



Roj: **SAP TF 3051/2015 - ECLI: ES:APTF:2015:3051**

Id Cendoj: **38038370042015100346**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **4**

Fecha: **14/12/2015**

Nº de Recurso: **394/2015**

Nº de Resolución: **336/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PABLO JOSE MOSCOSO TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 20 84 70 - 922 20 84 76

Fax.: 922208473

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000394/2015

NIG: 3803741120130000751

Resolución: Sentencia 000336/2015

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000268/2013-00

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Santa Cruz de la Palma

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Apelado Rita Maria Victoria Ferreiro Fernandez Maria Eugenia Beltran Gutierrez

Apelante María Consuelo Nieves Cruz Perez Rodriguez Monserrat Maria Gomez Cabrera

SENTENCIA

Rollo núm. **394/2015**.

Ilmos. Sres.

Presidente

Don Pablo José Moscoso Torres.

Magistrados

Don Emilio Fernando Suárez Díaz.

Doña Pilar Aragón Ramírez.

En Santa Cruz de Tenerife, a catorce de diciembre de dos mil quince.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos. Sres. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Santa Cruz de La Palma en los autos núm. 268/13, seguidos por los trámites del juicio ordinario, sobre nulidad de desheredación y promovidos, como demandante, por DOÑA Rita , representada por la Procuradora doña



María Eugenia Beltrán Gutiérrez y dirigida por la Letrada doña María Victoria Ferreiro Fernández, contra DOÑA María Consuelo representada por la Procurador doña Montserrat Gómez Cabrera y dirigida por la Letrada doña Nieves Cruz Pérez Rodríguez, ha pronunciado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia siendo Ponente el Magistrado don Pablo José Moscoso Torres con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

SEGUNDO.- En los autos indicados el Sr. Juez don Sixto Luque Delgado dictó sentencia el veintiocho de abril de dos mil quince, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por el procurador don José Manuel Sosvilla Luis, en nombre y representación de doña Rita , contra doña María Consuelo , y realizo lo siguientes pronunciamientos: · Declaro injusta la desheredación efectuada por don Pedro Enrique en la cláusula primera del testamento abierto otorgado por el mismo ante el notario de Santa Cruz de La Palma don David García Fuentes el día 5 de octubre de 2011. · Anulo parcialmente la institución de heredero efectuada a favor de doña María Consuelo en la cláusula segunda de dicho testamento, de modo que se reduce la institución de ésta en dos terceras partes, correspondiéndole una tercera parte del haber hereditario del testador. · Declaro el derecho de doña Rita , don Demetrio y doña Manuela a suceder a don Pedro Enrique como herederos forzosos en las dos terceras partes del acervo hereditario del padre difunto, interviniendo en las operaciones particionales en aquella condición. · Sin expresa imposición de costas procesales».

TERCERO.- Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandada en el que interponía recurso de apelación contra tal resolución con exposición de las alegaciones en las que fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandante presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

CUARTO.- Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos, incoar el presente rollo, designar Ponente y señalar para la votación y fallo del presente recurso el día nueve de diciembre del año en curso, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La sentencia apelada, tras reconocer la legitimación del actora para actuar en nombre de sus hermanos, estimó la demanda y declaró injusta la desheredación efectuada por don Pedro Enrique en la primera de las cláusulas de su testamento abierto, otorgado el día 5 de octubre de 2011, en la que desheredaba a sus hijos doña Rita , don Demetrio y doña Manuela , y declaró el derecho de éstos como herederos forzosos a las dos terceras partes del acervo hereditario, anulando parcialmente la institución de heredero a favor de doña María Consuelo , al corresponderle una tercera parte del haber hereditario del testador.

2. La demandada no está de acuerdo con esa decisión y ha recurrido la sentencia dictada insistiendo, en primer lugar, en la falta de legitimación activa de la demandante para impugnar la desheredación de su hermano don Demetrio dado que lo hace sin la autorización "y con la expresa prohibición" de éste, y "solo puede hacerlo en su propio nombre y en el de su hermana, Manuela , dado que es su tutora."

