



Roj: **SAP PO 282/2019 - ECLI:ES:APPO:2019:282**

Id Cendoj: **36057370062019100077**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **18/02/2019**

Nº de Recurso: **460/2018**

Nº de Resolución: **79/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6PONTEVEDRA - VIGO

SENTENCIA: 00079/2019

N10250

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

-

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

NV

N.I.G. 36057 42 1 2016 0014199

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000460 /2018

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 9 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000930 /2016

Recurrente: Adolfina

Procurador: MARIA JOSE ARGIZ VILAR

Abogado: LAURA MARIA RODRIGUEZ CASAL

Recurrido: Aida , Humberto , Almudena , Amparo , Isidoro

Procurador: LUIS PEDRO LANERO TABOAS, LUIS PEDRO LANERO TABOAS , LUIS PEDRO LANERO TABOAS , LUIS PEDRO LANERO TABOAS , LUIS PEDRO LANERO TABOAS

Abogado: JOSE CARLOS SANTIAGO CAMERON-WALKER, JOSE CARLOS SANTIAGO CAMERON-WALKER , JOSE CARLOS SANTIAGO CAMERON-WALKER, JOSE CARLOS SANTIAGO CAMERON-WALKER

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE DIRECCION000 , compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados DON JAIME CARRERA IBARZÁBAL, Presidente, DOÑA MAGDALENA FERNANDEZ SOTO y D. EUGENIO FRANCISCO MÍGUEZ TABARES ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº79/19

En DIRECCION000 a dieciocho de febrero de dos mil diecinueve.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000930/2016, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA NÚM. 9 DE



DIRECCION000 , a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACION (LECN) 0000460 /2018** , en los que aparece como parte apelante, **Adolfina** , representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. MARÍA JOSÉ ARGIZ VILAR, asistida por la Abogada D^a. LAURA MARÍA RODRÍGUEZ CASAL, y como parte apelada, **Aida , Humberto , Almudena , Amparo , Isidoro** , representada por el Procurador de los tribunales, Sr. LUIS PEDRO LANERO TABOAS, asistido por el Abogado D. JOSÉ CARLOS SANTIAGO CAMERON-WALKER.

Siendo Ponente el Ilmo. Magistrado D. EUGENIO FRANCISCO MÍGUEZ TABARES, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 9 de DIRECCION000 , se dictó sentencia con fecha 20 de abril de 2018, en el procedimiento del que dimana este recurso, cuyo fallo textualmente dice:

" FALLO

Estimo parcialmente las pretensiones de la parte actora y declaro el derecho de Amparo , Humberto , Isidoro , Almudena y Aida a la legítima en la herencia de su fallecido padre, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Adolfina , que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Cumplimentados los trámites legales y elevadas las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial para la resolución el recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala. Se señaló el día 14 de febrero de 2019 para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la sentencia de instancia se declaró que los demandantes tienen derecho a la legítima en la herencia de su fallecido padre don Saturnino .

La parte demandada recurre la resolución invocando falta de legitimación activa y pasiva, así como error en la valoración de la prueba e infracción de doctrina jurisprudencial.

SEGUNDO.- Respecto a la falta de legitimación activa y pasiva hay que señalar que efectivamente la parte actora debe acreditar como cuestión previa tanto el fallecimiento del causante como que el **testamento** de fecha 28 de junio de 2015, otorgado por don Saturnino ante el Notario de DIRECCION000 don Ernesto Regueira Núñez, que contiene la cláusula de desheredación cuya nulidad se insta en la demanda, es el último otorgado por el causante. Ambos extremos se pueden acreditar fácilmente mediante la aportación de la certificación de defunción del Registro Civil y la emitida por el Registro General de Actos de Última Voluntad, pero existen otros medios de probar en juicio tales extremos.

En el escrito de contestación a la demanda la parte demandada ya invocó las excepciones procesales de falta de legitimación activa y pasiva e incluso hizo mención a las mismas en el trámite de conclusiones. Sin embargo en la audiencia previa -que según dispone el artículo 428.1 LEC continuará para que las partes o sus defensores, con el tribunal, fijen los hechos sobre los que exista conformidad y disconformidad de los litigantes-, tras analizarse diversas cuestiones de orden procesal, por el juzgador de forma expresa se ciñeron los hechos controvertidos a si en el presente caso concurre o no causa de desheredación, sin que ninguna de las partes, a pregunta concreta del juzgador de instancia, interesase añadir ningún otro hecho controvertido. La proposición de prueba tiene por objeto precisamente acreditar y esclarecer los hechos controvertidos.

