

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

- 4393** *Resolución de 27 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Jerez de la Frontera n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación, partición y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por doña María Esther Vallejo Vega, notaria de Jerez de la Frontera, contra la calificación del registrador de la propiedad de Jerez de la Frontera número 1, don Óscar Eimil Trasancos, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación, partición y adjudicación de herencia.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada por la notaria de Jerez de la Frontera, doña María Esther Vallejo Vega, el día 18 de septiembre de 2018, con el número 1.479 bis de protocolo, se formalizó la aceptación, partición y adjudicación de herencia de don M. R. G., fallecido el día 17 de febrero de 2018, bajo testamento otorgado el día 27 de julio de 1995.

En dicho testamento se disponía lo siguiente: «Primera.—Sin perjuicio de la legítima de su madre si le sobrevive instituye heredera universal de todos sus bienes a su esposa doña M. C. C.F. Segunda.—En el supuesto de que tengan hijos de su matrimonio les instituye herederos universales legando en tal caso a su esposa el usufructo universal y vitalicio de su herencia, con relevación de inventario y fianza, con facultades de tomar por sí mismo posesión de su legado y ordenado por vía de partición que las legítimas de sus hijos se satisfagan en adjudicaciones en nuda propiedad en cuanto sea necesario para la integridad del usufructo universal legado a su esposa».

Y en la referida escritura se expresaba lo siguiente: «Dicho testamento fue otorgado constante el matrimonio del causante e instituyendo heredera universal a su esposa doña M. C. C. F., si bien dicha institución, ordenada a favor de «su esposa» ha quedado sin efecto como consecuencia del divorcio posterior y disolución del vínculo conyugal del causante y de doña M. C. C. F. Como consecuencia de ello, procede la apertura de la sucesión intestada del causante, lo cual se ha llevado a cabo mediante Acta de Notoriedad de Declaración de Herederos Abintestato, autorizada (...) el día 7 de agosto de 2018 y bajo número 1.427 de protocolo, en cuya virtud se han declarado herederos del causante a sus tres hermanos aquí comparecientes». La escritura fue otorgada únicamente por estos tres herederos.

II

Presentada copia autorizada de la referida escritura, junto con el acta de declaración de herederos abintestato reseñada, en el Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera número 1, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del precedente documento, ha resuelto no admitir su inscripción en los Libros del Archivo de este Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera N.º 1 a su cargo en base a los siguientes:

## Antecedentes de hecho

## I

G. J., J. L. presentó en el Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera N.º 1, provincia de Cádiz, escritura de herencia autorizada por la Notaria de esta Ciudad doña María Esther Vallejo Vega el día 18/09/2018 con el número 1479/2018 de su protocolo.

## II

En virtud de lo anterior se efectuó dicha presentación el día 23/10/2018 bajo el asiento de presentación número 1886 del Diario de Operaciones número 154 del mencionado Registro.

## III

El documento reseñado fue estudiado y calificado por este Registrador de la Propiedad que suscribe en orden a determinar si con arreglo a la legislación vigente era o no susceptible de acceder a los Libros del Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera N.º 1, resultando que el mismo adolece de los defectos que se expresan a continuación.

## Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18, 19, 19 bis de la Ley Hipotecaria, 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario, 102, 106, 675, 738, 739, 743 y 767 del Código Civil y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de Noviembre de 1998 y 26 de Febrero de 2003, resulta que no se practica la inscripción del documento referenciado por los motivos que se indican:

No está previsto en nuestro ordenamiento jurídico, como efecto de la separación o el divorcio de los cónyuges, a diferencia de lo que ocurre con la representación voluntaria, la revocación por ministerio de la ley de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos a favor del otro.

Dicha revocación exige una declaración expresa de voluntad del causante hecha con las solemnidades necesarias para testar. No existiendo dicha declaración, el testamento otorgado produce todos sus efectos mientras que por una sentencia firme no se declare que la voluntad del testador fue la de vincular la disposición testamentaria a la condición de cónyuge de la heredera instituida.

