



Roj: **SAP CR 565/2019 - ECLI: ES:APCR:2019:565**

Id Cendoj: **13034370012019100289**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ciudad Real**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2019**

Nº de Recurso: **330/2018**

Nº de Resolución: **159/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA PILAR ASTRAY CHACON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CIUDAD REAL

SENTENCIA: 00159/2019

Modelo: N10250

C/ CABALLEROS, 11 PRIMERA PLANTA

-

Teléfono: 926 29 55 00 **Fax:** 926 25 32 60

Correo electrónico:

Equipo/usuario: EMC

N.I.G. 13082 41 1 2016 0001621

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000330 /2018

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de TOMELLOSO

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000557 /2016

Recurrente: Carlos

Procurador: JOSE LUIS FERNANDEZ RAMIREZ

Abogado: FRANCISCO CARMELO RISUEÑO JIMENEZ

Recurrido: Celestino , Cesareo

Procurador: MARIA DEL PILAR CAMPOS JARA, MARIA DEL PILAR CAMPOS JARA

Abogado: BENJAMIN SEBASTIAN MORA, BENJAMIN SEBASTIAN MORA

SENTENCIA 159

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

PRESIDENTA:

D^a.MARIA JESUS ALARCON BARCOS

MAGISTRADOS/AS:

D. LUIS CASERO LINARES

D^a.MARIA PILAR ASTRAY CHACON

En CIUDAD REAL, a nueve de mayo de dos mil diecinueve



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de CIUDAD REAL, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 557/2016, procedentes del JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de TOMELLOSO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 330/2018, en los que aparece como parte apelante, Carlos , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JOSE LUIS FERNANDEZ RAMIREZ, asistido por el Abogado D. FRANCISCO CARMELO RISUEÑO JIMENEZ, y como parte apelada, Celestino y Cesareo , representados por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARIA DEL PILAR CAMPOS JARA, asistidos por el Abogado D. BENJAMIN SEBASTIAN MORA, siendo el Magistrado/a Ponente la Ilma. D^a. MARIA PILAR ASTRAY CHACON.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de TOMELLOSO, se dictó sentencia con fecha 19 de diciembre de 2017 , cuya parte dispositiva, dice: "Que **DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don José Luis Fernández Ramírez, en nombre y representación de Carlos frente a Celestino y Cesareo , absolviendo a éstos de todos los pedimentos deducidos en su contra. Sin condena en costas a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Cont ra mencionada resolución interpuso la representación procesal de D. Carlos el presente recurso de apelación, que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 457 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento Civil ; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, quedando el procedimiento para deliberación, votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia de Primera Instancia desestima la demanda declarando no haber lugar a declarar la nulidad de la cláusula primera del testamento efectuado por el causante el 18 de mayo de 2010, por la que se deshereda al demandante, invocando la causa prevista en el art. 853.1 del código civil , señalando textualmente " Que ha negado a él, manifiesta que también a su fallecida esposa, los cuidados y atenciones debidas, desocupándose de él y dejándolo a su suerte en los momentos de su enfermedad, sin tener trato humano con él, todo lo cual es público y notorio"

Frente a dicha Resolución interpone el demandante recurso de apelación, aduciendo que no se ha cumplido con la certeza de la causa de desheredación, concurriendo error en la apreciación de la prueba. Tras realizar consideraciones generales sobre la desheredación, la causa invocada y el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos, afirma la existencia de una desheredación injusta, en cuanto, en primer lugar, entiende gratuitas las manifestaciones con respecto a la esposa del causante y madre del demandante, en cuanto ésta no lo desheredó; la inexistencia de desocupación o dejarle a su suerte en el momento de su enfermedad, en cuanto estaba atendido por una asistente personal contratada, habiendo ingresado en una residencia de mayores el treinta de enero de 2011. Niega la veracidad de la expresión relativa a "no tener trato inhumano con él", señalando que si bien es cierto que desde que falleció su madre hasta que se otorgó testamento en mayo de 2010, no fue a ver a su padre, lo fue porque sus hermanos le prohibieron verlo, ya que existían diferencias familiares respecto a la titularidad de inmuebles. Opone que la ausencia de visitas no puede equipararse al maltrato psicológico. No mediaron malos tratos ni físicos ni psicológicos, ni situación de abandono, por lo que entiende que los hechos no tienen encaje en la causa legal de desheredación.

