

ANUARIO ESPAÑOL  
DE DERECHO  
INTERNACIONAL  
PRIVADO

TOMO XIII



*Iprolex*  
2013

que, por la misma razón de emigración, una persona ha adquirido otra nacionalidad, pero ha recuperado la española, sin renunciar a la obtenida, posibilidad esta específicamente contemplada en la Ley 26/2002, de 8 de octubre sic, que suprimió la exigencia contenida anteriormente en nuestro Código Civil de renunciar a la nacionalidad adquirida por razón de emigración, como requisito previo para recuperar la española perdida con anterioridad.

Y es precisamente con base en esta Ley, en cuya exposición de motivos se menciona expresamente que su publicación tiene como fin eliminar el obstáculo que para muchas personas que deseaban recuperar la nacionalidad española de origen suponía la exigencia que ello conllevaba de renunciar a la nacionalidad que ostentaban, y en la modificación por la misma introducida, como D. Vicente, que ostentaba la nacionalidad estadounidense, adquirida por razón de emigración, recuperó la española en fecha 20 noviembre 2003, previa tramitación del oportuno expediente de recuperación ante el Cónsul General de España en Los Angeles, California, y pasó así a ostentar la doble nacionalidad, que ninguna de las partes ha discutido, por lo que, siendo este un supuesto previsto en las leyes españolas, es evidente que resulta de aplicación el párr. 1º del art. 9.9º Cc, a que antes se ha hecho referencia, tal y como con acierto ha acordado la Juez a quo en su resolución, y en modo alguno el párr. 2º, aplicable a aquellos supuestos de doble nacionalidad no previstos en nuestras normas, ni en tratados internacionales, todo lo cual hacía preciso examinar, en orden a determinar la legislación aplicable, el lugar en el que se ubicaba la residencia habitual del referido causante o, en su defecto, la última adquirida.

Pues bien, en cuanto a este extremo ha concluido la Juzgadora en su resolución, como ya se ha mencionado previamente, que la residencia habitual de D. Vicente, tal y como sostenía su esposa Dª Elisa, se hallaba situada en el referido estado de California [...].

Y sostienen acto seguido los recurrentes, a fin de justificar su pretensión revocatoria, y como tercer motivo de recurso, que se ha producido un error en la valoración de la prueba sobre el contenido del derecho de California, pues la Juzgadora aplica este, en concreto la libertad de testar que el mismo contempla, sin necesidad de reservar ninguna porción a los descendientes, pero se equivoca en su aplicación, dado que esta libertad para testar opera partiendo de un testamento válido, validez que no reconoce la misma legislación al testamento que otorgó el causante en San Sebastián el 2 diciembre 1999, por no cumplir con los requisitos exigidos por dicha legislación, en concreto la firma de dos testigos presentes en su otorgamiento, careciendo de validez conforme a dicha legislación, siquiera como testamento ológrafo, al no estar manuscrito, y que, sobre el carácter ganancial de todos los bienes adquiridos por el Sr. Roberto, éste no solo no ha sido acreditado, sino que viene cuestionado por documentos que obran en autos, no habiéndose acreditado que existiera un régimen de sociedad de gananciales aplicable al matrimonio del causante y la demandada, o si pactaron otro distinto, y, suponiendo un régimen ganancial, de acuerdo con el informe, la sucesión se referiría a la mitad de los bienes gananciales, de tal manera que, para el supuesto hipotético de que se considere de aplicación la legislación de California, conforme a la misma, el testamento otorgado por el Sr. Roberto carecería de validez legal, además de referirse únicamente a sus bienes en España, siendo de aplicación lo previsto en dicha legislación a la sucesión intestada, con distribución de los bienes entre la viuda y los hijos, de acuerdo con lo previsto en la Sección 6400 y siguientes del Código de Sucesiones del Estado de California, que viene a ser equivalente a lo que reclaman en su demanda, dado que correspondería una tercera parte a la viuda y las dos terceras partes restantes se distribuirían entre los cuatro hijos del causante, pero es lo cierto que el mismo no puede ser tomado en consideración, por cuanto que a través de él, como ya se ha constatado, cuestionan los recurrentes la validez legal del testamento otorgado por D. Vicente, cuando es lo cierto que en ningún momento de su demanda se ha cuestionado la validez del referido testamento, por lo que esta cuestión planteada supone una cuestión nueva, que no puede ser objeto de análisis en esta instancia.