El solo reflejo en el testamento de la palabra “esposa” no es razón suficiente para que pueda concluirse que ese sea el motivo –causa– de la disposición a los efectos del artículo 767 del Código Civil.

Por tanto, no puede inscribirse la partición hereditaria otorgada en virtud de un título sucesorio –acta de notoriedad– que, dada las circunstancias, carece de efecto alguno, al existir un título sucesorio testamentario que, en los términos expresados, produce todos sus efectos mientras no se declare judicialmente su ineficacia.

Los hechos y fundamentos de Derecho expresados determinan que el Registrador que suscribe haya resuelto suspender la inscripción solicitada por considerar que los defectos apreciados en esta nota de calificación tienen carácter subsanable, no habiéndose tomado anotación preventiva de suspensión, conforme al 42.9 de la Ley Hipotecaria, por no haberlo solicitado.

Esta nota de calificación se notifica con arreglo a lo dispuesto en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria, en la forma establecida por los artículos 40 a 46 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al funcionario autorizante del documento y al presentante.

La anterior nota de calificación negativa podrá (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Oscar Eimil Trasancos registrador/a de Registro Propiedad de Jerez de la Frontera 1 a día treinta de Octubre del año dos mil dieciocho.»

## III

Contra la anterior nota de calificación, doña María Esther Vallejo Vega, notaria de Jerez de la Frontera, interpuso recurso el día 30 de noviembre de 2018 mediante escrito con los siguientes fundamentos jurídicos:

«Primero.

Con el presente recurso, se plantea la interesante cuestión jurídica de si la disposición testamentaria en la que el causante instituye heredero a su cónyuge, siendo este hecho la causa que lleva al testador a disponer, deviene en falsa como consecuencia del posterior divorcio de ambos, lo que hace ineficaz la disposición testamentaria por aplicación del artículo 767 del Código Civil.

Es evidente, y la práctica diaria así lo demuestra, que quien lleva a cabo una primera labor integradora e interpretativa de la voluntad del testador es el propio Notario; integración e interpretación que en modo alguno pueden ser arbitrarias o parciales, sino sujetas a ciertos límites como a continuación se aclara.

Segundo.

En materia de interpretación del testamento, debe darse preferencia a la interpretación literal en los términos que ordena el artículo 675 del Código Civil. En el presente caso, al criterio literal han de añadirse otros, como, por ejemplo, los elementos lógico, sistemático y finalista, adecuados a las circunstancias del caso concreto, que son las siguientes:

a) El testamento se otorga tras el matrimonio, que sin duda aconseja una solución diferente en relación a aquellos testamentos que se otorgan con anterioridad al matrimonio.

b) El empleo del término “esposa” en la propia institución de heredera, de manera que no sólo se menciona a la esposa instituida en los antecedentes del documento testamentario, sino que se menciona en la propia institución.

c) Aun cuando se trata de indagar la voluntad real del testador en el momento de hacer testamento, dicha interpretación se produce, necesariamente, una vez fallecido el mismo y no antes.

d) La propia literalidad a la que el artículo 675 del Código Civil otorga prioridad, aconseja interpretar el término “esposa” que emplea la cláusula Primera del testamento en unión con la cláusula Segunda, que dispone, para el caso de que los cónyuges tuvieran hijos constante su matrimonio, la llamada “cautela socini”, reconociéndose en favor de la esposa un usufructo universal al que sólo en caso de fallecer bajo matrimonio tendría derecho. Es decir, de la redacción completa y sistemática del testamento se desprende claramente que las disposiciones contenidas en el mismo tenían como presupuesto básico e ineluctable la vigencia del matrimonio.

e) La propia cronología de los hechos corrobora esta interpretación, puesto que el testamento se otorgó el día 27 de julio de 1995 y, tras una separación previa (año 1999), se tramitó y decretó el divorcio (sentencia de 22 de enero de 2004). Además, el inmueble objeto de la herencia del causante era privativo del mismo, puesto que fue adquirido antes del matrimonio, lo que dota a la interpretación que se defiende de un matiz revelador y claramente diferenciador de este supuesto de aquél en que, por ser el inmueble ganancial, pudiera considerarse que la voluntad del causante fuera que su esposa deviniera única propietaria del mismo.

