



Roj: **SAP B 18/2014 - ECLI: ES:APB:2014:18**

Id Cendoj: **08019370012014100011**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **07/01/2014**

Nº de Recurso: **172/2012**

Nº de Resolución: **2/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA LUISA GUZMAN ORIOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 18/2014,**
STS 2864/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN PRIMERA

ROLLO Nº 172/12

Procedente del procedimiento JUICIO ORDINARIO nº 1836/2010

Juzgado de Primera Instancia nº 34 BARCELONA

S E N T E N C I A Nº 2/14

Barcelona, siete 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 Presidente del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº **172/2012**, interpuesto contra la sentencia dictada el día 2 de noviembre de 2011 en el procedimiento nº 1836/2010, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 34 de Barcelona en el que es recurrente D^a. Remedios y apelados Martin y D. Rubén 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: "ESTIMO la DEMANDA interpuesta por el Sr. Martin y el sr. Rubén, representados por la procuradora Araceli García Gómez, contra la sra. Remedios, representada por el procurador Francisco Javier Manjarín García y, en consecuencia:

DECLARO:

- 1) que la causante, Candida, no ostentaba la **vecindad civil** foral navarra en el momento de otorgar el testamento de hermandad de fecha 5/11/2001 ni los anteriores testamentos de hermandad (1975, 1976, 1980 y 1999), ni al tiempo de su fallecimiento en el año 2002;
- 2) que la causante adquirió la **vecindad civil** catalana en enero de 1971;
- 3) que es nulo e ineficaz el testamento de hermandad otorgado por Candida en fecha 5 de noviembre de 2001, por el que se abrió la sucesión, así como todos los anteriores relacionados en el hecho quinto de la demanda, quedando sin valor y efecto alguno las disposiciones testamentarias contenidas en los mismos;
- 4) que, como consecuencia de lo anterior, resulta nula la institución de heredero a favor de su esposo, Agapito, realizada en todos los testamentos de hermandad otorgados por la sra. Candida;



- 5) que, como consecuencia de lo anterior, procede declarar la apertura de la sucesión intestada de Candida ;
 - 6) que el caudal relicto de Candida lo forman los bienes que se relacionan en el hecho sexto de la demanda y que resultan ser: a) departamento número NUM000 , situado en la planta NUM001 de viviendas de la casa números NUM002 / NUM003 de la AVENIDA000 de Barcelona, b) saldos existentes en dicho momento, así como resto de haberes relacionados que ascienden a un total de 166.798,54 ?;
 - 7) que son nulas e ineficaces parcialmente la escritura de inventario, disolución de la sociedad conyugal de conquistas, aceptación y adjudicación de herencia de Candida (documento 16) por lo que se refiere a la aceptación y adjudicación de bienes por parte del esposo; parcialmente la escritura de aceptación de herencia de Agapito por parte de Remedios , respecto a la masa hereditaria determinada, de la que deben detraerse los bienes que no debieron pertenecer al finado, por formar parte de la herencia de su esposa (documento 17 de la demanda);
 - 8) que es nula e ineficaz la inscripción causada en el Registro de la propiedad, número NUM001 de Barcelona, respecto a la titularidad de la finca núm. NUM004 , folio NUM005 , tomo NUM006 , libro NUM007 ;
- y CONDENO:

- 1) a la demandada a otorgar las escrituras públicas necesarias para verificar las oportunas cancelaciones e inscripciones en el Registro de la propiedad, afectadas por los pronunciamientos anteriores, bajo apercibimiento de hacerlo el Juzgado en su nombre y representación y a sus expensas si no lo hiciera; comunicando la sentencia firme que se dicte a los diferentes notarios intervinientes, así como al Registro General de actos de últimas voluntades, para que se haga constar la nulidad que adolecen los distintos testamentos, referidos al apartado 3 del petitum y en los hechos segundo y quinto de la demanda;
- 2) a rectificar a sus expensas las liquidaciones tributarias presentadas en la sucesión de Agapito a fin de modificar los sujetos pasivos tributarios y las cuotas a liquidar;
- 3) a reintegrar a la herencia los bienes detallados en el hecho sexto de esta demanda, consistentes en finca sita en Barcelona, AVENIDA000 , NUM002 - NUM003 , planta NUM001 , así como el importe de los valores allí relacionados, más los intereses correspondientes desde la fecha del fallecimiento de Candida .

