



Roj: **SAP MA 1041/2017 - ECLI:ES:APMA:2017:1041**

Id Cendoj: **29067370042017100429**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **4**

Fecha: **17/04/2017**

Nº de Recurso: **449/2015**

Nº de Resolución: **239/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAIME NOGUES GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA.

SECCIÓN CUARTA.

PRESIDENTE ILMO. SR.

D. JOAQUÍN DELGADO BAENA.

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D. ALEJANDRO MARTÍN DELGADO.

D. JAIME NOGUÉS GARCÍA.

RECURSO DE APELACIÓN 449/2015.

PROCEDENCIA: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO CINCO DE DIRECCION000 .

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 202/2012.

S E N T E N C I A Nº 239/2017

En la ciudad de Málaga a diecisiete de abril de dos mil diecisiete.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación frente a la sentencia dictada el 10 de marzo de 2015, en procedimiento ordinario 202/2012, procedente del juzgado de Primera Instancia número Cinco de DIRECCION000 , interpuesto por don Cristobal , demandante en la instancia, que comparece en esta alzada representado por la procuradora doña María Luisa Benítez-Donoso García, defendido por el letrado sr. Muixi Vallés. Son parte recurrida los herederos de doña Filomena , los menores Lázaro y Salome , y en su nombre el tutor legal don Serafin , demandados en la instancia que comparecen en esta alzada representados por la procuradora doña Alejandra Benítez Cruz, defendidos por la letrada sra. Molina Serrano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La Magistrada-Juez del juzgado de Primera Instancia número Cinco de DIRECCION000 dictó sentencia el 10 de marzo de 2015 , en el procedimiento ordinario 202/2012, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

" Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por doña Candida en nombre de Cristobal representado por el Procurador de los Tribunales, Sra. Benítez Donoso frente a doña Filomena , DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la citada demandada de los pedimentos deducidos en su contra declarando como ley aplicable a la sucesión de don Carlos Alberto de **nacionalidad** británica fallecido en Marbella el 20 de marzo de 2011 la legislación inglesa, válido el testamento otorgado el día 3 de abril de 2008 por el Sr. Carlos Alberto ante el Ilustre Notario Sr. Pardo Morales, con condena en costas para la parte actora" .



SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por el demandante y admitido a trámite, el juzgado realizó los preceptivos traslados y transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. La votación y fallo ha tenido lugar el día 20 de marzo de 2017, quedando visto para sentencia.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Es ponente el Magistrado don JAIME NOGUÉS GARCÍA, quien expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Interpone el demandante recurso de apelación frente a la sentencia que ha desestimado la demanda formulada frente a los herederos de doña Filomena , por la que solicitaba el reconocimiento de los derechos hereditarios del menor Cristobal en el testamento otorgado por su difunto padre, don Carlos Alberto , con reducción de la institución de heredero en lo que perjudicara a su legítima, alegando como motivos del recurso error en la valoración de la prueba y en la aplicación del derecho, con infracción de los artículos 217 , 218 , 318 y 319 LEC , pues contrariamente a lo razonado en el fundamento de derecho segundo, no ha instado la nulidad del testamento del difunto sr. Anselmo , acreditando dicho instrumento público que el mismo tenía su domicilio en DIRECCION000 , extremo que la juzgadora de instancia no ha valorado convenientemente, vulnerando su derecho a la tutela judicial efectiva.

La parte demandada se opone al recurso, solicitando la confirmación de la sentencia por ser ajustada a derecho.

SEGUNDO .- Don Cristobal , formuló demanda de juicio ordinario frente a doña Filomena , alegando en síntesis que don Carlos Alberto , de **nacionalidad** británica, falleció en Marbella el 20 de marzo de 2011, habiendo otorgado testamento abierto en dicha localidad el 3 de abril de 2008, en el que instituía heredera universal en todos sus bienes presentes y futuros a su esposa (con quien estaba casado en terceras nupcias) doña Filomena , habiendo omitido al demandante, nacido del anterior matrimonio del difunto sr. Carlos Alberto con doña Candida .