Tercero.

Una vez expuestos los criterios hermenéuticos anteriores y las circunstancias del caso concreto, puede abordarse en profundidad la cuestión planteada en el Fundamento Primero anterior, en el sentido de que, teniendo en cuenta tales criterios así como las circunstancias concurrentes en este supuesto también expresadas, es evidente que la institución de heredera se encontraba condicionada a que la instituida fuera la esposa del causante al abrirse la sucesión, de modo que debe entenderse que cuando se produjo el divorcio la institución quedó sin causa e ineficaz. Es decir, dado que en el momento del fallecimiento del testador se ha producido un cambio de circunstancias que provoca la desaparición del motivo determinante por el que el testador formalizó su disposición testamentaria, la misma queda ineficaz. Conforme al artículo 675 del Código Civil, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello, la literalidad del artículo 767.1 del Código Civil, que se refiere a la “expresión” del motivo de la institución, no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposa del testador. Así ha sucedido en el presente caso, en el que el empleo del término “esposa” para referirse a la instituida no puede ser entendido como una mera descripción de la relación matrimonial existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación de la instituida, sino que la mención del término “esposa” revela el motivo por el que el testador nombraba a la misma. Producido el divorcio después del otorgamiento del testamento, la institución de heredera quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en que se produce la apertura de la sucesión.

Cuarto.

Sobre esta cuestión, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha rechazado que, en el ámbito notarial y registra', quepa presumir la voluntad de revocar la disposición testamentaria efectuada a favor del cónyuge que se divorcia del testador (en virtud de las Resoluciones que el Sr. Registrador cita en su calificación, de 26 de noviembre de 1998 y de 26 de febrero de 2003), remitiendo la cuestión de la apreciación de la posible voluntad del testador en tal sentido al ámbito judicial.

No obstante, el criterio de la DGRN puede ser objeto de revisión, como solicito, a la luz de los argumentos ya expuestos, de las circunstancias específicas del supuesto que nos ocupa y de la solución a la que se ha llegado en la mayoría de los ordenamientos civiles especiales:

1. El argumento antes expresado de la causa falsa con apoyo en el artículo 767 del Código Civil ha sido reconocido en diversos pronunciamientos judiciales. Así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 796/2010, de 11 de junio de 2010 acude a una interpretación de la voluntad hipotética del testador en los mismos términos expuestos y que por dicho motivo no reproduzco. A dicho argumento, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 3871/1999, de 13 de diciembre de 1999, añade que “mediante una interpretación integradora y tomando en consideración el artículo 3 del Código Civil en cuanto a la realidad social, el común de los testadores entendería que se instituye heredera a la esposa en tanto en cuanto es su esposa y esta disposición debe entenderse motivada por la consideración a que precisamente es su esposa; si el testador hubiera previsto que no lo sería no hubiera determinado dicha disposición, padeciendo en consecuencia, de causa falsa de la institución de heredero regulada por nuestro Código Civil en su artículo 767, la disposición cuestionada en la presente litis y en este sentido debe declararse ineficaz”.

2. Existen igualmente pronunciamientos judiciales que se expresan en el sentido opuesto, si bien lo hacen en función de alguna otra circunstancia reveladora de la voluntad del testador, como sucede en el caso de la reciente sentencia de la Audiencia

Provincial de Madrid 3649/2017, de 9 de marzo de 2017, que apreció la relevancia de que el testador designara a su esposa como beneficiaria de un seguro de vida contratado después de su separación matrimonial.

3. En el ámbito de los ordenamientos civiles especiales, y a excepción de Baleares, se recoge expresamente la ineficacia sobrevinida de la disposición testamentaria a favor del cónyuge en caso de crisis matrimonial; salvo que del testamento resulte otra cosa. En este mismo sentido, la Resolución de la Dirección General de Cataluña aclara que, en tales casos, la disposición a favor del cónyuge adolecería de ineficacia sobrevinida y su validez debería ser alegada y probada por el cónyuge en sede judicial.