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.- La parte actora ejerce una acción de nulidad testamentaria y solicita que se dicte sentencia en que:

- 1.- Se declare que la causante, Candida , no ostentaba la **Vecindad Civil** Foral de Navarra en el momento de la otorgación de sus sucesivos testamentos, ni al tiempo de su fallecimiento en el año 2002.
- 2.- Que la causante adquirió la **Vecindad Civil** Catalana en enero de 1971, tras diez años de residir de forma continuada en Barcelona.
- 3.- Que se declare la nulidad e ineficacia del testamento de hermandad otorgado por Candida en fecha 5 de noviembre de 2001, ante el Notario D. Manuel Tejuca Pendas, bajo nº 4344 de su protocolo, por el que se abrió la sucesión, así como todos los anteriores relacionados en el hecho quinto de la demanda, quedando sin valor y efecto alguno las disposiciones testamentarias contenidas en los mismos.
- 4.- Que, como consecuencia de lo anterior, resulta nula la institución de heredero a favor de su esposo, Agapito , realizada en todos los testamentos de hermandad otorgados por la Sra. Candida ;
- 5.- Que, como consecuencia de lo anterior, se declare la apertura de la sucesión intestada de Candida ;
- 6.- Que se declare que el caudal relicto de Candida lo forman los bienes que se relacionan en el hecho sexto de esta demanda y que resultan ser: a) departamento número NUM000 , situado en la planta NUM001 de viviendas de la casa números NUM002 / NUM003 de la AVENIDA000 de Barcelona, b) saldos existentes en dicho momento, así como resto de haberes relacionados que ascienden a un total de 166.798,54 ?;
- 7.- Que se declare la nulidad e ineficacia de las siguientes escrituras: parcialmente la escritura de inventario, disolución de la sociedad conyugal de conquistas, aceptación y adjudicación de herencia de Candida (documento 16) por lo que se refiere a la aceptación y adjudicación de bienes por parte del esposo; parcialmente la escritura de aceptación de herencia de Agapito por parte de Remedios , respecto a la masa



hereditaria determinada, de la que deben detraerse los bienes que no debieron pertenecer al finado, por formar parte de la herencia de su esposa (documento 17 de la demanda);

8.- Que es nula e ineficaz la inscripción causada en el Registro de la propiedad, número NUM001 de Barcelona, respecto a la titularidad de la finca núm. NUM004 , folio NUM005 , tomo NUM006 , libro NUM007 ;

9.- Que se declare abierta la sucesión intestada de Candida para poder realizar la pertinente declaración de herederos;

10.- Que se condene a la demandada a otorgar las escrituras públicas necesarias para verificar las oportunas cancelaciones e inscripciones en el Registro de la propiedad, bajo apercibimiento de hacerlo el Juzgado en su nombre y representación y a sus expensas si no lo hiciere; comunicando la sentencia firme que se dicte a los diferentes notarios intervinientes, así como al Registro General de actos de últimas voluntades, para que se haga constar el vicio de nulidad que adolecen los distintos testamentos, referidos al apartado 3 del petitem y en los hechos segundo y quinto de la demanda;

11.- Que se condene a la demandada a rectificar a sus expensas las liquidaciones tributarias presentadas en la sucesión de Agapito a fin de modificar los sujetos pasivos tributarios y las cuotas a liquidar;

12.- Que se condene a la demandada a reintegrar a la herencia los bienes detallados en el hecho sexto de esta demanda, consistentes en la finca sita en Barcelona, AVENIDA000 , NUM002 - NUM003 , planta NUM001 , así como el importe de los valores allí relacionados, más los intereses correspondientes desde la fecha del fallecimiento de Candida ; con imposición de las costas procesales.

Los hechos de la demanda son los siguientes: D^a Candida falleció el día 30/10/2002 en Barcelona, donde residía desde 1960. Estuvo casada con Agapito con quien tuvo cuatro hijos, Remedios , Geronimo , Palmira y Mateo . Los actores son hijos de Geronimo , fallecido el día 8/4/2010. Candida otorgó testamento de hermandad conjuntamente con su esposo en fecha 5/11/2001 y se abrió la sucesión bajo la ley personal de Navarra al haber manifestado su esposo que conservaba dicha **vecindad civil**. Sin embargo, la causante no tenía la **vecindad civil** navarra al tiempo de su otorgamiento, requisito personal exigido legalmente para poder otorgar un testamento de hermandad, por lo que éste es nulo de pleno derecho.

