



Roj: **SAP MA 2757/2017 - ECLI:ES:APMA:2017:2757**

Id Cendoj: **29067370042017100600**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **4**

Fecha: **15/09/2017**

Nº de Recurso: **85/2016**

Nº de Resolución: **538/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA ISABEL GOMEZ BERMUDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA

SECCIÓN CUARTA

PRESIDENTE ILMO. Sr.

D. JOAQUÍN DELGADO BAENA

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.

D. FRANCISCO SÁNCHEZ GÁLVEZ

D^a MARÍA ISABEL GÓMEZ BERMÚDEZ

PROCEDENCIA: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 10 DE MÁLAGA.

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 683/2014

RECURSO DE APELACIÓN 85/2016

S E N T E N C I A N^o 538/2017

En la ciudad de Málaga a quince de septiembre 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 interpuesto contra la sentencia dictada en el procedimiento ordinario nº 683/2014 procedente del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Málaga, por D. Bernabe , parte actora en la instancia, que comparece en esta alzada representado por el procurador Sr. Alonso Lopera y defendido por la letrada Sra. Hristova Poshtakova. Es parte recurrida D^a Zulima , D^a María Dolores , D^a María Rosario y D^a Agueda , parte demandada en la instancia, que comparece en esta alzada representada por la procuradora Sra. Rodiles -San Miguel Claros y defendida por el letrado Sr. CAstañón Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Magistrada adscrita al Juzgado de Primera Instancia número 10 de Málaga dictó sentencia en fecha 26 de octubre de 2015 en el procedimiento de juicio ordinario nº 683/2014 cuyo fallo era del tenor literal siguiente:

"DESESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador Don Jorge Alonso Lopera en representación de DON Bernabe ABSUELVO a DOÑA Zulima , DOÑA María Dolores , DOÑA María Rosario Y DOÑA Agueda de los pedimentos formulados frente a él en virtud del presente procedimiento con expresa imposición de costas a la parte actora".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la parte actora 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 11 de septiembre de 2017, quedando visto para sentencia.



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

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a MARÍA ISABEL GÓMEZ BERMÚDEZ, quien expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Interpone la representación procesal de D. Bernabe recurso de apelación frente a la sentencia dictada en la instancia que desestima la demanda interpuesta por el mismo como tutor de su madre D^a Dolores -declarada en situación de incapacidad absoluta por resolución dictada por el órgano de Tutela y Custodia de la región de Kranspo Selo en el municipio de Sofía (Bulgaria)- en ejercicio de una acción sucesoria por preterición, al considerar que el Sr. Bernabe no justifica el derecho extranjero aplicable para el caso de tutela, por lo que es de aplicación el derecho español, siendo que, en virtud de lo dispuesto en el art. 271.6 de nuestro Código Civil , el actor necesita autorización judicial previa para la interposición de la demanda, autorización que no consta, por lo que se estima su falta de legitimación activa. De los términos del recurso cabe desprender que la parte recurrente lo que invoca es error por parte de la Magistrada al considerar acreditada la declaración de incapacidad de la Sra. Dolores y el nombramiento de tutor del Sr. Bernabe , pero no considerar acreditado la vigencia de la normativa correspondiente a la Tutela y Curatela del Código de familia Búlgaro aportada, ni la concurrencia de los requisitos precisos para poder interponer la demanda como tutor de aquella. Considera el recurrente que la normativa aportada y traducida es un documento certificado que acredita su vigencia con el sello Consular y que, en virtud del art. 164 del código de familia búlgaro el tutor representa a la incapaz ante terceros y ello evidencia las facultades del mismo para ejercer la acción de preterición entablada.

La parte apelada se opuso al recurso solicitando la confirmación de la resolución recurrida

SEGUNDO: La cuestión que se somete a esta alzada es analizar nuevamente la documental aportada por la parte actora en el procedimiento de referencia a efectos de acreditar su legitimación activa como tutor de D^a Dolores para el ejercicio de la acción sucesoria por preterición. Solo para el caso de considerar que ostenta dicha legitimación, cuya falta ha sido declarada en la instancia, procedería analizar el fondo del litigio.

En virtud de lo dispuesto en el art. 9.1º de nuestro Código Civil , la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su **nacionalidad**, y según lo dispuesto en el punto 6º del mismo precepto, la tutela y demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste. A tales afectos el único documento que el Sr. Bernabe acompañó con la demanda fue a resolución PNIO-9400-70 de fecha 4 de febrero de 2013 del municipio de Sofia, región Krasno Selo, Bulgaria, por el que el órgano de tutela y custodia, tras examinar la solicitud presentada relativa al nombramiento de consejo tutelar sobre la Sra. Dolores -declarada en situación de incapacidad absoluta por sentencia de fecha 19 de noviembre de 2012 , auto 4745/2012, jurado IV, de la Sala de lo Civil del Tribunal Municipal de Sofía- designa un consejo tutelar compuesto por D. Bernabe , como tutor, D. Raúl como tutor suplente y Piedad y Samuel como consejeros (doc. nº 6 de la demanda). Solo a requerimiento del juzgado para que justificase el derecho extranjero aplicable, la parte aportó los artículos del capítulo undécimo referido a la Tutela y Curatela del Código Familiar de Bulgaria, en vigor desde el de octubre de 2009.

