



Roj: **SAP MA 2521/2021 - ECLI:ES:APMA:2021:2521**

Id Cendoj: **29067370042021100366**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **4**

Fecha: **08/06/2021**

Nº de Recurso: **1256/2019**

Nº de Resolución: **373/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JAIME NOGUES GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA.

SECCIÓN CUARTA.

PRESIDENTE, ILMO. SR.

D. JAIME NOGUÉS GARCÍA.

MAGISTRADAS, ILMAS. SRAS.

D^a. DOLORES RUIZ JIMÉNEZ.

D^a. MARÍA ISABEL GÓMEZ BERMÚDEZ.

RECURSO DE APELACIÓN 1.256/2019 .

PROCEDENCIA: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 5 DE TORREMOLINOS.

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 707/2017.

S E N T E N C I A N^o 373/2021

Málaga, ocho de junio de dos mil veintiuno.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga ha visto el recurso de apelación interpuesto por doña Socorro y don Cipriano , representados por el procurador don José María Murcia Sánchez, defendidos por la letrada doña Elena Cánaves Sainz, frente a la sentencia dictada en el procedimiento ordinario 707/2017, tramitado por el juzgado de Primera Instancia número 5 de Torremolinos. Es parte recurrida don David , en situación procesal de rebeldía en la instancia, que no se ha opuesto al recurso ni se ha personado en el mismo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Magistrada-juez del juzgado de Primera Instancia número 5 de Torremolinos dictó sentencia el 27 de noviembre de 2018, en el procedimiento ordinario 707/2017, con el fallo siguiente:

DESESTIMO la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. José María Murcia Sánchez, en nombre y representación de D^a. Socorro y D. Cipriano , contra D. David , y ACUERDO:

1.- No haber lugar a los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda, absolviendo a D. David de los mismos.

2.- Imponer a la parte demandante el abono de las costas procesales.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la entidad demandada fue turnado a esta Sección de la Audiencia, celebrándose la deliberación el 25 de mayo de 2021.

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

Es ponente el Magistrado don Jaime Nogués García.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interponen los demandantes recurso de apelación frente a la sentencia que ha desestimado la demanda que formularon frente a don David , en la que solicitaban el reconocimiento de su derecho como legitimarios de su difunta madre, doña María Inés , y la consecuente atribución patrimonial que les corresponde con arreglo al Código civil, con reducción de la adjudicación a favor del sr. David en la proporción correspondiente a su legítima, declarando anulables los actos de disposición realizados por el demandado en perjuicio de su derecho legítimo. Alegan en síntesis error en la aplicación del art. 814 CC respecto de su preterición errónea o no intencional como herederos forzosos, con los efectos inherentes a dicho pronunciamiento.

El demandado ha permanecido en situación procesal de rebeldía en la instancia, sin que se haya opuesto al recurso.

SEGUNDO.- Los antecedentes de la instancia se resumen del modo siguiente:

I.- Doña Socorro y don Cipriano formularon demanda de procedimiento ordinario frente a don David , alegando en síntesis que su difunta madre, doña María Inés otorgó testamento en España el 5 de abril de 2001, legando a su pareja don David , para el caso de premoriencia, sus bienes ubicados en España, sin mención a la legítima que correspondía a sus dos hijos, por lo que solicitaban el dictado de sentencia con los pronunciamientos siguientes:

1º) Que doña Socorro y don Cipriano son legitimarios de su madre, la causante, doña María Inés .

2º) Se declare su derecho a recibir de la causante, la atribución patrimonial que les corresponde, en la forma y proporción establecida en el Código civil.

3º) Sa haga pasar al sr. David por las anteriores declaraciones, reduciéndole de su adjudicación el porcentaje correspondiente a los legitimarios, declarando anulables los posibles actos de disposición que haya realizado el sr. David en perjuicio de su derecho.

4º) Se condene al Sr. David al pago de las costas causadas en este procedimiento .

II.- El demandado, emplazado por edictos dado su ignorado paradero, fue declarado en rebeldía.

