicable como doctrina general negocial al testamento⁵⁰.

⁴⁹ Tal afirmación no encuentra su base en los artículos 1420, 1421 y 1422 Cci relativos a la acción de nulidad del contrato, pues la doctrina coincide en que su traslado al ámbito testamentario es imposible (Cfr. D'AVANZO. Op. Cit. Tomo II. Pág. 838. LIPARI. Op. Cit. Pág. 389. BIGLIAZZI GERI. "Il testamento". En *Trattato di diritto...* Cit. Pág. 173), sino del juego de los artículos 480 y 533, referentes respectivamente a las acciones de aceptación de herencia, con su normal plazo de prescripción, y a la imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia. Por ello afirma LIPARI (Op. Cit. Pág. 390) que el testamento encuentra, en éste y otros muchos extremos, en su propia disciplina las motivaciones relativas a su sistematización dogmática.

⁵⁰ En contra de lo que se pudiera pensar, esto no es pacífico entre la doctrina. Para ALLARA (*L'elemento volitivo nel negozio testamentario*. Turín, 1964. Pág. 71) tal disciplina es perfectamente aplicable al testamento en ciertos casos al amparo de la aplicación del principio de conservación. De igual modo: GRASSETTI. Voz "Conservazione". En ED. Cit. Pág. 176).

2. Derecho alemán.

El Código civil alemán reconoce diversas formas de nulidad negocial, como es pauta general en los ordenamientos de tipo continental; la que nos ocupa, la parcial, referida primeramente al negocio jurídico como categoría general, se regula en el párrafo 139 del BGB, el cual reza textualmente:

“Si una parte de un negocio jurídico es nula, es nulo todo el negocio jurídico, si no ha de entenderse que sería celebrado incluso sin la parte nula”⁵¹.

Tal norma se encuadra en la teoría general del sistema de invalidez del BGB como un desarrollo o matización⁵², de cara a la nulidad parcial para con el principio general de la nulidad negocial, que se encuentra recogido en los párrafos 134 y 138 BGB, y que imponen la invalidez del negocio jurídico por atentar contra las que son “fuentes típicas del ordenamiento alemán”⁵³, estableciendo⁵⁴:

⁵¹ Trad. española de MELÓN INFANTE en el tomo V (apéndice) de ENNECCERUS. KIPP.WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Pág. 27. En su idioma original reza: “Ist ein Teil eines Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde”

⁵² O bien, “excepción”, como ofrece la posibilidad de denominarla RUIZ MUÑOZ (Op. Cit. Pág. 46).

⁵³ Vid. ENNECCERUS. KIPP WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo I, vol. 2, 2º. Pág. 603 y SS. LARENZ. *Derecho civil. Parte general*. Trad. Española de IZQUIERDO. Págs 585 y SS.

⁵⁴ Trad. española de MELÓN INFANTE en el tomo V (apéndice) de ENNECCERUS. KIPP.WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Págs. 26 y 27. Son limitaciones de marcada impronta moral propia del liberalismo clásico que persigue la pureza de las normas morales en el tráfico negocial (Vid. RUIZ MUÑOZ. Op. Cit. Pág. 46. CASELLA. Op. Cit. Pág. 41. SIMLER. Op. Cit. Pág. 428. HATTENHAUER. *Los fundamentos histórico ideológicos del Derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia*. Trad. española de IZQUIERDO. Págs. 252 y 307. Madrid, 1981. WIEACKER. *Storia del diritto privato moderno*. Trad. italiana de SANTORELLI y FUSE. Tomo I. Pág. 450. Milán, 1980). Para RUIZ MUÑOZ (Op. Cit. Págs. 47 y 48) el párrafo 139 sería innecesario por que los párrafos 134 y 138 ya hacen referencia implícita a la nulidad parcial del negocio, el primero por alusión a la propia Ley y el segundo a través del concepto de inmoralidad. Ciertamente la expresa mención y reconocimiento jurídico-legal de la nulidad parcial podría no ser necesaria (como ocurre en nuestro Código civil, que, al fin y al cabo termina admitiendo la figura con tanta intensidad como en Italia y Alemania cuyos Códigos civiles sí la reconocen explícitamente), aunque no puede dejar de expresarse que sí es, por lo menos, conveniente desde al punto de vista dogmático y de sistematización legal (Cfr. SIMLER. Op. Cit. Pág. 438): ello aporta unas líneas directrices y un criterio para el entendimiento del principio que permite superar un buen número de dudas que se plantean, y que ya no es necesario superar con un análisis doctrinal y jurisprudencial.

134: “Un negocio jurídico que vaya contra una prohibición legal es nulo, si otra cosa no se deduce de la Ley.”

138: “Un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres es nulo”.

Es en especial nulo un negocio jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o se procure para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma e valor de la prestación, que según las circunstancias estén en manifiesta desproporción con dicha prestación.

La solución que ofrece el Código civil alemán es que, en caso de duda, la presunción es la contraria al principio *utile per inutile non vitiatur*, y la posible nulidad parcial debe ser considerada total, a menos que sea de suponer que el negocio se habría concluido aun sin la parte nula⁵⁵. Tal norma, aparece en principio, pues, como todo lo contrario al artículo 1419 Cci por establecer soluciones opuestas al mismo supuesto de hecho⁵⁶: en el ordenamiento italiano (y también en el español aunque ninguna norma lo establezca expresamente) la parcial es la regla general y el negocio se conservará, mientras que en el sistema germano la regla será la total del negocio que contiene una parte nula y la excepción la parcial. Así, en caso de duda debe aplicarse la figura de la nulidad total⁵⁷ y sólo si las partes lo desean o lo hubieran deseado, se podrá utilizar

⁵⁵ Cfr. OERTMANN. *Invalidez e ineficacia...* Cit. Pág. 74. El citado autor ha criticado tal solución legal por encontrarla demasiado rígida desde el punto de vista práctico y basarse en una concepción legal unitaria del negocio contraria a la realidad, pues según la solución dada por el parágrafo 139 BGB, el que pretenda la conservación parcial debe probar que el mismo se habría concluido en todo caso, y ello aunque se trate de una cláusula secundaria o de mínima importancia, lo cual califica de absurdo dentro de una norma de alcance general como ésta (Vid. GÓMEZ MARTINHO-FAERNA. Op. Cit. Pág. 345).

⁵⁶ Con una diferencia importante, como hace notar GANDOLFI (*Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*. Cit. Pág. 1054): el artículo 1419 Cci. en una norma de aplicación general, como vimos, mientras que el parágrafo 139 BGB enuncia la nulidad parcial como una hipótesis excepcional.

⁵⁷ Cfr. MAYER-MALY. En *Munchener kommentar zum BGB*. Tomo I. Págs. 1055 y SS. Munich, 1984.

entonces la figura de la nulidad parcial⁵⁸. Si el negocio ya se ha comenzado a ejecutar, deben ser las partes, a través de la exteriorización o indagación hipotética de su voluntad, quienes decidan si debe continuar desplegando los efectos que aún le sean posibles sin la parte nula o debe invalidarse totalmente⁵⁹.

El parágrafo 139 BGB sirve para toda clase de negocios jurídicos⁶⁰, y, aunque se presupone que a los que puede aplicarse han de ser divisibles, pues se hace referencia a la “parte”⁶¹, ello no es óbice para que se pueda utilizar también para negocios unitarios si una o unas de sus cláusulas son nulas, a condición de que la partición del negocio sea practicable; éste es también divisible cuando en él están interesadas varias personas⁶².

⁵⁸ La razón estriba en que un regulación negocial puede considerarse deseada por las partes si éstas así lo revelan (Vid GANDOLFI. *Nullità parziale e dimensione...* Cit. Pág. 1054. Véase también la jurisprudencia que cita respecto a la intencionalidad de la norma en relación al consentimiento en la actuación de las partes).

⁵⁹ Ha sido la jurisprudencia la que ha enunciado, por grupos de casos, las soluciones substancialmente típicas (Cfr. GANDOLFI. *Nullità parziale e dimensione...* Cit. Pág. 1056), que pueden consultarse en MAYER-MALY. Op. Cit. Tomo I. Pág. 1061. El primero (Op. y loc. Cit.) ha observado que el tratamiento de la nulidad parcial según el parágrafo 139 BGB puede efectuarse de dos formas: primero, teniéndose en cuenta el intento específico de las partes con la finalidad de poner de relieve si la utilización del propio criterio en sí proporcione el resultado deseado; y segundo, mediante una operación abstracta de reducción de la entidad de la prestación, para llevarla a los límites dentro de los cuales el ordenamiento consiente (a menos que se verifique que la parte o cláusula nula puedan ser descartadas del negocio sin comprometerlo en su integridad, siempre que quede con la suficiente entidad lógico-económica para subsistir autónomamente).

⁶⁰ Cfr. ENNECCERUS. KIPP. WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo I, vol. 2, 2º. Pág. 731.

⁶¹ Hay divisibilidad (Cfr. ENNECCERUS. KIPP. WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo I, vol. 2, 2º. Pág. 732) cuando se trata de un negocio que, en cuanto a su contenido objetivo, se compone de varios de ellos individuales unidos en un todo por la voluntad de las partes: lo verdaderamente importante es que constituyan una unidad económica y que esta sea la deseada. Si no existe esa conexión interna, entonces no es aplicable el parágrafo 139 BGB. Los casos de divisibilidad entran dentro de una concepción amplia de la idea que pueda dar cabida a un número holgado de hipótesis de nulidad parcial que se puedan presentar en la práctica, para así poder responder con generosidad al principio de conservación y sus criterios prácticos y económicos. A pesar de ello el ordenamiento privado alemán parte de la indivisibilidad del negocio como norma (Vid. SIMLER. Op. Cit. Pág. 424 e *ibid.* la bibliografía allí citada), planteándose la necesidad de la búsqueda de la voluntad de las partes, real o hipotética subsidiariamente, sobre su deseo de pervivencia o no del negocio cuando fuera eliminada la parte nula.

⁶² Vid. ENNECCERUS. KIPP. WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo I, vol. 2, 2º. Págs. 733 y 734. LARENZ. *Derecho civil...* Cit. Pág. 731. SIMLER. Op. Cit. Págs. 419 y 430 y SS.

La consecuencia directa principal del parágrafo 139 BGB, es que la carga de la prueba va a recaer sobre quien intente mantener con vida el negocio jurídico, ya sin la parte nula⁶³. El inconveniente práctico que presenta este sistema⁶⁴ es que se puede convertir en un incentivo para el incumplimiento de las obligaciones derivadas del negocio, pues si por el contrario, la parte que interesa la nulidad total tuviera la carga de la prueba, el elemento probatorio caería dentro de su esfera de influencia, y sería por tanto, perfectamente controlable por quien ha de plantearla. Por ello la doctrina estima que en ciertos casos la carga de la prueba debe ser invertida, haciéndola recaer sobre quien desee la nulidad total del negocio⁶⁵.

En esta línea de ideas, se puede afirmar que hay en el BGB un buen número de preceptos que expresamente invierten la carga de la prueba, favoreciendo la nulidad parcial sobre la total⁶⁶. Es por ello que puede decirse que el parágrafo 139 tiene un valor subsidiario para aquellos casos en los que no se ordene expresa o tácitamente uno u otro tipo de nulidad. En especial nos

⁶³ Tal prueba va a consistir en aportar una serie de datos y conclusiones que lleven al juez al convencimiento de que la solución más ajustada a derecho es mantener el negocio con vida; algo extremadamente difícil, ya que se debe probar algo que se sale de la esfera de influencia de quien está obligado a probar, pues gira entorno a los intereses de la parte contraria, al tener que demostrar que ésta lo habría concluido aún sin la parte nula y que no tiene interés razonable en su extinción (Cfr. SIMLER. Op. Cit. Pág. 428, añadiendo que el sistema inverso es mucho más lógico y simple, primero porque son más los casos de nulidad parcial que los de total, y porque así se obliga a probar los propios intereses, y no los de tal parte contraria y en tercer lugar porque este sistema es más ajustado a la realidad jurídica).

⁶⁴ Como indica RUIZ MUÑOZ (Op. Cit. Págs. 52 y 53).

⁶⁵ Es lo que la doctrina alemana denomina "valor subsidiario del parágrafo 139". La postergación del citado precepto puede derivar tanto del tenor literal del texto normativo que provoca la nulidad parcial, como del texto legal, pero en este caso tácitamente (Vid. ENNECCERUS. KIPP. WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo I, vol 2, 2º. Págs. 606, 607 y 736 y SS. LARENZ. *Derecho civil...* Cit. Págs. 636 y SS. HEINRICHS. En *Bürgerliches gestzbuch*, de PALANDT. Págs. 128 y SS. Munich, 1988. RUIZ MUÑOZ. Op. Cit. Pág. 53. SIMLER. Op. Cit. Pág. 431), pudiendo incluso hacer referencia incluso al parágrafo 134 BGB.

⁶⁶ Véanse, por ejemplo, los parágrafos 2085, 2195, 2279.1. Vid. LARENZ. *Derecho civil...* Cit. Pág. 636. SIMLER. Op. Cit. Pág. 432. Hay otro buen número de normas en los cuales se impone la eliminación del aparte viciada del negocio, verificándose una situación de nulidad parcial, sin dar opción a la total: véanse los parágrafos 443, 476, 540, 566, 637... Vid. LARENZ. Op y loc. Cit. en esta misma nota. HEINRICHS. En *Bürgerliches gestzbuch*, de PALANDT. Cit. Pág. 131.

interesa la desviación respecto del párrafo 139 BGB que contienen los párrafos 2084 y 2085 BGB en el ámbito sucesorio, al establecer que⁶⁷:

2084: “Si el contenido de una disposición de última voluntad admite diversas interpretaciones, en la duda se dará preferencia a aquella que le permita producir efectos”.

2085: “La ineficacia de una o más disposiciones contenidas en un testamento no tiene como consecuencia la ineficacia de las demás, a menos que se demuestre que el testador no las hubiera querido sin la disposición ineficaz”.

Así cambian, en cuanto a las disposiciones de última voluntad, los términos de carga de la prueba establecidos por el párrafo 139, puesto que la nulidad de una de alguna disposición testamentaria sólo acarreará la del instrumento íntegro que la contiene si se demuestra que el testador no lo hubiera querido sin la disposición inválida⁶⁸. Se impone como regla la nulidad parcial y como excepción la total en lo relativo a las disposiciones testamentarias, invirtiéndose así los términos planteados por el párrafo 139 para los negocios jurídicos en general, como consecuencia del principio del *favor testamenti* entendido en función de la voluntad del testador⁶⁹, e infiriéndose que es digno de una protección mayor que aquella otorgada a la voluntad negocial general. Es, pues, la propia norma la que exige, por la finalidad perseguida, estimar que son criterios teleológicos proteccionistas los que guían la declaración imperativa de la nulidad parcial. La comprobación de tal exigencia puede venir dada por la frustración del fin que de otra forma se podría producir en caso de la declaración automática de la invalidez total.

⁶⁷ Trad. española de MELÓN INFANTE en el tomo V (apéndice) de ENNECCERUS. KIPP.WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit.

⁶⁸ Cfr. GÓMEZ MARTINHO-FAERNA. Op. Cit. Pág. 345. Los pactos sucesorios, sin embargo, se rigen por el párrafo 2298, cuya formulación se acerca bastante a aquella planteada por el párrafo 139 (Cfr. ENNECCERUS. KIPP. WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo I, vol. 2, 2º. Pág. 738).

