

¿RECIBIRÁ LA HERENCIA MI EX TRAS EL DIVORCIO?*

(STS núm. 539/2018 de 28 septiembre RJ 2018\4071)

Pascual Martínez Espín
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 6 de noviembre de 2018

Cuando el amor se rompe, como diría Rocío Jurado, se extinguen también las relaciones legales que se establecieron entre los cónyuges. Sin embargo, si las cosas no se hacen bien, podemos encontrarnos con la desagradable sorpresa de que, en el momento de nuestro fallecimiento, esa expareja vuelva a aparecer en nuestra vida, años o décadas más tarde, como heredera o beneficiaria de una pensión de viudedad, en perjuicio de nuestros hijos o de nuestra actual esposa.

Todos tenemos algún amigo/a divorciado. Un día este amigo viene y te pregunta:

Oye: ¿Mi ex no me heredaré cuando yo fallezca verdad?

O que te dice: Tras el divorcio, ¿tengo que desheredar a mi expareja?

Con relación a esto último, le diremos: No hace falta, ya que a tenor del CC, el divorcio extingue el matrimonio y con él todos los derechos generados al contraerlo, incluidos los derechos hereditarios. Por tanto, tu expareja no tendrá derecho a heredar de ti, tanto si has hecho testamento, como si no, ni siquiera en el caso de que haya hijos comunes, siempre que sean mayores de edad. En efecto, el art. 85 CC señala que el matrimonio se disuelve, entre otras causas, por el divorcio. Y el art. 834 CC reconoce al cónyuge viudo su legítima, pero condicionándolo al hecho “de que al morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o de hecho” (y con mayor razón, divorciado), siempre que no haya existido reconciliación (art. 835 CC).

* Trabajo realizado en el marco del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) otorgado al Grupo de investigación y centro de investigación CESCO, «Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo», dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera de la UCLM, Ref.: DER2014-5606-P.



Pero nuestro amigo insiste: ¿Si hice testamento, tengo que modificar el mismo en caso de separación o divorcio?

En principio sería lógico que, si nos hemos separado o divorciado, otorguemos nuevo testamento si queremos asegurarnos que nuestro ex cónyuge quede fuera de cualquier cuestión sucesoria. Y en el caso de una separación de hecho puede resultar una cuestión problemática acreditar la separación. Si no lo modificamos y fallecemos, la cuestión puede complicarse, ya que el CC no determina la ineficacia de la cláusula a favor de la esposa o el esposo por el divorcio posterior.

Y pregunta nuestro amigo: ¿puede entenderse que si nombré a mi entonces cónyuge heredero va a recibir una parte de mi herencia a pesar del divorcio o separación? Y angustiado añade: ¿Mi ex cónyuge recibirá lo que le hubiese correspondido legalmente conforme a lo otorgado en el testamento?

Sobre este asunto existía jurisprudencia a favor como en contra, de modo que, para curarnos en salud, lo mejor era hacer un nuevo testamento tras el divorcio o la separación.

Ahora, esta cuestión ha sido resuelta por el TS. La cuestión jurídica que se plantea es si la cláusula testamentaria en la que la causante instituye heredero a su cónyuge deviene en falsa como consecuencia del posterior divorcio de ambos, cuando sea este hecho la causa que lleva al testador a disponer, lo que podría hacer ineficaz la disposición testamentaria por aplicación del artículo 767 CC.

Pues bien, la respuesta del TS a la pregunta de nuestro amigo es, para gran regocijo suyo: ¡No. tu ex no va a heredarte! Incluso cuando el causante hizo testamento en el que nombraba heredera a su entonces cónyuge.

En efecto, la STS declara la ineficacia de la institución como heredero del cónyuge del testador cuando en el momento de la apertura de la sucesión se ha producido el divorcio. Y ello a pesar de que el fallecimiento de la testadora se produce siete años después del divorcio sin que otorgara nueva disposición testamentaria para revocar la anterior.

Para el TS, el empleo del término «esposo» para referirse al instituido no puede ser entendido como una mera descripción de la relación matrimonial existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación del instituido, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención del término «esposo» revela el motivo por el que la testadora nombraba al entonces esposo como su heredero, sin que haya razón para pensar que, de no ser su esposo, la testadora lo hubiera instituido heredero. Producido el divorcio después del otorgamiento del testamento, la institución de heredero quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión.