III.- La sentencia ha desestimado la demanda. La magistrada de instancia considera aplicable, de forma supletoria, el derecho español, al no acreditar los demandantes la legislación inglesa, y tras valorar la prueba practicada concluye:

no resulta acreditada la preterición errónea o "no intencional" invocada en los fundamentos de derecho de la demanda como base jurídica de la misma. Antes al contrario, la causante, Sra. María Inés , menciona expresamente a sus dos hijos,-hoy demandantes-, en el testamento por ella otorgado en fecha 5 de abril de 2001 ante la Notario D^a. María Nieves García Inda, (documento número 4 de la demanda), legándoles determinados bienes para el caso de premoriencia de D. David . Pero es que tampoco se probaría la preterición intencional, ya que no se ha practicado prueba que desvirtúe con el necesario rigor la manifestación contenida en el propio testamento según la cual la causante aseguraba haber otorgado testamento en su país, respecto de sus bienes, derechos y acciones radicados fuera de España, (cláusula tercera), incluyéndose en la documental nº 4 un documento redactado en inglés y no traducido al español, del que existen serios indicios que constituya un testamento otorgado en Gran Bretaña por la Sra. María Inés en fecha 27 de noviembre de 1994, en el que se menciona tanto al hoy demandado, Sr. David , como a los demandantes, los dos hijos de la causante. Tampoco se ha practicado prueba que acredite con el rigor necesario la inexistencia de bienes de D^a. María Inés en Inglaterra. Por último, y pese al escaso o nulo valor probatorio que tiene el documento privado que se aporta como número 10 de la demanda,-en el que evidentemente no tuvo intervención alguna la causante, ya fallecida-, en el mismo no sólo se manifiesta que "la causante no dejó bienes en el país de su **nacionalidad**", sino que "además de los bienes objeto de legado en el testamento, han tenido conocimiento de que la causante dejó otros bienes en el testamento de referencia en España, para lo cual se está tramitando en España la declaración de herederos a su favor", (a favor de los demandantes), "a los efectos de adjudicar a los mismos dichos bienes".

Todo ello sin perjuicio de la inconcreción que se advierte en el suplico de la demanda, que no hace referencia alguna al testamento litigioso y en cuyo punto 3º se interesa la anulabilidad de actos de disposición hipotéticamente efectuados por el demandado, extremo que evidentemente no podría en modo alguno tener acogida.

TERCERO.- El recurso interpuesto por los demandantes se articula sobre una errónea aplicación del art. 814 CC, insistiendo en su condición de herederos forzosos de la difunta sra. María Inés al ser sus dos únicos

hijos, preteridos de forma no intencional, por lo que les corresponde 2/3 del caudal hereditario conforme a lo dispuesto en el art. 808 CC.

El motivo ha de ser estimado, aunque de forma parcial.

La sra María Inés , súbdita británica madre de los recurrentes, otorgó testamento el 5 de abril de 2001 en Benalmádena, localidad en la que residía desde hace más de diez años, en estado de viuda, reconociendo que de su matrimonio nacieron dos hijos, los hoy demandantes. En el testamento legaba a su pareja sentimental, don David , siempre que le sobreviviera y se encontrara en plenitud de sus facultades mentales, su participación en dos inmuebles y todo el metálico ingresado en una cuenta bancaria, falleciendo la sra. María Inés el 29 de abril de 2007.

La primera cuestión que debe abordar la sala es el derecho aplicable a la sucesión de la difunta sra. María Inés , y atendiendo a la fecha de fallecimiento hemos de remitirnos a la sentencia del Tribunal Supremo 18/2019, de 15 de enero, que concluye la inaplicación del Reglamento 650/2012, que entró en vigor el 17 de agosto de 2012 (art. 84) y se aplica a la sucesión de las personas fallecidas el 17 de agosto de 2015 o después de esa fecha (art. 83.1).

Es de aplicación la doctrina jurisprudencial sobre reenvío en el ámbito sucesorio elaborada por el Tribunal Supremo aplicando de los arts. 9.8 y 12.2 CC. En concreto, la sentencia 18/2019, de 15 de enero se pronuncia en los términos siguientes:

La tesis que presupone la existencia de una norma implícita conforme a la cual no procede el reenvío cuando el testador elige como ley aplicable su ley personal o hace testamento que sería válido conforme a la misma, ha venido siendo defendida entre nosotros por un sector doctrinal con apoyo en modelos de derecho comparado. Pero no es, sin embargo, la solución que ha venido manteniendo la doctrina de esta sala, a la que debemos estar por razones de seguridad jurídica, y que tenía su apoyo fundamental en un doble dato normativo: i) que el art. 9.8 CC no utiliza la autonomía de la voluntad como punto de conexión, de modo que no permite al causante elegir la ley que rige su sucesión (a diferencia de lo que sucede con el Reglamento 650/2012, en los términos de su art. 22); y ii) que el art. 12.2 CC no excluye el reenvío por el hecho de que el causante haya elegido la ley aplicable a su sucesión (a diferencia de lo que resulta de los arts. 34 y 22 del Reglamento 650/2012, de sucesiones).