La causante, sujeta al derecho **civil** común, adquirió la **vecindad civil** navarra en 1944 por razón de su matrimonio con Sr. Agapito , navarro de nacimiento. Los cónyuges residieron desde su respectivo fallecimiento en 2001 y 2007 en Barcelona de forma continuada, con lo que en 1971 adquirieron la **vecindad civil** catalana por residencia continuada durante diez años. Ello supone que su sucesión debió regirse por la ley catalana entonces vigente. Asimismo son nulos los testamentos de hermandad otorgados con anterioridad, en fechas 1975, 1976, 1980 y 1999 pues los cónyuges no ostentaban la **vecindad civil** de Navarra. En consecuencia, debe abrirse la sucesión intestada por no existir ningún testamento válido y son ineficaces las actuaciones sucesorias de aceptación de herencia de la Sra. Candida por su esposo y de aceptación de herencia del Sr. Agapito por su hija, Remedios .

SEGUNDO.- La parte demandada se opone a la demanda y solicita su desestimación. En concreto, impugna la cuantía del procedimiento por entender que la misma no es la fijada por los actores de 80.980,39 ? -una cuarta parte de la herencia de su abuela-, sino la de 240.449,96 ? -importe total de la herencia-. En segundo lugar, opone la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido llamados al proceso los otros dos hijos de la causante a quienes afectará la sentencia.

En cuanto al fondo del asunto opone que en el momento de otorgar el testamento de hermandad, D^a Candida tenía la **vecindad civil** navarra, que adquirió por matrimonio y que no perdió por su residencia continuada durante diez años en Cataluña, pues existía una declaración de voluntad recepticia, libre y formalmente manifestada ante el Registro **Civil**, como lo es la matrimonial, inscrita en el mismo por una mujer con **vecindad civil** diferente a la navarra de su marido. Solamente si hubiera adquirido la **vecindad civil** navarra por residencia, la perdería por residencia en otro territorio, pero al existir una declaración de voluntad plasmada en el Registro **civil**, únicamente se hubiera perdido por renuncia expresa. La causante manifestó además su voluntad de conservar la **vecindad civil** navarra al otorgar todos los testamentos de hermandad citados en la demanda, anteriores y posteriores a la entrada en vigor de la CE de 1978.

Opone que los actores no actúan por derecho de representación de su padre, que falleció después de la causante, sino por ius transmissionis, por fallecer aquél sin haber aceptado ni repudiado ningún derecho hereditario. Los testamentos de hermandad anteriores no son nulos, sino que se entienden revocados por los inmediatamente posteriores válidos.

Subsidiariamente y si se considera que D^a Candida y Agapito tenían la **vecindad civil** catalana al tiempo del otorgamiento del testamento de hermandad de fecha 5/11/2001 no cabe disponer la nulidad de todo el



testamento, de acuerdo con el principio favor testamenti, sino tan sólo la parcial en cuanto a la exigibilidad de los derechos legitimarios que pudieran corresponder a los actores conforme a la legislación **civil** catalana, derechos que por otro lado no reclaman. Dicho testamento participa de la naturaleza de un heredamiento mutuo preventivo del art. 99.1 CS, de modo que no procede en ningún caso abrir la sucesión intestada.

TERCERO.- Hechos incontrovertidos, reconocidos por ambas partes, son los siguientes: Candida , nacida en Córdoba, y Agapito , nacido en Navarra, contrajeron matrimonio en fecha 22/10/1944 y tuvieron cuatro hijos Remedios -aquí demandada- Geronimo -padre de los demandantes que falleció en fecha 8/4/2010-, Palmira y Mateo .

Los abuelos de los actores y padres de la demandada residieron desde 1960 hasta sus respectivos fallecimientos (el 30/10/2002 la Sra. Candida y el 26/12/2007 el Sr. Agapito) en Cataluña, en concreto en la CALLE000 , NUM008 , NUM009 NUM009 y en la AVENIDA000 , NUM002 y NUM003 , NUM001 de Barcelona.

