



Roj: **SAP B 1672/2014 - ECLI:ES:APB:2014:1672**

Id Cendoj: **08019370012014100026**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **29/01/2014**

Nº de Recurso: **343/2012**

Nº de Resolución: **28/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA LUISA GUZMAN ORIOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Vic, núm. 5, 18-11-2011,**
SAP B 1672/2014

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN PRIMERA

ROLLO Nº 343/2012

Procedente del procedimiento JUICIO ORDINARIO nº 917/2010

Juzgado de Primera Instancia nº 5 VIC

SENTENCIA Nº 28

Barcelona, veintinueve de enero de dos mil catorce.

La Sección Primera de la Audiencia provincial de Barcelona, formada por los Magistrados **D^a M^a Dolors PORTELLA LLUCH**, **.D. Ramón VIDAL CAROU** y **D^a. M^a Luisa GUZMÁN ORIOL**, actuando la primera de ellos como Presidenta del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº 343/2012, interpuesto contra la sentencia dictada el día 18 de noviembre de 2011 en el procedimiento nº 917/2010, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Vic en el que son recurrentes D. Nicolas y D. Covadonga y apelada D^a. Flor y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia antes señalada, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su fallo lo siguiente: "Estimando la demanda formulada por la procuradora Sra. magro Arxer, en la representación de autos, contra los herederos de don Teodulfo , doña Covadonga y don Nicolas , debo declarar y declaro que doña Flor ha sido desheredada injustamente por el testador don Teodulfo , debiendo declarar sin efecto la disposición segunda del testamento abierto otorgado por aquel con fecha 26 de mayo de 2009, y en consecuencia, reconocer a la misma su derecho a percibir la legítima estricta con cargo a los bienes que integran el caudal hereditario, que será determinada en trámite de ejecución de sentencia, condenando a los demandados a estar y a pasar por dichas declaraciones y realizar cuantas actuaciones sean necesarias para el reconocimiento de sus derechos, todo ello con expresa imposición de las costas procesales causadas a los demandados."

SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal la Ilma. Sra. Magistrada Ponente **D^a. M^a Luisa GUZMÁN ORIOL**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada en la instancia se alza la parte demandada e interesa la revocación de la misma alegando, en definitiva, error en la apreciación de la prueba e infracción del art. 451.20 del Código Civil de Cataluña y art. 218 de la LEC .

En cuanto a los preceptos que se dicen infringidos debe decirse que en el acto de la audiencia previa y en el acto de la vista la parte actora modificó su petitum en el sentido de acomodar su petición a la declaración de ineficacia de la cláusula de desheredación contenida en el testamento del padre de la actora. Si analizamos el suplico de la parte actora, éste como dice la sentencia recurrida es congruente con el contenido de lo solicitado que no es otra cosa que el reconocimiento de su derecho a percibir la legítima estricta en la herencia de su padre declarándose que la actora ha sido desheredada injustamente. Pues bien, conforme al art. 451.21 del CCC, el desheredamiento injusto produce los efectos de la preterición intencional, es decir, se concede al legitimario el derecho a reclamar la legítima (arts. 451.16 en relación con el 451.15), aunque se mantiene la validez del testamento. Lo que no cabe es pedir la nulidad del testamento, sino solo reclamar lo que por legítima le corresponda como así ha realizado la actora en su suplico con la correspondiente subsanación en cuanto a la nulidad de la cláusula pretendida. Por tanto, ninguna infracción se aprecia en los artículos que se dicen infringidos ya que el fallo se adecua a lo pretendido por la parte actora, en este extremo, una vez subsanada por ésta la petición de nulidad, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto a la infracción del art. 218 de la LEC .

SEGUNDO.- Hemos de señalar que en la fecha en que fue otorgado el testamento (26 de mayo de 2009) estaba en vigor la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del EDL 2008/110826 Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, que conforme a su disposición final cuarta , entró en vigor el 1 de enero de 2009.

