



Roj: **SAP MA 1244/2017 - ECLI:ES:APMA:2017:1244**

Id Cendoj: **29067370042017100439**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **4**

Fecha: **03/07/2017**

Nº de Recurso: **1038/2013**

Nº de Resolución: **436/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAIME NOGUES GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA.

SECCIÓN CUARTA.

PRESIDENTE ILMO. SR.

D. MANUEL TORRES VELA.

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D. ALEJANDRO MARTÍN DELGADO.

D. JAIME NOGUÉS GARCÍA.

PROCEDENCIA: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO SIETE DE DIRECCION000 .

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 559/2010.

RECURSO DE APELACIÓN Nº 1.038/2013.

S E N T E N C I A Nº 436/2017

En la ciudad de Málaga a tres de julio 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 contra la sentencia dictada en el procedimiento ordinario 559/2010, tramitado por el juzgado de Primera Instancia número Siete de DIRECCION000 , interpuesto por doña Rosana , en representación su hijo menor Laureano , parte demandante en la instancia que comparece en esta alzada representada por el procurador don Santiago Suárez de Puga Bermejo, defendida por el letrado sr. Guerrero Palomares. Son parte recurrida don Alexis , don Ricardo y Almer Real Estate Consultants S.L., demandados en la instancia que comparecen en esta alzada representados por la procuradora doña María del Mar Arias Doblas, defendidos por el letrado sr. Gómez Sánchez. No comparecen en esta alzada los codemandados don Jose Antonio , don Aurelio y don Apolonia .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La Magistrada-Juez del juzgado de Primera Instancia número Siete de DIRECCION000 dictó sentencia el 15 de octubre de 2012 , en el procedimiento ordinario 559/2010, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

" Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por el Procurador DON JOSE LUIS RIVAS AREALES, en nombre y representación de DOÑA Rosana que a su vez actúa en representación de su hijo menor de edad DON Laureano , contra Aurelio , Jose Antonio , Apolonia , Ricardo , Alexis y ALMER REAL STATES CONSULTANTS, S.L.

Las costas ocasionadas en esta instancia se imponen a la parte actora ".



SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la parte 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 15 de mayo 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 la parte demandante recurso de apelación frente a la sentencia que ha desestimado la demanda formulada frente a los herederos legítimos del difunto don Alexis y Almer Real Estate Consultans S.L., sobre impugnación de testamento y reconocimiento de la condición de heredero forzoso del hijo del fallecido, el menor Laureano , con los efectos inherentes a dicho pronunciamiento, alegando como motivos error, tanto en la valoración de la prueba respecto de la **nacionalidad** del difunto y la existencia de bienes inmuebles que integran su patrimonio fuera del territorio español, como en la aplicación del derecho.

Subsidiariamente invoca, como cuestión de orden público, la necesidad de protección de los intereses del menor, dada su precaria situación económica y el agravio respecto de sus hermanos de padre, quienes disfrutaban del haber hereditario.

Los codemandados don Alexis , don Ricardo y Almer Real Estate Consultans S.L. se oponen al recurso, solicitando la confirmación de la sentencia por ser ajustada a derecho, al haber quedado acreditado que el difunto don Alexis tenía **nacionalidad** británica y que poseía bienes inmuebles en España y en otros países, lo que excluye el reenvío a la ley española.

El resto de los demandados no se han opuesto al recurso ni se han personado en esta alzada.

SEGUNDO .- La controversia en la instancia ha girado en torno al reconocimiento de los derechos hereditarios del menor Laureano respecto de la herencia de su difunto padre don Alexis ,

La demanda, interpuesta por la madre del menor frente a los hijos del difunto, habidos en dos matrimonios anteriores, se sustentaba en la aplicación de la ley española reguladora del derecho a la legítima, en concreto, el artículo 9, apartados 9 y 10, del Código Civil , partiendo de dos premisas: que el difunto don Alexis ostentaba, al momento de su fallecimiento, doble **nacionalidad**, británica e iraquí, por lo que al no ser ninguna de ellas la española, la ley personal es la correspondiente al lugar de su residencia habitual, esto es, la española, por tener su último domicilio en DIRECCION000 , y que todos los bienes inmuebles radican en España, añadiendo que, en cualquier caso, existían razones de orden público que justificaban la no aplicación de la ley inglesa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12.3 del Código Civil , en concreto, la situación de desamparo del menor al haber sido despojado de sus derechos hereditarios.

Los demandados don Alexis , don Ricardo y Almer Real Estate Consultans S.L. se opusieron a la demanda, rechazando los dos argumentos que la sustentan, ya que la única **nacionalidad** del difunto sr. Aurelio era la británica, contando con bienes inmuebles, tanto en España como en Iraq, Líbano y Reino Unido, por lo que no resulta de aplicación el reenvío a la legislación española previsto en el artículo 12.2 del Código Civil .

