



Roj: **SAP GI 1358/2020 - ECLI:ES:APGI:2020:1358**

Id Cendoj: **17079370012020100962**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **1**

Fecha: **14/09/2020**

Nº de Recurso: **519/2020**

Nº de Resolución: **1114/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO LACABA SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Girona, núm. 4, 10-07-2020 (proc. 1593/2018),
SAP GI 1358/2020**

Sección nº 01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01)

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1 - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:upsd.aps1.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120188259997

Recurso de apelación 519/2020 -1

Materia: Apelación civil

Órgano de origen:Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Girona

Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 1593/2018

Parte recurrente: Eva , Felicidad , Ismael , Jacobo , Jenaro , Joaquín y Gema

Procuradora: Ma. Àngels Vila Reyner

Abogado: Aniol Geli Gomez

Parte recurrida: Landelino , Irene , Leoncio , Juana , Luis

Procuradora: Immaculada Biosca Boada

Abogada: Patricia Montserrat Viola Pérez

SENTENCIA N° 1114/2020

Magistrados:

Fernando Lacaba Sánchez Nuria Lefort Ruiz de Aguiar Alexandre Contreras Coy

Girona, 14 de septiembre de 2020

Ponente: Fernando Lacaba Sánchez

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 10 de julio de 2020 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 1593/2018 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Girona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto



por la Procuradora Ma. Àngels Vila Reyner, en nombre y representación de Eva , Felicidad , Ismael , Jacobo , Jenaro , Joaquín y Gema contra Sentencia núm.276 de 11 de diciembre de 2019 y en el que consta como parte apelada la Procuradora Immaculada Biosca Boada, en nombre y representación de Landelino , Irene , Leoncio , Juana y Luis .

Segundo. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"Desestimando como desestimo la demanda presentada por la representación procesal de Eva , Felicidad , Ismael , Jacobo , Jenaro , Joaquín y Gema , frente a Landelino , Luis , Irene , Leoncio y Juana , debo declarar y declaro no haber lugar a la nulidad interesada de la cláusula de desheredación de las legitimarias y sus hijos, ni a la condena interesada.

Condeno en costas a la actora."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 14/09/2020.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la recurrida en todo aquello que no contradiga lo que se expone a continuación.

PRIMERO.- Exposición fáctica de la controversia.-

1.- Eva , Felicidad , Ismael , Jacobo , Gustavo , Jenaro , Joaquín , y Gema , formularon demanda en ejercicio de acción de reclamación de los DERECHOS LEGITIMARIOS, y subsidiariamente la de sus respectivos hijos por derecho de representación, a la que acumularon la acción de nulidad de la cláusula testamentaria de desheredación del art. 451-17-2-e,CCCat, todo ello frente a los demandados Landelino , Luis , Irene , Leoncio , y Juana .

No se demanda al también instituido heredero Justo , dada la renuncia a la herencia de su finado tío, según manifestación realizada en la escritura de aceptación.

2.- Eva y Felicidad , son hijas del causante D. Santos , fallecido el día 27 de octubre de 2015, y de su esposa Catalina . Y por lo tanto nietos del causante.

3.- Los demandantes Gustavo y Jenaro , son hijos de la demandante D^a Eva , de su primer matrimonio, mientras que los demandantes, Joaquín y Gema , lo son de un segundo matrimonio de aquella y, por ello, nietos del causante.

4.- Por su parte, los demandantes Ismael y Jacobo , son hijos de la demandante D^a Felicidad y nietos del causante.

5.- El causante D Santos , falleció en Salt con fecha 27-10-2015, siendo vecino de Llagostera, en estado de divorciado de la madre de las demandantes D^a Catalina . El meritado causante había otorgado un total de 11 testamentos, con fechas: 03-07-1958; 11-05-81; 22-9-1983; 19- 06-1992; 24-02-1994; 13-03-1994; 17-01-2000; 02-12-2008; 22-02-2012; 25-02-2015; y el último con fecha 2-09-2015.

6.- En el último testamento, el causante instituyo herederos a los demandados, sobrinos del finado. Los meritados herederos, a excepción del Sr. Justo , que renunció a la misma, aceptaron la herencia de su difunto tío ante el Notario D. Ignacio Díaz de Aguilar de Rois, de la localidad de Santa Coloma de Gramanet con número de protocolo mil ciento cincuenta y ocho.

7.- En el último testamento de fecha 02-09-2015, el causante realizaba la siguiente disposición.

" PRIMERA: Deshereta a les seves filles Eva i Felicidad i a la seva stirp, per la causa prevista en l' article 451-17-2-e del Codi Civil de Catalunya ."

8.- Como bienes computables a efectos de la legítima, la demanda relacionaba los siguientes:

- URBANA VIVIENDA UNIFAMILIAR, situada en Llagostera frente a la CALLE000 , es la finca NUM000 inscrita al tomo NUM001 libro NUM002 folio NUM003 .

El valor escriturado es de 63.349 € y el valor real de mercado a la fecha del fallecimiento se fija en 119.301 €.



- URBANA ENTIDAD NÚMERO CINCO VIVIENDA ubicada en la planta NUM004 de un edificio situado en la CALLE001 n. NUM005 de Llagostera, es la finca NUM006, inscrita en el tomo NUM007, libro NUM008, folio NUM009.

