



Roj: **SAP MU 2683/2011 - ECLI:ES:APMU:2011:2683**

Id Cendoj: **30016370052011100652**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cartagena**

Sección: **5**

Fecha: **30/11/2011**

Nº de Recurso: **301/2011**

Nº de Resolución: **331/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MANUEL NICOLAS MANZANARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Cartagena, núm. 5, 13-04-2011,  
SAP MU 2683/2011**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

**CARTAGENA**

**SENTENCIA: 00331/2011**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA**

**SECCION QUINTA (CARTAGENA)**

**ROLLO DE APELACION Nº 301/2011**

**JUICIO ORDINARIO Nº 240/2006**

**JUZGADO DE 1ª. INSTANCIA Nº CINCO DE CARTAGENA**

**SENTENCIA NUM. 331**

Illtmos. Sres.

D. José Manuel Nicolás Manzanares

**Presidente**

D. Miguel Ángel Larrosa Amante

D. José Joaquín Hervás Ortiz

**Magistrados**

En la ciudad de Cartagena, a treinta de Noviembre de dos mil once.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, integrada por los Illtmos. Sres. expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario número 240/2006 -Rollo 301/2011-, que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia Número Cinco de Cartagena, entre las partes: como actores Don Rogelio , Don Torcuato y Don Carlos Jesús , representados por la Procuradora Doña Susana Alonso Cabezos y dirigidos por el Letrado Don Antonio Rafael Ferrández García, y como demandado Don Pedro Francisco , representado por el Procurador Don Francisco Antonio Bernal Segado y dirigido por la Letrada Doña Brígida Valvanera Jiménez. En esta alzada actúa como apelante la demandada y como apelado el demandante. Siendo Ponente el Illtmo. Sr. Don José Manuel Nicolás Manzanares, que expresa la convicción del Tribunal.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia Número Cinco de Cartagena en los referidos autos, tramitados con el número 240/2006, se dictó sentencia con fecha 13 de abril de 2011, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimo la demanda presentada en nombre y representación de de Don Rogelio, Don Torcuato y Don Carlos (en representación de su hijo menor Don Carlos Jesús) y

a) Declaro la condición de herederos forzosos de D. Rogelio, Don Torcuato y Don Carlos Jesús al fallecimiento de su madre Doña Amparo.

b) Declaro la reducción de la institución de heredero establecida por Doña Amparo a favor de Don Pedro Francisco en el testamento otorgado el 15 de Mayo de 2003 ante el Notario de Cartagena Don Miguel Ángel Cuevas de Aldasoro con número de protocolo 2197 al tercio de libre disposición del caudal hereditario de la testadora.

c) Declaro la nulidad de las escrituras de extinción de condominio otorgadas por Don Pedro Francisco y Doña Amparo con fecha 28 de Diciembre de 2004 ante el Notario de Cartagena Don Miguel Ángel Cuevas de Aldasoro con números de protocolo 5697, 5698 y 5699, así como la cancelación de las inscripciones registrales a que dichas escrituras dieron lugar retro trayendo la titularidad del dominio de dichos inmuebles al momento anterior a su otorgamiento.

Sin imposición de costas"

