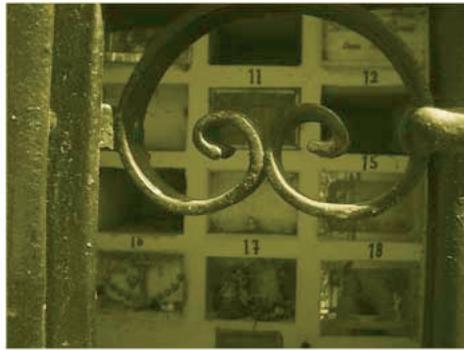




UNIVERSIDAD DEL AZUAY  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS



EL REENVÍO ENTRE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y ESPAÑOLA,  
RESPECTO A LOS PROBLEMAS DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE  
MUERTE EN EL CONTEXTO DE LA SEGUNDA OLA MIGRATORIA  
ECUATORIANA

TRABAJO DE GRADUACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL  
TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO DE LOS  
TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.

Cuenca, enero de 2006

**UNIVERSIDAD DEL AZUAY  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

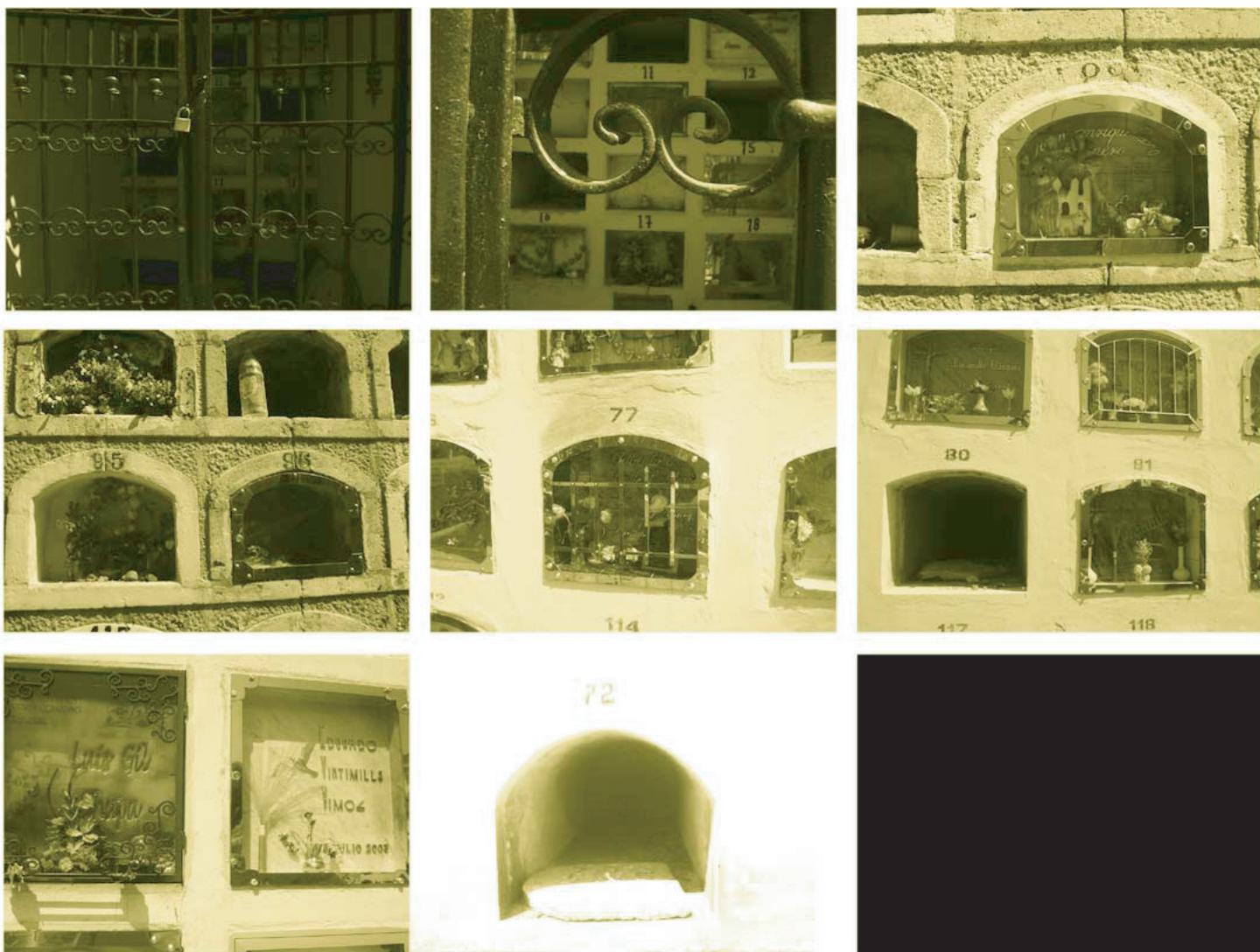
**“EL REENVÍO ENTRE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y ESPAÑOLA,  
RESPECTO A LOS PROBLEMAS DE LA SUCESIÓN  
POR CAUSA DE MUERTE EN EL CONTEXTO  
DE LA SEGUNDA OLA MIGRATORIA ECUATORIANA”.**

**TRABAJO DE GRADUACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL  
TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO DE LOS  
TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.**

**Fernando Andrés Martínez Moscoso**

**Director: Dr. Hernán Coello García**

**Cuenca, enero de 2006**



EL REENVÍO ENTRE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y ESPAÑOLA,  
RESPECTO A LOS PROBLEMAS DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE  
MUERTE EN EL CONTEXTO DE LA SEGUNDA OLA MIGRATORIA  
ECUATORIANA

Andrés Martínez Moscoso

Cuenca, Enero de 2006

## **Dedicatoria**

Al migrante ecuatoriano, que en cada jornada forja un futuro mejor para su familia y  
para la patria.

## **Agradecimientos**

Al Dr. Hernán Coello García, quien con sus conocimientos y colaboración, permitieron que este trabajo se desarrolle y obtenga las conclusiones que se esperaba.

A los maestros, Dr. Alfonso L. Calvo y Dr. Javier Carrascosa González, Profesores Titulares de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Murcia, quienes brindaron extensa bibliografía para la investigación desarrollada, y tuvieron la amabilidad de enviar el Capítulo 7 y 23, de su Manual de Derecho Internacional Privado. Vol. I y II, y por sus importantes comentarios e incondicional apoyo durante la realización del trabajo.

Un agradecimiento especial a la Dra. Mónica Guzmán Zapater, Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, quien gracias a su obra y principalmente por su aporte en el tema del “reenvío”, tratado de brillante manera en el Tema VII de su libro de Derecho Internacional Privado Vol.1.

Además los valiosos comentarios jurídicos y aportes con doctrina y jurisprudencia, supieron otorgar: Dr. Santiago Álvarez González, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Santiago de Compostela; Dr. Alfonso Ortega Giménez, Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Cardenal Herrera- CEU (Elche) y Profesor Asociado de Derecho Internacional Privado de la Universidad Miguel Hernández (Elche); Dr. Andrés R. Benot, Dra. Aurora Hernández, Profesora Asociada de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Cantabria; Dr. Francisco Zamora Cabo, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Jaume I; Dra. Gloria Esteban de la Rosa, Profesora Asociada de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Jaén; Dra. María Lorena Sales Pallares,

Profesora Ayudante de Derecho Internacional Privado de la Universidad Jaume I; Dra. Nuria Marchal Escalona, Profesora Asociada de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Granada; Dra. Pilar Maestre Casas, Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Salamanca; Dra. Salomé Adroher, Profesora Propia Agregada de Derecho Internacional Privado Universidad Pontificia de Comillas (ICADE).

A Daniel López por el trabajo gráfico que apoya esta investigación.

Y un especial reconocimiento a mi familia, quienes con su colaboración desinteresada colaboraron para que esta investigación pueda realizarse.

### **ABSTRACT.**

The recent migratory movements of the Ecuadorian population, are one of the sources of expects but also anguish of our people. Since the North American migratory controls turned stronger Spain became the most frequently destination choice, because this country had international accords that turned easier the migration of the Ecuadorians. These facts generate social, economic a juridical troubles, and one of the more complex is the death cause succession, because the answers of the source of the International private law aren't clearly enough.

This paper analyzes critically the Ecuadorian and Spanish legislations and compiles the doctrine about the renvoi by different theoretic sources and proposes solutions about the problems that the Ecuadorian migrants will against

*Key words:* Private International Law; Renvoi; Death cause succession

## **RESUMEN**

Los actuales movimientos migratorios de la población ecuatoriana representan una de las fuentes de mayores angustias y expectativas, y desde que la política migratoria estadounidense se volvió más rígida, el destino más frecuentado por nuestros compatriotas se convirtió España, que brindaba cierta facilidad respecto al ingreso, por convenios que se encontraban vigentes entre los estados. Sin embargo a consecuencia de este fenómeno se vienen presentado problemas de tipo social, económico y jurídico; destacando los problemas de sucesión por causa de muerte, puesto que las soluciones que presenta el Derecho Internacional Privado no son lo suficientemente claras.

El trabajo realizado analiza críticamente las legislaciones ecuatoriana y española, además recopila las doctrinas vertidas sobre el problema del Reenvío, y otorga soluciones respecto a los problemas que se presentan con los migrantes ecuatorianos.

*Palabras Claves:* Derecho Internacional Privado; Reenvío; Sucesión por Causa de Muerte.

## INDICE

DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTOS	IV
ABSTRACT	VI
RESUMEN	VII
INDICE	VIII

INTRODUCCION	1
--------------	---

### CAPITULO PRIMERO

LOS QUE SE VAN...	4
-------------------	---

1.- LA MIGRACIÓN.	5
-------------------	---

1.1. Conceptos y Antecedentes	5
-------------------------------	---

2.- LINEAMIENTOS GENERALES RESPECTO A LA INMIGRACIÓN	7
--	---

2.1.- Inmigrantes, Transmigrantes y Emigrantes.	7
---	---

2.2. Situaciones Especiales.	8
------------------------------	---

2.3.- Migraciones Políticas y Económicas.	9
---	---

3. ANTROPOLOGÍA DE LA MIGRACIÓN.	10
----------------------------------	----

3.1.- Presión Demográfica.-	11
-----------------------------	----

4. MIGRACIONES Y ESTADO.	14
--------------------------	----

5. DERECHOS HUMANOS Y MIGRACIÓN.	16
----------------------------------	----

6.- ESPAÑA Y LA NUEVA OLA MIGRATORIA.	20
---------------------------------------	----

7.- REMESAS Y EL IMPACTO EN LA ECONOMÍA.	25
--	----

7.1.- Evolución de los envíos de dinero por parte de los migrantes.	26
---	----

### CAPÍTULO SEGUNDO

LOS FENÓMENOS SUCESORIOS.	29
---------------------------	----

1.- GENERALIDADES	30
-------------------	----

2.- LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE	31
-------------------------------------	----

3.- DERECHO SUCESORIO ESPAÑOL	34
3.1. El Código Civil Español y su Evolución	34
3.2. España y el Fenómeno Sucesorio	36
4.- LA APERTURA DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE	37
4.1. Conceptos de la Apertura de la Sucesión Mortis Causa	39
4.2.- Problemas de la Apertura de la Sucesión en el Tiempo y en el Espacio.	41
4.3.- Apertura de la Sucesión en España.	47
5.- LEGISLACIÓN COMPARADA	48
CAPÍTULO TERCERO	
EL REENVÍO Y LOS PROBLEMAS SUCESORIOS.	49
1.-DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.	50
2.- CONCEPTO DE LA INSTITUCIÓN.	52
2.1. Historia y Antecedentes.	54
3.- PRESUPUESTOS DEL REENVÍO Y FUNDAMENTOS QUE LO SUSTENTAN.	57
4.- CLASES DE REENVÍO.	60
5.- POSITIVIZACIÓN DEL REENVÍO.	62
5.1. El Reenvío y la Legislación Ecuatoriana (Código Sánchez de Bustamante).	62
5.2. El Reenvío y la Legislación Española.	66
6. CRITERIOS DE ACEPTACIÓN Y CRÍTICAS DEL REENVÍO.	71
CONCLUSIONES	75
BIBLIOGRAFIA	77
ANEXOS	81

## **INTRODUCCIÓN**

La presente investigación realiza un análisis pormenorizado de la realidad de los migrantes ecuatorianos que han viajado a tierras españolas, y la repercusión jurídica y los problemas que se han presentado respecto a la sucesión por causa de muerte, puesto que las divergencias existentes entre las dos legislaciones han generado situaciones a resolver por el derecho internacional privado, ya que los factores de conexión difieren.

En los últimos años se ha visto reflejado, un problema en las sociedades urbanas y rurales latinoamericanas, puesto que la salida de un miembro de la familia, especialmente los hombres, se ha constituido en una de las fuentes de mayores angustias y sufrimiento; solo basta recordar lo sucedido en las últimas décadas con las diferentes crisis económicas y sociales, que han arrastrado a un gran número de compatriotas a buscar mejores realizaciones en otros países, dirigiéndose principalmente la migración ecuatoriana a inicios de los años noventa hacia los Estados Unidos, tras la meta de alcanzar el tan ansiado “sueño americano”, y era muy reducido el destino de países europeos o algunos latinoamericanos como Venezuela o Colombia.