Por otro lado, insiste en la concurrencia de la causas de desheredación señalada por el testado, como resulta de la prueba testifical practicada (sobre todo de la doctora que le atendió en los dos últimos años de vida), en relación con las más moderna doctrina jurisprudencial en la materia, representada por la reciente sentencia de 30 de enero de 2015 , que considera como tal la falta de relación afectiva entre los hijos y el progenitor si a esa falta de relación se añade la desatención prolongada con la falta de respeto al padre, integrante de un maltrato psicológico que deriva de esta desatención, menosprecio y abandono del progenitor.

3. Por su parte la demandante se opone al recurso interpuesto e insiste en su legitimación para ejercitar la acción "en beneficio de todos los herederos" que integran la comunidad hereditaria de conformidad con lo dispuesto en el art 10 de la LEC , de modo que cualquier comunero puede defender los derechos de la comunidad. Por lo demás, niega la concurrencia de la primera de las causas señaladas en el testamento (haber negado alimentos), pues el causante, que percibía una pensión más que suficiente, nunca tuvo necesidad de reclamarlos, ni la segunda (maltrato de obra o injurias graves de palabra), pues tampoco es asimilable el caso de autos al supuesto contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo que cita la apelante



SEGUNDO.- 1. La primera alegación del recurso debe estimarse, según considera la Sala; desde luego, no se ha ejercitado una "acción declarativa de dominio" como se señala en sentencia apelada, ni "una acción en beneficio de la herencia yacente", como de igual modo se señala en ella, ni tampoco la actora interviene como "miembro de la comunidad hereditaria" en beneficio de ésta, sino que se ejercita un acción puramente personal tendente a la impugnación de la desheredación; la actora no es miembro de la comunidad hereditaria, ni heredera, ni legitimaria hasta tanto no se anule judicialmente la desheredación que, en el ínterin, despliega plena eficacia, como es igualmente eficaz si no se materializa la impugnación; la desheredación, por otro lado, tiene como base unos hechos y causas exclusivamente personales que no se comunican entre los herederos y son propias de éstos, de manera que la acción de impugnación es puramente personal y responde al interés propio e individual del desheredado; a través de ella se defiende ese interés personal sin que se reclame ninguna derecho de la herencia yacente o de la comunidad de herederos, ni se actúe en beneficio de ésta a la que, de momento, no pertenece el legitimario desheredado.

2. Sobre esta base hay que concluir que la actora carece de legitimación para impugnar la desheredación de su hermano, también legitimario, don Demetrio , pues ello implica el ejercicio de un derecho personal de éste para el que no se encuentra facultada como tampoco ostenta su representación; es el legitimario desheredado el que debe negar la causa de la desheredación e interponer la acción correspondiente, para lo que no se encuentra legitimado el otro heredero forzoso también desheredado, pues no es titular del objeto litigioso (art. 10 de la LEC), es decir, del derecho que corresponde a éste y que se discute en el proceso.

3. Sin embargo, sí se reconoce por la misma apelante la legitimación de la actora con respecto de su hermana doña Manuela , pero ya en su condición de tutora de ella como consecuencia de su incapacitación judicialmente declarada en la sentencia aportada con la demanda, y ello aunque formalmente no intervenga como tal en el proceso, pues sí lo hace materialmente aunque con una técnica procesal algo defectuosa, ya que debería de haber señalado esa circunstancia en la demanda, es decir, que también era parte su mencionada hermana quien actuaba representada por ella misma en su condición de tutora. No obstante ese defecto formal no le priva de la legitimación para actuar en nombre de la discapacitada como la misma parte apelante reconoce.

4. Procede, por tanto, estimar la falta de legitimación de la actora para solicitar la nulidad de la desheredación de su hermano, sin que proceda ninguna pronunciamiento al respecto, lo que, sin embargo, no excluye la pretensión de aquélla sobre su propia desheredación y la de su hermana incapaz, como tampoco los efectos de ésta, pues en caso de que los desheredados tenga hijos o descendientes, son éstos los que ocupan su lugar (y no el heredero testamentario) y conservan los derechos de herederos forzosos respecto de la legítima (art. 857 de la LEC).

