

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ063071

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA**

Sentencia 456/2017, de 25 de septiembre de 2017

Sección 5.<sup>a</sup>

Rec. n.º 172/2015

**SUMARIO:**

**Separación de hecho. Orden de alejamiento. Legítima del cónyuge viudo.** El padre ostentaba una orden de alejamiento y prohibición de acercarse por un periodo de 12 meses a que fue condenado por sentencia dictada por un Juzgado de Violencia sobre la Mujer. La legítima del cónyuge viudo tiene su fundamento en la convivencia entre cónyuges, a tenor de la obligación por matrimonio de convivir juntos los cónyuges. Tras la reforma legal de 2005 del artículo 834 del Código civil, en consonancia con la modificación de la separación matrimonial, en el que se prescinde casi totalmente de criterios de culpabilidad en la resolución de las crisis matrimoniales; por tanto, rota la relación conyugal entre los esposos y existiendo entre ellos un distanciamiento afectivo y sentimental puesto de relieve por el cese de la convivencia, lo justo es eliminar la legítima conyugal, sin buscar culpables o inocentes eliminando la legítima del cónyuge viudo y eliminando tal llamamiento cuando no hay voluntad de mantener una vida conyugal y dicha separación es consentida por los cónyuges (igualmente el art. 945 señala que no tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado legalmente o de hecho). Y en este caso, la orden de alejamiento acredita de forma contundente el cese efectivo de la convivencia y que era inexistente al momento del fallecimiento del causante al no alegarse ni probarse reconciliación o reanudación de la convivencia. El precepto legal no distingue en si la separación debe ser consentida o impuesta aún por resolución judicial, por lo que la demandada carece de derechos legitimarios.

**PRECEPTOS:**

Código Civil, arts. 68, 69, 834, 835 y 945.

**PONENTE:***Doña María Teresa Sáez Martínez.***SENTENCIA**

AUDIENCIA PROVINCIAL MÁLAGA

SECCION QUINTA

PRESIDENTE ILMO. SR.

D. HIPOLITO HERNANDEZ BAREA

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D<sup>a</sup>. INMACULADA MELERO CLAUDIOD<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> TERESA SAEZ MARTINEZ

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: 1ª INSTANCIA Nº 3 DE DIRECCION000 .

ROLLO DE APELACIÓN Nº 172/15.



JUICIO Nº 875/13.

En la Ciudad de Málaga a 25 de septiembre de 2.017.

Visto, por la SECCION QUINTA de esta Audiencia, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en juicio ordinario nº 875/13 seguido en el Juzgado de referencia. Interpone el recurso D. Teofilo y OTROS, representados por la Procuradora Sra. Garrido Sánchez, que en la primera instancia fueran parte demandante. Es parte recurrida Dña. Erica , representada por la Procuradora Sra. Valderrama González, que en la primera instancia ha litigado como parte demandada.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 16/09/17, en el juicio antes dicho, cuyo fallo es como sigue:

"Que DESESTIMANDO TOTALMENTE la demanda interpuesta por D. Teofilo , Doña Alicia , D. Heraclio , Doña Herminia , Doña Valentina , D. Ramón , D. Jesús Ángel y Doña Elena (como representante de su hija menor de edad Doña Pura ) contra Doña Erica , absuelvo a ésta de todas las pretensiones contra ella deducidas por los actores, no habiendo lugar a declarar la exclusión de la demandada Dña. Erica , como cónyuge viudo, del llamamiento a la sucesión testamentaria del causante D. Eutimio ; condenando a la parte actora al pago de las costas procesales causadas."

#### **Segundo.**

Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a este Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. La votación y fallo ha tenido lugar el día 22 de septiembre de 2.017, quedando visto para sentencia.

#### **Tercero.**

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

Visto, siendo ponente la Iltrma. Sra. Magistrado Dña. M<sup>a</sup> TERESA SAEZ MARTINEZ quien expresa el parecer del Tribunal.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

Por D. Teofilo , Dña. Alicia , D. Heraclio , Dña. Herminia , Dña. Valentina , D. Ramón , D. Jesús Ángel y Dña. Elena , como representante de su hija Dña. Pura , se formuló demanda de juicio ordinario contra Dña. Erica , recayendo en la instancia sentencia desestimatoria de sus pretensiones. Por la representación procesal de D. Teofilo , Dña. Alicia , D. Heraclio , Dña. Herminia , Dña. Valentina , D. Ramón , D. Jesús Ángel y Dña. Elena , como representante de su hija Dña. Pura , se interpone el presente recurso de apelación contra la mencionada resolución alegando, en esencia, error en la valoración de la prueba e infracción de la normativa especial aplicable al caso enjuiciado.

#### **Segundo.**

Los actores, como hijos del primer matrimonio de D. Eutimio , interponen su demanda frente a la segunda esposa de su padre, con la pretensión de que se declare que la Sra. Erica no es legitimaria de éste, fallecido en 7

de marzo de 2013 y habiendo otorgado testamento el 2 de marzo de 2011, por cuanto que a la fecha de su fallecimiento se encontraba en situación de separación de hecho, tras la orden de alejamiento y prohibición de acercarse por un periodo de 12 meses a la que fue condenado el Sr. Eutimio en la sentencia dictada con fecha 13 de marzo de 2012 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de DIRECCION000 . La cuestión se centra así, en virtud del principio de congruencia, a los derechos como legitimaria de la demandada, sin entrar a pronunciarnos sobre los legados o demás disposiciones testamentarias al no formularse petición alguna al respecto por los actores. Tras la Ley 15/2005, la actual redacción del artículo 834 del Código Civil establece que: " El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora". Igualmente la actual redacción del artículo 945 del Código Civil , tras dicha modificación, señala que no tendrá lugar el llamamiento si el cónyuge estuviere separado legalmente o de hecho. El matrimonio obliga a los cónyuges a vivir juntos, y se presume que lo hacen, salvo prueba en contrario, conforme disponen los arts. 68 y 69 del Código Civil . Por ello, la separación matrimonial surge cuando la convivencia así entendida desaparece, cuando los miembros de la pareja se apartan entre sí y pasan a residir en domicilios distintos lo que suele ser la forma más patente de exteriorizar esta intención. La convivencia se halla además en la raíz de la atribución legal de derechos sucesorios al cónyuge superviviente y si no existe dicha convivencia, el derecho de legítima queda sin justificación. Bien es cierto que existen distintas resoluciones de otras tantas Audiencias Provinciales como las que se citan en la instancia, en las que se pone de manifiesto que la mera separación física de dos cónyuges, no tiene porqué significar separación de hecho, cuando de alguna manera, y bajo parámetros racionalmente lógicos, dicha separación puede entenderse justificada y que, además, debe requerirse una prueba inequívoca de la voluntad de los cónyuges de poner fin a la convivencia conyugal. Resoluciones que, a los efectos que nos ocupan, no otorgan eficacia a toda separación de hecho, quedando excluida la unilateral aun siendo consentida, y debiendo constar fehacientemente un acuerdo mutuo de separación, ya que lo exigido por es la exclusión de la voluntad presunta de la vida separada de los cónyuges o su unilateralidad, con la consecuencia de que tal separación de hecho, de mutuo acuerdo se revele como algo inequívocamente querido y llevado a cabo por los cónyuges. Pero tal doctrina nació y se desarrolló en aplicación de los artículos 834 y 945 del Código Civil en la redacción anterior a la modificación operada por la ley 15/2005, de 8 de julio, lo que no se predica del supuesto hoy sometido a la decisión de este Tribunal en el que, como ya se ha dicho, debe aplicarse la meritada norma en su redacción vigente, redacción clara en cuanto configura la separación matrimonial, sea judicial o de hecho, como causa que excluye el derecho a la legítima del cónyuge viudo.

