



Roj: **SAP SS 1046/2021 - ECLI:ES:APSS:2021:1046**

Id Cendoj: **20069370022021100818**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **2**

Fecha: **18/06/2021**

Nº de Recurso: **2215/2020**

Nº de Resolución: **942/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Procedimiento ordinario**

Ponente: **FELIPE PEÑALBA OTADUY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA. SECCIÓN SEGUNDA - UPAD

ZULUP - GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIKO BIGARREN ATALA

SAN MARTIN, 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

TEL.: 943-000712 **Fax/ Faxes:** 943-000701

Correo electrónico/ Helbide elektronikoa: audiencia.s2.gipuzkoa@justizia.eus /
probauzitegia.2a.gipuzkoa@justizia.eus

NIG PV / IZO EAE: 20.03.2-18/001930

NIG CGPJ / IZO BJKN :20074.42.1-2018/0001930

Recurso apelación procedimiento ordinario LEC 2000 / Prozedura arrunteko apelazio-errekurtsoa; 2000ko PZL 2215/2020 - R

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 4 de Bergara - UPAD / ZULUP - Bergarako Lehen Auzialdiko eta Instrukzioko 4 zenbakiko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 316/2018 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Rebeca

Procurador/a/ Prokuradorea: JOSEFINA LLORENTE LOPEZ

Abogado/a / Abokatua: MARIA BEGOÑA PELAEZ MOVELLAN

Recurrido/a / Errekurritua: Desiderio y Sandra

Procurador/a / Prokuradorea: MARIA LUISA GUTIERREZ ONTORIA y MARIA LUISA GUTIERREZ ONTORIA

Abogado/a/ Abokatua: KEPA FRANCO VEREDA y ERIZ VAZQUEZ LARROCA

SENTENCIA N.º 942/2021

ILMOS./ILMAS. SRES./SRAS.

D. IÑIGO SUAREZ DE ODRIOZOLA

D. **FELIPE PEÑALBA OTADUY**

D.ª BEATRIZ HILINGER CUELLAR

En Donostia / San Sebastián, a dieciocho de junio de dos mil veintiuno.

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa. Sección Segunda - UPAD, constituida por los/as Ilmos/Ilmas. Sres./Sras. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario 316/2018 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 4 de Bergara - UPAD, a instancia de D.ª Rebeca , apelante - demandante, representada por la procuradora D.ª JOSEFINA LLORENTE LOPEZ y defendida por la



letrada D.^a MARIA BEGOÑA PELAEZ MOVELLAN, contra D. Desiderio y D.^a Sandra , apelados - demandados, representados por la procuradora D.^a MARIA LUISA GUTIERREZ ONTORIA y defendidos por los letrados D. KEPA FRANCO VEREDA y D. ERIZ VAZQUEZ LARROCA; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 12 de diciembre de 2019.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 12 de diciembre de 2019 el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Bergara, dictó Sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por doña Rebeca , debo ABSOLVER a don Desiderio y a doña Sandra de las acciones contra ellos ejercitadas en este procedimiento.

Todo ello con expresa imposición de costas al demandante."

SEGUNDO.- Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso Recurso de apelación contra ella que fue admitido, y elevados los autos a esta Audiencia se señaló día para Votación y Fallo el 8 de junio de 2021.

TERCERO.- Ha sido el Ponente en esta instancia el Ilmo. Sr. Magistrado. D. **Felipe Peñalba Otaduy**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D.^a Rebeca , con fundamento legal en los arts. 192, 1016 y 1021 del Código Civil, ha interpuesto demanda contra D. Desiderio y D.^a Sandra ejercitando una acción de petición de herencia e interesando que se le declare heredera respecto de D. Epifanio conforme a la cláusula 1.^a del testamento abierto otorgado por éste el 18 de febrero de 1999 y se condene a los demandados a restituir a su mandante en los derechos reconocidos en citado testamento, abonándole la suma de 106.977,22 €.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Bergara ha dictado sentencia desestimando íntegramente la demanda porque entiende que la causa por la que D. Epifanio instituyó heredera a D.^a Rebeca era su vínculo matrimonial y sentimental, vínculo que se destruyó de hecho en 2006 y de derecho de 2010.