En efecto, la lectura del escrito de la demanda interpuesta por Dª Amalia y D. Roberto permite constatar que alegaban en primer lugar, y tras indicar que D. Vicente había ostentado la doble nacionalidad, que la ley aplicable había de ser la ley nacional del causante al momento de su fallecimiento, pero ajustando las legítimas a la ley que había de regir la sucesión, es decir, y en este caso, la española, y, en segundo lugar, que la española era la legislación que prevaecía, en atención a la falta de tratados

internacionales entre España y Estados Unidos que rigieran la sucesión, motivo por el que hacían la petición, en el suplico de la misma, que se les reconociera la condición de herederos, como hijos del causante, y su derecho legitimario, así como el derecho a percibir los bienes que por ese concepto les correspondía y que había de serles restituído por la instituida heredera de los por ella adjudicados o, en caso de imposibilidad, su valor equivalente, hasta cubrir un tercio del caudal líquido del causante, un sexto a cada uno de ellos, quedando por determinar su valor exacto en ejecución de sentencia, pero que en ningún momento cuestionaron la validez del testamento otorgado.

Es evidente, en consecuencia con ello, que su actual alegación de que el testamento otorgado por D. Vicente carece de validez conforme a la legislación californiana, y su pretensión de que, con base en dicha alegación, se determine que el derecho que tiene a percibir la parte que mencionan de la herencia del mismo, constituye una cuestión planteada ex novo en esta instancia, que no puede ser tomada en consideración, no sólo precisamente por cuanto que no ha sido planteada hasta este momento, sino, además, por cuanto que su análisis supondría colocar a la parte demandada, que no ha conocido de ella hasta este momento procesal, y no ha podido defenderse de esa pretensión, en una posición de total indefensión, por lo que el mencionado motivo de recurso ha de ser rechazado sin más consideraciones.

En consecuencia con todo lo expuesto precedentemente, no puede por menos que concluirse que, una vez constatado el otorgamiento de un testamento por parte de D. Vicente, de acuerdo con las formalidades que le eran exigibles, habiendo quedado acreditada la vigencia del Derecho del Estado de California que resulta aplicable a este caso que nos ocupa, de acuerdo con la certificación emitida por el Cónsul General de España en Los Angeles, D. Álvaro, el 22 noviembre 2011, y dándose la circunstancia de que, conforme a lo establecido en la mencionada legislación, el testador tiene derecho a dejar sus bienes a quien esté nombrado en el testamento por parte del mismo y no se le impone la exigencia, para estimar que ha otorgado un testamento válido, que deje ninguna parte de sus propiedades a sus hijos, no puede por menos que concluirse que el mismo estaba perfectamente facultado para atribuir todos sus bienes a su esposa Dª Elisa, tal y como llevó a cabo en el referido testamento por él otorgado, en el que expresó su clara voluntad de dejar a la misma todos sus bienes, derechos y acciones, por lo que la pretensión formulada por Dª Amalia y D. Roberto en la demanda por ellos interpuesta de que se les reconozcan unos derechos hereditarios, en relación a los bienes de su fallecido progenitor, había de ser rechazada, tal y como ha sido acordado en la sentencia de instancia, la cual ha de ser confirmada, en lo que a los pronunciamientos formulados al respecto hace referencia. [...]

#### LA SUCESIÓN DE UN CIUDADANO MARROQUÍ DE CONFESIÓN JUDÍA ANTE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Josep M. FONTANELLAS MORELL\*

1. Para introducir este comentario, nos parece oportuno transcribir unas líneas de otro reciente, que estimamos especialmente acertadas y que resumen el estado de ánimo de quien, dada la cantidad y el alcance de las observaciones que querría formular, no sabe muy bien por dónde comenzar: “[p]uesto que esta nota se publica en una revista especializada, que se lee esencialmente en el ámbito universitario, en realidad huelga todo comentario a la retahíla de despropósitos contenidos en los párrafos que se reproducen. No se pueden cometer más errores en tan breve espacio” [C. González Beilfuss, “Nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª), de 1 junio 2011”, *REDI*, vol. LXIV, 2012, 1, p. 209]. En efecto, motiva la presente nota una decisión disparatada, que, como pocas, pone de manifiesto