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia, se preparó recurso de apelación por la parte demandada, que, una vez admitido a trámite, interpuso en tiempo y forma, exponiendo por escrito y dentro del plazo que al efecto le fue conferido, la argumentación que le sirve de sustento. Del escrito de interposición del recurso se dio traslado a la parte demandante, emplazándola por diez días para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resultara desfavorable, dentro de cuyo término presentó escrito de oposición al recurso, solicitando la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia, con expresa condena en costas a la contraparte. Seguidamente, previo emplazamiento de las partes por término de treinta días, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación, con el número 301/2011, que ha quedado para sentencia sin celebración de vista, tras señalarse para el día 15 de noviembre de 2011 su votación y fallo.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia, en los términos del "Fallo" transcrito, estima la demanda de juicio ordinario formulada por Don Rogelio, Don Torcuato y Don Carlos Jesús, considerando que, en virtud del reenvío de retorno que autoriza el artículo 12.2 del Código Civil, a la sucesión de su fallecida madre, Doña Amparo, en cuanto que ésta tenía su domicilio en España y también en este país sus propiedades inmobiliarias, le es aplicable el derecho español y, por tanto, los demandantes han de ser considerados herederos forzosos, con la consiguiente reducción del heredero nombrado en el testamento de la Sra. Amparo de fecha 23 de mayo de 2003, el demandado, Don Pedro Francisco; y que las extinciones de condominio otorgados por éste y la Sra. Amparo en las escrituras públicas de fecha 28 de diciembre de 2004 son negocios simulados, carentes de causa. Frente a esta sentencia interpone recurso de apelación la representación procesal del demandado, alegando, en síntesis, que el Juzgador de instancia incurre en error en la apreciación de la prueba cuando considera que el domicilio de la Sra. Amparo se encontraba en España; que, en cualquier caso, a la sucesión le es aplicable el derecho inglés, en el que rige la libertad de testar; y que no está probado que aquellos negocios sean simulados.

**SEGUNDO.-** Pues bien, siendo suficiente la motivación por remisión (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, FJ 2; 187/1998, de 28 de septiembre, FJ 9; 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3; 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 3), sólo bastaría con remitirnos a los acertados fundamentos de la resolución apelada para desestimar el recurso de apelación.

**TERCERO.-** En efecto, por lo que se refiere a la residencia y domicilio de la Sra. Amparo, como bien indica dicha resolución, de acuerdo con el derecho inglés, "Frente al domicilio de origen, asignado a una persona cuando nace y que corresponde al domicilio de sus padres, estaría el de elección, el que adquiere cualquier persona mediante una combinación de elementos, su residencia fáctica en un país, su intención de residir permanentemente en dicho país"; esta conclusión "debe extraerse de un conjunto de datos o claves, tales como el hecho de que el sujeto resida en un país durante un periodo sustancial de tiempo de forma estable, que adquiere bienes inmuebles para su propia residencia permanente, que tenga lazos familiares en el país en que reside"; y "Sólo se pierde el domicilio de elección si la persona deja de residir en el país donde tiene su domicilio y al mismo tiempo deja de tener intención de residir en dicho país de modo permanente o indefinido".



Pues bien, no yerra el Juzgador de instancia al concluir que "no hay duda de que -la causante- residía en España y era su voluntad estar aquí afincada", que, en definitiva, el domicilio de la causante (de elección) se encontraba en España. Al respecto resultan fundamentales los testimonios del Sr. Nemesio , la Sra. Montserrat y el Sr. Severino , pues, como bien se señala también en la resolución apelada, el primero "amigo de todos, mantiene que desde el año 2001 ella -la Sra. Amparo - trasladó su residencia para vivir permanentemente en España, no tenía intención de volver al Reino Unido ni ir a Francia, y que sepa vendió todas sus propiedades en el Reino Unido y sólo conoce que tuviera inmuebles en España", y lo mismo afirman los otros testigos. Lo que mantienen estos testigos no es "por una vía interpretativa y subjetiva", como se sostiene en el recurso. Según sus declaraciones, los dos primeros testigos eran amigos de la Sra. Amparo , a la que conocieron durante catorce años; el primero no sólo dice que le constaba que ésta se vino a vivir a España en el año 2001 de manera permanente, sino que también asegura que fue ella la que le dijo que su intención era hacer de España su hogar y que no pensaba volver a Inglaterra, añadiendo además que cuando se vino a vivir a España vendió todas sus propiedades en Reino Unido, que con lo obtenido con la venta compró propiedades en España que dedicó a su alquiler y que la Sra. Amparo volvió a Inglaterra al final de su enfermedad, para ser tratada en un hospital especializado en el cáncer y sólo dos semanas aproximadamente; la segunda, compañera del anterior y muy amiga de la Sra. Amparo , coincide en los mismos detalles, precisando que ésta, cuando fue a Inglaterra para ser tratada de su enfermedad, no tenía domicilio en Reino Unido y que cuando falleció su domicilio seguía siendo el de "La Manga"; y Don. Severino es el hermano de la Sra. Amparo , que avala todo lo dicho por los otros testigos y deja muy claro que su hermana prácticamente volvió a Inglaterra a morir y que todos sus negocios, intereses e inversiones se encontraban en España.

Pero es que, siendo suficiente ello para confirmar la conclusión relativa al domicilio de elección de la Sra. Amparo , el propio demandado y ahora apelante, si bien a preguntas de su Letrada, en la prueba de interrogatorio, dice que aquélla no tuvo domicilio permanente aquí, antes había reconocido que vinieron a España para quedarse permanentemente, que se trajo a su hijo menor, Carlos Jesús , que en España tenían todo lo que buscaban y que los tres convivieron juntos hasta la muerte de la Sra. Amparo en el año 2005.

Se dice también en el recurso que el Juzgador de instancia no ha tenido en cuenta que en el certificado de defunción de la Sra. Amparo y del matrimonio de la misma celebrado en 1998 aparecen dos domicilios en Inglaterra, que en la escritura de testamento se hace constar el domicilio de La Manga como accidental, que la Sra. Amparo nunca tramitó ni obtuvo permiso de residencia en España y que a la fecha de su fallecimiento era titular de seguros de vida, planes de pensiones, acciones, participaciones, obligaciones, depósitos y cuentas corrientes; y ante ello no cabe sino indicar que, por lo que se refiere a los domicilios, se está obviando el comentado resultado de la prueba testifical e incluso el interrogatorio del Sr. Pedro Francisco ; que la Sra. Amparo es nacional de un país europeo; que vendió todas sus propiedades inmobiliarias de Reino Unido antes de venirse a España; y, lo que es más importante, que el Juzgador de instancia, además del contundente resultado de las pruebas testificales, también toma en consideración otros datos que lo avalan: "ella se había empadronado en España desde septiembre de 2001, tenía cuentas bancarias en nuestro país cuyos movimientos reflejan una presencia estable en este territorio, el hijo menor lo tuvo aquí escolarizado durante varios años".

**CUARTO.-** Con relación al derecho aplicable a la sucesión de la Sra. Amparo y la problemática que se plantea con el denominado reenvío de retorno, el artículo 12.2 del Código Civil positiviza esa clásica institución del reenvío, al hacer posible la aplicación de la ley española cuando la norma de conflicto del ordenamiento extranjero aplicable remite a ella, y, como, se sostiene en el recurso, sobre esa norma se ha pronunciado la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1996 y 21 de mayo de 1999 , que se citan en apoyo de la pretensión revocatoria de la resolución impugnada.

En efecto, la primera se dicta en un asunto en el que una Audiencia Provincial, para declarar la nulidad de la institución de heredero contenida en un testamento en cuanto dicha institución afectara a bienes inmuebles del testador que se hallaran situados en España y perjudicaran a los derechos de los demandantes, razona, entre otras cosas, que <<el causante era ciudadano de Maryland, con último domicilio en Inglaterra, donde falleció, y parte de los bienes relictos se hallan en España donde residen sus descendientes. La sucesión "prima facie" se regirá por la ley nacional (artículo 9.2 del Código Civil ) del causante, (estatuto personal), pero según la ley de Maryland, respecto a bienes inmuebles la sucesión se rige por la "lex rei sitae". La remisión al derecho extranjero, según el artículo 12 del Código Civil "se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española">>. De este precepto, destaca la sentencia del Tribunal Supremo, "deduce la Audiencia que el Código a partir de la reforma del título preliminar de 1974 , admite el reenvío de primer grado y por ello ha de regirse la sucesión de los bienes sitos en España según el derecho español". Y resuelve el Alto Tribunal considerando infringidos los artículos 9.1 y 8 y el 12.2 del Código Civil , con apoyo en los cuales la Audiencia entendió que la institución de heredero perjudicaba los derechos legitimarios de los hijos del causante, diciendo lo siguiente:



<<El texto del artículo 12.2 del Código Civil , dice literalmente: la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española.

Este precepto deja perfectamente claro que cuando el artículo 9.8 del Código Civil , declara: "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 encuentren", el derecho aplicable a la sucesión de autos es el del Estado de Maryland. Ahora bien, cuando la norma de conflicto de este Estado reenvía a otro Estado que no sea España, dicha remisión no ha de tenerse en cuenta (y se aplica la ley de Maryland), pero si la remisión, como en este caso, es a la legislación española, puesto que las leyes sucesorias de Maryland establecen que respecto a inmuebles la sucesión se rige por la ley del lugar donde están sitios, esta remisión sí que "debe tenerse en cuenta", pues así lo exige el texto del artículo 12.2 .

La frase "tener en cuenta" no equivale a que deban aplicarse nuestras normas sucesorias de modo inexorable, puesto que en español (Diccionario de la Real Academia) "tener en cuenta" quiere decir "tener presente, considerar", y ello es lo que debe hacer esta Sala: considerar si el reenvío (que ya ha sido alguna vez admitido por nuestros Tribunales de instancia) ha de aceptarse en el presente caso, en virtud de lo dispuesto en la norma de conflictos del Estado de Maryland, que utiliza como punto de conexión el lugar de situación de los inmuebles para determinar la norma de derecho material por la que ha de regirse la sucesión de sus ciudadanos.

La negación del reenvío puede apoyarse en que la colisión entre el estatuto sucesorio establecido en el artículo 9.8 del Código Civil , y la que habla y permite el reenvío de retorno, como es el artículo 12.2 , no existe, es más aparente que real. El artículo 12.2 contiene una norma de carácter general, de las denominadas por la doctrina "norma de aplicación o funcionamiento" que no puede interpretarse aisladamente, sino en relación con la norma específica y concreta que regula la materia de sucesiones, que en el derecho español es el 9.8, y en él se inclina por el punto de conexión de la nacionalidad para elegir la norma rectora de la sucesión, cualesquiera que sea la naturaleza de los bienes y el lugar donde se encuentren.

El derecho español entiende preponderante la ley nacional del "de cuius"; al propio tiempo, el sistema hereditario español es de carácter universalista, esto es, sostiene el criterio de unidad del régimen sucesorio.

A ello se puede añadir que la defensa de derechos legítimos, hecha por los actores con apoyo en el derecho español no necesariamente ha de tener contenido real y en consecuencia no abona la tesis del reenvío en la sucesión de inmuebles radicados en España.

El reenvío, por último, debe entenderse como un instrumento de armonización de sistemas jurídicos de los Estados, como un instrumento respetuoso con los principios que los inspiran y si el derecho americano se apoya en una gran libertad de testar, y no reconoce las legítimas de los hijos, en nada armonizaría la coexistencia de los derechos respectivos, la aplicación por esta Sala del derecho español a la sucesión del causante de este litigio, que no ha conservado con España ni la residencia ni el domicilio. Consecuencia de lo anterior es que debe prosperar el último de los motivos en el que por el cauce del número cuarto del artículo 1692 , se denuncia la infracción de los artículos 9.1 y 8 y el 12, apartado segundo, del Código Civil , con apoyo en los cuales se ha entendido nula la institución de heredero "en cuanto perjudique los derechos legítimos de los hijos" del causante, a los que la Audiencia les ampara con el artículo 851 del Código Civil . La legítima, por último, no pertenece a materia protegida por el orden público interno>>.

En cuanto a la segunda sentencia, la de 21 de mayo de 1999 , dictada en un supuesto en el que el causante de nacionalidad inglesa falleció bajo testamento abierto otorgado en España y por el que instituía heredera única y universal de sus bienes, derechos y acciones a su esposa, sin perjuicio de los derechos legítimos que según su ley nacional pudieran corresponderle a su tres hijos fruto de un anterior matrimonio; en el que los actores, exactamente los referidos hijos del causante, formularon demanda a fin de que se declarara que la sucesión del causante debe regirse por la legislación material española, ya que con base a la misma, los actores tenían la cualidad de herederos legítimos concurrendo con el cónyuge supérstite; y en el que los bienes que formaban parte de la herencia estaban integrados por bienes inmuebles y muebles, los bienes inmuebles en España y los muebles en España y en un museo de arte de una ciudad francesa, resuelve señalando que:

<<Si bien una aplicación puramente literalista del artículo 12.2 del Código Civil conduciría a la solución defendida en la demanda, la evolución actual del Derecho Internacional Privado, tal como se manifiesta en el Derecho comparado y de manera notable en el Derecho convencional internacional, implica un tratamiento matizado del reenvío que hace imposible adoptar una actitud indiscriminada de aceptación o rechazo del mismo, sino proceder en su aplicación con un criterio flexible y de aplicación restrictiva y muy condicionada. La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda, es contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio o impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria; asimismo contradice y deja sin aplicación el principio rector del Derecho inglés





en materia sucesoria como es de libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad. Por otra parte, como señala la sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 1996, ante supuesto análogo al actual, la aplicación al caso del reenvío de retorno no conseguiría la finalidad que se asigna a este instrumento jurídico, de armonización de los sistemas jurídicos de los Estados, a lo que debe añadirse que en este supuesto la solución que se alcanzaría con esa aplicación tampoco puede afirmarse que entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego. Por todo ello, debe concluirse que la sucesión del causante D. Rogelio se rige por su ley nacional, es decir, por la Ley inglesa reconocedora de la libertad de testar a sus nacionales y, en consecuencia, procede la desestimación de la demanda, con revocación de la sentencia de primera instancia>>.

Pues bien, ya se debe reparar en que la comentada sentencia de 15 de noviembre de 1996 hace hincapiés en que "el sistema hereditario español es de carácter universalista, esto es, sostiene el criterio de unidad del régimen sucesorio" y en que el causante del litigio "no ha conservado con España ni la residencia ni el domicilio", sustentándose la pretendida aplicación del derecho español en que los inmuebles del causante radicaban en España; y en que la otra sentencia de 21 de mayo de 1999 parte de que el pretendido reenvío era "contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio o impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria". Y, sin embargo, en el supuesto que ahora nos ocupa, como bien señala la sentencia apelada, resulta que la causante, además de tener sus inmuebles en España, "residía en España y era su voluntad estar aquí afincada" (domicilio de elección) y "La ley aplicable a la sucesión testada de los bienes inmuebles en derecho internacional inglés sería la ley del país donde están situados" y "en derecho internacional privado inglés, la validez material o esencial de un testamento relativo a bienes muebles se rige por la ley del país donde el testador tenía su domicilio en el momento del fallecimiento" (v. informe elaborado por Don Nicolas, aportado en el acto de la audiencia previa -ratificado y ampliado por el mismo en la vista del juicio-, que contiene referencia concreta a los casos que apoyan los criterios normativos, tal y como se señala por la parte apelada frente al alegato del recurso de que no se ha probado dicha norma de conflicto), por lo que, como bien concluye el Juzgador de instancia, "Tanto por su domicilio como por tener todos sus bienes inmuebles en España, es la ley de este país la que rige la sucesión"; con lo cual, como también refiere en su sentencia, no se produce "la fragmentación legal de la herencia".