La representación de la Sra. Rebeca recurre en apelación la sentencia de primera instancia e interesa su revocación y el dictado de una nueva sentencia en los términos solicitados en su demanda fundamentando el recurso con base en las alegaciones que, en síntesis, son las siguientes:

1.- Infracción legal del art. 675 CC. La juzgadora de instancia no atiende a la verdadera voluntad del testador que era considerar a su representada esposa hasta la fecha de su fallecimiento con pleno derecho a recibir el legado que le hizo en el testamento. El causante mantuvo el legado en plena crisis matrimonial cuando fue condenado por malos tratos a su representada en 2003; cuando ésta se marchó en el año 2006; y cuando se dictó la sentencia de divorcio extranjera en 2010.

2.- El vínculo matrimonial entre el causante y su representada sólo desapareció en 2010 en EEUU, ya que aquí nunca se legalizó la sentencia de divorcio extranjera, confirmando las manifestaciones de sus hijos que su padre nunca quiso legitimar aquí el divorcio extranjero.

3.- El maltrato y la desatención de su esposo fue lo que motivó que su representada abandonara el domicilio conyugal y se marchara a EEUU y se viera obligada a pedir el divorcio para subsistir en contra de sus creencias religiosas. El motivo último para mantener el vínculo matrimonial y el testamento hasta el final de sus días está justificado por las fuertes creencias religiosas de D. Epifanio y porque en su fuero interno siempre entendió que las malas vivencias que causó a su esposa debían ser compensadas.

4.- Que el matrimonio otorgase capitulaciones matrimoniales en 2003 pasando al régimen de separación de bienes no prueba que D. Epifanio no considerase su esposa a la Sra. Rebeca .

5.- Los hechos en que su representada basa su pretensión no descansan en suposiciones, pues han sido acreditados. Toda la prueba acredita que el fallecido era una persona que tuvo acceso directo a repetido asesoramiento jurídico.

6.- Nuestro Código Civil no determina la ineficacia de la cláusula a favor de la esposa o el esposo en el testamento por el divorcio posterior. No existe presunción de revocación.



La representación de D. Desiderio y D^a Sandra se oponen al recurso de apelación interpuesto e interesan su desestimación y que se ratifique íntegramente la sentencia de instancia condenando en costas a la parte apelante.

SEGUNDO.- A los efectos de delimitar el debate se estima oportuno consignar los siguientes hechos, que no resultan controvertidos:

1.- D. Epifanio se casó en segundas nupcias con D^a Rebeca el 23 de agosto de 1996 y otorgó testamento el 18 de febrero de 1999 por el que "Lega a su esposa Doña Rebeca el usufructo vitalicio, con relevación de inventario y fianza, y con facultad de tomar por sí posesión de este legado. Si algún legitimario se opusiere a la efectividad de este legado será reducido aquel que se oponga, a su cuota en el tercio de legítima estricta, y si se oponen todos, lo que no se espera, el cónyuge legatario podrá optar por hacer suyo en pleno dominio el tercio libre y además, en usufructo, la cuota viudal legitimaria" (cláusula primera) e instituye herederos por partes iguales a sus dos hijos Desiderio y Sandra (cláusula segunda).

2.- En fecha 3 de octubre de 2003 los esposos disolvieron la sociedad de gananciales y la sustituyeron por el régimen de separación de bienes.

3.- D^a Rebeca se trasladó en 2006 a vivir a Nueva York mientras D. Epifanio permaneció en Arrasate.

4.- D^a Rebeca promovió demanda de divorcio ante la corte de Nueva York que dictó sentencia el 21 de mayo de 2010 decretando el divorcio del matrimonio.

A tenor de lo expuesto, aunque la parte actora ejercita una acción de petición de herencia, en la medida en que la acción ejercitada se basa en el testamento abierto otorgado por D. Epifanio el 18 de febrero de 1999, está ejercitando una acción de petición de legado, pues conforme al mismo la actora no tiene la condición de heredera sino de legataria.