Sin embargo las autoridades estadounidenses, cada vez han endurecido los controles, produciendo de esta manera una inmediata disminución del flujo de migrantes con ese destino.

Con estos antecedentes podemos comprender como los ecuatorianos, aprovecharon las ventajas que brindaba un acuerdo celebrado entre el Ecuador y España, respecto a la no necesidad de Visa para turistas, de esta manera poco a poco se fueron ideando mecanismos para dar la apariencia de turistas que iban a permanecer un tiempo no

mayor a 90 días, esto es con la utilización de la “bolsa de viaje”, de \$ 3.000 a \$4.000, que supuestamente serían utilizados para la permanencia en territorio español.

Solo de esta manera se puede comprender como en la ciudad de Madrid, el número de ecuatorianos que residían en esa Municipalidad, experimentó un incrementó tan grande, esto es quince veces en nada más que 2 años, llegando a cifras de 75.527 ecuatorianos habitando en esta urbe para el 2001. La importancia que poco a poco ha adquirido esta comunidad de migrantes es muy representativa dentro de España, ya que las cifras sobrepasan la de las comunidades africanas que comúnmente eran más numerosas que las latinoamericanas.

Pero la realidad en la que se desenvuelve la vida cotidiana de estas personas, no es nada fácil, puesto que las situaciones que deben pasar a su llegada a territorio español, son muy difíciles de afrontar. La mayor parte de ellos no posee un permiso legal de trabajo, lo cual le dificulta exigir salarios y trato justo, viéndose en la mayor parte de casos, situaciones de abuso, ya que viven atormentados con la posibilidad que sus patronos los denuncien en caso de que éstos se quejen de la forma en la que son tratados.

De esta forma en el desarrollo de esta investigación, será clara la perspectiva respecto a la armonía que debe reinar entre migración y derechos humanos, puesto que no sólo en el aspecto laboral se deben considerar los factores de protección y respeto de las personas sino además ese derecho fundamental que tienen los individuos a la libre movilidad, mediante el cual la persona tiene total libertad para trasladarse entre los estados sin que se le impongan impedimentos de ninguna manera.

Con estos antecedentes es comprensible que este problema social ha afectado al normal desenvolvimiento de las familias en cuanto a su desarrollo, siendo así se puede encontrar un tema connatural al ser humano, la muerte, puesto que es un fenómeno que ocurre a todos por igual y en particular en este tipo de fenómenos migratorios al hablar de la Sucesión, el tema se convierte en uno de no tan fácil solución por parte de nuestros compatriotas.

Vemos que la sucesión por causa de muerte como institución jurídica se haya definida en la legislación ecuatoriana tanto como en la española, pues del análisis realizado

concluimos que dicha institución es traída al derecho actual gracias al aporte brindado por el Derecho Romano; sin embargo los factores de conexión que se utilizan respecto a la apertura de la sucesión, entre los dos ordenamientos jurídicos son diferentes, puesto que la regla utilizada en el sistema ecuatoriano es aquella que, da la aplicación de la ley del último domicilio que tuvo el causante. Y en el caso del derecho civil español, de acuerdo a lo analizado en el Art.9, numeral octavo, se desprende la concepción de la ley de la última nacionalidad del causante.

Nace de esta manera un problema conocido en la doctrina del Derecho Internacional Privado como “Reenvío”, presentándose una competencia negativa, ya que se presenta aquella situación en que las leyes de los Estados, ninguna de ellos quiere hacerse cargo del supuesto jurídico y prefieren remitir a otra legislación.

El conflicto que se presenta ha sido analizado por la doctrina y también en decisiones judiciales en algunos países, así nuestro análisis buscará encontrar soluciones para la situación planteada.

## CAPÍTULO 1

### **LOS QUE SE VAN...**

“La inmigración vale como símbolo de que la nación no es una isla en el mundo sino que estaba íntimamente ligada a la suerte de los demás pueblos”. UNESCO.

## **1.- LA MIGRACIÓN.**

### **1.1. Conceptos y Antecedentes.-**

Dentro de las acepciones que se tienen del término “migración”, es necesario recordar que “es el desplazamiento de poblaciones de una a otra soberanía nacional, comprendiendo a la inmigración y a la emigración”.<sup>1</sup> Todo esto con un alcance mucho más genérico.

Así la entendemos como un movimiento de personas dentro de un mismo territorio nacional por ejemplo, que nos da la diferencia entre las migraciones que las podríamos llamar internas y las internacionales, ya que en las segundas es clara la idea de cruzar fronteras y territorios.

Para un análisis es necesario que se tome en cuenta que en dicho fenómeno se encuentran involucrados tanto los países de origen, así como los de recepción e incluso la tendencia actual se pronuncia que terceros Estados también se encuentran involucrados.

Vemos de esta manera que cada Estado tiene la aspiración clara de lograr que sus habitantes encuentren la mayor parte de satisfacciones a sus necesidades, dando a entender que se tiene un Estado fuerte económicamente, reflejándose como un nivel de vida mucho más alto. Sin embargo en los Estados en los cuales estas premisas no se cumplen se ha visto que el fenómeno migratorio se asienta en mayor proporción, convirtiéndose su estudio en una amplitud de conceptos y situaciones.

A través de la historia de la humanidad una de las principales causas de influencia para los problemas de tipo migratorio han sido las guerras, de esta manera según reportes de la Organización Internacional del Trabajo, se concluye que durante el transcurso de la

---

<sup>1</sup> OSORIO y FLORIT, M, Enciclopedia Jurídica Ameba, DRISKILL.S.A. Buenos Aires, Argentina, 1984.

Segunda Guerra Mundial traería como consecuencia 150 a 200 millones de desocupados en el mundo, cifras que demostraban la espantosa situación que se vivió en esos días.

Así los desplazamientos humanos se dieron en grandes cantidades pues la incidencia del problema de desocupación a nivel internacional fue de tales magnitudes que obligaba a la gente a migrar no en el sentido de una búsqueda de un mejor futuro, sino ya por sentido de supervivencia.

Luego de vivir las situaciones mencionadas a nivel mundial, ya se pensó en la implementación de un organismo internacional que se encargue de realizar el estudio y análisis de aquellos problemas migratorios que se presentaban a nivel mundial, y además unir a los Estados involucrados en búsqueda de soluciones. La Organización de las Naciones Unidas ya en el año de 1947, esboza un plan en el cual se quería asignar funciones a cada una de las entidades involucradas en el tema de migraciones, contándose así tanto con la OIT (Organización Internacional del Trabajo), FAO ( Food and Agricultura Organization, UNESCO ( United Nations Educational Scientific and Cultural Organization), etc, empezando de esta manera el desarrollo y seguimiento, de esta manera a partir de esas fechas se empezó a manejar de una manera mucho más técnica este problema que en la actualidad ha crecido de una manera descontrolada.

## **2.- LINEAMIENTOS GENERALES RESPECTO A LA INMIGRACIÓN.-**

En el tema de la inmigración no todos los autores han encontrado un alcance similar a los términos a emplearse, puesto que la “inmigración”, se la ha tomado desde el punto de vista que comprende a todos los extranjeros que llegan a un país, mientras que otros piensan que solo se puede hablar de parte de ellos.

Lo correcto será manejar el término de migraciones, en un sentido mucho más plural, puesto que serán todas las personas que se trasladan de un país a otro, con inclusión de los nacionales que se desplazan, de esta forma lo entendemos como un concepto de masa.

En numerosas oportunidades las organizaciones se encuentran vinculadas con el tema migratorio, ya sean nacionales como internacionales realizando estudios e informes sobre aspectos demográficos en los que se manejan distintos resultados.

De esta manera creemos que es conveniente que trabajando en este sentido se tendría que lograr que todos los involucrados en la elaboración de informes, estudios, etc, comparen y usen de ser posible definiciones similares, ya que caso contrario se cae en repetitivos resultados equívocos.

### **2.1.- Inmigrantes, Transmigrantes y Emigrantes.-**

Los datos que se recopilan de inmigrantes, transmigrantes y emigrantes, develan los movimientos corrientes entre los distintos Estados. Para algunos doctrinarios como el Dr. Alberto Raúl Pichot, quien ha definido a los términos, al utilizar el término *emigrante*, se refiere a “todo residente que sale del país sea permanentemente o de manera temporal, incluyendo a nacionales y extranjeros”.

Mientras que los *inmigrantes* “son las personas que se trasladan de manera temporal o permanente hacia un Estado del cual no son residentes al momento de realizar el traslado”- (Se debe comprender que de la manera en que se utiliza el término de

inmigrantes, aquí se encuentran involucrados los nacionales que regresan, repatriados, etc.)

Y por último al referirse los *transmigrantes*, lo utiliza para “todos aquellos migrantes que se encuentran en tránsito, lo cual no es lo mismo que viajeros en tránsito”. Cabe advertir pues su situación jurídica es totalmente distinta.

*“Los migrantes constituyen una categoría de personas que transitan a través de las fronteras internacionales, es una categoría de viajeros internacionales”.*

En el año de 1932, la Organización Internacional del Trabajo, en sus estadísticas de migración elaboradas en la ciudad de Ginebra, se refieren al migrante internacional, tomando mucho en cuenta la comparación con el viajero internacional que es, en último análisis, el género del cual el primero es una especie.

De esta manera la elaboración de estadísticas sobre el tema de las migraciones y la utilización de definiciones, variantes a usarse, son analizadas de manera general, pues el acto de trasladarse de un Estado a otro por un tiempo se tendría que catalogar como migración, sin embargo sí se realiza la diferenciación con aquel tránsito de turistas. Otra excepción lógica es el caso de territorios que se encuentran en diferentes continentes, sin embargo que están bajo la misma jurisdicción, se diría que es más de tipo interno.

## **2.2. Situaciones Especiales.-**

Un problema que ha venido afectando durante los últimos tiempos a la población son los desplazamientos forzados por motivos bélicos, de xenofobia, etc. Los cuales deben distinguirse necesariamente de la migración en general, puesto que las situaciones en las que los individuos salen son totalmente distintas.

*“Los movimientos de refugiados o deportados o de las poblaciones trasladadas, no se basan en decisiones propias de los interesados. Los traslados son generalmente movimientos colectivos, organizados por los gobiernos. Caracterizados por: fuerte presión sobre el individuo para que parta;*

*fuerte acción discriminatoria, temor de persecución, o de catástrofes de carácter físico o de acciones militares”<sup>2</sup>.*

Así estos deben ser tratados como una categoría distinta de migrantes o como viajeros especiales y darles un trato especial debido a su situación.

### **2.3.- Migraciones Políticas y Económicas.-**

La distinción que se da entre estos tipos de migración, tiene su respuesta en dualidad de hechos y situaciones, pero la línea que las divide, no siempre se encuentra clara.

Vemos que las Migraciones Políticas en su mayor parte nacen como movimientos en masa de manera precipitada, y se debían a la amenaza, afectando principalmente a grupos íntegros, dejando así economías desorganizadas y en el estado receptor crean cargas y son fuente de desempleo.

Mientras que las migraciones de tipo económico, poco a poco se convirtieron en corrientes y regulares, eran fruto de una manifestación libre, no siempre espontánea de mejorar el nivel de vida.

Con estas situaciones se permitió utilizar mejor la capacidad de trabajo, beneficiándose el país receptor como el emisor.

Doctrinarios se han manifestado en el sentido que existe contradicción terminológica respecto a las migraciones políticas, pues a quienes la conforman se los llama “refugiados”, en consecuencia ya no se los llamaría “migrantes”, de esta manera no es que los refugiados no sean también migrantes, sino como veníamos diciendo por sus características y condiciones especiales, se los trata por separado.

---

<sup>2</sup> Informe del IV período de sesiones de la Comisión de Población, Nueva Cork, Anexo 3, 1949.

### 3. ANTROPOLOGÍA DE LA MIGRACIÓN.

Dentro de las constantes decisiones que toman los individuos al momento de realizar un viaje a un Estado, es el hecho de tener conscientemente el deseo de una vida mejor, mirando de esta manera un campo extenso respecto al referente de una “vida mejor”, puesto que se tienen necesariamente en cuenta aspectos tanto de índole social, estético y espiritual; así se entiende como quienes van hacia los países de occidente, provenientes de los Estados en vías de desarrollo, buscan necesariamente adaptarse a la cultura *occidental* del país receptor, puesto que no solo tratan de adaptarse en la forma económica y estética, sino que incluso van más allá, con el aspecto espiritual. Sin embargo de estas adaptaciones surgen graves contradicciones que en la actualidad llevan a las culturas de los estados emisores, ha pérdida de valores y hasta de la misma identidad.

En la actualidad al tema de la migración, respecto al aspecto de la identidad de origen de los emigrantes suele ser respetada, pero al manejarse el individuo en una economía de mercado, en la cual si este no se adapta queda fuera del círculo económico y posiblemente hasta fuera de la sociedad; estas son realidades que se viven a diario, al igual que el hecho de tratar de conciliar la identidad individual, étnica y nacional, con reconocer que son en esta sociedad valores políticos, con valores pragmáticos de la economía de mercado.