Valor escriturado 34.000,00 €. Valor de mercado al fallecimiento del causante: 122.797 €.

- URBANA PORCION DE TERRENO EN EL QUE EXISTE UNA VIVIENDA BARRIO000 de Llagostera, consta además la construcción de 3 trasteros y un garaje, es la finca NUM010, inscrita al tomo NUM011 libro NUM012 folio NUM013.

Valor escriturado 75.000,00 € valor real de mercado: 193.000 €. Y

- Saldo en CaixaBank número NUM014 valor de 4.515,49 €.

9.- Los demandados contestaron la demanda y se opusieron a la misma, estimando que la cláusula testamentaria de desheredamiento no es nula por cuanto ha concurrido "ausencia manifiesta y continuada de la relación familiar entre el causante y los legitimarios" y exclusivamente imputable a los legitimarios, de acuerdo con lo establecido el artículo 451-17-2e) del Libro IV del Código Civil de Cataluña. El causante hace referencia a su "estirpe", estos son, todos los descendientes (nietos) del mismo, por cuanto, a la fecha del fallecimiento todos ellos por su edad, reunían un mínimo de aptitud para ser desheredados, a los que también se les imputa una conducta incurrida en el artículo 451-17.2.e) del Codi Civil de Catalunya. Dado que el causante no tenía relación con sus hijas y sus nietos, desconocía si éstos últimos habían tenido hijos, y tampoco sabía quién le sobreviviría, por ello se refiere a su estirpe. Los meritados demandados, consideraban que, en cualquier caso, en el momento de formalizar el testamento fue el Notario quién, en base a la voluntad del testador, redactó la cláusula de desheredamiento, debiendo primar la voluntad del testador sobre los requisitos formales.

10.- La Sentencia desestima íntegramente la demanda. Estima probado que las hijas del Sr. Santos efectivamente no han tenido con el mismo relación alguna en los últimos años, y tan sólo en los dos últimos meses de vida han intentado acercarse a los servicios médicos y de asistencia social para tener un conocimiento de la situación de su progenitor. Concluye que no consta que se reanudara la relación después de que el causante se separara de su esposa, madre de las causantes, y estas pasaran a hacerse cargo de ella.

11.- Formulan recurso los demandantes, al que se oponen los demandados. Los concretos motivos del recurso se encabezan de la siguiente forma:

- El primer motivo de apelación consiste en afirmar que la Sentencia apelada "no realiza pronunciamiento ni motivación alguna con relación a la desestimación de la petición subsidiaria en relación con los nietos".

- El motivo segundo del recurso: "Impugnación del Fundamento jurídico segundo: Error en la apreciación de la prueba."

- El motivo tercero del recurso: "Impugnación del fundamento jurídico tercero. Error en la valoración de la prueba."

- El motivo cuarto del recurso: "Derecho a la legítima declaración de desheredación injusta".

SEGUNDO.- Examen conjunto del recurso.- Inexistencia de incongruencia omisiva.-

A pesar de que el recurso se estructura en cuatro motivos, los mismos son concurrentes y van dirigidos a un único propósito procesal, estimar probada la ausencia de motivación para desheredar a los actores en tanto que legitimarios y, por ende, debe procederse a determinar la legítima en su "*quantum*" y a proceder a su reparto entre aquellos.

Sin embargo, el primero de los motivos, que imputa a la Sentencia recurrida ausencia de pronunciamiento en relación a la desestimación de la petición subsidiaria en relación con los nietos, supone, "*de facto*", estimar que la resolución concurre en el vicio de incongruencia omisiva, por lo que, teniendo dicho motivo una naturaleza procesal, procede, en primer término su examen.

Del examen de la Sentencia recurrida se infiere, que el meritado defecto no concurre.

En efecto, los fundamentos segundo y cuarto de la misma hacen alusión a los nietos, cuando se dice: "*cree que no había ninguna relación con sus hijas y nietos; que siempre decía que tenía un nieto (sic) al que no conocía*" (fundamento segundo "*in fine*"). Y sigue diciendo: "*Así las cosas, este juzgador entiende que, efectivamente, no existía esta relación entre las actoras, sus descendientes y el causante, desde hace más de treinta años; esta manifestación no se contradice con las pruebas practicadas y desde luego las llamadas a los servicios médicos no implican que reanudarán la relación*" (fundamento cuarto).



De los razonamientos expuestos, se infiere, sin género de duda alguna, que tal conclusión deriva de la propia argumentación de la sentencia que al valorar la prueba entiende que queda acreditada la falta de relación permanente durante 30 años entre el causante Sr. Santos y sus hijas y nietos.

La Sentencia es fiel en su argumentación a la exposición fáctica de la demanda rectora, puesto que, en todo momento, es la propia parte actora la que esgrime sus argumentos de la demanda (concretamente en el HECHO TERCERO al cual nos remitimos) en relación con las hijas y respecto de los nietos únicamente se refiere a la documental nº 6 aportada consistente en unas fotografías. Dicho de otro modo, la lectura del meritado hecho tercero de la demanda pone de manifiesto que son los propios demandantes los que están aludiendo, de manera reiterada "a las hijas del causante en tanto que legitimarias", y únicamente se refiere la demanda en dos ocasiones a los nietos al exponer:

" Se realizaban además frecuentes comidas familiares a las que asistían las hijas y los nietos, tal y como se acredita por las fotografías adjuntas que se acompañan de bloque documental núm. 6. (...)