⁶⁹ Para SIMLER (Op. Cit. Pág. 432 con citas de FLUME, LAPPE y PALANDT) tanto esta premisa como la establecida en el párrafo 2195 no suponen una derogación del principio general establecido en el párrafo 139, que queda como principio general subsidiario para aquellos casos en los que no hay una regla particular, como en este caso para las disposiciones de última voluntad.

Para finalizar es necesario hacer una referencia al papel que desempeña el criterio de la buena fe fundamentado en el parágrafo 242 BGB, que en gran medida ha colaborado, a favor de la nulidad parcial, a mitigar los efectos producidos por el 139, al ordenar que para poder sostener que el negocio haya de ser nulo en su totalidad se debe ostentar una posición de buena fe⁷⁰. Especialmente relevante se propone tal afirmación en los casos en los que la práctica de la prueba se hace difícil en supuestos de alegación y prueba de actitudes maliciosas o reprochables por parte de quien pretende la nulidad total⁷¹.

⁷⁰ Vid. ENNECCERUS. KIPP. WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo I, vol. 2, 2º. Pág. 736. LARENZ. *Derecho civil...* Cit. Págs. 738 y SS. WIEACKER. *El principio general de la buena fe*. Cit. Págs. 74 y SS. HEINRICH. Op. Cit. Pág. 130. SIMLER. Op. Cit. Pág. 435. ROPPO. Op. Cit. Págs. 695 y 723.

⁷¹ Vid. ENNECCERUS. KIPP. WOLF. *Tratado de Derecho...* Cit. Tomo I, vol. 2, 2º. Pág. 736. SIMLER. Op. Cit. Pág. 437. ROPPO. Op. Cit. Págs. 712 y SS. RUIZ MUÑOZ. Op. Cit. Pág. 55.

3. Derecho francés.

El Código civil francés, de manera análoga al nuestro, no contiene una bien elaborada teoría general de las nulidades⁷²: es más, dentro del ordenamiento jurídico francés todo lo referido al concepto, clases, funcionamiento y efectos de la teoría general de éstas y de los negocios jurídicos, es creación de la doctrina y la jurisprudencia nacional⁷³. Esta teoría se basa en el Derecho francés en la clasificación de las nulidades en absolutas y relativas⁷⁴, además de la categoría de la inexistencia, que algunos autores añaden a tal distinción⁷⁵. La verificación judicial es la que abre las puertas al nacimiento de efectos, esto es, para que el acto afectado de nulidad deje de producir las consecuencias jurídicas que le son propias y dé lugar a las de la

⁷² Este cuerpo legal contiene un epígrafe denominado “De la acción de nulidad o de rescisión de las convenciones” en la sección VII, ubicada en el título III, cuya leyenda es: “De los contratos o de las obligaciones convencionales en general”, el cual pertenece la libro III, referido a las diferentes formas de adquirir la propiedad. Tal sección tiene once artículos acerca a la prescripción de la acción y normas relativas a la protección de menores e incapaces.

Una comisión establecida para reformar y actualizar el Código civil francés trabajó durante los años posteriores a la segunda guerra mundial. Una subcomisión encargada de la Parte General debía redactar un nuevo título preliminar, y al efecto se prepararon dos trabajos sobre el tema de las nulidades de los actos jurídicos. Uno de ellos, elaborado originalmente por HOUIN (Cfr. *Travaux de la Commission de reforme du Code civil, 1946-1947*. Págs. 51 y SS, especialmente 57 a 59. París, 1948) incluía en la sección tercera del título preliminar siete artículos, del 19 al 25, en relación a la nulidad: sin embargo en ninguno de ellos se regula a nulidad parcial del negocio jurídico. La comisión adoptó tal propuesta con algunas reformas, pero ésta no llegó a concretarse en una ley (Cfr. LLOVERAS DE RESK. Op. Cit. Pág. 126).

⁷³ Vid. AUBRY. RAU. *Cours de droit civil français*. Tomo III. Pág. 184. París, 1856. ZACHARIAE. *Le droit civile français*. Tomo III. Parágrafo 583. París, 1857.

⁷⁴ De entre los tratadistas que tocan el tema: JOSSERAND. *Cours de droit civil positif français*. Tomo I. Pág. 89. París, 1930. MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil*. Trad. española de ALCALÁ-ZAMORA. Tomo I, vol. 2º. Pág. 335. Buenos Aires, 1960. COLIN. CAPITANT. Op. Cit. Tomo I. Págs. 85 y SS. MARTY. RAYNAUD. *Droit civile*. Tomo I. Pág. 267. París, 1962. DURRY. “Rapport sur l’inexistence, la nullité et la annullabilité des actes juridiques en droit civil français”. En *Travaux de la association Henry Capitant des amis de la culture juridique française*. Tomo XIV. Págs. 614 y SS. París, 1965. LUTZESCO. Op. Cit. Págs. 239 y SS. PLANIOL. RIPERT. *Traité pratique de droit civil français*. Tomo VI. Págs. 369 y SS. París, 1957. WEILL. TERRÉ. *Droit civil; les obligations*. Págs. 324 y SS. París, 1975.

⁷⁵ Vid. AUBRY. RAU. Op. Cit. Tomo I. Págs. 110 y SS. ZACHARIAE. Op. Cit. Tomo I. Págs. 45 y SS. BAUDRY-LACANTINERIE. *Traité theorique et pratique de droit civil*. Tomo III. Págs. 256 y SS. París, 1908. PLANIOL. RIPERT. Op. y loc. Cit. en nota anterior.

nulidad, es necesario que sea así declarado en una sentencia judicial⁷⁶. De esta manera, una vez pronunciado el tribunal sobre ello, se igualan los efectos de la nulidad y la anulabilidad⁷⁷, operando la primera retroactivamente al día de celebración del acto jurídico inválido⁷⁸. Ésta adquiere en el ordenamiento jurídico francés también un papel “preventivo”⁷⁹, pues fuera de su función represiva a la que estamos acostumbrados, este control *a posteriori* que el juez realiza de la validez de los actos jurídicos, desalentará a las partes a celebrar un acto que va a desplegar todos sus efectos normalmente, pero estará siempre pendiente de ser invalidado, si bien la nulidad sola y únicamente podrá ser declarada por el juez a instancia de persona legitimada a invocarla y dentro del plazo para hacerlo⁸⁰.

El principio de conservación como norma interpretativa negocial, la enuncia ya POTHIER⁸¹, y se encuentra reflejado en el artículo 1157 del Code⁸²,

⁷⁶ Esta opinión es casi mayoritaria entre la doctrina francesa. Vid. BAUDRY-LACANTINERIE. Op. Cit. Tomo III. Págs. 260 y SS. JAPIOT. Op. Cit. Págs. 393 y SS. MAZEAUD. Op. Cit. Págs. 337 y SS. COLIN. CAPITANT. Op. Cit. Tomo I. Pág. 80. MARTY. RAYNAUD. Op. Cit. Tomo I. Pág. 267. PLANIOL. RIPERT. Op. Cit. Tomo VI. Págs. 416 y SS. DURRY. Op. Cit. Pág. 617. En contra, sin embargo, estima que no es necesaria sentencia, pues la nulidad absoluta opera *ipso iure*: BEUDANT. *Cours de droit civile français*. Págs. 157 y SS. París, 1906.

⁷⁷ Así estima la doctrina francesa que es y debe ser en cuanto a la producción de efectos, con los inconvenientes que ello entraña, las cuales ponen de relieve PONSARD. BLONDEL (voz “Nullité”. En *Encyclopedie Dalloz*. Tomo VI. Pág. 1. París, 1993). Vid. al respecto: MAZEAUD. Op. Cit. Pág. 365. MARTY. RAYNAUD. Op. Cit. Tomo I. Pág. 269. WEILL. TERRÉ. Op. Cit. Pág. 352.

⁷⁸ AUBRY. RAU. Op. Cit. Tomo III. Pág. 184. BAUDRY-LACANTINERIE. Op. Cit. Tomo III. Pág. 317. LUTZESCO. Op. Cit. Pág. 353. MAZEAUD. Op. Cit. Págs. 367 y SS. WEILL. TERRÉ. Op. Cit. Pág. 355.

⁷⁹ Cfr. PONSARD. BLONDEL. Op. Cit. Pág. 1.

⁸⁰ Entre la doctrina gala es discutido el plazo de prescripción para la acción de nulidad absoluta (véase en detalle en PONSARD. BLONDEL. Op. Cit. Págs. 6 y SS), pues según los autores clásicos tal acción es imprescriptible, pero entre los modernos hay quien aboga por no tiene uno propio fijo y éste va dictado por el legal para la acción real o personal en base a la cual se invoca la nulidad (Cfr. JAPIOT. Op. Cit. Págs. 814 y SS); para otros que admiten la existencia autónoma de tal acción, el vencimiento irá unido a la causa de extinción que se invoque (pago de lo indebido, usucapión, posesión de buena fe...). Ello se complica aún más con la distinción doctrinal entre “excepción de nulidad” y “acción de nulidad”, cada una de ellas con una función y un tiempo de prescripción diferente.

⁸¹ En las reglas 2ª y 3ª de interpretación de las convenciones, formuladas en su *Traité des obligations*. París, 1824.

en virtud del cual, cuando una cláusula es susceptible de ser interpretada en dos sentidos diferentes, habrá de hacerse en aquél que la permita desplegar efectos y no en aquél que no se lo permita⁸³: el principio general de conservación de los negocios jurídicos existe, pues, en el Derecho privado galo. El fundamento de la nulidad parcial en este ordenamiento se encuentra en la aplicación jurisprudencial, sin embargo, no a través del principio general de conservación, sino del juego de dos artículos antitéticos del Code⁸⁴, como son los artículos 900⁸⁵ y 1172⁸⁶, correspondientes respectivamente a los actos de atribución gratuitos (incluidos los testamentos) y a los mismos a título oneroso. De ellos se desprende que la regla será la nulidad parcial en el primero, y la total en el segundo, sin embargo en leyes posteriores fuera del Code han venido proliferando normas que aplican la nulidad parcial como norma general⁸⁷, amparándose en el principio de orden público⁸⁸.

⁸² Cfr. SAVATIER. Cours de droit civil. Tomo II. Pág. 71. París, 1949. Entiende además que si la intención de las partes no se ha manifestado, es cuando se ha de aplicar el artículo 1157. Ciertamente esta no es una norma que tenga intención de interferir con la autonomía de la voluntad, sino completarla en aquellos casos en que no se ha evidenciado.

⁸³ Reza en su francés original el artículo 1157 del Code de la siguiente manera: "Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait aucun".

⁸⁴ Cfr. GANDOLFI. *Nullità parziale e dimensione...* Cit. Pág. 1060. SIMLER. Op. Cit. Págs. 313 y SS y 340 y SS.

⁸⁵ Así dice este artículo: "Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites".

⁸⁶ Éste, por su parte, establece: "Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en depend".

⁸⁷ Véanse la Ley 78-23 de 10 de enero sobre protección de los consumidores contra cláusulas abusivas (concretamente su capítulo IV) y el Decreto 78-464 de 24 de marzo sobre tutela e información de los consumidores, que da cobertura a la citada Ley 78-23.

⁸⁸ Vid. GANDOLFI. *Nullità parziale e dimensione...* Cit. Págs. 160 y 1061. MARTY. RAYNAUD. Op. Cit. Págs. 240 y SS. SIMLER. Op. Cit. Págs. 3 y SS. WEILL. TERRÉ. Op. Cit. Pág. 331. MALAURIE. AYNES. *Droit civil. Les obligations.* Págs. 263 y SS. París, 1985. GUELFUCCI. THIBIERGE. *Nullité, restitutions et responsabilité.* Págs. 286 y SS. París, 1992.

El concepto que permite a la praxis jurisprudencial introducir la noción de nulidad parcial, es la causa o condición impulsiva⁸⁹. La jurisprudencia francesa es la que probablemente ha afrontado con mayor profundidad el problema de las nulidades parciales, aplicando interpretaciones correctoras de los preceptos anteriormente citados del Code. En lo que se refiere a los actos de última voluntad, ha tenido buen cuidado en considerar la intención del disponente y evitar que las resoluciones dictadas choquen con ella⁹⁰. Tal adaptación interpretativa ha venido propiciada por haber perdido el artículo 900 del Code su sentido originario⁹¹, y ha traído como consecuencia la aproximación del régimen a que han de someter los actos a títulos oneroso y gratuito, pues en uno y otro caso la nulidad parcial habrá lugar si la cláusula o condición ilícita es esencial⁹²; partiendo de dos conceptos diferentes se ha obtenido una misma línea de actuación, con el objeto de respetar al máximo la voluntad de las partes

⁸⁹ La expresión “cause impulsive et déterminante” es casi tan antigua como el Code mismo, pues las primeras noticias que se tienen de su utilización proceden de un “Arrêt” de la Corte de Pau de 1827, en la que se trata una donación por razón de futuro matrimonio, diciendo “qu’en se dépouillant de leur biens, la cause impulsive et déterminante fut pour eux de se procurer des secours dont ils avaient besoin, cause sans laquelle...”; así podemos observar que la moderna formulación de la teoría de la causa impulsiva y determinante es consecuencia de una jurisprudencia centenaria que ha fundido los conceptos de causa y causa impulsiva y determinante en uno solo (Cfr. SIMLER. Op. Cit. Pág. 316). Con todo ello, sin embargo, no debemos entender la causa impulsiva y determinante como una figura exclusiva para resolver cuestiones dentro del ámbito de la teoría de las nulidades, pues la jurisprudencia la utiliza, en los mismos términos o también con expresiones equivalentes, para resolver problemas de diferente índole.

⁹⁰ Apoyándose en la noción de causa jurídica contenida en los artículos 1131 a 1133 del Code, la jurisprudencia ha determinado que cuando la cláusula o parte nula es a su vez causa impulsiva y determinante de la liberalidad, en este caso no sólo ésta será nula, sino que todo el negocio será declarado nulo, frente a lo que a primera vista pudiera pensarse, pues la causa misma de él está afectada de ilicitud o inmoralidad al referirse a una parte vital del mismo (Cfr. SIMLER. Op. Cit. Pág. 5).

Para el artículo 1172 ocurre precisamente lo contrario, y un negocio no será nulo en su integridad a menos que la cláusula inválida constituya la causa impulsiva y determinante del acuerdo (Cfr. SIMLER. Op. Cit. Págs. 5 y 6). Como se puede apreciar, en ambos casos las decisiones jurisprudenciales parten de una misma idea: que sea el aspecto de la parte declarada nula, sea básico (Cfr. RUIZ MUÑOZ. Op. Cit. Pág. 79).

⁹¹ Consistía éste en impedir el resurgimiento de las normas sobre sucesiones anteriores a la publicación del Code (Cfr. SIMLER. Op. Cit. Págs. 42 y SS y vid. por la bibliografía allí citada).

