



Roj: **SAP M 3649/2017 - ECLI: ES:APM:2017:3649**

Id Cendoj: **28079370082017100074**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **09/03/2017**

Nº de Recurso: **884/2016**

Nº de Resolución: **99/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **CARMEN MERIDA ABRIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Octava

C/ Ferraz, 41 , Planta 1 - 28008

Tfno.: 914933857

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0093488

Recurso de Apelación 884/2016

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 35 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 898/2014

APELANTE: Dña. Esther

PROCURADOR Dña. MARIA INMACULADA DIAZ-GUARDAMINO DIEFFEBRUNO

APELADO: Dña. Olga y Dña. Adela

PROCURADOR Dña. BEATRIZ DE MERA GONZALEZ

SENTENCIA N° 99/2017

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JESÚS GAVILÁN LÓPEZ

Dña. LUISA MARÍA HERNAN PÉREZ MERINO

Dña. CARMEN MÉRIDA ABRIL

En Madrid, a nueve de marzo de dos mil diecisiete. La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Procedimiento Ordinario nº 898/2014 procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 35 de Madrid, seguidos entre partes; de una como demandantes-apeladas **DÑA. Adela Y DÑA. Olga** , representadas por la Procuradora Dña. Beatriz de Mera González; y de otra, como parte demandada-apelante **DÑA. Esther** , representada por la Procuradora Dña. Inmaculada Díez-Guardamino Dieffebruno.

VISTO, siendo Magistrada-Ponente la **Ilma. Sra. DÑA. CARMEN MÉRIDA ABRIL**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 35 de Madrid en fecha 11 de febrero de 2016, se dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:



« **DECLARO: La estimación de la demanda** interpuesta por Adela Y Olga representadas por BEATRIZ MERA GONZALEZ frente a Esther representado por MARÍA INMACULADA DÍAZ y **debo declarar y declaro** la ineficacia de la cláusula segunda del **testamento** otorgado por el Notario de Madrid D. Eduardo García-Duarte Acha, con el nº 695 de su protocolo y en consecuencia se declare la ineficacia del legado a favor de Dña Esther por ineficacia sobrevenida y falsedad de la causa. No se hace declaración expresa de condena en costas de conformidad con el fundamento de derecho tercero y que no se transcribe en evitación de reiteraciones».

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada que fue admitido y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública para la resolución del presente recurso quedó en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, lo que se ha cumplido el día ocho de marzo de dos mil diecisiete.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada.

PRIMERO .- Antecedentes y objeto del recurso.-

La cuestión nuclear del recurso, dado el contenido de los escritos de apelación y oposición, bascula sobre la validez de la disposición testamentaria contenida en el **testamento** otorgado por D. Hermenegildo , padre de las demandantes, a favor de su cónyuge de quien se hallaba ya legalmente separado el tiempo de su fallecimiento.

Para la adecuada decisión de la cuestión debatida son hechos relevantes, ordenados cronológicamente sobre los que no se suscita contienda, los siguientes:

- 1.- El fallecido D. Hermenegildo y la demandada D. ^a Esther contrajeron matrimonio el 11 de abril de 1981, de cuya unión nacieron D. ^a Adela y D. ^a Olga , hoy demandantes.
- 2.- D. Hermenegildo en fecha 2 de mayo de 1990 otorgó **testamento** ante el Notario de Madrid, D. Eduardo García-Duarte Acha, con el nº 695 de su protocolo en cuya cláusula segunda «*Lega a su citada esposa Doña Esther , el usufructo vitalicio, con relevación de fianza e inventario, de la totalidad de los bienes que constituyan su herencia*», y en la cláusula tercera «*Instituye herederas universales, por partes iguales, a sus dos citadas hijas Adela y Olga , ordenando la sustitución vulgar a favor de sus respectivos descendientes, en defecto de los cuales establece el derecho de acrecer*».
- 3.- D. ^a Esther formuló demanda de separación que dio lugar a los autos nº 504/1995 del Juzgado de Primera Instancia nº 25 de Madrid que concluyó por sentencia de 13 de mayo de 1996 en la que se acordó la separación de los cónyuges, la disolución de la sociedad legal de gananciales y la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores, Adela , Olga y Luis Miguel , a la madre D. ^a Esther .
- 4.-El 10 de diciembre de 1997 se firmó escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales.
- 5.- D. Hermenegildo falleció el 7 de abril de 2010.

