



Roj: **SAP BA 460/2024 - ECLI:ES:APBA:2024:460**

Id Cendoj: **06015370022024100272**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Badajoz**

Sección: **2**

Fecha: **04/04/2024**

Nº de Recurso: **962/2022**

Nº de Resolución: **280/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO PAUMARD COLLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Badajoz, núm. 7, 13-07-2022 (proc. 679/2021),  
SAP BA 460/2024**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2**

**BADAJOZ**

**SENTENCIA: 00280/2024**

Modelo: N10250 SENTENCIA

AVDA. COLÓN Nº 8, 2ª PLANTA

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

**Teléfono:** 924284238 924284241 **Fax:** 924284275

**Correo electrónico:** audiencia.s2.badajoz@justicia.es

Equipo/usuario: MSM

**N.I.G.** 06070 41 1 2020 0000491

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000962 /2022**

**Juzgado de procedencia:** JDO.DE 1A INSTANCIA N. 7 de BADAJOZ

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000679 /2021

Recurrente: Elvira

Procurador: ALEJANDRO PEREZ-MONTES GIL

Abogado: Mª ANGELES CALZADILLA GAMERO

Recurrido: Estibaliz

Procurador: GUADALUPE GOMEZ CORDERO

Abogado: CARLOS FRANCO DOMINGUEZ

**S E N T E N C I A Nº 280/2024**

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

D. LUIS ROMUALDO HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA

D. FERNANDO PAUMARD COLLADO (PONENTE)

D. JUAN MANUEL CABRERA LOPEZ



En BADAJOZ, a cuatro de abril de dos mil veinticuatro

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 002, de la Audiencia Provincial de BADAJOZ, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000679 /2021, procedentes del JDO.DE 1A INSTANCIA N. 7 de BADAJOZ, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000962 /2022, en los que aparece como parte apelante, Elvira , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. ALEJANDRO PEREZ-MONTES GIL, asistido por el Abogado D. M<sup>a</sup> ANGELES CALZADILLA GAMERO, y como parte apelada, Estibaliz , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. GUADALUPE GOMEZ CORDERO, asistido por el Abogado D. CARLOS FRANCO DOMINGUEZ, siendo el Magistrado/a Ponente el/la Ilmo./Ilma. D./D<sup>a</sup> FERNANDO PAUMARD COLLADO.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el JDO.DE 1A INSTANCIA N. 7 de BADAJOZ, se dictó sentencia con fecha 13/07/22, en el procedimiento ORDINARIO N° 679/2021 del que dimana este recurso.

**SEGUNDO.-** La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:

### FALLO

Que **ESTIMO PARCIALMENTE LA DEMANDA** interpuesta por Dña. Elvira , representada por el Procurador Sr. Pérez Montes Gil y defendida por la Letrada Sra. Calzadilla Gamero, frente a Dña. Estibaliz , en situación de rebeldía procesal, representada por la Procuradora Sra. Gómez Cordero y defendida por el Letrado Sr. Franco Domínguez y, en consecuencia, DECLARO que Doña Mónica es heredera forzosa de los bienes de Don Evelio , y que por tanto, la designación heredera universal a favor de Dña. Vanesa , realizada en el testamento otorgado en fecha 9 de marzo de 2015, ante el Notario Don Antonio Jesús García Guerrero por Don Evelio , debe reducirse a la mitad.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

**TERCERO.-** Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, , señalándose la audiencia del día 3-04-24, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Apelante -Sra. Elvira - pide la revocación de la sentencia de instancia porque se basa en dos circunstancias que no responden a la realidad: que D<sup>a</sup> Milagrosa es hija del testador; Y que D<sup>a</sup> Milagrosa se llama así. Al ser inveraces, resulta que debe aplicarse el Art. 935 del Cc, a falta de hijos y descendientes del testador, heredan sus ascendientes ante la carencia errónea de que Milagrosa era su hija , debe anularse todo el contenido patrimonial de la disposición testamentaria; pues la preterición de heredero forzoso es no intencional.