El resto de los demandados no han contestado a la demanda.

La Magistrada-Juez del juzgado de Primera Instancia número Siete de DIRECCION000 , al que correspondió el conocimiento de la demanda, dictó sentencia desestimando la misma, desglosando los argumentos en que se sustentaba.

a) Respecto de la alegada doble **nacionalidad** del causante, rechaza la **nacionalidad** iraquí, considerando acreditado, de la valoración conjunta de los documentos aportados, que ostentaba únicamente la **nacionalidad** británica, concluyendo, en el último párrafo del fundamento de derecho tercero, lo siguiente:

" Siendo ello así, sería aplicable la legislación correspondiente a su país, Reino Unido, y, por tanto, rige la libertad de testar por lo que el testamento otorgado por el causante es válido, dando por reproducidos los propios fundamentos de derecho esgrimidos por las partes en esta concreta cuestión . "

b) No estima aplicable la ley española en materia de sucesiones, al considerar igualmente acreditado que existen bienes fuera del territorio nacional, (fundamento de derecho cuarto), citando sentencias del Tribunal Supremo y de distintas Audiencias Provinciales que se muestran contrarias al reenvío en tales supuestos, por ir en contra de los principios de unidad y universalidad, siendo de aplicación la legislación británica.



c) Finalmente, excluye la aplicación de la legislación española por imperativos de orden público en relación con el interés superior del menor y de sus derechos, razonando lo siguiente en el fundamento de derecho sexto:

" No se considera aplicable al caso de autos la normativa alegada por la actora pues este pleito versa sobre materia sucesoria y los derechos del menor se están ventilando en el proceso de alimentos que el menor a través de su madre inició ante el Juzgado de Primera Instancia nº5 de DIRECCION000 . De seguir la tesis de la parte demandante se llegaría a la conclusión de aplicar una normativa y unos principios diferentes según que el sucesor del causante fuera menor de edad o no, lo que se considera improcedente . "

TERCERO .- El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se articula sobre un único motivo, el error en que incurre la juzgadora de instancia, proyectado tanto sobre la actividad probatoria como a la aplicación del derecho, insistiendo, como consideración final, en la necesidad de proteger los intereses del menor, dada la precaria situación económica en que ha quedado tras el fallecimiento de su progenitor y haber sido privado de los derechos hereditarios que le corresponden, lo que genera una situación de desigualdad frente al resto de los hijos del causante, que gozan de una elevada capacidad económica.

Debe prescindirse de la denominada "consideración final", carente de sustrato jurídico alguno en relación con las cuestiones controvertidas, asumiendo la sala las razones que expone al respecto la juzgadora de instancia, pues ciertamente, no puede elevarse a la categoría de cuestión de orden público la necesaria protección de los intereses del menor, que en ningún caso se cuestiona, pero que en el presente supuesto se ve garantizada a través de otros mecanismos legales; de hecho, está en tramitación (al menos no consta resolución definitiva) un procedimiento en reclamación de alimentos frente a sus hermanos, que de ser estimada coadyuvaría con los ingresos económicos de la madre a su manutención y sostenimiento económico.

Los restantes motivos del recurso deben ser rechazados, por las razones que seguidamente exponemos.

I.-Errónea valoración de la prueba. **Nacionalidad** del causante y ubicación de sus bienes.

Conviene recordar la conocida, por reiterada y constante, doctrina jurisprudencial que mantiene que en la apreciación de las pruebas no puede prevalecer el particular interés de las partes sobre el criterio objetivo e imparcial del juzgador, salvo que sus resultados sean ilógicos, absurdos, contrarios a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica (sentencias del Tribunal Supremo de 11 y 30 de abril de 1988 , 18 de octubre de 1989 , 13 de febrero de 1990 , 8 julio y 25 de noviembre de 1991 , 18 de abril de 1992 , 1 de marzo y 28 de octubre de 1994 , 3 y 20 de julio de 1995 , 23 de noviembre de 1996 , 29 de julio de 1998 , 24 de julio de 2001 , 20 de noviembre de 2002 y 3 de abril de 2003).

El Tribunal Constitucional, en su labor de interpretación del artículo 24 de la Constitución Española , ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su relación directa con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. En las sentencias 29/2005, de 14 de febrero y 211/2009, de 26 de noviembre , concluye que *" concurre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración "*. En la sentencia número 55/2001, de 26 de febrero , enumera los requisitos que deben concurrir para apreciar vulneración de la tutela judicial efectiva, reitera que el error debe ser patente, es decir, *" inmediateamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia "*.

