

## **SAP de Bizkaia de 30 de septiembre de 2010**

En Bilbao, a treinta de septiembre de dos mil diez.

Visto en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados, el procedimiento PRO.ORDINARIO L2 352/09, procedente del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 6 DE GETXO, siendo partes: como apelante la demandante D.<sup>a</sup> Dulce, representada por la Procuradora Sra. González Yacob y dirigida por el Letrado Sr. Juan Jacobo Gómez García, y como apelada, que se opone al recurso, el demandado D. Rodolfo, representado por la Procuradora Sra. Landeta Ealo y dirigido por la Letrada Sra. Sonia Gazquez Delgado.

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.- La Sentencia de instancia de fecha 16 de noviembre de 2009 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: 1.- DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda formulada por la Procuradora Sra González, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Dulce, absolviendo a D. Rodolfo de las pretensiones de la demanda.

2.- Se impone a la parte actora el pago de las costas causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandante se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el n° 366/10 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrado D<sup>ña</sup>. LOURDES ARRANZ FREIJO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia ha denegado la pretensión de la demandante, de ser declarada legitimaria o heredera forzosa de quien fuera su marido, del que se encontraba legalmente separada, pretensión ejercitada al amparo de la vigente Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, por la que se rige la sucesión del causante.

Razona al efecto la Juzgadora de instancia que, si bien, en una interpretación literal del precepto en el que funda su pretensión, el *art. 59 de la Ley Civil Foral*, la demandante tendría la condición de heredera al estar separada por causa no imputable a la misma, tal interpretación literal choca con la realidad vigente, al haberse desterrado del Código Civil la separación causal, debiéndose aplicar tal concepción de forma analógica a la normativa foral.

Añade que los propios actos de la demandante, que había instado una demanda de divorcio de mutuo acuerdo, evidencian su consentimiento en divorciarse, por lo que debe negársele la condición de legítima heredera.

SEGUNDO.- Frente a dicha resolución se alza la parte demandante, quien en su primer motivo de recurso hace valer la incorrecta apreciación en la sentencia del marco normativo aplicable, pues no resulta aplicable al supuesto de autos la *ley 15/2005*, ya que existe una norma foral que regula el supuesto de hecho, y no teniendo tal norma, en ningún caso, carácter retroactivo, añadiendo que la sentencia de instancia vulnera los efectos de la cosa juzgada.

En el segundo motivo de recurso se invoca la vulneración del *art. 89 del C.c.* en relación con los *arts. 58 y 59 de la LDCFPV*, pues el divorcio y sus efectos solo se producen por sentencia firme, no pudiendo entenderse que exista una renuncia a sus derechos legitimarios, pues la renuncias deben ser expresas.

TERCERO.- Efectivamente, y tal como sostiene la recurrente, resulta de aplicación al supuesto de hecho aquí enjuiciado, el *art. 59 de la LCFPV*, pues la sucesión del causante se rige por la ley vigente al momento de su fallecimiento, y nadie discute la vigencia del precepto invocado.

Ello sin embargo, no supone que el recurso deba ser acogido.

Establece el tantas veces mencionado *art. 59 de la LDCFPV* que <Carecerá de derechos sucesorios en la herencia de su consorte el divorciado o el cónyuge separado por causa a él imputable>.

Como quiera que la legislación Civil Foral no regula el régimen de la separación matrimonial, la determinación de si la separación se produjo o no por causa a ella imputable habrá de determinarse conforme a lo establecido en el Código Civil, por aplicación de lo dispuesto en el *art.3 de la LDCFPV*.

Pues bien, como ya hemos dicho la ley aplicable es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y por tanto para colmar la laguna apreciada en orden a determinar la culpabilidad o no de la recurrente, la redacción del C.c. que se deberá examinar es la realizada en virtud de la *Ley 15/2005 de 8 de julio de 2005*,

encontrándonos con que en el texto actualmente vigente(vigente también al momento de fallecimiento del causante) la separación no requiere la existencia de causa, y por ello podríamos afirmar que el vigente texto de la LCFPV ha quedado vacío de contenido.

Pero además una interpretación acorde al sistema de separación causal, al que se acoge la recurrente, nos llevaría a exigir que la inexistencia de causa imputable a la recurrente, debería de conllevar la existencia de una causa imputable al que fuera su esposo, (la anterior redacción del *art.384 del C.c.* que regulaba en similares términos a los ahora examinados los derechos del cónyuge viudo, exigía en vez de ausencia de culpa en el viudo, la existencia de culpa del difunto), lo que aquí no ocurrió, pues ambos cónyuges mostraron su conformidad en que la causa de separación había sido la desaparición del afecto marital, luego no hubo causa imputable a ninguno de ellos, y por tanto a la recurrente, tampoco le es de aplicación la exención que invoca para mantener sus derechos hereditarios.

Para finalizar entendemos que la pretensión formulada es contraria a la buena fe, al ejercitar el derecho más allá de los límites éticos, teleológicos y sociales, lo que constituye un ejercicio anormal que los Tribunales deben impedir en aplicación del *art. 7.2 del Código Civil*, de acuerdo con la establecido en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986, y también contraviene la doctrina de los actos propios, pues se pretende la declaración de legitimaria, en base a la existencia de un vínculo, cuya extinción se ha solicitado expresamente, y que hubiese sido declarada, pues concurrían todos los requisitos necesarios para ello, pudiendo incluso sostenerse la legitimación de los herederos del fallecido, para instar la continuación del procedimiento de divorcio iniciado, a los solos efectos de determinar la existencia o no de derechos en el cónyuge viudo (así lo acordó la AP de Valladolid en su sentencia de 19 de febrero de 2004, en un supuesto de separación causal, falleciendo uno de los cónyuges antes de su finalización).

Procede por lo expuesto la íntegra confirmación de la sentencia de instancia.

CUARTO.- La desestimación del recurso conlleva la condena al pago de las costas de la apelación.

### **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D.<sup>a</sup> Dulce contra la sentencia dictada el 16 de noviembre de 2009 por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia n° 6 de Getxo, en los autos n° 352/09, de los que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, condenado a la apelante al pago de las costas del recurso.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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