\* Profesor agregado de Derecho internacional privado. Universidad de Lleida. Esta colaboración se enmarca en el Proyecto titulado «La aplicación de los instrumentos comunitarios en materia de Derecho internacional privado por los tribunales españoles: balance y perspectivas», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Dirección General de Investigación Científica y Técnica, y con referencia DER2012-36920.

to algunos de los principales defectos –de diseño y de funcionamiento– del sistema español de DIPr, ya que, por una parte, muestra la poca familiaridad de los jueces con los métodos, las técnicas y las instituciones que son propios de nuestra disciplina (sobre sus causas y unas eventuales perspectivas –probablemente demasiado optimistas– de mejora, *vid.* C. González Beilfuss, *loc. cit.*, p. 210); y, por otra parte, hace de nuevo evidente que la ambigüedad con la que en España está definido el régimen procesal de aplicación del Derecho extranjero sume las soluciones conflictuales vigentes en nuestro país en un nivel de incertidumbre tal que la seguridad jurídica no queda mínimamente garantizada. Dejando esta cuestión para el final, abordaremos previamente los restantes problemas con los que se ha encontrado la AP de Madrid.

2. Antes de nada, sin embargo, procede relatar someramente la historia del caso. Para entenderlo cabalmente, es indispensable una lectura de la Sentencia (196/2012, de 1 de septiembre) del JPI (nº 39 de Madrid), que hemos podido consultar. Del análisis conjunto de la SJPI y de la SAP, se infiere que el litigio enfrenta a los presuntos legatarios de un ciudadano marroquí de religión judía con los herederos del mismo. El causante fallece en España, en 1997, tras haber residido largamente en nuestro país. En 1975, había otorgado, ante un notario de Madrid, un testamento [cuyas cláusulas iniciales, a tenor de la SJPI, rezan: “Primera.– Declara que es de nacionalidad marroquí y de raza y religión hebrea, en el seno de cuya religión ha nacido, vivido y espera con favor de Dios perseverar y morir. Segunda.– Manifiesta que es natural de Casablanca, del Reino de Marruecos, y que por tanto y por conservar la nacionalidad marroquí está sometido a la legislación de dicha nación en cuanto se refiere al derecho sucesorio, por remisión de la misma al derecho hebraico, el cual otorga libertad absoluta de testar y de disposición de bienes”] en el que había instituido herederos universales por partes iguales a sus hijos, pero en el que había asimismo legado a su madre y a sus hermanos, por partes iguales y proindiviso, el usufructo vitalicio del ochenta por ciento de los bienes inmuebles que poseía al tiempo de su matrimonio, celebrado en España en 1973, por haberlos adquirido con capital familiar. Abierta la sucesión, los pretendidos legatarios –fallecida la madre, sobreviven al *de cuius* una hermana y varios sobrinos– reclaman que sea declarada judicialmente la existencia del legado o, subsidiariamente, de la deuda contraída por el difunto con sus parientes. Cinco años después de su presentación, la demanda es desestimada en primera instancia por “la falta absoluta de prueba del contenido del Derecho aplicable” (FJ 1º, *in fine*); veredicto que es confirmado doce meses más tarde en apelación.

3. De las diversas cuestiones que suscita el caso, hay una que, a nuestro parecer, destaca por encima del resto: si el Derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto hubiera sido debidamente acreditado, estaríamos –pues no tenemos noticia de lo contrario– ante la primera ocasión en que los tribunales españoles habrían tenido que vérselas con un supuesto de remisión *ad extra* a un ordenamiento plurilegislativo de base personal. Tenemos una experiencia negativa en la aplicación –o, mejor dicho, en la inaplicación– del art. 12.5º Cc en hipótesis de remisión a legislaciones de Estados en los que, debido a su organización territorial, conviven distintas normativas civiles. En nuestra jurisprudencia, el problema –si se llega a detectar– se despacha mediante «una remisión directa inconsciente», que es sorprendente, porque se emplea «cuando el criterio de localización es la nacionalidad, sin ... justificar ni detallar cuál es la conexión subsidiaria utilizada ni por qué se ha utilizado» [S. Sánchez Lorenzo, “Art. 12, apartado 5”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2º, *Artículos 8 a 16 del Código civil*, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, p. 959]. Para hacerse una idea de este modo de proceder, baste recordar, por ejemplo, la STS 15 noviembre 1996 (*Lowenthal*, en la que parece recurrirse al lugar de origen del difunto) o la STS 30 de abril de 2008 (*O'Brien*, en la que se tiene en cuenta el último domicilio del causante). En el caso que nos ocupa, la situación es bien distinta, porque el 9.8º Cc remite a un ordenamiento jurídico, el marroquí, en el que encuentra acogida un Derecho –el mosaico–, cuya aplicación no depende de un criterio susceptible de concreción territorial, sino de uno de naturaleza personal –la pertenencia del sujeto concernido a la comunidad israelita– imposible de localizar espacialmente. Es en un escenario como éste en el que el art. 12.5º puede mostrar mejor sus virtudes, ya que el sistema de remisión indirecta que contiene permite superar la insuficiencia conectora de la nacionalidad a la hora de individualizar cuál de los derechos del