Dicha doctrina permite concluir que no todos los errores sobre valoración de la prueba tienen relevancia constitucional, sino que, como expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio 2012 , su incidencia requiere los siguientes requisitos:

1º) Que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases que han servido para sustentar la decisión, y

2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediateamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

La revisión de las pruebas practicadas lleva a la sala a las mismas conclusiones alcanzadas por la juzgadora de instancia, lo que implica el rechazo de cualquier error en la valoración de la prueba.

I.I.- Respecto de la **nacionalidad** del causante, la hoy recurrente mantuvo en su demanda la doble **nacionalidad** británica e iraquí, pese a que los documentos que aportaba, certificado de matrimonio con la madre del menor (documento 1), certificado de nacimiento del menor demandante, Laureano (documento número 2), certificado literal de defunción (documento número 5), escritura de aceptación de herencia, documento número 6, a la que se incorporan certificado de la tarjeta de residencia, literal de defunción, copia del testamento y



título de propiedad expedido por el registro de la Propiedad de DIRECCION001 (Libano), constatan como **nacionalidad** de don Alexis la británica.

La única prueba aportada por la demandante consistió en traducción de una certificación expedida por la Embajada de la República de Irak en el reino de Marruecos, fechada el 2 de diciembre de 2009, de la **nacionalidad** iraki de don Alexis, documento que fue impugnado por los demandados, tanto por no ser original como por no ajustarse a lo prevenido en el art. 323.2 LEC, aportando éstos una certificación consular de la Embajada de la República de Irak en Madrid, fechada el 27 de mayo de 2010, acreditativa de que don Alexis "obtuvo la **nacionalidad** británica en el año 1985 suponiendo la pérdida de su **nacionalidad** iraquí, según la legislación vigente en aquel periodo, hasta su fallecimiento el 08/02/2009" (sic, folio 155), adjuntando a dicha certificación copia del pasaporte británico.

En el acto de audiencia previa la parte demandante aportó el original de la traducción, legalizada, de la certificación de la Embajada de la República de Irak en el Reino de Marruecos (folio 233), para acreditar que don Alexis ostentaba la **nacionalidad** iraquí, y con posterioridad a dicho acto certificado original de la Embajada de la República de Irak en España, legalizado el 7 de marzo de 2012, en el que se exponía que "después de comprobar sus registros, certifica que el Sr. Alexis, es de **nacionalidad** iraquí actualmente", continuando en el párrafo siguiente: "Por lo tanto, el certificado anteriormente expedido por esta Embajada con fecha 27/05/2010, cuyo contenido prevé la pérdida de la **nacionalidad** iraquí del Sr. Alexis, se considera nulo" (sic, folio 250), prueba que fue rechazada en el acto del juicio por extemporánea, y aunque la parte recurrente propuso en esta alzada librar Oficio a La Embajada de Irak para acreditar tal extremo, prueba que fue admitida, no se ha obtenido respuesta alguna pese a ser reiterada hasta en dos ocasiones.

La Sala coincide con la juzgadora de instancia en que la **nacionalidad** del difunto, al momento de su fallecimiento, era la británica, dada la contundencia de las pruebas al respecto.

Es cierto que existen dos certificaciones de la Embajada de la República de Irak en España que, aparentemente, resulta contradictorias, pero hemos de coincidir con la parte apelada que la certificación que aporta la recurrente, incluso dándola por válida, parece ir referida a persona distinta, identificada como Alexis, sin que en ningún documento del difunto (pese a su abundancia), haya mención al apellido o sobrenombre "Alexis". Pero es que, además, habla de súbdito iraquí en presente, pese a que falleció el 8 de febrero de 2009, resultando contundente la copia del pasaporte británico adjuntada a la certificación aportada por los demandados, con validez desde diciembre de 1999 a diciembre de 2009, es decir, vigente a su fallecimiento.

No concurre, por tanto, error alguno en la valoración de la prueba.

I.II.- El alegado error en la aplicación del derecho sería consecuencia lógica de la hipotética apreciación, a su vez, de error en cuanto a la **nacionalidad** del difunto, y acreditado que era la británica, también consta acreditado de forma documental que poseía bienes fuera de España, no solo inmuebles, sino también muebles (acciones en una sociedad con domicilio en Londres), lo que impide el reenvío a la ley española previsto en el art. 12.2 del Código Civil, 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 la 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".

Por las razones expuestas, procede desestimar el recurso de apelación, confirmando en su integridad la sentencia recurrida.

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

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador don Santiago Suárez de Puga Bermejo, en nombre y representación de doña Rosana , en representación su hijo menor Laureano , frente a la sentencia dictada el 15 de octubre de 2012 por la Magistrada-Juez del juzgado de Primera Instancia número Siete de DIRECCION000 , en el procedimiento ordinario 559/2010, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo a la parte 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.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída la anterior sentencia, por el Magistrado Ponente, estando constituido en Audiencia Pública: doy fe.