



Roj: **SAP A 4067/2007 - ECLI: ES:APA:2007:4067**

Id Cendoj: **03065370092007100098**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Elche/Elx**

Sección: **9**

Fecha: **30/03/2007**

Nº de Recurso: **188/2007**

Nº de Resolución: **103/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **DOMINGO SALVATIERRA OSSORIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL ALICANTE

SECCIÓN NOVENA CON SEDE EN ELCHE

**SENTENCIA Nº 103/07**

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE: D. Julio Calvet Botella

MAGISTRADO: Doña Encarnación Caturla Juan

MAGISTRADO: D. Domingo Salvatierra Ossorio

En la ciudad de Elche, a treinta de marzo de dos mil siete.

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante, con sede en Elche, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Juicio de Menor Cuantía seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Orihuela, de los que conoce en grado de apelación, en virtud del recurso entablado por la parte actora, D. Pablo y Dña. María, habiendo intervenido en el recurso dicha parte en su condición de recurrente, representada por el Procurador de los Tribunales D. Félix Miguel Pérez Rayón y dirigidos por el Letrado D. Pedro López de Gea, y siendo también parte apelante el demandado D. Juan Manuel, representado por el Procurador de los Tribunales D. Emigdio Tormo Ródenas y dirigido por el Letrado Sr. Díez de Revenga.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Orihuela en los referidos autos, tramitados con el núm. 326/00, se dictó Sentencia con fecha seis de junio de dos mil cinco, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador D. Vicente Giménez Viudes, en nombre y representación de D. Pablo y Dña. María, contra D. Juan Manuel, debo declarar y declaro la liquidación de la sociedad de gananciales de D. Juan Manuel y Dña. Leticia, cuyo activo y pasivo está constituido por las partidas descritas en la presente resolución, dejando para el periodo de ejecución de sentencia su distribución y adjudicación, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, se preparó y formalizó recurso de apelación por la parte actora y por el demandado en tiempo y forma, que fue admitido en ambos efectos, elevándose los autos a este Tribunal, donde quedó formando el Rollo núm. 188/07, en el que se señaló para la deliberación y votación el día veintisiete de marzo de dos mil siete, en el que tuvo lugar.

TERCERO.- En la tramitación de ambas instancias, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Domingo Salvatierra Ossorio, Magistrado Suplente de esta Sección Novena que expresa el parecer de la Sala.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente procedimiento fue iniciado por demanda de juicio de menor cuantía, interpuesta por Don. Pablo y María , contra su padre D. Juan Manuel , en la que solicitaban que se declarase la liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación por mitad entre la herencia yacente de su madre Dña. Leticia y su padre D. Juan Manuel , debiendo incluirse en el activo y en el pasivo los bienes descritos en la demanda, y una vez liquidada la sociedad de gananciales, se les adjudicaran los bienes y derechos de su madre Dña. Leticia al ser sus únicos herederos, y se declarase la nulidad del legado otorgado a su padre D. Juan Manuel demandado en la presente causa.

La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la liquidación de la sociedad de gananciales de D. Juan Manuel y Dña. Leticia , cuyo activo y pasivo constan descritos en la resolución, dejando para el periodo de ejecución de sentencia su distribución y adjudicación.

Tanto la representación legal de los actores como la del demandado interponen sendos recursos de apelación contra la citada resolución.

SEGUNDO.- La parte actora apelante denuncia infracción de las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que fueron aplicadas para resolver la cuestión objeto del debate, y error en la apreciación o valoración de los medios de prueba.

Como primer motivo se alega, la infracción del artículo 1398 del Código Civil , así como de la doctrina jurisprudencial, en base fundamentalmente a que han sido incluidas en el pasivo de la sociedad de gananciales diversos pagos, tales como gastos generales, energía eléctrica, impuesto sobre bienes inmuebles o contribución urbana, en el periodo comprendido entre 1989 y 1998, manteniendo que dichos gastos no tienen encaje en las partidas que componen el pasivo de la sociedad de gananciales y que se relacionan en el artículo 1.398 CC .

El motivo de ser desestimado. La sentencia de instancia incluye dentro del pasivo de la sociedad de gananciales consumos de energía eléctrica y gas (año 1989 a 1998) valorados en 16.055,93 euros, e incluye también y por los mismos periodos los gastos de contribución por un importe de 2.513,57 euros.