4. En el caso concreto que nos ocupa, la finca del causante era privativa del mismo, el testamento anterior a la declaración del divorcio y, tras el divorcio, las relaciones entre el causante y su esposa inexistentes, hasta el punto de que los hermanos del causante desconocen si la esposa vive o no, y en caso afirmativo si tiene conocimiento del fallecimiento del causante, no existiendo ningún indicio que revele que se hayan mantenido o reanudado de alguna manera las relaciones entre un matrimonio divorciado, del cual, además, no quedó descendencia.

Quinto.

Recapitulando todo lo anterior, dado que hasta la fecha no existía una doctrina jurisprudencial uniforme y diversa (como se ha visto) la doctrina de las Audiencias Provinciales (que solían atender a las circunstancias del caso concreto, como, por ejemplo, la existencia o no de algún tipo de relación posterior al divorcio entre testador y cónyuge), la Dirección General de los Registros y del Notariado, precisamente por ello, viene considerando que en el ámbito notarial y registral no puede presumirse la revocación por esta causa, remitiendo la cuestión al ámbito judicial. Postura ésta que se entiende bajo estas premisas de inexistencia de claridad en la doctrina jurisprudencial.

Sexto.

Sin embargo, toda la argumentación anterior debe contemplarse actualmente a la vista y de acuerdo con la claridad con que resuelve esta controversia la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2018; cuyos pronunciamientos, por su claridad y su actualidad, deben ser trascendentes en esta materia, obligando a reinterpretar la cuestión sobre nuevas bases. Esta sentencia, ante un caso idéntico al que nos ocupa, opta por considerar ineficaz de modo sobrevinido la institución de heredero a favor del esposo de la testadora en caso de divorcio posterior al testamento, acudiendo a encuadrar el supuesto en el ámbito del artículo 767.1 del Código Civil.

Por su interés, transcribo a continuación la sentencia del Alto Tribunal:

“... A diferencia de lo que sucede en otros derechos, no existe en el Código civil una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en máximas de experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea. Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante de la doctrina, esta sala considera que, ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el art. 767.1 CC, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto, Por ello, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz. Conforme al art. 675 CC, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello, la literalidad del art. 767.1 CC, que se refiere a la ‘expresión’ del motivo de la institución o del nombramiento de legatario, no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en

el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja del testador.”

Por tanto, el Tribunal Supremo, ante la falta de una regla en el Código Civil que aborde directamente las consecuencias de un divorcio posterior entre testador y beneficiado por la disposición testamentaria, encuadra el caso en el ámbito del artículo 767 del Código Civil. Sin embargo, esta norma establece como regla general que la causa falsa no produce el efecto de ineficacia de la disposición testamentaria, salvo que “del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa”. Y llevado esto al caso del divorcio, el Tribunal Supremo concluye que la expresión en el testamento de que la institución o disposición testamentaria se hace a favor del esposo de la testadora, permite concluir que su voluntad hubiera sido la de que la disposición fuera ineficaz en caso de divorcio posterior, aunque ello no le llevara a la revocación expresa del testamento,

Dice el Tribunal Supremo:

“... Esto es lo que ha sucedido en el presente caso en el que, tras contraer matrimonio, la causante otorgó testamento en el que instituyó heredero ‘a su esposo D. Esteban’. El empleo del término ‘esposo’ para referirse al instituido no puede ser entendido como una mera descripción de la relación matrimonial existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación del instituido, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención del término ‘esposo’ revela el motivo por el que la testadora nombraba a Esteban como su heredero, sin que haya razón para pensar que, de no ser su esposo, la testadora lo hubiera instituido heredero. Producido el divorcio después del otorgamiento del testamento, la institución de heredero quedó privada de la razón por la que se otorgó y; en consecuencia; no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión.”