En fecha 5/11/2001 otorgaron conjuntamente testamento de hermandad. Al fallecer Candida , su esposo aceptó la herencia de aquélla de acuerdo con el testamento de hermandad otorgado en que "se instituyeron recíprocamente herederos universales y libres de todos sus bienes, con expresa facultad al cónyuge sobreviviente para disponer a título oneroso o a título lucrativo por actos intervivos o mortis causa, tanto de sus propios bienes como de aquellos que hubiere recibido del testador premuerto". Para el caso de que el cónyuge superviviente no hiciera disposición de sus bienes o la hiciera sólo parcialmente, los consortes testadores realizan algunas disposiciones concretas (dicho testamento de hermandad consta aportado de documento 10 de la demanda). Con anterioridad habían otorgado otros testamentos de hermandad en fechas 30/1/1975, 4/8/1976, 24/7/1980 y 30/4/1999.

D^a Candida falleció en Barcelona en fecha 30/10/2002. En fecha 9/4/2003 se otorgó escritura pública de "inventario, disolución de la sociedad conyugal de conquistas, aceptación y adjudicación de herencia", en la que Agapito manifestó que su esposa había fallecido; que había otorgado testamento de hermandad junto con él en fecha 5/11/2001 por ostentar ambos la **vecindad civil** navarra, el primero por nacimiento y ella por matrimonio; que al tiempo de su fallecimiento la causante era de **vecindad civil** navarra, Ley que rige su sucesión; se adjudicó determinados bienes en pago de su participación en la disuelta sociedad conyugal de conquistas (203.624,25 ?) y se adjudicó otros determinados bienes en calidad de único heredero de su esposa (240.449,96 ? : 203.624,25 ? otra mitad de la sociedad conyugal de conquistas más 36.825,71 ? de carácter privativo de la finada).

En fechas 2/4/2004 y 6/7/2007, D. Agapito otorgó sendos testamentos abiertos en que manifestaba ostentar la **vecindad civil** catalana, por cuya legislación debía regir su sucesión.

En el último testamento de 6/7/2007 legaba a sus hijos las correspondientes legítimas e instituía heredera única y universal a su hija Remedios .

El Sr. Agapito falleció en fecha 26/12/2007 y en fecha 37/3/2008 su hija, aquí demandada, aceptó como heredera universal su herencia, manifestando que su padre ostentaba la **vecindad civil** catalana.

El padre de los actores y hermano de la demandada, Geronimo , falleció en fecha 8/4/2010 sin aceptar la legítima que le entregó su hermana heredera.

CUARTO.- Contra la sentencia dictada en la instancia se alza la parte demandada e interesa la revocación de la misma, reiterando la concurrencia de la excepción procesal de litisconsorcio pasivo necesario alegado, por no haberse dirigido la demanda contra los demás herederos.

Debe estimarse en este punto la pretensión de la parte apelante, que además es apreciable de oficio, por cuanto, efectivamente, interesada la nulidad de los testamentos otorgados por D^a Candida , la efectividad de la misma afectaría a la liquidación de la sociedad de conquistas practicada, ante la indebida comparecencia como único heredero del abuelo de los actores D. Agapito .

El concepto de litisconsorcio pasivo necesario ha sido muy elaborado por la jurisprudencia y se sintetiza en la exigencia de traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa, con el fin de evitar, por un lado, que puedan resultar afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en el juicio y de impedir, por otro, la posibilidad de sentencias contradictorias, tal como expresa la sentencia de 31 de enero de 2001 , que recoge y cita numerosas sentencias anteriores. Asimismo, la anterior de 16 de febrero de 2000 lo detalla: «La figura del litisconsorcio pasivo necesario, de creación puramente jurisprudencial, no sólo tiene su fundamento en el hecho de que la sentencia que se dicte pueda resultar inútil por no haber llamado a todas las personas en cuya esfera patrimonial haya de ejecutarse, sino que además la necesidad del litisconsorcio se da cuando la sentencia que recaiga en el pleito afectará inexcusable a personas no llamadas al mismo y, ello solo



será posible cuando con las no llamadas exista un vínculo tan formal y directo que no pueda emitirse el fallo solo respecto a los demandados, dado el carácter de la relación jurídico material controvertida (por todas las sentencias de 11 de marzo 1996 , 2413] , de 28 de marzo y de 18 de septiembre de 1996) ».