### Tercero.

La modificación operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se reforma el Código Civil en materia de separación y divorcio, del artículo 834 del Código Civil , que establece el derecho a la legítima del cónyuge separado, introduce cambios sustanciales respecto a la legislación anterior. Tales cambios, como se comprende, obedecen al nuevo sistema de separación impuestos tras la apuntada reforma, con la que se supera, casi totalmente, el sistema causal de separación que tradicionalmente ha existido en nuestro Derecho. Por primera vez se contempla la separación de hecho como un supuesto de pérdida de la legítima. Lo cierto es que hasta la reforma de 8 de julio de 2005, el artículo 834 aludía sin más a la separación conyugal, sin aclarar si el mismo venía referido a toda separación o sólo a la judicialmente declarada, lo que, en el pasado, provocó ciertos problemas de interpretación. La opinión unánime hasta la reforma de 7 de julio de 1981 es que la separación de hecho carecía de cualquier efecto en el ámbito de la legítima conyugal; se decía entonces que la separación de hecho, que a penas presentaba relevancia jurídica en general, no había de tenerla precisamente en el ámbito sucesorio y que el artículo 835 hacía suponer la existencia de separación judicial, al disponer que, estando pendiente el pleito de separación, debía esperarse al resultado del mismo, lo que de suyo implicaba que la mera separación de hecho no era suficiente para eliminar los derechos legitimarios al cónyuge viudo. Además, se consideraba que la separación de hecho constituía una situación equívoca e incierta, que pudo obedecer a muchos motivos y que la Ley no podía envolver en la misma regla al cónyuge culpable y al inocente. Tras las reformas de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 se mantuvo mayoritariamente la misma opinión, aunque no faltó cierto sector doctrinal que propugnó una interpretación correctora del artículo 834, considerando que la separación de hecho debía provocar también la pérdida de la legítima conyugal. Se aducía, por un lado, la nueva redacción que la Ley de 13 de mayo de 1981 dio al artículo 945 del Código Civil , excluyendo de la sucesión intestada al cónyuge separado de hecho por mutuo acuerdo fehaciente, y por otro, la relevancia que tras la Ley de 7 de julio del mismo año se atribuyó a la separación de hecho a la que concedieron importantes efectos jurídicos. Por el contrario, se argumentaba que, siendo la legítima una cuestión de Derecho necesario, cualquier modificación requería una norma expresa que entonces no existía. Tras la Ley

15/2005, el artículo 834 contempla expresamente la pérdida de los derechos legitimarios por el cónyuge separado de hecho, tanto si la separación fue por mutuo acuerdo como si fue impuesta unilateralmente por uno de los cónyuges (incluso aunque el cónyuge premuerto fuera el que impuso la separación). La introducción de este nuevo supuesto es congruente con el sistema de separación que propone la Ley, en el que se prescinde casi totalmente de criterios de culpabilidad en la resolución de las crisis matrimoniales; por tanto, rota la relación conyugal entre los esposos y existiendo entre ellos un distanciamiento afectivo y sentimental puesto de relieve por el cese de la convivencia, lo justo es eliminar la legítima conyugal, sin buscar culpables o inocentes. Por lo demás, la nueva redacción del artículo introducida por la Ley no exige que la separación quede acreditada por ningún medio concreto, por lo que podrá ser demostrada acudiendo a cualquier medio de prueba. Dicho lo anterior, en el caso que tratamos, la sentencia de instancia desestima la demanda por considerar que la separación de hecho solo elimina del llamamiento al cónyuge viudo cuando no hay voluntad de mantener la convivencia conyugal y es consentida por ambos cónyuges, por lo que entiende que en este caso la separación no fue "en origen" consentida, si no que vino impuesta por la orden de alejamiento dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Ahora bien, tal resolución (orden de alejamiento) lo que acredita, de manera contundente, es el cese efectivo de la convivencia conyugal y que la convivencia era inexistente al momento del fallecimiento del causante, ya que no se alega y mucho menos se prueba, que hubiera mediado reconciliación o reanudación de la convivencia en dicho periodo. Por lo que, como antes dijimos, si no existe dicha convivencia, el derecho de legítima queda sin justificación, tal y como exige la nueva redacción de los artículos 834 y 945 del Código Civil, pues la actual redacción de dichos preceptos no expresa ni diferencia entre que la separación de hecho deba ser consentida o impuesta, aunque fuera por una resolución judicial como es el caso. Por ello procede la estimación del recurso de apelación, la revocación de la sentencia de instancia, y la íntegra estimación de la demanda.

#### Cuarto.

La estimación del recurso conlleva la estimación de la demanda entablada, por lo que la demandada deberá abonar las costas causadas en la instancia sin pronunciamiento sobre las ocasionadas en esta alzada, a tenor de lo establecido en los artículos 394 y 398 de la LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

### FALLAMOS

Que estimándose el recurso de apelación formulado por D. Teofilo, Dña. Alicia, D. Heraclio, Dña. Herminia, Dña. Valentina, D. Ramón, D. Jesús Ángel y Dña. Elena, como representante de su hija Dña. Pura, representados en esta alzada por la procuradora Sra. Garrido Sánchez, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 DIRECCION000, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en consecuencia, dejando sin efecto la misma debemos declarar y declaramos que Dña. Erica no tiene los derechos de legitimaria como cónyuge viudo del fallecido D. Eutimio, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración. Todo ello, con imposición a la demandada del pago de las costas ocasionadas en la instancia sin pronunciamiento sobre las causadas en esta alzada.

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

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

**PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior resolución por la Il. Sra. Magistrado Ponente, celebrándose audiencia pública en el día de la fecha. Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.