La identidad completa entre el supuesto contemplado por el Tribunal Supremo y el que nos ocupa en el presente caso resulta evidente de la transcripción del párrafo anterior, que he incluido por este motivo. Considero, como viene manteniendo la DGRN, que cada cuestión deberá resolverse en función de las circunstancias del caso concreto, si bien sería conveniente clarificar dicha doctrina en aquellos supuestos en que los elementos de hecho sean totalmente equivalentes a los resueltos por la sentencia, configurándose una revocación presunta y una ineficacia que podría calificarse de “ex lege” (como sucede en los ordenamientos civiles especiales). Es decir, y así lo está apuntando el Tribunal Supremo, la ineficacia de la disposición testamentaria opera de forma automática al producirse la crisis matrimonial (salvo que del contexto del testamento resulte que el testador la habría ordenado incluso en caso de crisis matrimonial), ya que no se trata de valorar una conducta, sino de apreciar la producción de un hecho o circunstancia fáctica, y correspondiendo al Notario autorizante la indagación de la voluntad real de los otorgantes es ineludible para el Notario reconocer la ineficacia de la disposición testamentaria, que, en el presente caso, deja sin sentido al testamento otorgado y determina la apertura de la sucesión intestada.

Séptimo.

Como dice el Sr. Registrador, “no está previsto en nuestro ordenamiento jurídico, como efecto de la separación o el divorcio de los cónyuges, a diferencia de lo que ocurre con la representación voluntaria, la revocación por ministerio de la ley de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos a favor del otro”. No obstante y precisamente para solventar los problemas que de ello se derivan, unificando la solución con otros ordenamientos españoles, es precisamente por lo que el Tribunal Supremo ha admitido la ineficacia sobrevenida del testamento bajo los supuestos del presente caso, sin necesidad de revocación expresa, como a continuación, el Sr. Registrador señala en su calificación. Si se admite la revocación ex lege de la representación voluntaria por la



separación y el divorcio, con mayor razón debe llegarse a la misma conclusión tratándose de una disposición como el testamento que, al igual que un apoderamiento, se sustenta en una relación de confianza (y en el caso del testamento incluso de cariño), al menos cuando concurren las circunstancias que se dan en el caso resuelto por el Tribunal Supremo, que son idénticas a las que aparecen en el presente caso. Es más, a ello debe añadirse que, en el caso que nos ocupa, a una previa separación legal sucedió una declaración de divorcio con ruptura de vínculo entre cónyuges que no han tenido descendencia, que no han mantenido ni reanudado, ni siquiera de forma aislada, ningún tipo de relación, y que otorgaron sus testamentos bajo la idea y presupuesto de la existencia de su vínculo conyugal (así resulta claramente del empleo del término “esposa” en la institución y de la ordenación de la “cautela socini” dispuesta en la cláusula Segunda para el caso de que tuvieran descendencia con posterioridad al testamento).

De la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2018 se desprende con toda claridad que la institución de heredero quedó privada de razón y no puede ser eficaz en el momento de la apertura de la sucesión, por lo que el cónyuge divorciado no tiene expectativa alguna a la herencia del causante que deba ser protegida y que exija su ineficacia mediante pronunciamiento judicial, sin perjuicio, por supuesto, de que el mismo pueda alegar y probar su expectativa en sede judicial acudiendo a los medios de prueba de que disponga. Desde un punto de vista práctico, obligar a los declarados herederos del causante a acudir a la vía judicial reclamando la ineficacia de la disposición testamentaria hecha a favor de quien no tiene expectativa a la herencia, supondría una pérdida de tiempo y de dinero, además de las dificultades prácticas de localizar a una persona (que carece de expectativa) de cuya existencia no se sabe, sobre todo, como lo prueba el hecho de que, en caso de que viva, desconoce el fallecimiento del causante o da por sentado carecer de derechos sucesorios en su herencia. Y en todo caso, si pudiera alegar alguna expectativa protegible, como ha quedado dicho, nada impide que pueda alegarla y defenderla en el proceso correspondiente. Ello representa una solución más equitativa que someter a los herederos a suscitar la controversia judicial correspondiente. Todo lo cual, aunque sea reiterativo por mi parte, amparado por los argumentos jurídicos expuestos y que sintetiza la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2018.

Octavo.

Por tanto, entiendo inscribible la partición hereditaria formalizada mediante la escritura por mí autorizada, puesto que, dada la ineficacia de la disposición testamentaria (idéntica a la resuelta por el Tribunal Supremo), procedía dotar a dicha partición de un título sucesorio, como se ha hecho a través de la declaración de herederos intestados del causante.»