La inclusión en el pasivo de los gastos derivados del pago de bienes inmuebles de la vivienda cuyo uso tenía atribuido la esposa por sentencia de separación, son claramente incardinables en los ordinales segundo y tercero del artículo 1.398 del Código Civil , pues el obligado al pago era el hoy demandado, y lo mismo hemos de decir sobre el resto de gastos que han sido incluidos en el pasivo, dado que fueron sufragados con bienes privativos de éste y que han de correr a cargo de quien consume dichos servicios. Además de ello, hemos de añadir que los actores, hoy apelantes, durante todo el procedimiento no han discutido la inclusión de dichas partidas en el pasivo de la sociedad, limitándose a señalar la improcedencia de incluir en las cargas de la sociedad de gananciales la pensión de alimentos que hubo de pagar el demandado.

TERCERO.- Como segundo motivo, se señalan como infringidos los artículos 1.392.3º, 1.394 y 1396 del Código Civil . Mantienen los apelantes, que para determinar cuales son los bienes que integran el activo y el pasivo de la sociedad de gananciales debe estarse a la fecha de la sentencia firme de separación, ya que según indican es en dicho momento cuando se produce la disolución de la sociedad, aún cuando la valoración que haya de otorgarse a todos los bienes sea la correspondiente al tiempo de la liquidación, por lo que entienden que la inclusión en el pasivo de los gastos derivados de contribución, gas y energía eléctrica deben tener como tope temporal el de la fecha de la sentencia de separación.

Veamos, mientras no se liquide la sociedad de gananciales, los esposos son cotitulares de los bienes que la integran, teniendo plena facultad el copropietario pagador del total de reembolsarse los gastos ya generados y que han sido abonados en exclusiva, todo ello sin perjuicio de la futura liquidación, y dado que el inmueble formaba parte de la sociedad de gananciales, resulta claro que los gastos derivados del mismo han de revertir en el pasivo de la citada sociedad, pues dichas cantidades constituyen un crédito de uno de los cónyuges contra la sociedad, tal y como establece el párrafo 3º del art. 1398 del Código Civil , que en ningún caso hace referencia a deudas existentes en el momento de la disolución, pues tal y como establece la jurisprudencia en el desarrollo del citado precepto, el pasivo de la sociedad de gananciales se integra entre otras partidas, por el importe de las deudas pendientes a cargo de la sociedad. Por consiguiente, procede desestimar este motivo del recurso.

CUARTO.- En el siguiente motivo del recurso, se denuncia error numérico cometido en la sentencia al considerar que se ha duplicado el importe consistente en consumo de energía eléctrica, agua, gas y gastos de contribución, puesto que de la pericial obrante en las actuaciones se desprende que los gastos totales ascienden a 16.055,93 euros, habiéndose adicionado y en consecuencia duplicado erróneamente en la sentencia como gastos de contribución la cantidad de 2.513,57 euros.



El motivo debe ser estimado. En efecto, tal y como ponen de relieve los apelantes el informe pericial obrante al folio 224 de las actuaciones, incluye la totalidad de los gastos, incluidos los impuestos derivados de la titularidad de la vivienda, gastos que importan un total de 16.055,93 euros, y en los que están incluidos los gastos de contribución, por lo que la cantidad a que asciende el crédito del Sr. Juan Manuel frente a la sociedad de gananciales debe ser la de 16.055,93 euros.

QUINTO.- Como último motivo del recurso se denuncia la infracción de los artículos 675, 767 y concordantes del Código Civil, así como de la doctrina jurisprudencial. Mantienen en esencia la ineficacia de la institución a título de legado que favorece a la existencia de una causa falsa, entendida como motivo de la disposición, o con base en la interpretación de la verdadera voluntad de la testadora.

Veamos, la cláusula primera del **testamento** dice textualmente lo siguiente: "Lega a su esposo D. Juan Manuel un tercio de su herencia en pleno dominio." La sentencia declara que de las pruebas practicadas no puede declararse la ineficacia del legado por razón del divorcio entre las partes, puesto que el **testamento** se otorga en el año 1981 y desde esa fecha hasta 1998 en la que fallece la madre de los actores, el legado no es revocado, y ello pese a que la muerte se produjo tras una larga enfermedad. Continúa declarando la sentencia de instancia que de la lectura del **testamento**, se evidencia que la voluntad de la testadora, en su tenor literal, fue nombrar legatario al demandado, su esposo, designado por su nombre y apellidos, sin que su llamamiento se subordinase en ningún momento a la persistencia de esa condición de esposo. No se puede afirmar que la verdadera voluntad de la causante se estableciera sobre el presupuesto de la persistencia de la relación matrimonial, de manera que una vez extinguida ésta fuera ineficaz el legado, puesto que la indagación de la voluntad real de la testadora ha de referirse al momento en que emitió su declaración, es decir cuando otorgó **testamento**, pero no a otro anterior ni posterior (...).