Estado plurilegislativo extranjero –de proyección territorial o, como ocurre aquí, personal– es el aplicable. Por otra parte, el fundamental inconveniente de la remisión indirecta, el de que la *lex causae* carezca de reglas para solucionar los conflictos internos, no concurre en el supuesto examinado, dado que el Código de Familia marroquí de 2004 (regulador también de las sucesiones *mortis causa*) dispone de un precepto –el art. 2 *in fine*– que señala que “[l]os judíos marroquíes están sujetos a las normas del Estatuto Personal Hebreo” (traducción española tomada de A. Quiñones Escámez, *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones*, t. I, *África del norte y América latina*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 51).

4. A diferencia de la SJPI –en la que el reenvío no aparece para nada–, el FJ 3º de la SAP entra a discutir –diríamos que gratuitamente– la conveniencia de su admisión. La única explicación lógica de por qué, en segunda instancia, surge la cuestión es la de que, al ver inicialmente desestimada su demanda por falta de prueba del Derecho extranjero, los actores, en apelación, alegan la innecesidad de dicha prueba por ser aplicable al fondo de la controversia la ley española en virtud del reenvío de retorno que el sistema conflictual marroquí hace a nuestro Derecho material. De ser así, los recurrentes olvidan que, si éste hubiera sido el caso, les correspondía a ellos la acreditación de la existencia, el contenido y la vigencia de la norma de conflicto extranjera que restituía la competencia legislativa al Derecho español (J.C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2013, p. 175). En vez de hacer notar a los apelantes esta incoherencia, la AP de Madrid se pierde en insustanciales divagaciones sobre la universalidad de la herencia y la armonía de soluciones que reflejan una mala digestión de la –más que discutible– doctrina del TS al respecto. Y eso que la AP tenía a su disposición sólidos argumentos para descartar, en este asunto, el juego del reenvío. En primer término, podía haber alegado que, aun cuando el DIPr español no admite una *professio iuris* como la incluida en el testamento litigioso, el reenvío no debería operar en casos de sucesión testada conforme a la ley nacional del causante [M. Virgós Soriano, “Derecho de sucesiones y reenvío: la “respuesta del sistema español”, *AAVV*, vol. XLII, 2004, pp. 204–208]. En segundo lugar, podía haber sacado a colación que, en los ordenamientos plurilegislativos erigidos sobre la base del estatuto personal, la exclusión del reenvío es consustancial a su idiosincrasia [para los países musulmanes, *vid.* J. Déprez, “Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel”, *Recueil des Cours*, t. 211, 1988–IV, p. 96]; si bien esta idea podría matizarse cuando el Estado de que se trate se haya arrogado la competencia legislativa –tanto en la vertiente material como en la conflictual– para los diversos grupos de población que se integran en él (V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, vol. II, Paris, IRJS Éditions, 2013, p. 2218). Por último, incluso en la hipótesis de que Marruecos hubiera codificado su DIPr en esta línea –cosa que no ha hecho–, cabía haber observado algo tan sencillo como que, para poder hablar de reenvío, se ha de dar una *conditio sine qua non*, que el punto de conexión de la norma de conflicto extranjera sea diferente del empleado por la regla de colisión del foro [N. Bouza Vidal, “Art. 12, apartado 2”, en M. Albaladejo/S. Díaz Alabart (dirs.), *op. cit.*, p. 881]; condición que aquí no se cumple, puesto que el *Dahir* de 1913 –que es la fuente primordial del DIPr marroquí– se sirve, en su art. 18, de la nacionalidad del *de cuius* para determinar la *lex successionis* [H. Sefrioui, “Rapport National Maroc”, *Notarius International*, 10, 2005–1/2, pp. 46–47], al igual que hace el art. 9.8º Cc.