Los nietos tenían una excelente relación con su abuelo lo que les hace pensar que el testamento otorgado pocos días antes de su muerte no tenía la plenitud de sus facultades psíquicas si bien dicha alegación es "obiter dicta" por cuánto no está solicitando la nulidad testamentaria sino exclusivamente los derechos legitimarios."

Y al respecto se pronuncia la Sentencia que al recoger el testimonio del D. Victorino dice:

" Que fue el suegro el que nunca se puso en contacto con los nietos para tener relación con ellos, hijas y nietos". También recoge la manifestación de la Sra. Mercedes en cuanto a que " cree que no había ninguna relación con sus hijas y nietos; que él siempre decía que tenía un nieto al que no conocía".

En el reiterado Fundamento Jurídico Tercero, la Sentencia recoge la manifestación de D^a Eva en una carta que envió a su padre refiriéndose a sus hijos del siguiente modo:

" en el mes de noviembre del 1988 remitió una carta al Sr. Santos suficientemente expresiva de su intención de no tener ningún tipo de relación con él, ni ella ni sus hijos; "me da vergüenza estar a su lado", "le ruego que de una vez por todas nos deje en paz".

Corolario de lo expuesto, es que la Sentencia impugnada recoge aquellas pruebas que considera esenciales a efectos de poder valorar la existencia o no de relaciones familiares, para concluir que tales relaciones no existieron ni con las hijas ni con los nietos.

TERCERO.- Consideraciones generales sobre la regulación de la desheredación en Cataluña.-

El artículo 451-17 CCCat define la desheredación como privación del derecho a la legítima. Así, la persona que hace testamento puede elegir a quien quiera como heredero. Es una decisión libre y sin condicionamiento. Sin embargo, de esa herencia se deberá reservar una parte, la legítima, para entregarla a determinadas personas (hijos o padres). Solo si concurren unas determinadas causas se podrá privar a esas personas, que normalmente son hijos, de esa parte de la herencia que le corresponde por Ley.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de fecha de 2 de febrero de 2017, recuerda que la legítima es una institución más frágil y endeble en la legislación catalana que en la del Código Civil, y la voluntad del testador resulta del todo primordial en el derecho sucesorio catalán.

Lo anterior viene reforzado por las modificaciones introducidas en el libro IV del *Codi Civil de Catalunya* en esta materia, recordándose ya en el Preámbulo, que se mantiene la legítima como atribución sucesoria legal y como límite a la libertad de testar, pero acentúa la tendencia a debilitarla y a restringir su reclamación.

Conforme al meritado artículo 451 - 17.e/ del CCCat, el fallecido puede privar a los legitimarios de su derecho de legítima si en la sucesión concurre alguna de las causas de desheredación que recoge, donde destaca la prevista en su apartado e) cuando dice: " La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario."

Dicho apartado e) fue introducido por la Ley 10/2008, y se refiere a la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el fallecido y el legitimario por causa exclusivamente imputable a este último.

La citada STSJCat sigue diciendo:

" (...) que el derecho a la legítima se basa en las relaciones familiares que se presumen presididas por el afecto y los vínculos de solidaridad, y supone una limitación en el derecho a la libertad de testar para resguardar a las familias de los abusos de las actuaciones discriminatorias que fomenten desavenencias y pleitos entre los familiares. Sin embargo, 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 estas comportan,

pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales (...)"

La causa invocada deberá ser probada cuando el legitimario impugne el testamento negando la realidad de la causa alegada, correspondiendo la prueba de su existencia al heredero (artículo 451-20 del CCCat), pues como dice el artículo 451-21 del CCCat, el desheredamiento injusto, o sea, sin la concurrencia de estos requisitos, permite al legitimario exigir lo que por legítima le corresponda. Por el contrario, en el caso de alegarse por el legitimario la existencia de reconciliación o perdón, sería a éste a quién correspondería probar su existencia.

Asimismo, también es importante tener en cuenta, que en materia de desheredamiento también opera el derecho de representación a tenor de lo dispuesto en el artículo 451-3.2 del CCCat, de modo que si el legitimario desheredado justamente tuviera descendientes, correspondería a sus descendientes por derecho de representación los derechos legitimarios del desheredado, salvo que el causante también los hubiera desheredado.

La STSJC de 8 enero 2018 (Rec. 210/2018), hace alusión a la anteriormente citada y alude al progresismo debilitamiento de la legítima catalana con las siguientes palabras:

" (...) recogida en la Compilación del derecho civil de Catalunya como un derecho casi real, evolucionó con la modificación sufrida por la LLei 8/1990 del derecho personal del legitimario contra el heredero, en desaparecer la mención legitimaria, y se mantuvo con la misma forma en el Codi de Successions de 1991, aplicable a nuestro caso, en que también se reguló el desheredamiento. Con la promulgación del Libro IV del CCCat, incluso conservando la institución -a pesar de la polémica doctrinal surgida, ya que una parte abogaba por su supresión-, se producen algunas variaciones importantes en la línea de restringir estos derechos, iniciados con la modificación del año 1990..."

(...) Por lo que respecta al desheredamiento, nuestra S 32/2010 de 6 de septiembre, con remisión a la anterior S 10/2003 de 24 de abril, recordaba la finalidad de esta figura (privar al legitimario de su derecho a la legítima siempre que se haga en testamento o heredamiento - y ahora también en codicilo-, con expresión de una de sus causas tipificadas por la ley y designando por su nombre el desheredado) y su reconocimiento secular en el ordenamiento catalán (conforme a las fuentes romanas que admitían "causas justas de ingratitud", el derecho catalán reconoció desde tiempo antiguo la facultad del testador de excluir nominalmente ciertos parientes de su herencia en virtud de determinadas causas graves de ingratitud y de falta de respeto, que suponían una ruptura de los deberes familiares básicos), para acabar diciendo que la regulación contenida en la Compilación de 1960 se limitó a una simple referencia al desheredamiento injusto (art 141 CDCC), de manera que no fue hasta la promulgación del Codi de Successions de 1991 que se dispuso de una regulación integral de la institución (art. 368 y ss).

(...) El Libro IV del CCCat, aprobado por la LLei 10/2008 profundiza en el proceso histórico del debilitamiento de la legítima -o de refuerzo de los vínculos familiares, según cuál sea la óptica que se tome- por la vía de introducir la causa de desheredamiento consistente en "la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario (art. 451-17.2e) CCCat (...)"

Esta misma Audiencia Provincial, en Sentencia de su Sección 2ª de fecha 1 de octubre de 2014 (Rec. 313/14) decía lo siguiente, analizando la concreta causa de desheredación concurrente en el caso presente:

" En cuanto a la falta de relación, la doctrina considera que para que exista esta ausencia de relación es necesario que no haya contacto entre el testador y el desheredado, que se hayan dejado de ver, discurriendo sus vidas por caminos diferentes. Puede haber habido una relación no familiar, mercantil o profesional, la cual no obsta para que exista esta causa de desheredación. A tal efecto habrá que atender a las costumbres que existan y se prueben en el tiempo y en el lugar. La ley no exige un tiempo mínimo de ausencia de contacto, pero deberá ser significativo atendiendo a las circunstancias.

En segundo lugar la ausencia de relación debe ser continuada y manifiesta. Es decir sucesiva en el tiempo, no bastando una mera interrupción temporal por razones profesionales, educativas o de índole análoga.

Asimismo esa falta de relación debe ser manifiesta, lo cual exige que se trate de una ausencia evidente y, por lo tanto, que sea conocida por terceras personas próximas al ambiente familiar de las partes.

En tercer lugar, la ausencia de relación debe ser imputable exclusivamente al legitimario. Esta imputabilidad del legitimario puede deberse a múltiples motivos. Es casi seguro que tanto una persona como otra pueden alegar múltiples motivos, más o menos justificados, pero en definitiva con el paso del tiempo lo que queda es el hecho de la falta de relación y es esta falta de relación la provoca la existencia de la posible causa de desheredación".

CUARTO.- Examen de la prueba rendida. Concurrencia del presupuesto de la ausencia de relación familiar entre el causante y sus hijas y descendientes.-



En el presente caso, de las pruebas practicadas en la instancia, a las que nos referimos más adelante, se ha acreditado plenamente que la ausencia de relación familiar ha sido constante y continuada en el tiempo, existiendo una profunda desavenencia entre los actores y su padre y abuelo, según se infiere de la nula relación que ha existido por parte de aquellos con el causante. Si bien lo relevante a los efectos de resolver la concurrencia de dicha causa de desheredación es la relación de las hijas con el causante, pues se trata de examinar la prevalencia entre la libertad de testar del padre, privando de la legítima a las hijas y su estirpe, o bien si éstos tienen derecho a la misma.

Que esta ausencia sea exclusivamente imputable al legitimario, en otras palabras que el causante no haya sido la causa de este alejamiento, que sólo en aquellos supuestos más sangrantes pueda producirse en ocasiones, como los malos tratos, abusos, etc... Siendo, sin duda, muy difícil valorar otras circunstancias que quedan dentro de la intimidad familiar, como podían ser las diferencias ideológicas, de carácter, desavenencias, o de cualquier otra índole, que provoque la distancia entre los legitimarios y el causante.

En estos casos el Tribunal habrá de basarse en pruebas, cuya carga, corresponde al heredero, conforme al artículo 217 de la LEC, cuanto menos suficientes e indiciarias de la inexistencia de vínculos, es decir, atendido el espíritu abierto de la causa, probar, siquiera, con indicios de razonabilidad y ponderación que se dan los dos requisitos antes citados. Quizás el requisito menos difícil, si así se pone de manifiesto por los familiares próximos y amistades de ambas, es probar la inexistencia de relación familiar, pero que esta falta de relación sea sólo imputable al legitimario-hijo, es más difícil de probar, salvo, como ya se ha expuesto, en aquellos supuestos fragantes y conocidos. En efecto mayor dificultad conlleva probar aquellos hechos, que en aquellos que dependen de los lazos familiares afectivos, que, no necesariamente han de ser imputados al legitimario.