El testamento del padre de la actora. D. Teodulfo en su cláusula segunda estableció: "*Declara expresament que priva del dret de legítima als seus fills, señor Abelardo i la senyora Flor , per existir les causes de desheredació establertes en el Llibre IV del Codi Civil de Catalunya de Successions, en el seu article 451.17, 2, apartat c) maltractament greu al testador, i apartat e) absència manifesta i continuada de relació familiar entre el testador i els seus fills, per causa exclusivament imputable als fills.*"

El artículo 451-17 de la Ley 10/2008 , titulado "Causas de desheredación", dispone que "*El causante puede privar a los legitimarios de su derecho de legítima si en la sucesión concurre alguna causa de desheredación*" , previendo seguidamente que "*Son causas de desheredación: a) Las causas de indignidad establecidas por el artículo 412-3. b) La denegación de alimentos al testador o a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador, en los casos en que existe la obligación legal de prestárselos. c) El maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador. d) La suspensión o la privación de la potestad que correspondía al progenitor legitimario sobre el hijo causante o de la que correspondía al hijo legitimario sobre un nieto del causante, en ambos casos por causa imputable a la persona suspendida o privada de la potestad. e) La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario*" .

Ninguna de las causas mencionadas por el testador han quedado acreditadas, pues no hay prueba objetiva alguna de ningún episodio de maltrato físico o verbal de la actora frente a su padre y tampoco que la falta de relación obedeciera sólo a la actitud de la actora. Lo determinante será, por tanto, demostrar que en efecto existió un maltrato real, objetivo y grave, no que el testador subjetivamente se considere maltratado y de por cierta la causa de desheredación, o considerar como maltrato hechos o circunstancias que objetivamente no tengan tal consideración. En particular, "*la falta de relación afectiva y comunicación entre el hijo y el padre, el abandono sentimental sufrido por este durante su última enfermedad, la ausencia de interés demostrada por el hijo en relación con los problemas del padre, etc., son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica y que en definitiva solo están sometidos al tribunal de la conciencia*" (STS de 28 de mayo de 1993). Tampoco incurren en causa de desheredación los herederos por no convivir con el padre, no mantener relación con él, privarle de su presencia en vida o no acudir a su entierro (STS de 4 de noviembre de 1997). La apreciación de la concurrencia de esta causa de desheredación supone una cierta discrecionalidad del juez que, en todo caso, ha de operar restrictivamente en aplicación del principio general del derecho "odiosa sunt restringenda" y porque, de otro modo, se podría dar al traste con todo el sistema legitimario establecido a favor de los hijos.

En el caso de autos no se ha acreditado el maltrato grave de palabra o de obra al causante, más allá de las constatadas malas relaciones entre el causante y su hija plasmadas en el alejamiento de ambos, lo que no puede constituir causa de desheredación.

A mayor abundamiento, se observa que el causante en el testamento desheredó a sus dos hijos, cuando en el acto de juicio ha quedado acreditado que el fallecido D. Teodulfo se relacionaba con sus nietos por parte de



su hijo lo que no ocurría con los hijos de su hija y, sin embargo, deshereda a los dos, lo que permite concluir que los hechos que pretenden sustentar la causa de desheredación no se dan en el hijo del causante que también lo ha sido. El testamento se otorga el 26 de mayo de 2009, en fecha 8 de abril de 2009, según el informe médico aportado (folio 61) el testador se encontraba en síndrome tóxico con astenia absoluta y nula movilidad falleciendo 19 de noviembre de 2009. En definitiva, es al heredero a quien incumbe la prueba de la causa de desheredación y únicamente de los testigos que han depuesto se acredita el distanciamiento recíproco entre padre e hija desde la separación de sus padres.

TERCERO.- Alegan los demandados en su recurso la improcedencia de fijar para el trámite de ejecución de sentencia la cuantificación de lo que por legítima le corresponda a la actora. Asiste en este punto la razón a los recurrentes ya que, en los juicios declarativos, la controversia debe ser resuelta en la sentencia que le pone fin y no en el posterior procedimiento de ejecución de esa sentencia firme. La posibilidad de que la pretensión deducida no quede, de manera total y absoluta, resuelta en la sentencia decisoria de juicio declarativo, defiriéndose, en parte, para la fase de ejecución de sentencia tiene un carácter excepcional y extraordinario no pudiendo hacerse fuera de aquellos supuestos previstos de manera taxativa en la ley procesal. Y esos requisitos aparecen recogidos en el artículo 219 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil con un criterio restrictivo respecto de su precedente el artículo 360 de la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (y así se explica en el apartado IX de la exposición de motivos de la nueva ley ritaria), entre las cuales no figura desde luego la aprobación de las operaciones de partición de la herencia.