Las demandantes D. ^a Adela y D. ^a Olga solicitan la declaración de ineficacia del legado contenido en la cláusulas segunda del **testamento** alegando que «*todas las personas que conocieron a D. Hermenegildo , tanto familiares como amigos, aseguran de una manera irrevocable y taxativa que su relación con D^a Esther finalizó en 1995, cuando el Sr. Hermenegildo se vio instado a salir de su domicilio y no poder ver a sus hijas todos los días, como era su pretensión, y posteriormente cuando liquidaron la sociedad legal de gananciales, pensó que todo lo que económicamente le había unido a su mujer se encontraba finalizado* ».

La demandada sostuvo que desde la separación transcurrieron 14 años en los que el Sr. Hermenegildo pudo otorgar nuevo **testamento** si ese hubiera sido su deseo, sin embargo, no solo no revocó el testamento sino que en junio de año 2005 la nombró como única beneficiaria de un seguro de vida y que ésta contribuyó a su cuidado en sus últimas días de enfermedad.

La sentencia de instancia estima la demanda. Sus fundamentos, en esencia y en lo que aquí interesa, fueron los siguientes: a) Que la separación de los cónyuges fue contenciosa y como ha testificado Dña Adolfinia , abogada que intervino en la separación, ésta y la liquidación de gananciales fue dura puesto que el Sr. Hermenegildo le manifestó que su esposa le había destrozado la vida a él y a sus hijas menores que tras la separación



se fueron a convivir con él, habiendo sido la causa de la misma las relaciones extramatrimoniales que la ahora demandada tenía con otra pareja y sin que haya quedado acreditado que en el ámbito matrimonial hubiera habido ningún tipo de violencia de género, datos precisos para interpretar la voluntad del testador y colegir si puede perpetuarse el legado testamentario a favor de quien fue su esposa después de los hechos acontecidos al **testamento**; b) que no ha quedado acreditado que la demandada cuidara al testador en su última enfermedad, y tampoco que del simple hecho de haber cobrado un seguro de vida tras el fallecimiento de su esposo pueda presumirse que esa fue la voluntad del testador, por el contrario, cabe presumir que si el testador no cambió su **testamento** bien lo pudo ser por olvido o desidia o por la creencia de un ciudadano medio de que habiéndose separado de su esposa ningún derecho hereditario podría declararse a favor de la misma.

El recurso planteado por la representación procesal de D. ^a Esther se conforma de un solo motivo, por "error grave en la valoración de la prueba y en la aplicación del derecho sustantivo y jurisprudencia". Y terminó solicitando la revocación de la sentencia, la desestimación de la demanda y la imposición de costas a los demandantes.

La parte contraria interesó la confirmación de la sentencia de acuerdo, en lo sustancial, con los fundamentos de la misma, con imposición de costas al recurrente.

SEGUNDO .- Sobre la eficacia del legado testamentario a favor del cónyuge del que el testador se encuentra separado al momento del fallecimiento. Error grave en la valoración de la prueba y en la aplicación del derecho sustantivo y jurisprudencia.

El Código Civil, a diferencia de algunas legislaciones forales que establecen una presunción iuris tantum a favor de su ineficacia, no aborda el efecto que sobre las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge tienen la posterior nulidad, divorcio, separación judicial o de hecho de los cónyuges.

Efectivamente, el artículo 208 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia dispone que « Salvo que del **testamento** resulte otra cosa, las disposiciones a favor del cónyuge no producirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin. Tampoco producirán efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges». El artículo 201 de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra dispone: «Si el **testamento** de hermandad se hubiera otorgado por marido y mujer, la sentencia posterior de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación produce la ineficacia de las liberalidades que en él se hubieran concedido los cónyuges y de las demás disposiciones que uno de los testadores hubiera establecido sobre su propia herencia y que tenga su causa en las disposiciones del otro». El artículo 422-13 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las **sucesiones**, declara que « 1. La institución de heredero, los legados y las demás disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante devienen ineficaces si, después de haber sido otorgados, los cónyuges se separan de hecho o judicialmente, o se divorcian, o el matrimonio es declarado nulo, así como si en el momento de la muerte está pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, salvo reconciliación». Y el Artículo 438 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, dispone que « Salvo que del **testamento** resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspondientes entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en **testamento** por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin».

La ausencia de una expresa regulación ha impedido concitar una doctrina pacífica de las Audiencias Provinciales.