Hasta su fallecimiento, don Carlos Alberto poseía vivienda en España, en concreto en CASA001 , URBANIZACIÓN001 , de DIRECCION000 , aunque mantuvo vínculos con su país de origen donde desempeñaba su trabajo como asesor financiero, siendo socio de varias sociedades domiciliadas en Inglaterra, Suiza, y España, y poseía en propiedad el inmueble en que residía, por medio de la sociedad "Rukim Inversiones SL"-cuyas participaciones al 100% le pertenecían en propiedad desde el año 2007-, así como el 50% del pleno dominio de un trastero en Alicante, junto con otros bienes muebles constituidos por fondos de inversión, participaciones en sociedades, saldos en cuentas corrientes, etc.

Solicitaba el dictado de sentencia por la que se declarase que la sucesión de don Carlos Alberto debía regirse por la legislación española, en cuya virtud su hijo Cristobal tiene la condición de heredero legitimario, con participación como tal en las cuotas hereditarias, debiendo reducirse la institución de heredero en la parte que perjudique la legítima del mismo y declarar anulables los posibles actos de disposición realizados por doña Filomena en perjuicio de tales derechos, con imposición de costas a la demandada.

La sentencia dictada en la instancia ha desestimado dichas pretensiones, por las razones resumidas en los párrafos antepenúltimo y último del fundamento de derecho segundo, que seguidamente se reproduce:

« Lo cierto es que por la parte actora no se ha desplegado actividad que consiga desvirtuar el hecho de que el Sr Carlos Alberto mantenía su vínculo domiciliario con su país de origen Reino Unido, en el que desempeñaba su actividad profesional y el que visitaba con frecuencia a su hijo Cristobal (declaraciones manifestaciones del Sr. Millán , socio del Sr. Carlos Alberto y del Sr. Jose Ramón) y que tenía proyectado volver a establecer su residencia habitual en Inglaterra con el fin de que sus hijos recibieran educación británica y desarrollaran su formación según el sistema educativo inglés, proyectada la venta de sus bienes en España tal y como se manifestó pro el Sr. Jose Ramón en el acto de la vista, siendo que por demás, mantenía vínculos familiares y obligaciones tributarias en dicho país, no pasando más de 180 días de residencia en España al año sin contar con número de identificación fiscal ni tarjeta de residencia en España, sin constar empadronado en DIRECCION000 pese a tener cuentas bancarias en España, al igual que poseía cuentas bancarias en Suiza y Reino Unido, realizando continuos viajes de trabajo al Reino Unido para el desempeño de su actividad profesional de auditor y censor de cuentas en compañía de su socio Sr. Millán en la sociedad "Jack Bernard and Partners" radicada en Gran Bretaña, otorgado el testamento abierto de conformidad a la normativa inglesa sin sujeción al sistema de legítimas como otro de los indicios demostrativos de su vinculación al sistema jurídico inglés y su estrecha vinculación con dicho país, demostrativa su voluntad de continuar conservando su domicilio inglés, sin que conste por tanto adquirido domicilio de elección distinto que haga ineficaz el de origen acreditado (informe



aportado con la contestación a la demanda, nº6), por tanto no cabe sino concluir que el domicilio del Sr. Carlos Alberto no se encontraba en España continuando con su vecindad y domicilio británico de origen.

Así, por tanto, habida cuenta que el reenvío a la legislación española no es posible por cuanto que supone el fraccionamiento de la normativa legal aplicable a la sucesión hereditaria, ruptura del principio de universalidad y vulneración del principio de armonización jurisprudencialmente consagrado, y siendo que el domicilio del Sr. Carlos Alberto no se encontraba en territorio español, resulta que la legislación aplicable a la sucesión del Sr. Carlos Alberto según todo lo expuesto es la ley personal del causante, la ley correspondiente a su **nacionalidad** que es la ley que corresponde al domicilio del causante según se ha expuesto. Por tanto, según la ley de su **nacionalidad** el testamento otorgado el 3 de abril de 2008 por el Sr. Carlos Alberto en el que se omitía a su hijo el Sr. Cristobal es perfectamente válido y acorde al principio de libertad de testar que rige en la sucesión hereditaria inglesa no procediendo a la reducción de la institución de heredero contenida en dicho testamento al no existir derecho a legítima en dicha legislación que haya sido vulnerado, pues no existe el concepto de heredero legitimario tal y como es concebido en la legislación española, de tal suerte que las declaraciones contenidas en el testamento del Sr. Carlos Alberto de 3 de abril de 2008 son perfectamente válidas y ajustadas a derecho, a la normativa personal aplicable correspondiente a la ley de la **nacionalidad** del causante, con el fin de conservar el principio de universalidad y armonización de la sucesión hereditaria internacional evitando el fraccionamiento de la misma ».