SEGUNDO. - Las causas de desheredación han de ser ciertas y si dicha certeza se discute, corresponde la prueba de su concurrencia- art. 850 del código civil - a los herederos que la defienden frente al legitimario que la niega. La causa ha de ser anterior al otorgamiento del testamento, por lo que la conducta y las consideraciones relativas a los informes de la Residencia de Mayores en la que estuvo internado, sobre la ausencia de visitas del hijo, es un hecho posterior, ya que fue internado después de su otorgamiento. Por lo cual, el análisis de si la conducta del demandante puede incardinarse en la causa legal de desheredación invocada, ha de centrarse en el periodo anterior, durante la vida de la madre y con posterioridad al fallecimiento de la madre, hasta que se otorga testamento en mayo de 2010. Durante la vida de la madre no se ha acreditado que el demandante tuviese la conducta que se le imputa, centrándose la prueba en los hechos tras el fallecimiento de la madre en el año 2008.

La equiparación de la negativa a alimentos o la conducta de maltrato, a la falta de atención personal o cariño (necesidades espirituales) supone una extensión del concepto, que, ha de interpretarse restrictivamente.



Cierto que la Jurisprudencia ha incardinado, examinando cada supuesto concreto, la falta de cariño o cuidado afectivo, cuando tiene una entidad grave y suficiente, suponiendo un desprecio, abandono efectivo o maltrato psicológico subsumible en la causa del art. 853.2 del Código civil . Y de ahí las referencias que contiene la Sentencia de Instancia relativas al abandono y a la interpretación jurisprudencial de los supuestos subsumibles en la causa del art. 853.2 del código civil .

Sin embargo, en dicho análisis, el primer obstáculo que ha de plantearse es que no ha sido invocada en el testamento, el cual se refiere a la falta de atención y cuidado, abandono a la suerte durante la enfermedad, invocando la causa del art. 853.1 Y en este sentido, pese a las referencias de la Sentencia al maltrato psicológico o de obra (causa del art. 853.2). De hecho, la Sentencia de Instancia tiene por acreditada la causa del art. 853.2 y señala textualmente que " *la referencia realizada por la notaria a lo previsto en el art. 853.1 del código civil no es excluyente por cuanto los hechos expuestos por el testador podrían tener encaje en otra de las causas de desheredación, debiendo primar, la voluntad expresada en los hechos por los que deshereda ante la calificación efectuada por la notaria* "

Ciertamente, y como quiera que la referencia a la causa puede resultar de la conducta imputada, y no de su cita legal, pudiéramos admitir su incardinación en un supuesto distinto del efectuado, siempre que la conducta detallada fuera incardinable en él de una manera clara y excluyente de la invocada en el testamento. Y en este sentido si bien las iniciales referencias a haber negado a su esposa y a el que ha negado a él, manifiesta que también a su fallecida esposa, los cuidados y atenciones debidas, desocupándose de él y dejándolo a su suerte en los momentos de su enfermedad, con referencia a la causa del art. 853.1, pudieran referirse a la negación de alimentos, es cierto que la referencia a " sin tener trato humano con él, todo lo cual es público y notorio", permite incardinar la expresión en la ausencia de trato y de visitas que aquí se está enjuiciando.

TERCERO- La Jurisprudencia, ha venido interpretando, que el maltrato psicológico puede incardinarse en dicha causa de desheredación, siempre que pueda tener la entidad de grave. Igualmente, en cuanto a la ausencia de cuidados afectivos, de visitas o de relaciones- conducta omisiva- solo se ha estimado en supuestos de continuidad en el tiempo que permitieran la valoración de la entidad.

Como las causas de desheredación contenidas en el código civil, requieren de una interpretación conforme a la realidad social en que vivimos; igualmente dicha flexibilidad requiere matices, que han de determinar el alcance o no de dicha gravedad, de modo que de todo conflicto familiar que se prolongue durante un tiempo no pueda extraerse de forma automática la constancia de una causa de desheredación. Así, y en este sentido, redacciones más actuales, como la de la legislación catalana, recoge como causa de desheredación dicha ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario.