⁹² Vid. GANDOLFI. *Nullità parziale e dimensione...* Cit. Pág. 1061. MARTY. RAYNAUD. Op. Cit. Pág. 241. SIMLER. Op. Cit. Págs. 5 y 6. WEILL. TERRÉ. Op. Cit. Pág. 332. MALAURIE. AYNES. Op. Cit. Págs. 264 y SS.

negociales⁹³, sea a través de la voluntad real o teniendo que recurrir a la voluntad hipotética en su caso⁹⁴. El artículo 900 del Code es una norma imperativa y que se encuentra en situación de dependencia respecto de las aquellas relativas a la causa, por lo que se aplica en defecto de ellas⁹⁵, entendiendo la doctrina francesa que tal fundamento de las liberalidades se encuentra, debido a su peculiar esencia, en la propia intención liberal. Pero la causa impulsiva y determinante no es la panacea que sirva para resolver todas las cuestiones que surgen acerca de la nulidad parcial, pues tal instrumento fue concebido para ser utilizado en cuestiones relativas a las condiciones y a las obligaciones⁹⁶, y no se ha utilizado realmente para actos de liberalidad complejos ni para las estipulaciones accesorias o complementarias de los actos gratuitos simples⁹⁷. Se plantea si la aplicación jurisprudencial del principio de

⁹³ Parte de la doctrina ha criticado, no la finalidad obtenida, sino los criterios adoptados: así se ha censurado la adopción de la idea de causa en tanto en cuanto no se corresponde con la realidad, pues bajo la terminología de causa impulsiva la jurisprudencia da cabida a verdaderas condiciones y no a la causa misma de la liberalidad, probablemente como consecuencia de la tajante separación entre causa y motivo que inspira el sistema francés, siendo la primera siempre elemento necesario integrante de la obligación, mientras que el segundo no (Vid. SIMLER. Op. Cit. Págs. 320 y SS. GAUDEMET. *Teoría general de las obligaciones*. Trad. española de MACEDO. Págs. 150 y SS. Méjico, 1984).

⁹⁴ Vid. SIMLER. Op. Cit. Págs. 351 y SS. y 457 y SS. BERLIOZ-HOUIN. BERLIOZ. "Le droit des contrats face a l'évolution économique". En *Études offertes a R. HOUIN*. Págs. 19 y SS. París, 1985.

⁹⁵ Indica JOSSERAND (*Les mobiles dans les actes juridiques du drit privé*. Págs. 192 a 194. París, 1928) que puede entenderse que hay dos nociones separadas de causa en relación a la causa impulsiva y determinante, a lo que se oponen otros autores (SIMLER. Op. Cit. Págs 317 y 318) concluyendo que lo que hay son dos usos diferentes de la misma noción en base a los usos jurisprudenciales, los cuales prueban que no hay más que una sola noción.

⁹⁶ El tipo de obligaciones a las que nos referimos son las "charges", que son aquel tipo de obligaciones, dentro de los actos de liberalidad, que se imponen por el otorgante de la liberalidad al receptor aceptante de la misma, bajo pena de perder la liberalidad si no cumple tal obligación (Cfr. GUILLIENT. VINCENT. *Termes juridiques*. Pág. 97. París, 1995).

⁹⁷ Esta es la norma general, pues siempre hay excepciones en las que la jurisprudencia sí lo ha hecho (Cfr. CHAMPEAUX. *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civile français*. Págs. 95 y SS. Estrasburgo, 1931).

SIMLER (Op. Cit. Págs. 319 y 320) se pregunta por qué esto es así, por qué si el criterio de la causa impulsiva y determinante es satisfactorio en el campo de la teoría de las nulidades, no se aplica a todas las hipótesis que se planteen dentro de él y a las que tal criterio se pueda adaptar, cosa que la jurisprudencia ha venido sin hacer durante más de un siglo. La búsqueda de la respuesta a cómo y por qué la causa impulsiva y determinante le ha servido a la jurisprudencia para atenuar el rigor del mandato, premiando así el poder individual, contenido en el artículo 900 del Code, entendemos escapa al propósito de la presente exposición; por lo que nos remitimos para quien se sienta interesado al autor, obra y lugar citados previamente, quien entiende y explica con

causa impulsiva y determinante se hace en el sentido estricto de su significado, con los problemas de interpretación que ello conlleva, o bien tal noción no es más que el disfraz de una toma de contacto en consideración directa con las intenciones de quien dispone⁹⁸.

Queda claro que es el máximo respeto a la autonomía de la voluntad quien rige el criterio jurisprudencial francés respecto de la nulidad parcial⁹⁹, en nuestro caso concreto, con relación general al negocio jurídico testamentario que ocupa la redacción del presente estudio y la concreción del presente capítulo¹⁰⁰; pero mientras que en el Derecho alemán el tratamiento mismo de la nulidad parcial reposa sobre la denominada voluntad hipotética, y el juez tiene que plantearse si las partes hubieran concluido el acto sin la parte inválida, su homónimo francés debe preguntarse, en cambio, si la cláusula fue la causa o condición impulsiva del acto, o sea, si fue esa cláusula o no la razón determinante de la celebración del acto¹⁰¹. Pero decir que tal conclusión debe

detalle que la noción de causa impulsiva y determinante ha evolucionado desde aquel primer sentido que se le dio en los primeros momentos de su utilización y se ha dado lugar a dos corrientes jurisprudenciales distintas según la rigurosidad con que apliquen la noción de causa respecto a los artículos 1131 a 1133 y 900 del Code.

⁹⁸ Para una explicación detallada y un listado de sentencias al respecto véase SIMLER. Op. Cit. Págs. 324 a 332.

⁹⁹ A pesar de sus imperfecciones, el sistema de interpretación y de aplicación del artículo 900 del Code es el que actualmente se aplica con el beneplácito de la doctrina dominante, que se congratula de los resultados obtenidos en relación al respeto a la autonomía de la voluntad, haciendo realidad la Corte Suprema francesa el aforismo de que el fin justifica los medios. Ello no significa que no se hayan alzado voces discrepantes (BARTIN. *Théorie des conditions illicites*. Pág. 386. París, 1887. DUPEYRUX. *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*. Págs. 198 y SS. Toulouse, 1955. SIMLER. Op. Cit. Págs. 332 y SS) en base a la cuestión de cómo es posible que una donación o testamento, donde una obligación o una condición ha sido considerada como causa impulsiva o determinante, puede seguir siendo considerado como un acto a título gratuito, pues se puede dudar que una condición o una obligación puedan ser la causa de una liberalidad. La solución, como indica el último de los citados, es tan simple como recurrir al artículo 1172 del Code cuando el acto no se considere ya gratuito (Op. Cit. Pág. 339) o bien recurrir al concepto de autonomía de la voluntad en vez de al de causa (Cfr. HAMEL. *La notion de cause dans les libéralités. Étude de la jurisprudence française et recherche d'une définition*. Págs. 359 y 360. París, 1920).

¹⁰⁰ Ésta se ha llevado a efecto en la práctica jurisprudencial de tres maneras distintas (Cfr. RUIZ MUÑOZ. Op. Cit. Pág. 82): 1º la nulidad de una cláusula o parte del negocio; 2º la reducción de la amplitud o la extensión; y 3º por la declaración de invalidez de ciertos efectos de una cláusula sin que se opere una paralela modificación de la misma.

¹⁰¹ Vid. GANDOLFI. *Nullità parziale e dimensione...* Cit. Pág. 1061. SIMLER. Op. Cit. Págs. 457 y SS.

extraerse de la voluntad real de las partes es sólo un eufemismo, necesario por el principio-base de la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico galo, porque las partes, cuando ponen en pie el acto no conocen la nulidad de esa cláusula y no se plantean el problema de si es o no la causa impulsiva¹⁰²: así el juez francés debe, en definitiva, buscar una voluntad virtual a veces más que una real, y acaba preguntándose si las partes hubieran concluido igualmente el negocio sin la parte nula¹⁰³.

Las cláusulas testamentarias quedan, en coherencia con todo lo dicho, dentro de la regulación establecida por el artículo 900 del Code, ya sean del tipo condicional u obligacional, ambas por igual¹⁰⁴. Ciertas estipulaciones, sin embargo, no caen dentro de su regulación como excepción a la regla general, como son entre otras las de desheredación¹⁰⁵, la penal¹⁰⁶ o la revocatoria¹⁰⁷. El

¹⁰² Cfr. GANDOLFI. Op. y loc. Cit. en nota anterior.

¹⁰³ Pero el juez no puede admitirlo en la sentencia, pues sería contrario a derecho, y debe declarar que sus conclusiones parten del análisis de la voluntad real de las partes, aunque en realidad no sea así, ya sea porque para declarar la nulidad parcial se ha basado en la voluntad hipotética o en otro tipo de fundamentos, como pueda ser la economía jurídica, por ejemplo, y siempre estableciendo la no esencialidad de la cláusula (o viceversa si declara la nulidad total) sobre parámetros objetivos basados en el fin perseguido y en las expectativas reales de alcanzarlo.

¹⁰⁴ El lenguaje jurídico francés no coincide con el nuestro exactamente, por lo que entendemos que al referirse a “conditions” y a “charges” se hace en suma referencia a lo que aquí consideraríamos cláusulas en general, pues la noción de condición, es en efecto más flexible que para nosotros (Vid. al respecto: BECQUART. *Les mots à sens multiple en droit civil français*. Lille, 1928). Incluso dentro del propio concepto de condición se hace diferencia entre condiciones casuales (cuyo cumplimiento se encuentra supeditado a un evento futuro exterior al acto jurídico) y potestativas (cuyo cumplimiento depende únicamente de la voluntad del beneficiario), siendo estas últimas el genuino objeto de aplicación del artículo 900 del Code, pues son las que más probablemente pueden ser inmorales o ilícitas y son las que más casos de condiciones imposibles admiten. Para SIMLER (Op. Cit. Págs. 54 y SS.) hay tres tipos de cláusulas (“conditions” y “charges”) en general, las cuales pueden ser, según se refieran a:

- La organización del estado y el orden público, las cuales son bastante raras en la actualidad

- Los derechos de la persona y de la familia.

- Los bienes, siendo la más frecuente en este ordenamiento la cláusula de inalienabilidad (Vid. NEGEL. *De la clause d'inaliénabilité dans les actes à titre gratuit*. Págs. 58 y SS. París, 1915. LE ROUX. *Les prohibitions d'aliéner insérées dans les contrats et les testaments*. Pág. 7. Rennes, 1930).

¹⁰⁵ En el ordenamiento galo se distinguen dos tipos de desheredación diferentes: la “desheredación como institución” y la “desheredación como exclusión” (Vid. KUHN. *L'exhérédation en droit civile français*. Pág. 30. Estrasburgo, 1943. BUFFELAN-LANORE. “L'autonomie de la volonté en matière d'exhérédation”. En *Révue trimestrelle de droit civile*, 1966. Págs. 456 y SS). La desheredación es siempre válida por sí sola, a menos que sea nula la causa impulsiva y determinante de ella, caso en el que la desheredación sería también nula.

mandato contenido este artículo es de carácter imperativo, aunque tal afirmación no ha sido siempre pacífica entre la doctrina¹⁰⁸. Es la jurisprudencia la que se ha encargado de atenuar su rigor (aunque ello no ocurrió hasta el siglo XX, pues durante el siglo XIX, especialmente su primera mitad, lo aplicaba con todo él), pero sin abandonar su concepción imperativa en la práctica jurisprudencial, pero con un convencimiento de encontrarse cerca, y de hecho es lo que se ha verificado en la realidad, del resultado que se obtendría si el texto tuviera esa firmeza¹⁰⁹.

En cuanto a los actos complejos, se entiende por la jurisprudencia que se debe aplicar el criterio de la divisibilidad, y, consecuentemente, si las diferentes operaciones que lo componen son suficientemente autónomas, los vicios que afecten a alguna de ellas no han de afectar al resto, pero si no lo son la nulidad se habrá de extender al acto completo. En la regulación testamentaria aparece en múltiples ocasiones la organización de la sucesión del individuo como lo que

¹⁰⁶ En los actos a título gratuito la cláusula penal tiene una función puramente conminatoria, pues si el beneficiario no ejecuta la cláusula, su responsabilidad va a estar limitada a la pérdida de lo donado o a la desheredación; ésta será nula en Derecho francés si es nula la liberalidad a la que va unida (artículo 1227.1 Code) y si es nula la condición que la sanciona.

¹⁰⁷ Respecto de ella, la jurisprudencia establece dos hipótesis diferenciadas: cuando un testamento notarial es nulo por vicio de forma lo es el instrumento completo, incluida la cláusula revocatoria (esta tesis ha perdido fuerza desde la reforma de Code por Ley de 8 de diciembre de 1950, que modificaba, entre otros, el artículo 971, suavizando los requisitos de forma exigidos para este tipo de disposiciones). La segunda, cuando un instrumento (notarial u ológrafo) es nulo por alguna otra razón, la cláusula revocatoria no lo es automáticamente, tal como previene el artículo 1037 del Code respecto del caso particular de la incapacidad del legatario (véase también al respecto el artículo 1035 del Code que contiene las órdenes generales para la revocación en éste ámbito), ordenando que aquélla conserve toda su validez, teniendo así en cuenta la intención del testador, subsistiendo ésta si así lo deseaba: así se anulará o se dejará subsistir tal estipulación según sea para el testador un accesorio necesario del segundo testamento (el que contiene la cláusula) o su objeto principal. En resumen, se puede decir que la cláusula revocatoria debe producir efectos si el causante desea que así ocurra.

¹⁰⁸ Aunque hay para quien sólo es imperativo en apariencia y que en realidad se funda sobre la voluntad hipotética del testador (Cfr. BIENVENUE. *Des conditions impossibles, illicites ou contraires aux moeurs dans les actes a titre gratuit*. Págs. 47 y SS. Rennes, 1899) y es la consecuencia y la expresión de esta presunción. De esta manera, el carácter del artículo sería interpretativo; pero esta corriente ha sido superada, admitiéndose que tal controversia era puramente política (Vid. MAZEAUD. Op. Cit. Tomo VI. N° 1397. RIPERT. BOULANGER. *Traité pratique de droit civile français*. Tomo IV. N° 3531. París, 1935. PLANIOL. RIPERT. Op. Cit. Tomo V. N° 268).

¹⁰⁹ Cfr. SIMLER. Op. Cit. Pág. 51.

a menudo se ha dado en denominar un “testamento complejo”¹¹⁰. Tales hipótesis pueden ser de muy diferentes tipos. Las más simples puede ser, por ejemplo, un instrumento que contiene pluralidad de legados, y que sin duda puede ser parcialmente nulo: unos pueden valer y otros no por diversas causas por las que la Ley pueda negar eficacia (piénsese por ejemplo en uno con una sustitución prohibida; tal legado no valdrá pero sí el resto de ellos). Otras más intrincadas comprenden casos como el testamento con partición hecha por el propio testador¹¹¹, los mancomunados¹¹² o el que contiene el reconocimiento de hijo natural o cualquier otra cláusula no patrimonial¹¹³.

Para concluir, es posible en el ordenamiento galo que la nulidad parcial actúe en el sentido de reducción de estipulaciones excesivas¹¹⁴: éste es un caso de nulidad parcial también para el Derecho francés¹¹⁵. Se actuará de tal manera cuando un acto jurídico contiene un factor sobre el que las partes no tienen

¹¹⁰ Siguiendo a SIMLER (Op. Cit. Pág. 174), este testamento como aquél que contiene, junto aun número de disposiciones de la misma naturaleza, otras que no constituyen donaciones a causa de muerte, pero que se encuentran válidamente integradas en el instrumento.

¹¹¹ Denominado “testament partage”, prevenido por el artículo 1075 Code y con las mismas causas de nulidad que para la “donation-partage” (véase al respecto la obra: DUGAS. *Causes de nullité et de rescision du partage d’ascendant*. Montpellier, 1925. PLANIOL. RIPERT. Op. Cit. Tomo VI. Nº. 842 y 861).

