



Roj: **SAP GI 977/2014 - ECLI:ES:APGI:2014:977**

Id Cendoj: **17079370022014100114**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **2**

Fecha: **01/10/2014**

Nº de Recurso: **313/2014**

Nº de Resolución: **267/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA ISABEL SOLER NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRONA

### SECCION SEGUNDA

Rollo de apelación civil: nº 313/2014

Proviene: JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 4 BLANES

Procedimiento: nº 692/2011

Clase: procedimiento ordinario

#### **SENTENCIA 267/14.**

Ilmos. Sres:

PRESIDENTE

D. JOAQUIM FERNANDEZ FONT

MAGISTRADOS

D<sup>a</sup>. MARIA ISABEL SOLER NAVARRO

D. JAUME MASFERRE COLL

Girona, a uno de octubre de dos mil catorce.

En esta segunda instancia ha comparecido como parte apelante Dña. Manuela , representada por la Procuradora Dña. JESSICA GARCIA CASADEVALL y defendida por la Letrado Dña. SÒNIA AMETLLER BALTRONS.

Ha sido parte apelada Dña. María Rosa , D. Leon , D. Severino Y D. Pedro Francisco , representados por la Procuradora Dña. FRANCINA PASCUAL SALA y defendidos por el Letrado D. JOSE TORNEDO .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El presente proceso se inició mediante la demanda presentada en nombre de Dña. Manuela contra Dña. María Rosa , D. Leon , D. Severino Y D. Pedro Francisco .

**SEGUNDO.-** La sentencia que puso fin a la primera instancia dice en su parte dispositiva: " *Que desestimo la demanda formulada por la procuradora de los tribunales doña María del Mar Ruiz Ruscaldeda, actuando en nombre y representación de doña Manuela , contra don Leon , don Severino y el menor Pedro Francisco (representado por doña María Rosa ) . Se condena a doña Manuela al pago de las costas "*.

**TERCERO.-** En aplicación de las normas de reparto vigentes en esta Audiencia Provincial, aprobadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, ha correspondido el conocimiento del presente recurso a la Sección Segunda de aquélla.



**CUARTO.-** En su tramitación se han observado las normas procesales aplicables a esta clase de recurso, habiendo efectuado las partes las alegaciones que pueden verse en los respectivos escritos presentados en esta segunda instancia, a los que se responde en los siguientes fundamentos jurídicos. Se señaló para la deliberación y votación del recurso el día 29 de septiembre de dos mil catorce.

**QUINTO.-** Conforme a lo establecido en las indicadas normas de reparto, se designó ponente de este recurso al Ilmo. Sr. MARIA ISABEL SOLER NAVARRO quien expresa en esta sentencia el criterio unánime de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso de apelación de la actora. D<sup>a</sup> Manuela se funda en que debe estimarse la demanda, en primer lugar por tener que estimarse la petición principal formulada en la demanda en relación a la nulidad del desheredamiento de la actora al ser de aplicación lo dispuesto en el art 9.1 y 9.8 del Código Civil la ley a aplicar es la alemana y no el derecho civil catalán; y en segundo lugar por tener que estimarse la petición subsidiaria, por no concurrir en el supuesto presenta la causa invocada en el testamento y acogida en la sentencia, en relación al art 451.17.e) del Civil de Catalunya, consistente en la "ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el testador y su hijo por causa imputable exclusivamente a éste".

La parte apelada solicita la confirmación de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** En cuanto al primer motivo del recurso, conforme a lo dispuesto en el Art. 9.8 del Código Civil la sucesión se rige por la ley personal del causante con independencia del lugar de fallecimiento y en consecuencia teniendo el fallecido la nacionalidad Alemana, será la ley Alemana la que deberá aplicarse al supuesto de autos. Dicho lo cual también debe tenerse en cuenta que para aplicar dicha ley personal la parte actora le incumbe acreditar debidamente del derecho alemán aplicable al supuesto presente que, y esto es lo que la parte recurrente no acredita y ni tan siquiera en la demanda donde se insta la demanda, se hace mención alguna a la Ley Alemana que debe aplicarse.

