



Roj: **SAP MA 3871/1999 - ECLI:ES:APMA:1999:3871**

Id Cendoj: **29067370061999100697**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **13/12/1999**

Nº de Recurso: **643/1998**

Nº de Resolución: **800/1999**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANA CAÑIZARES LASO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA. SECCION SEXTA
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 DE VELEZ-MALAGA
JUICIO DE MENOR CUANTIA Nº 479/96
ROLLO DE APELACION CIVIL Nº 643/98

SENTENCIA Nº 800 /99

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. WENCESLAO DIEZ ARGAL

MAGISTRADOS

Dª SOLEDAD JURADO RODRIGUEZ

Dª ANA CAÑIZARES LASO

En la ciudad de Málaga a 13 de diciembre de 1999

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio de menor cuantía procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Vélez- Málaga seguidos sobre impugnación de **testamento** a instancia de Dña. Milagros , Dña. Guadalupe , D. Jaime y Dña. Elena , representados en el recurso por la Procuradora Dña. Mercedes Martín de los Ríos y defendidos por el Letrado D. Antonio M. Gallardo Gaspar contra Dña. Clara , representada en el recurso por el Procurador D. Lloyd Silbermann Montañez y defendida por el Letrado D. Francisco Torres Rico pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Vélez-Málaga dictó sentencia de fecha 6 de Mayo de 1998 en el juicio de menor cuantía nº 479/96 del que este rollo dimana, cuya parte dispositiva dice así: TALLO: Que desestimando la demanda formulada por Dª. Guadalupe , Milagros , Jaime y Elena contra Dª. Clara , debo absolver y absuelvo a esta última de los pedimentos en aquellos contenidos con imposición al actor de las costas procesales causadas".

SEGUNDO - Contra la expresada sentencia interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación la parte demandante, el cual fue admitido a trámite y, emplazadas las partes para que comparecieran ante esta Audiencia, personadas y entregados los autos a las mismas para instrucción durante cuatro días, se señaló la vista del recurso que tuvo lugar el día 27 de Octubre de 1999, en el cual el Letrado de la parte apelante informó en apoyo de sus pretensiones y solicitó la revocación de la sentencia recurrida y el Letrado de la parte apelada solicitó su confirmación.



TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Iltra. Sra. D^a. ANA CAÑIZARES LASO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos a partir de los cuales se plantea la presente litis fueron sucintamente los siguientes: El día 11 de julio de 1978 D. Gabino , esposo en aquél momento de la demandada, otorga **testamento** instituyendo heredera universal a su esposa Dña. Clara ; En 1984 se produce la separación de hecho de los cónyuges, otorgando capitulaciones matrimoniales el día 4 de Abril de 1984 constituyendo el régimen económico matrimonial de separación de bienes; Posteriormente en 1992 la esposa interpone demanda de divorcio, obteniéndose el mismo en virtud de sentencia dictada el día 26 de Enero de 1994; El día 10 de Abril de 1994 fallece D. Gabino .

Planteados así los hechos la cuestión litigiosa se centra en la validez de la disposición testamentaria incluida en el **testamento** otorgado por D. Gabino instituyendo heredera a su esposa tras el divorcio de los cónyuges, esto es, en qué medida incide el divorcio de los cónyuges en el **testamento** otorgado con anterioridad sin que haya existido revocación del mismo por parte del testador. En este sentido plantean los demandantes hoy apelantes la impugnación del **testamento** al no ostentar Dña. Clara la condición de esposa en el momento del fallecimiento del testador.

SEGUNDO.- El **testamento** es un negocio jurídico esencialmente revocable, lo que consagra el artículo 737 del Código Civil , siendo la revocación la declaración de voluntad del testador por la que determina la ineficacia del anterior negocio jurídico testamentario. Así el **testamento** se revoca por otro posterior. En el caso que nos ocupa el testador no revocó su **testamento**, por consiguiente dicho **testamento** es, en principio, eficaz a su muerte.

Otra cuestión es la incidencia que puede tener el divorcio posterior al otorgamiento del **testamento**. Nuestro Código civil no determina legalmente la ineficacia del **testamento** otorgado instituyendo heredera a la esposa 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 ..."; ni tampoco se dispone la nulidad de la cláusula, como en algunos ordenamientos europeos, como es el caso del Código Civil alemán que en su párrafo 2077 señala que la disposición de última voluntad por la cual el causante ha designado a su cónyuge es ineficaz si el matrimonio es nulo o si ha sido disuelto antes de la muerte del causante..."; o el Código civil portugués que sigue la misma línea. 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 alguna disposición en concreto, sea ineficaz porque sufra algún tipo de irregularidad que conduzca a la ineficacia de la disposición.

Siendo así, 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 el testador, instituyendo heredera a su esposa, puede padecer un posible error o causa falsa de manera que se entienda que la instituyó en tanto en cuanto era su esposa 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 esposa 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 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**.

TERCERO.- Traslada la anterior doctrina al caso que nos ocupa, debemos señalar que efectivamente el testador pudo revocar y no lo hizo. Respecto de esta cuestión ha quedado probado que en el momento de la separación de hecho los cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales, de acuerdo con las cuales se adjudica al testador en pago de sus gananciales la finca adquirida de sus padres mediante compraventa, finca objeto de la presente herencia; y en aquél momento pudo el testador revocar su **testamento** y no lo hizo.

No obstante la cuestión no radica tanto en la posibilidad de revocación, y que por otra parte, debido a la incapacidad psíquica sufrida por el testador del 51%, si bien en ningún momento se procedió a su incapacitación, quizá hubiera impedido una válida revocación, sino en la eficacia, en sí, de la disposición testamentaria en cuanto instituyó heredera a su esposa, que dejó de serlo tras el divorcio y la voluntad encerrada en dicha disposición testamentaria. Teniendo en cuenta que el **testamento** se otorga en 1978 y, por consiguiente, en esa fecha no era posible el divorcio en nuestro país aunque sí la separación, entiende la Sala 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 testamentaria cuestionada en la presente litis y en este sentido debe declararse ineficaz.

CUARTO.- Las costas de la primera instancia en los juicios declarativos vienen impuestas por el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la parte cuyas pretensiones hayan sido totalmente rechazadas; las de la alzada, por aplicación del artículo 710 del mismo texto legal, únicamente se impondrán al apelante si la sentencia fuese confirmatoria de la recurrida.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLAMOS:

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a Mercedes Martín de los Ríos en nombre y representación de D^a. Guadalupe, Milagros, Jaime y Elena contra la sentencia de fecha 6 de Mayo de 1998 dictada en autos de juicio declarativo de menor cuantía nº 479/96 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Vélez-Málaga, revocando íntegramente lo en ella resuelto, debemos acordar y acordamos estimar la demanda interpuesta por los citados recurrentes contra D^a Clara y declarando la ineficacia de la institución de heredero y por consiguiente abierta la sucesión intestada de D. Gabino y ordenando asimismo la cancelación registral del asiento correspondiente a la inscripción 2 de la finca nº NUM000 del Libro NUM001 Tomo NUM002, a la que imponemos las costas de la primera instancia, sin hacer expreso pronunciamiento condenatorio sobre las devengadas en el recurso.

Devuélvase los autos originales con certificación de esta sentencia, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, al Juzgado del que dimanen para su ejecución y cumplimiento.

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