



Roj: **SAP O 2038/2019 - ECLI:ES:APO:2019:2038**

Id Cendoj: **33024370072019100318**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **10/10/2019**

Nº de Recurso: **435/2019**

Nº de Resolución: **325/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PABLO MARTINEZ-HOMBRE GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Gijón, núm. 2, 07-05-2019,
SAP O 2038/2019**

AUD.PROVINCIAL SECCION SEPTIMA

GIJON

SENTENCIA: 00325/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL-SECCIÓN SÉPTIMA.- GIJÓN.

Modelo: N10250

PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

Teléfono: 985176944-45 **Fax:** 985176940

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGD

N.I.G. 33024 42 1 2018 0009672

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000435 /2019

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de GIJON

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000860 /2018

Recurrente: Desiderio

Procurador: M^a REYES MUÑIZ PORCEL

Abogado: ANA GLORIA RODRIGUEZ GONZALEZ

Recurrido: Sonia

Procurador: ALFREDO VILLA ALVAREZ

Abogado: JUAN MANUEL CARRE ALVAREZ

SENTENCIA N° 325/19

Ilmos. Magistrados Sres.:

Don **RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA**

Don **JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ**

Don **PABLO MARTÍNEZ HOMBRE GUILLÉN**



En GIJÓN, a diez de octubre de dos mil diecinueve

VISTOS en grado de apelación ante esta **Sección Séptima de la Audiencia Provincial de GIJÓN** los Autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 860/2018**, procedentes del **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 2 de GIJÓN**, a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACIÓN (LECN) 435/2019**, en los que aparece como parte apelante don Desiderio, representado por la Procuradora de los tribunales doña Reyes Muñiz Porcel, asistida por la Abogada doña Ana Gloria Rodríguez González, y como parte apelada doña Sonia, representada por el Procurador de los tribunales don Alfredo Villa Álvarez, asistido por el Abogado D. Juan Manuel Carre Álvarez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gijón dictó en los referidos autos de Procedimiento Ordinario 860/18 sentencia de fecha 7-5-19 cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

"Que desestimando la demanda formulada por la Procuradora D^a María Reyes Muñiz Porcel, en nombre y representación de D. Desiderio contra D^a Sonia, debo absolver a la demandada de las pretensiones deducidas contra ella en la demanda, con imposición a la parte actora de las costas causadas en la sustanciación de este procedimiento".

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de don Desiderio se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial. Cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 9-10-19.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don **PABLO MARTÍNEZ HOMBRE GUILLÉN**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente proceso se dictó sentencia en primera instancia por la que se desestimaba la demanda interpuesta por la representación de don Desiderio, contra doña Sonia en la que se solicitaba que se declarase la nulidad de la declaración contenida en el **testamento** otorgado por el padre y esposo de los litigantes, en que se le desheredaba a aquel (además de a su otra hija) por la causa 2^a del art. 853 del Código Civil.

Frente a dicha resolución se formula recurso de apelación por la representación del demandante en el que se alega la errónea apreciación de la prueba practicada, en consonancia todo ello con el contenido del art. 853.2 del Código Civil y de la interpretación jurisprudencial que del mismo debe realizarse.

SEGUNDO.- Recientemente, en sentencia de esta Sala de 11 de abril de 2019, hemos señalado con respecto al art. 853.2 del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta, "que el maltrato psicológico como causa de desheredación fue por primera vez estimado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de junio de 2014 - reiterada en la STS de 30 de enero de 2015- en las que se señala que aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley y ello suponga su enumeración taxativa, sin embargo admite que debe hacerse una interpretación flexible de los malos tratos o injurias graves a que se refiere el artículo 853.2 del Código Civil, incluyendo dentro del maltrato de obra el maltrato psicológico, que define como "acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima", fundamentándolo en la dignidad de la persona como núcleo fundamental de los derechos fundamentales (artículo 10 de la Constitución), señalando que debe ser " *un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar...*" y en el supuesto analizado queda evidenciado ya que en los últimos siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, queda bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno.