#### IV

El registrador de la propiedad informó mediante escrito de fecha 12 de diciembre de 2018 y elevó el expediente a esta Dirección General.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución; 9, 14, 102, 106, 658, 675, 715, 738, 739, 743, 767, 773, 786, 792, 793 y 1284 del Código Civil; 422-13 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones; 208 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; 438 del texto refundido de las Leyes civiles aragonesas, aprobado, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón; 201 de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra; 28.3 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco; las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril

de 1920, 10 de febrero de 1942, 14 de marzo de 1964, 5 de marzo y 3 de abril de 1965, 12 de febrero de 1966, 2 de julio de 1977, 29 de enero de 1985, 6 de abril de 1992, 29 de diciembre de 1997 y 23 de junio de 1998, 24 de mayo de 2002, 14 de octubre de 2009, 25 de noviembre de 2014 y 28 de septiembre de 2018, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de diciembre de 1945, 26 de noviembre de 1998, 13 de septiembre de 2001, 26 de febrero de 2003, 12 de noviembre de 2011, 12 de junio de 2012, 21 de noviembre de 2014, 12 y 16 de noviembre de 2015 y 2 de agosto y 5 de octubre de 2018.

1. Mediante el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura de aceptación, partición y adjudicación de herencia con las siguientes circunstancias relevantes:

En el testamento que sirve de base a las adjudicaciones el causante «instituye heredera universal de todos sus bienes a su esposa doña M. C. C. F. (...)». Y se expresa que «dicha institución, ordenada a favor de “su esposa” ha quedado sin efecto como consecuencia del divorcio posterior y disolución del vínculo conyugal (...). Como consecuencia de ello, procede la apertura de la sucesión intestada del causante, lo cual se ha llevado a cabo mediante acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, autorizada (...) el día 7 de agosto de 2018 y bajo número 1.427 de protocolo, en cuya virtud se han declarado herederos del causante a sus tres hermanos aquí comparecientes». La escritura fue otorgada únicamente por estos tres herederos.

El registrador de la propiedad fundamenta su negativa a la inscripción en los siguientes términos:

«No está previsto en nuestro ordenamiento jurídico, como efecto de la separación o el divorcio de los cónyuges, a diferencia de lo que ocurre con la representación voluntaria, la revocación por ministerio de la ley de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos a favor del otro.

Dicha revocación exige una declaración expresa de voluntad del causante hecha con las solemnidades necesarias para testar. No existiendo dicha declaración, el testamento otorgado produce todos sus efectos mientras que por una sentencia firme no se declare que la voluntad del testador fue la de vincular la disposición testamentaria a la condición de cónyuge de la heredera instituida.

El solo reflejo en el testamento de la palabra “esposa” no es razón suficiente para que pueda concluirse que ese sea el motivo –causa– de la disposición a los efectos del artículo 767 del Código Civil.

Por tanto, no puede inscribirse la partición hereditaria otorgada en virtud de un título sucesorio –acta de notoriedad– que, dada las circunstancias, carece de efecto alguno, al existir un título sucesorio testamentario que, en los términos expresados, produce todos sus efectos mientras no se declare judicialmente su ineficacia.»

La notaria recurrente alega, en esencia: Que de la interpretación del testamento, atendiendo a los criterios literal, lógico, sistemático, finalista y adecuados a las circunstancias del caso resulta evidente que la institución de heredera se encontraba condicionada a que la instituida fuera la esposa del causante al abrirse la sucesión; Que la doctrina de esta Dirección General según la cual no cabe presumir la voluntad de revocar la disposición testamentaria efectuada a favor del cónyuge que se divorcia del testador, debe ser revisada, a la vista de determinados pronunciamientos judiciales (que aprecian la existencia de causa falsa de la institución, conforme al artículo 767 del Código Civil), de la regulación en los ordenamientos civiles especiales que, a excepción de Baleares, recoge expresamente la ineficacia sobrevenida de la disposición testamentaria a favor del cónyuge en caso de crisis matrimonial, y de las circunstancias concretas del caso (carácter privativo del bien y la inexistencia de relaciones entre el causante y su esposa); Y, finalmente, que debe aplicarse la doctrina establecida para un supuesto idéntico por la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2018,



según la cual la expresión en el testamento de que la disposición testamentaria se hace a favor del esposo de la testadora permite concluir que su voluntad era que la disposición fuera ineficaz en caso de divorcio posterior.

