



Roj: **SAP TO 362/2017 - ECLI: ES:APTO:2017:362**

Id Cendoj: **45168370022017100168**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Toledo**

Sección: **2**

Fecha: **13/03/2017**

Nº de Recurso: **368/2015**

Nº de Resolución: **207/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN MANUEL DE LA CRUZ MORA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2**

**TOLEDO**

**SENTENCIA: 00207/2017**

**Rollo Núm. .... 368/15.-**

**Juzg. 1ª Inst. Núm.... 2 de Illescas.-**

**J. Ordinario Núm..... 743/14.-**

**TESTIMONIO**

**SENTENCIA NÚM. 207**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO**

**SECCION SEGUNDA**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

**D. JUAN MANUEL DE LA CRUZ MORA**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. RAFAEL CANCER LOMA**

**D. ALFONSO CARRIÓN MATAMOROS**

**Dª ISABEL OCHOA VIDAUR**

**Dª INMACULADA ORTEGA GOÑI**

En la Ciudad de Toledo, a trece de Marzo de dos mil dieciséis.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en NOMBRE DEL REY, la siguiente,

**SENTENCIA**

Visto el presente recurso de apelación civil, Rollo de la Sección núm. 368 de 2015, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 2 de Illescas, en el juicio Ordinario núm. 743/14, en el que han actuado, como apelante Hortensia, representado por el Procurador de los Tribunales Sra. Teresa Aguado Dorrego y defendido por la Letrada Sr. Concepción Rognoni Navarro; y como apelado Marcial y Pedro, representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Wenceslao Pérez del Moral y defendido por el Letrado Sr. Jesús de Santos Estaban.

Es Ponente de la causa el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN MANUEL DE LA CRUZ MORA, que expresa el parecer de la Sección, y son,



## ANTECEDENTES:

**PRIMERO:** Por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 2 de Illescas, con fecha veinticuatro de Julio de 2015, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuya PARTE DISPOSITIVA dice: "QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Wenceslao Perez del Moral en nombre y representación de DON Marcial y DON Pedro , contra DOÑA Hortensia declarando:

- 1) La nulidad de la cláusula primera del **testamento** otorgado por Don Jesus Miguel , ante el Notario de Illescas, Don Alejandro Peña Fernández el día 2 de enero de 2012, con el número cuatro de su protocolo, que deshereda a los actores.
- 2) La nulidad de la institución de heredera única y universal de Doña Hortensia , en todo aquello que afecte al derecho de legítima de los hijos.
- 3) Elk derecho de Don Marcial y Don Pedro , como herederos forzosos, a la legítima de dos tercios en la herencia de su padre.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

**SEGUNDO:** Contra la anterior resolución y por la representación procesal de Dª Hortensia , dentro del término establecido, tras anunciar la interposición del recurso y tenerse por interpuesto, se articularon por escrito los concretos motivos del recurso de apelación, que fueron contestados de igual forma por los demás intervinientes, con lo que se remitieron los autos a ésta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, quedando los autos vistos para deliberación y resolución.

**SE CONFIRMAN Y RATIFICAN** los antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, en cuanto se entienden ajustados a derecho, por lo que, en definitiva, son

## FUNDAMENTOS DE DERECHO:

**PRIMERO:** Que se recurre por la demandada, instituida heredera universal en **testamento** abierto que deshereda a los dos hijos legítimos personados en su derecho hereditario al amparo de las causas 1 y 2ª del art. 853 del Código Civil , la sentencia que estima la demanda por no considerar probada la denegación de alimentos al padre por parte de los hijos, ni el maltrato de obra o injuria grave de palabra, en que se basaba la desheredación, alegándose como motivo de recurso el error en la apreciación de la prueba y vulneración de la jurisprudencia con cita de la S.S.T.S. 26 de Junio 1995, 3 Junio 2014 y 30 enero 2015.

Las causas invocadas en el **testamento** de 2 de Enero 2012 para desheredar a los hijos (D. Marcial y D. Pedro ) son las consagradas en el art. 853.1 y 2ª C.c ., esto es: Haber negado, sin motivo legítimo, alimentos al padre ascendiente que le deshereda y Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.