TERCERO.- 1. En lo que se refiere ya al carácter de la desheredación como justa o injusta, la misma debe merecer necesariamente la calificación de injusta respecto de la heredera doña Manuela , judicialmente incapacitada mediante sentencia recaída en un procedimiento de menor cuantía el día 11 de junio de 1990; esta resolución declara a dicha heredera "total y absolutamente incapaz para administrar sus bienes y regir su persona", y transcribe en sus fundamentos jurídicos el informe médico forense en el que se señalaba (con una terminología actualmente desfasada y censurable, ya incompatible con el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad que exige la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de estas personas), que presentaba "una incapacidad mental de un 90% de su capacidad mental, conceptuándose por tanto, subnormal profunda, totalmente irreversible.". Con esas condiciones, difícilmente se le puede imputar a esta hija del testador una conducta dolosa e intencional que sea integrante de algunas de las causas de desheredación, ni de una negativa a de prestar alimentos a su padre, ni de un maltrato de obra, ni de haber proferido en su contra injurias graves, pues resulta civilmente inimputable de esas conducta. Por tanto, procede confirmar la sentencia apelada en cuanto declara injusta la desheredación.

2. Respecto de la actora la cuestión puede ser diferente aunque la situación de la demandada (desde el punto de vista de su interés económico) poco puede variar con la declaración respecto de ella, pues aparte de que los hijos y descendientes del desheredado ocupan su posición con relación los derechos legitimarios según lo ya señalado, el tercio de mejora correspondería, en otro caso y de no existir descendientes, a la otra heredera cuya desheredación se ha considerado injusta y que en cualquier caso lo es.

3. Pero al margen de ello considera la Sala que el recurso no puede estimarse, ni siquiera con la interpretación de las causas de desheredación que pregona la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 15 de enero de 2015), y ello por las razones señaladas en la sentencia apelada, que requiere para la existencia de un maltrato psicológico una conducta activa en el desheredado de menosprecio hacia el testador, que vaya algo más allá de la pura conducta omisiva de no visitarle o de prestarle asistencia en los últimos años de su vida, cuando se desconocen la causas de esa situación y cuando esa asistencia se puede prestar y se presta por otros medios, incluso con los propios que cuenta el testador. En realidad, la sentencia de dicho



Tribunal contempla el supuesto de un despojo por el desheredado de los bienes del testador como conducta previa, como igualmente otra sentencia reciente de esta misma Audiencia (de la Sección tercera) considera también como causa de desheredación la confrontación directa de la legitimaria frente a su progenitor sobre el uso de un bien que le negaba cuando era cotitular y usufructuario del mismo, con cruces de denuncias mutuas, lo que no es el caso.

CUARTO.- 1. Procede, en atención a lo expuesto, estimar en parte el recurso de apelación interpuesto para estimar, a su vez, la falta de legitimación activa de la demandante en los términos señalados y revocar la sentencia en el extremo que declara injusta la desheredación de don Demetrio y declara su derecho a suceder al testador, confirmando en todo lo demás la sentencia dictada.

2. Procediendo la estimación parcial del recurso, debe hacerse imposición especial sobre las costas originadas en el recurso de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 de la LEC .

FALLO

En virtud de lo que antecede, LA SALA DECIDE: 1. ESTIMAR en parte el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, REVOCAR, igualmente en parte la sentencia apelada, en concreto en sus pronunciamientos que declara injusta la desheredación de don Demetrio contenida en el testamento de don Pedro Enrique , y que declara el derecho de aquél a suceder a éste, pronunciamientos que se dejan sin efecto.

2. DESESTIMAR la demanda, por falta de legitimación activa de la actora, en lo que se refiere a la pretensión deducida frente a la desheredación de don Demetrio , y CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

3. NO HACER IMPOSICIÓN especial sobre las costas devengadas en segunda instancia.

Contra la presente sentencia, dictada en un juicio ordinario tramitado por razón de la cuantía que no excede de seiscientos mil euros, caben, en su caso, recurso de casación por interés casacional (art. 477.3 de la LEC) y recurso extraordinario por infracción procesal, éste solo si se formula aquél (Disposición Final decimosexta 2ª, de la LEC), y si se interponen ambos en legal forma en el plazo de veinte días ante este Tribunal previa la constitución del depósito en la forma y cuantía legalmente prevenidas.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

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