Entrando en el análisis de la prueba, es concluyente la misma en orden a la mala relación del causante con sus hijas, la carta que una de ellas, concretamente Eva, remite a su padre en fecha 7 de noviembre de 1988, donde pone de manifiesto su clara intención de no tener relación alguna con su padre, ni ella ni sus nietos, y así dice: " *me da vergüenza estar a tu lado, le ruego que de una vez por todas nos deje en paz*" (documento nº 2 de la contestación). De esta carta se infiere que el abuelo y causante tiene relación con sus nietos y a la que Eva tiene intención de poner fin cuando dice: " Santos y Victorino . Están bien atendidos, no necesitan nada más. Si necesitan que los deje en paz, porque les está llenando la cabeza de cosas raras... Bueno que los pase Ud., bien y deje vivir a los demás en paz que no le molestamos en absoluto".

La meritada misiva, " *per se*", pone de manifiesto que la hija Eva rechaza la relación de ella y de sus hijos con su respectivo padre y abuelo y ello así ha sido hasta el fallecimiento de este último y si bien, " *prima facie*", podría concluirse que de las dos hijas del causante, solo Eva es la que rechaza la relación, ello es extensible a la otra hija Felicidad, cuando se dice en la carta: " *Vd. tiene dos hijos, los demás no le son ni familia.....sus dos hijas no lo son, su esposa esta con usted...*". Son las dos hijas las que rechazan a su padre, y ello, trae causa, como se dice en la contestación, en el hecho de que, el padre y causante D. Santos se separó de su esposa D^a Eva hace más de 25 años, lo que determinó que ninguna de las dos hijas apoyaran al padre y se decantaran por su madre. Cuando ocurrió tal separación, ambas hijas eran mayores de edad y se hallaban emancipadas, hecho este que no ha resultado controvertido.

Tal situación devino en que, fueron la hermana de D. Santos y los hijos de ésta, los que le cuidaron y así consta en el "informe d'epicrisi" de fecha 14.07.2015 que se acompaña a la demanda de documento nº 7 donde se dice:

" *Antecedents personals: Estat basal: vivía sol. No relació amb els fills. Té una germana i uns nebots, que acudeixen per informació. Vivía sol, supervisió per AVD*". Estas siglas equivalen a "Asistente para las actividades de la vida diaria"; dicho de otro modo, era una Asistencia Social la que le ayudaba a vestirse, ducharse y realizar las tareas básicas de la vida ordinaria.

Es relevante el documento del IAS, informe clínico de D. Santos que pone de manifiesto que las hijas efectuaron dos únicas llamadas al médico que atendía a su padre, para interesarse sobre su estado de salud, y asimismo consta que aquel insistió en que no tenía ni quería relación con ellas y que ya tenía persona que le asistía y contacto con el asistente social.

Del mismo modo, el Consorci de Benestar Social (Documento a folios 201 y vuelto), pone de manifiesto que D. Santos acudió en el año 2012 a solicitar una tele asistencia, sin que conste la intervención de sus hijas ni interés alguno de las mismas hasta dos meses antes de su fallecimiento; que se le puso en conocimiento del interés de sus hijas y el Sr. Santos manifestó que no quiere saber nada de ellas, porque en su separación tomaron partido por su exmujer y a él le han olvidado; que él había decidido también perder el contacto con ellas.

El meritado informe concluye de la siguiente manera:

"No vol saber res d'elles, diu que han pres partit per la seva exdona i a ell l'han oblidat, les ha desheredat."

**QUINTO.- Examen de la prueba testifical practicada.-**

Finalmente y en aras a dar respuesta a los motivos del recurso, los testimonios que se recogen en el mismo tienen una apariencia de "parcialidad" en tanto que son parte interesada en el fondo del proceso, por lo que sus declaraciones no pueden ser, prueba única y suficiente.

A) En efecto, debe ponerse en duda la veracidad de testimonio del Sr. Victorino, por cuanto el mismo tiene un interés manifiesto en el proceso por su cercanía con el caso esto es, por ser esposo de Felicidad, una de las actoras e hija del causante, tal circunstancia reclama ponderar prudentemente sus manifestaciones puesto que no podemos obviar la afectación de un interés notorio del mismo en el caso.

Destaca el recurso de apelación que el señor Victorino " *identifica a cada miembro de la familia que aparece en las fotografías con el causante Sr. Santos, (bloque documental n. 6 del escrito de demanda) identificando al Sr. Santos con los nietos (hijos de Eva y Felicidad) e incluso algún bisnieto*".

Examinada la prueba no es cierto que identificara en el acto del juicio a cada uno de los miembros de la familia por cuanto no hay ni una sola fotografía del Sr. Santos con los hijos de Felicidad y por tanto en ningún momento identifica a ninguno de los hijos de Felicidad, es decir sus propios hijos. Además, el Señor Victorino confunde por duplicado a dos de los hijos de Eva, Jenaro y Gustavo, lo que permite poner en duda la certeza tanto de las personas que aparecen en las fotografías como de los años en que señala que se tomaron. Además, cómo señala en la Sentencia objeto del presente recurso, en las fotografías no consta fecha alguna que permita acreditar la certeza de las fechas indicadas por el Sr. Victorino. Y en caso de ser ciertas las fechas a que se refiere el Sr. Victorino, la existencia de 6 fotografías tomadas de forma muy alejada en el tiempo no son pruebas de la existencia de una relación familiar normalizada. Tan sólo ponen de manifiesto que hubieron concretamente 6 visitas esporádicas que lo único que acreditan es la voluntad del Sr. Santos de tener un acercamiento hacia sus nietos y no una relación manifiesta y continuada en el tiempo. En efecto cómo señala el Sr Victorino solamente aparece en una de las fotografías su hija Eva y en el resto de las fotografías estarían los nietos, pero en ninguna aparece Felicidad.