5. Proclive a “amontonar” argumentos [R. Arenas García, nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª), de 10 julio 2000, *REDI*, vol. LIII, 2001, pp. 475–476], esto es, a aducirlos sin orden ni concierto, cuantos más mejor, por más que no hagan al caso e incluso se acaben contrarestando, la AP de Madrid inquiera si un Derecho, como el de los hebreos marroquíes, que permitiera el pago de los legados sin una previa satisfacción de las deudas del causante podría contrariar el orden público español. De entrada, cabe formular dos objeciones a este planteamiento: primera, resulta difícilmente imaginable una normativa que no se ajuste a una pauta sucesoria tan universal como es la de la prioridad de los acreedores hereditarios frente a los legatarios, con más razón, cuando estamos ante una regulación, la propia de los judíos de la mitad norte de Marruecos –lugar de origen del difunto–, sumamente influida por el Derecho castellano (H. Sefrioui, *loc. cit.*, pp. 43–44); segunda, toda vulneración de

un principio esencial del foro tiene que pasar siempre por la acreditación del contenido intolerable del Derecho extranjero, circunstancia que en este proceso no se ha producido.

6. La desestimación de la demanda se debe, como ya se ha indicado, a la falta de prueba por parte de los actores de la legislación extranjera que, de acuerdo con la norma de conflicto española, habría de dirimir la controversia. Las vicisitudes de la prueba son dignas de reseña. En su primer posicionamiento, la parte demandante no propuso prueba documental –aunque, según la AP, adujo más adelante un certificado del Rabinato de la Comunidad Judía de Madrid y documentos complementarios, que no fueron aceptados–, pero pidió la declaración testifical de un rabino, del que no se precisa que fuera llamado también en calidad de perito. A su vez, los demandados propusieron prueba documental del Derecho hebraico aportada con la contestación de la demanda –y que fue impugnada por la contraparte–, presentada en la audiencia previa al juicio, y a obtener por medio de oficios dirigidos al Tribunal Rabínico de Tánger y a la Sociedad Fiduciaria de Marruecos; asimismo, solicitaría la declaración de un testigo y de dos testigos –peritos. Por su parte, la esposa del difunto, cuya intervención fue provocada por los actores, propuso prueba documental aportada junto al escrito de contestación, a presentar en la audiencia previa y a obtener mediante oficio remitido al Tribunal Rabínico de Tánger; igualmente, requirió la declaración de un testigo, la de un testigo –perito y la práctica de una prueba pericial por el Juez Oficial del Tribunal Rabínico de Tánger. La juez sustituta que estuvo a cargo del procedimiento hasta la fase de juicio no admitió la prueba documental presentada por los demandados en la audiencia previa ni la que tenía que haberse obtenido a través de los oficios referidos, así como tampoco la prueba documental y la pericial reclamadas por la interviniente. Planteada en el acto de la audiencia previa la cuestión de la falta de aportación del Derecho extranjero, la juez, en un auto posterior –cuyo recurso no impidió su confirmación–, declaró no haber lugar a la misma, manteniendo que debía estarse a lo resultante de la prueba documental ya obrante en autos y a la práctica de las restantes pruebas admitidas. Como le recrimina la magistrada–juez que dicta la SPI, la sustituta no hizo uso, ni “de oficio, [ni para integrar] la voluntad probatoria de la parte demandada”, de las facultades que el art. 281.2º LEC confiere a nuestros tribunales para intervenir en la averiguación del contenido y vigencia del Derecho extranjero. Por todo ello, la magistrada–juez, “con el pie forzado” –dice–, se ve obligada a tomar la decisión, que le “disgusta sobremedida” –agrega–, de desestimar la demanda por falta de prueba del Derecho competente, habida cuenta de que la parte actora la funda indebidamente en el Código civil español, que es inaplicable con arreglo al art. 9.8º Cc. En este punto, la sentencia confirmatoria de la AP de Madrid, que dedica a la cuestión apenas diez líneas, no sólo no añade ninguna consideración de interés, sino que nos deja perplejos al aludir reiteradamente al art. 12.6º.II Cc, como si esta disposición aún continuara vigente.