TERCERO .- El motivo capital del recurso combate el pronunciamiento de la juzgadora de instancia que ha excluido la aplicación de la legislación española a la sucesión del difunto sr. Carlos Alberto por considerar que la misma se rige por su ley personal, en virtud del principio de universalidad y armonización de la sucesión hereditaria internacional, que impide su fraccionamiento, alegando en síntesis error en la valoración de la prueba y en la aplicación del derecho, al no haber tenido en cuenta que en el testamento abierto objeto de controversia designó como domicilio el inmueble que habitó en DIRECCION000 hasta su fallecimiento.

La sala comparte los razonamientos jurídicos de la jugadora de instancia, lo que permite anticipar que el recurso ha de ser desestimado, si bien debemos realizar dos precisiones:

1º) Es cierto que, como alega el recurrente en el desarrollo del motivo, la juzgadora de instancia parece haber confundido la acción ejercitada, que no es la de nulidad del testamento del difunto sr. Carlos Alberto , sino la de reducción de la institución de heredero tras la declaración como heredero legitimario de su hijo Cristobal , con arreglo a la legislación española (artículos 813 y 814 del Código Civil), pero tal error no compromete el sentido del fallo a la vista de los razonamientos contenidos en el extenso fundamento de derecho segundo, siendo correcta la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo respecto del reenvío a que alude el artículo 12.2 del Código Civil , a la que se aludirá más adelante.

2º) Carece de trascendencia alguna el domicilio del causante, y por tanto, la diatriba sobre la interpretación jurídica del concepto "domicilio" en el derecho inglés, eje fundamental de la controversia trasladada al órgano judicial mediante la demanda resuelta por la sentencia recurrida, pues el recurrente descarga todo su esfuerzo en argumentar, y probar, que el domicilio del difunto sr. Carlos Alberto se encontraba, al momento de su muerte, en Marbella, anudando la consecuencia de la aplicación de la legislación española a la sucesión testamentaria, lo que no resulta ajustado a derecho.

El difunto sr. Carlos Alberto otorgó testamento abierto el 3 de abril de 2008 ante notario de Marbella, en el que declaró ser natural de Londres (Reino Unido), de padres ya fallecidos, casado en primeras nupcias con doña Almudena , de la que se divorció, naciendo del matrimonio dos hijos, Felicidad y Melchor .

Añadía que en segundas nupcias estuvo casado con doña Candida , de soltera Sabina , de cuyo matrimonio nacieron dos hijos, Luis Francisco (fallecido) y Anselmo , estando casado en terceras nupcias con doña Filomena en la fecha en que otorgó el testamento, de cuyo matrimonio nacieron dos hijos, Lázaro y Salome , instituyendo heredera universal de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes o futuros, a su citada esposa doña Filomena , sustituida en caso de premoriencia o conmoriencia por sus hijos, Lázaro y Salome , en partes iguales con derecho a acrecer entre ellos.

Dispone el artículo 9, apartado 8, del Código Civil que "La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren".