Hay que indicar además que en la vista del juicio la propia letrada de la parte demandada al interrogar a los demandantes afirmó que don Saturnino había fallecido en el año 2015, existe así un reconocimiento expreso de tal extremo, por lo que es una cuestión indubitada y por lo tanto acreditada.

Respecto al **testamento** no ha alegado la parte demandada que exista un **testamento** posterior, y en la audiencia previa la parte actora reconoció a doña Adolfina la condición de heredera testamentaria del causante al limitar la impugnación a la cláusula primera del **testamento** de desheredación de sus hijos (ahora demandantes), mostrando su conformidad la parte demandada, de donde reconoce su condición de heredera con base en el citado **testamento** al no alegar ni acreditar que dicha condición dimana de un **testamento** posterior. El testigo don Jose Pedro , que fue designado albacea en el **testamento**, declaró en la vista que fue a firmar a la gestoría con su esposa, y aunque no sabe qué firmaron tenía que ver con el tema del piso, de lo que se

deduce que efectivamente la ahora demandada había adquirido la condición de heredera en base al **testamento** que contiene la cláusula litigiosa, de todo lo cual resulta la legitimación de ambas partes procesales.

Lo expresado lleva a desestimar el motivo de apelación invocado.

TERCERO.- La parte demandada alega error en la valoración de la prueba e infracción de la doctrina jurisprudencial al considerar que en la sentencia de instancia se vulnera la doctrina fijada en la STS de 3 de Junio de 2014 .

En la sección 4ª del Capítulo V del Título X de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, que regula la **sucesión** por causa de muerte, se regulan los supuestos de preterición y desheredamiento. El artículo 262 dispone: 1. El desheredamiento justo de un legitimario priva a este de su legítima. 2. Para que sea justo, el desheredamiento habrá de hacerse en **testamento**, con expresión de la causa del mismo. Si la persona desheredada la negara, corresponde al heredero del testador la carga de probarla.

El artículo 264 señala que la persona desheredada injustamente conserva su derecho a la legítima.

El artículo 263 precisa que son justas causas para desheredar a cualquier legitimario:

- 1.ª Haberle negado alimentos a la persona testadora.
- 2.ª Haberla maltratado de obra o injuriado gravemente.
- 3.ª El incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales.
- 4.ª Las causas de indignidad expresadas en el artículo 756 del Código civil .

Hay que partir del principio fijado en la STS de 27 de junio de 2018 , que declara que "En el diseño legal actualmente vigente la legítima es configurada como un derecho del que solo puede privarse al legitimario de manera excepcional cuando concurra causa de desheredación: el testador debe expresar la causa, y al legitimario le basta negar su veracidad para que se desplace la carga de la prueba al heredero (art. 851 CC)".

En la cláusula primera del **testamento** otorgado con fecha 28 de junio de 2015 por don Saturnino ante el Notario de DIRECCION000 don Ernesto Regueira Núñez, se hace constar que "deshereda a sus seis citados hijos, por falta de afectividad e interés que a lo largo de las últimas décadas han tenido respecto del testador".

Por lo tanto al negar los demandantes la existencia de causa de desheredación corresponde a la demandada, como heredera del testador, la carga de probar aquella, que concreta en la existencia de abandono integral y maltrato psicológico. La recurrente alega que en este caso se ha producido un abandono emocional por parte de los demandantes respecto a su progenitor que es contrario a los deberes inherentes a toda relación paterno-filial, lo que puede ser considerado como maltrato psicológico. Las SSTS de 3 de junio de 2014 y de 30 de enero de 2015 mediante una inclusión interpretativa han insertado el maltrato psicológico reiterado dentro de la causa de desheredación de maltrato de obra del artículo 853.2º CC (en los mismos términos que recoge el artículo 263.2º LDCG), al entender que es una acción que puede lesionar la salud mental de la víctima.

Como se expresa en la ya citada STS de 27 de junio de 2018 hay que valorar las circunstancias concurrentes y si los hechos referidos por la demandada-recurrente son susceptibles de ser valorados como maltrato psicológico. Precisa dicha resolución respecto a la falta de relación familiar afectiva como causa de desheredación que "solo una falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos".