¹¹² En Derecho francés la prohibición del testamento mancomunado (artículo 968 Code) no es tan estricta como entre nosotros, y la jurisprudencia lo ha interpretado muy restrictivamente, limitándose a dejar sin efectos aquellos en los que las dos o más personas, en un único instrumento, dejan una única disposición sucesoria, y no en los que, atendiendo al criterio de divisibilidad, varios causantes hacen cada uno su declaración de última voluntad, pero en un mismo instrumento. De esta manera se introduce la posibilidad de que, no sólo pueda ser válido un testamento mancomunado, sino también que pueda ser nulo parcialmente si es nula la disposición de uno de ellos y son válidas las del resto.

¹¹³ Es posible tal cláusula y restará válida si el resto del testamento es nulo, excepto si lo es por vicio de forma o es un ológrafo (Vid. PLANIOL RIPERT. Op. Cit. Tomo VI. Nº. 850. SIMLER. Op. Cit. Pág. 178).

¹¹⁴ Si bien ello es así, no hay norma que de cobertura legal a tal práctica, aunque sí hay, por supuesto, normas concretas que regulan particulares situaciones donde se impone una reducción en la obligación. A tal situación la denomina PERRIN (*Essai sur la réductibilité des obligations excessives*. Pág. 1. París, 1905) un “uso de palacio”; y tal definición es válida casi un siglo después, excepto en materia de protección de los consumidores (Cfr. RUIZ MUÑOZ. Op. Cit. Págs. 88 y SS).

¹¹⁵ Vid. PERRIN. Op. Cit. Págs. 332 y SS. DIJOL. *La nullité des contrats lésionnaires*. Págs. 107 y 108. Montpellier, 1919. TANAGHO. *De la obligation judiciaire. Étude morale et technique de la révision du contrat par le juge*. Pág. 7. París, 1965. Para este último autor la reducción ha de verse en el contrato como una novación necesaria, mutando la naturaleza de la obligación.

libertad absoluta para establecer cuantitativamente, y han superado el límite que marca la Ley. Para que pueda tener lugar, sin que sea así necesario pronunciar la nulidad total del negocio, se tendrán en cuenta los criterios para la parcial en general, esto es, divisibilidad del negocio, entidad autónoma de la parte superviviente etc; de igual modo se debe establecer si las partes lo hubieran querido de igual manera con la reducción que sin ella, pues en el caso de que no lo hubieran querido, procederá la invalidez total, y sólo se mantendrá con vida el negocio mutilado si las partes lo hubieran querido¹¹⁶. Se mantiene que éste es más un criterio de orden público que de autonomía de la voluntad¹¹⁷.

¹¹⁶ Pero este criterio de la intención de las partes, indica SIMLER (Op. Cit. Pág. 395), no se invoca en la práctica ante los Tribunales en cuestión de reducción de estipulaciones excesivas.

¹¹⁷ Cfr. SIMLER. Op. Cit. Pág. 396. Ello quizá sea cierto, pero es, como mínimo, digno de ser estudiado con mayor detalle.

4. La nulidad parcial en otros ordenamientos jurídicos.

A. Derecho suizo.

El Derecho suizo contiene una norma específica que regula la nulidad parcial del negocio jurídico, el artículo 20 del Código federal de obligaciones¹¹⁸, el cual se decanta abiertamente a favor de ella como régimen legal dominante, y la total como secundario. Se aparta así en este sentido el ordenamiento suizo de la regulación del párrafo 139 BGB (especialmente en lo relativo a la carga de la prueba¹¹⁹) y se acerca más a la tradición del Derecho común¹²⁰ y al Código civil italiano. El juez deberá resolver si declara la nulidad total o parcial atendiendo a la voluntad de las partes y a la intención que les hubiera impulsado caso de haber conocido la nulidad parcial¹²¹, pues el artículo 2 del Código federal de obligaciones establece que será el juez competente para completar un contrato cuando las partes no hayan regulado aspectos

¹¹⁸ Reza el precepto:

“Le contrat est nul s’il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux bone moeurs.

Si le contrat n’est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, au moins qu’il n’y ait lieu d’admettre que le contrat n’aurait pas été conclu sans elles.”

Como se puede observar, el artículo presenta agrupada la materia de la nulidad, total y parcial, pues primero señala los casos en que procede la total, y, en el siguiente párrafo plantea, con relación a los supuestos de invalidez previamente señalados, la posible supervivencia de una parte del negocio, salvo que la intención de las partes fuera otra (Cfr. RUIZ MUÑOZ. Op. Cit. Pág. 59. GUGGENHEIM. *Le droit suisse des contrats*. Págs. 127 y SS. Ginebra, 1991, quien añade que se trata de una norma interpretativa), con lo cual es posible aplicar el párrafo segundo en todas las hipótesis de nulidad que el primero introduce (Cfr. TANDOGAN. *La nullité, la annulation et la résiliation partielle des contrats*. Pág. 53. Lausanne, 1953).

El término cláusula debe entenderse aquí en sentido amplio, pues en las versiones italiana y alemana de este Código, así como en los trabajos preparatorios para su elaboración, se hace referencia al concepto de “parte” (Cfr. SIMLER. Op. Cit. Pág. 440).

¹¹⁹ Aquí la carga de la prueba recae sobre quien pretenda la nulidad total, al contrario de lo marcado por el párrafo 139 BGB, pero la solución al problema de la nulidad parcial siempre descansa, en ambos casos, sobre el principio de autonomía de la voluntad de las partes (Cfr. SIMLER. Op. Cit. Pág. 450).

¹²⁰ *Utile per inutile non vitiatur*, como indica VON TUHR (*Obligaciones*, Cit. Tomo I. Pág.164).

¹²¹ Hace constar VON TUHR (Op. y loc. Cit en nota anterior) que si ambas partes conocían que una cláusula era nula, es que seriamente no pretendían introducirla, y por ello debe considerarse válido sin más trámites el resto del contrato u otro tipo de negocio.

secundarios de éste¹²², confiriéndosele al juzgador así el poder para elegir entre diferentes las modalidades posibles en materia de invalidez parcial o total¹²³.

Si bien el artículo 20 del Código federal de obligaciones se refiere a los contratos, se admite que se pueda aplicar por analogía a todos los negocios jurídicos, incluso los unilaterales¹²⁴, en cuanto sea compatible con la propia naturaleza de cada uno de ellos. Esta es una de las razones por las cuales se otorga al citado precepto un valor subsidiario en referencia a la nulidad parcial¹²⁵ (respecto a otros negocios jurídicos), pero también, en relación al propio contrato porque a menos que exista una norma específica que ordene la total como regla, será la parcial la que impere sobre la total, salvo prueba en contrario. En este sentido, el artículo 157 del Código federal de obligaciones establece que cuando una condición es ilícita o contraria a la moral o las buenas costumbres es nula la condición, pero no el entero negocio¹²⁶; de igual modo, para los testamentos se expresa el artículo 482 del Código civil suizo refiriéndose a las causas de nulidad que se establecen para éstos en los artículos 519 a 521 de éste cuerpo normativo citado en último lugar¹²⁷.

B. El sistema anglosajón.

El sistema casuístico anglosajón, que hace que mantenga las diferencias para con los sistemas continentales que hasta ahora hemos visto, produce

¹²² En relación a los testamentos, de igual modo se expresan los artículos 1 y 2 del Código civil suizo (Cfr. PIOTET. *Précis de droit successoral*. Pág. 56. Berna, 1988).

¹²³ Cfr. PIOTET. "De l'invalidité partielle des actes juridiques, spécialement en cas de vice du consentement". En *Révue de droit suisse*, 1957. Pág. 110.

¹²⁴ Vid. MEYER. *Die Teilnichtigkeit der Rechtsgeschäfte*. Págs. 49 y 184. Basel, 1949. TANDOGAN. Op. Cit. Págs. 54 y SS. SIMLER. Op. Cit. Págs. 439 *in fine* y 440. PIOTET. *De l'invalidité partielle...* Cit. Pág. 114.

¹²⁵ Ya vimos lo que ello significa en relación al derecho alemán. Vid. *supra* el epígrafe segundo del presente capítulo.

¹²⁶ El artículo dice literalmente: "Lorsque la condition stipulée a pour objet de provoquer soit un acte, soit une omission illicite ou contraire aux moeurs, la obligation qui en dépend est nulle et de nul effect".

¹²⁷ Cfr. PIOTET. *Précis de droit...* Cit. Pág. 57.

también que sea harto difícil fijar principios claros que sirvan de guía general en los casos de invalidez negocial¹²⁸, pues las soluciones en tema de nulidad son flexibles para cada caso concreto, lo cual nos hace, a nosotros no acostumbrados a tal sistema, sentir que se encuentra lleno de contradicciones y que crea inseguridad jurídica. Las fuentes de nulidad del testamento pueden provenir de la violación de los principios generales del derecho¹²⁹ o bien de una Ley o reglamento particular, generando una responsabilidad extracontractual regulada a través del sistema de “torts”. En cualquier caso los actos pueden ser nulos u anulables¹³⁰.

La nulidad parcial (concebida allí como tratamiento especial más que como principio general¹³¹) encuentra su acomodo y justificación en el régimen de base que informa el régimen patológico y, admitida, en suma, en interés específico de una parte¹³², apareciendo siempre vía interpretativa para los casos de nulidad¹³³, pero que no aparece, sin embargo, para aquellos casos específicos de ilegalidad, como son los que ya anteriormente hemos diferenciado.

¹²⁸ Una primera dificultad a salvar es que en inglés jurídico no existe traducción directa ni expresión equivalente para la locución “negocio jurídico”. La teoría jurídica inglesa no ha adoptado tal concepción unitaria de suma de distintas instituciones civiles independientes.

¹²⁹ Que son la ofensa al orden público o a la moral de carácter indiscutible (como si constituye fraude o atenta contra la moral sexual etc. Estos casos son de ilegalidad, y escapan al régimen de la nulidad) y aquellos negocios que se consideran molestos, fastidiosos o inoportunos (como si se intenta privar a un tribunal de su competencia natural o contra la libertad de comercio, etcétera). El encuadramiento de algunos tipos no es siempre sencillo ni es inflexible (Vid. RUIZ MUÑOZ. Op. Cit. Pág. 66).

¹³⁰ Cfr. JENKS. *Digeste de droit civile anglais*. Trad. francesa de BAUMANN y GOULÉ. Tomo I. Págs 59 y SS. París, 1923. Este mismo autor admite la posibilidad de la aplicación de la nulidad parcial para el negocio (en este caso con ocasión de que la nulidad provenga de ser ilícito el objeto de éste), reconociendo los casos en que ha sido aplicada: *Morris vs. Saxelby*, *Attwood vs. Lamont*, *Bank of Australia vs. Brenllat*, etc. También admite expresamente la posibilidad de la revocación parcial del instrumento testamentario.

¹³¹ De igual modo que otras figuras de la invalidez negocial en su proyección parcial como la anulabilidad parcial o la revocación parcial (Vid. JOLOWITZ. *Droit anglais*. Trad. francesa de SHINDLER-VIGUIE. París, 1986. Págs. 448 y 450).

¹³² Cfr. GANDOLFI. *Nullità parziale e dimensione...* Cit. Pág. 1062.

¹³³ Se habla en estos casos de la teoría del “lápiz azul” (“Blue ink pen”), consistente en marcar con un lápiz azul las partes del negocio que no se ajustan a derecho, con la intención de transcribirlo, eliminando aquello que se ha marcado de azul y obteniéndose así el negocio válido. Es una forma más de aplicar la nulidad parcial que no se desvía de la doctrina continental al respecto.

CAPÍTULO NOVENO

Conclusiones

I

El testamento debe ser considerado un negocio jurídico, si bien es cierto que con ciertas peculiaridades que lo diferencian del que lo es por excelencia: el contrato. A la doctrina le cuesta en ocasiones admitirlo debido a las dificultades de encaje y coordinación de algunos de sus aspectos, siendo por ello calificado de tipo especial y *sui generis*. En consecuencia, le va a ser de aplicación, con las peculiaridades correspondientes a su singularidad, la teoría general de la invalidez negocial, incluida la parte correspondiente a la nulidad parcial.

II

El testamento es un negocio jurídico unilateral, pues las partes que intervienen en él se reducen a una sola: el testador, que es quien hace uso de la autonomía de la voluntad que le corresponde, en este caso de cara a organizar su sucesión. La aceptación de la herencia o el legado no es la prestación del consentimiento necesaria para el perfeccionamiento en los términos expresados por la Ley para el contrato según el contenido del artículo 1258 CC, puesto que ésta es otro negocio jurídico independiente del anterior, aunque lógicamente exista una relación de continuidad entre los dos en orden al despliegue de efectos que se pretende.

III

Se considera el principio de conservación del negocio como un principio general del derecho referido al artículo 1.1 CC y, por tanto, como fuente jurídica material en nuestro ordenamiento jurídico en defecto de Ley o costumbre aplicable. El resultado de tal principio, que es la nulidad parcial del negocio jurídico, será así una categoría admitida en nuestro sistema legal, tanto por parte del Derecho positivo como por la doctrina jurisprudencial, a pesar de no haber una norma expresa en la que se pueda fundamentar tal afirmación. Pero son múltiples, sin embargo, los preceptos del Código civil (y de otros cuerpos legales) donde se establece la posibilidad de que una cláusula sea nula sin

comunicar al resto del instrumento esa nulidad, respondiendo al principio del Derecho común enunciado bajo la máxima: *utile per inutile non vitiatur*. Así se puede decir que la nulidad parcial debe ser la norma y la total la excepción, con la inversión de la carga de la prueba que ello supone en los casos en que el litigio se fundamente en el pronunciamiento judicial en uno u otro sentido.

IV

La nulidad produce la negación de los efectos que son característicos al negocio jurídico testamentario, equiparándose así a una “no existencia”; pero al ser éste una creación del Derecho, no debiera ser calificado como inexistente sin más, pues ello sería un contrasentido, teniendo por ello razón de ser que la nulidad (incluido el aspecto parcial de ella) sea la cúspide del sistema de la invalidez. Así pues, las categorías de inexistencia y nulidad pueden encajar dentro de un esquema de efectos (o mejor dicho, de ausencia de ellos) idéntico, siendo posible que queden englobados dentro de la categoría de esta última todos los supuestos en que la Ley decida que no se deba derivar ninguna consecuencia en absoluto del acto.

La nulidad parcial puede ser considerada una institución propia o una modalidad de la nulidad total. Hay argumentos que soportan tanto una tesis como la otra: según la teoría clásica es una modalidad; según las modernas tendencias es independiente porque afecta al contenido y no al instrumento como un todo; pero el considerar como acertada una u otra posición no afecta a la incidencia que la institución habrá de tener sobre el testamento al ser aplicada en la práctica.

V

No se puede hacer una formulación unitaria de la nulidad parcial del testamento a la par de la del contrato por las peculiaridades que diferencian a ambos. Ello es consecuencia de que la teoría general de la invalidez se encuentre llena de excepciones en atención a las características de cada uno de

los diferentes negocios jurídicos que existen y se acomodan a ella. Lo que sí podemos es considerar la teoría de la invalidez del contrato, que el Código civil trata con cierto detalle, como supletoria de la que debe ser aplicada para el testamento en aquellos casos en los que el Código no se pronuncie específicamente para éste, y ello siempre que las soluciones alcanzadas sean compatibles con el régimen legal general del Derecho de sucesiones.

