



Roj: **SAP O 836/2017 - ECLI:ES:APO:2017:836**

Id Cendoj: **33044370052017100113**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **15/03/2017**

Nº de Recurso: **70/2017**

Nº de Resolución: **106/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA JOSE PUEYO MATEO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

OVIEDO

SENTENCIA: 00106/2017

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 70/17

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a quince de Marzo de dos mil diecisiete.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 166/16, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de DIRECCION000 , Rollo de Apelación nº70/17 , entre partes, como apelantes y demandados **DOÑA Genoveva , DON Pio , DON Rosendo , DOÑA Maite y DON Teofilo** , representados por el Procurador Don José Antonio Menéndez Arango y bajo la dirección del Letrado Don Juan Luis Martínez Suárez, como apelante e interviniente voluntario **DON Jose Ángel** , representado por el Procurador Don José Antonio Menéndez Arango y bajo la dirección del Letrado Don Víctor Llanes Rodríguez y como apelada y demandante **Soledad** , representada por la Procuradora Doña Ana Díez de Tejada Álvarez y bajo la dirección de la Letrado Doña Mercedes González García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de DIRECCION000 dictó sentencia en los autos referidos con fecha catorce de diciembre de dos mil dieciséis, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: ESTIMO LA DEMANDA formulada por la representación D^a Soledad contra D. Pio , D^{ña}. Genoveva y D. Rosendo , D^{ña} Maite y D. Teofilo y frente a D. Jose Ángel como interviniente voluntario y, en consecuencia:

1º DECLARO nula la cláusula primera del **testamento** otorgado por D. Bienvenido , ante el Notario de Grado D. Luis Alberto González Fanjul bajo el número nº 344 protocolo en la que deshereda expresamente a su nieta D^a Soledad y;

2º DECLARO el derecho de D^a Soledad a suceder a su abuelo D. Bienvenido como única heredera forzosa en los tercios de legítima estricta y mejora, ordenando la reducción de los legados e instituciones hereditarias de modo que no perjudiquen los derechos de **sucesión** de D^a Soledad en los citados tercios de legítima estricta y mejora".



TERCERO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpusieron sendos recursos de apelación por Doña Genoveva , Don Pio , Don Rosendo , Doña Maite y Don Teofilo , y por Don Jose Ángel , y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C ., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

