



Roj: **AAP B 7692/2018 - ECLI:ES:APB:2018:7692A**

Id Cendoj: **08019370012018200326**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2018**

Nº de Recurso: **339/2018**

Nº de Resolución: **364/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DOLORS MONTOLIO SERRA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16 - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866050

FAX: 934866034

EMAIL:aps1.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120188009930

Recurso de apelación 339/2018 -A

Materia: Jurisdicción voluntaria otros asuntos

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Barcelona

Procedimiento de origen: Jurisdicción voluntaria. General LEC 1881 53/2018

Parte recurrente/Solicitante: Jacinta

Procurador/a: Diego Sanchez Ferrer

Abogado/a: Juan Jesus Guerra Fernandez

Parte recurrida: Juan Alberto

Procurador/a:

Abogado/a:

INTERLOCUTORIA NÚM. 364/2018

Barcelona, 29 de novembre de 2018

La Secció Primera de l'Audiència Provincial de Barcelona, integrada per els Magistrats Il·lm. Sr. Antonio RECIO CORDOVA, Il·lma. Sra. Maria Dolores Montolio Serra, i Il·lma. Sra. Isabel Adela GARCIA DE LA TORRE FERNANDEZ, el primer dels quals ha actuat com a president del Tribunal, ha vist el recurs d'apel·lació núm. **339/18**, interposat contra la interlocutòria dictada en data 7 de febrer de 2018 en el procediment núm. 53/18 tramitat pel Jutjat de 1a Instància núm. 22 de Barcelona. Ha estat recurrent la Sra. Dña. Jacinta i part **el MINISTERI FISCAL**. Un cop feta la deliberació, ha pronunciat, en nom de S. M. el Rei d'Espanya, la següent resolució.

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER.- La part dispositiva de la interlocutòria objecte d'apel·lació és la següent:

" **DECIDO:** Se declara la falta de competencia objetiva de este Juzgado para conocer y resolver la pretensión interpuesta por la Procuradora Sra. Rami en nombre y representación de Doña Jacinta. "



SEGON.- Les parts esmentades han manifestat en els escrits respectius d'apel·lació o, si s'escau, d'impugnació les seves peticions i arguments en què les fonamenten, segons costa en les actuacions.

La ponent d'aquesta resolució ha estat la Magistrada Il·lma. Sra. Maria Dolors Montolio Serra.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.- Plantejament del litigi

La Sra. Jacinta insta un procediment de jurisdicció voluntària a fi i efecte que es fixi un termini de 30 dies perquè el fill Juan Alberto presenti davant d'un notari d'Itàlia el testament hològraf que el seu difunt marit va emetre el 4 de maig de 1984 i que llur fill té en el seu poder.

Explica que el seu difunt marit va morir el 25 de febrer de 2005 a Barcelona, on residia des de feia molts anys, sense haver perdut la seva nacionalitat italiana per la qual cosa són les lleis italianes les que han de regir la seva successió. Afegeix que el seu marit va atorgar testament hològraf que va dipositar en l'arxiu d'un notari de Lugano pel qual la designava hereva de tot el paquet accionarial de l'empresa DK HOLDING. Després que el notari obrís aquell testament, l'original es va entregar en dipòsit a un dels seus fills, Juan Alberto, que és qui el té des de llavors. Manté que ha acceptat l'herència i es troba en possessió dels béns, la legislació italiana exigeix un requisit suplementari com és la publicació del testament hològraf per part d'un notari per la qual cosa necessita tenir l'original. El seu fill ha fet cas omís a la petició que se li ha efectuat en aquest sentit.

El jutjat de 1a instància ha apreciat la seva falta de competència objectiva perquè d'acord amb l'article 1.1 de la Llei 15/2015 la petició de la demandant no es troba entre les atribuïdes al coneixement jurisdiccional.

En el recurs, la demandant insisteix en la necessitat de que es presenti l'original del testament davant d'un notari d'Itàlia. Afegeix que el Cc italià preveu que qualsevol interessat acudeixi al jutge per demanar que es fixi un termini per entregar-lo. Entén que aquesta petició té cabuda en l'article 1.2 de la Llei 15/2015. Sosté que la negativa del jutjat li priva de la possibilitat d'obtenir la tutela pretesa perquè no té cap altra camí. Finalment, apunta que el que es demana és el mateix que preveu l'article 461-12 CCCat si fos d'aplicació.