VI

La nulidad parcial es la sanción que impone el ordenamiento a los negocios que contienen dentro de ellos una parte que es contraria a Derecho, negándosele en consecuencia, efectos de cualquier clase a esa parte infractora. Éste es el máximo castigo que el orden civil admite, puesto que equivale a la desaparición jurídica de aquello que es nulo, sin que sea necesaria declaración judicial previa, con lo que todo lo hecho en base a ello es también automáticamente inválido. Como la conservación ha de ser la regla y la nulidad la excepción, cuando se entabla un litigio en el que se plantea la aplicación al instrumento testamentario de una u otra, quien intenta hacer valer la nulidad de éste en su integridad en base a la ilegalidad de una o algunas de sus cláusulas, es quien ha de probar que el testamento no puede subsistir sin ella o ellas para que pueda ser estimada su pretensión. La nulidad parcial en el ámbito testamentario también puede ser instada de oficio en ciertos casos, además de a instancia de parte.

VII

Las diferentes disposiciones contenidas dentro del testamento han de ser consideradas independientes entre sí en cuanto a naturaleza y efectos, siendo ello la base principal para que la nulidad parcial sea tenida admisible en nuestro ordenamiento jurídico, aunque ante la duda debe considerarse como un todo indisoluble. Pero además de ser divisible, para que esta figura pueda aplicarse, el negocio residual ha de tener autonomía propia, satisfacer suficiente y adecuadamente los intereses del testador y gozar con la voluntad hipotética

favorable de éste. La normativa que en el vigente Código civil da la cobertura como categoría jurídica dentro del ámbito del testamento es la contenida en los dictados del artículo 743, siendo además muchos los artículos del Código, dentro del Derecho de sucesiones, que adoptan la tesis de la nulidad parcial como respuesta al planteamiento correspondiente.

VIII

La nulidad parcial puede adoptar diferentes formas, dependiendo de la manera en que aparezca. Puede hacerlo estableciendo un límite a la autonomía de la voluntad, asegurándose así que el negocio se mantiene dentro de la legalidad y tomando así una forma “limitativa”. En segundo lugar puede verificarse con ella una reducción en la cantidad del objeto o de los efectos propios del negocio, adoptando de esta manera una forma “reductora”. También es admisible que la nulidad parcial del testamento aparezca bajo la fórmula de reemplazar coactivamente las cláusulas nulas por los contenidos previstos por la Ley para cada caso, diciéndose entonces que toma una forma “sustitutiva o sustitutoria”.

IX

La nulidad parcial es una figura admitida ampliamente en el Derecho comparado. En el Derecho alemán, aunque el parágrafo 139 del BGB, referido a los negocios jurídicos en general, ordena la nulidad total como norma general cuando una parte del negocio es nulo a menos que se demuestre que éste se hubiera celebrado incluso sin la parte nula; sin embargo el citado artículo tiene un valor subsidiario frente al parágrafo 2085, que es norma específica en el orden testamentario, el cual invierte los términos del anterior y ordena que sea la parcial la regla general y la total la excepción, siendo aplicable ésta última únicamente cuando se demuestre que el testador no hubiera querido el testamento sin la disposición ineficaz .

En el ordenamiento jurídico italiano la norma es la nulidad parcial del testamento y la excepción la total según el artículo 1419 Cci, que si bien se refiere al contrato, la doctrina lo encuentra extensible al ámbito testamentario por analogía, pues para este último falta una norma específica.

En Francia, según el artículo 900 del Code civil, a través de la actuación de la denominada “causa impulsiva y determinante” no hay norma fija, dependiendo de cada caso concreto, pero la nulidad parcial es definitivamente una opción que se debe considerar frente a la total.

X

La insuficiente capacidad para otorgar testamento no puede causar la nulidad parcial de éste, pues no es posible necesitar diferentes condiciones de capacidad para las distintas disposiciones que lo integran. Así será siempre nulo en su totalidad el instrumento en el que no se observen los requisitos de capacidad para su otorgamiento.

La ausencia de capacidad suficiente por parte de los sucesores sí puede, en cambio, hacer nula alguna cláusula testamentaria y verificarse una situación de nulidad parcial. Si las personas que no pueden suceder al causante, ya sea por sus relaciones con él o por sus propias características intrínsecas, son incluidas en su testamento o lo son en una parte del caudal hereditario superior al permitido por la Ley, la cláusula donde lo son podrá ser inválida sólo ella.

XI

El testamento admite la posibilidad de ser nulo parcialmente por alguno de los vicios del consentimiento: el error puede invalidar una cláusula, al igual que cuando han sido dictadas bajo situaciones en las que interviene violencia, intimidación y fraude o dolo; también en caso de discrepancia entre voluntad y manifestación podrá verificarse este tipo de nulidad. Todos estos casos serían causas de anulabilidad en el contrato, pero el artículo 673 CC establece que en el ámbito testamentario lo son de nulidad, aunque no toda la doctrina está

completamente de acuerdo y hay autores que prefieren considerar algunos de ellos como supuestos de anulabilidad, o incluso excluirlos, como en caso del error.

XII

La nulidad parcial por falta de causa, causa falsa o causa ilícita, de acuerdo con la redacción actual del Código civil, la cual inspira necesariamente la formulación efectiva de la teoría del negocio jurídico, es motivo para que sea posible que pueda operar tanto sobre la nulidad del instrumento testamentario en su integridad, como sobre la de alguna de sus cláusulas, si procediere. Otro tanto ocurre con relación al objeto, aunque la validez de éste adquiere relevancia en el momento de abrirse la sucesión, a diferencia de la causa y la forma, que la tienen en el momento de dictarse el testamento.

En ciertos supuestos puede darse la nulidad parcial por defectos de forma, aunque ésta normalmente genera la invalidez total del instrumento. Son aquellos en los que ciertas cláusulas exigen unas determinadas formalidades por su peculiar naturaleza o que algunas de éstas o ciertas partes del testamento necesiten ser salvadas. Cuando se incumplen tales requisitos, es nulo aquello que exige esa forma o diligencia incumplida, no siendo preceptivo que la nulidad del negocio sea total.

XIII

Cuando en el otorgamiento del testamento se infringe la legalidad vigente, afectando ello a una porción del instrumento, estaremos ante casos de nulidad parcial por violación de norma imperativa en base a los dictados del artículo 6.3 CC en conexión con la concreta regla de este tipo transgredida en cada supuesto concreto (nulidad de legados, preterición de legitimarios, sustituciones nulas, etcétera). Estas hipótesis pueden ser, como vemos, de muy diversa índole, apareciendo la nulidad en forma parcial en ellas cuando sea posible de acuerdo con las circunstancias de hecho, pero variando de unos a otros casos,

obviamente, los pertinentes presupuestos jurídicos en función de la naturaleza propia de cada una de las instituciones donde se está produciendo la irregularidad.

XIV

La presencia presunta de una parte nula dentro de un negocio jurídico testamentario da lugar a que se abra la posibilidad a los interesados de plantear la acción de nulidad de testamento, en grado de parcial, ante los Tribunales de justicia competentes. Aparece como mayoritaria entre la doctrina la opinión de que tal acción no prescribe.

El principal efecto de la declaración judicial de la nulidad parcial frente a la total, es la conservación con vida y plena eficacia jurídica del instrumento a pesar de la ausencia de validez de una porción de su contenido, la cual se separará de él, pero en todo caso no recuperando eficacia el anterior revocado ni abriéndose la sucesión intestada en los aspectos cubiertos por el testamento parcialmente nulo, o si se prefiere, parcialmente válido. Las consecuencias que de la ausencia de una parte del instrumento por ser nula se derivan son las que el testador hubiera previsto o deseado, y a falta de conocimiento de éstas, las que la Ley imponga, como pudieran ser los derechos de representación, acrecimiento, etc. En todo caso, el resultado que se debe obtener con la aplicación de la doctrina de la nulidad parcial en este sentido, es dejar a este último en la situación en que se hubiera encontrado si no se hubiese otorgado con la parte nula.

La nulidad parcial opera *ipso iure* en el sentido de no producir efectos (en aplicación del aforismo: *quod nullum est, nullum producit effectum*), sin necesidad de ejercitar acción alguna, porque el negocio lleva dentro de sí mismo la ineficacia; pero será necesario recurrir a ella en la práctica, pues si cualquiera pretende ejercitar un derecho sobre la base de la validez de lo que es nulo, deberá acudir a la tutela judicial. La realidad es que el negocio, en el mundo real, se va estimar válido por la presunción de validez de los actos jurídicos

mientras que no haya un pronunciamiento sobre su nulidad. Es por ello que realmente, si se quiere que la nulidad desencadene la finalidad que le es propia, será necesario instar judicialmente su pronunciamiento en la casi totalidad de los casos.

XV

La consolidación, y por consiguiente, la producción de efectos de la parte nula de un testamento, se ocasiona través de la denominada convalidación de éste, consistente en la renuncia al ejercicio de la acción de nulidad (puesto que no puede ser de otra manera, ya que la nulidad es insanable, carece de solución) y tiene lugar por declaración de voluntad del interesado en la sucesión, ya sea expresa o tácita. Como consecuencia de la prohibición de actuar las personas contra sus propios actos, quien acepta la eficacia plena de un testamento que es inválido en parte (hipótesis aceptable a través de su convalidación), no podrá en un momento posterior instar su nulidad.

XVI

Si bien la posición de nuestra doctrina jurisprudencial en materia de nulidad parcial testamentaria no es posible fundamentarla en una abrumadora cuantía de pronunciamientos, es viable afirmar, ateniéndonos a los existentes en el mismo sentido, tanto que el testamento es un negocio jurídico, como que la nulidad parcial es una categoría aplicable a él, y que la normativa relativa a la invalidez negocial en general, dictada mayormente para el contrato, es trasladable, si bien no en bloque, pero sí con sus peculiaridades propias, al ámbito del testamento.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

ACCURSIO. Digestum vetus seu Pandectarum Iuris civilis. Edictio postrema. Venecia 1581.

ALBADALEJO GARCÍA, Manuel. “Da lo mismo que el acto anulable se estime válido que inválido”. En Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1993-1994.

- “Ineficacia e invalidez del negocio jurídico”. En RDP, 1968.
- Nulidad de la disposición y nulidad del testamento abierto cuando un instituido es testigo o lo son determinados familiares suyos”. En RDP, 1967.
- “El error en las disposiciones testamentarias” y “De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias”. En *Estudios de Derecho civil*. Barcelona, 1959.
- *El negocio jurídico*. Madrid, 1958.
- “La forma y la interpretación del negocio jurídico”. Separata de la Revista de la Universidad de Oviedo, 1958.
- “Invalidez de la declaración de voluntad”. En ADC, 1957.
- *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*.
 - Tomo IX, vol. 1º A. Madrid, 1990.
 - Tomo IX, vol. 2º. Madrid, 1983.
 - Tomo X, vol. 1º. Madrid, 1987.
 - Tomo X, vol. 2º. Madrid, 1984.
 - Tomo XII, vol. 1º. Madrid, 1981.
- *Derecho civil*.
 - Tomo I, vol. 1º. Madrid, 1983.
 - Tomo I, vol. 2º. Madrid, 1985.
- *Curso de Derecho civil*.
 - Tomo II. Madrid, 1984.
 - Tomo V. Madrid, 1994.

ALCIATO, Andrea. *Commentaria*. Venecia, 1560.

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid, 1991.

ALONSO PÉREZ, Mariano. "El error sobre la causa". En *Estudios en homenaje al prof. Castán*. Tomo III. Pamplona 1969.

ÁLVAREZ SUAREZ, Ursucinio. *El negocio jurídico en derecho romano*. Madrid, 1954.

ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael. DE AYMERICH, Regina. *La rescisión por lesión en el Derecho civil español común y foral*. Granada, 1989.

ALLARA, Mario. *L'elemento volitivo nel negozio testamentario*. Turín, 1964.
- *Principi di diritto testamentario*. Turín, 1957.
- *Il testamento*. Padova, 1934.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. "Comentario al artículo 1275". En *Comentario del Código civil*. Ministerio de justicia. Tomo II. Madrid, 1991.

ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de. ZORRILLA RUIZ, Manuel María. "La frustración del fin del contrato: obligaciones de medios y de resultados. Comentario a las STS de 3 y 9 de noviembre de 1983". En *ADC*, 1985.

ANTUNES VARELA, Joao de Matos. *Ineficácia do testamento e vontade conjetural do testador*. Coimbra, 1950.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di diritto romano*. Nápoles, 1974.

ARIAS RAMOS, José. ARIAS BONET, Juan Antonio. *Derecho romano*. Madrid, 1979.

ARMERO DELGADO, Mario. *Testamentos y particiones*. Madrid, 1951.

ARVIZU Y GALARRAGA, Fernando. *La disposición "mortis causa" en el Derecho español de la alta edad media*. Pamplona, 1977.

ASCARELLI, Tulio. "Inesistenza e nullità". En *Rivista di diritto processuale*, 1956.

- "Contratto misto, negozio indiretto e *negotium mixtum cum donationem*". En *Rivista di diritto commerciale*, 1930.

AYERVE DE AYORA, Antonio. *Tractatus de partitionibus bonorum communium inter maritum et uxores et filios, ac haeredes eorum*. Alcalá de Henares, 1595.

AZON. *Corpus iuris canonici*. 1745.

AZZARITI, Francesco. MARTINEZ, Giovanni. AZZARITI, Giuseppe. *Le successini per causa di morte e donazioni*. Padova, 1973.

BARASSI, Ludovico. *Instituciones de Derecho civil*. Trad. española de GARCÍA DE HARO y FALCÓN. Barcelona, 1955.

- *La teoria generale delle obbligazioni*. Milán, 1946.
- *La successione per causa di morte*. Milán, 1944.
- *La successione testamentaria*. Milán, 1936.

BARBERO, Domenico. *Sistema del derecho privado*. Tomos I y V. Trad. española de SENTIS MELENDO. Buenos Aires, 1967.

BARTOLO DE SASSOFERRATO. *Commentaria in primam et secundam digesti veteris*. Lugduni, 1552.

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. *Traité theorique et pratique de droit civil*. Tomo III. París, 1908.

BESTA, Enrico. *Le successioni nella storia del diritto italiano*. Milán, 1964.

- *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*. Padova, 1937.

BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Trad. española de MARTÍN PÉREZ. Madrid, 1959.

- "Declarare voluntarem nella dogmatica bizantina". En *Studi in memoria di E. Albertario*. Vol II. Milán 1950.

- *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milán, 1949.

- "Le categoria civilistiche dell'interpretazione". En *Rivista italiana delle scienze giuridiche*, 1948.

- *Istituzioni di diritto romano*. Tomo I. Padova, 1935.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Tomo III. Milán, 1987.

BIGLIAZZI GERI, Lina. "Il testamento". En *Trattato di diritto privato* dirigido por RESCIGNO. Tomo 6. Turín, 1982.

- *Il testamento*. Tomo I. Milán, 1976.

BINDER, Julius. *Derecho de sucesiones*. Trad. española y anotaciones de LACRUZ BERDEJO. Barcelona, 1953.

BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto Romano*. Milán, 1972.

- *Successione testamentaria e donazioni*. Milán, 1955.
- “Autonomie delle disposizioni testamentarie ed inquadramento del testamento nel sistema giuridico”. En FI, 1949.

BOLOGNA, Italo. “Considerazioni sulla nullità parziale nei negozi giuridici”. En *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione civile*, 1951.

BONET CORREA, José. *Código civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*. Tomo III. Madrid, 1987.

BONET RAMÓN, Francisco. *Compendio de Derecho civil*.

- Tomo I. Madrid, 1959.
- Tomo V. Madrid, 1965.

BONFANTE, Pietro. *Instituciones de Derecho romano*. Trad. española de BACCI y LARROSA. Madrid, 1965.