Por otro lado, esa solución de la sentencia de instancia viene avalada por la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2002 (nº 849/2002, rec. 976/1997), que, en un supuesto similar al que nos ocupa, también hace alusión a aquellas otras dos sentencias de la misma Sala y las matiza o precisa, razonando, al tratar el motivo del recurso de casación en el que se alegaba que se había aplicado indebidamente el derecho español a la sucesión de un nacional inglés, dando lugar a la reducción de la institución de heredero en la parte que perjudicaba la legítima de la hija del causante de aquella nacionalidad, que:

<<La fundamentación de este motivo consiste en esencia en sostener la procedencia de que la sucesión se rija por la ley nacional del causante, en este caso la inglesa, que otorga al mismo la libertad para dejar sus bienes a quien estime, no estando vinculado por legítimas ni instituciones análogas, restrictivas de la libertad de disposición "mortis causa". Dice la recurrente que la norma de conflicto aplicable (el art. 9.8 Cód. civ.) responde al principio de unidad y personalidad de la sucesión, incompatible con la remisión del derecho inglés en cuanto a los inmuebles a la del lugar donde estén situados, y opera como filtro al reenvío de retorno (art. 12.2 Cód. civ.), en cuanto "ius specialis", citando y resaltando la sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 1996, en un supuesto en que la norma de conflicto reenviaba al lugar de la situación de los inmuebles. Entendía la recurrente también que debía respetarse la voluntad del testador de legar a su esposa los bienes inmuebles existentes en España, manifestando en el testamento que la "disposición es posible con arreglo a su ley personal", y ello obligaba a no aceptar el reenvío al derecho español. El motivo se desestima, pues la aplicación de la ley española, a la que se reenvía el derecho inglés, que es la ley personal del causante, respecto de los inmuebles situados en España, no es contraria a los principios de unidad y universalidad de la sucesión, que es a lo que obedecen la regla del art. 9.1 Cód. civ. En efecto, la sentencia recurrida da como probado que los únicos bienes del causante son los inmuebles situados en España de los cuales dispuso testamentariamente, por lo que en modo alguno se produce una fragmentación de la regulación de la herencia, en cuyo caso, la norma general (no específica para la sucesión "mortis causa") del art. 12.2 Cód. civ. impondría la no aceptación del reenvío de la ley inglesa por contraria a aquellos principios. Éste es el criterio de esta Sala, y a él responden las declaraciones contenidas en su sentencia de 15 de noviembre de 1996, que no aceptó el reenvío que la ley nacional del causante hacía a la ley española en cuanto a los inmuebles por estar situados en España, lo mismo que las contenidas en su sentencia de 21 de marzo de 1999. Por tanto, si como en este litigio ocurre, la herencia del causante se compone únicamente de bienes inmuebles situados en España, no hay ningún inconveniente en la aceptación del reenvío de la ley inglesa, pues será la española la única que regula toda sucesión del causante>>.



Es cierto que, como advierte el apelante en su escrito de interposición del recurso de apelación, a diferencia del supuesto que contempla esa última sentencia, la herencia de la causante, además de los bienes inmuebles sitios en España, tenía otros, aunque no de esa naturaleza, en Inglaterra, concretamente, como ya se ha apuntado, seguros de vida, planes de pensiones, acciones, participaciones, obligaciones, depósitos y cuentas corrientes, pero también lo es que, como ya se ha dicho, por la ubicación de los inmuebles en España y por ser este país el domicilio de elección de la causante, la sucesión tanto respecto de unos como de otros bienes se rige por el derecho español, no vulnerándose, por tanto, "los principios de unidad y universalidad de la sucesión".

Y, refrendada la procedencia de la aplicación del derecho español, es claro que no cabe apreciar que los actores, pretendiendo su aplicación, actúen en fraude de ley o abuso de derecho, tal y como también se sostiene en el recurso. En modo alguno puede considerarse que incurre en un ejercicio contrario a la equidad quien, como es el caso, legítimamente actúa un derecho que le corresponde; y, desde luego, tampoco cabe sostener, como hace el apelante, que lo que aquellos pretenden es eludir la unidad de un sistema legislativo frente a la aplicación de normas aisladas de derecho español.

**QUINTO.**- Finalmente, por lo que se refiere a la simulación de los negocios jurídicos de extinción de condominio respecto de las fincas propiedad de la Sra. Amparo y el Sr. Pedro Francisco en España, por los que, como se indicaba en la demanda, las fincas objeto de los mismos eran adjudicadas al Sr. Pedro Francisco, con la obligación de éste de compensar a la Sra. Amparo en la mitad del precio fijado para cada una de ellas, lo primero que se ha de dejar sentado es que, con lo anteriormente resuelto, también lo es el alegato que se hace en el recurso relativo a que los actores, por aplicación del derecho inglés, carecen la condición de herederos y no pueden ejercitar las acciones conducentes a defender la herencia y a restituir a la misma los elementos patrimoniales que consideran indebidamente detraídos del patrimonio de la Sra. Amparo, y, en el supuesto concreto, a la nulidad de esos negocios.

Reconocida, pues, la legitimación de los demandantes para accionar en el apuntado sentido, ante el alegato de los actores de que "esos negocios de extinción de condominio celebrados un mes y medio antes de fallecer la Sra. Amparo causan extrañeza, porque ya había sido nombrado heredero el Sr. Pedro Francisco, se fijó un precio irrisorio, no es un precio real ni se ha pagado, no hay precio ni causa" -como resume la sentencia impugnada-, se comprende que el Juzgador de instancia destaque en su resolución que "una vez que el Sr. Pedro Francisco había sido nombrado heredero, encontrándose ya gravemente la Sra. Amparo, no es fácil entender, salvo que se busquen mejoras tributarias, que se otorgaran escrituras de extinción de condominio", y no se aprecia que yerre cuando concluye afirmando: "No hay en autos prueba alguna del pago del precio, lo que era sencillo para el demandado; no ha presentado certificados tributarios de sus ingresos, ni declaraciones de renta de no residente o residente, se desconoce que tuviera ingresos o recursos patrimoniales para pagar el precio; no ha probado de manera alguna el pago del precio ni entrega de bienes en dación en pago. No existe causa".

En el recurso se reprocha que en ningún momento se acredita, con certificado o certificado médico alguno, cual era la enfermedad que padecía la Sra. Amparo ni cual era su grado de gravedad, en el momento del otorgamiento de las escrituras; y se hace especial hincapié en este hecho del otorgamiento de los negocios jurídicos en escrituras públicas, también a los efectos de acreditar el pago del precio estipulado.

Pues bien, aquel reproche relativo a la prueba de la enfermedad de la Sra. Amparo, carece de sustento. Sólo obedece a una visión parcial e interesada de la prueba. Las escrituras de extinción de condominio fueron otorgadas por Don Pedro Francisco y Doña Amparo con fecha 28 de Diciembre de 2004 y la Sra. Amparo falleció el 15 de febrero de 2005; la Sra. Amparo, como refieren los testigos, fue tratada en un hospital de Inglaterra especializado en el tratamiento del cáncer poco antes de morir; y, habiendo sido también tratada en España, es el propio Sr. Pedro Francisco el que, en la prueba de interrogatorio, el que sostiene que la Sra. Amparo, aproximadamente, había abandonado el hospital unos cuatro o seis días antes a la firma de las escrituras.

Por lo demás, abundando en lo fundamentos de la sentencia de instancia y al hilo de la trascendencia que en el recurso se otorga a la intervención del fedatario público, se ha de recordar que, conforme tiene declarado el Tribunal Supremo, la simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder ésta a otra finalidad jurídica distinta sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que el contrato haya sido documentado ante el fedatario público puesto que, como también tiene declarado dicho Tribunal ( Sentencias de 15 de mayo y 2 de junio de 1983, 24 de febrero de 1986 y 1 de julio, 5 y 10 de noviembre de 1988 ), la eficacia de los contratos otorgados ante Notario no alcanza a la verdad intrínseca de las declaraciones de los contratantes, ni a la intención o propósito que oculten o disimulen, porque ésta escapa a la apreciación notarial, dado que, evidentemente, el documento público da fe del hecho y de la fecha, es decir lo comprendido en la unidad de acto, pero no de su verdad intrínseca. Asimismo, si bien la carga de la prueba de la simulación está atribuida a quien la invoca como origen de la ineficacia de los