7. La pésima gestión de la prueba en este asunto ofrece, en nuestra opinión, nuevos puntos de vista para el estudio del problema de la acreditación del Derecho extranjero. No entraremos ahora a analizar cuál es la mejor manera (aplicar supletoriamente la *lex fori*, desestimar la demanda o incorporar *ex officio iudicis* la ley foránea) de solventar insuficiencias probatorias como la descrita, porque es un debate bien delimitado (sobre las ventajas y desventajas de cada solución, *vid.* M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2007, pp. 520–521) y creemos que los actuales mimbres legales y jurisprudenciales de nuestro sistema no dan para mucho más. Si que, en cambio, nos gustaría hacer una serie de reflexiones sobre el tema al hilo del caso que estamos anotando. ¿Tiene sentido que, en un litigio como éste, se desestime la demanda por no haberse aportado a las actuaciones el Derecho extranjero competente cuando el testador –incluso sin gozar de autonomía conflictual para ello– ha dejado meridianamente claro –también a sus sucesores, potenciales litigantes– cuál es la legislación que ha tenido en mente a la hora de otorgar sus últimas voluntades, deseando que rija la transmisión *mortis causa* de su patrimonio? ¿Es lógico que, en un pleito en el que cuando menos una de las partes se ha esforzado por acreditar el Derecho aplicable, el juez, que no ha ayudado en nada –más bien todo lo contrario–, se incline por desestimar la demanda sobre la base de la falta de prueba? ¿Es de recibo que la magistrada–juez que dicta la SPI censure la actitud poco colaboradora de la sustituta sin que ella trate de reconducir la situación? Nuestra mejor doctrina (M. Virgós Soriano/F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 528–529) ha

venido insistiendo en que las diligencias finales del art. 435.2º LEC son la institución procesal más adecuada para que, ante un riesgo de denegación de justicia atentatoria contra el principio constitucional de tutela judicial efectiva, el juez ejerza las funciones de averiguación del Derecho extranjero que la ley le reconoce. Es verdad que las diligencias finales están concebidas para casos excepcionales, en los que la actividad probatoria de las partes en relación con hechos relevantes oportunamente alegados por ellas ha producido, por causas que no les sean imputables, un resultado no conducente a su finalidad (*vid.*, *in extenso*, X. Abel Lluch, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 255–344, particularmente, pp. 298–314); pero, ¿cabe pensar en una hipótesis en la que el recurso a esta figura esté más justificado que aquélla en la que, no solamente parecen concurrir los requisitos exigidos por el precepto que las regula, sino en la que, además, la juez que ha de pronunciar la sentencia constata en el juicio que la completa pasividad e inhibición de la sustituta que ha intervenido en las primeras fases del procedimiento en cuanto a la obtención del Derecho extranjero la obligará con toda probabilidad a dictar un veredicto en absoluto acorde con la firme voluntad probatoria mostrada por –al menos una de– las partes?