BORRELL Y SOLER, Antonio. *Nulidad de los actos jurídicos según el Código civil español*. Barcelona, 1947.

BRUNELLI, Giovanni. ZAPPULLI, Carlo. *Il libro delle successioni e le donazioni*. Milán, 1951.

BRUNETTI, Antonio. “Il diritto di testare secondo la teoria integrale del diritto privato”. En *Scritti giuridici varii*. Tomo IV. Turín, 1925.

BRUTTI, Massimo. Voz “Invalididad. Storia”. En ED Tomo XXII.

CALASSO, Francesco. *Il negozio giuridico*. Milán, 1959.

- *Medio Evo del diritto*. Vol. I. Milán, 1954.

CAPILLA RONCERO, Francisco. "Nulidad e impugnabilidad del testamento". En ADC, 1987.

CAPILLA RONCERO, Francisco. LÓPEZ LÓPEZ, Angel María. (Directores). *Derecho de sucesiones*. Común y Foral. Valencia, 1992.

CARCABA FERNÁNDEZ, María. *La simulación en los negocios jurídicos*. Barcelona, 1986.

CARIOTA-FERRARA, Luigi. *El negocio jurídico*. Trad. española de ALBADALEJO. Madrid, 1956.

CARNELUTTI, Francesco. "Inesistenza del atto giuridico?" En Rivista di diritto processuale, 1955.

- *Teoría general del Derecho*. Trad. Española de OSSET. Madrid, 1955.
- "Tentativo contrattuale". En FI, 1948.
- "Captazione del testamento e indegnità a succedere". En RDC, 1933.
- "L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione". *Studi di diritto processuale*, Vol I. Padova, 1925.

CARRESI, Francesco. "Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici". En RDP, 1957.

- "Osservazioni in tema di disposizioni aggiunte nel testamento olografo". En Giurisprudenza completa di Cassazione civile, 1951.
- "Introduzione a uno studio degli oneri e obblighi delle parti nella formazione del negozio giuridico". En RTDPC, 1949.
- "Il negozio illecito per contrarietà al buon costume". En RTDPC, 1949.

CASANUEVA SÁNCHEZ, Isidoro. "La acción de nulidad de testamento". En Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, 1998.

CASELLA, Mario. *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clause*. Milán, 1974.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español común y foral*.

- Tomo I, vol. 1º. Madrid, 1991.
- Tomo I, vol. 2º. Madrid, 1987.
- Tomo II, vol. 1º. Madrid, 1992.
- Tomo II, vol. 2º. Madrid, 1988.
- Tomo III. Madrid, 1992.
- Tomo VI, vol. 2º. Madrid, 1979.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María. "La interpretación del testamento en Derecho común". En RDP, 1973.

CICU, Antonio. *Successione legittima e dei legittimari*. Milán, 1941.

- *El testamento*. Trad. española de FAIRÉN. Madrid, 1959.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto. "La "sanatoria excepcional" de disposiciones testamentarias en el Derecho español". En RDP, 1977.

COLIN, Ambrosio. CAPITANT, Henry. *Curso elemental de Derecho civil*. Trad. española y notas de DE BUEN. Tomo VIII. Madrid, 1957.

CONSO, Giovanni. *Il concetto e la specie di invalidità*. Milán, 1955.

CONTURSI LISI, Licia. "Sussessione testamentarie". En RTDPC, 1948.

CRESPO ALLUÉ, Fernando. *La revocación del mandato*. Madrid, 1984.

CRISCUOLI, Giovanni. *Il testamento*. Nápoles, 1991.

- Buona fede e regionevochezza. En RDC, 1984.
- *Le Obbligazioni testamentarie*. Milán, 1980.
- "Clausola illecita, scindibilità oggettiva del regolamento negoziale, essenzialità soggettiva della parte nulla, mancanza unilaterale di voluntad ed automatica inserzione sostitutiva di norme imperative nel contrato secondo la disciplina della nullità parziale". En Giurisprudenza italiana, 1966.
- "Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai vizi della voluntad". En RDC, 1964.
- "La causa del testamento". En Circolo Giuridico, 1959.
- *La nullità parziale del negozio giuridico*. Milán, 1959.

CUADRADO IGLESIAS, Manuel. "El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981". En RDP, 1983.

- "Configuración jurídica del llamado pseudo usufructo testamentario". En RDP, 1971.

CUFFARO, Vincenzo. "Il testamento in generale: Caratteri e contenuto".
En *Successioni e donazioni*, dirigido por RESCIGNO. Vol. I. Padova, 1994.

CUGIA, Stanislao. *La nullit  parziale del negozio giuridico nel D. 24, 1.*
Nápoles, 1922.

- *L'invalidit  totale dell'instituzione di erede.* Nápoles, 1913.

CUQ, Edouard. *Manuel des institutions juridiques des romains.* Paris, 1928.

DALMARTELLO, Arturo. "Questioni in tema di annullabilit  del
contratto". En RTDPC, 1963.

DANZ, E. *La interpretación de los negocios jurídicos.* Trad. española de
BONET RAMON. Madrid, 1955.

D'AVANZO, Walter. *Delle successioni.* Tomo II. Florencia, 1941.

DE AYMERICH, Regina. *Las cláusulas prohibitorias en los testamentos.*
Madrid, 1985.

DE CASTRO, Federico. *Derecho civil de España.* Tomo I. Madrid, 1949.

- *El negocio jurídico.* Madrid, 1985. Facsímil de la edición original
de 1971.

DE CUPIS, Adriano. "Il principio di conservazione nell'interpretazione
dei testamenti". En *diritto e Giurisprudenza*, 1947.

DE DIEGO, Felipe Clemente. *Instituciones de Derecho civil.* Tomo III.
Madrid, 1932.

- *El silencio en el Derecho*. Madrid, 1925.
- “El método de aplicación del Derecho civil”. En RDP, 1915 y 1916.

DE FRANCISCI, Pietro. “Intorno ad alcune prospettive storico geografiche nel campo del diritto”. En *Studi in onore de Emilio Betti*. Vol. I. Milán, 1962.

DE GIOVANNI, Biagio. *La nullità nella logica del diritto*. Nápoles, 1964.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. *Compendio de Derecho sucesorio*. Madrid, 1990.

- “Meditaciones sobre la causa”. En RCDI, 1978.

DE LOS MOZOS, José Luis. *El negocio jurídico*. Madrid, 1987.

- *Derecho civil español*. Tomo I, vol. 1º. Salamanca, 1977.
- “Perspectivas y método para la comparación jurídica en relación con el Derecho privado latinoamericano”. En RDP, 1976.
- *El principio de buena fe*. Barcelona, 1965.
- “La inexistencia del negocio jurídico”. En RGLJ, 1960.
- “El objeto del negocio jurídico”. En RDP, 1960.
- *La conversión del negocio jurídico*. Barcelona, 1959.

DE NOVA, Giorgio. “Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per scritto”. En RDC, 1976.

DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho civil*. Tomo I. Trad. española de SERRANO y SANTA CRUZ. Madrid, s.f.

DE SIMONE, Mario. *La sanatoria del negozio giuridico nullo*. Nápoles, 1946.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. "La anulabilidad". En ADC, 1976.

DEMOGUE, René. "De la violence comme vice du consentement". En RTDC, 1914.

DI MAURO, Nicola. *Condizione illecite e testamento*. Nápoles, 1995

DI PAOLA, Santi. *Contributo ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*. Milán, 1966.

DÍAZ ALABART, Silvia. "Comentario al artículo 762 CC". En *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBADALEJO. Tomo X, vol. 1º. Madrid, 1987.

DÍAZ COBEÑA, Luis. *Dictámenes*. Madrid, 1919.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Tomo I. Madrid, 1983.

- "La pluralidad de testamentos". En RDN, 1960; y en *Estudios de Derecho privado*. Madrid, 1980.
- *Estudios de Jurisprudencia civil*. Tomo III. Madrid, 1976.
- *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona, 1963.
- "Eficacia e ineficacia del negocio jurídico". En ADC, 1961.

DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho civil*.

- Tomo I. Madrid, 1990.
- Tomo II. Madrid, 1993

- Tomo IV. Madrid, 1988.

DONISI, Carmine. *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*. Nápoles, 1972.

- "In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico". En RTDPC, 1967.

DURRY, George. "Rapport sur l'inexistence, la nullité et la annullabilité des actes juridiques en droit civil français". En *Travaux de la association Henry Capitant des amis de la culture juridique française*. Tomo XIV. París, 1965.

ENNECCERUS, Ludwig. KIPP, Theodor. WOLF, Martín. *Tratado de Derecho civil*.

- Tomo I-2. Barcelona, 1981. Trad. española y notas de PÉREZ

GONZÁLEZ Y ALGUER.

- Tomo V, vols. 1º y 2º. Trad. española de COING con notas de ROCA SASTRE. Barcelona 1951. Con nuevas notas de PUIG

FERRIOL y BADOSA. Barcelona, 1976.

- Tomo V. Apéndice. Trad. española de MELÓN INFANTE. Barcelona, 1955.

ENNECCERUS, Ludwig. LEHMAN, Heinrich. *Tratado de Derecho civil*. Tomo II. Barcelona, 1966.

ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y DE OLANO, Ángel. "Las cláusulas instrumentales confirmatorias, derogatorias o modificativas de las normas de Derecho dispositivo". En *Centenario de la Ley del Notariado*, volumen I. Madrid, 1962.

ESPERT SANZ, Vicente. *La frustración del fin del contrato*. Madrid, 1968.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego. "Comentario al art. 673. En *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia. Tomo I. Madrid, 1991.

- *Manual de Derecho civil español*. Tomos I y III. Madrid, 1983.
- "La nulidad en el Derecho civil". En el *Libro Homenaje a Segismundo Royo Villabona*. Madrid, 1977.
- "La nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión". En *ADC*, 1970.

ESPINAR LAFUENTE. *La herencia legal y el testamento*. Barcelona, 1956.

FABRO, Antonio. *Rationalia*. Ginebra 1745.

FEDELE, Alfredo. *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*. Turín 1943.

FERNÁNDEZ DEL MORAL, Lourdes. *Autonomía privada y testamento en Derecho común. Contribución al estudio de las disposiciones testamentarias atípicas*. Granada, 1996.

FERRANTE, Matteo. *Il negozio giuridico: concetto*. Milán, 1950.

FERRARA, Francesco. *La simulación de los negocios jurídicos*. Trad. española de ATARD y DE LA FUENTE. Madrid, 1961.

- *La teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*. Milán, 1914.

FERRARI, Sigfrido. *Successione per testamento e trasformazioni sociali*. Milán, 1972.

- “Inesistenza e nullità del negozio giuridico”. En RTDPC, 1958.

FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *La buena fe: el principio general en el derecho civil*. Madrid, 1984.

FERRI, Giovanni. *Il negozio giuridico tra libertà e norma*. Rimini, 1987.

- “Il c.d. recupero dell’atto nullo”. En *Rivista di diritto commerciale*, 1986.
- “Nullità parziale e clausole vessatorie”. En *Rivista di diritto Commerciale*, 1977.
- “Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico”. En *Rivista di diritto Commerciale*, 1963.

FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. española de SANCHO MENDIZÁBAL. Madrid, 1969.

- “Nozione giuridica di autonomia privata”. En RTDPC, 1957.

FILANTI, Giancarlo. *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*. Turín 1983.

FINZI, Enrico. *Studi sulla nullità del negozio giuridico*. Bologna, 1920.

FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Tomo II. Das Rechtsgeschäft*. Bonn, 1965.

FRAGALI, Michele. “Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio”. En *Giustizia civile*, 1959.

FRANCESCHELLI. GRASSETTI. NICOLÓ. LEFÉBVRE. DE MARTINO.
“Discussione intorno al principio di conservazione dei contratti nei riguardi delle clausole di irresponsabilità”. En *Rivista del diritto della navigazione*, 1939.

FULGINEO, Francisco. *Tractatus de iure emphyteutico*. Ginebra, 1665.

FUNAIOLI, Giovan Battista. “Invalidità della volontà negoziale e conservazione del negozio giuridico”. En *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell’economia e diritto sociale*, 1947.

- La teoria della violenza nei negozi giuridici. Roma, 1927.

GABRIELLI, Giovanni. “L’oggetto della conferma *ex art. 590 c.c.*” En *RTDPC*, 1966.

GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Trad. española de BLASCO GASCÓ y PRATS ALBENTOSA.. Valencia, 1992.

- Il diritto privato fra Codice e Costituzione. Bologna, 1983.

GALLO, Franco. “Limiti dell’applicabilità al testamento delle norme d’ermeneutica riguardanti al contratto”. En *Giurisprudenza completa de Cassazione civile*, 1950.

GANDOLFI, Giuseppe. “Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto”. En *RTDPC*, 1991.

- “In tema di inesistenza, invalidità, inefficacia”. *LABEO*, 1972.

GANGI, Calogero. *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*. 3 Tomos. Milán, 1947.

GARCÍA AMIGO, Manuel. "Integración del negocio jurídico". En Revista de Derecho Notarial, 1980.

- *Instituciones de Derecho civil*. Tomo I. Madrid, 1979.
- "Interpretación del testamento". En RDP, 1969.

GARCÍA CANTERO, Gabriel. "Ensayo de una clasificación de los legados en particular en el Código civil". En RCDI, 1973.

GARCÍA GALLO, Alfonso. "Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España". En AHDE, 1977.

- Manual de historia del Derecho español. Tomo I. Madrid, 1964.

GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Ed. Facsímil; Barcelona, 1973.

GAUDEMET, Eugène. *Teoría general de las obligaciones*. Trad. española de MACEDO. Méjico, 1984.

GAZZONI, Francesco. "Equità e autonomia privata". En *Studi di diritto civile*. Milán, 1970.

- "Il negozio di conferma della donazione nulla e la sua forma". En Rivista di diritto commerciale, 1968.

GERI, Lina M. "Sul significato del termine "clausola" in relazione al comma 2º dell'art. 1419 c.c.". En RTDPC, 1960.

GETE-ALONSO, Carmen. *Manual de Derecho civil*. Tomo I. Madrid, 1995.

GIACOBBE, Giovanni. Voz "Convalida". En ED, tomo X.

GIANPICCOLO, Giorgio. *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*. Milán, 1954.

GIOVENE, Achille. *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*. Nápoles, 1916.

GÓMEZ, Antonio. *Variarum resolutionis iuris civilis, communis et regii*. Madrid 1780.

GÓMEZ-ACEBO, Felipe. "Revisión del concepto de lesión. Su estructura técnica". En RDP, 1950.

GÓMEZ CORRALIZA, Bernardo. *La caducidad*. Madrid, 1990.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos. *La nulidad parcial del contrato*. Madrid, 1995

GÓMEZ MARTINHO-FAERNA, A. "La nulidad parcial de los negocios jurídicos". En *Estudios de Derecho Privado*, dirigidos por MARTINEZ RADIO. Madrid, 1962.

GORDILLO CAÑAS, Antonio. "El error en el testamento". En ADC, 1983.

- "La nulidad parcial del contrato con precio ilegal". En ADC, 1975.

GORLA, Gino. *L'interpretazione del diritto*. Milán, 1941.

GOTHOFREDO, Dionisio. *Corpus iuris civilis*. Lugduni, 1598.

GRANDEWITZ, Otto. *Die ungültigkeit obligatorischer rechtgeschäfte*. Berlín, 1887.

GRASSETTI, Cesare. Voz "Conservazione, principio di". En ED, tomo IX.