Lo anterior lleva ineludiblemente a la aplicación al presente caso de la figura del litisconsorcio pasivo necesario, pues los cuatro hijos (o sus sucesores) de la testadora tienen derechos propios y hereditarios, sin especificar, puesto que no se ha hecho la liquidación de la sociedad de conquistas ni la partición de la herencia de su madre con la concurrencia de todos ellos. Precisamente el efecto de la apreciación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario comporta un pronunciamiento absolutorio en la instancia (dejando imprejuizado el fondo del asunto litigioso), como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2000 .

Por lo expuesto, al apreciar la concurrencia de dicha excepción procesal, procede dejar imprejuizadas todas las peticiones referentes a la determinación del caudal hereditario de D^a Candida que afectan a las escrituras de inventario, disolución de la sociedad de gananciales, aceptación y adjudicación de herencia de D^a Candida .

QUINTO.- Alega también el recurrente en su recurso que concurre la excepción de retraso desleal. Sin embargo, de la prueba practicada en la instancia ha quedado acreditada la nula relación existente entre los hoy actores y sus familia paterna, el padre de éstos falleció el 8 de abril de 2010 y si bien la abuela de los actores falleció el 30 de octubre de 2002 y se pretende la nulidad de los testamentos otorgados por la misma, el lapsos de tiempo transcurrido, no obedece claramente al distanciamiento familiar existente y no es hasta la muerte del padre de los actores que éstos toman conciencia de la situación de la herencia del mismo así como de su situación tributaria de la misma, como observa en el escrito dirigido por los actores a la administración tributaria. (folio 185). Por tanto, no concurre la excepción alegada.

SEXTO.- En cuanto a la **vecindad civil** navarra de la abuela de los actores D^a Candida , en el momento de otorgar el testamento cuya nulidad se pretende otorgado el 5 de noviembre de 2011, no pueden ser acogidos los razonamientos contenidos en el escrito de recurso.

Sostiene la parte apelante que D^a Candida poseía **vecindad civil** navarra desde que contrajo matrimonio en el año 1944 con D. Agapito de **vecindad civil** navarra. Considera el recurrente que la que de acuerdo con el Art. 14.5 CC , la **vecindad** adquirida no tiene que ser reiterada (Art. 65 LRC). Sin embargo, en el presente caso D^a Candida adquirió en 1944 la **vecindad civil** navarra al seguir la condición del marido y no como declaración de voluntad expresa y ante el encargado del registro **civil**. Es decir, la voluntad prestada para contraer matrimonio no puede equipararse a la voluntad expresa de adquisición o conservación de **vecindad civil**. El Art. 14.4 CC , redactado de acuerdo con el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo y que no fue reformado hasta la ley 11/1990, decía : *"la mujer casada seguirá la condición del marido"* y es por ello que la causante adquirió la **vecindad civil** navarra. Por ello, no siendo hecho discutido que desde 1960 ésta residió sin solución de continuidad en Cataluña hasta su fallecimiento en el año 2002, por lo que en el año 2001 que otorgó el último testamento ya había adquirido por residencia la **vecindad civil** catalana al no constar declaración en contrario. Y, en cualquier caso, aún si contáramos el plazo desde la entrada en vigor de la constitución 1978, igualmente en el año 2001 habría adquirido por residencia la **vecindad civil** catalana, ya que el Art. 14.4 CC quedó derogado por inconstitucionalidad sobrevenida en el momento de entrada en vigor de la Constitución en 1978.

Sobre este extremo conviene significar que la declaración de voluntad expresa determinante de la adquisición (o conservación) de una determina **vecindad civil** sólo es la realizada ante el Encargado del Registro **Civil** en atención a lo dispuesto en el art.64 de la Ley del Registro **Civil** que dispone que sea el encargado del Registro **Civil**, el de aquel donde conste inscrito el nacimiento u otro que se la remitirá al anterior, el que reciba las declaraciones de conservación o modificación de **vecindad** para su inscripción marginal en el que corresponda, tal disposición encuentra su desarrollo en el art. 225 del Reglamento que, en su redacción originaria, disponía: *"El cambio de **vecindad civil** se produce "ipso iure", por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincia o territorio de diferente legislación **civil** a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario.- En el plazo para las declaraciones de **vecindad** ante el encargado no se computa el tiempo en que el interesado no pueda, legalmente, regir su persona"* .

