



Roj: **SAP GR 796/2010 - ECLI: ES:APGR:2010:796**

Id Cendoj: **18087370052010100305**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Granada**

Sección: **5**

Fecha: **11/06/2010**

Nº de Recurso: **54/2010**

Nº de Resolución: **262/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO MASCARO LAZCANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCIÓN QUINTA

ROLLO Nº 54/10 - AUTOS Nº 1172/08

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4

ASUNTO: JUICIO ORDINARIO

PONENTE SR. ANTONIO MASCARÓ LAZCANO

**SENTENCIA N.º 262/10**

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. ANTONIO MASCARÓ LAZCANO

MAGISTRADOS

D. JOSE MALDONADO MARTINEZ

D. JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN

En la Ciudad de Granada, a once de Junio de dos mil diez.

La Sección Quinta de esta Audiencia Provincial constituida con los Ilmos. Sres. al margen relacionados ha visto en grado de apelación -rollo nº 54/10- los autos de Juicio Ordinario nº 1172/08 del Juzgado de Primera Instancia nº 4, seguidos en virtud de demanda de Efrain contra Daniela .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Que, por el mencionado Juzgado se dictó resolución en fecha veinticinco de Septiembre de dos mil nueve , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por la representación de D. Efrain frente a Dña. Daniela debo absolver y absuelvo a la demandada de la pretensión ejercitada en su contra, imponiendo al demandante las costas causadas en la presente litis".

SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte DEMANDANTE, al que se opuso la parte contraria; una vez elevadas las actuaciones a este Tribunal se siguió el trámite prescrito y se señaló día para la votación y fallo, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

TERCERO.- Que, por este Tribunal, se han observado las formalidades legales en esta alzada.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. ANTONIO MASCARÓ LAZCANO.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**



PRIMERO.- No se aceptan los de la resolución recurrida en cuanto se opongán a los que seguidamente se consignan.

SEGUNDO.- La cláusula 1ª del **testamento** es del siguiente tenor literal: <<PRIMERA.- Lega a su esposa, a su elección, el usufructo vitalicio de todos sus bienes, con relevación de fianza e inventario y con el que quedarán pagados sus derechos legitimarios, o bien el tercio de libre disposición de los mismos, en pleno dominio, además de su cuota viudal. Dicho tercio será el legado a favor de su esposa si alguno de los herederos se opusiere al de usufructo universal.>> El art. 834 del Código Civil, preceptúa lo siguiente: <<El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora (173).>> El testador otorgó el **testamento** el 7 de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, encontrándose casado con Dª Daniela de la que se separó por sentencia de 21 de Septiembre de mil novecientos noventa y tres, falleciendo el 11 de Septiembre de dos mil siete. La Sentencia del T.S. de 10 de diciembre de dos mil nueve, considera en cuanto a la facultad para la interpretación del **testamento** lo siguiente: <<Esta Sala ha venido declarando en relación a la interpretación de las disposiciones testamentarias y a la violación del art. 675 CC, que se denuncia en el primer motivo del recurso, que la interpretación de los **testamentos** es tarea atribuida al juzgador de instancia y que solo en los casos en que exista un manifiesto error puede ser revisada en casación. Como ejemplo, la sentencia de 30 de enero 1997, 159) dice que "es abrumadora la jurisprudencia acerca de que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al Tribunal de instancia" (asimismo, entre muchas otras, las de 21 enero 2003, 20 diciembre 2005, 29 septiembre 2006, 20 noviembre 2007, 29 enero 2008. Pero además, también es constante el acogimiento por esta Sala de la regla de acuerdo con la que "[...] si bien en principio las disposiciones testamentarias deberán entenderse en el sentido literal de las palabras, está permitida la búsqueda de otros medios probatorios de la voluntad del testador cuando se exprese de modo oscuro" (STS de 26 abril 1997 y 18 julio 2005, entre muchas otras).>> 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 aun 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. Pero no deja de ser un problema de voluntad hipotética. No tenemos más normas que determinen los efectos "per se" de una ineficacia sobrevenida. En el C. Civil español, el art. 834, tras la reforma operada en 2005, la separación de hecho es causa de la extinción de los derechos del cónyuge superstite. La Ley 10/2008, de 10 de Julio, del libro IV del Código Civil de Cataluña, relativo a sucesiones, derogó el art. 132 del mismo, consignando el siguiente precepto: <<Art. 422-13. Ineficacia sobrevenida por crisis matrimonial o de convivencia.-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. 2. Las disposiciones a favor del conviviente en unión estable de pareja devienen ineficaces si, después de haber sido otorgadas, los convivientes se separan de hecho, salvo que reanuden su convivencia, o se extingue la unión por una causa que no sea la defunción de uno de los miembros de la pareja o el matrimonio entre ambos (10). 3. Las disposiciones a favor del cónyuge o del conviviente en unión estable de pareja mantienen la eficacia si del contexto del **testamento**, el codicilo o la memoria testamentaria resulta que el testador las habría ordenado incluso en los casos regulados por los apartados 1 y 2.>> La Ley 2/2006, de 14 de Junio, de Derecho Civil de Galicia preceptúa lo siguiente: <<Art. 202. 1. La facultad testatoria quedará sin efecto por: 1º La presentación de la demanda de nulidad, separación o **divorcio**. 2º La separación de hecho de los cónyuges que conste de modo fehaciente. 3º Salvo dispensa del atribuyente, nuevo matrimonio del viudo o viuda celebrado antes de ejercitar la facultad testatoria. 2. Asimismo, la facultad testatoria quedará revocada por el **testamento** que otorgara con posterioridad el cónyuge que la hubiera atribuido.>> El art. 123 de la Ley de Aragón 1/1999, de 24 de Febrero de sucesiones, es del tenor literal siguiente: <<Art. 123. Efectos de la nulidad, el **divorcio** y la separación.- 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 aquel estuviera declarada judicialmente la nulidad del



matrimonio, decretado el **divorcio** o la separación o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin.>> Todo el derecho comparado, es acorde con la resolución que vamos a adoptar en esta alzada.

TERCERO.- Deben imponerse a la demandada las costas de primera instancia (art. 394-1, L.E.C .) Sin costas del recurso (art. 398-2 L.E.C .)

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, este Tribunal dispone, el siguiente

#### **FALLO**

Se revoca la sentencia. Se declara la ineficacia de la cláusula primera del **testamento** otorgado por d. Sebastián con fecha 7 de diciembre de 1983 ante el notario D. Francisco Javier Fiestas Contreras, protocolo num. 1.800, y, en consecuencia, se declara igualmente la ineficacia del legado contenido en dicha cláusula, condenando a la demandada Sra. Daniela a estar y pasar por ello y al pago de las costas procesales de 1ª instancia. Sin costas del recurso.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CEJUD