



Roj: **SAP O 4244/2020 - ECLI: ES:APO:2020:4244**

Id Cendoj: **33024370072020100363**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **14/10/2020**

Nº de Recurso: **335/2020**

Nº de Resolución: **361/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PABLO MARTINEZ-HOMBRE GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION SEPTIMA

GIJON

SENTENCIA: 00361/2020

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 2019 0004277

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000335 /2020

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

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000397 /2019

Recurrente: Modesta

Procurador: JOSE JAVIER CASTRO EDUARTE

Abogado: GONZALO LOPEZ ALONSO

Recurrido: Luis Pedro

Procurador: JUAN SUAREZ PONCELA

Abogado: JUAN MARCELO VILLANUEVA VALLEBONA

SENTENCIA N° 361/2020

Ilmos. Magistrados-Jueces Sres.:

Don **RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA**

Don **JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ**

Don **PABLO MARTÍNEZ-HOMBRE GUILLÉN**

En GIJON, a catorce de octubre de dos mil veinte

VISTOS en grado de apelación ante esta **Sección Séptima de la Audiencia Provincial de GIJÓN**, los Autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 397/2019**, procedentes del **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 2 de GIJÓN**, a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACION (LECN) 335/2020**, en los que



aparece como parte apelante doña Modesta, representado por el Procurador de los tribunales don José Javier Castro Eduarte, asistido por el Abogado don Gonzalo López Alonso, y como parte apelada don Luis Pedro, representado por el Procurador de los tribunales don Juan Suárez Poncela, bajo la dirección del Letrado don Juan Marcelo Villanueva Vallebona.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gijón dictó en los referidos autos sentencia de fecha 17-2-2020, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

" Que estimando la demanda formulada por el Procurador D. Juan Suárez Poncela, en nombre y representación de D. Luis Pedro contra D^a Modesta, debo declarar y declaro:

1º.- Nulas de pleno derecho e ineficaces la Disposición Segunda y Tercera del **testamento** otorgado con fecha 10 de julio de 2018, por Don Arcadio, ante el notario de Gijón, Don José Luis Rodríguez García-Robes, bajo el número 1.405 de su protocolo, con todas las consecuencias legales inherentes a dicha declaración, así como la nulidad de todas las actuaciones realizadas como consecuencia del referido **testamento**, en especial la escritura otorgada el 9 de enero de 2019, ante el notario de Gijón, Don José Luis Rodríguez García-Robés, número 43/2019 de protocolo, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración.

2º.- El derecho de Don Luis Pedro, a suceder a su padre Don Arcadio, como único heredero forzoso, en la legítima de dos terceras partes del total de bienes y derechos que integran el caudal relicto, estableciendo que el remanente de dichos bienes pertenecen a la demandada, con cargo al tercio de libre disposición.

3º.- Declarar el derecho del actor a recibir la parte que como heredero legitimario le corresponde en la herencia de su padre y a intervenir como tal en las operaciones de partición que hayan de practicarse respecto de su herencia.

4º.- Todo ello, sin expresa imposición de las costas causadas en la sustanciación de este procedimiento".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, por la representación de doña Modesta se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 13-10-2020.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente proceso se dictó sentencia en primera instancia por la que se estimaba la demanda interpuesta por la representación de don Luis Pedro, contra doña Modesta 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, don Arcadio, en que se le desheredaba a aquel por la causa 2ª del art. 853 del Código Civil.

Frente a dicha resolución se formula recurso de apelación, por la representación de la demandada, 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.- En sentencia de esta Sala de 11 de abril de 2019, y en la posterior de 10 de octubre 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 del hijo con su padre como se concluye en la demanda y en la presente apelación.