Llegados a éste punto efectuaremos dos tipos de argumentación en orden a resolver la cuestión con una misma conclusión:

El art.14.4 CC , antes de la reforma operada en 1990, (y en el mismo sentido el art.15 antes de la reforma de 1974) determinaba que la mujer casada seguirá la condición del marido, y tal previsión obviamente resultaba ajena a la voluntad de la mujer, lo que en definitiva supone que el transcurso de 10 años en otro territorio sin declaración en contrario, una vez suprimida tal vinculación marital, determinaría que la mujer casada perdería la **vecindad civil** del marido para adquirir la del territorio de residencia dado que previamente no había manifestado su voluntad de adquirir una determinada **vecindad civil** sino que le vino impuesta por la legislación



de la época, y es precisamente dicha declaración de voluntad la que determina la imposibilidad de modificar la **vecindad civil** por el mero transcurso del tiempo según se infiere de los precitados arts.14 CC y 65 de la Ley del Registro **Civil** .

Como hemos dicho D^a Candida adquirió la **vecindad civil** navarra en 1944 por razón de matrimonio y sin efectuar personalmente declaración expresa al respecto ante el Encargado del Registro **Civil**, y tras la Constitución de 1978, liberada de la vinculación a la **vecindad civil** del marido por derogación del art.14.4 CC , dejó transcurrir el plazo de 10 años con residencia en Barcelona y sin manifestar ante el Encargado del Registro **Civil** su voluntad de conservar la **vecindad civil** navarra, lo que determina que en la fecha de su fallecimiento, en 2002, estaba sujeta a la **vecindad civil** catalana.

Por tanto, y conforme al art.9.8 CC , la norma que debe regir la sucesión de doña Candida es el Código de Sucesiones catalán aplicable en la fecha de la muerte del causante.

SÉPTIMO.- Determinada la **vecindad civil** catalana de la causante debe valorarse la nulidad del testamento de hermandad otorgado sin poseer **vecindad civil** navarra. La resolución dictada en la instancia considera que la falta de esa **vecindad civil** provoca la nulidad del testamento de hermandad, de conformidad con lo establecido en la Ley 206 del Fuero Nuevo de Navarra, al decir: " *Son nulos los testamentos y demás disposiciones mortis causa en cuyo otorgamiento no se hayan observado los requisitos prescritos por la Ley*".

Sin embargo, sentado que la sucesión de D^a Candida debe regirse por el derecho catalán, debemos estudiar si en éste y en sede del Código de Sucesiones vigente al tiempo del otorgamiento, dicho testamento de hermandad podría subsistir como testamento notarial abierto catalán y la respuesta debe ser necesariamente negativa.

El artículo 125 del Código de Sucesiones de Cataluña establecía:

" *Serán nulos los testamentos, codicilos o memorias testamentarias que no correspondan a alguno de los tipos previstos en la presente ley o en cuyo otorgamiento no se hayan observado los respectivos requisitos y formalidades, (...).*"

En consecuencia, en el presente caso nos encontramos con la existencia de una forma testamentaria no contemplada en el ordenamiento jurídico catalán que sólo reconoce y atribuye efectos a la declaración mortis causa cuanto ésta se expone con la forma y los requisitos establecidos en la ley, por ello el testamento que es un negocio jurídico típico, formal y solemne requiere de una forma esencial. El artículo 125 del Código de Sucesiones sanciona como nulo el testamento que no se corresponda con alguno de los tipos previstos en el mismo, la enumeración cerrada de los tipos o formas de testamentos que prevé el Código de Sucesiones, conlleva a la afirmación de la nulidad del testamento mancomunado ya que dicha forma testamentaria no está prevista en el derecho sucesorio catalán. Por ello, una cosa es el formalismo en el otorgamiento de los testamentos, que puede ser completada en favor del principio "favor testamenti" y otra la forma esencial que deben adoptar, ésta no puede ser modificada ni sustituida y es un requisito previo que debe concurrir antes de entrar a valorar la aplicación del principio el principio de conservación del testamento.

