



Roj: **SAP M 16855/2015 - ECLI: ES:APM:2015:16855**

Id Cendoj: **28079370192015100407**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **19**

Fecha: **14/12/2015**

Nº de Recurso: **435/2015**

Nº de Resolución: **402/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARCOS RAMON PORCAR LAYNEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimonovena

C/ Ferraz, 41, Planta 5 - 28008

Tfno.: 914933886,914933815-16-87

37007740

**N.I.G.:** 28.079.42.2-2010/0028562

**Recurso de Apelación 435/2015**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 48 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 252/2010

**APELANTE:** Dña. Camila

PROCURADOR: Dña. MARTA ISLA GÓMEZ

**APELADO:** Dña. Evangelina

PROCURADOR: Dña. SUSANA HERNÁNDEZ DEL MURO

D. Estanislao

PROCURADOR: Dña. ISABEL COVADONGA JULIA CORUJO

Dña. Micaela

**SENTENCIA Nº 402**

**PONENTE ILMO. SR. D. MARCOS RAMÓN PORCAR LAYNEZ**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

D. FERNANDO DELGADO RODRÍGUEZ

DÑA. MARÍA VICTORIA SALCEDO RUIZ

D. MARCOS RAMÓN PORCAR LAYNEZ

En Madrid, a catorce de diciembre de dos mil quince.

La Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de juicio ordinario 252/10, provenientes del Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Madrid, que han dado lugar en esta alzada al rollo de Sala 435/15, en el que han sido partes, como apelante **Doña Camila** que estuvo representada por la Procuradora Sra. Isla Gómez; y como apelados **Don Estanislao** representado por la Procuradora Sra. Julia Corujo, Doña Evangelina representada por la Procuradora Sra. Hernández del Muro y **Doña Micaela** .



VISTO, siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. MARCOS RAMÓN PORCAR LAYNEZ, que expresa el común parecer de este Tribunal.

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

Se dan por reproducidos los que contiene la sentencia apelada en cuanto se relacionen con esta resolución y

**PRIMERO.**- Con fecha 15 de diciembre de 2014 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 48 de Madrid en los autos de que dimana este rollo de Sala, dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*"Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por la Procuradora Dª Marta Isla Gómez en nombre y representación de Dª Camila , contra Dª Evangelina representada por la Procuradora Dª María del Carmen Hijosa Martínez, Dª Micaela , y D. Estanislao representado por Dª Amparo Naharro Calderón, absolviendo a éstos de los pedimentos de la actora y expresa imposición a dicha parte de las costas."*

**SEGUNDO** .- Notificada la sentencia se interpuso recurso de apelación, con traslado a la adversa y oposición al mismo, remitiéndose luego los autos principales a este Tribunal en el que tuvieron entrada abriéndose el correspondiente rollo de Sala.

**TERCERO** .- En esta alzada, para cuya deliberación, votación y fallo se señaló el día 10 de diciembre de 2015, se han observado las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Se sigue el presente procedimiento por demanda de acción de nulidad de testamento y reclamación de derechos legítimos del cónyuge viudo a la herencia del finado.

**SEGUNDO** .- La Sentencia de 15 de diciembre de 2014 desestima la demanda y por el demandante se alegan como motivo del recurso el error en valoración de la prueba considerando que no existe causa legal de desheredación, manifestando que no existe causa expresa de desheredación, que no se ha probado que no existiese convivencia , que no se ha probado la causa de desheredación.

**TERCERO** .- Se deben desestimar todos los motivos del recurso presentado antes indicados y confirmar la resolución recurrida. Se alega como motivo de recurso por el recurrente no contener el testamento causa expresa de desheredación y no acreditarse ni probarse causa de desheredación y no probarse la no convivencia. El testamento de fecha 23 de diciembre de 2008 contiene cláusula tercera en la que expresamente se "deshereda formalmente" a la actora. Como causa de desheredación se contiene que "mantiene un proceso de divorcio contencioso ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 80 de Madrid". Se debe partir para analizar la alegación del recurrente que lo ejercitado por el mismo según su tenor literal es una acción de nulidad de testamento, tal extremo es el objeto de primera instancia y es el objeto de segunda instancia. Solicita la actora y ahora recurrente la nulidad de testamento otorgado y solicita la declaración de sus derechos legitimarios de cónyuge viudo. Por la parte contraria se ha opuesto a la mala técnica del Letrado actor al referirse en genérico a la nulidad de testamento cuando tal extremo no es preciso ni adecuado. Sin embargo se debe interpretar la dicción de la demanda en su conjunto y entender que se está solicitando la nulidad de la institución de heredero que contiene el testamento al considerar que perjudica su derecho de legítima al considerar conforme el art. 851 CC que la desheredación sin expresión de causa o por causa que contradicha no se probase anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado. Esta es la pretensión actora correctamente formulada y en tal contexto y objeto se debe analizar el procedimiento. Del análisis legal anterior conforme el art. 851 CC determina que son requisitos de la acción de nulidad de la institución de heredero realizada en testamento y por lo tanto objeto de la carga probatoria de una u otra parte, por un lado que la causa de desheredación no resulte expresa o contradicha no se probase, y como segundo que perjudique los derechos del desheredado. El objeto de demanda y suplico como exponemos es la nulidad de la institución de heredero contenida en testamento. Corresponde al actor probar como requisito y como elemento esencial de la acción que la institución de heredero perjudica sus derechos de legitimario. Resulta así que como requisito primero y esencial de la acción, como requisito de legitimación ad causam requiere que el actor pruebe que es legitimario. El art. 834 CC dispone que tendrá derecho a la legítima de usufructo viudal el cónyuge que no esté separado legalmente o de hecho. Así es requisito para tener derecho a legítima no estar separado legalmente o de hecho. En caso de estar en proceso de divorcio conforme el art. 102 CC se producen unos efectos por ministerio de ley , de oficio y carácter público. Así dispone el art. 102 CC que por ministerio de la ley cesa la presunción de convivencia conyugal. Por lo cual no existiendo presunción de convivencia a quien alegue tal situación corresponde acreditarla pues se presume que un matrimonio que está en trámite de procedimiento de divorcio está roto y sin convivencia pues no otra consecuencia lógica y natural cabe obtener del fin del cariño y afecto



marital. Resulta así que corresponde a la actora probar la convivencia al estar en proceso de divorcio desde el año 2007 hasta el año 2009 cuando fallece el causante. No solo están en proceso de divorcio sino que el primer procedimiento con convenio firmado por la actora se inicia de mutuo acuerdo y no puede concluir al no comparece la ahora actora por imposibilidad de venir de Bielorrusia. El segundo procedimiento de divorcio iniciado en julio de 2008 tampoco puede concluir pues a la fecha del fallecimiento en febrero de 2009 no había concluido ante la dificultad de localizar y emplazar a la ahora actora debiendo acudir a comisiones rogatorias internacionales a Bielorrusia. Resulta así de la documental y prueba practicada que no solo por ministerio de la ley cesa la presunción de convivencia sino que de la prueba y el devenir de los acontecimientos resulta que estando roto el matrimonio desde 2007 a febrero de 2009 todavía no se había podido concluir el procedimiento judicial de divorcio por la dificultad de residir en Bielorrusia la ahora demandante. Resulta así que se deben recoger las valoraciones probatorias realizadas por el Juez de Primera Instancia pues estando en proceso de divorcio y separados de hecho al momento de fallecimiento la actora no tiene derecho alguno a la herencia del causante y no teniendo derecho alguno a la herencia del causante no tiene legitimación para pedir la nulidad de la institución de heredero que en nada le perjudica pues ningún derecho tiene en ella. Por otro lado la desheredación expresa no viene sino a confirmar la separación de hecho, pues es conducta lógica y normal que el fallecido ante las dudas que pudiese tener alguna persona o ante las pretensiones que pudiese tener alguna persona y para dejar los asuntos arreglados a sus herederos de forma expresa dejara en forma de desheredación excluida a la que todavía era su mujer. Lo anterior no es contradictorio sino la conducta lógica y consecuente de quien se encuentra en tal trance y no quiere dejar nada al azar tras su fallecimiento. No existe error en valoración de la prueba del Juez de Primera Instancia, al resultar que existía separación de hecho y faltando un requisito esencial de la acción de nulidad de institución de heredero ejercitada cae sin más argumento.

A lo anterior se debe añadir que también es acertada la valoración probatoria que considera que no existe tampoco ninguna de las otras causas alegadas por el recurrente. El recurrente expresa que no existe causa expresa de desheredación sin embargo es claro la designación de la misma que hace de forma expresa el fallecido indicando que la causa de desheredación es haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales. Esto se debe interpretar en el sentido señalado por la jurisprudencia y doctrina desde antiguo en el sentido de que es suficiente cualquier expresión, palabra o indicación que nos pueda llevar a interpretar la causa o voluntad del testador. Resulta así claro que el testador señala como causa de desheredación existir procedimiento de divorcio, lo anterior nos lleva de forma clara y sin necesidad de especulación o ficción alguna a la causa legal de incumplimiento grave o reiterado de deberes conyugales. Corresponde a los demandados probar o acreditar tales incumplimientos graves o reiterados. Le basta al desheredado con negar la causa correspondiendo al heredero acreditar la realidad de la causa de desheredación. Se debe interpretar la causa de desheredación en el sentido de requerirse bien un solo incumplimiento pero grave o en otro caso, y no de forma acumulativa, requerirse varios incumplimientos leves pero repetidos. El solo hecho apuntado de separación de hecho desde 2007 hasta la fecha de fallecimiento supone un incumplimiento de carácter leve por no convivir, pero por el carácter reiterado y prolongado en el tiempo lo convierte en causa suficiente de desheredación sin necesidad de profundizar más en la vida conyugal.