El presente pleito en su fase declarativa se ha dirigido a probar la concurrencia o no de justa causa para la desheredación ordenada por el causante en su último testamento y no propiamente a la determinación del caudal hereditario a los fines de la fijación del importe de su legítima, ninguna prueba tendente a la computación del relictum y determinación de la cantidad que por legítima corresponda se ha realizado, con base a los principios dispositivos y de aportación de parte, porque ninguna pretensión en este sentido se había formulado, por lo que tampoco sería posible efectuar semejante determinación. Por tanto, debe revocarse la sentencia en este punto al contener en el fallo un pronunciamiento no solicitado por la parte actora, incurriendo en incongruencia extra petita.

CUARTO.- Se plantea igualmente en el recurso articulado la discrepancia con la condena en costas realizada en la instancia.

Para resolver el motivo planteado debe de tenerse en cuenta la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2006 que ha venido a desarrollar la cuestión que nos ocupa estableciendo que:

"El sistema general, que se recoge en el artículo 523, introducido en aquel Texto Legal de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento civil, que con ligeras variantes pasó al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000, se basa fundamentalmente en dos principios: el del vencimiento objetivo y el de la distribución, también llamado compensación -aunque no es estrictamente tal-, que tiene carácter complementario para integrar el sistema. El primero, representado en la fórmula latina "victus victori" (SS. 29 de octubre 1992, 15 de marzo de 1997 y 28 de febrero de 2002), se fundamenta en la regla chiovendana, auténtica "ratio" de la norma legal, de que "la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene la razón", y opera cuando las pretensiones hubieran sido totalmente rechazadas -vencimiento total-, debiendo entenderse la expresión pretensión, no en sentido técnico, sino en el amplio comprensivo también del planteamiento opositor, lo que implica la exigencia de observar el precepto en el caso de estimación total de la demanda, que se corresponde con la desestimación total de la oposición. El sistema se completa mediante dos pautas limitativas. La primera afecta al principio del vencimiento y consiste en la posibilidad de excluir la condena cuando concurren circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición (lo que en régimen del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000 tiene lugar cuando el caso presente serias dudas de hecho o de derecho).

En cuanto a las "serias dudas de hecho o de derecho", que excluyen la expresa imposición de costas a pesar de producirse el vencimiento previsto en el artículo 394, los requisitos para su apreciación son los dos siguientes: 1º) Que tales dudas sean fundadas, razonables, basadas en una gran dificultad para determinar, precisar o conocer fuera del proceso judicial la realidad de los hechos fundamento de la pretensión deducida, o aun no habiendo dudas sobre los hechos, los efectos jurídicos de los mismos se presenten dudosos por ser la normativa aplicable susceptible de diversas interpretaciones, o bien en el supuesto de las de derecho, porque exista jurisprudencia contradictoria en casos similares. 2º) Ha de concurrir la "seriedad" de la duda, esto es, la importancia de los hechos sobre los que recae la incertidumbre en orden a decidir la razonabilidad de la pretensión, de manera que no todas las pretensiones razonablemente fundadas impedirán la condena en costas en caso de su desestimación porque la regla de vencimiento objetivo no es sólo una sanción a la conducta arbitraria o caprichosa del que pretende y es vencido, sino también una regla de protección del sujeto contra el que se dirige la pretensión a no padecer perjuicio económico."



En el presente caso no existen dudas de hecho o de derecho que justifiquen la no imposición de costas, ni otra circunstancia que lo justifique, debiendo prevalecer el principio del vencimiento e imponer las mismas al litigante vencido ya que la variación de la sentencia de instancia no es imputable a la actora.

QUINTO.- Estimando en parte el recurso interpuesto por la representación de los demandados no procede hacer especial imposición de costas en esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

SE ESTIMA en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Teodulfo y D^a Covadonga contra la Sentencia dictada en el Juzgado de Primera Instancia Número 5 de Vic, con fecha 18 de noviembre de 2011 , en Autos de Juicio de Procedimiento Ordinario, seguidos en dicho Juzgado con el número 917/10 y REVOCAMOS PARCIALMENTE la misma en el sentido de eliminar del fallo de la sentencia la frase "*que será determinada en trámite de ejecución de sentencia*" confirmando en lo demás la resolución recurrida sin imposición de las costas causadas en esta alzada y con devolución del depósito consignado para recurrir.

Procédase a la devolución del depósito consignado al apelante.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales (art. 469 - 477 - disposición final 16 LEC), que se interpondrá ante este Tribunal en un plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.