Pero, insiste nuestro interlocutor ¿y si hay hijos menores comunes?



En el caso de que haya hijos comunes menores de edad, el ex cónyuge tampoco heredará nada. Pero, y siempre hay un pero, podrá tener acceso a todo el patrimonio heredado por los hijos, ya que como tutor/a legal de los mismos administrará su patrimonio hasta que éstos alcancen la mayoría de edad. Esto supone vender, comprar o alquilar propiedades de o con nuestro patrimonio, en algunos casos con autorización judicial (art. 271 CC).

Y ¿cómo puedo evitar esto?, pregunta con desazón:

La única forma es hacer testamento, y nombrar en él a un administrador de los bienes de los menores. Puede ser un familiar (un abuelo, otro hijo o hija mayor de edad) o una tercera persona. De esta manera podremos decidir quién gestionará nuestro patrimonio, no así sobre la custodia, que pertenecerá a nuestro ex (salvo casos excepcionales como alcoholismo, drogas, privación de la patria potestad, etc.). Si así lo hacemos, el ex cónyuge no tendrá control alguno sobre nuestro patrimonio.

Y este amigo, que ha visto sangre, sigue preguntando: ¿Mi ex tendrá pensión de viudedad?

En la actualidad, sólo puede percibir la pensión de viudedad quien sea el cónyuge en el momento de la muerte, salvo algunas excepciones:

Algunas personas que se encuentren divorciadas o separadas legalmente pueden cobrar la pensión de viudedad por fallecimiento de su ex cónyuge, cuando cumplan ciertos requisitos, si se trata de divorcios realizados antes o después de la reforma que entró en vigor el **1 de enero de 2008**, cuando se modificó el artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social.

¿Cuáles son esos requisitos?

1. Que al momento del fallecimiento estuvieses recibiendo pensión compensatoria fijada en la sentencia de divorcio o separación. Este requisito tiene dos excepciones: a) cuando el ex cónyuge ha sido víctima de violencia de género, reconocido por sentencia firme en el momento de la separación, o por cualquier otro medio de prueba admitidos en Derecho (fallecimientos ocurridos a partir del 1 de enero de 2008); b) Cuando hayan transcurrido menos de 10 años entre la fecha de divorcio y la de fallecimiento, que el matrimonio haya durado al menos 10 años y que hubieran tenido hijos en el matrimonio o que el beneficiario tenga más de 50 años cuando falleció el cónyuge (fallecimientos anteriores al 1 de enero de 2008).

2. No contraer nuevas nupcias o constituirse como pareja de hecho con otra persona.

3. En caso de fallecimiento anterior al 1 de enero de 2008, cuando no se cumplan los requisitos anteriores pero el beneficiario tenga 65 años o más, el matrimonio haya durado al menos 15 años y que no tenga derecho a ninguna otra pensión pública.



La cantidad de la pensión recibida no podrá ser superior a lo que se recibía de compensatoria. En caso de no cumplir estos requisitos no hay derecho a la pensión.

Y como el hombre es el único animal que tropieza dos veces en la misma piedra (se calcula que alrededor de un 10% de los matrimonios que se realizan en España son segundas nupcias), nuestro amigo del alma nos pregunta: Y como me he vuelto a casar ¿mi cónyuge actual tiene que compartir la pensión de viudedad con mi ex?

Pues siento decirte, querido amigo, que sí, que hay que repartir la pensión de viudedad con la expareja y, además, recibiendo más dinero que la actual. En particular, hasta un 60 % del total.

Esto es así ya que el reparto se hace en base al número de años de matrimonio que cada pareja hubo de soportarte (y no lo digo por mi amigo, que es un bendito). Algo que puede resultar muy injusto, dejando en muchos casos a la “segunda viuda” con todas las cargas de la vida (deudas, gravámenes, manutención y cuidado de los hijos) mientras otra persona, ajena ya totalmente al fallecido, se apropia de la mayor parte de una pensión ya de por sí exigua.

Por suerte esta situación comenzará a ser cada vez más y más residual, ya que como es de imaginar, el paso del tiempo hará que muchos de los requisitos sean irrealizables. A pesar de ello, muchas parejas tendrán que pasar por el doble castigo de perder a su cónyuge y, ser la “segunda” no sólo frente a la sociedad, sino también frente al Estado.