Se debe desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida. Se debe mantener la acertada valoración probatoria realizada en Primera Instancia por considerar la misma ajustada al contenido de los elementos del procedimiento y al contenido de la prueba practicada. Se considera que no existe arbitrariedad, ni resulta la misma irracional o ilógica. Tampoco se produce indefensión alguna a la parte actora al expresarse por el Juez de Primera Instancia los parámetros y criterios en base a los cuales realiza la valoración probatoria, no resultando la misma arbitraria ni discrecional no procede revisar la misma. Se debe confirmar la valoración probatoria y la desestimación de la demanda, se expresa en la Sentencia los criterios y circunstancias en los que se basa para realizar tal valoración probatoria. Resulta así la ausencia del elemento esencial de la demanda que es el objeto primero y central de la pretensión actora y que no ha resultado acreditado, no acreditándose el carácter de legitimario viudal perjudicado. Pruebas todas las aportadas que valoradas en conjunto llevan al Juzgador de primera instancia a obtener unas conclusiones y una valoración de la prueba que debe ser confirmada y mantenida en esta alzada. Frente a tales conclusiones las alegaciones del recurso no sirven para desvirtuar las mismas, ni se alegan datos o hechos que sirvan para acreditar que las conclusiones alcanzadas por el Juez de Instancia sean erróneas o equivocadas, arbitrarias o irracionales. Se debe confirmar la valoración del Juez de Primera Instancia por no existir motivo para revocarla. Resulta como hemos expuesto que la expresión de la causa legal de desheredación se cumple mencionándola aunque no se precisen los hechos constitutivos, que de ser ciertos podrán ser probados por los herederos, en caso de ser controvertidos y aunque el testador no los haya precisado ( STS 4/12/04 ), también es suficiente referir el hecho constitutivo aunque no se indique la causa legal, bastando con que se indique genéricamente una causa que pueda comprenderse en alguna o varias de las legalmente tipificadas ( STS 6/12/63 ), no siendo necesario precisar hechos ni la causa si las palabras con las que el testador se expresa son suficientemente para hacer entender los hechos



a los que se refiere. La certeza de la causa de desheredación se presume a priori pero sólo provisionalmente e internamente, procesalmente no alcanza valor de iuris tantum pues cede en cuanto del desheredado no se conforme con ella. En caso de ser negado por el desheredado la prueba de la certeza de la causa expresada por el testador corresponde a los herederos, correspondiendo la prueba a quien afirma. El hecho de admisión de la demanda de divorcio como hecho no discutido lleva consigo el cese de la presunción de convivencia conyugal. Lo que unido a la dilación del procedimiento de divorcio por la necesidad de localizar a la demandada hoy actora en Bielorrusia, lleva a tener por acreditado sin duda alguna la separación de hecho y la falta de convivencia como causa de incumplimiento reiterado aunque leve de sus deberes conyugales y como dato que determina la falta de derecho alguno en la herencia del finado lo que le priva desde un inicio de la legitimación del actor como legitimario perjudicado. Todo ello enmarcado en una acción que no supone la nulidad del testamento, sino solamente de la institución de heredero contenido en el testamento en cuanto perjudique al legitimario manteniéndose válido el resto del testamento en caso de que hubiese prosperado. La institución de heredero es en la medida en que perjudique al desheredado anulable pero no nula de pleno derecho. De forma que nunca la desheredación aunque fuese injusta produce nulidad automática sino solo por su inoficiosidad en cuando perjudique a la legítima del desheredado injustamente. Es causa de desheredación del cónyuge el incumplimiento de los deberes conyugales, el incumplimiento es alternativo, o grave o menos grave pero entonces reiterado. No consta el divorcio, separación legal o de hecho como causa de desheredación pues en tales casos se extingue el derecho a legítima viudal y no se tiene legitimación para la acción, pero no solo es un incumplimiento reiterado o grave sino una total ruptura matrimonial que supone la situación más extrema, permanente y reiterada en la que no solo se incumplen sino que cesan las presunciones y obligaciones maritales. Así procede la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la Sentencia dictada.

Se debe concluir la confirmación de la Sentencia de primera instancia.

Visto todo lo anterior procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

**CUARTO** .- De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398.1 LEC desestimándose el recurso procede la condena en costas a la parte apelante no apreciándose dudas de hecho o de derecho.

### III.- FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación formulado por Doña Camila contra la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 48 de Madrid en el procedimiento al que se contrae el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición de las costas procesales de la presente alzada a la parte apelante.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina N° 6114 sita en la calle Ferraz n° 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2837-0000-00-0435-15, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

A los efectos previstos en los artículos 471 y 481-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se hace saber a la parte que, de necesitarla, podrá solicitar de este Tribunal la certificación de la sentencia que previenen tales preceptos. De no verificarlo así se entregará al recurrente, en su caso con el emplazamiento para ante el Tribunal Supremo.

Asimismo se deberá aportar debidamente diligenciado el modelo 696 relativo a la tasa judicial correspondiente a los recursos de que se trate, en los casos en que proceda.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.**- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.