Siendo el causante súbdito inglés, la sucesión en sus bienes, derechos y acciones se rige por su ley nacional, toda vez que ni España ni Inglaterra han ratificado el Convenio sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de muerte, hecho en La Haya el 1 de agosto de 1989, por lo que no resulta de aplicación su articulado, y atendiendo al domicilio declarado en el testamento abierto, coincidente con el reseñado en el certificado de defunción, el sr. Carlos Alberto residía en URBANIZACIÓN001 , CASA001 , DIRECCION000 , en virtud del



reenvío a la Ley española que prevé el artículo 12.2 del Código Civil , el demandante solicita la aplicación del derecho español, y por tanto, su reconocimiento como heredero legitimario, pretensión que ha sido rechazada por la juzgadora de instancia al negar eficacia al reenvío por implicar el fraccionamiento de la normativa legal aplicable a la sucesión hereditaria, ruptura del principio de universalidad y vulneración del principio de armonización jurisprudencialmente consagrado, argumento que viene manteniendo de forma constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y en tal sentido la sentencia de 12 de enero de 2015 (Recurso 1957/2012), aunque referida a un supuesto en el que el único bien objeto del testamento abierto otorgado por un súbdito inglés en España se encontraba en nuestro país, reitera dicha doctrina en los términos siguientes: "(...) *no puede desconocerse que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, si por tal entendemos la desarrollada a partir de a Sentencia de 15 de noviembre de 1996, ha flexibilizado la aplicación meramente literal del reenvío, tal y como se contempla en el artículo 12.2 (donde el reenvío de retorno solo se acepta en favor del ordenamiento jurídico español), afirmando la necesidad ab initio (desde el inicio) de ponderar su efectiva aplicación a la concurrencia de otros criterios. Entre estos, se ha señalado la conveniencia de que el reenvío lleve a un resultado acorde con los principios generales del Derecho español de forma que, en su caso, entrañe una mayor justicia en relación a los intereses en juego (STS de 21 de mayo de 1999). Pero sobre todo, caso que nos ocupa, se ha destacado el valor referencial que desarrolla la figura del reenvío como instrumento al servicio de la armonización de sistemas jurídicos de los Estados (la ya citada STS de 15 de noviembre de 1996).*

No obstante, y pese a este avance doctrinal, debe puntualizarse, en segundo término, que este valor referencial de armonización tampoco puede ser interpretado, a su vez, de un modo absoluto o excluyente, sino que viene también modulado por el propio alcance normativo de la figura, esto es, por el ámbito de aplicación que se le reconoce al reenvío (solo se admite el reenvío de retorno), y por su sujeción a los objetivos del Derecho internacional privado que presente el Derecho interno español en la materia objeto de análisis.

Esto lleva a que en determinadas ocasiones, y en relación con el ámbito sucesorio, como ha señalado la doctrina jurisprudencial de esta Sala con relación al artículo 9.8 del Código Civil , que el reenvío de retorno no deba ser admitido cuando su aplicación comporte, bien un fraccionamiento de la unidad legal de la sucesión, o bien, un fraccionamiento del carácter universal que debe acompañar a la misma, de forma que resulte aplicable la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento.

En este contexto, debe señalarse que el principio de armonía no constituye, en rigor, un criterio interpretativo en la aplicación del expediente del reenvío "

La anterior doctrina jurisprudencial aplicada al supuesto analizado impide aplicar la legislación española a la sucesión del difunto sr. Carlos Alberto , pues la remisión a la legislación inglesa no comporta reenvío de retorno al ordenamiento jurídico español, ya que existiendo en el haber hereditario bienes muebles varios, se produciría el fraccionamiento de la sucesión del causante, que debe regirse por su ley nacional y no por la del lugar donde se encuentren los bienes inmuebles.

Por las razones expuestas, procede confirmar la resolución recurrida.

CUARTO .- Desestimado el recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 LEC , procede imponer al recurrente las costas devengadas en esta alzada, con pérdida del depósito constituido en su día para recurrir (Disposición Adicional Décimoquinta LOPJ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña María Luisa Benítez-Donoso García, en nombre y representación de don Anselmo , frente a la sentencia dictada el 10 de marzo de 2015 por la Magistrada-Juez del juzgado de Primera Instancia número Cinco de DIRECCION000 , en el procedimiento ordinario 202/2012, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo al recurrente las costas devengadas en esta alzada.

Dése al depósito constituido en su día para recurrir el destino previsto.

Notificada que sea la presente resolución remítase testimonio de la misma, en unión de los autos principales al juzgado de instancia, interesando acuse de recibo.

Por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Fue leída la anterior sentencia, por el Magistrado Ponente, estando constituido en Audiencia Pública, de lo que doy fe.