8. Se ha afirmado, con toda la razón, que, en supuestos como el que nos concierne, la desestimación de la demanda es más un reproche a un comportamiento procesal poco diligente de las partes que una respuesta sobre el fondo de sus pretensiones (S. Álvarez González, “La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional”, *REDI*, vol. LIV, 2002–1, pp. 220–221). Sin embargo, convendría añadir que, en determinadas circunstancias, dicha sanción puede resultar asumible dada su índole formal y temporal. Imaginemos que, por ignorancia o por conveniencia, los abogados de la parte actora de nuestro caso deciden no aportar la ley que –por voluntad del causante y por indicación de la norma de conflicto– tenía que ser la encargada de disciplinar la sucesión, ¿qué es a lo que se exponen con su –digamos– inidónea conducta procesal? Se arriesgan a que su demanda sea en principio formalmente desestimada por falta de acreditación del Derecho competente –mas no a que lo sea por razones sustantivas derivadas del contenido de la ley extranjera aplicable, como ha pretendido sin éxito la parte demandada–. Continuemos con nuestras elucubraciones: supongamos que los letrados en cuestión saben que, a pesar de este contratiempo, si van recurriendo todas las decisiones y el asunto llega al TS –como al parecer aquí ha sucedido–, mucho habrían de variar las cosas para que el Alto Tribunal no fallase según el Derecho español, que es lo que perseguían desde el inicio. Ciertamente, el pleito habrá sido largo y oneroso, pero ellos habrán conseguido su propósito de eludir la aplicación del Derecho extranjero competente –de conformidad con el cual su demanda tal vez no habría prosperado–, y, de paso, habrán puesto nuevamente de relieve que nuestro sistema conflictual opera, a la postre, como un sistema facultativo (M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, pp. 521–523); es decir, disponible por las partes –incluso, como seguramente acontece en el caso que estamos comentando, cuando una de ellas está en desacuerdo y no consigue que su criterio prevalezca–. A la vista de la situación existente, en las conclusiones del artículo antes citado, se reclamaba una clarificación legal (S. Álvarez González, *loc. cit.*, pp. 222–223), pero, desde entonces, ha transcurrido más de una década y todo sigue igual. Aunque tal vez no por mucho tiempo, pues hay indicios de que se avecinan cambios. Por un lado, el art. 33.3 del reciente *Anteproyecto de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil* señala que, “[e]n aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español”. No obstante, esta aplicación supletoria de nuestra legislación, prevista con carácter potestativo, no parece que vaya a modificar sensiblemente los hábitos judiciales, porque los tribunales ya la ponen usualmente en práctica. Por otro lado, de mucha mayor trascendencia es la iniciativa científica encaminada a que la Unión Europea se dote, para la Parte General del DIPr, de unas reglas uniformes, las cuales deberían, sin ningún tipo de duda, abordar la cuestión de la alegación y prueba en el foro del Derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto, decantándose por una solución que acabe por poner en manos del juez la inexcusable determinación de su contenido [E.–M. Kieninger, “Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts”, en S. Leible y H. Unberath (eds.), *Brauchen wir eine Rom 0–Verordnung?*, Jena, JWV, 2013, p. 499]. De la suerte que corra este instrumento comunitario, hoy embrionario, puede depender que, en un futuro no

muy lejano, la prueba del Derecho extranjero deje de ser, para nuestro sistema de DIPr, un foco permanente de inseguridad jurídica.

9. Si hubiera que sintetizar telegráficamente lo hasta aquí expuesto, diríamos que la proverbial precariedad de medios de nuestra administración de justicia –que eterniza litigios como el examinado y permite una discontinuidad e interinidad excesivas en los puestos judiciales–, los graves déficits de formación de los jueces españoles –por lo menos en lo que atañe a nuestra disciplina– y el alambicado régimen procesal de aplicación del Derecho extranjero que tenemos –alguno de cuyos aspectos más paradójicos hemos repasado– son los factores que explican, en buena medida, por qué en la práctica judicial de nuestro país aparecen casos, como el que ha dado pie a la redacción de estas páginas, que son un completo despropósito.

**2013/87.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoquinta, nº 391/2013, de 27 septiembre 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Delgado Rodríguez. JUR\2014\5518.**

**Sucesión testamentaria.– Legado: reclamación improcedente.– Testador de nacionalidad marroquí y religión hebrea.– Legislación aplicable.– Aplicación de la ley nacional.– Legislación hebraica que reconoce la libertad de testar a los nacionales marroquíes que profesen la religión hebrea.– Remisión *ad extra* a un sistema plurilegislativo.– Reenvío de primer grado al Derecho español: aplicación improcedente.– Aplicación judicial del Derecho extranjero.– Imposibilidad de aplicación de oficio de la ley extranjera no acreditada de forma suficiente.**

Norma aplicadas: Arts. 9.8º y 12.2º y 5ª Cc

[...]