SEXTO.- Como afirmó el Excmo. Sr. Magistrado Gumersindo Burgos Pérez de Andrade (Comentarios Código Civil. Coordinador D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) resulta innegable que la interpretación de la voluntad testamentaria presenta unos caracteres específicos y propios que la diferencian de los criterios empleados para interpretar los actos inter vivos. Mientras que la interpretación contractual, y en general la de los negocios jurídicos inter vivos está guiada no sólo por la voluntad, sino que la acompaña la conocida como autorresponsabilidad del declarante y la confianza del destinatario de la declaración, derivadas ambas del principio objetivo de la buena fe; la interpretación testamentaria debe orientarse únicamente por un criterio subjetivo con base en las declaraciones de última voluntad. La jurisprudencia ha reconocido como regla general en nuestro derecho que es preferente la voluntad realmente querida a la declarada, con la puntualización de que en caso de posible divergencia entre ambas, corresponde a los que afirman esta disparidad la prueba de la misma, pues el Derecho considera en principio que la voluntad declarada coincide con la voluntad real. (...) Ya es clásica la distinción de tres elementos fundamentales (prueba intrínseca) en todo proceso interpretativo: el gramatical, el lógico y el sistemático. El primero con base en las palabras cuando no ofrece duda la claridad de las cláusulas; el segundo cuando surge esa duda entre la letra y el espíritu; y el tercero utilizando el conjunto armónico de las disposiciones para cerrar el ciclo interpretativo; pero es unánime la doctrina y la jurisprudencia afirmando, que su uso debe ser conjunto y nunca aislado, pues no son más que medios o instrumentos que el intérprete ha de poner en juego dentro de un proceso interpretativo unitario; proceso, al que, según más reciente doctrina, debe unirse el elemento teleológico o finalista. Cuestión distinta es la de determinar si resulta lícita la utilización de cualquier medio interpretativo, intrínseco o extrínseco, para averiguar la verdadera voluntad del testador. Hay autores que, con base en el carácter formalista de la disposición testamentaria, afirman que tal investigación debe ceñirse exclusivamente al documento testamentario, y toman como base de su teoría los términos literales del artículo 675 <<según el tenor del mismo **testamento**>>. Esta posición restringida se ha venido manteniendo en la doctrina y en algunas resoluciones judiciales, pero más modernamente la jurisprudencia mayoritaria definitivamente ha establecido: << que no hay obstáculo legal que impida al juzgador acudir, para la interpretación del contenido de las disposiciones testamentarias a circunstancias exteriores al **testamento** ( los llamados medios de prueba extrínsecos). Esta posición, prácticamente unánime, es conforme con el recto sentido que conduce a una interpretación subjetiva, ya que facilita los medios para averiguar la real voluntad del testador, y además está de acuerdo con la posición que adopta el legislador en el artículo 733 CC, en donde no se pone ninguna restricción en cuanto a los medios utilizados para indagar la voluntad del declarante. Y no son atendibles los argumentos en contra de esta apertura interpretativa, pues no cabe recelo cuando se utilizan documentos de indudable autenticidad y veracidad, y por lo que respecta a la fiabilidad de los testigos, la prudencia judicial y el buen sentido, pueden obviar cualquier desviación. Los medios reales más utilizados en esta prueba extrínseca se refieren a los actos anteriores coetáneos y posteriores a la redacción del **testamento**, y pueden consistir en declaraciones escritas del propio testador, los proyectos de **testamento**, la actitud del testador y su comportamiento posterior, el contenido de un **testamento** posterior, aunque sea nulo por defecto de forma y no por vicios de la voluntad, etc.