Vemos de esta manera que la economía de mercado influye de manera significativa en el proceso migratorio, así es necesario destacar que no todos los grupos étnicos que participan del mismo reaccionarán de la misma manera ante una misma estructura de tipo cultural. Estos individuos sin embargo al momento de tomar la decisión de dejar sus territorios y migrar se encuentran conscientes que en ocasiones podrán perder su “norte cultural”, y se verán forzados a una adaptación acelerada en un medio social y cultural que le es extraño, pero la entereza que tienen los llevará a soportar todo este tipo de situaciones. En este sentido lo que vivirá este individuo no solo será la distancia geográfica sino además fuertes distancias culturales temporales, con un proceso lleno de peripecias, desventuras personales y profundas pruebas que se afrontan en el viaje de desarraigo.

### **3.1.- Presión Demográfica.-**

Esta presión se convierte en una de las principales causas de la migración en muchos de los Estados, y lo hace de tal manera que para diferentes doctrinarios dicha presión actúa de manera “funcional”, ya que las personas que se ven obligadas a abandonar su país, constituyen para estos el sobrante social, en el sentido del aparato productivo de la nación; entendiendo de esta manera que el movimiento que se ejerce no se da tan solo por un aspecto de espacio (muchedumbre), sino más bien en el sentido de la consecuencia frente a emergencias sociales, en las cuales los individuos no ven que sus necesidades son satisfechas de la manera en la que el Estado lo debería hacer, como son las muertes prematuras, bajo acceso a la educación, salud, vivienda, necesidades de tipo secundario que en otros países hacía donde se dirigen el gobierno satisface plenamente estas, con niveles de vida más altos ; caso claro que se presenta en los emigrantes que salen desde los países en vías de desarrollo, que en general presentan dos casos puntuales de movimientos migratorios: el primero que se presenta frente a la imposibilidad de alimentarse en el medio territorial que abandonan, y el segundo aquellos que abandonan sus hogares para instalarse en Estados que les brindan niveles más altos de vida que los propios de origen; y se puede hablar de un tercer tipo de movimiento, que no se presenta en el tercer mundo, en el cual aquellos que emigran para obtener condiciones económicas que les permitan entrar en ambientes profesionales que no tienen en sus propios países.

Vemos que los principales receptores de los movimientos migratorios son los países del Oeste europeo, y Estados Unidos de América; sistemas en los cuales, los modelos que se encuentran instaurados ofrecen un nivel de oportunidades bastante alto, y sobre todo que estos han sido “promocionados”, en nuestros países latinoamericanos como ideales para las personas, y al momento en que el individuo toma la decisión de migrar, casi de una manera inconsciente, su brújula apuntara a uno de estos países, ya que ha sido tan persistente la información que este ha recibido respecto a estos posibles destinos, que casi no analizará antes de tomar una acción, sino que simplemente se llevará hacia estos territorios.

Sin embargo,

*“cuanto más amplia es la difusión del modelo, mayor es la incapacidad de éste para distribuirlo materialmente en todos los espacios sociales de su influencia virtual. De hecho, por lo tanto, el gran fracaso de la economía de mercado consiste en su incompetencia para distribuir los recursos sociales que mientras los proporciona a su propio medio occidental, sin embargo, es incapaz de distribuir a los demás individuos de la especie a los que, paradójicamente, intenta conquistar por la vía del mercado, de los consumos, sin integrarlos, al mismo tiempo, en los beneficios de la participación económica y de la dirección estratégica del sistema productivo.*

*Un reflejo de este fracaso se manifiesta en forma de grandes presiones migratorias y desalojos territoriales de poblaciones insatisfechas con su doble marginalidad, material y social”<sup>3</sup>.*

Uno de los factores principales que ha influido en el alto proceso de movimiento migratorio en los últimos tiempos sin duda es la economía, pues de esta manera se demuestra que los países que son emisores de migración son aquellos que eran países de colonización occidental, de esta manera la economía de mercado ha hecho que se dé una verdadera sustitución de la colonización política por la colonización de tipo cultural a través de la economía. Así veíamos que las grandes potencias en la época colonial, tales como Inglaterra, España, etc., realizaban una dominación directa por la vía militar en la mayor parte de los casos, sin embargo en la actualidad esta dominación es mucho más sutil, ya que los sistemas de dependencia al ser directamente de tipo económico, con controles extremos de inversiones financieras por ejemplo, y condicionan así a los Estados la realización o no de sus proyectos.

Así dentro de esta economía de mercado, podemos encontrar a priori el fondo de la causalidad migratoria, aceptando, que la movilidad migratoria constituye una expresión de la misma movilidad del mercado; pensando de esta manera podemos decir que el problema viene dado al momento que nace en las mayorías sociales la participación de

---

<sup>3</sup> ESTEVA – FANBREGAT, C, ENFOQUES PARA UNA ANTROPOLOGÍA DE LA MIGRACIÓN, Universidad de Barcelona - España, agosto de 2000, Pág. 8.

la ideología consumista, solo de esta manera, se ataca a los principios culturales y espirituales de los individuos que se encuentran involucrados en este fenómeno, y así tienden a caer en un concepto de aparente insatisfacción de sus necesidades, actuando de esta manera la migración como una verdadera “descarga” universal de las tensiones interiores de los países.

#### **4. MIGRACIONES Y ESTADO.**

No solo en el siglo XX se han presentado repetidos problemas migratorios en determinados Estados, ya sea por aspectos de connotación interna y a nivel internacional de igual manera.

Uno de los casos más claros en los que aparte de constituirse en un caso sui generis, su connotación a nivel internacional ha sido de tal magnitud que sus efectos lo vivimos hasta la actualidad. De esta manera lo sucedido con Israel, desde 1948, año en el que nace, este abre sus fronteras y permite la inmigración; pues como es lógico, hasta su misma Declaración de Independencia proclama “la tierra de Israel queda abierta a la inmigración judía y al retorno de exiliados”. De esta manera se explica el crecimiento acelerado que se dio, además la diversidad cultural existente, y lastimosamente a consecuencia de estas características los problemas multiculturales y religiosos.

Los movimientos migratorios en general constituyen un problema mucho más serio para el Estado que se convierte en receptor, puesto que la regulación de estos procesos no se da en la salida, sino se presenta al ingreso a un país, donde se requiere cumplir con una serie de requisitos. De esta forma el Estado receptor se reserva la facultad que tiene para que ingresen seres humanos que pertenecen a otro país, fundamentos que los explicaremos más adelante de la presente investigación.

De lo indicado, surgen las llamadas políticas migratorias que en algunos países son más rígidas que en otros por distintas razones, tales como exceso de habitantes, migrantes, política económica, etc. Mientras que se piensa que el ser humano es un ciudadano del mundo, y tiene el derecho básico de libre movilidad entre los Estados, afirmación que en los últimos tiempos se desvanece y lleva a un sin número de cuestionamientos.

Un ejemplo válido respecto a como los Estados cambian sus políticas migratorias según el contexto histórico o económico en el que se encuentren, es el de los Estados Unidos de América; el cual al conformarse como Estado desde sus principios de la Independencia, ofrecía atractivas posibilidades y libertades para la inmigración, así mucha gente se trasladó a este destino, obteniendo resultados excelentes tanto para quien migraba como para los países generadores de emigración.

Sin embargo uno de los antecedentes de la restricción para la inmigración, se da en el año de 1798, mediante una ley por la cual el presidente de los Estados Unidos de América, quedaba autorizado a deportar a los extranjeros que consideraba peligrosos para el país.

En 1882, se dicta la primera ley restrictiva inmigratoria, con la prohibición de la entrada al territorio de los Estados Unidos de América de inmigrantes chinos. Y recién en 1946, a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, y el conflicto con el Japón, se permite el ingreso de 100 ciudadanos chinos al territorio norteamericano por año.

De esta manera no solo gobierno como el norteamericano que desde el año de 1986, con la IRCA (Immigration and Reform Control Act), sino ya desde el 2000 en España con el gobierno de José María Azanar, buscan reducir la inmigración ilegal, a través de el cierre de fronteras e incrementando las multas a empleadores que contraten a inmigrantes sin el correspondiente permiso de trabajo.

Por ello las actuales políticas migratorias españolas, se podrían decir que atraparon en una especie de ensayo jurídico a los ecuatorianos que se encontraban en España, puesto que con esa implementación de legislación se dieron tratos legales especiales para quienes hayan vivido en territorio español antes de 1 de junio de 1999, pero redujo significativamente las garantías de derechos como educación, salud, protestas, que brindaba la legislación anterior, lo cual afecto al desempeño de los migrantes en el país.

## 5. DERECHOS HUMANOS Y MIGRACIÓN.

“Las colectividades humanas, las más humanizadas, aparecen siempre finalmente como el producto, no de una segregación, sino de una síntesis”. Teilhard de Chardin.

Dentro del manejo de los temas de los derechos humanos y la migración, sin duda la emisión de comentarios o conclusiones necesariamente tendrán una seria influencia respecto al discurso que se maneje, y a qué grupo social se encuentre defendiendo, fácil es mirar el fenómeno que acontece a diario en nuestras poblaciones, sin embargo al expresarse respecto a los problemas que se presentan, siempre la ideología de quién emita el criterio influenciará significativamente en los comentarios, por estas razones para referirnos a este tema se tratará de ser lo más objetivo posible, dejando los apasionamientos que comúnmente se suelen utilizar.

*“Los principales fundamentos utilizados históricamente para la definición y desarrollo de las políticas migratorias internacionales han estado vinculados con los derechos humanos del migrante y su familia, el desarrollo económico, la mano de obra, la estructura social, las relaciones internacionales, el espacio físico y el medio ambiente”.*<sup>4</sup>

Así vemos que los derechos de cada uno de los individuos que participan en este fenómeno deben ser protegidos, de esta forma se lucha frente al problema persistente de Estados demasiado fuertes, o grupos económicos que por su presión, coartan la libertad y protección de los migrantes.

En los últimos tiempos el instrumento que más se ha utilizado frente a los constantes abusos, ha sido la denuncia, pero lastimosamente esta no viene dirigida directamente

---

<sup>4</sup> MARMORA, L, Las políticas de migración internacionales, Cáp. 4, Pág. 113, Madrid España, 2001.

por los verdaderos perjudicados, en este caso el migrante, sino que son las ONG o instancias de protección de garantías fundamentales quienes han tomado esta importante labor. De esta manera se puede explicar lo que para el profesor Lelio Marmóra es una inserción de tipo ético en este debate sobre los movimientos migratorios, tema que a la vez de importante se vuelve también muy polémico en el sentido que entra en juego intereses superiores hasta de tipo espiritual del individuo.

En general como lo apuntan la mayor parte de doctrinarios frente al tema de Derechos Humanos y Migración es el hecho que principalmente el derecho que se encuentra en protección es el de libre movilidad del ser humano, consagrado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1948; y además complementariamente a este se brindará la protección respecto a los derechos económicos, sociales y políticos del migrante.

Así vemos que con la garantía que le ofrece el Estado al ciudadano respecto a ese derecho de “no migrar”, puesto que así puede ejercer sus derechos de primera generación, entre los que tenemos las libertades civiles o políticas, y paralelamente con los ya enunciados derechos económicos, culturales y sociales, que al estar lastimosamente carentes en los estados emisores de migración, se convierte en causa directa mediante la cual el individuo se ve obligado a dejar su territorio.

Ya en 1976, Gaudemar, se pronunciaba frente a la escasez de fuentes de trabajo, y llegaba a afirmar que “tanto las situaciones que corresponden a bienestar social y económico, corresponden al derecho del individuo a la inmovilidad de la fuerza de trabajo”.

De las conclusiones que hemos sacado del derecho que tiene el individuo a permanecer en su territorio y no migrar, en contraposición nace el derecho a la libre movilidad, mediante el cual la persona tiene total libertad para trasladarse entre los estados sin que se le impongan impedimentos de ninguna manera; doctrinariamente esta afirmación no

tendría crítica alguna, pero es interesante destacar que todo Estado es soberano, y dentro de sus facultades tiene la prerrogativa de limitar el ingreso de extranjeros a sus territorios, previo el cumplimiento de solemnidades necesarias, sin las cuales es imposible permitir su entrada dentro de sus límites, puesto que resultaría demasiado peligroso para sus intereses.

Así tenemos que ningún Estado tiene la obligación de admitir a extranjeros en su territorio, incluso tiene la potestad de prohibir la entrada de extranjeros.

Quienes defienden rígidamente la facultad de admisión de extranjeros que tiene el Estado, se pronuncian en el sentido que casi ningún Estado usa el derecho de excluir o prohibir la entrada de extranjeros, aunque tenga esta potestad, sino lo que realizan es el estar dispuestos a “admitir extranjeros nacionales de otros Estados contratantes sobre la base de tratados comerciales y de establecimiento, e incluso hasta sin disposiciones de tratado. Lo cual se demuestra con el examen de las leyes inmigratorias de cada Estado.”<sup>5</sup>

Mientras que la tendencia actual reclama la libertad de las personas para movilizarse entre los Estados, sin limitaciones. Así ya desde hace mucho tiempo se han realizado algunos intentos por codificar el derecho internacional en esta materia, sin embargo estos no han tenido éxito aparte de la Convención de la Habana sobre la condición jurídica de los extranjeros, de 1928.