Ahora bien; la lectura detenida de tales preceptos del Código Familiar de Bulgaria lleva a la Sala a confirmar la resolución dictada en la instancia. Los preceptos incorporados, debidamente traducidos, resultan incompletos por sí solos para poder aplicar el derecho extranjero. Todo el articulado aportado se remite a otros preceptos que no constan incorporados a los autos. El art. 170 referido a la "supervisión de las actuaciones del tutor y del curador" establece que el órgano responsable de la tutela y la curatela supervisará las actuaciones del tutor y que podrá suspender las actuaciones del mismo y disponer la realización de unas actuaciones tras tomar la opinión del consejo tutelar, lo que parece indicar que, determinadas actuaciones del tutor, necesitan de autorización del órgano responsable de la tutela.

En este sentido el Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de marzo de 2002, que recopila la doctrina de la Sala Primera de dicho Tribunal en orden a la aplicación de un derecho extranjero, establece que: "*Dado que por los recurrentes se dice desconocer esta doctrina, conviene recordar el contenido de las siguientes resoluciones de esta Sala: Las de 11 de mayo de 1989 y de 3 de marzo de 1997 que consideran al derecho extranjero como cuestión de hecho que, por tanto, corresponde alegar y probar a la parte que lo invoca. Las de 9 de noviembre de 1984 y 10 de marzo de 1993, que afirman que los órganos judiciales tienen la facultad, pero no la obligación de colaborar a la determinación del contenido del Derecho extranjero en su caso invocado, con los medios de averiguación que consideren necesarios. Finalmente, la sentencia de 31 de diciembre de 1994 , que ha establecido la necesaria distinción entre las normas de conflicto (que se limitan a indicar cuál es el derecho material aplicable a una relación jurídica controvertida) las cuales según el párrafo primero del artículo 12 del Código Civil deben ser observadas de oficio, y el propio derecho material, al que no se refiere dicho precepto y*



que en ningún caso puede ser determinado por el Tribunal". Y la falta de acreditación del contenido y vigencia de las normas sustantivas del Derecho extranjero determina que la cuestión debatida se resuelva conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico (STS de 7 de septiembre de 1990 , 11 de mayo de 1989 y 13 de diciembre de 2000). Y ello, porque como precisa la STS de 17 de julio de 2001 "...esta Sala tiene reiteradamente declarado que cuando a los Tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio (entre otras, SSTS de 11 de mayo de 1989 , 7 de septiembre de 1990 , 16 de julio de 1991 y 23 de marzo de 1994), lo que es consecuencia de la doctrina jurisprudencial relativa a que la aplicación del Derecho extranjero es cuestión de hecho y como tal ha de ser alegado y probado por la parte que lo invoque, siendo necesario acreditar, no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los órganos judiciales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente (por todas, SSTS de 4 de octubre de 1982 y 12 de enero de 1989)".

Y aplicada dicha jurisprudencia al caso de autos ha de concluirse -como hace la Magistrada de Instancia-, que la sola aportación de parte del articulado referido a la Tutela y Curatela del Código Familiar de Bulgaria, sin un informe al respecto, impide fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del derecho búlgaro.

Ante tal circunstancia, y como también ha sido expuesto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo determina que cuando no es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrá de juzgar la cuestión según nuestro derecho. Y al respecto el art. 271.6ª de nuestro Código Civil , dentro del ejercicio de la tutela, establece que "El tutor necesita autorización judicial: ...6º Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía" , sin que en el caso presente conste tal autorización judicial, lo que lleva necesariamente a acoger la falta de legitimación activa del Sr. Bernabe para entablar la presente demanda en nombre de la incapaz Dª Dolores , confirmando de este modo la sentencia dictada en la instancia, con desestimación del recurso interpuesto.

TERCERO: En cuanto a las costas causadas en esta alzada, desestimado el recurso de apelación, por aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , procede su imposición a la parte recurrente.

De conformidad con el apartado 8 de la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , procede dar al depósito constituido en su día para recurrir el destino legalmente previsto.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por EL PROCURADOR Sr. Alonso Lopera en nombre y representación de D. Bernabe , frente a la sentencia dictada el 26 de octubre de 2015 en el juicio ordinario nº 683/2014 seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Málaga , debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución; con condena al recurrente de las costas causadas en esta alzada.

Dése al depósito constituido en su día para recurrir el destino legalmente 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.- Leída y publicada fue la anterior resolución por el/la Iltmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente de lo que doy fe.