SÉPTIMO.- La cuestión litigiosa se centra en determinar la validez o no de la disposición testamentaria incluida en el **testamento** otorgado por Dña. Leticia instituyendo heredero a su esposo con anterioridad a la separación y posterior divorcio de estos, debiendo esta Sala resolver sobre la incidencia que el divorcio tiene en la disposición testamentaria otorgada con anterioridad y sin que haya existido revocación por parte de la testadora.

Los apelantes afirman que al no ostentar el hoy demandado la condición de esposo en el momento del fallecimiento de la testadora, dicha disposición es ineficaz, ello con base en la existencia de una causa falsa.

El artículo 737 del Código Civil dice que todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en su **testamento** su voluntad o resolución de no revocarlas. Ahora bien, en el presente supuesto la testadora no revocó su **testamento** con posterioridad a su otorgamiento, por lo que en principio, tal y como declaró el Juez a quo es eficaz tras su fallecimiento.

Nuestro Código Civil no determina legalmente la ineficacia del **testamento** otorgado instituyendo heredero al esposo por el divorcio posterior, ni siquiera existe en este cuerpo legal una presunción de revocación a diferencia, por ejemplo del Código de Sucesiones de Cataluña que en su artículo 132 señala que «La institución, el legado y demás disposiciones ordenadas a favor del cónyuge del testador se presumirán revocadas en los casos de nulidad, divorcio o separación judicial posteriores al otorgamiento. A diferencia de estos ordenamientos nuestro Código Civil, ni otorga una presunción de revocación, ni dispone la ineficacia de la cláusula a favor de la esposa o el esposo por el divorcio posterior.

No obstante, una cuestión es la posibilidad de revocación que destruirá la eficacia de un **testamento** válido y otra cuestión muy distinta es que el **testamento** en sí, o bien que alguna disposición en concreto sea ineficaz porque sufra algún tipo de irregularidad que conduzca a la ineficacia de la disposición.

Siendo así, como afirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga número 800/1999 de 13 de diciembre, la cuestión que aquí debe plantearse es la eficacia de la disposición, en sí, con independencia de la posterior revocación del acto testamentario, esto es, ¿aquella disposición que realiza la testadora, instituyendo heredero - en este caso a su esposo -, puede padecer un posible error o causa falsa de manera que se entienda que la instituyó en tanto en cuanto era su esposo y pensando, por ejemplo, que siempre tendría la condición de tal? Quede claro que otra cuestión sería que el propio testador impusiera la condición de esposo para la eficacia de la disposición testamentaria, para ello es evidente que debería manifestarse como tal condición. No se está en presencia de una condición que posteriormente pueda resultar incumplida, sino muy al contrario de una disposición testamentaria que puede ser errónea o tener causa falsa, cuestión por otra parte que deberá interpretarse, siguiendo a la doctrina, por medio de la llamada interpretación integradora no contradictoria con el acto testamentario. En el normal de los casos el testador no habrá previsto tal disposición tomando en consideración una eventual nulidad, divorcio o separación y, por consiguiente, lo que deberá plantearse es lo que probablemente hubiera querido el testador de haber conocido el posterior divorcio. Por tanto, en esta materia caben dos opciones: en primer lugar, que el testador no se plantee bajo ningún concepto el posible problema posterior; y en segundo lugar, que el testador favorezca a su cónyuge creyendo positivamente que seguirían casados y conviviendo hasta su muerte. Sólo en el primer caso podrá hablarse de error de imprevisión, mientras que en el segundo se estará en presencia de un posible error o causa falsa, aunque no obstante puedan reconducirse en ambos supuestos a la regulación del error en nuestro Código Civil. En esta materia únicamente cabe, en nuestro ordenamiento, la posibilidad de acudir al 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 causa contemplada en este precepto es la razón o el motivo que lleva al testador a disponer, causa en sentido subjetivo o móvil incorporado al acto de disposición. De acuerdo con la doctrina mayoritaria es claro que el resultar del **testamento** no debe impedir el recurso a la prueba extrínseca y por consiguiente la intención de dar primacía a la voluntad del testador exige la utilización de cuantos elementos puedan conducir a la valoración de esa voluntad real aunque no esté perfectamente expresada en el texto del **testamento**.

