



Roj: **SAP GR 1795/2004 - ECLI:ES:APGR:2004:1795**

Id Cendoj: **18087370042004100435**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Granada**

Sección: **4**

Fecha: **19/07/2004**

Nº de Recurso: **606/2003**

Nº de Resolución: **483/2004**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN FRANCISCO RUIZ-RICO RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCION CUARTA

ROLLO Nº 606/03

JUZGADO ALMUÑECAR Nº 2

AUTOS 211/00

PONENTE SR.JUAN FRANCISCO RUIZ RICO RUIZ

SENTENCIA NUM 483

ILTMOS. SEÑORES:

PRESIDENTE

D.ANTONIO MOLINA GARCIA

MAGISTRADOS

D.JUAN FRANCISCO RUIZ RICO RUIZ

D.JOSE MALDONADO MARTINEZ

=====

En la Ciudad de Granada a diecinueve de Julio de dos mil cuatro. La Sección Cuarta de esta

Ilتما. Audiencia Provincial, ha visto, en grado de apelación los precedentes autos de Juicio Menor Cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Almuñecar, en virtud de demanda de D/Dª María Dolores Y Mariano , que ha designado a para que le represente en esta instancia al procurador Sr/a. Martín Ceres, contra D/Dª. THE ROYAL COLLEGE OF SURGEONS OF ENGLAND, que ha designado al Procurador/a Sr/. Alameda Ureña, para que le represente en esta instancia.

Aceptando como relación los "Antecedentes de Hecho" de la resolución apelada, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La referida resolución, fechada en veintisiete de marzo de dos mil tres, contiene el siguiente fallo " Debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Gonzalo Córdoba Sánchez Chaves en nombre y representación de Dª María Dolores y de su hermando D. Mariano ejercitando acción de impugnación y declaración de nulidad del testamento y codicilo hecho por su difunta madre Dª. Aurora contra el REAL COLEGIO DE CIRUJANOS DE INGLATERRA , y en consecuencia: 1.- Declarar no haber lugar a los pedimentos por ello solicitados. 2.- Absolver a la entidad demandada de la demanda, manteniendo la condición de la misma como heredera universal de la difunta Dª. Aurora . 3.- Condenar a la parte actora a abonar las costas devengadas en el presente procedimiento."



SEGUNDO.- Sustanciado y seguido el presente recurso, ante esta Ilma. Audiencia Provincial, por la parte actora, por escrito y ante el Órgano que dictó la sentencia; de dicho recurso se dio traslado a las demás partes para su oposición o impugnación, tras ello se elevaron las actuaciones a este Tribunal, señalándose día para la votación y fallo, en que ha tenido lugar.

TERCERO.- Han sido observadas las prescripciones legales de trámite.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. JUAN FRANCISCO RUIZ RICO RUIZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El art. 9.8 del Cc establece 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 encuentran. Por tanto, la primera cuestión a dilucidar no es otra que la determinación de la concreta nacionalidad de la causante de la herencia D^a. Aurora , y, en su caso, si ostenta doble nacionalidad o una nacionalidad indeterminada, todo ello a los efectos de fijar la ley personal de la sucesión o la aplicación del derecho patrio en base al art. 9.9 y 9.10 del Cc .

En esta materia no podemos mostrar nuestra conformidad con la sentencia apelada que mantiene que la de cuius era de nacionalidad inglesa (mas bien británica). De las pruebas que se han aportado a las actuaciones podemos deducir sin riesgo a equivocarnos que la nacionalidad de la Sra. María Dolores era irlandesa. Así figura en los documentos unidos a los autos, tales como el pasaporte irlandés en el que consta la misma nacionalidad, el permiso de residencia expedido por la autoridad española, documentos que suscribe y firma aquella. De igual modo la declaración que efectuó ante notario en el testamento de 15-7-97 donde manifiesta su nacionalidad irlandesa. Por último, resulta de especial transcendencia la certificación de la Embajada de Irlanda en nuestro país que la considera a todos los efectos como ciudadana irlandesa.

Consecuencia de lo anterior es la aplicación de la norma de conflicto del art. 9.8 del Cc y no los referidos párrafos 9º y 10º del citado precepto, todo ello sin que podamos dejar de constatar el sustancial cambio de argumentación que lleva a cabo la parte apelante respecto de los presupuestos de la acción formalizada en la demanda, de tal manera que ha pasado de fundar la aplicación de la Ley española en el denominado reenvío de retorno que permite el Art. 12,2º del Cc a sustentarla en la aplicación directa de nuestro ordenamiento jurídico por tratarse de un supuesto de doble nacionalidad o nacionalidad indeterminada, contradiciendo el hecho básico en que amparaba su pretensión. Tal modificación significa una autentica "mutatio libelli" no permitida en nuestro derecho procesal.

SEGUNDO.- Establecida la ley nacional de la fallecida, la demandante adujo en la demanda que la Ley irlandesa de sucesiones de 1965 remitía toda cuestión sucesoria a la ley del lugar de residencia habitual de la difunta si esta había fallecido fuera de Irlanda intestada, tanto para los bienes muebles como para los inmuebles. Sin embargo, esta alegada norma de conflicto no se ha probado, no bastando a tal fin el mero informe emitido por un letrado irlandés (STS 23-10-92 y 4-5-95). Amen de que se refiere a un supuesto de sucesión intestada que no es el caso, donde se encuentra vigente el testamento otorgado al 15-9-93 y el codicilo que lo confirma de 24-2-98.