Debe concluirse, por ello, que el testamento de hermandad otorgado por D^a Candida el 5 de noviembre de 2001, a la luz de la normativa aplicable, esto es, el Código de Sucesiones vigente en la fecha del fallecimiento de la Sra. Candida , es nulo, así como los anteriores otorgados con la misma forma, confirmando en este punto la resolución dictada en la instancia.

Ello conlleva, que deberá procederse a la apertura de la sucesión intestada D^a Candida .

NOVENO.- Por último y en cuanto a la condena a la demandada de la rectificación a sus expensas de las liquidaciones de las cuotas tributarias interesadas, entendemos que debe ser estimado el recurso en este punto, habida cuenta que las liquidaciones giradas por la administración tributaria deberán ser modificadas a petición de los propios sujetos pasivos, en su caso, ante dicha administración.

DÉCIMO .- Lo expuesto *ud supra* conlleva a estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, lo que conlleva a una revocación parcial de la sentencia dictada en la instancia, en el sentido de que estimando la concurrencia de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario quedan imprejuzgada las pretensiones respecto a las operaciones particionales y de liquidación de la sociedad conyugal de conquistas, manteniéndose los pronunciamientos relativos a la determinación de la **vecindad civil** de la testadora y sus consecuencias jurídicas.

Por ello se revocan y quedan imprejuzgados los pronunciamientos declarativos 6 y 7 de la sentencia dictada en la instancia y el pronunciamiento 2) de condena contenidos en la misma.



ÚNDECIMO.- En materia de costas, al ser estimadas en parte las pretensiones de la parte actora no procede hacer imposición de las causadas en la instancia. En cuanto a las costas de esta alzada no procede su imposición al estimarse parcialmente el mismo y, en cualquier caso, no se estima la procedencia de imposición en ninguna de las instancias al presentar el supuesto dudas de derecho que aconsejan, asimismo, su no imposición. (art. 394 y 395 LEC .

Vistos los preceptos legales citados,

FALLO

Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Remedios contra la sentencia dictada en el Juzgado de Primera Instancia número 34 de Barcelona de fecha 2 de noviembre de 2011 , SE REVOCA PARCIALMENTE LA MISMA, CONFIRMANDO los siguientes pronunciamientos:

- 1) Que la causante, D^a Candida , no ostentaba la **vecindad civil** foral navarra en el momento de otorgar el testamento de hermandad de fecha 5/11/2001 ni los anteriores testamentos de hermandad (1975, 1976, 1980 y 1999), ni al tiempo de su fallecimiento en el año 2002.
- 2) Que la causante adquirió la **vecindad civil** catalana en enero de 1971.
- 3) Que es nulo e ineficaz el testamento de hermandad otorgado por Candida en fecha 5 de noviembre de 2001, por el que se abrió la sucesión, así como todos los anteriores relacionados en el hecho quinto de la demanda, quedando sin valor y efecto alguno las disposiciones testamentarias contenidas en los mismos.
- 4) Que, como consecuencia de lo anterior, resulta nula la institución de heredero a favor de su esposo, Agapito , realizada en todos los testamentos de hermandad otorgados por la sra. Candida .
- 5) Que, como consecuencia de lo anterior, procede declarar la apertura de la sucesión intestada de Candida .

Y se condena a la demandada:

- 1) A otorgar las escrituras públicas necesarias para verificar las oportunas cancelaciones e inscripciones en el Registro de la propiedad, afectadas por los pronunciamientos anteriores, bajo apercibimiento de hacerlo el Juzgado en su nombre y representación y a sus expensas si no lo hiciere; comunicando la sentencia firme que se dicte a los diferentes notarios intervinientes, así como al Registro General de actos de últimas voluntades, para que se haga constar la nulidad que adolecen los distintos testamentos, referidos al apartado 3 del petitum y en los hechos segundo y quinto de la demanda.
- 2) A reintegrar a la herencia los bienes detallados en el hecho sexto de esta demanda, consistentes en finca sita en Barcelona, AVENIDA000 , NUM002 - NUM003 , planta NUM001 , así como el importe de los valores allí relacionados, más los intereses correspondientes desde la fecha del fallecimiento de Candida .

Y REVOCANDO EL RESTO DE PRONUNCIAMIENTOS, tanto declarativos como de condena contenidos en el fallo de la resolución recurrida, sin imposición de las costas causadas en ninguna de las instancias.

Con devolución del depósito para recurrir.

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.