Resulta en este sentido incuestionable el distanciamiento entre padre e hijo, no siendo controvertido que el apelado con apenas unos meses de edad hasta los ocho años fue criado por sus abuelos paternos, debido a los problemas de drogodependencia que sufrían sus progenitores; que a los ocho años de edad pasó a vivir con su padre y la esposa de este, doña Modesta, para volver a residir con sus abuelos paternos cuando tenía dieciséis años, sin que la convivencia se hubiese reanudado, debiendo indicarse que aun cuando don Luis Pedro, por razones laborales, residió fuera de Gijón (en Pamplona y San Sebastián), no lo ha hecho en todo este tiempo, sin que, por el contrario esas estancias fuera de Gijón han sido temporales. Se deduce del propio interrogatorio de la demandada, que las relaciones entre ambos existieron, pese a distanciamiento, confirmando dicho interrogatorio lo afirmando por los abuelos paternos en su declaración, en el sentido de que don Luis Pedro sí acudió a visitar a su padre al hospital con ocasión de la primera de las intervenciones a las que fue sometido, merced a la grave enfermedad oncológica que le afectaba, afirmando doña Modesta en dicho interrogatorio que la ruptura se produce en el año 2013, después de la operación motivado por deseo del apelado de abandonar Gijón para buscar trabajo, a lo que su padre se oponía.

Es a partir de dicho momento cuando las versiones de los testigos difieren. Los abuelos paternos declararon que existía una relación cordial entre ambos, y que coincidían en su domicilio cuando el causante iba a visitarlos, normalmente los domingos, mientras que la versión de la demandada es muy distinta, al negar tales contactos, afirmando una situación de desafecto y absoluta despreocupación de don Luis Pedro por el estado de salud de su padre, negándoles incluso el saludo por la calle, situación que incidía emocionalmente en don Arcadio.

A juicio de la Sala la concurrencia de la causa de desheredación resulta acreditada desde el momento en el que lo declarado por los testigos examinados a instancias de la demandada tiene mayor grado de verosimilitud que el testimonio de los abuelos paternos cuyo interés en favorecer a su nieto parece evidente. Y así, resulta incuestionable que el actor desde la primera intervención de su padre, no se preocupó de ningún modo del estado de salud del mismo, pese a la grave enfermedad que padecía; resulta además incontestable que al demandante le era indiferente la figura paterna hasta el punto en el que, según declararon dos testigos, uno de ellos hermana del causante, don Luis Pedro ni tan siquiera acudió al Tanatorio ni al funeral de su padre; varios testigos afirman que don Arcadio les comentó que emocionalmente esta situación de rechazo le afectada pues no se explicaba la razón de la actitud de su hijo. Frente a esta prueba, demostrativa del rechazo de la figura paterna por parte del hijo, no existe la más mínima prueba de que estemos ante un distanciamiento mutuamente aceptado, imputable también al causante, sin que la declaración de los abuelos paternos, sea estos efectos concluyentes, puesto que un familiar cercano como lo es la hermana de don Arcadio, doña Ramona, quien aparentemente no tiene ningún interés en la causa, negó que los contactos entre padre e hijo existieran en el domicilio de dichos testigos, afirmando incluso que no existía relación hasta el punto en el que en las comidas familiares que tenían lugar en verano, si coincidían ambos no se saludaban, corroborando el absoluto desapego e indiferencia del demandante hacia su padre.

CUARTO.- Lo expuesto conduce a la estimación del recurso y consiguientemente a la desestimación 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 nº 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.



Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial dicta el siguiente

FALLO

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Modesta contra la sentencia de diecisiete de febrero de dos mil veinte dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gijón y su Partido, en autos de Juicio Ordinario nº 397/2019, la cual **se revoca**, y en su lugar, se desestima la demanda interpuesta por la representación de don Luis Pedro , contra de dicha apelante, a quien se le absuelve de las pretensiones contra ella deducidas en su demanda, todo ello con imposición de las costas causadas en primera instancia a la parte demandante, sin expresa declaración en cuanto a las ocasionadas por razón de la presente apelación.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDO