



Roj: **SAP MA 1121/2002 - ECLI:ES:APMA:2002:1121**

Id Cendoj: **29067370062002100559**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **13/03/2002**

Nº de Recurso: **753/2000**

Nº de Resolución: **117/2002**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE CALVO GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA.SECCION SEXTA.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº SEIS DE FUENGIROLA

JUICIO DE MENOR CUANTIA Nº 29 DE 2.000

ROLLO DE APELACION CIVIL Nº 753 DE 2.000

**SENTENCIA Nº 117/2002**

Illmos. Sres.

Presidente D.ANTONIO ALCALA NAVARRO

Magistrados D<sup>a</sup>.SOLEDAD JURADO RODRIGUEZ

D. JOSE CALVO GONZALEZ

En la ciudad de Málaga a 13 de marzo de dos mil dos

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio Declarativo de Menor Cuantía nº 29 de 2000, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Fuengirola sobre reclamación de legítima hereditaria, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> María del Pilar , representada en esta alzada por el Procurador Don José Luis torres Beltrán y asistida del Letrado Miguel Angel García Jiménez, contra D<sup>a</sup> Guadalupe y D<sup>a</sup> Susana , representadas en esta alzada por la Procuradora Doña Ana María Rodríguez Fernández, y contra D. Everardo y D<sup>a</sup> Emilia , representados en esta alzada por la Procuradora D<sup>a</sup> Marta Payá Nadal, y todas con la asistencia letrada de D. Francisco Rico Sánchez, pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada en el citado juicio.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Fuengirola dictó sentencia de fecha 24 de mayo de 2.000 , en el juicio de Menor cuantía del que este rollo dimana, cuya parte dispositiva dice así: "FALLO: Que desestimo la demanda interpuesta por María del Pilar contra D<sup>a</sup> Guadalupe , D. Everardo , D<sup>a</sup> Susana y D<sup>a</sup> Emilia , sin expresa condena en costas".

SEGUNDO.- Notificada la Sentencia , por la parte actora se interpuso recurso de apelación que fue admitido a trámite, en ambos efectos. Dado traslado del mismo a las demás partes para que en el plazo legal prevenido y evacuando trámite correspondiente presentara escrito de impugnación, lo impugnaron.

TERCERO.- Recibidos los Autos en este Tribunal el día 11 de octubre de 2.000 , se acordó la formación del correspondiente rollo, que se registrara el mismo, y habiéndose evacuado el trámite de instrucción correspondiente se tuvo por parte a la apelante y apelados . Finalmente , turnado de ponencia y dado traslado de todo ello par instrucción por el Illmo. Sr. Magistrado Ponente , una vez devueltos los Autos y Rollo, no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta segunda instancia, y resuelto no acceder a la petición de la parte apelante para sustitución de la vista , de acuerdo a las alegaciones articuladas de contrario (Diligencia



de Ordenación de 20 de diciembre de 2.00) , por Providencia de 7 de febrero de 2.001 señalase fecha para la vista del recurso, la que se llevó a efecto en el pasado día 21 de febrero.

CUARTO.- Comunicado al inicio del acto de la vista por el Sr. Presidente , a los pertinentes efectos de recusación, el cambio de ponente por razones de organización interna de la Sala , no hubo oposición por la defensa jurídica de la apelante y apelados, de donde en la tramitación de este recurso quedan observadas todas las requeridas formalidades legales correspondientes a los de su clase. Actuó como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE CALVO GONZALEZ.

Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la sentencia apelada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resultan hechos admitidos por las partes, derivados de las respectivas alegaciones contenidas en la papeleta de demanda y escritos de contestación, los siguientes: a) que D. Juan Carlos , de nacionalidad británica y residente en España, otorgó testamento en día 2 de noviembre de 1994 ante el Consul Danés en Málaga , en funciones notariales, y que falleció en la localidad de Mijas Costas (Málaga) el 19 de abril de 1995 , sin otorgar otra cualquiera disposición testamentaria; b) que en dicho testamento y acogándose a la pertinente legislación inglesa en materia de sucesiones (cláusula 6ª) , instituye (cláusula 3ª) como heredera universal de todos los bienes sitos en España o en el extranjero, a su esposa Guadalupe , y designa (cláusula 2ª) a sus nietas Susana y Emilia como adjudicatarias por iguales partes de la nuda propiedad del inmueble DIRECCION000 , ubicado en DIRECCION001 NUM000 . Campomijas Mijas Costa (Málaga) ; c) que en dicho testamento no figura disposición alguna a favor de sus hijos María del Pilar y Everardo ; y d) que por María del Pilar se promovió Juicio Declarativo de Menor Cuantía en reclamación de la legítima hereditaria de la que entendía había sido indebidamente privada por errónea interpretación de la legislación aplicable en el curso del procedimiento sucesorio del causante.

SEGUNDO.- Han quedado excluidos del debate procesal, o bien no han sido objeto nuclear del mismo, ni la nacionalidad del causante , ni la forma de celebración del testamento, ni su contenido, concluyéndose pues que la quaestio disputata efectivamente concierne en exclusiva a la controversia hermenéutica acerca de la determinación de la ley material por la que ha de regularse la sucesión del padre de la actora y hoy apelante, sosteniendo esa parte la oportunidad de acudir al instituto del reenvío de retorno, con admisión del mismo, conforme al informe sobre derecho inglés en remisión a la legislación del país donde se hallan los bienes hereditarios, y a lo previsto por el art. 12.2 del C.Cv.

TERCERO.- Ya en ocasiones precedentes ha habido pronunciamiento del Tribunal Supremo , así en sentencia 21 de mayo de 1999, acerca de la aplicación del "reenvío de retorno" o " de primer grado" , siendo allí el argumento negatorio empleado la existencia contradicción con el principio de universalidad de la herencia que rige en nuestro ordenamiento jurídico, impeditivo de un diferente tratamiento de la sucesión mobiliaria e inmobiliaria. Y ciertamente ha de considerarse que el acogimiento de tal excepción a la regla general de universalización de la herencia o unidad del régimen sucesorio por la que se veta el diferente tratamiento de bienes muebles e inmuebles , no opera al presente caso, hallándose ambas clases de bienes sitas en España.

CUARTO.- No obstante , tanto de la citada resolución, como asimismo de la emitida por igual órgano y fechada a 15 de noviembre de 1996 ( caso Lowenthal ) , le cabe a esta Sala desprender otras varias consideraciones. V. gr.: el tenor igualmente significativo concedido al principio de libertad de testar, rector del Derecho anglosajón (derecho americano en aquella litis) para con sus nacionales, la no menos importante idea regulativa de obtener mediante la aplicación del instituto de reenvío de retorno la finalidad instrumental armonizadora entre sistemas jurídicos de diferentes Estados, y así mismo, por último, el tratamiento concedido al instituto de la legítima como materia no sujeta en nuestro Derecho a la cláusula de orden público interno.

QUINTO.- Estima , pues, esta Sala que no resulta admisible la simple y literalista interpretación del mencionado art. 12.2 C.Cv. como asilada de la norma reguladora de la sucesiones según lo dispuesto por el art. 9.8 del mismo cuerpo legal, que con independencia de la localización de los bienes suscribe el criterio de acuerdo al cual el derecho hereditario es personal y ampara el derecho del testador a pronunciarse de acuerdo a lo que su legislación nacional le permite. Por lo demás , es precisamente la antes señalada STS 15 de noviembre de 1996 la que ha puntualizado el alcance semántico atribuible a la locución " sin tener en cuenta" con que el art. 12.2 C.Cv. se expresa respecto de la inidoneidad del reenvío, considerando empero que "no necesariamente" ha de ser la legislación española la "tenida en cuenta". Dicha interpretación jurisprudencial, en unión ahora con la también patrocinada desde la STS de 12 de mayo de 1999, ofrece una no mecanicista y automática del instituto del "reenvío de retorno", autorizando a los Tribunales el uso de una técnica hermenéutica cuyo trámite sigue, en opinión de esta Sala , el siguiente iter : 1º) juicio de relevancia jurídica, constatando el conflicto existente en las normativas sucesorias entre Estados diversos, 2º) juicio subsuntivo, o de inclusión del supuesto litigioso en la



legislación interna, id est., con art. 12.2 C.Cv.; 3ª) juicio ponderativo, en relación a lo ordenado en la legislación interna respecto a la ley nacional del causante, id est., art 9.8 C.CV.), y 4º) enunciación de la regla interpretativa decisoria del caso.

SEXTO.- Mientras los pasos 1º y 2º constituyen la base de la fundamentación jurídica propuesta por la parte actora, el 3º representaría el soporte jurídico de la adversa, dando lugar a que el órgano judicial correspondiente realizara una estimativa de las circunstancias que por rendimiento probatorio directo o indiciario puedan traerse del acto de voluntad del de cuius.

SEPTIMO .- En este sentido, la Sala no puede obviar con carácter previo a la concreción del paso 4º ) , los siguientes pormenores: a) El causante, de nacionalidad británica y residente en España , otorgó testamento ante el Cónsul Danés en Málaga, en funciones notariales, habiendo tenido no obstante disponibilidad para hacerlo ante cualquier fedatario público español, y sin que por ello hubieran de concluirse distintos efectos para la formulación de su última voluntad, siendo así que esto mismo abona como razonablemente presuntiva la intención de eludir toda presencia y actuación de representante jurídico español ; b) que las cláusulas 2º y 3º , exponiendo per se con claridad la terminante expresión de su voluntad, se completan en la 6ª a través de una explícita remisión a la legislación inglesa para todo lo relativo a la interpretación testamentaria, estando de consecuencia su determinación volitiva acomodada tanto a la libertad de testar, como plegada a las sólo mínimamente limitadoras obligacionales para con determinados parientes o cónyuge supérstite sin medios o posibilidades (Administration of States Act 1925, Inheritance Act 1983 y Provision for Family and Dependats. Act 1975); c) que la búsqueda de un resultado semejante al obtenido , materializado en no hacer figurar en dicho testamento disposición alguna a favor de sus hijos, esto es , la actora ( María del Pilar ) y uno de los codemandados ( Everardo ), de haberse de producir con arreglo a la legislación española, es manifiesto que consecencialmente generaría situaciones no procuradas por el causante o directamente decididas evitar, pues de lo contrario forzarían el injusto sometimiento de nacionales extranjeros a causas de desheredación previstas en el derecho español, que no han de experimentar en su legislación cuando a virtud del allí desconocido sistema de sucesión forzosa resultan no mencionados o no incluidos en el otorgamiento de disposiciones sucesorias, de modo que, disarmonicamente para con la idea regulativa de la finalidad del " reenvío de retorno" ante soluciones jurídicas interestatales diferentes, tanto quien, como María del Pilar , de acuerdo a su legislación nacional (inglesa) no podría tenerse por indebidamente desheredada habría de ser tal vez considerada oportunamente desheredada conforme a una legislación no propia (española) , como quien , así Everardo , sin sentirse preterido o discriminado en su derecho (ley inglesa) , acaso veríase llevado a una posible no aceptación y hasta expresa renuncia a un eventual derecho legitimario sobre el que no sintiéndose interesado o perjudicado tampoco ha discutido.

OCTAVO.- Con lo expuesto al numerado inmediatamente precedente y dos anteriores se desemboca, al paso 4º, enunciando como la regla interpretativa decisoria del caso el no entender aconsejable la procedencia del reenvío de retorno.

NOVENO.- Facilmente se infiere por tanto la indefectible desestimación del recurso probado contra la resolución de instancia. En materia de costas habrá de estarse a lo dispuesto por el art. 710 L.E.C. 1881 , imponiendo las costas del recurso a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. José Luis Torres Beltrán en nombre y representación procesal de Dª María del Pilar , contra la sentencia de fecha 24 de mayo de 2000, dictada por el Juzgado de primera Instancia núm. 6 de Fuengirola en los autos de referencia, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente la resolución recurrida; todo ello con expresa imposición a la apelante de las costas causadas en esta alzada.

Notificada que sea la presente resolución, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, una vez firme, remítase testimonio de la misma, en unión de los autos principales , al juzgado de instancia interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/