La insistencia por parte de la parte apelante actora en el proceso, y ahora en esta alzada, en que debe aplicarse el derecho nacional de la causante, -el derecho alemán-, pues no es un hecho controvertido que tal era su nacionalidad en el momento de su fallecimiento, y por aplicación del artículo 9.8 del Código Civil, es el aplicable, sin embargo esta insistencia de la parte apelante no ha ido acompañada de la acreditación por su parte de la existencia, vigencia y alcance en consecuencia debe aplicarse al supuesto presente el CCC al ser la vecindad civil del causante la catalana, como así lo aplica la sentencia de Instancia.

Y a estos efectos, se debe decir, como ya de forma extensa y pormenorizada recoge la sentencia de Instancia, que el derecho extranjero "será objeto de prueba", ( artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ). Y dice a estos efectos el Tribunal Supremo, Sala 1<sup>a</sup>, en su Sentencia de fecha 13 de diciembre de 2000, n<sup>o</sup> 1132/32000, rec. 3275/1995, Ponente Excmo. Sr. Don Antonio Romero Lorenzo: "...las sentencias de 11 de mayo de 1989 y de 3 de marzo de 1997 consideran al derecho extranjero como cuestión de hecho que, por tanto, corresponde alegar y probar a la parte que lo invoca. A su vez, las de 9 de noviembre de 1984 y 10 de marzo de 1993, aluden a que los órganos judiciales tienen la facultad pero no la obligación, de colaborar con los medios de averiguación que consideren necesarios. Por otra parte, la sentencia de 23 de octubre de 1992 recuerda que no puede en España aplicarse de oficio la ley extranjera, cuando la misma no ha sido alegada suficientemente"; y añade la calendada Sentencia, "Nos encontramos, así, ante el supuesto, estudiado por diversas resoluciones de esta Sala, en que los órganos judiciales se ven imposibilitados para fundamentar la aplicación del derecho extranjero, ya porque no ha sido suficientemente acreditada su exacta entidad o su verdadero alcance e interpretación, ya porque, como aquí sucede, la parte que lo invoca se ha desentendido totalmente de la actividad inherente a la carga de la prueba que respecto al mismo, como cuestión de hecho, pesa sobre ella. La solución a que ha llegado la doctrina jurisprudencial a que nos referimos, ( SS. de 7 de Septiembre de 1990, y 11 de Mayo de 1989, entre muchas otras) es la de que procede resolver la cuestión debatida con arreglo a las normas de derecho sustantivo de nuestro propio ordenamiento jurídico".

Aplicándolo al caso presente en que ninguna prueba se ha aportado, solo cabe confirmar lo resuelto en la sentencia de Instancia por sus propios y acertados razonamientos al respecto.

**TERCERO.-** Sentado lo anterior, en cuanto al segundo motivo del recurso de apelación gira en torno a la procedencia o no de apreciar la causa de desheredación del artículo 451-17-2, letra e) del Codi Civil de Catalunya y a si de la prueba practicada se desprende que debe apreciarse la concurrencia de esa causa.

El Codi Civil de Catalunya introdujo en el artículo 451.17-2, letra e) la causa de desheredación 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.



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.

Ya hemos visto que el Codi Civil de Catalunya se exige que la ausencia de relación sea siempre imputable exclusivamente al legitimario, lo que exige la prueba de esa imputabilidad que deberá acreditarse por medio de las pruebas admisibles en derecho.

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 el actor y su padre, según se infiere de la nula relación que ha existido por parte de la actora con su padre. Si bien lo relevante a los efectos de resolver la concurrencia de dicha causa de desheredación es la relación de la hija con el causante, pues se trata de examinar la prevalencia entre la libertad de testar del padre, privando de la legítima a la actora, o bien si ésta tiene derecho a la misma.