Constituye doctrina jurisprudencial de la Sala 1^a del Tribunal Supremo pacífica y consolidada (por todas, STS nº 118 de 3 de marzo de 2021) elaborada en torno al art. 675 CC que "la interpretación testamentaria debe atender a la búsqueda de la efectiva voluntad del testador (sentencias 13/2003, de 21 de enero, 947/2003, de 9 de octubre, 291/2008, de 29 de abril, 133/2009, de 3 de marzo, 666/2009, de 14 de octubre, 327/2010, de 22 de junio, 160/2011, de 18 de marzo, 516/2012, de 20 de julio). Cuando a la vista del sentido gramatical de las cláusulas testamentarias surjan dudas sobre la verdadera voluntad declarada por el causante en su testamento, para ponerla de manifiesto y descubrirla, además del análisis de la literalidad del texto del testamento, puede acudir a la prueba extrínseca, es decir a otros medios ajenos al propio testamento, en particular a los actos del testador previos o posteriores al otorgamiento (sentencias 13/2003, de 21 de enero, y 547/2009, de 28 de julio, entre otras)", así como que no existe en el Código Civil una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en máximas de experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge se hace en calidad de tal y mientras lo sea (SSTS nº 531 de 21 de septiembre de 2018 y nº 539 de 29 de septiembre de 2018), de forma que, tal y como indica, la primera de estas dos últimas sentencias, "la ineficacia de la disposición de que se trate, deducida u obtenida a través de la interpretación integradora, nunca derivaría de una suerte de revocación tácita o presunción de revocación, pues esta, por definición, es posterior al testamento y debe hacerse con las solemnidades necesarias para testar. Lo que ha de averiguarse no es qué habría querido el testador al momento de su fallecimiento, es decir, si, en el caso que nos ocupa, era o no su voluntad mantener la disposición en favor de su ex cónyuge o ex pareja, sino si habría querido, al otorgar el acto, que el beneficiario heredara o recibiera el legado no obstante la variación de circunstancias, es decir, a pesar de la separación, el divorcio o la nulidad ulteriores".

La sentencia de instancia interpreta la voluntad testamentaria y concluye, haciéndose eco de la doctrina jurisprudencial recogida en las SSTS nº 531 de 21 de septiembre de 2018 y nº 539 de 29 de septiembre de 2018, aunque sin citarlas, que, desaparecido el vínculo matrimonial (de hecho en 2006 y de derecho en 2010), desapareció la causa de la disposición testamentaria por aplicación del art. 767 primer párrafo del Código Civil.

En efecto, en el momento de realizar la disposición testamentaria el Sr. Epifanio designó a la legataria no sólo por su nombre y apellidos, sino también por su condición de esposa, de lo que cabe entender que no estamos ante una mera descripción de la relación existente en el momento de otorgar el testamento, porque para identificar a la legataria no era preciso hacerlo. Por tanto, sí cabe entender que el legado se le atribuye en tanto en cuanto mantenga su condición de esposa.

Ahora bien, dicha condición no desaparece porque los cónyuges se encuentren enfrentados o separados de hecho (el Sr. Epifanio fue condenado a instancia de la demandante como autor de una falta de malos tratos por sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Bergara de 1 de julio de 2003; acordaron modificar el régimen económico matrimonial y sustituirlo por el régimen de separación de bienes por escritura de 3 de octubre de 2003 y se separaron de hecho en 2006 marchándose la demandante a vivir a Nueva York). Y



si bien es cierto que la demandante promovió demanda de divorcio en Estados Unidos, dictándose sentencia el 21 de mayo de 2010 decretando el divorcio del matrimonio, no consta que se haya seguido en España procedimiento de **exequatur** de dicha sentencia, previsto en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en material civil, tal y como impone el art. 523 LEC. La disolución del matrimonio se produjo en España por el fallecimiento del Sr. Epifanio el 12 de octubre de 2017, que extinguió la acción de divorcio - arts. 85 y 88 CC-, no por la sentencia de divorcio dictada por el tribunal del estado de Nueva York.