B) La pretendida reconciliación no resplandece del material probatorio, y si realmente hubiese existido la misma, o bien unas visitas continuadas en el tiempo, es extraño que no existan fotografías de ello sobre todo teniendo en cuenta la era de digitalización en la que nos encontramos pues resulta evidente que si la relación hubiese existido hubiesen podido aportar más fotografías y no ha sido el caso.

C) En cuanto a la testifical del Sr. Saturnino, manifiesta que el señor Santos era íntimo amigo de su padre y que lo veía muy a menudo; que conoce al señor Santos casi desde siempre y que no conoció ciertamente a sus hijas hasta el día del entierro del Señor Santos. También afirma que trabajaba con él en La Masía can Boada donde también trabajaba Caridad. También manifiesta que el señor Santos se veía mucho con su padre. Puesto que trabajaba en dicha Masía, que estaba justo al lado de la vivienda de su padre, el Sr. Santos iba a verle cuando salía de trabajar de la masía can Boada. Teniendo en cuenta que como han afirmado los tres testigos propuestos por los demandados, el Sr. Santos trabajaba en Can Boada desde hacía unos 20 años es evidente el señor Benito se está refiriendo a los últimos 20 años cuando ya estaba separado el causante de su esposa. Por ello no es sorprendente, que no conociera a sus hijas pues quizá las relaciones de amistad entre el padre del señor Saturnino y el señor Santos se intensificaron a raíz de que el señor Santos se fuera a trabajar a dicha Masía.

D) En relación a la testifical de D^a Caridad, persona que cuidó del causante y recibió un legado, en tanto que legataria la misma no tiene interés alguno en el presente procedimiento por cuanto la legítima se exige a los herederos y no afecta en modo alguno a los legados. De afectarle el derecho a la legítima estaría también demandada en el presente procedimiento y no es el caso.

Es precisamente esta persona, que veía cada día al causante y que como manifiesta, lo sentía como una persona de su familia, es la que afirma haber visto a sus hijas como máximo dos veces en 20 años, y nunca a sus nietos, que los actores no le visitaban con frecuencia ni se veían con frecuencia y que desde que conoció al causante, esto es hace más de 20 años, no existía una relación familiar normal entre los actores y el Sr. Santos.

Esta testigo, hace referencia a un hecho de suma relevancia, concretamente que el Sr. Santos acudió a la boda de uno de los nietos. Ello prueba que el Sr. Santos intentó un acercamiento respecto de sus hijas y nietos. No obstante, lo único que obtuvo fue el rechazo de una de sus hijas que al ir él a la boda, ella ni fue por cuánto no quería verle. Este hecho demuestra que la falta de relación familiar no puede ser imputable al Sr. Santos sino a sus propias hijas.

E) Respecto de la testifical de la Sra. Visitacion, la misma señala que conocía al Sr. Santos desde hace 20 años y que le veía cada día por cuánto trabajaba en La Masía can Boada con su suegra y que para ella era como parte de la familia y aún y así no conocía a las hijas del Sr. Santos, no las había visto nunca, ni a ellas



ni a sus nietos. La relación era tan estrecha que incluso la avaló con ocasión de la compra de su vivienda. Asimismo afirma que cuando el Sr. Santos cayó enfermo su suegra le cuidaba, le lavaba la ropa, le daba de comer y hasta le daba la medicación y le curaba. Además era ella y no las hijas del señor Santos la que le acompañaba al médico para sus visitas.

Estos últimos testigos propuestos por los demandados (el Sr. Saturnino, la Sra. Mercedes y la Sra. Visitacion) no tienen ningún interés directo ni indirecto en el fondo del asunto.

En conclusión, resulta acreditado, que existió un enorme problema familiar con ocasión de la separación del Sr. Santos y de la madre de sus hijas, la cual se fue a vivir con Felicidad. Ello evidencia el posicionamiento adoptado por Felicidad en "contra" de su padre pues como señala el testimonio del Sr. Victorino, no había relaciones familiares por tener a su suegra en casa.

Es evidente que si no hay relaciones familiares en principio puede ser debido a cualquiera de las partes, pero manifestar que no había relaciones familiares porque tenía a su suegra en casa o porque chocaban es una mera justificación para no querer ver a alguien, pues si hubieran querido hubieran mantenido relaciones familiares fuera de la casa o sin que estuviera la exmujer. En cambio, decidieron tener relaciones familiares habituales y normales con su madre y no con su padre, siendo incompatible tenerlas con ambos puesto que como señala el Sr. Victorino en su testimonio, "chocaban". La postura mantenida a lo largo del tiempo, esto es durante más de 30 años, la reconoce el propio Sr. Victorino que manifiesta que no tenían relaciones familiares habituales, ni pasaban juntos ni navidades ni cumpleaños ni fechas señaladas con el Sr. Santos. Ello evidencia que la falta de relación familiar manifiesta absoluta continuada y permanente en el tiempo, esto es durante más de 25 años es única y exclusivamente imputable a los actores, y que la carta enviada por Eva a su padre no es un simple enfado puntual sino un comportamiento y una decisión de no tener relación con su padre que se mantuvo en el tiempo.