Posteriormente el Tribunal Supremo se ha pronunciado en dos resoluciones para encuadrar el maltrato psicológico como causa de desheredación en los supuestos de falta de relación familiar afectiva, la STS de 19 de junio de 2018 en la que se señala que solo una falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos, que no aprecia en el supuesto enjuiciado ya que la falta de relación se inició cuando la hija tenía nueve años, y que incluso se acordó judicialmente la suspensión de visitas entre el padre y la hija por ser contrarias a su interés, considerándose que el origen de esa falta de relación familiar no puede imputarse a la hija, dado que se trataba de una niña; y la STS de 19 de febrero de 2019 en la que en un supuesto de modificación de medidas en que se solicitaba la extinción



de la pensión de alimentos de dos hijos mayores de edad, tras examinar la jurisprudencia sobre las causas de desheredación, ya que el Código Civil se remite a la concurrencia de las mismas para la extinción de la obligación de alimentos precisa que si la conducta que tenga un hijo mayor de edad hacia su progenitor puede, en función de su intensidad, amparar la extinción de la pensión alimenticia concluye que para apreciar causa de extinción de la pensión alimenticia ha de aparecer probado que la falta de relación entre padres e hijos es imputable únicamente a estos, de modo principal y relevante".

Hemos de añadir que esta doctrina se reitera en la más reciente sentencia de 2 de julio de 2019-

TERCERO.- Establecida la interpretación que la jurisprudencia del Tribunal Supremo realiza del art. 853.2 del Código Civil en relación al maltrato psicológico como posible causa de desheredación debemos analizar si de los hechos acreditados en el presente supuesto cabe apreciar la existencia de dicho maltrato por falta de relación afectiva de los hijos con su padre como concluye la Sentencia de instancia o por el contrario procede revocar la misma al no constar acreditada dicha causa de desheredación.

Se admite en la demanda que desde que su padre inicio su relación con su segunda esposa, instituida heredera en el **testamento**, y aquí demandada, se produjo un distanciamiento progresivo entre ambos, sin mediar discusión o enfrentamiento alguno, y que el apelante atribuye fundamentalmente a la propia personalidad del testador y su carácter independiente. En su contestación la demandada imputó esta situación a la propia voluntad del actor, ante su disconformidad con la segundas nupcias celebradas por el testador, que determinaron la ruptura de su relación con su padre, lo que provocó en el mismo una pena y una angustia vital que le acompañó el resto de sus días, incardinable en el maltrato de obra y abandono efectivo, tesis que la sentencia apelada acogió.

Por lo tanto la cuestión a determinar es la de analizar, a la vista de la prueba practicada si esa falta de relación entre padre e hijo es imputable únicamente a la actitud de este, o si, por el contrario, tal falta de relación era mutua e impuesta por la propia personalidad del testador.

CUARTO.- A la vista de la prueba practicada, el recurso debe ser estimado, pues si bien se constata un evidente distanciamiento en su relación durante muchos años entre padre e hijo, no existe ninguna circunstancia acreditada en autos que nos permita concluir que esta situación obedeció exclusivamente a la voluntad del demandante, y que este distanciamiento a él imputable hubiese ocasionado en el testador la desazón y angustia vital que se dice a él se le habría provocado.

En primer lugar, es de destacar que lo que en la contestación a la demanda se afirma fue que el distanciamiento fue provocado tras la venida a España desde Cuba de la demandada (lo que aparentemente se habría producido a finales de 1995), junto con el padre del actor, a quien le habría reprochado su relación con aquella y su voluntad, al no aceptarla, de poner fin a su relación con su padre; sin embargo, llama la atención que gran parte de la prueba testifical se practica con el ánimo de poner en evidencia que la ruptura de la relación sería anterior, merced al hecho de que sus hijos hubiesen culpado a su padre del suicidio de su madre, siendo esta la versión dada por don Humberto, quien se dice fue amigo íntimo de don Luis Miguel, y quien afirma que tras el fallecimiento de su esposa el mismo se sintió abandonado por sus hijos expresando su deseo de desheredarlos. Sin embargo, más allá de la declaración de este testigo, quien además corroboraría la falta de aceptación de doña Sonia por parte de sus hijos, lo cierto es que el resto de la prueba es claramente contradictoria.