2. La cuestión debatida ha sido resuelta por esta Dirección General (Resoluciones de 26 de noviembre de 1998 y de 26 de febrero de 2003) con una doctrina que debe ser mantenida.

Como puso de relieve la primera de esas resoluciones, la revocación de los testamentos abiertos, en Derecho común, no puede tener lugar, sino a través del otorgamiento de un nuevo testamento válido. No se produce la revocación de los testamentos mediante actos o negocios jurídicos que no adopten las formas testamentarias, ni en virtud de causas no previstas legalmente (cfr. artículos 738, 739 y 743 del Código Civil). Debe resaltarse, a este respecto, que no está previsto como efecto de la separación o divorcio de los cónyuges –o de la nulidad del matrimonio– la revocación o ineficacia, «ministerio legis», de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos en favor del otro (a diferencia de lo establecido respecto de los poderes y consentimientos en los artículos 102 y 106 del Código Civil). Y es que falta una norma como la de la mayoría de las legislaciones forales, que para tales casos establecen –normalmente, como presunción «iuris tantum»– la ineficacia de la disposición testamentaria en favor del cónyuge (cfr. artículos 422-13 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones; 208 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; 438 del texto refundido de las Leyes civiles aragonesas, aprobado, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón; 201 de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra, y 28.3 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco). También se previene expresamente la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge en caso de crisis matrimonial en ordenamientos extranjeros como el alemán (parágrafo 2077 del B.G.B.), portugués (artículo 2317.d del Código Civil) o el inglés (sección 18.A de la «Will Act»).

Por otra parte, en el presente caso no puede apreciarse que en la institución hereditaria debatida concorra una causa falsa –en el sentido de erróneo motivo de la disposición que determine su ineficacia–, conforme al artículo 767 del Código Civil.

Este precepto acogió la regla tradicional, procedente del Derecho Romano, de que la expresión testamentaria de una causa falsa de la institución hereditaria se tiene por no escrita y no afecta a la validez de aquella («falsa causa non nocet»). Este criterio pasó al Código Civil a través de las Partidas («falsa o mintrosa razón diziendo el testador, quando ficesse la manda, non le empece nin se embarga por ella»; Sexta Partida, Tít. IX, Ley XX), y ha sido corroborado por la doctrina del Tribunal Supremo (cfr. las Sentencias de 30 de abril de 1920, 10 de febrero de 1942, 14 de marzo de 1964, 5 de marzo de 1965 y 2 de julio de 1977, entre otras).

Así, debe tenerse en cuenta: a) que del hecho de que la disposición testamentaria ahora cuestionada se refiera a la «esposa» y añada su nombre y apellidos no puede concluirse que haya una clara expresión del motivo de la institución, pues bien pudiera interpretarse como un elemento más de identificación de la persona favorecida, por lo que no sería aplicable la norma del artículo 767 del Código Civil. Pero, además, si se aplicara dicho precepto, necesariamente debería llevar a concluir que aun entendiendo que esa forma de disposición comporta la expresión del motivo de la institución de heredera y ese motivo deviene posteriormente erróneo, debería considerarse dicha expresión como no escrita y, por ende, probarse que del propio testamento resulta que el testador no la habría ordenado si hubiese conocido dicho error. En definitiva, a falta de una norma que –como las antes referidas de las legislaciones forales y comparadas– establezca la presunción de ineficacia de la disposición en favor del ex cónyuge, debe probarse que el testador no habría otorgado la disposición de haber podido conocer la disolución del matrimonio por divorcio (cfr., respecto de la filiación, las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1942 y 14 de marzo de 1964); b) que, en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez

otorgado, ha de ser determinante la voluntad pretérita del testador, su voluntad en el momento de otorgar la disposición, por lo que la simple alteración sobrevenida de circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la revocabilidad esencial del testamento (cfr. artículo 739 del Código Civil) y en la posibilidad de otorgamiento de una nueva disposición testamentaria, y c) que, no obstante, a la hora de interpretar la verdadera voluntad del testador no debe descartarse que ésta presupusiera, para la validez de la institución, la persistencia de una situación –la relación matrimonial entre la favorecida y el testador hasta el fallecimiento de éste– que después queda interrumpida, y esa voluntad debe prevalecer de conformidad con el criterio interpretativo en sede de testamentos recogido en los artículos 675 y 767 del Código Civil, sin que constituya óbice alguno la referencia que tales preceptos hacen al propio testamento como base de la interpretación, porque, según la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, dicha interpretación ha de hacerse con un criterio subjetivista, pues aunque tenga un punto de partida basado en las declaraciones contenidas en el documento testamentario, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real del testador, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas de aquél, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios de prueba extrínsecos, o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta (cfr. las Sentencias de 3 de abril de 1965, 12 de febrero de 1966, 29 de enero de 1985, 6 de abril de 1992, 29 de diciembre de 1997, 23 de junio de 1998, 24 de mayo de 2002, 14 de octubre de 2009 y 25 de noviembre de 2014, entre otras citadas en ellas). Al apreciar la eficacia o ineficacia de la disposición nada impide que de la interpretación de la real «voluntas testatoris» del momento en que otorgó el testamento pueda concluirse, con los medios hermenéuticos mencionados, que el «de cuius» no habría hecho la institución de haber sabido que el vínculo conyugal con la instituida no subsistiría y que eso quería expresar al mencionar en la disposición la condición de esposa de la beneficiaria (algo que no cabe presumir, máxime si se tiene en cuenta que, en la práctica, es habitual designar como favorecido al cónyuge precisamente haciendo referencia a esta cualidad y no por la mera transcripción de sus nombre y apellidos, pero sin que se condicione expresamente la disposición a aquella cualidad), si bien tal hipótesis sólo puede ser apreciada judicialmente, en procedimiento contradictorio, con una fase probatoria que no cabe en el ámbito del recurso contra la calificación registral –ni en las actuaciones notarial y registral–, debiendo prevalecer mientras tanto la interpretación favorable a la eficacia de la institución, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código Civil (cfr., por ejemplo, el propio artículo 767, y los artículos 715, 743, 773, 786, 792, 793, y «ex analogía», 1284).

Este Centro Directivo no puede desconocer el criterio del Tribunal Supremo en la Sentencia número 539/2018, de 28 de septiembre de 2018, citada por la recurrente, y en la Sentencia número 531/2018, de 26 de septiembre. Pero respecto del ámbito notarial y registral cabe recordar que la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia (total o parcial); y ello porque el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos (cfr. artículo 24 de la Constitución Española) en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (cfr. artículo 658 del Código Civil), conduce inexorablemente a la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurra en caducidad ni en vicios sustanciales de forma (cfr. Resoluciones de esta Dirección General de 13 de septiembre de 2001, 21 de noviembre de 2014 y 2 de agosto y 5 de octubre de 2018). Por ello, debe concluirse que en el caso que es objeto de este recurso no podrá prescindirse, sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento del que deriva la condición de heredera de la ex cónyuge del causante. Y, respecto de la declaración notarial de herederos abintestato que sirve de base a la escritura de adjudicación de herencia calificada, cabe recordar la reiterada

doctrina de este Centro Directivo según la cual el registrador puede y debe calificar las posibles discordancias entre la declaración de herederos realizada en el acta notarial y lo que resulte del correspondiente llamamiento legal, así como la no acreditación de los presupuestos legales para la apertura de la sucesión intestada (cfr., por todas, las Resoluciones de 5 de diciembre de 1945, 12 de noviembre de 2011, 12 de junio de 2012 y 12 y 16 de noviembre de 2015).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 27 de febrero de 2019.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.