SEXTO.- *La causa de desheredación es también imputable a los nietos del causante.- Validez de la expresión "estirpe" en la cláusula de desheredación.-*

Por otra parte tampoco procede la manifestación vestida en el recurso respecto de la nulidad de la cláusula testamentaria de desheredación respecto de los nietos a los que se refiere en el testamento, como "a toda su estirpe", no vulnerándose el artículo 451-18 del Libro IV del CCC.

La cláusula testamentaria de desheredamiento cuestionada en la demanda rectora, no es nula por cuanto ha concurrido "ausencia manifiesta y continuada de la relación familiar entre el causante y los legitimarios" y ello exclusivamente imputable a los legitimarios, de acuerdo con lo establecido en el reiterado artículo 451-17.2e) del Libro IV del CCCat.

En dicha cláusula se manifiesta que:

"Deshereta a les seves filles Eva i Felicidad i a la seva estirp, per la causa prevista en l' article 451-17.2.e) del Codi Civil de Catalunya"

El causante hace referencia a su estirpe, esto es, a todos los descendientes del mismo, por cuanto, a la fecha del fallecimiento todos ellos por su edad, reunían un mínimo de aptitud para ser desheredados, a los que también se les imputa una conducta incurrida en el artículo 451-17.2.e) del CCCat, "Item más", dado que el causante no tenía relación con sus hijas y sus nietos, tal y como se ha acreditado, desconocía si éstos últimos habían tenido hijos (puede que conociera a alguno pero los pudo ver en una ocasión y por tanto no conocer sus nombres y apellidos). Es más, con una de sus hijas (Felicidad) y los hijos de ésta no existe prueba cierta de que se vieran con el Sr. Santos, lo que implica que no conociera los nombres de los bisnietos. La comunicación con sus hijas era nula y por tanto resulta evidente y hasta cierto punto lógico, dadas las circunstancias concurrentes, que no les iba a preguntar los nombres de los bisnietos en caso de haberlos, para desheredarlos.

Es lógico pensar, asimismo, que tampoco sabía quién le sobreviviría, por ello se refiere a su "estirpe". En cualquier caso, en el momento de formalizar el testamento fue el Notario quien, en base a la voluntad del testador, redactó la cláusula de desheredamiento, debiendo primar la voluntad del testador sobre los requisitos formales y, de forma coadyuvante, la fe pública notarial.

Como requisito formal, el libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (Ley 10/2008, de 10 de julio) recoge una puntualización que no contempla el Código Civil, exigiendo la designación nominal del desheredado. Si bien es cierto que en el testamento no se designa nominalmente a los nietos, no podemos entender, de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia, que dicha formalidad o solemnidad sea causa de nulidad, debiendo prevalecer el principio del "favor testamenti" y el principio General de Derecho de conservación de los actos y negocios jurídicos sobre los requisitos formales del testamento, sobre todo teniendo en cuenta los hechos concurrentes en el presente asunto: la ausencia de relación familiar notoria,



habitual y prolongada en el tiempo entre el Sr. Santos y los actores. En cualquier caso, no se adivinan causas de nulidad de las previstas en el art. 422.2 CCCat sobre nulidad de disposiciones testamentarias, entre las que no se encuentra la falta de designación nominal como causa de nulidad de una disposición testamentaria.

Así por ejemplo, el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, en Sentencia 535/2018 de 28 Sep. 2018, Rec. 968/2016 señala:

" Se podría objetar, si la anterior interpretación, y a efectos puramente dialécticos fuese dudosa, que la forma del testamento constituye una garantía del testador respecto a la exactitud y permanencia de su voluntad testamentaria. Que no es, por tanto, un elemento inútil (sentencia 694/2009, de 4 de noviembre).

Insiste en ello la sentencia 789/2009, de 11 de diciembre, al afirmar que "[...] la exigencia de forma en el testamento obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador que debe cumplirse cuando ya ha fallecido...".

Pero matiza que "[...] sin embargo, esta necesidad debe coordinarse con el principio favor testamenti, especialmente cuando en el testamento interviene el notario...".

Tal argumento constituyó, entre otros, " ratio decidendi" de la sentencia 622/2016, de 19 de octubre, que remite a lo sentado en la sentencia 435/2015.

En esta se afirma que:

"[...] De esta nueva configuración, tendente a flexibilizar el ámbito de la ineficacia contractual, también participa el principio de "favor testamenti", como una proyección particularizada a la peculiar estructura y naturaleza de los negocios jurídicos mortis causa, de forma que, constatada la autenticidad de la declaración y el plano sustantivo de la capacidad, debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, sólo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada. De ahí, que en contra de lo alegado por la parte recurrida, cobra más sentido, hoy en día, el criterio de flexibilidad que ya aplicó la antigua Sentencia de 24 de abril de 1896, descartando la necesidad de que el cumplimiento del plano formal del juicio de capacidad se tenga que materializar, a su vez, de un modo expreso y ritualista, bastando con que de cualquier otro modo, o con locución distinta, se exprese con claridad dicho juicio de capacidad.