- "La natura dei fatti e l'interpretazione del testamento". En FI, 1940.
- *L'interpretazione del negozio giuridico*. Milán, 1938.

GROSSO, Giuseppe. *Il sistema romano dei contratti*. Milán, 1963.

GUARINO, Antonio. *Diritto privato romano*. Nápoles, 1988.

- "Il principio della buona fede nella interpretazione del negozio giuridico". En *Giurisprudenza completa de Cassazione civile*, 1941

GUIRAUDET, Jean. *Essai sur la maxime nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Dijon, 1913.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *El negocio jurídico*. Madrid, 1969.

- "La confirmación". En ADC, 1960

HELLMANN, Friederich. *Terminologische untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischenrecht*. Munich, 1914.

- "Zur terminologie der römischen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen". En ZSS, 1903 y 1904.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Derecho de obligaciones*. Madrid, 1983.

- *Lecciones de Derecho sucesorio*. Madrid, 1969.

HERNÁNDEZ GIL, Félix. “La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos”. En RDP, 1961.

HINOJOSA, Eduardo. *El elemento germánico en el Derecho español*. Madrid, 1915.

IGLESIAS, Juan. *Derecho romano*. Madrid 1993.

IMPALLOMENI, Gianbattista.. Voz “Pandettistica”. En NDI, tomo XII.

JAPIOT, René. *Des nullités en matière des actes juridiques*. Paris, 1909.

JASON DE MAYNO. *Commentaria in primam parte digesti novi cum additionibus*. Venecia 1501.

JENKS, Edward. *Digeste de droit civile anglais*. Trad. francesa de BAUMANN y GOULÉ. 2 tomos. París, 1923.

JOLOWITZ. *Droit anglais*. Trad. francesa de SHINDLER-VIGUIE. París, 1986.

JORDANO BAREA, Juan Bautista. “Comentario al art. 673”. En *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia. Tomo I. Madrid, 1991.

- “La interpretación de los contratos”. En Academia Sevillana del Notariado. Madrid, 1988.
- “Teoría general del testamento”. En *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Prof. D. Ignacio Serrano y Serrano*. Tomo I. Valladolid, 1966.
- “El testamento”. En RDN, 1962.

- “La voluntad verdaderamente última del testador en la teoría de la interpretación del testamento”. En RDEA, 1960.
- *La interpretación del testamento*. Barcelona, 1958.

JORDANO FRAGA, Francisco. *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*. Bolonia, 1988.

KARLOWA, Otto. *Römische rechtsgestichte*. Leipzig, 1885.

KASER, Max. *Derecho romano privado*. Trad. española de SANTA CRUZ. Madrid, 1968.

LARA PEINADO, Federico. *Código de Hammurabi. Estudio preliminar, traducción y notas*. Madrid 1986.

LABANDERA, Víctor. “Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código civil”. En RDP, 1913.

- “Testamento revocado y confesión de deuda”. En RGLJ, 1912

LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Estudios de Derecho civil*. Barcelona, 1958.

- *Elementos de Derecho civil*:
- Tomo I, vol. 1º. Madrid, 1998.
- Tomo I, vol. 2º. Barcelona, 1990.
- Tomo I, vol 3º. Madrid, 1999.
- Tomo II, vol. 2º. Barcelona, 1987.
- Tomo V. Barcelona, 1993.

LALAGUNA, Enrique. “Valor de la jurisprudencia en la elaboración científica del Derecho”. En RCDI, 1968.

LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Trad. española de IZQUIERDO. Jaén, 1978.

- *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Trad. española de C. FERNÁNDEZ. Madrid, 1956.
- *Die methode der auslegung des rechtgeschäfts*. Berlín, 1930.

LASARTE, Carlos. *Principios de Derecho civil*.

- Tomo III. Madrid, 1995.
- Tomo VII. Madrid, 1998.
- *Curso de derecho civil patrimonial*. Madrid 1997.
- "La integración del contrato: sobre la buena fe en la contratación". En RDP, 1980.

LIPARI, Nicoló. *Autonomia privata e testamento*. Milán, 1970.

LISERRE, Antonio. *Formalismo negoziale e testamento*. Milán, 1966.

LÓPEZ, Gregorio. *Las Siete Partidas del sabio rey Don Alfonso X, con variaciones de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López*. Barcelona, 1843.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. *La nulidad contractual. Consecuencias*. Valencia, 1995.

LÓPEZ FRIAS, Ana María. "Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español". En ADC, 1990.

LÓPEZ GÓMEZ, Nicasio. *Tratado teórico legal del Derecho de sucesión*. Madrid, 1916.

LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo. "Carácter de la nulidad de la sustitución fideicomisaria que traspasa el límite legal". En ADC, 1950.

LUNA SERRANO, Agustín. "Disciplina del modo testamentario imposible". En ADC, 1968.

LUTZESCO, Georges. *Teoría y práctica de las nulidades*. Trad. Española ROMERO y LOPEZ DE CERDA. Méjico, 1975.

LLAMAS Y MOLINA, Sancho de. *Comentario crítico, jurídico y literal de las leyes de Toro*. Madrid, 1853.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *El patrimonio de los hijos sometidos a patria potestad*. Madrid, 1993.

- *La responsabilidad civil del médico*. Madrid, 1988.

LLAMBÍAS, Jorge. *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*. Buenos Aires, 1953.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *Derecho de sucesiones*. Tomo II. Bilbao, 1991.

LLOVERAS DE RESK, María Emilia. *Tratado de las nulidades jurídicas*. Buenos Aires, 1985.

MALUQUER DE MOTES, Carlos. *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Barcelona, 1993.

MANIGK, Alfred. "Studi di diritto italiano e tedesco sulla natura e l'inquadramento degli atti giuridici privati". En *Annuario di diritto comparato*, 1942.

- *Die privatautonomie in Aufbau der Rechtsquellen*. Berlín, 1935.

MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código civil español*.

- Tomo VI. Revisado y puesto al día por OGAYAR. Madrid, 1951.
- Tomo VIII. Madrid, 1901.

MANS PUIGARNÁN, Jaime. *Los principios generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. Barcelona, 1977.

MARÍN PADILLA, María Luisa. *El principio de conservación de los actos y negocios jurídicos utile per inutile non vitiatur*. Barcelona, 1990.

MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio. *Teoría general de las nulidades*. Méjico, 1992.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. "La buena fe y el abuso del Derecho". En RDP, 1979.

- "El testamento y su pretendida patrimonialidad". En RDP, 1966.

MARTY, Gabriel. RAYNAUD, Pierre. *Droit civile*. Tomo I. París, 1962.

MATEO DE AFLICTIS. *Decisiones Sacri regni consilii napolitani ab excellent viris Aflicto, Tommae Gramatici et Antonium Capycium*. Lugduni, 1566.

MAZEAUD, Henry, Leon y Jean. *Lecciones de Derecho civil*. Trad. española de ALCALA-ZAMORA. Buenos Aires, 1960.

MAZZACATO, Aldo. Voz "Pandettistica". En ED, tomo XXX.

MEDINA, Graciela. *Nulidad de testamento*. Buenos Aires, 1995.

MESSINEO, Francesco. Voz "Convenzione". En ED, tomo X.

- Voz "Annullabilità e annullamento". En ED, tomo II.
- *Manual de derecho civil y comercial*. Trad. española de SENTÍS. Buenos Aires, 1971.
- "Imprescrittibilità dell'azione di nullità ed effetti compatibili con essa". En RTDPC, 1966.

MIQUEL, Juan. *Derecho privado romano*. Madrid, 1994.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María. "Observaciones en torno a la buena fe." En *Libro homenaje al profesor Juan ROCA JUAN*. Murcia 1989.

MIRABELLI, Giuseppe. "Dei contratti in generale". En *Commentario del Codice civile*. Tomo IV, vol. 2º. Turín, 1967.

- *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*. Nápoles, 1955.

MITTEIS, Ludwig. *Das römische Privatrecht*. Leipzig, 1908.

MORENO LUQUE, Carmen. "Notas sobre la eficacia e ineficacia del negocio: inexistencia, nulidad, anulabilidad y rescisión". En AC, 1986.

MORENO MOCHOLÍ, Miguel. "Las irregularidades en el negocio jurídico". En RDP, 1946.

MORENO QUESADA, Bernardo. "Las disposiciones testamentarias con causa ilícita". En ADC, 1967.

MOSCO, Luigi. *Principi sulla interpretazione dei negozi giuridici*. Nápoles, 1952.

- *La conversione del negozio giuridico*. Nápoles, 1947.

MUCIUS SCAEVOLA. *Código civil comentado y concordado*. Tomo XIII. Revisado y puesto al día por ORTEGA LORCA. Madrid, 1943.

NANNI, Lucca. *La buona fede contrattuale*. Padova, 1988.

NEGRI, Giovanni. *La clausola codicillare nel testamento inofficioso*. Milán, 1975.

NICOLÓ, Rosario. *Il Codice civile. La Costituzione e le principali leggi civili e commerciali*. Milán, 1971.

- "Il controllo sulle condizioni di validità di una dichiarazione negoziale da parte del suo destinatario". En FI, 1948.

NUÑEZ LAGOS, Rafael. "El Derecho sucesorio ante la tradición española y el Código civil". En RGLJ, 1951.

OERTMANN, Paul. "Subjektive Teilnichtigkeit". En *Archivio giuridico*, 1935.

- “Invaliditez e ineficacia de los negocios jurídicos”. En RDP, 1929.
- *Allgemeiner Teil*. Berlín, 1927.
- *Rechtsordnung und Verkehrssitte*. Leipzig, 1914.

OPPO, Giorgio. *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*. Bologna, 1943.

OSSORIO MORALES, Juan. *Manual de sucesión testada*. Madrid, 1957.

PACCHIONI, Giovanni. *Diritto civile italiano*. Vol. II. Milán, 1939.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*. Madrid, 1975.

PAROLI, Augusto. “Nullità di clausole e nullità di contratto”. En *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1961.

PASSAGNOLI, Giovanni. *Nullità speciali*. Milán, 1995.

PASETTI, Giulio. *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*. Padova, 1953.

PASTOR RIDRUEJO, Félix. *La revocación del testamento*. Barcelona, 1964.

PASTORI, Franco. *Gli istituti romanistici come storia e vita del Diritto*. Cisalpino, 1992.

PELAEZ DE MERES, Melchor. *Tractatus majoratum et meliolationun hispaniae quator constans partibus*. Lugduni, 1678.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. "El anteproyecto de Código civil español (1882-1888)". En *Centenario de la Ley del Notariado*. Vol. I. Madrid, 1965.

PÉREZ DE BENAVIDES, Manuel María. *El testamento visigótico*. Granada, 1975.

PERLINGIERI, Pietro. *Codice civile annotato*. Tomo IV, vol. 1º. Turín 1980.

PIEDELIEVRE, Jacques. *Des effets produits par les actes nuls. Essai d'une theorie d'ensemble*. París, 1911.

PIETROBON, Vittorio. *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Trad. española y notas de ALONSO PÉREZ. Madrid, 1971.

PIOTET, Paul. *Précis de droit successoral*. Berna, 1988.

- "De l'invalidité partielle des actes juridiques, spécialement en cas de vice du consentement". En *Révue de droit suisse*, 1957.

PLANIOL Marcel. RIPERT, Georges. *Traite pratique de droit civile français*. Tomos I, V y VI. París, 1957.

PLANITZ, Hans. *Principios de Derecho privado germánico*. Trad. española de MELÓN INFANTE. Barcelona 1957.

PONSARD, André. BLONDEL, Pierre. Voz "Nullité". En *Enciclopedia Dalloz*. Tomo VI. París, 1993.

PROSPERETTI, Marco. "Sulla convalida del negozio giuridico". En *Studi in onore di Santoro Passarelli*. Tomo III. Nápoles, 1972.

PUGLIATTI, Salvatore. "La volontà come elemento essenziale del negozio giurudico". En *Rivista di diritto commerciale*, 1940.

PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil*:

- Tomo Preliminar. Madrid, 1989.
- Tomo II. Vol. 1º. Barcelona, 1954.
- Tomo V, vol. 1º. Barcelona, 1961.
- Tomo V. Vol. 2º. Barcelona, 1963.
- Tomo V, vol 3º. Barcelona, 1964.
- Diccionario de acciones en el Derecho civil español. Barcelona, 1984.
- Voz "Actos nulos". En NEJ, tomo II.
- "Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del TS". En *Revista jurídica de Cataluña*, 1953.
- "La interpretación del testamento en la jurisprudencia". En AAMN, 1952.
- "La doctrina de los actos propios". En *Estudios de Derecho comparado*. Barcelona, 1951.

PUIG FERRIOL, Luis. Comentario al artículo 663. En *Comentarios al Código civil*, Ministerio de justicia. Tomo I. Madrid, 1991.

PUIG FERRIOL. GETE-ALONSO Y CALERA. GIL RODRÍGUEZ.
HUALDE SÁNCHEZ. *Manual de Derecho civil*. Madrid, 1995.

PUIG PEÑA, Federico. *Compendio de Derecho civil español*. Tomo I.
Pamplona 1972.

- *Tratado de Derecho civil español*. Tomo I, vol. 2º. Madrid, 1958.
- Tomo V, vol. 1º. Madrid, 1954.

QUADRATO, Renato. *Sulle tracce della annullabilità*. Nápoles, 1983.

RABIE, Hamed. *L'acte juridique post mortem en Droit romain. Validité et
function*. Milán, 1955.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *Manual de Derecho civil. Obligaciones y
contratos*. Cáceres, 1997.

RAMS ALBESA, Joaquín. "Libertad civil, libertad de testar (notas para su
formulación)". En *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. D. José Luis
Lacruz Berdejo*. Barcelona 1993.

- "Comentario a la STS de 20 de mayo de 1985". En CCJC, 1985.

RENARD, Georges. "L'idée d'annulabilité chez les interprètes romains au
myen age". En *Revue historique de Droit français et étrangere*, 1903.

RESCIGNO, Pietro. *Introduzione al Codice civile*. Bari, 1991.

- *Manuale del diritto privato italiano*. Nápoles, 1986.
- *Interpretazione del testamento*. Nápoles, 1952.

RIERA AÍSA, Luis. Voz "Cláusula". En NEJ, tomo IV.

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. París, 1935.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José. *Derecho de sucesiones. Común y foral*. Tomo I. Madrid, 1987.

RIVIER, Alphonse. *Successions au droit romain*. Bruselas, 1878.

ROBLEDA, Olís. *La nulidad del acto jurídico*. Roma, 1964.

ROCA GUILLAMÓN, Juan. *El contrato de factoring y su regulación*. Jaén, 1976.

- “Garantía contra evicción en las adquisiciones gratuitas”. En *Libro homenaje a Juan ROCA JUAN*. Murcia, 1989.

ROCA SASTRE, Ramón María. *Derecho hipotecario*. Vol. I. Barcelona, 1948.

- *Estudios de Derecho privado*. Vol. 1. Madrid, 1948.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho de sucesiones*. Tomo I. Barcelona, 1989.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. *Concepto y fuentes del Derecho civil español*. Barcelona, 1956.

ROMÁN GARCÍA, Antonio. *Derecho de sucesiones*. Madrid, 1999.

- *Las obligaciones testamentarias en el Código civil español*. Madrid, 1995.
- *El Precontrato*. Madrid, 1982.

ROMANO, Salvatore. *Autonomia privata*. Milán, 1957.