Subsidiariamente , si se considera válida la voluntad del testador , Milagrosa solo podría heredar el tercio de libre disposición , pues los tercios de legítima , y de mejora están reservados para los herederos forzosos, no siéndolo Milagrosa y sí la madre del testador. Pero , en el suplico del recurso , sólo se dice que se estime íntegramente la demanda.

**SEGUNDO.-** El presente litigio versa en puridad , sobre la eficacia de la institución de heredero de quien , en realidad , no era hija del testador aunque éste no lo supiera al momento de hacer testamento, 9 de marzo del 2015 , cuando en el momento de la apertura de la sucesión, octubre del 2019, existía ya una sentencia firme que declaraba que D<sup>a</sup> Milagrosa no era hija del testador , sino de otra persona (fruto de una relación extramatrimonial).

Así en efecto , el 9 de marzo 2015, D. Evelio otorgó testamento abierto en el que instituía como heredera universal a quien , en aquella fecha consideraba(y figuraba inscrita como tal en el Registro Civil) como hija matrimonial habida de su relación marital con su entonces esposa , D<sup>a</sup> Estibaliz (de la que se divorció el 21/1/2011), D<sup>a</sup> Milagrosa .

Con posterioridad al Divorcio , la Sra. Estibaliz inició procedimiento de impugnación de filiación matrimonial contradictoria y de reclamación de filiación extramatrimonial de su mencionada hija Milagrosa , que terminó por sentencia del Juzgado de Jerez de los Caballeros , de 10 de julio del 2012 , que declaraba que la menor , Milagrosa era en realidad hija biológica de otra persona distinta del Sr. Elvira ; y ordenaba la anulación de la inscripción registral vigente de filiación y practicar nueva inscripción de esa filiación.



Recurrida esa sentencia, fue revocada por sentencia , de 20/9/2013, de esta misma Sección Segunda , que, a su vez fue recurrida en casación, desconociéndose , por qué no se ha aportado , el tenor literal de esa sentencia de casación , pero , al parecer, revocó la de segunda instancia, confirmando la del Juzgado de Jerez de los Caballeros , pues el 26 julio 2016 , se procedió a practicar , en el Registro Civil de esa localidad inscripción de nacimiento de Vanesa (que antes figuraba en el registro como Milagrosa ). La sentencia del TS se dictó el 28 de mayo 2015, Sentencia N° 299/2015. N° de Recurso 1490/2014.

La actual demanda ha sido interpuesta por la madre del testador, como heredera forzosa ( Art.807.2 Cc) ante la falta de descendientes del mismo; aunque , producido el fallecimiento de la demandante , en el curso del procedimiento , se ha operado la sucesión procesal a favor de la herencia yacente de D<sup>a</sup>. Mónica , representada por su hija Elvira , siendo también hijos de D<sup>a</sup> Mónica , Melisa y Luis Alberto , todos ellos , pues , hermanos del testador.

Como ya se dijo , el testamento se otorgó en la fecha del 9/3/2015, con posterioridad , por tanto , a los pronunciamientos de primera y segunda instancia recaído en el procedimiento de reclamación de filiación extramatrimonial, pero antes de operarse , en el Registro Civil , la nueva inscripción registral de filiación de las designada heredera universal , que sin duda fue consecuencia del resultado del recurso de casación decidido por el Tribunal Supremo. El testamento no fue revocado por el SR. Evelio antes de su fallecimiento ocurrido el 6/10/2019.

**TERCERO.-** Conforme al Art. 675 del Cc. hay que estar a la interpretación literal del testamento , a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador.

Cierto es que la cláusula testamentaria en la que se instituye heredero universal a su entonces hija matrimonial , no establece condición alguna y es clara; cierto también que el testador , en los más de 4 años que median entre el otorgamiento del testamento abierto y su fallecimiento; no revocó a aquella disposición testamentaria, pese a conocer ya el resultado de las dos instancias del procedimiento de impugnación de la paternidad; y desde mayo 2015, conocía ya la resolución definitiva del asunto.