El autor Alain Touraine, reflexiona y se pronuncia al respecto:

*“La ciudadanía apela a la integración social, la conciencia de pertenencia, no sólo a una ciudad, a un Estado nacional o Estado federal, sino también a un sociedad soldada por una cultura y una historia en el interior de fronteras, más allá de las cuales velan enemigos, competidores o aliados, y esta conciencia puede oponerse al universalismo de los derechos del hombre”.*

---

<sup>5</sup> SORENSEN, M, Manual of Public International Law, Fondo de Cultura Económica, México, D.F. Pág. 461. Octava Reimpresión, 2002.

Pero el hecho de la defensa de los derechos de los individuos que se ven obligados a abandonar sus hogares para enfrentarse a una nueva realidad va más allá, la identidad cultural de los migrantes acarrea efectos trascendentales en su comportamiento y principalmente en el ámbito afectivo y laboral; al momento la tendencia a su defensa es de gran importancia.

El hecho que la sociedad receptora donde se encuentra el migrante brindando su fuerza laboral, respete las costumbres, ritos, etc; de este, hace que ayude a que su identidad cultural a la vez que es respetada, pueda también permitirle que el individuo encaje y se adapte a la realidad cultural del estado receptor de migración.

Últimamente los países europeos que sufren abundante inmigración multiétnica y principalmente sus movimientos de extrema derecha, rechazan la adaptabilidad del migrante y sus manifestaciones culturales, es el derecho a la diferencia, puesto que creen que esto será perjudicial para sus nacionales, ya que podría caerse en una aculturación, y principalmente al rechazo al extranjero inmigrante, criterios sostenidos los últimos tiempos por movimientos neonazi, en Alemania y los que lidera Le Pen, en Francia.

A pesar de las diferentes luchas que se han tenido en un sinnúmero de países del mundo en diferentes épocas históricas entre migrantes y nacionales, tales como el problema entre italianos y argentinos de la época de los 20, mexicanos contra norteamericanos desde la década de los 80.

Podemos afirmar que es necesario que los Estados receptores de migración acepten la cohabitación de comunidades diferentes, en la que el migrante mantenga sus diferencias culturales para la construcción común internacional para el futuro de la sociedad democrática e integradora basada en el universalismo y la pluriculturalidad.

## 6.- ESPAÑA Y LA NUEVA OLA MIGRATORIA.

Es importante referirse al gran movimiento migratorio con destino a Europa y otros países europeos, ya que durante la última década, esto es desde los principios de los noventa, se ha vivido una acelerada migración hacia esos destinos. En el caso español, la facilidad se daba puesto que mediaba el Acuerdo hispano-ecuatoriano de 1963, mediante el cual los compatriotas ecuatorianos podían sin necesidad de visa, ingresar a territorio español por un lapso no mayor de 90 días, en calidad de *turistas*. De esta manera los ecuatorianos que deseaban realizar el viaje, conseguían dinero entre 3000 a 4500 dólares, reservaciones de hotel, y tarjetas de crédito, para aparentar que eran turistas y así evadir a las autoridades migratorias españolas que realizaban el examen a la entrada a territorio.

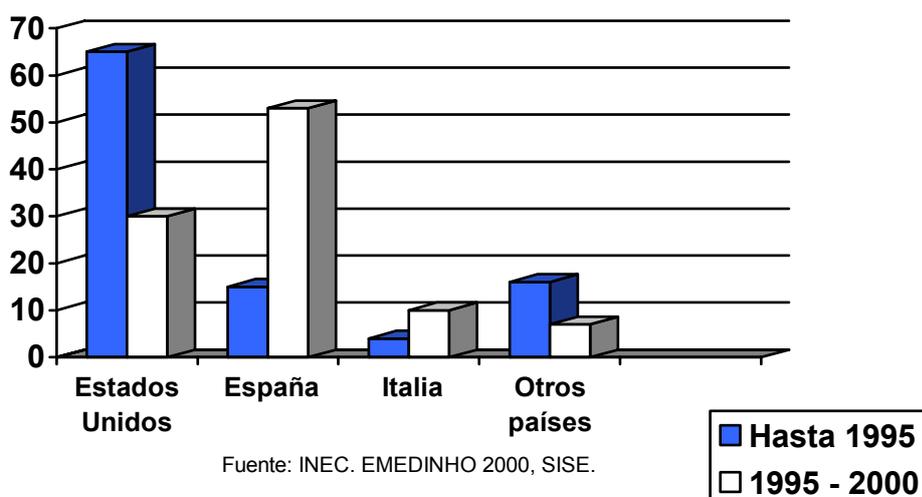
Un dato interesante para comprender la trascendencia del movimiento migratorio, es que 504.203 ecuatorianos, esto es más del 10% de la población económicamente activa del país, salieron de nuestro país entre los años de 1999 y 2000, con destino principalmente a España y Estados Unidos de América.

Según cifras de la Dirección Nacional de Migración del Ecuador, en el año de 1998 muy pocos ecuatorianos residían en España, mientras que para el 2001 esta cifra aumento a 135000, convirtiéndose de esta manera en la población de inmigrantes más grandes en este país europeo.<sup>6</sup> Y así de esta manera como es lógico, las salidas de los compatriotas aumentaron vertiginosamente de 5000 salidas por mes, en el año de 1994, a 7000 salidas mensuales en el 2000.

---

<sup>6</sup> Ver, Arango 2000.

### Ecuador: Destinos de los emigrantes en porcentajes



Basta para entender este sorprendente movimiento migratorio, el ejemplo de la ciudad de Madrid, donde el número de ecuatorianos que habitan en esta Municipalidad, aumentó quince veces, solamente en 2 años, teniendo en el 2001, a “75.527 ecuatorianos”<sup>7</sup>.

A pesar de la gran cantidad de ecuatorianos que han salido del país, dejando abandonados sus hogares, puestos de trabajo, y provocando una seria falta de mano de obra en el Ecuador, por este masivo éxodo migratorio. Pero las autoridades de gobierno ecuatoriano han dado solamente respuestas tibias al asunto y piensan que la solución es que de los 3000 a 4000 dólares que los migrantes utilizan para viajar a España, o los 10000 a 12000 que lo utilizan para viajar a los Estados Unidos de América, la solución sería que entre dos o tres individuos, unan ese capital e inviertan en un negocio o en una pequeña empresa, evitando la salida masiva de ecuatorianos.

Sin embargo existe un hecho que es visible entre los migrantes, que es aquel que ninguno de los que quiere dejar el Ecuador, efectivamente tiene esa suma de dinero, sino que estos para completar la “bolsa” para viajar, recurren a préstamos de dinero, no necesariamente en instituciones financieras puesto que estos no son sujetos de crédito, sino que lo hacen de manera irregular a través de los prestamistas, quienes entregan el dinero al migrante a cambio de cobros desmedidos de intereses, cayendo en la mayor

<sup>7</sup> Ayuntamiento de Madrid, 2001; Lora – Tamayo D’Ocón.

parte de los casos en anatocismo, incluso con hipotecas sobre bienes inmuebles de familiares. Siendo de esta manera, con la misma “bolsa”, a través de transferencias de dinero cuando el sujeto ha llegado a su destino, España o Estados Unidos, manda el dinero a Ecuador, para que otro familiar tome ese dinero y lo utilice para un nuevo viaje.

Es importante destacar que los ecuatorianos que se dirigen hacia España, no son los que lo realizaban de las regiones australes tales como Azuay, Cañar, puesto que estos optan preferiblemente por opciones como los Estados Unidos de América o Canadá, muchas veces por razones que sus familiares se encuentran en esos destinos.

En el caso español en ocasiones sirvieron como base de esa inmigración, la realizada principalmente en la década de los ochenta por los pobladores de la zona de Otavalo y de Loja, puesto que por su dedicación al comercio, estos se han desplazado por distintos lugares del mundo.

Aunque no se encuentren documentadas de manera formal, se dice que los

*“ecuatorianos en España provienen de una variedad de situaciones y posiciones económicas así como grupos étnicos, y van desde trabajadores pobre de zonas rurales y urbanas, a quiteños relativamente acomodados, poblaciones indígenas, mestizas y blancas.”<sup>8</sup>*

No solo un factor importante de la migración hacia este destino fueron las similitudes culturales y del idioma, sino que la economía española que los acogió, principalmente dio trabajo a las mujeres, y cedió en muchas ocasiones puestos que comúnmente eran utilizados por ciudadanos españoles, que con el avance y tecnificación habían optado por otros empleos, diciendo de alguna manera que descuidaron ciertas plazas de trabajo que automáticamente fueron cubiertas por los migrantes.

---

<sup>8</sup> Revista ECUADOR DEBATE, Tema central, ¿La Nueva Tierra Prometida? El Éxodo Masivo a España, Pág. 75. Quito- Ecuador.

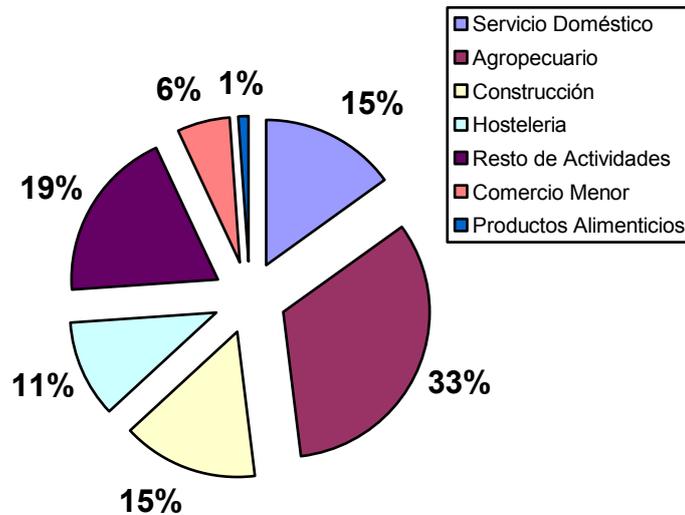
Así quienes eran los más solicitados es esa mano de obra que perciben salarios bajos, en áreas como la construcción y la agricultura para los varones, mientras que las mujeres acapararon rápidamente el servicio doméstico y atención geriátrica.

Las situaciones que se presentan en España, difieren mucho con lo que sucede en Estados Unidos de América, puesto que en la inmigración hacia España, son las mujeres solteras o incluso casadas que salen antes que su marido, es así un modelo que para muchos doctrinarios, fue instaurado por los migrantes peruanos, y que en la actualidad lo usan nuestros compatriotas. Por otro lado este hecho no se presenta en el caso norteamericano, se podría decir que los migrantes que van para esa región al ser de provincias tradicionalistas como Azuay y Cañar, dejan a la mujer en las labores de casa en el Ecuador, mientras es el marido quien sale en busca del sustento para su familia.

Según cifras del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, en el año 2001, las cifras de *“permisos de trabajo españoles se cuadruplicó de menos de 2.000 en 1995 a más de 8.000 en 1999, más del 66% de éstos se concedió a mujeres; las cifras muestran que para 1998, cerca de un 74% de los concedidos eran para el servicio doméstico; solo 8.5% para agricultura, los cuales lo ocupaban los varones”*.

Sin embargo las cifras del Ministerio de Interior de España, explican en que se ocupan los migrantes, no necesariamente con permisos de trabajo, sin duda constituyen cifras mucho más exactas de lo que sucede en este Estado receptor.

### Cuadro de ocupación laboral de los inmigrantes en España.



Fuente: Revista “El país”. Ministerio del Interior de España.

Cuando un inmigrante llega a España, son muy pocos los casos en los que este arriba con un permiso legal de trabajo, puesto como veníamos señalando, al ser simplemente “turistas”, mal podrían poseer permisos de trabajo, siendo de esta manera, se deben contactar rápidamente con sus familiares, amigos o conseguir un “patrocinador” quien le pueda gestionar un contrato de trabajo legal, al menos por un tiempo hasta alcanzar una estabilidad económica que le permita buscar algo mejor; sin embargo lastimosamente, en esta etapa no siempre se consigue un trabajo con un permiso legal, y es aquí cuando los migrantes son explotados, mediante largas jornadas de trabajo, espacios inadecuados para realizar su labores, etc. Pues el temor a ser denunciados ante la policía de migración, de su situación irregular en el país los lleva a aceptar este tipo de abusos por parte de sus empleadores, sin la posibilidad de denunciarlos ante las autoridades.

## **7.- REMESAS Y EL IMPACTO EN LA ECONOMÍA.**

Dentro del fenómeno migratorio que se vive, tanto el ámbito social como el económico se han afectado sobremanera, puesto que las situaciones en menos de una década han variado considerablemente ya que en la actualidad las remesas de los emigrantes, esto es el importante flujo de dinero que ingresa al Ecuador, proveniente de del trabajo sacrificado de nuestros compatriotas que residen en el extranjero, constituyen un pilar fuerte para poder sostener la débil economía ecuatoriana, y además da ese sustento de circulante fresco dentro del proceso de dolarización en el que se encuentra el país, puesto que si el precio del barril del petróleo no estaría tan elevado y las constantes remesas no llegarían al país, el funcionamiento del aparato económico se vería afectado por la falta de circulante a nivel de los ciudadanos.