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

VISTOS, siendo Ponente la Ilma. Sra. DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por la demandante Doña Soledad , nacida el NUM000 de 1.989, se promovió demanda de juicio ordinario frente a Don Pio , Doña Genoveva y Don Rosendo así como frente a Doña Micaela y Don Teofilo , interviniendo voluntariamente Don Jose Ángel , albacea testamentario. Solicita la actora se dicte sentencia en la que se declare nula la cláusula primera del **testamento** otorgado por Don Bienvenido ante el Notario de Grado, Don Luis Alberto González Fanjul, núm. 344 de su protocolo, en la que deshereda expresamente a su nieta Doña Soledad . Asimismo, solicita se declare el derecho de la actora a suceder a su abuelo como única heredera forzosa en los tercios de legítima estricta y mejora, ordenando la reducción de los legados e instituciones hereditarias de modo que no perjudiquen los derechos de **sucesión** de la demandante en los citados tercios de legítima estricta y mejora. Pretensión a la que se opusieron todos los demandados, adhiriéndose a la contestación a la demanda Don Jose Ángel , como se dijo albacea testamentario, cuya intervención voluntaria fue admitida mediante auto dictado el 28 de septiembre de 2.016. La parte demandada se opone a la pretensión actora argumentando que no es cierto que la familia paterna de la actora la hubiera abandonado, sino que la falta de relación fue debida a la voluntad de la madre de la demandante, que la retuvo indebidamente en Alemania aprovechando la visita acordada en el proceso matrimonial de separación entre los progenitores de la actora, y posteriormente, una vez que ésta alcanzó la mayoría de edad, esa ausencia de relación con su padre y con su abuelo se debió a la libre voluntad de la misma, habiendo intentado tanto el padre como el abuelo recuperar a su hija y nieta y mantener contacto con ella, habiendo acudido a Alemania para traer a la niña a España, lo que resultó infructuoso, y ello a pesar de que en el convenio regulador aprobado en la sentencia de separación se convenía por las partes en que el padre tuviera la guarda y custodia de la niña, desestimándose un posterior procedimiento instado por la madre de la demandante en el que pretendía la modificación de la referida medida, petición que fue rechazada por los Tribunales españoles, tanto en primera instancia como en apelación. Habiéndose seguido diligencias penales y dictada sentencia por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de DIRECCION000 , el 22 de julio de 1.998, condenando a la madre de la actora, como autora de una falta prevista en el art. 622 del CP , a una pena de multa e indemnización al padre de la demandante Don Jose Ramón en 100.000 pts. en concepto de daño moral. Constando en autos, según se desprende de la sentencia dictada por el Juzgado de Familia de Braunschweig el día 29 de marzo de 2.001, que dicho Juzgado reconoce y declara ejecutable la sentencia firme de separación dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de DIRECCION000 , el 9 de octubre de 1.996, mediante auto de 5 de noviembre de 1.998. No obstante, la madre siguió un proceso ante los Tribunales alemanes, quienes le confirieron la guarda y custodia de la menor y, posteriormente, establecieron un sistema restrictivo de comunicación entre padre e hija, permitiendo exclusivamente la misma por carta o postal una vez al mes, así como mediante la entrega de algún paquete o regalo en Pascua, Navidad y cumpleaños. Desde aquel intento infructuoso de recuperación de la niña, el padre y el abuelo del actor no volvieron a tener contacto con ella, acordando expresamente el abuelo de la actora en su **testamento** otorgado el 23 de abril de 2.015 ante el Notario referido en líneas precedentes que: "deshereda expresamente a su nieta Doña Soledad por la causa establecida en el art. 853.2 del CC al haberle injuriado gravemente, maltratado de obra psicológicamente y abandonado sentimentalmente desde hace 20 años de modo total y absoluto con gran desprecio y desconsideración. Y para el caso de que su nieta haya tenido descendencia, ordena que los bienes que pudieran recibir los descendientes de la desheredada por causa de legítima estricta sean administrados por el albacea hasta la mayoría de edad de los mismos. El albacea tendrá derecho a la correspondiente remuneración con cargo a los bienes por la administración". En ese mismo **testamento** instituye heredera a Doña Maite y distribuye la herencia en legados entre todos los aquí demandados. La Juzgadora "a quo" dictó sentencia estimando la demanda, sin hacer expresa imposición en cuanto a las costas. Frente a esta resolución interpusieron los demandados y el albacea sendos recursos de apelación, de contenido idéntico ambos.

SEGUNDO .- Alegan los recurrentes error en la valoración de la prueba, toda vez que entienden que, si bien no es posible apreciar culpabilidad en el rechazo hacia su padre y su abuelo cuando la actora era menor de edad, por ser los menores fácilmente influenciados, en lo que se muestra en desacuerdo la parte recurrente es en considerar que la ausencia de contacto de Soledad con su padre y abuelo no le sea imputable en modo alguno una vez alcanzada la mayoría de edad y durante los ocho años posteriores que transcurrieron hasta



la muerte de su abuelo, incluso aunque albergase, influida por su madre, un sentimiento de rechazo hacia su padre y abuelo en la infancia; pero se estima que una persona de 25 ó 26 años de edad ya es suficientemente madura como para tratar de ponerse en contacto con su progenitor y con su abuelo y averiguar la realidad de lo sucedido, reprochando a la demandante que una vez que era mayor de edad no se preocupara de comprobar en el Juzgado de Alemania, en la documentación correspondiente a su procedimiento, donde constan unidas las sentencias dictadas por los Tribunales españoles, debiendo igualmente tenerse en cuenta que según manifestación de los testigos que depusieron en la vista, esta situación causó una gran tristeza y depresión tanto al padre como al abuelo.