- “Ordinamenti giuridici privati”. En Rivista trimestrale di Diritto pubblico, 1955.

ROPPO, Enzo. “Nullità parziale del contrato e giudizio di buona fede”. En RDC, 1971.

ROVIRA MOLA, Alberto de. “Interpretación de los testamentos”. En NEJ, tomo XIII.

ROYO MARTÍNEZ, Miguel. Derecho sucesorio *mortis causa*. Sevilla, 1951.

- “Transformación del concepto del contrato en el Derecho moderno”. En RGLJ, 1945.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia. “Los límites a la autonomía privada en el testamento”. En AC, 1987.

- *Las prohibiciones de impugnar el testamento en el CC español*. Granada, 1986.

RUIZ MARTÍNEZ, Francisco. “Sobre la condición y sus aledaños”. En RCDI, 1950, Págs. 785 y SS y 1951. Págs. 1 y SS.

RUIZ MUÑOZ, Miguel. *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*. Valladolid, 1993.

RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. *Derecho de sucesiones*. Madrid, 1979

SACCO, Rodolfo. “Il contratto”. *Trattato di diritto civile*, dirigido por VASALLI. Tomo II. Vol. 6. Turín, 1975.

- *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici de diritto privato*. Turín, 1949.

SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de la volonté dans le code civil allemand*. París, 1929.

SÁNCHEZ ALBORNOZ, Claudio. "Pervivencia y crisis de la tradición jurídica romana en España". En *Nuevos y viejos estudios sobre las instituciones medievales españolas*. Tomo II. Madrid, 1976.

SAMPER POLO, Francisco. "La disposición *mortis causa* en el Derecho romano vulgar". En *AHDE*, 1968.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho civil*.

- Tomo II. Madrid, 1911.
- Tomo IV. Madrid, 1899.
- Tomo VI, vol. 2º. Madrid 1910.

SANTA CRUZ TEIJEIRO, José. "La interpretación romana del negocio jurídico". En *RDP*, 1940.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas generales del Derecho civil*. Trad. española de LUNA SERRANO. Madrid, 1964.

- "Negozio e giudizio". En *RTDPC*, 1956.
- "L'accertamento negoziale e la transazione". En *RTDPC*, 1956.
- "Vocazione legale e testamentaria". En *RDC*, 1942.

SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho civil*. Tomos I y VI. Madrid, 1978.

SANZ HERRERO, José Daniel. "La nulidad relativa de los contratos". En CDJ, XXXV. Madrid, 1994.

SARACINI, Eugenio. *Nullità e sostituzione di clausole contrattuale*. Milán, 1971.

SAVATIER, René. *Cours de droit civil*. Tomo II. París, 1949.

- "Le prétendue principe de l'effet relatif des contrats". En RTDC, 1934.

SAVIGNY, Mfc de von. *Sistema de Derecho romano actual*. Trad. española de MESÍA y POLEY. Madrid, S. F (Centro editorial de Góngora).

SCIALOJA, Vittorio. *Los negocios jurídicos*. Trad. española de PELSMAEKER. Sevilla, 1942.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*. Padova, 1992.

- *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Nápoles, 1969.
- "Della invalidità successiva dei negozi giuridici". En *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 1950.

SCHERILLO, Gaetano. *Corso di Diritto romano*. Milán, 1967.

SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Trad. Española de SANTA CRUZ. Barcelona, 1960.

SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. "La nulidad del testamento". En CDJ, *Derecho de sucesiones*, 1995.

SERRANO ALONSO, Eduardo. *Manual de derecho de sucesiones*. Madrid, 1997.

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

SERRANO GARCÍA, Ignacio. "Legado de crédito y legado de liberación". En RCDI, 1975.

SIMLER, Philippe. *La nullité partielle des actes juridiques*. París, 1969.

SIMÓ SANTOJA, Vicente Luis. "La interpretación de las disposiciones *mortis causa*". En RDP, 1961.

SOTO NIETO, Francisco. "Nulidad de los contratos y de los testamentos". En NEJ. Tomo XVII.

STELLA RICHTER, Giorgio. "Il principio di conservazione del negozio giuridico". En RTDPC, 1967.

STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Trad. española de SANTOS BRIZ. Madrid, 1959.

- "Sull'inammissibilità della convalida del testamento falso". En *Giurisprudenza completa della Cassazione civile*, 1946.

SURDUS, Joannes Petrus. *Consiliorum sive responsorum...* Frankfurt, 1606.

TABOADA ROCA, Manuel. "Consideraciones sobre la eficacia de los actos jurídicos". En *Homenaje a Vallet de Goytisolo*. Madrid 1988.

TAMPONI, Michele. "Contributo all'esegesi de l'articolo 1419 Codice civile". En RTDPC, 1978.

TAU ANZOATEGUI, Victor. *Esquema histórico de Derecho sucesorio*. Buenos Aires, 1971.

TOMMASINI, Raffaele. Voz "Invaliditá". En ED, tomo XXII.

- Voz "Nullitá". En ED, tomo XXVII.

TORRALBA SORIANO, Orencio Vicente. *El modo en el derecho civil*. Madrid, 1967.

- "Causa ilícita: exposición sistemática de la jurisprudencia del TS". En ADC, 1966.

TORRENT, Armando. *El negocio jurídico en Derecho romano*. Oviedo, 1984.

TORRES, Teodora. *El testamento ológrafo*. Madrid, 1977.

TRABUCCHI, Alberto. "La sottoscrizione del testatore puó costituire una presunzione semplice di volontá testamentaria definitiva?" En *Giurisprudenza italiana*, 1953.

- "Il rispetto del testo nell'interpretazione delle disposizioni di ultima volontá". En *Studi in onore di F. Carnelutti*. Padova, 1950.

- *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*. Padova, 1936.

TRAVIESAS, Miguel. "El testamento". En RDP, 1935.

- "Los negocios jurídicos y su interpretación". En RDP, 1926.

- "Sobre nulidad jurídica". En RGLJ, 1914.

TRIMARCHI, Michele. *Atto giuridico e negozio giuridico*. Milán, 1940.

TROPLONG, Raymond Theodore. *De l'influence du christianism sur le Droit civile des romains*. París, 1855.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de Derecho civil español*. Tomos I y V. Valladolid, 1935.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. *Panorama del Derecho de sucesiones*. Tomo II. Madrid, 1984.

- "Comentario al artículo 814 CC". En *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, dirigidos por ALBADALEJO. Tomo XI. Madrid, 1982.
- *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*. Tomo I. Las legítimas. Madrid, 1974.
"Significado jurídico-social de las legítimas y la libertad de testar". En ADC, 1966.
- "Fideicomiso a término y condicional y la cláusula *si sine liberis decesserit* en el derecho histórico de Castilla y en el Código civil". En ADC, 1956.
- "Donación, condición y conversión jurídica material". En ADC, 1952.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos. "La interpretación integradora del contrato en el Código civil". En ADC, 1987.

- "Comentario a la STS de 12 de noviembre de 1984". En CCJC, pág. 2145.
- *Sobre la estructura de la obligación*. Palma de Mallorca, 1980.

VOCI, Pasquale. *Istituzioni di diritto romano*. Milán, 1994.

- Diritto ereditario romano. Tomo II. Milán, 1963.
- “In tema di sottoscrizione parziale di testamento olografo”. En *Giurisprudenza italiana*, 1950.

VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Tomo I. Trad. española de ROCES. Madrid, 1934.

VOVIN, Robert. *La bonne foi. Notion et role en Droit privé français*. París, 1939.

VOLTERRA, Edoardo. *Scritti giuridici*. Nápoles, 1991.

- Diritto romano e diritti orientali. Nápoles, 1983.
- Istituzioni di Diritto privato romano. Roma, 1977.

WEILL, Alex. TERRÉ, François. *Droit civil; les obligations*. París, 1975.

WIEACKER, Franz. *Storia del diritto privato moderno*. Trad. italiana de SANTORELLI y FUSE. Tomo I. Milán, 1980.

- *El principio general de la buena fe*. Trad. española de CARRO. Madrid, 1977.

WINDCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Trad. italiana de FADDA y BENSÀ. Turín, 1930.

- *Zur lehre des Code Napoleons von der ungültigkeit des rechtgeschäfte*. Dusseldorf, 1847.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (Sala 1^a)* CITADAS EN LA OBRA

* Las referencias al repertorio jurídico se encuentran en el lugar de cita de las sentencias en el texto.

- STS de 27 de enero de 1870.
- STS de 20 de febrero de 1885.
- STS de febrero de 1893.
- STS de 8 de mayo de 1894.
- STS de 11 de mayo de 1898.
- STS de 27 de enero de 1899.
- STS de 14 de julio de 1899.
- STS de 7 de diciembre de 1899.
- STS de 7 de diciembre de 1900.
- STS de 26 de noviembre de 1901.
- STS de 7 de febrero de 1902.
- STS de 7 de abril de 1903.
- STS 23 de noviembre de 1904.
- STS de 12 de julio de 1905.
- STS de 28 de febrero de 1906.
- STS de 27 de junio de 1908.
- STS de 30 de abril de 1909.
- STS de 10 de marzo de 1910.
- STS de 21 de mayo de 1910.
- STS de 15 de febrero de 1911.
- STS de 27 de mayo de 1913.
- STS de 6 de julio de 1914.
- STS de 16 de diciembre de 1915.
- STS de 11 de abril de 1916.
- STS de 13 de mayo de 1916.
- STS de 20 de marzo de 1918.
- STS de 16 de noviembre de 1918.
- STS de 30 de abril de 1920.
- STS de 8 de abril de 1921.

- STS de 5 de junio de 1925.
- STS de 27 de junio de 1925.
- STS de 25 de octubre de 1926
- STS de 6 de mayo de 1927.
- STS de 7 de enero de 1928.
- STS de 15 de febrero de 1928.
- STS 20 de junio de 1928.
- STS de 25 de octubre de 1928.
- STS de 28 de diciembre de 1928.
- STS de 22 de diciembre de 1930.
- STS de 6 de mayo de 1931.
- STS de 8 de noviembre de 1932.
- STS de 24 de noviembre de 1933.
- STS de 22 de febrero de 1934.
- STS de 17 de marzo de 1934.
- STS de 7 de noviembre de 1935.
- STS de 8 de julio de 1940.
- STS de 22 de marzo de 1941.
- STS de 23 de marzo de 1944.
- STS de 3 de abril de 1944.
- STS de 10 de abril de 1944.
- STS de 25 de mayo de 1944.
- STS de 30 de junio de 1944.
- STS de 30 de octubre de 1944.
- STS de 16 de febrero de 1945.
- STS de 12 de mayo de 1945.
- STS de 16 de mayo de 1945.
- STS de 25 de mayo de 1945
- STS de 5 de julio de 1945.
- STS de 4 de junio de 1947.

- STS de 4 de noviembre de 1947.
- STS de 27 de mayo de 1949 (RIA 720, **por error aparece 719 en el texto, págs. 334, 342**).
- STS de 29 de octubre de 1949 (RIA 1240, **falta en el texto, págs. 334, 342**).
- STS de 30 de marzo de 1950.
- STS de 15 de marzo de 1951.
- STS de 30 de mayo de 1951.
- STS de 26 de junio de 1951.
- STS de 13 de marzo de 1952.
- STS de 6 de mayo de 1953.
- STS de 11 de junio de 1953.
- STS de 6 de abril de 1954.
- STS de 30 de noviembre de 1956.
- STS de 12 de marzo de 1958.
- STS de 25 de abril de 1958.
- STS de 27 de mayo de 1958.
- STS de 18 de diciembre de 1958.
- STS de 16 de abril de 1959.
- STS de 2 de junio de 1959.
- STS de 1 de diciembre de 1959.
- STS de 7 de junio de 1960.
- STS de 29 de enero de 1960.
- STS de 7 de junio de 1960.
- STS de 17 de octubre de 1960.
- STS de 24 de febrero de 1961.
- STS de 31 de mayo de 1961.
- STS de 4 de noviembre de 1961.
- STS de 3 de marzo de 1962.

- STS de 1 de junio de 1962
- STS de 5 de octubre de 1962.
- STS de 20 de octubre de 1962.
- STS de 11 de diciembre de 1962.
- STS de 20 de febrero de 1963.
- STS de 14 de junio de 1963.
- STS de 2 de mayo de 1963.
- STS de 25 de marzo de 1964.
- STS de 11 de abril de 1964.
- STS de 30 de abril de 1964.
- STS de 12 de noviembre de 1964.
- STS de 22 de diciembre de 1964.
- STS de 1 de abril de 1965.
- STS de 23 de noviembre de 1965.
- STS de 21 de diciembre de 1965.
- STS de 5 de julio de 1966.
- STS de 16 de febrero de 1967.
- STS de 6 de abril de 1967.
- STS de 7 de noviembre de 1967.
- STS de 6 de febrero de 1969.
- STS de 9 de abril de 1970.
- STS de 17 de junio de 1970.
- STS de 1 de marzo de 1971.
- STS de 8 de mayo de 1971.
- STS de 8 de marzo de 1972.
- STS de 10 de mayo de 1972.
- STS de 9 de mayo de 1974.
- STS de 22 de octubre de 1974.
- STS de 7 de enero de 1975.

- STS de 4 de marzo de 1975.
- STS de 10 de junio de 1976.
- STS de 3 de febrero de 1977.
- STS de 27 de junio de 1977.
- STS de 10 de octubre de 1977.
- STS de 7 de julio de 1978.
- STS de 25 de septiembre de 1978.
- STS de 3 de octubre de 1979.
- STS de 10 de noviembre de 1979.
- STS de 26 de diciembre de 1979.
- STS de 3 de marzo de 1980.
- STS de 13 de julio de 1981.
- STS de 8 de mayo de 1981.
- STS de 9 de julio de 1982.
- STS de 7 de octubre de 1982.
- STS de 9 de octubre de 1982.
- STS de 20 de junio de 1983.
- STS de 7 de octubre de 1983.
- STS de 24 de noviembre de 1983.
- STS de 20 de febrero de 1984.
- STS de 21 de febrero de 1984.
- STS de 12 de noviembre de 1984.
- STS de 5 de marzo de 1985.
- STS de 20 de mayo de 1985.
- STS de 18 de diciembre de 1985.
- STS de 6 de junio de 1986.
- STS de 21 de junio de 1986.
- STS de 28 de julio de 1986.
- STS de 10 de abril de 1987.

- STS de 17 de octubre de 1987.
- STS de 26 de enero de 1988.
- STS de 26 de septiembre de 1988.
- STS de 13 de julio de 1989.
- STS de 16 de abril de 1990.
- STS de 7 de mayo de 1990.
- STS de 9 de mayo de 1990.
- STS de 25 de junio de 1990.
- STS de 13 de octubre de 1990.
- STS de 1 de octubre de 1991.
- STS de 30 de noviembre de 1991.
- STS de 22 de junio de 1992.
- STS de 10 de febrero de 1994.
- STS de 21 de febrero de 1994.
- STS de 1 de junio de 1994.
- STS de 30 de enero de 1995.
- STS de 18 de marzo de 1998.

**ÍNDICE CRONOLÓGICO DE RESOLUCIONES DE LA
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO
CITADAS EN LA OBRA Y RELEVANTES PARA LA MATERIA**

- 26 de septiembre de 1904.
- 30 de junio de 1910.
- 2 de agosto de 1913.
- 10 de diciembre de 1913.
- 29 de enero de 1931.
- 1 de junio de 1943.
- 12 de septiembre de 1947.
- 18 de diciembre de 1951 (RJA 2758).