En la actualidad las remesas enviadas se unen a las que ya existían por parte de los compatriotas desde Norteamérica, así este dinero que viene desde España ha incrementado considerablemente el índice de estos envíos, de esta manera podemos apreciar que los ingresos que se reciben son incluso mayores a los que se perciben por exportaciones de productos típicos del Ecuador y que en décadas anteriores sostenían la economía ecuatoriana, tales como banano, cacao, atún.

Hace algunos años muchos eran incrédulos del poder económico y la importancia que tenían esta serie de envíos de dinero para el país, pues inclusive por esas épocas se echaba de menos el trabajo sacrificado que realizaban nuestros compatriotas en el extranjero.

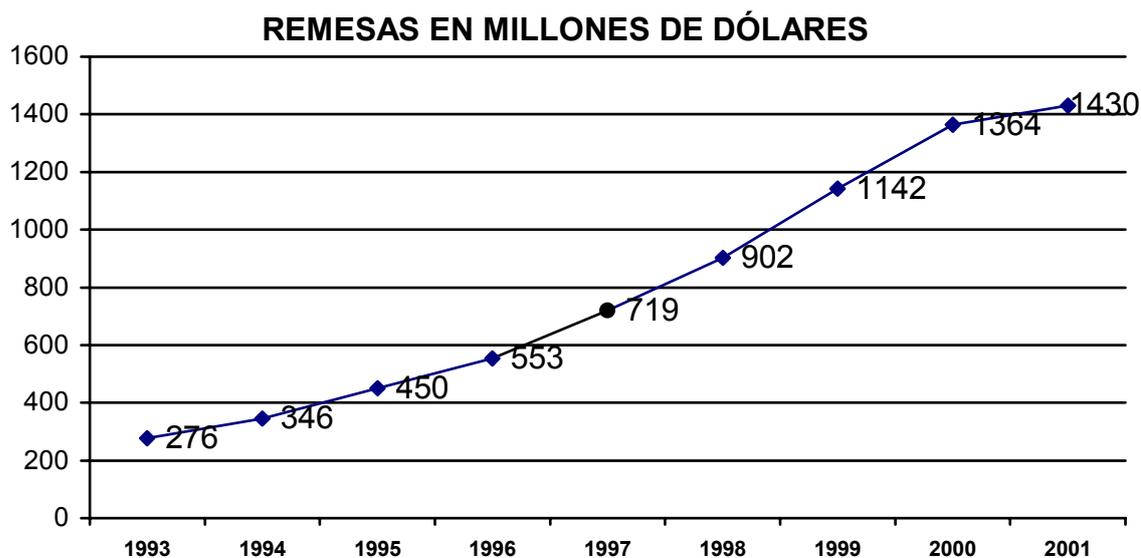
Según análisis y encuestas las personas que dejan nuestro territorio son aquellas que vienen de sectores medios y bajos de la sociedad, que por un aspecto tanto económico, social y antropológico, ven que el mejor destino que pueden tener es emigrar en busca de mejores empleos y salarios. De esta manera estos individuos cuando se encuentran en territorio extranjero, fruto de sus largas y hasta explotadoras faenas de trabajo, la mayor parte del dinero que estos perciben son enviados a sus familias que residen en el Ecuador, y estos aportes se los emplean en construcción, educación de sus hijos, compra de bienes suntuarios, etc; lo que sin duda dinamiza nuestra economía.

Sin embargo no se pueden tomar medidas exactas del aporte que realizan los migrantes con respecto al dinero que envían al Ecuador, pues no siempre lo realizan de una misma forma, es decir a través de transferencias bancarias o empresas especializadas como los courriers, puesto que el envío de manera clandestina es muy utilizado (en cartas, paquetes de regalos a sus familiares, etc); todos estos mecanismos utilizados por los altos costos que representan el envío a través de estas empresas, puesto que los impuestos que se pagan al igual que el servicio son demasiado onerosos.

Es importante señalar que al referirnos al movimiento migratorio, estamos hablando de un fenómeno de tipo social, no es un cuestión técnica que se sabe exactamente cuales son sus variantes, etc, de esta forma no podríamos aventurarnos a realizar cálculos a futuro sobre las remesas a enviarse, ni peor aún tomar políticas económicas basándose en ellas, pues no son constantes, y además al ser ilegales estas migraciones, no se sabe cuales serán las medidas coercitivas que tomen los países receptores de migración.

#### **7.1.- Evolución de los envíos de dinero por parte de los migrantes.**

Las primeras cifras de envíos desde el exterior no eran tan significativas en un comienzo, puesto solamente llegaban alrededor de 109 millones de dólares, lo que no le representaba al Ecuador ni siquiera el 1% de su Producto Interno Bruto; sin embargo si miramos el cuadro de evolución de las remesas de los migrantes en no menos de una década, estos crecieron rápidamente, representando porcentajes importantes y atractivos para la economía, pues en el año 2000 estas remesas representaban ya el 10% del Producto Interno Bruto, incluso sobrepasando los montos que recibía el país en esos momentos por la venta y exportación de uno de sus recursos naturales más importantes como lo es el banano.



Fuente: Boletín mensual del 31/marzo/ 2002. Banco Central del Ecuador.

La dinámica con la que se ha venido dando el real fenómeno migratorio es de las características indicadas, pues si ya nos hemos referido al importante número de personas que han abandonado el país, y sus consecuencias en el extranjero; de igual manera las cifras respecto a las remesas nos demuestran que la relevancia de este tipo de aportes para nuestra economía son reales, y el peso que día a día alcanzan.

Un dato importante es que las remesas de los migrantes en la última década principalmente, llegaron a ser superiores a los recibidos por inversión extranjera, aún cuando “ésta creció casi al doble entre el 2000 y el 2001, esto es de 720 millones de dólares a 1.330 millones de dólares, a causa de los recursos requeridos para la construcción del Oleoducto de Crudos Pesados, OCP.”<sup>9</sup>

En los últimos años nuestros gobiernos constantemente han recurrido a la adopción en muchos casos obligada de las conocidas “*recetas*” del FMI, Fondo Monetario Internacional, para la consecución de préstamos que logren suplir el conocido déficit fiscal que debemos soportar cada año, siendo así el gobierno en repetidas ocasiones se ha visto obligado a descuidar el gasto social, de esta manera la atención del gobierno a temas trascendentales tales como educación, salud, han quedado descuidados

<sup>9</sup> Colectivo Ioé, Cartillas sobre Migración N° 1, Plan Migración, Comunicación y Desarrollo, Pág. 7, Mayo del 2002.

seriamente puesto que la mayor parte del presupuesto nacional se ha utilizado al pago de la deuda externa. Mientras el pago de esta en el año 2001 se duplicó, el del gasto social llegó a niveles tan bajos que no ayudan a cubrir las necesidades básicas en estas áreas tan vulnerables y de tanta importancia.

De lo indicado puede apreciarse que las remesas enviadas por los migrantes, podríamos decir que dieron “oxígeno” a la economía que se veía debilitada, y en regiones como la Austral, grandes sumas de dinero llegaron para dinamizar el proceso económico. De esta manera lo descuidado que se encuentra el gasto social por parte del gobierno, se llega a cubrir en parte con estas remesas, puesto que los beneficiarios directos son familias generalmente de niveles medio y bajo.

El papel que han tenido las remesas en la reactivación de nuestra economía ha sido significativo, sin olvidar obras tales como la construcción del Oleoducto de Crudos Pesados, OCP, lo cual nos demuestra que lastimosamente la inversión sigue estando muy poco diversificada.

Así podemos darnos cuenta que al vivir en un país tan pequeño y aunque las riquezas sean tan grandes, las aprovechamos muy poco y queremos seguir dependiendo de los mismos productos que han sostenido nuestra economía por años, y en la actualidad con el fenómeno migratorio y sus consecuencias las cuales como hemos visto en el área económica nos han favorecido mucho, como decíamos anteriormente es un problema tan frágil y además tan inconstante que mal podríamos pensar que en el futuro podamos depender de este rubro, es pues hora de tratar de diversificar la producción, y rescatar nuestros valores y recursos que hacen del Ecuador un país rico, gracias a sus privilegiadas regiones, a su pluriculturalidad y multiétnia.

## **CAPÍTULO 2**

### **LOS FENÓMENOS SUCESORIOS.**

*“La muerte no llega nada más que una vez, pero se hace sentir en todos los momentos de la vida”*

*Jean de la Bruyere*

## 1.- GENERALIDADES

La institución de la Sucesión por causa de muerte que se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir del Libro Tercero del Código Civil, en el Art. 993<sup>10</sup>, guarda una estrecha relación con el patrimonio, puesto que al ser este un conjunto de relaciones de derecho, avaluables en dinero, tienen por sujeto activo o pasivo a una misma persona. De esta manera podemos observar que se considera a este como un atributo de la personalidad, entendiendo que la ficción que se presenta es que a toda persona le corresponde un patrimonio.

Mientras el titular de ese patrimonio vive, mantendrá una serie de negocios jurídicos respecto de los bienes que posee, ejerciendo los correspondientes derechos sobre estos, como adquiriendo una serie de obligaciones.

Sin embargo como es natural en el proceso de la vida del ser humano, este llegará a un momento en el que se dará su muerte, naciendo así el problema respecto al destino de sus bienes, y al cumplimiento de las obligaciones que contrajo en vida el de cujus.

La doctrina clásica maneja la teoría según la cual, aún al morir el causante subsisten las relaciones jurídicas en las cuales este era sujeto activo o pasivo. Caso contrario, los contratantes se encontrarían en una total inseguridad jurídica, puesto que sus derechos no estarían garantizados satisfactoriamente.

La sucesión por causa de muerte evita de esta manera que el patrimonio que se erigió durante toda la vida, quede en desprotección y además da a la sociedad un sustento jurídico respecto a los problemas que podrían presentarse en caso que luego de la muerte de un sujeto, nadie responda respecto de sus actuaciones. Sería ilógico y hasta antieconómico que los bienes de una persona al morir no pasen a sus sucesores y queden sin titular, pues tan pronto como fallece el causante, sus bienes deben ir a radicarse en sus sucesores, pues debe continuar la cadena de productividad de estos para que contribuyan a la sociedad.

---

<sup>10</sup> Codificación del Código Civil, Suplemento - Registro Oficial N° 46, 24 de Junio de 2005.

## 2.- LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE.

Vemos que esta institución viene a ser una verdadera subrogación personal, pues quienes se convierten en los continuadores jurídicos del causante son precisamente sus herederos.

Dentro de la sucesión, la transmisión del patrimonio de una persona difunta a sus sucesores, intervienen distintos sujetos, a los cuales se los denomina:

1. Al difunto cuyos bienes van a ser transmitidos a otras personas; jurídicamente se lo conoce con el nombre de causante, de *cujus* o antecesor.
2. Las personas llamadas a suceder jurídicamente se las conoce como “sucesores, causahabientes, asignatarios”<sup>11</sup>. Diferenciando si se trata de asignación universal o de cuota se los conoce como “heredero o causahabiente; mientras que, “legatario”, es quien le corresponden uno de los bienes del autor, a título singular.

A través de los tiempos, el hombre siempre ha tratado de trascender luego de su muerte, muchas veces por sus obras e incluso inmortalizándose a través de grandes monumentos, pero lo primordial dentro de este fenómeno es la idea del ser humano de permanecer más allá de su muerte.

Ya en el derecho romano primitivo, se ve la íntima relación que tenía la sucesión por causa de muerte con las creencias religiosas, puesto que al morir el “*pater familia*”, era necesario que inmediatamente otro familiar ocupe su lugar, con el objeto de que el culto no se viese coartado, al igual que la dirección patriarcal que tuvo el difunto sea lo más pronto posible ocupada por otro que cumpla sus funciones.

Para la familia romana, lo importante en el fenómeno sucesorio, era la continuación religiosa y ceremonial, mientras que el aspecto patrimonial siempre fue de tipo accesorio.

---

<sup>11</sup> MORALES,J; Texto Derecho Civil Sucesiones, Apuntes de Clase, Universidad del Azuay, Cuenca Ecuador, 2001.

En la actualidad se ve que se utiliza simplemente como medio de transmitir el patrimonio, y mantiene fuertes cimientos en el concepto de propiedad privada. A pesar que en los tiempos en los que la U.R.S.S difundía su doctrina de carácter socialista, esta no aceptaba y desconocía el derecho de herencia; lo cual solamente en el discurso político se vio plasmado, pues en la práctica la inseguridad que vivió la sociedad respecto a las relaciones jurídicas fue intolerable.

Sin embargo dependiendo el enfoque que el ordenamiento jurídico le dé a la institución de la Sucesión por Causa de Muerte, hará que esta varíe, puesto que sistemas como el anglosajón, con sus debidas limitaciones, otorga un extremo carácter individualista, mediante el cual el causante al ser el único y absoluto titular de la propiedad, tendrá la potestad de disponer libremente respecto a su patrimonio.

Mientras que sistemas como el ecuatoriano y muchos que descienden de la corriente romanista, mantienen un fundamento mucho más familiar, lo cual se traduce en que las normas respecto a la sucesión por causa de muerte tienen mucho más restricciones respecto en la forma en que el causante podrá disponer de sus bienes, pues un papel muy importante jugará el interés de quienes por sus lazos de sangre con el de cujus, la ley suple el silencio de este.