Sin embargo , aunque no existe en nuestro Código Civil , a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos , una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que el legislador debe por supuesto (en base a máximas experiencia) que la disposición en favor de una hija se hace en calidad de tal y mientras lo sea , la doctrina jurisprudencial ( STS 28/9/2018) considera que , ante la ausencia de una norma de integración , que contemple un caso concreto de imprevisión debe aplicarse el ar. 767 párrafo primero, del Cc, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto de aquel precepto punto por ello cuando en el momento del fallecimiento del testador se hubiera producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz. No obstante , hay que resaltar que , en el supuesto de autos , el cambio de circunstancias no se produjo al fallecimiento del testador (2019) sino con la sentencia del TS de mayo de 2015.

Conforme al Art. 675 Cc la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es el averiguación de la voluntad real del testador. Por ello la literalidad del Art. 767 (expresión del motivo de la institución de heredero) no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento , en particular la identificación del favorecido por cierta actualidad , como la de hijo del testador.

Sin embargo , el demandante/apelante no apoya su pretensión en el Art.767 del Cc.; no hace de este precepto la causa de pedir.

**CUARTO.-** En el supuesto hoy examinado constituye un dato esencialísimo la constatación de que , después de que llegara a conocimiento del testador (fue parte codemandada en el procedimiento de impugnación de la filiación matrimonial que fue resuelto de manera definitiva , por la STS N° 299/2015) lo deducido por el Alto Tribunal , de confirmar la sentencia del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia , que declaró que el Sr. Luis Alberto no era padre biológico de Milagrosa , no obstante ello , nunca procedió a revocar el testamento que había otorgado dos meses antes , ni procedió a otorgar Nuevo Testamento, conociendo ya esa circunstancia. Además, la nueva inscripción registral como hija de otro padre, se practicó el 26/7/2016, (doc6); es decir, más de tres años antes del fallecimiento del testador, sin revocación de su testamento.

Por tanto cabe concluir que la voluntad del testador era instituir como heredera a Milagrosa , aunque ya no podía figurar como la causa de esa institución, su calidad de hija y , por tanto , heredera forzosa; de ahí que sea correcto hablar de preterición de la madre del testador (único heredero forzoso a falta de hijos y descendientes) y sea correcto , también , reconocerle su derecho a la mitad del haber hereditario de su hijo (Artículos 807.2º y 809).



Por otra parte , no resulta de aplicación el apartado segundo del Art. 814 del Cc porque la preterición no intencional no ha sido de hijo o descendientes del testador , sino de ascendientes y , con arreglo al apartado primero del mismo precepto , su preterición no perjudica su legítima.

Pero , en cualquier caso , rigiendo en esta materia el principio de conservación del testamento ("favor testamentii": SSTS N° 435/2015 Y 10/10/2016) la conclusión no puede ser otra que , respetando la voluntad del testador que no revocó nunca su voluntad de instituir a su entonces hija Milagrosa , reducir esa institución de heredero , para no perjudicar la legítima de la preterida , que , con arreglo al Art. 809 citado , es la mitad del haber hereditario del hijo. Los apelantes , en el suplico del recurso no solicitan que se reconozca Milagrosa solo el tercio de libre disposición.

**QUINTO.-** La desestimación del recurso conlleva la imposición de costas a la apelante ( Art.398.1 LEC).

visto los artículos citados y los de General y pertinente aplicación

## FALLAMOS

DESESTIMAMOS el Recurso de Apelación deducido por la representación procesal de D<sup>a</sup> Elvira (Herencia yacente de D<sup>a</sup> Mónica ) contra la Sentencia n° 169/2022, de 13 de julio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n° 7 de Badajoz, en el P.O N° 679/2021, la que confirmamos íntegramente, con imposición de costas a la Apelante.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta resolución cabe interponer recurso de casación, ante esta sala, en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO SANTANDER, en la cuenta de este expediente 0325-0000-01-0000-00.

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