Así, y sin ánimo exhaustivo, un grupo de resoluciones niegan la ineficacia de dichas cláusulas. La SAP de Madrid de 15 de abril de 2013, sostuvo que el testador estaba en su cabal juicio, pudo revocar el **testamento** y no lo hizo, y que las situaciones de divorcio no siempre son traumáticas y no implican necesariamente pérdida de afectividad. En análogo sentido la SAP de Madrid, de 13 de diciembre de 2013, confirmó la validez del **testamento**, argumentando que la causante pudo revocarlo durante más de ocho años desde la separación de hecho de su esposo, sin que lo hiciera, manteniendo la eficacia del **testamento**, recordando que las disposiciones testamentarias deben interpretarse teniendo en cuenta la voluntad del testador al tiempo de su otorgamiento, y que solo pueden revocarse por otros posteriores, sin que la simple voluntad de revocar un **testamento** tenga eficacia en tanto no se plasme en un nuevo **testamento** revocatorio. Se rechaza también que la utilización de la palabra esposo en el **testamento**, para determinar la institución, implique que ésta se condiciona a la subsistencia del vínculo matrimonial, pues se argumenta por el Tribunal que las condiciones nunca se presumen. La SAP de Albacete de 30 de marzo de 2007 destaca también la necesidad de revocación



expresa de las disposiciones testamentarias y la inexistencia en el Código Civil de una norma que presuma la revocación en caso de divorcio, a diferencia de algunas legislaciones forales.

En sentido contrario, la SAP de Granada de 11 de junio de 2010 admite la ineficacia sobrevenida de la disposición testamentaria por la posterior separación judicial de los cónyuges afirmando que « *La cláusula citada, por su propio contenido y posibilidades que contempla, está pensada para el supuesto de que al morir el testador, su consorte no se hallare separada, manteniendo el derecho al usufructo del tercio destinado a mejora; cuota viudal que no le correspondía al momento del fallecimiento en el caso enjuiciado, al encontrarse separada legalmente. Respecto a la no revocación de la cláusula cuestionada, pese a que desde que se produjo la separación hasta el fallecimiento transcurrieron más de trece años, hemos de insistir en que dado el contenido de la misma, producida la separación que privaba a la esposa de su cuota legitimaria, así como la disolución de la sociedad legal de gananciales, seguida de su posterior liquidación, es impensable que el esposo creyera que aún le restaban derechos a la esposa "mortis causa". El supuesto enjuiciado, debe resolverse por la vía de la interpretación de la voluntad hipotética. Otorgado el **testamento**, cuando se encontraba unido a su esposa por el matrimonio, de haber previsto que al momento de su fallecimiento pudiera estar separado de la misma y producido el hecho posteriormente, no la hubiera nombrado heredera y, por tanto, producido el hecho posteriormente, su voluntad, en tal sentido, ya no puede producir efectos. Por tanto, debe hablarse de ineficacia sobrevenida* ». La SAP de Málaga de 13 de diciembre de 1999 analiza la cuestión desde la perspectiva de la causa falsa en la institución, esto es, de la aplicación al caso del artículo 767 del Código Civil . Considera que lo que deberá plantearse es "es lo que probablemente hubiera querido el testador de haber conocido el posterior divorcio". Para determinar si existe esa causa falsa acude a la prueba extrínseca. Y así, « *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 testamentaria cuestionada en la presente Litis y en este sentido debe declararse ineficaz*».

Partiendo de las precedentes consideraciones, revisada la valoración de la prueba practicada, visionado el soporte de grabación del acto de la vista, y las reglas del Derecho Común, esta Sala no encuentra motivos para declarar la ineficacia del legado testamentario por las siguientes razones:

1.- Las reglas interpretativas de la voluntad del causante (artículo 675 Código Civil) y el momento en el que dicha voluntad debe averiguarse es el del mismo otorgamiento del **testamento**. En este sentido la STS de 29 de diciembre de 1997 , razona que «*la voluntad real del testador es la del momento en que emitió su declaración, es decir, de cuando otorgó el **testamento**; tras este momento, pudo haber cambio de circunstancias, pero el testador siempre puede revocarlo y otorgar nuevo **testamento** hasta el instante mismo de su muerte. El **testamento** no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento* ». Y la STS de 19 de diciembre de 2006 que «*la finalidad de la interpretación del **testamento** es la averiguación de la voluntad real del testador- que es la manifestada en el momento en que realizó el acto de disposición, es decir, en el instante del otorgamiento del **testamento** (aparte de otras, SSTS de 29 de diciembre de 1997 y 23 de enero de 2001)*»

2.- Los efectos del error en los motivos o la causa falsa de la institución se contemplan en el artículo 767 del Código Civil que dispone que « *La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del **testamento** resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa. La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita*»; que no sería de aplicación pues la causa es falsa en el momento de la disposición, y no por circunstancias sobrevenidas que afecten a la disposición testamentaria.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, RDGRN) de 26 de noviembre de 1998 aborda directamente la aplicación del artículo 767 del Código Civil al divorcio posterior de la esposa nombrada heredera por el esposo en el **testamento**. Dice al respecto esa resolución:

« 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 art. 767 CC .