Pero cada vez, dentro de los sistemas jurídicos de muchos países, el concepto mismo de núcleo familiar ha variado de acuerdo a la evolución normal de la sociedad, y a la realidad existente, ya que cada vez se lo tiene más reducido, simplemente conformado por padres y descendientes.

La expresión de Sucesión por Causa de Muerte, se la ha venido utilizando tanto en sentido objetivo como subjetivo, pues en ocasiones nos referimos a si una sucesión fue cuantiosa o no, en ese caso de manera objetiva nos estamos refiriendo a la masa de bienes que comprenden el caudal hereditario. Mas si la referencia es en el sentido de nombrar por ejemplo a quienes son los herederos del causante, por ejemplo la “sucesión” se compone de tres hijos; es obvia la referencia de tipo subjetiva.

De esta manera algunos autores han dado conceptos referentes a esta institución, sin embargo creemos que la del Doctor Manuel Somarriva Undurraga, profesor de la Universidad de Chile, es del todo acertado, puesto que nuestro Código al ser tomado del Proyecto de Andrés Bello, mantiene la debida armonía con nuestra doctrina legal.

*“Sucesión por Causa de Muerte.- como un modo de adquirir el dominio del patrimonio de una persona difunta, o sea, el conjunto de sus derechos y obligaciones transmisibles, o una cuota de dicho patrimonio, como un tercio o un medio, o especies o cuerpos ciertos, como tal casa, tal caballo o cosas indeterminadas de un género determinado, como cuarenta fanegas de trigo”<sup>12</sup>.*

Del preciso concepto que hemos transcrito, concluimos que la Sucesión por Causa de Muerte es un modo de adquirir el dominio, sin embargo su regulación es realizada de manera exhaustiva en nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>12</sup> SOMARRIVA, M, Derecho Sucesorio, Versión de Rene Abeliuk, Editorial Nacimiento S.A. 1983. Santiago Chile.

### **3.- DERECHO SUCESORIO ESPAÑOL.**

Ya dentro de nuestro estudio jurídico respecto al problema que se presente con el Derecho Español, es importante analizar la estructura que este posee respecto a su ordenamiento Civil, y especialmente respecto al derecho sucesorio.

#### **3.1. El Código Civil Español y su Evolución.-**

A pesar que el Código Civil Español toma como base aspectos importantes del código francés, este introduce una característica particular, pues desliga de los modos de adquirir el dominio a las obligaciones y los contratos, realizando una estructura diferente, con un título Preliminar y Cuatro Libros. Es importante destacar que la corriente germánica influyo sobremanera en la realización del español.

Ya en 1882, da inicio el proceso con la Constitución de Cádiz, en la que en su Art. 258, regula que para toda la monarquía, se establecería el mismo Código Civil, Criminal y de Comercio, dando un principio sólido de una suerte de consolidación de normas para todas las comunidades del reino.

Siendo de esta manera, se presentan algunos proyectos para este importante cuerpo sustantivo en materia civil, siendo el primero el del jurista Alonso Martínez; y ya en 1885 el recién posesionado Ministro de Justicia, Francisco Silvela, presenta a las Cortes, un segundo proyecto de bases, en el cual si se hacía referencia al respeto que se tenía respecto a los Derechos Supletorios de los Territorios Forales (*el conjunto de leyes y cuerpos de Derecho con vigor en determinado territorios del estado, que son distintos del Derecho de general aplicación en todas las provincias del estado español*). Proyecto que fue aprobado y que en lo posterior pasó a ser Ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, el cual representa el antecedente más próximo al actual Código Civil Español.

Sin embargo para el legislador era necesario que en el texto del futuro código, se deberían contemplar las realidades sociales que poco a poco iba a surgir, con el mecanismo de revisiones decenales del texto, esto en la Disposición Adicional tercera, pero esto no se cumplió. A pesar de las reformas que se realizan de manera muy puntual en los años 1904 y 1928.

Ya en los años 70, con la liberación del régimen que sometía a España, se da la Ley de Bases de 1973, de manera que se dio paso a una reforma al título Preliminar del Código Civil, reconociendo la importancia y función de la jurisprudencia como fuente del derecho, recogiendo principios de gran importancia que antes solo estuvieron recogidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Con la Constitución que se expide en 1978, que cambia de manera sustancial muchas instituciones caducas que se mantenían en el ordenamiento jurídico español en general, y dentro de esas reformas el Código Civil tuvo que adaptarse a estas nuevas instituciones y al orden constitucional. Posteriormente tanto en la década de los 80 y 90, se dan reformas puntuales principalmente en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial.

### 3.2. España y el Fenómeno Sucesorio.

De esta manera el Derecho Sucesorio Español también presenta características especiales que deben ser analizadas, pues como es el caso de nuestro análisis del Reenvío entre la legislación ecuatoriana y española, así el tratamiento de los problemas de Derecho Internacional privado debe partir de un concepto suficientemente amplio que responda a la interpretación de un fenómeno que se presenta de manera universal, pero que en cada ordenamiento jurídico se encuentra regulado de manera diferente.

Así el Derecho Sucesorio es visto desde el punto de vista de la doctrina española como “el conjunto de consecuencias patrimoniales derivadas del hecho jurídico de la muerte”.

El Derecho sucesorio debe en todos los casos procurar a mantener una coordinación y armonía entre los distintos ordenamientos jurídicos, para resaltar siempre aspectos importantes tales como:

- la voluntad del causante
- la protección de la familia ; y
- la seguridad jurídica.

El último elemento que en materia de Derecho Internacional Privado es un aspecto que siempre se trata de protegerlo.

Los criterios que se manejan en este tema dentro del ordenamiento jurídico español, se centran en dos tipos de enfoques:

El personal, en el que se concibe a la sucesión principalmente como la sustitución de una persona por otra (sucesores por causante). Y, el real, donde fundamentalmente lo que prima cuestión patrimonial, pues lo que cambia es simplemente la titularidad en los bienes.

Históricamente, primero se mantuvo el primer criterio en el ordenamiento de las Partidas del Rey Alfonso El Sabio, donde los problemas sucesorios eran resueltos a través de la fórmula *lex rei sitiae*. Mientras que ya con la expedición del Código Civil en España, en el año de 1881 se evoluciona de la concepción del enfoque real al de la ley personal.

#### **4.- LA APERTURA DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE.**

Al producirse el fallecimiento de una persona o en determinadas circunstancias cuando esta muerte se presume, se debe tener en cuenta que inmediatamente entrarán a funcionar los principios jurídicos sobre la subsistencia de las relaciones jurídicas que tuvo el causante. Es de esta manera como se produce el fenómeno al que conocemos como la *apertura* de la sucesión.

Así el momento mismo de la apertura, adquirirá gran importancia, puesto que de su tiempo exacto dependerá que se produzcan o no una serie de fenómenos jurídicos paralelos.

Históricamente dentro de la evolución del derecho, se procuraba la determinación del hecho mismo de la apertura, puesto que de este derivaba por ejemplo la renuncia al mundo, o por motivos jurisdiccionales la privación de derechos, esto es transformación de status con la muerte civil. Por ejemplo en el Código de Dinamarca, en su Art. 198 se establecía que “*las sucesiones se abren por la muerte natural*”<sup>13</sup>, cuestión similar que se mantenía en el derecho prusiano.

Pero con el avance de la humanidad, se entraron en una serie de contradicciones por estos peculiares modos de actuar, pues ya con la Asamblea Nacional francesa, se procuró abolir los votos religiosos a perpetuidad, acabando con la muerte civil, así se dejaron de lado los artículos 22 a 33 del Código Napoleón, que hacían referencia a este tema; sin embargo no se pudo dejar de lado la que se daba por la condenación criminal, la cual se mantuvo por muchos años más.

Otro fenómeno que surge dentro de la Sucesión, es aquel respecto al de la presunción de la muerte, pues al no tener un hecho cierto y comprobado, esto se debe suplir a través del proceso judicial como lo hace nuestra legislación, pues al igual que el Código civil argentino tomaron la tradición jurídica del código de Luisiana, respecto al contenido de su Art. 828 “*las sucesiones, ya testamentarias, ya legítimas, se abren por la muerte o por la presunción de muerte causada por ausencia, en los casos prescriptos por la ley*”.

---

<sup>13</sup> Saint-joseph, Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoleon, 2ª ed. pág. 69. Paris, 1856.

Pero el problema que se presenta es que no todas las legislaciones han tomado una opinión similar respecto al tema de la ausencia prolongada, pues se piensa que la presunción de muerte no podrá ser causa de la apertura de la sucesión, pues el transcurso del tiempo sin tener noticias, ni conocer el paradero de una persona no da para que se plantee una consecuencia jurídica tal. Mientras que, quienes creen que si cabe la apertura en estos casos, sostienen que para justificar el fenómeno presunto de la muerte, para eso está el proceso judicial, y como es lógico las etapas por las que se debe pasar: la de posesión provisional y la de posesión definitiva, protegiendo de esta manera los bienes del desaparecido, y otorgando seguridad jurídica a la sociedad.

Y dentro del hecho que nos compete dentro de nuestro estudio, al producirse la muerte, esta se debe producir en un determinado lugar, puesto que sobre esa circunstancia se deberá justificar tal, en razones el tiempo y del lugar en la que se produjo. Así los problemas que se presentarán serán múltiples, lo cuales los desarrollaremos en los siguientes capítulos.

#### 4.1. Conceptos de la Apertura de la Sucesión Mortis Causa.

El código civil ecuatoriano, realiza la siguiente definición:

*“Art. 997.- La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte, en su último domicilio; salvo los casos expresamente exceptuados.*

*La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre; salvo las excepciones legales”<sup>14</sup>.*

Numerosos y distinguidos doctrinarios jurídicos han dado sus conceptos sobre esta importante fenómeno jurídico.

Así para Alfredo Pérez Guerrero, es “la situación jurídica que transforma en herencia lo que antes fue patrimonio individual del de cuius”.

Mientras que Guillermo Bossano sostiene, que es “esa especie de trance en que se encuentra el patrimonio de quien fallece para pasar a sus sucesores; o la aptitud jurídica en que se hallan los bienes del causante para ir a radicarse en sus herederos o legatarios”.

El maestro chileno, Manuel Somarriva, piensa que es “el hecho que habilita a los herederos para tomar posesión de los bienes hereditarios y se los transmite en propiedad”.

Otros destacan el momento exacto en el que se debe producir este acontecimiento y sobre todo dan relevancia al patrimonio del causante y su destino, como para Ibarrola, que dice “es el hecho que autoriza a los herederos a tomar posesión de los bienes del difunto y que les trasmite la propiedad de los mismos. La adquisición es inmediata: los bienes no pasan nunca a ser por un solo momento res nullius”.

Además se la tiene como el momento en el que inicia propiamente la transmisión de los bienes del difunto, viendo que este momento jurídico coincidirá precisamente con el de la muerte del sujeto.

---

<sup>14</sup> Codificación del Código Civil, Suplemento - Registro Oficial N° 46, 24 de Junio de 2005.

Tantos son los conceptos, como cuantos los autores que se manifiestan respecto al tema de la Apertura de la Sucesión, sin embargo lo interesante es destacar los elementos que cada doctrinario aporta a la definición, además cada ordenamiento jurídico tendrá sus particularidades respecto al tema, siendo de esta manera totalmente por ejemplo los elementos o factores de conexión que se utilizan por ejemplo en el derecho español, el cual estamos utilizando dentro de nuestro análisis. De esta manera el Art. 9 en su numeral octavo, del Código civil de España contempla lo siguiente:

*“La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o disponente en el momento de su otorgamiento, conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la situación, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a ésta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio a salvo siempre de las legítimas de los descendientes”.*

Así vemos que en este caso concreto la ley a utilizarse es la del causante al momento de su muerte, lo cual dista mucho de nuestro Art. 997 del Código Civil, que habla de la ley del último domicilio.

#### **4.2.- Problemas de la Apertura de la Sucesión en el Tiempo y en el Espacio.**

Para el Doctor Alfredo Pérez Guerrero, la Apertura es la puerta del resto de normas que tienen que ver con la Sucesión, puesto que al fallecer la persona, con ese hecho se cierra totalmente su existencia tanto material como jurídica, sin embargo al mismo tiempo, de manera paralela se abre esa “puerta” del fenómeno mortis causa, transformando en herencia lo que antes constituía patrimonio.

De esta manera podemos considerarla como el hecho que da el principio para la adquisición del patrimonio del causante, de este modo como modo de adquirir el dominio.

Es importante referirnos al hecho mismo de la muerte pues este será el punto de partida dentro de este estudio, así de manera científica se la define como el cese de los acontecimientos y de los fenómenos que caracterizan la vida del ser humano ( muchos aceptan la teoría en la que a través de exámenes que demuestren la muerte del cerebro, esta representa la etapa en que verdaderamente muere el paciente, porque en ese momento cesan, permanente e irreversiblemente todas las funciones del cerebro<sup>15</sup>); además el médico que certifica este suceso, debe extender el correspondiente certificado médico donde se explicará con la claridad las causas tanto mediatas e inmediatas del deceso. Y para el aspecto jurídico, dentro del caso ecuatoriano, el hecho que importa será la inscripción correspondiente en el Registro Civil a través del certificado otorgado por la Autoridad correspondiente, como lo explica el Art. 42 y 45 de la Ley de Registro Civil.