SEGON.- Resolució del recurs

La demandant sosté que la successió del seu marit es regeix per la llei italiana en ser de nacionalitat italiana. La competència territorial dels tribunals espanyols derivaria de l'article 22 quarter LOPJ que, en matèria de successions atribueix competència als tribunals espanyols, entre altres supòsits, quan el causant hagi tingut la seva residència habitual a Espanya. L'article 9 de la llei de jurisdicció voluntària (Llei 15/2015 de 2 de juliol), en gran mesura i llevat alguna excepció, no estableix un règim propi en matèria de jurisdicció voluntària sinó que es remet a aquella norma en aquells supòsits no regulats pels tractats i normes internacionals en vigor per Espanya. També la llei 29/2015 de 30 de juliol de cooperació jurídica internacional en matèria civil s'aplica amb caràcter subsidiari tant a les normes de la UE i tractats internacionals en els que Espanya sigui part com a les normes especials de dret intern (article 2), entre les quals es troben les normes de dret internacional privat previstes a la llei de jurisdicció voluntària (DA 1a). Doncs bé, ni el Reglament UE número 1215/12 ni el 650/12 són temporalment aplicables al present cas atesa la data de defunció del testador. Tampoc ho és el Reglament 44/2001 que expressament exclou del seu àmbit d'aplicació els testaments i les successions.

Que els tribunals espanyols puguin tenir competència d'acord amb aquest precepte i que la legislació italiana sigui la que regeixi la seva successió no significa que els tribunals espanyols, en cas de ser territorialment competents, hagin d'aplicar les normes processals italianes. L'article 3 LEC preveu que, amb excepció del que puguin preveure tractats i convenis internacionals, els processos civils que es segueixin en territori espanyol es regiran únicament per les normes processals espanyoles. En els aspectes processals regeix així la *lex fori*. La previsió de l'article 10 LJV en referir-se a la llei aplicable als expedients de jurisdicció voluntària que es tramitin pels òrgans judicials amb elements de dret internacional, no modifica, per tant, el principi general que els requisits formals, relatius al procediment, queden sotmeses a la llei espanyola, com a llei del foro, competent en matèria processal. No obstant, entén la doctrina que podrien estar sotmeses a la llei que regula el fons, determinats requisits materials com podria ser la legitimació per instar l'expedient. Són per tant les normes de processals d'Espanya que regulen el procediment les que han d'aplicar els tribunals espanyols davant els que s'ha presentat l'expedient de jurisdicció voluntària, i no les normes processals italianes.

Refereix la Sra. Jacinta que la legislació italiana contempla el dret dels interessats en un testament hològraf a demanar al jutge que doni un termini perquè es presenti a un notari per tal de procedir a la seva publicació. Aquesta pretensió podria demanar-la la Sra. Jacinta als tribunals italians atès que és la llei italiana que ha de regular la successió del seu difunt marit i no sembla que hi hagués cap inconvenient perquè ho pogués demanar als tribunals espanyols mitjançant un procediment ordinari en el que es reclamí al dipositari del



testament una obligació de fer, però no pot fer-ho per la via d'un expedient de jurisdicció voluntària per les raons que seguidament s'exposen.

Així, és cert, com sosté l'apel·lant que d'acord amb l'article 1.2 LJV " *se consideraran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso*". No obstant i malgrat que la doctrina és de l'opinió que la LJV no estableix un sistema de *numerus clausus* d'expedients (les "normes de tramitació" del C.II del T.I així ho porten a pensar), hi ha determinats assumptes que amb la nova LJV han quedat exclosos de l'àmbit competencial dels tribunals i s'han distribuït entre altres professionals, alguns de forma exclusiva. Aquest és el cas de la presentació, adveració, obertura i protocolització dels testaments hològrafs que s'ha atribuït en exclusiva als notaris (DF 11a) de manera que aquests expedients, amb la nova LJV, passen de ser expedients de jurisdicció voluntària per ser actes notariais o com diuen altres autors, expedients de jurisdicció voluntària exclosos de l'àmbit dels òrgans judicials. D'aquesta manera el requeriment que la Sra. Jacinta demana que el jutge dirigeixi al seu fill, es podrà demanar al notari competent per actuar en el lloc en el que el causant hagi tingut el seu darrer domicili, el lloc on hagi mort o on estiguessin la major part del seu patrimoni sempre que es trobin a Espanya, conforme estableix i expressament preveu l'actual article 61 de la Llei del Notariat. Alguns autors mantenen, però, que la competència internacional dels notaris pot resultar determinada pel que disposa el Reglament 650/2012 en matèria de successions.

En definitiva i en qualsevol cas, la presentació, adveració, obertura i protocolització dels testaments hològrafs en considerar el legislador que predominen elements de naturalesa administrativa i no es posa en risc la tutela dels drets i interessos afectats, han quedat d'aquesta manera fora de l'àmbit que correspon als òrgans judicials (punt V del Preàmbul), Per tant, s'ha de confirmar la falta de competència del jutjat de 1a instància.

TERCER.- Costes

No procedeix fer especial pronunciament de les costes del recurs

PART DISPOSITIVA

Desestimar el recurs interposat per la Sra. Dña. Jacinta contra la interlocutòria dictada pel Jutjat de 1a Instància núm. 22 de Barcelona en data de 7 de febrer de 2018 que es confirma en la seva integritat.

No es fa imposició de les costes

Amb pèrdua del dipòsit consignat.

Contra aquesta resolució no hi cap recurs en la jurisdicció ordinària.

Un cop notificada s'han de tornar les actuacions originals al Jutjat de procedència amb el testimoniatge corresponent per al seu compliment i deixant-ne una certificació en el present expedient.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.