OCTAVO.- Trasladada la anterior doctrina al caso que hoy resolvemos considera la Sala que este motivo del recurso debe ser desestimado. Es cierto como afirma la resolución de instancia que la Sra. Leticia no revocó el **testamento** pese a transcurrir más de seis años para poder hacerlo, y pese a que esta Sala a realizado un somero estudio de la prueba extrínseca obrante en las actuaciones, folios 179, 180, 181, y confesión judicial de actores y demandado, consideramos en idéntico sentido que lo entendió el Magistrado de Instancia que no concurre en el presente supuesto la causa falsa o error denunciado, puesto que la testadora tuvo más de seis años para revocar el **testamento** en su totalidad o en particular sobre el legado, y ello pese a que estaba afectada por una grave enfermedad que finalmente le causó la muerte, lo que permite entender que si durante esos años no dispuso la revocación fue porque esa era su voluntad, sin que acudiendo a la prueba extrínseca





podamos afirmar que la voluntad de la testadora sería distinta a la literalidad de la disposición testamentaria, por ello procede desestimar este motivo del recurso.

NOVENO.- Procede ahora resolver el recurso interpuesto por D. Juan Manuel en su calidad de demandado y apelante en la presente causa.

Como primera cuestión, reitera la inadecuación del procedimiento, dado que entiende que el proceso adecuado habría sido el juicio de testamentaría previsto en los artículos 1036 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en vez de por el cauce del declarativo de menor cuantía.

La doctrina y la jurisprudencia dicen que el juicio voluntario de testamentaría, tiene un origen voluntario y no contencioso y esta característica establece una inicial barrera de separación entre el ámbito de lo que es contingentemente jurisdiccional y lo que es necesariamente jurisdiccional, como ocurre con el juicio declarativo ordinario. A ello se añade, que no se puede negar virtualidad al juicio declarativo incoado, puesto que, sin perjuicio de que la amplitud de las cuestiones que se debaten, escapan del ámbito del juicio de testamentaría en cuanto que desde el momento de su inicio existen discrepancias entre las partes respecto de los bienes que integran la masa hereditaria, e incluso sobre si una disposición testamentaria debe ser declarada eficaz o ineficaz por error o causa falsa, siendo notorio que el juicio declarativo tiene eficacia procesal suficiente para obtener cuantas declaraciones de derecho se pretenden de la jurisdicción voluntaria y el juicio declarativo resulta pertinente para decidir las cuestiones derivadas de la división de la herencia, determinación del patrimonio a dividir, fijación de las cuotas correspondientes a cada heredero e, incluso, realización de las operaciones divisorias en trámite de ejecución de sentencia, lo que nos conduce a la desestimación de este motivo.

DÉCIMO.- Como segundo motivo del recurso, se denuncia error omisivo en la apreciación de la prueba e infracción por su inaplicación de los artículos 1.362-1º y 1.398-3º del Código Civil, por no haber inventariado y valorado como pasivo de la sociedad de gananciales todas las pensiones satisfechas por el demandado desde noviembre de 1989 a junio de 1998, en cuantía de 12.365.000 pesetas.

La obligación de alimentos abonada por el padre al hijo no puede ser integrada en el pasivo de la sociedad de gananciales al ser una obligación personal que tiene como fuente la relación paterno-filial, siendo único «beneficiario» de dicha obligación el hijo y no la Sociedad de Gananciales, por lo que nada se puede reclamar a dicha sociedad y por lo tanto fue bien excluida del pasivo de la misma. Por ello el motivo se desestima y con él el recurso interpuesto.

UNDÉCIMO.- Dispone el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes. En cuanto a las costas de la primera instancia al ser parcial la estimación del recurso y por lo tanto de la demanda cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad al no haber méritos para imponerlas a ninguna de las partes al no haber litigado con temeridad.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

## PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Que con estimación parcial del recurso de apelación deducido por el Procurador de los Tribunales D. Vicente Gómez Viudes en nombre y representación de Dña. María y D. Pablo, y con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Luis Esquer Montoya en nombre y representación de D. Juan Manuel contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Orihuela, de fecha seis de junio de dos mil cinco, en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha resolución, en el único sentido de declarar que los créditos de D. Juan Manuel frente a la sociedad de gananciales por consumo de energía eléctrica, gas y gastos de contribución ascienden a un total de 16.055,93 euros, manteniendo incólumes el resto de pronunciamientos de la sentencia, y todo ello sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias.

Notifíquese esta sentencia conforme a la Ley y, en su momento, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Contra la presente resolución, que es firme, no cabe recurso alguno en esta vía jurisdiccional.



Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior resolución ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Ponente, estando la Sala reunida en audiencia pública. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