Hay que estar entonces al principio de la carga de la prueba contenido en el artículo 217.3 LEC (en relación con el ya citado artículo 262.2 LDCG), conforme al cual incumbe al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de las pretensiones de la demanda. De hecho en el punto 1 del citado precepto se establece que cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

En el presente caso la parte demandada realiza alegaciones acerca de la falta de comunicación del señor Saturnino con sus hijos imputando a estos dicha circunstancia. Únicamente aporta como prueba documental un informe médico del SERGAS relativo al estado de salud del testador por deterioro de la función renal en el que se indica que se le propone la colocación de nefrostomía percutánea derecha que el paciente rechaza y que no se puede comentar con su familia porque no está presente. De tal documento no cabe deducir en modo alguno la existencia de una actuación de los herederos encuadrable en el maltrato psicológico. El testigo don Jose Pedro , que como ya se indicó declaró a instancia de la parte demandada, afirmó que no conocía en



profundidad a don Saturnino , ni sabe de la relación que este tenía con sus hijos, ya que solo sabe lo que la demandada le comentó, pero reconoce que nunca tuvo una conversación con el causante sobre ese tema. Se trata por lo tanto de un testigo de referencia, el cual además tampoco concretó nada de una supuesta mala relación entre padre e hijos, ni tan siquiera que aquel se sintiese abandonado por sus hijos.

La única prueba que arroja luz sobre las relaciones paternofiliales es la que ofrecen los demandantes al declarar en la vista. De dichas declaraciones, básicamente similares y que a juicio de este tribunal merecen plena credibilidad, solo cabe llegar a idéntica conclusión que la alcanzada por el juez a quo, ya que los actores afirman que, unos más que otros por sus circunstancias personales y laborales, mantuvieron una cierta relación con su padre, pero que esta se mantenía en los términos que aquel había querido durante toda su vida. Los hermanos Amparo Isidoro Humberto Almudena coinciden en afirmar que fueron criados por su abuela y su tía porque su padre nunca se comportó como tal, que las relaciones con él eran esporádicas porque así lo quería él y era la forma de ser de su padre, pero que nunca le faltaron al respeto. El hecho de que el padre haya acudido a un programa de televisión para intentar un reencuentro con sus hijos y que estos -al menos doña Amparo que es la única que reconoce que se pusieron en contacto con ella los del programa- no hayan querido intervenir en el mismo no implica desprecio, abandono, ni desinterés, pues obedece a la propia intimidad de cada uno el querer intervenir en ese tipo de programa-espectáculo. Según todos manifiestan su padre conocía sus domicilios y tenía sus teléfonos por lo que podía fácilmente ponerse en contacto con ellos. Mención distinta merece la hija menor doña Aida , hija de otra relación, que según afirmó en la vista, y no fue en modo alguno rebatido por la parte demandada, desde siempre mantuvo la relación con su padre aunque este se había desentendido de su madre y de ella, afirma que conocía la enfermedad de su padre, estuvo en su casa, lo vio en el hospital y fue la que se ocupó de los trámites del tanatorio y de buscar a sus hermanos.

De dichas declaraciones solo cabe concluir que existía una escasa relación entre el padre y sus hijos, pero que la misma debe imputarse al progenitor, ya desde la infancia de los ahora demandantes, por lo que, como se afirma en la STS de 27 de junio de 2018 en relación con el supuesto allí examinado, el origen de esa falta de relación familiar no puede imputarse a los hijos, dado que se trataba de niños cuando el padre decidió alejarse de forma afectiva de ellos.

Hay que concluir entonces que no consta probado que los demandantes en momento alguno hayan faltado al respeto o consideración o maltratado de forma alguna a su progenitor, por lo que no se aprecia que concurra la causa de desheredación del artículo 262.2º LDCG invocada, lo que lleva a desestimar el recurso de apelación interpuesto y a confirmar la sentencia de instancia.

CUARTO.- De conformidad con lo previsto en los artículos. 394 y 398 LEC cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación se impondrán las costas a la parte apelante, salvo que presentase serias dudas de hecho o de derecho.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña M^a José Argiz Vilar, en nombre y representación de doña Adolfina , contra la sentencia de fecha 20 de abril de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de DIRECCION000 , confirmamos la misma, con imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación para el caso de que se acredite interés casacional o, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, en base a lo establecido en el art. 477 LEC , debiendo interponerse dentro de los veinte días siguientes a su notificación en la forma establecida en el art. 479 LEC para ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO SANTANDER, en la cuenta de este expediente 0915000012046018.

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