Estas causas de desheredación tradicionalmente se han interpretado conforme a su redacción textual. Es decir, el factum de la sentencia debe contener el relato probado del incumplimiento grave y reiterado de la desatención alimentaria y/o del maltrato de obra e injurias graves de palabra.

En el presente caso, dice la sentencia recurrida, no consta acreditado que el testador precisase ayuda económica de sus hijos por alimentos, habitación, vestido o asistencia médica, ni que se le haya injuriado de palabra por ninguno de ellos, así como acto alguno que pueda calificarse de maltrato de obra.

En la sentencia que se cita por la recurrente, de 26-Junio-1995 (30 de Junio 1995 para ser exactos), se examina un acto concreto que nada tiene que ver con lo aquí elucidado. Se trata de la expulsión del domicilio del hijo de la madre viuda, que hubo de ocupar una vivienda mísera hasta su fallecimiento, conducta que se prolongó por largo tiempo sin prestar ayuda y teniendo que ser atendida la testadora por una sobrina dada su situación de precariedad, conducta que se equipara con maltrato de obra.

Y en la S. de 30 Enero 2015, se consideró maltrato psicológico equiparable al maltrato de obra, el despojo de todos sus bienes inmuebles a través de una fraudulenta donación, que, engañandola, le obligó a hacer en su favor, y en el de sus hijos, con comprobada afección en el plano psíquico o psicológico, que la sentencia citada resumiría así:

<< En segundo lugar, y en orden a la interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación, en la línea de lo anteriormente expuesto, hay que señalar que, en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, sin que sea un obstáculo para ello la alegación de la falta de jurisprudencia clara y precisa al respecto, caso de las Sentencias de esta Sala de 26 de junio de 1995 y 28 de junio de 1993 , esta última expresamente citada en



el recurso por la parte recurrente. En efecto, en este sentido la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales ( artículo 10 CE ) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género, 1/2004.

5. Por lo demás, la inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador, esto es, de privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella por una causa justificada y prevista por la norma, viene **también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho** ( STS 15 de enero de 2013, núm. 827/2012 ) **con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de 'favor testamenti'**, entre otras, STS de 30 de octubre de 2012, núm. 624/2012 ".

Aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso enjuiciado.

3. Resuelto el contexto interpretativo y, por tanto, descartada la interpretación restrictiva que realiza la Audiencia, nada empece para la estimación del recurso planteado, pues la realidad del maltrato psicológico, en el presente caso, resulta reconocida en ambas instancias de forma clara y sin matices.

En efecto, solo de este modo se puede calificar el estado de zozobra y afectación profunda que acompañó los últimos años de vida de la causante, tras la maquinación dolosa de su hijo para forzarla, a finales del año 2003, a otorgar donaciones en favor suyo, y de sus hijos, que representaban la práctica totalidad de su patrimonio personal. Comportamiento doloso y conflicto emocional de la testadora que ya apreció esta Sala en la sentencia de 28 de septiembre de 2011 al declarar la nulidad de las citadas donaciones; pero que en nada pudo reparar su estado de afectación ya que su muerte aconteció el 28 de abril de 2009, año y medio antes de la citada sentencia. >>

Pero en el presente caso, de las causas 1ª y 2ª del art. 853 C.c no se ha probado otra referencia que la que el testador, de forma genérica, le transmitió al Notario el 2-Enero-2012 y se recogió en la Cláusula Primera del **testamento** 2-Enero-2012 (Documento nº 2) en la que consta: Deshereda a sus hijos por las causas establecidas en el art. 853.1º y 2ª del Código Civil .

Negadas que fueron las causas de desheredación por los desheredados, corresponde su prueba a la demandada.

La Sentencia considera que las causas de desheredación no se han probado y la recurrente alega que solo se ha valorado la prueba testifical pero no la documental.