Es de destacar que se le pregunta a los testigos sobre la el hecho de si su hijo fue a visitar a don Luis Miguel con ocasión de dos intervenciones, una de vesícula (que habría tenido lugar en el año 1992, y por tanto antes del inicio de su relación con la demandada y otra de riñón en fecha indeterminada); don Lucas, tío de don Desiderio y hermano testador, quien afirma haber tenido una buena relación con su hermano, reconoce desconocer todo al respecto, y únicamente declara que fue él quien le llevó ropa al hospital, siendo muy significativo que pese a su buena relación, manifieste que ni tan siquiera se enteró del segundo de los ingresos del causante, lo que vendría a confirmar el deseo de distanciamiento de don Luis Miguel con respecto a su familia, versión mantenida por el actor, siendo este extremo también corroborado por la declaración de doña Esperanza, hermana del actor e hija del testador, quien afirmó espontáneamente en su declaración que su padre siempre quiso distanciarse de su familia.

No existe la más mínima prueba de que los hijos del causante hubiesen de algún modo rechazado la relación de su padre con la demandada. Se pretende basar ello en extremos anecdóticos, que están carentes de toda prueba. Así, con la llegada en las Navidades de don Luis Miguel y doña Sonia, se afirma que sus hijos se negaron a que comieran con ellos si asistía la demandada, y que por ello fueron a cenar a casa de su hermano; sin embargo, aunque este confirme este hecho, afirma desconocer el extremo sobre dicha supuesta negativa. Tampoco hay la más mínima prueba acerca de la celebración de la boda de las hijas de doña Esperanza, y si efectivamente el actor habría expresado que no acudiría a ellas si lo hacía doña Sonia (de hecho su



hermana manifestó que a una de las bodas su hermano no asistió porque no mantiene con él relación desde hace muchos años):

Es también ilustrativo el hecho de que con ocasión de un accidente sufrido por el actor, según refirió doña Esperanza , su padre le llamó para interesarse sobre su salud, para al cabo de poco tiempo llamare otra vez para decirle que no le moleste más.

Finalmente la propia actitud del testador es poco coherente si se tiene en cuenta que doña Esperanza negó tener mala relación con su padre, y aunque esta no es la versión dada por don Humberto , el propio testigo reconoció que en los últimos tiempos, a raíz del nacimiento de una nieta de aquella la relación entre padre e hija se normalizó, lo que resulta incompatible con el maltrato que se le sigue atribuyendo en el **testamento**, con el mantenimiento del mismo y con su desheredación.

QUINTO.- Lo expuesto conduce a la estimación del recurso y consiguientemente de la demanda, por lo que procede imponer las costas causadas en primera instancia a la parte demandante, sin expresa declaración en cuanto a las ocasionadas por razón de la presente apelación de conformidad con lo dispuesto en el art. 394 nº 1 y 398 nº2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Desiderio contra la sentencia de siete de mayo de dos mil diecinueve dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gijón y su Partido, en autos de Juicio Ordinario nº 860/2018, la cual se revoca, y en su lugar, se estima la demanda interpuesta por la representación de dicho apelante, contra doña Sonia , y se declara la inexistencia de la causa de desheredación del actor expresada en el **testamento** otorgado por don Luis Miguel el 16 de mayo de 2.000, y el derecho del actor a percibir la legítima que legalmente le corresponde respecto a la herencia de su padre, con la consiguiente nulidad de la institución de heredera universal de doña Sonia , en todo aquello que perjudique o merme el derecho del actor al percibir la legítima, condenando a la demandada a estar y pasar por estas declaraciones, con imposición a la misma de las costas causadas en primera instancia, y sin expresa declaración en cuanto al pago de la ocasionadas por razón de la presente apelación.

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