El último domicilio de la sra. María Inés radicaba en Benalmádena, por lo que la norma de conflicto remite para la sucesión de sus bienes al Derecho español, resultando irrelevante que pudiera tener otros en Reino Unido, pues como indica la sentencia del Tribunal Supremo 520/2019, de 8 de octubre,

A estos efectos hay que advertir que, de acuerdo con la doctrina científica, la unidad legal de la sucesión se refiere a la sucesión litigiosa en España, por lo que aun en el caso de que hipotéticamente hubiera inmuebles situados en el extranjero y, como dice el recurrido, el resto de la sucesión se pudiera tramitar por autoridades extranjeras que excluyeran de su conocimiento el inmueble situado en Mijas (España), al que se refiere el presente litigio, tal fraccionamiento no podría ser solucionado por los tribunales españoles. El presente litigio se ocupa de la sucesión ordenada en el testamento, que expresamente se refiere a los bienes y derechos sitos en España. En consecuencia, en el presente caso, en virtud del reenvío previsto en el art. 12.2 CC , la unidad legal de la sucesión litigiosa en España queda garantizada mediante la aplicación de la ley española, con la que además la sucesión guarda una conexión más estrecha que con la derivada de la **nacionalidad** de la causante, dado que la misma residía en España, donde falleció, y donde se encuentran los bienes que se han identificado del caudal hereditario.

Por las consideraciones expuestas procede aplicar la ley española a la sucesión de la difunta sra. María Inés , y por tanto, reconocer a los recurrentes su condición de herederos forzosos, si bien la Sala discrepa en que la preterición fue errónea o no intencional, como alegan en la demanda y reiteran en el recurso, pues los menciona en el testamento como hijos nacidos de su matrimonio y, pese a ello legó sus bienes en España a su pareja sentimental para el caso de premoriencia, de manera que la legítima que les corresponde es la estricta o corta (1/3 del haber hereditario), por aplicación del art. 813 CC, pues ciertamente, como razona la magistrada de instancia con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002, si la voluntad del causante, soberano de su sucesión, fue privar de todo a sus hijos, no se puede extender a una parte (legítima larga, o 2/3 de la herencia) que corresponde a su libre disposición y que voluntariamente no les quiso atribuir.

Comparte la sala el pronunciamiento de la magistrada de instancia que rechaza la anulabilidad de los actos de disposición que haya podido realizar el demandado, que exigiría su concreción y demandar a todos los contrantes.

Por las razones expuestas, procede revocar la sentencia recurrida, y en su lugar, con estimación parcial de la demanda, declarando que, con arreglo al Código civil, doña Socorro y don Cipriano son legitimarios de



su madre, la causante, doña María Inés , reconociéndoles su derecho a recibir de la causante la legítima estricta, debiendo estar y pasar el sr. David por dichos pronunciamientos reduciendo su adjudicación en lo que perjudique la legítima estricta de los demandantes, y todo ello sin imposición de las costas devengadas en la instancia (art. 394 LEC).

CUARTO.- Estimado parcialmente el recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 LEC, no procede hacer especial pronunciamiento respecto de las costas devengadas por el mismo, devolviendo a los recurrentes el depósito constituido para recurrir (Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación en derecho

FALLAMOS

Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador don José María Murcia Sánchez, en representación de doña Socorro y don Cipriano , frente a la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2018 por la Magistrada-juez del juzgado de Primera Instancia número 5 de Torremolinos, en el procedimiento ordinario 707/2017, debemos revocar dicha resolución, y en su lugar, estimar parcialmente la demanda formulada por la representación procesal de doña Socorro y don Cipriano frente a don David , declarando que, con arreglo al Código civil, doña Socorro y don Cipriano son legitimarios de su madre, la causante, doña María Inés , reconociéndoles su derecho a recibir de la causante la legítima estricta, pronunciamientos por los que debe el sr. David reduciendo su adjudicación en lo que perjudique la legítima estricta de los demandantes, y todo ello sin imposición de las costas devengadas, ni en la instancia ni por el recurso.

Devuélvase a los recurrentes el depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma es susceptible de los recursos extraordinarios de casación o infracción procesal siempre que concurra alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo interponerse en el plazo de veinte días ante esta Sección, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Lo pronuncian y firman los magistrados de sala.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior resolución por el Magistrado Ponente, estando celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."