Expuestos los términos del recurso, y teniendo en cuenta el objeto del debate, debe señalarse que TS se ha pronunciado sobre la interpretación del art. 853.2 del CC, que establece como causa de desheredación de hijos y descendientes: "haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra". Pues bien, el TS en la sentencia de 30 de enero de 2.015 declaró: "En relación a la cuestión que plantea el presente recurso de casación, esto es, la interpretación del concepto de maltrato de obra que contempla el artículo 853.2 del Código Civil, debe señalarse que la reciente jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado de esta figura en su sentencia de 3 de junio de 2.014.

En este sentido, interesa destacar el proceso interpretativo que desarrolla la citada sentencia, al hilo de su fundamento de derecho segundo, en los siguientes términos:

"3. En primer lugar, y en orden a la caracterización general de la figura debe señalarse que aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (artículo 848 del Código Civil) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo.

Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación, (artículo 853.2 del Código Civil), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen.

4. 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 1.995 y 28 de junio de 1.993, 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, 1/2.004.

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 sólo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS 15 de enero de 2.013, núm. 827/2.012) 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 2.012, núm. 624/2.012".

TERCERO.- De las alegaciones y prueba practicada se colige que no son rebatidos los hechos declarados pacíficos entre las partes, y consignados en el fundamento jurídico tercero de la resolución de primera instancia, entre los que se destaca la fecha de fallecimiento del padre y del abuelo de la actora, el primero el 16 de marzo de 2.014 y el segundo el 20 de julio de 2.015, así como las resoluciones dictadas por los Tribunales españoles respecto a la guarda y custodia de la menor, que por convenio venía atribuida al padre; la condena de la madre por una falta de desobediencia; así como las resoluciones dictadas por los Tribunales alemanes, de las que se infiere que desde que la demandante tenía nueve años no hubo relación de la misma con su padre y su abuelo, habiendo manifestado la actora que en una de las pocas ocasiones en que había estado en España vio a su padre en un automóvil sin que éste se detuviera; e, igualmente, declaró que al fallecimiento de su padre hizo una llamada telefónica a su abuelo, quien según dijo había colgado cuando ella se identificó. Siendo poco



relevante a efectos de autos que este último extremo no resultara ratificado por prueba concluyente, como tampoco que no quedaran acreditadas las supuestas cartas que, desde su mayoría de edad, habría remitido a su padre y a su abuelo o las llamadas telefónicas a ambos, a las que se refirió en el acto de la vista.

Lo expuesto en líneas precedentes no puede abocar a la estimación del recurso, pues comparte la Sala la conclusión de la Juzgadora "a quo" en el sentido de que si se entendía que la actora por influencia de terceras personas había creído que era su padre el que había optado por perder la comunicación con ella, "es lógico pensar que no tratara de reanudar la comunicación, una vez alcanzada la mayoría de edad, albergando un sentimiento de rechazo hacia la figura paterna, sin que, en consecuencia, pueda apreciarse en ella culpabilidad alguna en el distanciamiento respecto del causante y su familia paterna"; no constando además que la demandante siendo mayor de edad hubiera tenido acceso a las sentencias y documentación aportada por la parte demandada. A ello ha de añadirse que tampoco consta que, una vez alcanzada la mayoría de edad por la demandante, su padre y su abuelo hubieran intentado ponerse en contacto con la misma, explicándole la realidad de los hechos y sus intentos de recuperación de la menor. Debiendo asimismo tenerse en cuenta que si la actora creía, como señala la Juzgadora "a quo", que por influencia de terceras personas era su padre quien había optado por perder la comunicación con ella, los sentimientos que conlleva esa conclusión no desaparecen por el solo hecho de llegar a los 18 años. Por todo ello, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto.

CUARTO .- No obstante la desestimación del recurso, no procede hacer expresa imposición en cuanto a las costas de la apelación, de conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al compartir la Sala el razonamiento hecho por la Juzgadora "a quo" para no imponer las costas de la primera instancia.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Desestimar los recursos de apelación interpuestos respectivamente por Doña Genoveva, Don Pio, Don Rosendo, Doña Maite, Don Teofilo, y por Don Jose Ángel contra la sentencia dictada en fecha catorce de diciembre de dos mil dieciséis, por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de DIRECCION000, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **CONFIRMA**.

No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso.

Habiéndose confirmado la resolución recurrida, conforme al apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal.**

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.