*“La apertura de la sucesión no debe confundirse con la apertura del testamento cerrado, aunque el procedimiento judicial para este segundo acto, constituya una forma de intervención del juez para efectos muy semejantes o coincidentes con el reconocimiento de que está abierta la sucesión<sup>16</sup>.”*

---

<sup>15</sup> Conferencia Real de Colegios Médicos. Inglés y Escocesa. Memorando, abril 1979.

<sup>16</sup> LARREA OLGUIN, J; Derecho Civil del Ecuador, Tomo X, La Sucesión por Causa de Muerte, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 1998.

Los elementos que se deberán analizar en la Apertura de la Sucesión por Causa de Muerte, son tanto en el tiempo y en el espacio donde esta se produce.

Con respecto al tiempo podemos indicar que el momento del fallecimiento de una persona, traerá importantes efectos respecto a las siguientes circunstancias:

- a) Puesto que los asignatarios tendrán que ser capaces y dignos para suceder al causante, precisamente a ese momento. Ya que así se podrá determinar quienes serán sus herederos, y además analizar si estos se encuentran incurso en incapacidades por ejemplo.
- b) En caso de haber existido testamento, las disposiciones de este se regirán respecto a la legislación vigente al momento de la muerte.
- c) Cuando los asignatarios acepten o repudien la herencia, tal acto se retraerá al de la Apertura.
- d) Solo cuando se produce esta circunstancia, se podrá realizar acuerdos o negociaciones respecto a los derechos que operan a los asignatarios sobre la sucesión.
- e) Este momento que fallece el *cujus* nace la indivisión hereditaria. La cual terminará mediante los trámites judiciales o extrajudiciales correspondientes.

Además existe una situación particular, que contempla la legislación, la presunción de muerte por desaparecimiento, puesto que al individuo que ha desaparecido y se ignora que este viva, a través de un proceso judicial se puede declarar la muerte presunta, la cual será declarado por el juez del último domicilio que esta persona tuvo en el Ecuador, y como dispone nuestro Código Civil , “ la fecha de la muerte será la del último del primer año, contado desde la fecha de las últimas noticias y transcurridos cinco años desde la fecha, se concederá la posesión provisional de los bienes del desaparecido”.

Dentro de nuestro estudio jurídico, el tema respecto al problema de la determinación del espacio, es decir el lugar donde se ha producido la muerte trae consigo las siguientes particularidades. Así por ejemplo la legislación chilena, de acuerdo a las disposiciones del Art. 148, del Código Orgánico de Tribunales, el juez competente para conocer de todo lo relacionado con la sucesión por causa de muerte, será el del último domicilio del causante y además este mismo será el competente para conocer de la apertura y publicación del testamento, situación similar a la que sucede en el Ecuador, por la

similitud en los cuerpos legales de derecho civil, por las razones anotadas respecto al proyecto del Dr. Andrés Bello.

Así, para abordar el problema respecto al último domicilio del causante, es necesario realizar una breve referencia a este particular. Nuestro Art. 45 Del código Civil lo define como “la residencia acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella. Divídase en político y civil.”

Art. 46. “El domicilio político es relativo al territorio del Estado en general. El que lo tiene o adquiere, es o se hace miembro de la sociedad ecuatoriana, aunque conserve la calidad de extranjero.

La constitución y efectos del domicilio político pertenecen al Derecho Internacional.”

Así consideramos que de acuerdo a los artículos citados, se destaca que la sucesión se rige por el domicilio, pero se debe distinguir que para las circunstancias de nuestro análisis nos referimos al domicilio político, es decir al que hace miembro de la sociedad ecuatoriana, aunque conserve su condición de extranjero.

Podemos comprender de esta manera que un aspecto que resalta “la importancia que tiene el domicilio en el Derecho Internacional Privado es que, se lo considera como uno de los elementos de conexión, puesto que constituye un factor que enlaza a un problema de derecho con un derecho determinado a fin de determinar la ley aplicable al caso en cuestión<sup>17</sup>”.

La regla general que es utilizada en el sistema ecuatoriano es aquella que, da la aplicación de la ley del último domicilio que tuvo el causante. Sin embargo de esta situación nacen aspectos de considerable trascendencia respecto al aspecto jurídico.

Quiénes serán competentes para tramitar y conocer todas las diligencias jurídicas relativas a la sucesión, será el juez del último domicilio. De esta manera los procesos que estos conocerán serán tales como por ejemplo:

---

<sup>17</sup> COELLO, H, Derecho Internacional Privado, Universidad del Azuay – Fundación Chico Peñaherrera, 2004.

La medida cautelar de Guarda y Fijación de sellos, contemplada en el Art. 604<sup>18</sup> y siguientes del Código de Procedimiento Civil, que consisten en una medida provisional, que procura precautelar la integridad del patrimonio del causante.

Otro aspecto que se necesita analizar, es el hecho de la ley que se aplicará, puesto que cada Estado posee una legislación diferente, siendo de esta manera que los problemas de derecho internacional privado se verán afectados porque no todos los sistemas mantienen las mismas nociones.

Cabe destacar que dentro de esta área, los doctrinarios se han manifestado respecto a tres corrientes, que se aplican: la ley del domicilio, la ley nacional y la pluralidad de legislaciones o sistema mixto.

El primer criterio, es la ley donde el individuo está de asiento, o sea a su domicilio; es el que prima en la región americana (Perú, Uruguay, Venezuela, etc.), puesto que como afirma el maestro Guillermo Bossano, “el criterio de la ley del domicilio ha sido el más favorecido en América, puesto que es un continente ansioso de inmigraciones; y para dar un impulso económico y social a los pueblos se ha establecido este sistema que predomina sobre la ley de cada nación”. Para algunos doctrinarios que defienden esta tendencia, “piensan que por el aspecto de orden público que tienen la sucesión, es decir, por el hecho de la transmisión de los bienes a los herederos y las diversas formas de hacerlo según el Estado, se debe mantener el criterio de *lex rei sitae*; pues se piensa que la sucesión, no es más que un modo especial de adquirir el dominio”<sup>19</sup>.

La que considera a la nacionalidad, mantiene la máxima que la ley sigue al individuo como la sombra al cuerpo, de esta forma la norma que rige el estado, capacidad y relaciones de familia debe ser la nacional; Los sistemas personales, que tienen generalmente más acogida, se distribuyen entre favorables a la ley de la nacionalidad (casi todos los países europeos).

---

<sup>18</sup> Codificación del Código de Procedimiento, Suplemento - Registro Oficial N° 58, 12 de Julio de 2005.

<sup>19</sup> LARREA OLGUIN, J; Derecho Civil del Ecuador, Tomo X, La Sucesión por Causa de Muerte, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 1998.

Y por último, el sistema de la pluralidad de legislaciones, considera la aplicación de la ley nacional en determinadas relaciones jurídicas, mientras que para otros aspectos favorece la aplicación de la ley extranjera, que soluciona el problema. Para muchos doctrinarios, el sistema ecuatoriano mantiene este sistema ecléctico.

Para el análisis dentro de este capítulo, creemos importante la transcripción del caso que presenta Bossano, en su Manual de Derecho Sucesorio:

*“Supongamos que una persona de nacionalidad extranjera, en cuyo país de origen se aplica el estatuto nacional, se domicilia en un Estado en el que se impera el criterio de aplicabilidad de la ley del domicilio; va de visita a un pueblo en el cual rige la disposición que declara abierta la sucesión en el lugar que se produce el fallecimiento de la persona y precisamente es allí donde muere, y posee su patrimonio en una nación en la cual la ley aplicable es la que dispone que la sucesión se abrirá en donde se encuentren los bienes del de cuius.*

*Generalmente impera el criterio del domicilio y se impone la tesis del lugar en que se encuentran los bienes, para los fines de tributación, que en definitiva son los que más interesan a los Estados. Nuestro Código Civil, en sus Arts. 14 y 15, establece una especie de extraterritorialidad de la ley mediante normas claras y precisas (Pues entre los derechos de familia están los derechos sucesorios)<sup>20</sup>”.*

Para el Doctor Alfredo Pérez Guerrero, existen razones por las que se trata de explicar la aplicación de la ley del domicilio dentro de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que el legislador lo que quiso fue positivizar el principio según el cual el domicilio determina casi siempre la situación de los bienes y las relaciones de familia del causante, puesto que al tratarse de un problema que involucra al derecho sucesorio, de familia y de propiedad, es mucho más lógico resolver con la ley del domicilio.

La solución que presenta el sistema chileno respecto a los problemas que hemos venido anotando, respecto a optar la ley de la nacionalidad o del domicilio del causante;

---

<sup>20</sup> BOSSANO, G, Manual de Derecho Sucesorio, Primera Parte, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Pág. 59-60, Quito Ecuador, 1974.

considera que la segunda opción es la correcta y además la más recomendada de aplicar, pues del Art. 15 de su Código Civil, se deduce que si un chileno fallece teniendo su último domicilio en el extranjero, sus parientes van a tener los derechos sobre esa sucesión que se presentará, pero con los derechos que la ley de Chile les otorga.

“Puesto que los chilenos no obstante de su residencia en el extranjero, quedan sujetos a la ley chilena respecto de los derechos y obligaciones con su cónyuge y parientes de igual nacionalidad<sup>21</sup>”.

Autores como Bossano, piensan que los principios que se aceptan en nuestro código, nos hacen pensar que existe un celo muy acentuado respecto al imperio de las leyes ecuatorianas, puesto que, de acuerdo al proceso de globalización en el que nos encontramos, así como los principios de solidaridad internacional, se debería admitir el derecho extranjero, siempre y cuando este no altere las normas de de orden público tanto nacional como internacional.

---

<sup>21</sup> SOMARRIVA, M, Derecho Sucesorio, Versión de Rene Abeliuk, Editorial Nacimiento S.A. Pág. 30. Santiago Chile, 1983.

### 4.3.- Apertura de la Sucesión en España.

El caso del derecho civil español, de acuerdo a lo analizado en el Art.9, numeral octavo, se desprende la concepción de la ley de la última nacionalidad del causante, respecto a la Apertura.

De esta manera analizaremos brevemente la situación que sucede.

La idea de nacionalidad tiene su origen en el derecho romano, se trata de un vínculo que une a la persona con un estado determinado. El doctrinario español **De Castro**, cree que es “la cualidad de pertenecer a la comunidad nacional organizada en forma de Estado”.

Por una parte la nacionalidad es un título para formar parte del estado, pero por otra es la cualidad de la persona, es el estado civil de miembro de la comunidad nacional.

La nacionalidad desarrolla su función tanto en el derecho privado como en el derecho público. Y dentro del derecho privado donde realmente es objeto de estudio detenido es en el derecho internacional privado. La nacionalidad es una cuestión de gran trascendencia en los países de gran emigración o inmigración.

Esta influye en la capacidad de obrar, la cual determina la Ley personal de los sujetos, lo cual se encuentra recogido en el art. 9 del código civil español.

La Ley personal correspondiente a las personas físicas, es aquella que determina a través de la nacionalidad del sujeto. Dicha Ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

Desde el Art. 17 hasta el 28 del Código Civil de España, se regula la nacionalidad; a través de la reforma realizada por la Ley promulgada el 7 de diciembre de 1990.

La Constitución española, se refiere a la nacionalidad en el art. 11. En éste el constituyente se remite a lo que establezca el Código Civil, sin embargo se destacan algunas ideas primordiales: ningún español de origen puede ser privado de su nacionalidad y la concepción de doble nacionalidad, solamente en los casos en los que España tenga convenio vigente con un Estado.

## 5.- LEGISLACIÓN COMPARADA.

### **Código Civil Argentino**

**Art. 3313.-** La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla. El llamado a recibir la sucesión se llama heredero en este Código.

**Art. 3317.-** El derecho de sucesión al patrimonio del difunto, es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros.

### **Código Civil de Brasil.**

**Art. 1573.-** La sucesión se abre en el lugar del último domicilio del fallecido.

### **Código Civil Alemán.**

**Art. 24.-** La sucesión de un alemán se regula de acuerdo con las alemanas, aunque tenga domicilio en el extranjero.

Si un alemán a la época de su fallecimiento tenía su domicilio en el extranjero, sus herederos pueden, en lo que concierne a su obligación a las deudas de la sucesión, invocar también las leyes vigentes en el lugar del domicilio del difunto.

Si un extranjero que hace una disposición por causa de muerte, o que la revoca, se hace ciudadano del Imperio, la validez de tales disposiciones o revocación, se juzgan de acuerdo con las leyes del Estado al cual pertenecía a la época de tales actos; conserva la capacidad de hacer una disposición por causa de muerte aunque no haya alcanzado la edad requerida por las leyes alemanas.

**Art. 25.-** *La sucesión del extranjero que a la época de su fallecimiento tenía su domicilio en Alemania se defiere de acuerdo con las leyes del Estado al cual pertenecía en el momento de su muerte*<sup>22</sup>. Sin embargo un alemán puede hacer valer sus derechos a una sucesión, aunque no se funden sino en las leyes alemanas, a menos que de acuerdo con el derecho del Estado al cual pertenecía el difunto, las leyes alemanas no fuesen aplicables exclusivamente a las alemanes domiciliados en ese Estado.