En sentido opuesto la demandada esgrime un informe también del letrado John H. Hicksan que dice que las normas de derecho internacional privado irlandés se rigen por principios legales de rancia tradición, señalando que la sucesión de los bienes muebles se rige por la ley del domicilio en el momento del fallecimiento y en cuanto a los bienes inmuebles por la ley del lugar en que se encuentren (lex rei sitae). A este criterio parece mostrar su conformidad la contraparte a la vista de sus manifestaciones en el escrito de conclusiones de manera similar a la expuesta.

Ahora bien, dado que la causante tenía su residencia habitual en España (Lentengi) y poseía bienes inmuebles tanto en nuestro país como en Inglaterra, la norma de reenvío ocasionaría la división o fragmentación normativa de herencia. De un lado, no sería aplicable el derecho inglés sino el irlandés respecto de los bienes situados en Inglaterra pues el Art. 12,2º del Cc impide el reenvío que las normas irlandesas puedan hacer a otra ley, toda vez que "la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material" sin tener en cuenta "el país donde se encuentran" (Art.9.8 del Cc) los bienes.

De otro, respecto de los bienes muebles y los inmuebles sitos en España sería de aplicación la ley española ya que el citado art.12,2º admite el reenvío de retorno a las norma sucesorias de nuestro ordenamiento jurídico. Nos encontramos entonces en un supuesto similar al tenido en cuenta en la sentencia de instancia al igual que en la jurisprudencia citada solo que referido a la ley irlandesa (que no inglesa) y a la española.



En estos casos la jurisprudencia tiene a restringir sobremanera la posibilidad del reenvío de retorno para evitar la fragmentación sucesoria ante el principio general de unidad del régimen sucesorio y su carácter universalista, aplicado el carácter preponderante de la ley nacional del cuius. Así lo indican las conocidas STS. de 15-11-96, 21-5-96 y la mas reciente de 23-9-2002 .

TERCERO.- Dicho lo anterior, la ley aplicable a la sucesión de la Sra. Aurora es la legislación irlandesa sin distinguir la naturaleza de los bienes y el lugar en que se ubiquen. En este aspecto se alega como motivo del recurso la falta de acreditación del derecho extranjero. La jurisprudencia sostiene que la prueba del derecho extranjero es una cuestión de hecho que corresponde alegar y probar a la parte que lo invoca (STS de 11-5-89, 3-3-97 y 13-12-00), añadiendo la STS de 25-1-99 es necesario acreditar tanto la exacta identidad del derecho vigente como su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda a los tribunales españoles.

En el caso de autos se ha aportado la Ley Irlandesa de Sucesiones del año 1965, actualmente vigente y debidamente traducida, actualizada a mayo de 1999 y remitida por el Government Publications-Sur Allianz House, que a este Tribunal ilustra suficientemente sobre la cuestión debatida de las legítimas de los hijos y su desheredación, sin que sean necesarias pruebas suplementarias que como dicen las STS de 9-11-84 y 10-3-93 los órganos judiciales tienen la facultad que no la obligación de colaborar en la averiguación del derecho extranjero.

Esta normativa sucesoria contiene en su parte IX la regulación de las legítimas del cónyuge del testador y medidas para atender a los hijos, observando de su examen detenido que solo se establecen derechos legitimarios para el cónyuge superstite y en cuanto a los hijos el Art. 117 dispone "cuando a solicitud de un hijo del testador o en su nombre, el Tribunal considere que el testador no ha cumplido su obligación moral de atender debidamente a las necesidades de su hijo de acuerdo con sus medidas, ya sean por su testamento o de otra forma, el Tribunal podrá ordenar que se atiendan esas necesidades del hijo utilizando la herencia según considere justo". Como vemos, y de acuerdo con la juez a quo, ningún derecho a legítimas se contempla en esta norma que limite la facultad de testar y de disponer libremente de todos sus bienes (Art. 76 del Act de 1965). A lo mas se asemeja a un derecho alimenticio a cargo de la herencia en caso de necesidad del hijo. En consecuencia, la interpretación que haya de darse desde nuestra óptica resulta meridiana y no exige mayor probanza.

En conclusión, la pretensión anulatoria del testamento no puede prosperar ante la falta de carácter de herederos forzosos de los actores y la amplia libertad del testador cuando de los hijos se trata. Por tanto, aunque con diferentes argumentos hemos de ratificar la sentencia apelada en este extremo.

CUARTO.- De igual modo hemos de proceder respecto a la petición de nulidad del testamento por incapacidad de la testadora.

La jurisprudencia viene señalando la presunción de que toda persona debe reputarse en su cabal juicio en el momento de otorgamiento del testamento. Presunción iuris tantum que exige para su destrucción una prueba inequívoca y concluyente de la carencia de condiciones personales y ello en base al principio del favor testamenti. La apreciación de la capacidad es exclusiva competencia del juzgador de instancia (STS. de 7-10-82, 10-4-87 y 1-6-94).

En el caso presente no hay duda de la capacidad para testar de la Sra. Aurora a la vista de las declaraciones juradas de los abogados administradores de sus bienes, de los facultativos que atendían su estado de salud, Sres. Juan Luis y Romeo . Hecho este que fue reconocido por su propia hija María Dolores , hoy actora, en la declaración que prestó a presencia judicial en las D.P. 508/99, donde manifestó que su madre no padecía ningún tipo de enfermedad psíquica ni psicológica.

Vistos los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación,

FALLO,

Esta Sala ha decidido confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Almuñecar, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ilmo. Sr. D. JUAN FRANCISCO RUIZ RICO RUIZ, Ponente que ha sido de la misma, doy fe.