La prueba documental a la que se refiere la recurrente consiste en los partes médicos y traslados realizados por el Servicio de Ambulancias del SESCAM, que según la recurrente demuestran que durante la última enfermedad del testador la única que se ocupó de él fue su esposa, hoy demandada recurrente..

Se aportan por la demandada documentos médicos del Hospital Virgen de la salud que acredita que el testador tuvo en el último año 2011-2012 un carcinoma del pulmón, y unas partes de ambulancias de fechas de Enero-Febrero-Abril y Mayo de 2012 que recogen ocho traslados del testador desde su domicilio particular en Illescas a la Residencia de la Seguridad Social de Toledo, partes de traslado a consultas externas y pruebas complementarias, en las que fue acompañado por un familiar (sin identificar). Aduce la recurrente que era ella sola la que acompañaba a su marido, sin que los hijos le hicieran caso.

Los hijos vivían en Cuenca y otro en TOLEDO, sin que pueda deducirse de este único hecho, que los hijos tuvieran abandonado a su padre.

Del examen del interrogatorio de la demanda se desprende que el testador tenía medios económicos de vida y que la propia esposa del testador, mucho mas joven que él, aparente capacidad para cuidar del esposa y acompañarle en los traslados en ambulancia. Admite que a última hora, el testador quiso cambiar el **testamento** que hoy se discute y no pudo hacerlo porque ya no era hábil para ello según el notario.

Admite asimismo que en alguna ocasión el hijo del testador la ayudó a bañarle y asearle. La demandada es prima de los demandantes.

Los actos de desatención a los que al recurrente alude (traslados en ambulancia) son de fecha posterior al otorgamiento del **testamento** que deshereda a los hijos. Es decir, la causa en la que la recurrente reside el maltrato psicológico de los hijos al padre es posterior a la desheredación.



La única testigo comparecida admite haber visto una vez a los hijos llevado en silla de ruedas a su padre y niega haber oído injurias de los hijos a su padre.

De la prueba practicada se desprende que las causas de desheredación invocadas en el **testamento** no se han probado.

El testador contrajo matrimonio tres veces, habiendo enviudado las dos primeras, teniendo los hijos hoy recurridos con la primera esposas. Del hecho que los hijos aceptaran mejor o peor el tercer matrimonio de su padre, no puede deducirse tampoco que incurrieran por ese solo hecho en las causas de desheredación que se alegan en el **testamento**.

Considerando que la prueba ha sido debidamente apreciado por la Juez a quo, procede la desestimación del recurso.

<< El motivo se desestima, porque los hechos imputados no son subsumibles en el artículo citado (negativa a prestar alimentos, sin motivo legítimo y malos tratos de obra o injurias graves de palabra), la jurisprudencia que interpreta este precepto, por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva en la interpretación y no extiende su aplicación a casos no previstos en la ley. Los desheredados ni negaron alimentos ni maltrataron de obra o palabra al padre, y no demostrada la causa de la desheredación (artículo 850 EDL 1889/1) por la parte a quien le incumbe, la desestimación es la única decisión posible.>>

**TERCERO:** Que procede imponer a la recurrente las costas del recurso por aplicación del art. 398 LEC .

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLAMOS:**

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de Hortensia , debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 2 de Illescas, con fecha veinticuatro de Julio de 2015 , en el procedimiento núm. 368/15, de que dimana este rollo, imponiendo las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte apelante.

De conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional décimo quinta L.O. 1/09 se hace saber a las partes que no se admitirá a trámite ningún recurso, sino se justifica la constitución previa del depósito para recurrir en la cuenta de depósitos, lo que deberá ser acreditado.

Nº de c/c 4328 0000 + clave + nº de procedimiento y año.

Claves:

00 (reposición) (25 euros).

01 (revisión resolución secretario) (25 euros).

02 (apelación) (50 euros).

03 (queja) (30 euros).

04 (infracción procesal) (50 euros).

05 (revisión de sentencia) (50 euros).

06 (casación) (50 euros).

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. JUAN MANUEL DE LA CRUZ MORA, en audiencia pública. Doy fe.

Lo anterior concuerda con su original al cual me remito. Doy fe.