Hemos de partir de la base que la ley aplicable a la sucesión es la nacional del causante, puesto que el art. 9.8 Cc es terminante cuando establece que: “La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento”. El art. 12.5º Cc español establece que “Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el cual coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación de lo que es aplicable entre éstos se debe hacer de conformidad con la legislación de dicho Estado”. En este caso, según la cláusula segunda del testamento abierto enjuiciado, la remisión en materia de sucesión testada es a la ley hebraica reconocida en Marruecos, por lo que no hay conflicto de leyes, al ser de preferente aplicación la ley hebraica reconocida en Marruecos, sobre la española, sin perjuicio de la situación de los inmuebles y de la última residencia habitual del difunto, puesto que tanto los unos como la otra están situados en España. Y una vez hayan sido adjudicados dichos bienes, las leyes españolas aplicables a su destino patrimonial, son las de España. Esta solución se ampara, además, en otros tres argumentos. Primero, el Derecho español más próximo y mejor conectado al caso y es el derecho material más próximo a las autoridades, funcionarios o tribunales que lo tienen que aplicar. Segundo, el principio que establece el art. 12.5º Cc español es aceptado de manera general en materia de Derecho internacional privado no sólo por la doctrina que lo trata, sino también, por multitud de tratados internacionales entre los cuales parece suficiente mencionar el Convenio sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias hecho en la Haya el 5 octubre 1961, ratificado por España el 1988, el art. 1 del cual establece que: “... Si la ley nacional consiste en un sistema no unificado, la ley aplicable quedará determinada por las normas vigentes en este sistema y, en su defecto, por el vínculo más efectivo que tuviese el testador con una de las legislaciones que componen el sistema”, y está claro que este vínculo más efectivo es con la legislación española.

No obstante, en esta compleja materia sucesoria con tantos intereses implicados, la jurisprudencia de la Sala 1ª, fijada en sus SS 15 noviembre 1996 y de 21 mayo 1999, nº 436/1999, rec. 3086/1995, marca una nueva tendencia reticente a la aplicación del reenvío en materia sucesoria; postura coincidente con la que sustenta la más moderna doctrina internacionalista española en relación con el reenvío establecido en el art. 12.2º Cc respecto a la norma de conflicto del art. 9.8º Cc en materia de suce-

siones inmobiliarias, procediendo rechazar la aplicación del reenvío, entendiéndose que los Tribunales españoles sólo lo aplicarán conforme al citado precepto legal en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, de tal manera que será aplicado cuando los juzgadores lo estimen legalmente oportuno y sólo aceptarán el reenvío de retorno cuando éste lleve a un resultado acorde con los principios generales del Derecho español.

Si bien una aplicación literal del art. 12.2º Cc, conduciría a la solución diferente, 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, si no que se debe 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 en materia sucesoria como es de libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad. Por otra parte, como se deduce de la sentencia de la Sala 1ª 15 noviembre 1996, ante un 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, y mientras que no se demuestre que es contraria al orden público español se rige por su ley nacional, es decir, por la legislación hebraica que reconoce la libertad de testar a los nacionales marroquíes, que profesen la religión hebrea. Y, en consecuencia, procede confirmar la desestimación de la demanda [...].

## TRANSPORTE

### RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL

**2013/88.– Juzgado de lo Mercantil de Granada, Sentencia de 21 enero 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuan Muñoz. AC\2013\2336.**

**Transporte aéreo internacional.– personas: responsabilidad: procedencia: pérdida de equipaje: daño material y moral: equilibrio de intereses equitativo.**

Normas aplicadas: Art. 22 Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, de 28 mayo 1999.

[...]

En lo referente al daño moral, del que se solicita una cuantía de 500 euros para cada una de las demandantes, ya la que tampoco se ha opuesto la demandada, debemos partir de que nuestra no ha sido unánime considerado que dicho máximo incluye tanto los daños morales, como materiales (SAP Barcelona 5 febrero 2008; SAP Madrid 6 noviembre 2009); otras sentencias señalan que no existe límite de responsabilidad en cuanto a los daños morales (SAP Alicante de 8 octubre 2009; SAP de Vizcaya, de 30 diciembre 2005). No han faltado las que han considerado el límite como doble: un límite de 1.000 DEG para los perjuicios materiales y otro límite de 1.000 DEG para los morales (SAP Barcelona 2 julio 2008). La cuestión ha sido definitivamente resuelta por el TJUE quien en su sentencia de 6 mayo 2010, a partir de una cuestión prejudicial planteada por la el juzgado de lo mercantil de Barcelona (Asunto Walz v. Clickair) señala que el Convenio no contiene definición propia de “daño” o “perjuicio” (términos utilizados indistintamente en la norma), por lo que deben entenderse de acuerdo con las reglas de