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. art. 739 CC) y en la posibilidad de otorgamiento de una nueva disposición testamentaria ».



3.- La necesidad de que la revocación de un **testamento** se realice solo mediante el otorgamiento de otro **testamento** posterior. Según el artículo 738 del Código Civil : « *El **testamento** no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar*». Así, la RDGRN de 26 de noviembre de 1998, declara que el divorcio posterior del testador no autoriza para presumir la revocación de las disposiciones testamentarias hechas a favor de su cónyuge cuando estaban casados.

4- Las causas de ineficacia de las disposiciones testamentarias son tasadas, constituyen un *numerus clausus*. El artículo 743 del Código Civil dice: « *Caducarán los **testamentos**, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código*».

5.- La prueba practicada tampoco es concluyente. Las declaraciones testificales de D. Jose Antonio , y D.ª Adolfina , si bien pudieran evidenciar que las relaciones entre el fallecido y la demandada fueron inexistentes tras la separación, llegando D. Jose Antonio a afirmar que « *su hermano no la podía ni ver* », son contrarias a las de D. Benito , sobrino de la demandada, quien sostuvo que ésta, Esther , durante la enfermedad estuvo en casa de Hermenegildo ayudando, lo que determina que la valoración de tales pruebas conforme a reglas de la sana crítica, sea insuficiente para acreditar la presunción de ineficacia de la disposición, cuando el causante pudo dejarla sin efecto mediante la revocación testamentaria.

Consta, en cambio, y sobre ello nada se dice en la demanda, que mucho después de la separación matrimonial, D.ª Esther , de la que el fallecido no se llegó a divorciar, fue designada por éste como beneficiaria del seguro de vida Renta Caja Madrid concertado el 3 de abril de 2005, sin que conste que percibiera su importe como heredera legal. Ciertamente es, como destacó el juez en el acto de la vista, que en el documento nº 9 de la contestación no se identifica al beneficiario de dicho seguro, pero sí se certifica por la aseguradora en el documento nº 8 del siguiente tenor: "Que Dña. Esther , es beneficiaria del Seguro de Vida Renta C.M. indicado a continuación... póliza NUM000 , fecha efecto 03/06/20105, asegurado D. Hermenegildo y que al fallecimiento del asegurado ocurrido el 7 de abril de 2010, la prestación para dicha beneficiaria consiste en Renta mensual constante cierta durante 10 años, más el pago de un capital adicional equivalente al importe de 6 mensualidades. Siendo el importe de la mensualidad de 281,36 euros. Siendo el valor actual determinado para dicha prestación de 31.876,91 euros calculado de acuerdo con las bases técnicas del contrato".

De cuyo contenido no cabe deducir, contrariamente a lo declarado por D. Roman , asesor de Talleres Conde SL y cuñado de las demandantes, que dicho seguro fuera el vinculado al préstamo hipotecario solicitado por el Sr. Hermenegildo para la adquisición de una vivienda, y destinado a garantizar el pago de la misma, lo que de ordinario se canaliza a través de un seguro de amortización del préstamo del que resulta beneficiaria la entidad prestamista, pues de haber sido así, la prestación derivada del siniestro tuvo que haber sido destinada a la amortización del préstamo, lo que no sucedió pues al parecer y como afirmó el testigo la hipoteca no se había cancelado.

El motivo se desestima.

TERCERO.- - Costas.

La estimación del recurso determina la no imposición de costas de esta alzada, de acuerdo con el artículo 398 de la L.E.C .

No se hace expresa condena de las costas causadas en primera instancia ante las dudas jurídicas que se suscitan por la falta de regulación específica en el Derecho Común y sobre la que no existe doctrina pacífica de las Audiencias Provinciales, en aplicación del art.394 LEC .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- FALLAMOS

1.- ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Díez-Guardamino Dieffebruno, en nombre y representación de **DÑA. Esther** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 35 de Madrid en fecha 11 de febrero de 2016 , correspondiente a los autos de Procedimiento Ordinario número 898/2014.

2.- DESESTIMAR la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. Beatriz de Mera González, en nombre y representación de Dña. Adela y DÑA. Olga , frente a DÑA. Esther , que dio lugar al procedimiento ordinario nº 898/2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 35 de Madrid, sin expresa condena en costas

3.-No hacer especial pronunciamiento en costas de esta alzada.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, por la apelante de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial ,



introducida por la Ley Orgánica 1/2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 208.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , póngase en conocimiento de las partes que contra esta resolución 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 del texto legal antes citado , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- 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. En Madrid a 27 de marzo de 2017. Doy fe

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