En suma, como afirma la sentencia 170/2012, de 20 de marzo, "la declaración de nulidad de un testamento no puede ser exageradamente formalista, para no dañar el principio de la suprema soberanía de la voluntad del causante".

Aunque a la sala no se le plantean dudas interpretativas, se ha querido puntualizar que, si así fuese, nos habríamos de inclinar por la menos restrictiva, en atención al favor testamenti como respeto a la voluntad de la testadora."

En relación al principio del "favor tetamenti" en en el derecho catalán se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Sentencia 31/2014 de 8 May. 2014, Rec. 173/2012:

" También en la STSJC 32/2006, de 4 de septiembre, se recuerda en su FJ. 8º que el principio rector aplicable es el de la conservación del testamento ("favor testamenti"), con cita de jurisprudencia de la Sala en que de conformidad con la tradición jurídica catalana existe una convicción social de reducir al mínimo esencial la exigencia de las formalidades testamentarias y que la configuración del sistema testamentario en Cataluña se ha caracterizado por una clara tendencia y efecto de simplificación de las formalidades y de sobriedad de las formas".

De otro lado, la Resolución de 23 de mayo de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, establece que:

" será suficiente la individualización del desheredado de alguna manera, sin que sea necesario que se exprese su nombre."

Mas explícita por similitud al presente supuesto analizado, resulta la Resolución de la DGRyN de 25 de mayo de 2017. El testamento que da origen a la partición tenía este tenor:

"Deshereda a sus hijas doña Coro ,doña Elena ., doña Estefanía ., habidas de su anterior matrimonio., y a todos los descendientes de éstas, por la causa establecida en el artículo 853, número 2.º del Código Civil".

La DGRN sienta una doctrina muy exigente para asegurar la eficacia de la desheredación:

" A/ La declaración de desheredación ha de ser expresa y determinada, en cuanto a causa y en cuanto a identificación de los desheredados.



- La expresión de la causa legal, ha de ser una de las tipificadas por la ley y ha de ser anterior al otorgamiento del testamento, si bien la expresión de la causa puede hacerse, bien por referencia a la norma que la tipifica, bien mediante la imputación de la conducta tipificada.

- Identificación suficiente del legitimario desheredado: ha de exigirse con el mismo rigor que se exige para la designación de heredero "por su nombre y apellidos" (artículo 772 del Código Civil). Subsidiariamente habrán de ser perfectamente determinables, por estar designados de manera que no pueda dudarse de quien sea el sujeto afectado.

Pero esta identificación, en el caso tratado, era para el testador imposible, pues no sabía siquiera si tenía o no nietos y menos aún sus nombres, lo que sin duda deja clara la falta de afección y abandono, (...).

Mitigando este rigor de efectuar una designa nominal exacta de los desheredados, la Resolución de 6 de mayo de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ante un supuesto en el que el testador deshereda al único hijo que tiene por la causa del 853.1 del Código Civil e instituye a la viuda como heredera universal, la heredera otorga la escritura y manifiesta "1º.- Que no le consta la existencia, y consecuentemente el paradero, del hijo del causante, del que ni ella ni su esposo, el causante, ni el entorno familiar, han tenido noticias desde hace más de cuarenta años. 2º.- Que, en la misma forma, no le consta si dicho hijo tiene o tuvo descendencia.

La DGRN entiende que desheredado el legitimario, basta con declarar en la herencia que se desconoce si tiene descendientes.

Pues bien, habiéndose acreditado en el presente procedimiento y recurso, la concurrencia de la causa de desheredación, eso es, la falta de relación familiar entre el causante y sus hijas y nietos por causas imputables tanto a las hijas como a los nietos, debe primar este hecho respecto de las formalidades del testamento, atendiendo, como se exponía anteriormente, al espíritu y finalidad de la norma y al principio "*favor testamenti*" tan predicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y la intención del testador no fue otra que la de desheredar aquellas personas que le habían rechazado continuamente desde hacía 25 años. Solamente existieron 4 visitas esporádicas a lo largo de la vida del causante tras su separación.

SEPTIMO.- *Costas y depósito para recurrir.-*

La desestimación del recurso vocaciona en la imposición de costas a los recurrentes con pérdida del depósito constituido para recurrir.

FALLO

1.-DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación causídica de Eva , Felicidad , Ismael , Jacobo , Gustavo , Jenaro , Joaquín , y Gema .

2.- CONFIRMAMOS la Sentencia de fecha 11.12.2019 del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Girona dictada en JO 1593/18.

3.- Imponemos las costas del recurso a los recurrentes, lo cuales perderán el deposito constituido para recurrir.

Esta Sentencia es susceptible de recurso extraordinario de casación y de infracción procesal para ante el TSJCatalunya, en el término de 20 días siguientes a su notificación.

Lo acordamos y firmamos.

Los **Magistrados:** D. Fernando Lacaba Sánchez, Dª Nuria Lefort Ruiz de Aguiar y D. Alexandre Contreras Coy.

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).