Por tanto, no podemos compartir la conclusión de la sentencia de instancia de que ha desaparecido la causa de la disposición testamentaria por desaparición del vínculo conyugal entre el Sr. Epifanio y la Sra. Rebeca .

No obstante lo anterior, tal y como expone la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda, consideramos la actuación de la demandante contraria al principio y las exigencias de la buena fe que impone el art. 7 del Código Civil y que exige en el ejercicio de los derechos un comportamiento objetivamente justo, leal y honrado. Como recuerda, entre otras, la STS nº 3124, de 5 de octubre de 2020, "La doctrina de los propios actos, como dice la sentencia de esta Sala núm. 936/2006 de 6 octubre, tiene su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe (Sentencias de 25 de octubre y 28 de noviembre de 2000) pues se falta a la buena fe en sentido objetivo, es decir, como exigencia de lealtad y honestidad en los tratos y en el ejercicio de los derechos (artículo 7.1 Código Civil) cuando se va contra la resultancia de los propios actos (Sentencias de 16 de julio y 21 de septiembre de 1987, 6 de junio de 1992, etc.), pero ello exige que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, esclarecer, modificar o extinguir una determinada situación que afecta jurídicamente a su autor, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, de modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, con el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior (Sentencias de 9 de mayo de 2000, 27 de febrero, 16 de abril y 24 de mayo de 2001, 25 de enero de 2002, entre otras muchas), por lo que no es de aplicación cuando los precedentes fácticos que se invocan tienen carácter ambiguo o inconcreto (Sentencias de 23 de julio de 1997 y 9 de julio de 1999) o carecen de trascendencia para producir el cambio jurídico (Sentencias de 28 de enero de 2000, 7 de mayo de 2001, 25 de enero de 2002) y, aún menos, cuando el cambio de actitud obedece a una reacción ante nuevos hechos o actos".

Y lo que no tiene razón de ser y no resulta admisible es que la demandante, que ha promovido una demanda de divorcio en Estados Unidos y ha obtenido una resolución favorable a sus intereses, desarrollando su vida como divorciada en ese país, defienda años más tarde, concedora de la disposición testamentaria del causante, que dicho divorcio carece de efectos en España, porque no se ha promovido el procedimiento de **exequatur** de la referida sentencia. La pretensión que la demandante articula en su demanda supone entrar en contradicción con sus propios actos, porque no cabe interesar de los tribunales de Estados Unidos en 2010 la disolución del matrimonio por divorcio con los efectos que ello conlleva, pero mantener años más tarde que no está divorciada en España porque la citada sentencia no ha sido ejecutada. Esto resulta desleal y contrario a la buena fe y no puede tener amparo legal mantener el estado civil de la demandante a su conveniencia según articule sus pretensiones ante los tribunales de uno u otro estado.

Por último, es cierto que el Sr. Epifanio , concedor de la sentencia de divorcio, no modificó el testamento, pero es entendible que no lo hiciera, pues se trata de una persona lega en derecho, que no tenía por qué saber que la ejecución en España de la sentencia dictada por el tribunal de Estados Unidos precisaba del **exequatur** y podía creer razonablemente que, divorciado de su esposa, decaía la causa por la que había establecido en su testamento el legado a favor de la misma, resultando innecesario modificar aquél.

Por todo lo cual, procede desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de instancia, si bien por razones diferentes en parte a las expuestas en la resolución impugnada.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 394.1 LEC, por remisión del art. 398.1 LEC, la desestimación del recurso de apelación interpuesto determina que se impongan a la parte apelante las costas derivadas del mismo.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Rebeca contra la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2019, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Bergara en los autos nº 316/2018, **CONFIRMANDO** la misma y condenando a la parte apelante al abono de las costas causadas en la presente alzada.

Frente a la presente resolución se podrá interponer en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante esta Sala recurso de casación en los supuestos previstos en el art. 477 LEC y recurso extraordinario por infracción procesal fundado



en los motivos previstos en el art. 469 LEC, pudiendo presentarse únicamente este último recurso sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1º y 2º del art. 477.2 LEC.

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 1858/0000/12/2215/20. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. Magistrados/as que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.