contratos meramente aparentes ( SS del TS de 6 de febrero de 1948 , 23 de junio de 1953 y 26 de noviembre de 1987 , entre otras), desde luego la existencia de simulación debe deducirse por vía de presunción, pues, como declara reiterada jurisprudencia ( SSTs de 18 de julio de 1989 , 28 de abril y 29 de julio de 1993 , 13 de febrero , 9 y 15 de marzo y 3 de mayo de 1995 , entre otras) teniendo en cuenta las dificultades que entraña la prueba plena de simulación de los contratos por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la misma y por aparentar que el negocio es cierto y efectivo reflejo de la realidad, es posible acreditarlo deduciéndolo de la referida prueba indirecta de presunciones. Y en el concreto caso que nos ocupa, respecto del pago del precio por el Sr. Pedro Francisco , es cierto que, como sostiene el recurrente, en las referidas escrituras se recoge que la Sra. Amparo había recibido en Reino Unido con anterioridad a la firma de las mismas la compensación económica que, por el exceso de adjudicación, debía abonarle el Sr. Pedro Francisco , pero resulta que éste, una vez más en la prueba de interrogatorio, preguntado acerca de cuándo pagó el precio a la Sra. Amparo por la extinción del condominio, dice que lo pagó durante cierto tiempo, durante unos dos años, con propiedades, bienes y dinero a través de una cuenta de su abogado en Inglaterra, de una cuenta suya y en efectivo; explicación que roza el absurdo, ya que, haciendo referencia al pago durante unos años, no olvidemos el poco tiempo que transcurre entre el otorgamiento de las escrituras y el fallecimiento de la Sra. Amparo a lo que se suma, como advierten los apelados, que las fincas objeto del condominio extinguido fueron adquiridas el 11 de diciembre de 2001, una, el 3 de octubre de 2002, otras dos, y el 30 de julio de 2003, otra; con lo que resulta que, según la versión del Sr. Pedro Francisco , prácticamente habría empezado a pagar la extinción del condominio al poco de adquirir las tres primeras, especialmente las de 3 de octubre de 2002, y antes de adquirir la última. Por supuesto, aquellos pagos con bienes y dinero carecen de toda justificación y tampoco se justifica que tuviera posibilidades económicas para afrontar los pagos. Como dice la sentencia apelada, "No hay en autos prueba alguna del pago del precio, lo que era sencillo para el demandado; no ha presentado certificados tributarios de sus ingresos, ni declaraciones de renta de no residente o residente, se desconoce que tuviera ingresos o recursos patrimoniales para pagar el precio...".

Añadir, únicamente, ante la posibilidad, también apuntada en la demanda, de que se estuviera encubriendo una donación, se ha de recordar que, aunque con referencia a la compraventa, la Sala 1ª del Tribunal Supremo se ha inclinado en su doctrina más reciente por sostener la invalidez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de compraventa por faltar el requisito ad solemnitatem de constar la donación, y no cualquier otro negocio, en escritura pública y figurar también en ella la aceptación del donatario (v. la sentencia del Pleno de la Sala de 11 de enero de 2007 y las sentencias de 26 de febrero de 2007 , 18 de marzo de 2008 , 5 de mayo y 18 de marzo de 2008 y 4 de mayo de 2009 ).

**QUINTO.-** No obstante la desestimación del recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por las mismas razones no impugnadas por las que la sentencia apelada no hace expresa imposición de las costas procesales de la instancia, tampoco procede hacer expresa imposición de las de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

En nombre de S.M. el Rey

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Francisco Antonio Bernal Segado, en nombre y representación de Don Pedro Francisco , contra la sentencia dictada en fecha 13 de abril de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia Número Cinco de Cartagena en el Juicio Ordinario número 240/2006 , debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** dicha resolución; y ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales de esta alzada.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , haciéndose saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 468 a 489 y Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil , de cuyos recursos, llegado el caso, conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo y deberán interponerse ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia dentro de los veinte días a contar desde su notificación y previa constitución de un depósito de 50 euros, mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta a nombre de este Tribunal en la entidad BANESTO nº 3196/0000/06/301/11; y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

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