Sin perjuicio de las alegaciones que realizan las partes sobre la justificación de la ausencia de relación, lo cierto es que lo que ha quedado acreditado del examen de la prueba testifical es que, durante el periodo examinado, desde el fallecimiento de la madre, no existió relación entre padre e hijo, habiendo constatado las vecinas la ausencia de visitas del hijo al padre. Añaden que no asistió a su entierro, extremo que, si bien corrobora dicha ausencia de relación, es hecho posterior a la propia expresión de la causa de desheredación.

La testifical, tras ser examinada por esta Sala, no es rica en matices, en cuanto viene a ratificar la ausencia de relación o ruptura de la relación entre padre e hijos, más queda ambigua la causa que conllevó dicha ruptura (el apelante la atribuye a una cuestión relativa a los bienes) ni el efecto que tuvo en la salud emocional del causante, si bien en una pregunta la asistenta afirmó que estaba afectado por lo de su hijo, pero no ofreció más detalle. Y ello porque la demandante se ha centrado en el procedimiento a discutir la ausencia de maltrato físico o verbal, mientras la demandada ha fundado la certeza de la causa en la constancia de ausencia de relación familiar, sin incidir en la raíz que motivó dicho distanciamiento.

Por ello esta Audiencia se encuentra en la disyuntiva de pronunciarse si una ruptura relacional entre el hijo y el causante, aunque se prolongase dos años, así considerada y sin más matices, es suficiente para constituir causa de desheredación. Y como decíamos, la Jurisprudencia, si bien ha venido interpretando flexiblemente las conductas que han de incardinarse en las causas de desheredación, y así en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, que analiza dicha cuestión desde el aspecto de la cesación del deber de alimentos, recuerda "como algún tribunal provincial ha afirmado "cuando la solidaridad intergeneracional ha desaparecido por haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley es lícita su privación. No resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que éstas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales".

Pero igualmente matiza que- referido a los criterios de entidad e imputabilidad de la ruptura- "Esta argumentación, que se hace al aplicar la normativa del CC Cat., es perfectamente extrapolable al derecho



común, en la interpretación flexible de la causa de extinción de pensión alimenticia que propugnamos, porque la solidaridad familiar e intergeneracional es la que late como fundamento de la pensión a favor de los hijos mayores de edad, según la doctrina de la sala ya mencionada.

Ahora bien, admitida esta causa, por vía de interpretación flexible de las causas de desheredación, a efectos de extinción de la pensión alimenticia, entraría en consideración el segundo plano a que hacíamos mención. Sería de interpretación rigurosa y restrictiva valorar la concurrencia y prueba de la causa, esto es, la falta de relación manifiesta y que esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo."

Por lo tanto, y en consonancia con lo expuesto, y dentro de la valoración de la prueba de la causa de la falta de relación manifiesta de forma principal y relevante, como quiera que la prueba no ha incidido en la misma, existen dudas sobre el motivo de la ruptura y que la misma sea relevantemente imputable al hijo, motivo por el cual, no puede estimarse concurre prueba suficiente que determine la certeza de la desheredación.

No concurriendo, pues, prueba de su certeza, procede, de conformidad con el *art. 851 del código civil* anular la institución de heredero en cuanto perjudique al legitimario, lo que efectivamente hace la Sentencia impugnada.

CUARTO - Dada la naturaleza de la cuestión, y las dudas de hecho que pudieran generarse, se considera adecuado no realizar especial pronunciamiento sobre las costas de primera instancia. Estimándose el recurso, no procede efectuar especial declaración en cuanto las costas de esta alzada (*art. 398 y 394 de la LEC*)

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

SE ESTIMA el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Fernández Ramírez, en nombre y representación de D. Carlos , asistido del letrado Sr. Risueño Jiménez, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm.1 de Tomelloso, en autos de Procedimiento Ordinario 557/16, seguidos a su instancia contra D. Celestino Y D. Cesareo , representados por la Procuradora Sra. Campos jara y asistido por el Letrado Sr. Sebastián Mora y en consecuencia **SE ESTIMA LA DEMANDA**, declarando la nulidad de la cláusula primera del testamento de fecha 18 de mayo de 2010 otorgado por su padre, así como de la cláusula segunda de institución de herederos, en lo que perjudique a la legítima estricta del demandante.

Sin efectuar especial declaración sobre las costas de Primera Instancia y de este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer ante este Tribunal Recurso de Casación del *artículo 477.2. 3º de la LEC* y o extraordinario de infracción procesal, dentro del plazo de VEINTE días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla.

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