Como dice la SAPB, Secc. 14 Rec. 646/2012, de fecha 13/02/2014 : " 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 sin duda los tribunales habrán 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 ha 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. "

En el supuesto presente, si bien es cierto que el que abandono el domicilio que compartía con la apelante fue el causante, y también es cierto que la sentencia no estima acreditado la existencia de malos tratos de la apelante en relación a su padre, también lo es que no estamos en un supuesto en que el causante se sintió desatendido los últimos años de su vida o que la única causa de la falta de relación sea atribuible al causante por la mala relación con el que en aquel momento era su esposo , sino que resulta evidente que las relaciones entre el causante y su hija no eran pacíficas desde que la misma contrajo matrimonio, por discrepancias con el marido de la apelante, sin embargo esta mala relación no se erige en causa suficiente de desheredamiento conforme a la dicción literal del precepto. Lo que acontece en el caso presente es que además ha existido una separación continuada y manifiesta, como queda evidenciado a través de los testimonios, de las personas más cercanas al causante en los últimos años de su vida, el Sr Jesús amigo del causante con el cual mantenía una relación de amistad, como queda evidenciado que el mismo es beneficiario de un legado en el testamento del causante, al legarle el usufructo vitalicio de la vivienda sita en Lloret de Mar , CALLE000 nº NUM000 - NUM001 , piso NUM002 , puerta NUM002 , y la plena propiedad del coche automóvil, y de la Sra. Teresa , que es la persona que prestaba servicios de limpieza en el domicilio del causante desde hacía años, ambos han coincidido, en que desde el año 2008 en que el causante dejó el domicilio de su hija, no volvieron a tener relación. Así la Sra. Teresa manifestó en el interrogatorio practicado que hasta donde ella sabe no volvió a haber un acercamiento con su hija. Por su parte el Sr Jesús , manifestó que durante dos o tres años no



hubo relación alguna, que si algún se habían cruzado por la calle no se miraban. Y si bien es cierto que la misa desconocía que el mismo estaba afecto de una grave enfermedad por no querérselo comunicar su padre, como refirió el testigo Sr. Jesús, de ser cierto lo manifestado por la misma que hablaba por teléfono con su padre e iban a tomar café de vez en cuando la misma no hubiera podido desconocer la evidencia de que padecía una grave enfermedad aún desconociendo cual era o hubiera podido informarse a través de familiares o de las personas cercanas a su padre, como la testigo Sr. Teresa y el testigo Sr. Jesús del estado de salud de su padre, nada de lo cual ha quedado acreditado en el caso presente aconteciese al no haber sido aportadas pruebas por la parte apelante, más allá de su propia manifestación. En consecuencia no podemos acoger las alegaciones de la parte apelante, en el sentido de que la causa de inexistencia de relación solo puede atribuirse al causante al abandonar este el domicilio, y no ser la apelante quien decidió echarle de la misma, ya que como hemos referido dicha marcha se efectuó en un determinado contexto en que había mediado una amenaza por parte del marido de la actora, como lo acredita la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Arenys de Mar de fecha 10 de diciembre de 2008, confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de uno de septiembre de 2009, que condeno al marido en aquel momento de la apelante, como autor de una falta de amenazas acordando la prohibición de acercamiento al padre de la actora a una distancia no inferior a quinientos metros.

De las pruebas practicadas, testimonios de las dos personas más cercanas al causante, ha quedado acreditado que desde el año 2008 en que el causante abandono el domicilio en que también vivía su hija no hubo más contacto entre el testador y la apelante desheredara, dejándose de ver, discurriendo sus vidas de forma separada, y que esta ausencia de relación es imputable a la actora lo que ha de conllevar a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia apelada.

**CUARTO.-** Que de conformidad con lo dispuesto en el Art. 398 de la L.E.C., al desestimarse el recurso de apelación, las costas de esta alzada se impondrán a la parte apelante.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

**Que Desestimando** el recurso de apelación formulado por la Procuradora Dña. JESSICA GARCIA CASADEVALL, en nombre y representación de Dña. Manuela, contra la Sentencia de fecha 21/11/2013, del JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 4 BLANES dictada en los autos de procedimiento ordinario nº 692/2011, de los que el presente rollo dimana, **CONFIRMAMOS ÍNTEGRAMENTE** dicha resolución, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante y con pérdida del depósito constituido para recurrir al cual se le dará el destino legal.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta y transitoria tercera de la LEC 1/2000, contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Notifíquese esta sentencia a las partes y déjese testimonio de ella en el presente Rollo y en las actuaciones originales, que se devolverán al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción del que proceden.

Así lo ha decidido la Sala, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados ya indicados, quienes, a continuación, firman.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente D<sup>a</sup>. MARIA ISABAE SOLER NAVARRO, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de todo lo que, certifico.