---

<sup>22</sup> Nota del Autor.

### **CAPÍTULO 3**

#### **EL REENVÍO Y LOS PROBLEMAS SUCESORIOS.**

*“Toma problemas prestados si te lo dicta tu naturaleza; pero no los prestes a tus vecinos”.*

*Rudyard Kipling*

## **1.- DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.**

Durante el estudio y evolución del Derecho Internacional Privado, los doctrinarios se han inclinado por una serie de criterios respecto a la aplicación o no de la norma extraterritorial, puesto que constantemente se presentan problemas respecto al conflicto de leyes en el espacio, y su solución. De esta manera hemos visto que ya desde la época de los Estatutarios, se ha buscado que se aplique el derecho extranjero.

Por lo tanto, los problemas que surgirán para la aplicación de éste en el espacio, dependerán sobre todo que se manejen los mismos elementos de conexión, puesto que caso contrario, se suscitaran problemas como sucede en la Institución que nos encontramos estudiando del Reenvío.

Vemos que en la mayor parte de situaciones que son de análisis del juez, el problema de derecho internacional privado ni si quiera sale del despacho judicial, pues la decisión estará en el mismo funcionario, él cual solamente debe buscar una solución al problema, en el que el derecho local es insuficiente, no resuelve el problema o su legislación le dice que se remita al ordenamiento jurídico de otro Estado, de esta manera el panorama para quien administra justicia se tornará mucho más complicado. Siendo así si en caso se la norma de conflicto, llegaría a declarar aplicable un ordenamiento jurídico extranjero, en un hecho determinado, se podrían presentar diferentes situaciones, puesto que es importante recordar que no para todos los supuestos se emitirá una solución igual.

Además es importante recordar que dentro del estudio de nuestro tema, el sistema español y ecuatoriano, no tienen criterios similares respecto a estos problemas de derecho internacional privado, por lo que es de importancia emitir criterios que se ajusten a una correcta solución del problema.

Ya desde que por primera vez se trato en el ámbito jurídico el problema que se suscitaba con el Reenvío, surgieron los debates doctrinarios respecto al tema, puesto que para muchos éste, se lo consideró como tema de actualidad, puesto que por el hecho de la

movilidad del ser humano éste presentaría una serie de problemas dentro de otros sistemas legislativos; sin embargo para otros autores, esta discusión ya quedó resuelta con la jurisprudencia al respecto. Mas, en estos tiempos y dentro del contexto mundial, dado el desplazamiento masivo que se ha venido presentado, y en especial el de los ciudadanos ecuatorianos hacía territorio español en la última década, el problema se presenta de manera mucho más regular.

## 2.- CONCEPTO DE LA INSTITUCIÓN.

Es importante, para referirnos al concepto del Reenvío, recordar respecto a la definición que se nos da de norma jurídica, la cual es la “preceptuación obligatoria del Derecho que regula en un sentido social la conducta humana”.

Del fundamento que partimos, observamos que toda norma contiene un objetivo, y una justificación para su creación, por lo que se la positiviza dentro del ordenamiento jurídico de un Estado. Así también, las normas dentro del Derecho Internacional Privado, también guardan su sustento en esta definición, puesto que es una especie de ella. Sin embargo, es de tipo “indirecto”, ya que no regula directamente la relación jurídica en conflicto, porque esta tiene elementos foráneos y puesto que va más allá de su capacidad de legislación interna, hace necesaria la aplicación de un Derecho extranjero. Así podemos entender que “la norma indirecta, lo que indica es el ordenamiento jurídico del que se desprende la solución”<sup>23</sup>.

Distinguidos autores ecuatorianos como el Dr. Hernán Coello García, lo definen:

*“El reenvío, llamado también remisión o retorno, es indudablemente, uno de los más serios problemas que se presentan en el Derecho Internacional Privado. Se trata de una cuestión de competencia negativa, de un conflicto negativo, en el que ninguno de los países involucrados en la cuestión propuesta quiere permitir la aplicación de su derecho material para dar solución al problema. Cuando se presenta este fenómeno podemos decir que nos hallamos frente a un caso de reenvío, remisión o retorno”<sup>24</sup>.*

Así el problema que se plantea es “negativo”, de esta manera las propuestas que se realicen respecto a éste, tendrán influencia directa para resolver el problema de fondo. Y para poder alcanzar a emitir una solución válida, son muchos los aspectos que se deberán resolver y analizar, pues en este tipo de conflictos, cada presupuesto del caso es de importancia, y se deberá utilizar toda la doctrina al respecto que se ha venido

---

<sup>23</sup> OSORIO y FLORIT, M, Enciclopedia Jurídica Ameba, DRISKILL.S.A. Buenos Aires, Argentina, 1984.

<sup>24</sup> COELLO, H; Derecho Internacional Privado, Pág. 286; Universidad del Azuay – Fundación Chico Peñaherrera, Cuenca-Ecuador, 2004

recogiendo a lo largo del tiempo en el Derecho Internacional Privado, así como la jurisprudencia que se ha dado en casos similares, la cual plasma en casos concretos el supuesto al que nos estamos refiriendo.

La doctrina española, en uno de sus principales manuales de derecho Internacional Privado, de los Doctores Alfonso Calvo y Javier Carrascosa, da un concepto acertado de la institución:

*“Concepto.- surge el reenvío cuando la norma de conflicto del Derecho Internacional Privado del país cuyos tribunales conocen del asunto remite, para la regulación del caso, a un Derecho extranjero, ordenamiento que contiene una norma de conflicto que, a su vez remite la regulación de la situación privada internacional al Derecho de otro país, que puede ser el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto o el Derecho de un tercer país.”<sup>25</sup>”*

Mientras resulta evidente mirar este problema jurídico desde un aspecto de competencia negativa, ya que es aquella situación en que las leyes de los Estados, ninguna de ellos quiere hacerse cargo del supuesto jurídico y prefieren remitir a otra legislación. En algunas obras de derecho, se piensa que la discusión sobre el tema podría volverse de tipo bizantina, puesto que la solución es muy difícil de encontrar; pero para una gran parte de los doctrinarios franceses por ejemplo, la solución que en la realidad se debería aplicar es la “lex fori”, especialmente en los aspectos de tipo procesal internacional.

---

<sup>25</sup> CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Derecho Internacional Privado. Vol.I y II, 6ª edición, Comares, Granada- España, 2005.

## 2.1. Historia y Antecedentes.

Debemos recordar antes que nada que el problema que se ha suscitado respecto a este tema del Reenvío, se ha venido dando desde que esta situación apareció por primera vez, puesto que los debates que por éste se han dado son vastos.

En un interesante estudio que nos trae la Enciclopedia Jurídica Omeba, podemos resaltar los aspectos más importantes respecto a la historia del reenvío, entre los cuales encontramos que para el autor francés, Niboyet, quien discutió por primera vez respecto al tema, junto con los Estatutarios, en el siglo XVIII, Froland, puesto que existían normas que se hallaban en conflicto entre los ciudadanos que habitaban en París y los de Rouen; de esta manera se puede concluir que las primeras manifestaciones que se tienen en la jurisprudencia respecto al Reenvío, son las decisiones de 1625 y 1663, del parlamento de Rouen. Sin embargo, estos casos que se dieron fueron realmente aislados, y mas bien se considera como los primeros antecedentes históricos a los que se dieron en: Inglaterra, Alemania y Francia, el último con el conocido caso “Forgo”.

Dentro del Derecho inglés, se registra en la “*Court de Caterbury*”, la decisión dada por un juez de Inglaterra, en la cual aplicó el derecho belga, respecto a la validez de un testamento celebrado en Bélgica por un ciudadano inglés. “el Derecho belga, contenía una regla de conflicto que reenviaba a la ley nacional inglesa y lo declaró válido<sup>26</sup>”.

Mientras que la segunda manifestación jurídica de este particular, lo encontramos en el derecho alemán, particularmente en aquel caso del ciudadano de Francfort, que fallece en territorios donde regía el derecho galo, esto es en Magence; y la sentencia emitida por los Tribunales, apunto a la aplicación de la ley del domicilio (esto es derecho francés), en la que remitía a la ley de la nacionalidad.

Pero el caso que es el pilar para el estudio del Reenvío, es la famosa decisión del 24 de junio de 1878, dada por la “*Cour de Cassation*”, en Francia, donde se trato respecto a la

---

<sup>26</sup> OSORIO y FLORIT, M, Enciclopedia Jurídica Ameba, DRISKILL.S.A. Buenos Aires, Argentina, 1984.

sucesión de J.Forgo, súbdito de nacionalidad bávara, fallecido sin testamento en territorio francés.

Dicho ciudadano, de muy niño fue trasladado a vivir en Francia, específicamente en la ciudad de Pau, siendo de esta manera, donde éste desarrollo la mayor parte de su vida, y adicionalmente sus bienes se asentaron en ese territorio.

Forgo falleció a los 78 años de edad, pero no dejó testamento, ni tampoco herederos; de esta manera, amparados en las disposiciones del código civil, Art. 768, el Fisco francés sostuvo que los bienes de este causante le correspondían, pasando toda la fortuna que este ciudadano había formado a manos francesas.

Pero la decisión tomada, no fue tomada de buena manera por unos parientes bávaros de Forgo, los *Ditchl*, puesto que ellos sostenían que se debía aplicar “una norma de conflicto francesa a cuyo tenor la sucesión mobiliaria queda sujeta a la ley del causante, que J.Forgo había siempre mantenido en Baviera”<sup>27</sup>, puesto que como era lógico, en ese lugar siempre había tenido su domicilio legal.

Con el problema que se había ya presentado, tuvo que ser resuelto por la *Cour de Pau*, y el fallo que se dio fue el que los bienes de Forgo, debían regirse por el derecho francés, puesto que este ciudadano falleció en Francia, aunque solamente había tenido su domicilio de hecho en Pau; la sentencia en mención no fue aceptada de buena manera por los *Ditchl*, ya que sus argumentaciones no fueron tomadas en cuenta por el tribunal de instancia, por lo que apelaron al Tribunal del Burdeos, donde obtuvieron sentencia favorable, ya que se sostuvo que el domicilio legal era el que primaba, y ese siempre estuvo en Baviera.

La Administración francesa al no estar contenta con el contenido del fallo, intento el último recurso ante la “*Cour de Cassation*”, donde fue aceptado exhorto presentado, y transcribimos parte de la sentencia:

*“Según el Derecho bávaro, los muebles son regidos, en materia de sucesión, por la ley del domicilio de hecho o de la residencia habitual del difunto. Se sigue de*

---

<sup>27</sup> CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Derecho Internacional Privado. Vol.I y II, 6ª edición, Comares, Granada- España, 2005.

*aquí que la entrega de la herencia de bienes muebles que J.Forgo poseía en Francia, país donde había fijado su residencia, debía ser regida por la ley francesa<sup>28</sup>”.*

Desde todo punto de vista la sentencia pronunciada tiene mucha polémica, hasta el punto que en la actualidad, existen criterios contrarios respecto al pronunciamiento, puesto que se piensa que lo lógica hubiese sido aplicar el domicilio legal y no el de hecho.

Es de destacar una situación interesante respecto a este caso, ya que Forgo, por errores de tipo administrativo, fue en Francia donde realizó su servicio militar, lo cual solo puede realizarlo los nacionales franceses, fue de esta manera que él, no pudo obtener un permiso de residencia, ya que este es exclusivo para ciudadanos de otro estado.

Al analizar resulta evidente observar un caso de reenvío, específicamente el de **primer grado**, puesto que declaró aplicable la ley bávara (lex fori), en donde se decía que las aplicables para resolver el problema eran las normas francesas.

Los profesores Alfonso Calvo y Javier Carrascosa, en su estudio sobre el Reenvío, hacen una importante referencia respecto a la determinante influencia que tuvo el francés Aubry, dentro del proceso, para que en un tribunal francés se aplique de oficio el derecho bávaro, cuestión curiosa en esos tiempos donde se la aplicaba como algo de hecho.

---

<sup>28</sup> *Ibíd.* Pág. 58.

### 3.- PRESUPUESTOS DEL REENVÍO Y FUNDAMENTOS QUE LO SUSTENTAN.

Dentro de las diferentes tendencias jurídicas, muchos coinciden con los requisitos que deben darse para que se configure el fenómeno del Reenvío, sin embargo, maestros como Calvo y Carrascosa, de cuyo texto hacemos referencia para establecer los presupuestos que deben presentarse:

**a) Diversidad de puntos de conexión:** es el típico caso en el que es inminente la aplicación de un derecho extranjero para la resolución adecuada de un problema privado internacional, sin embargo lo remite a otro ordenamiento jurídico, creando de esta manera lo que se conoce como *conflicto negativo de normas* (la ley del nacional señala que no es aplicable para la resolver el problema, y acude a la norma extranjera, sin embargo esta se inhibe de conocerlo y decide que es la norma de un tercer estado la que debe aplicar su ordenamiento jurídico).

**b) Consideración de la “globalidad” del Derecho extranjero:** para que pueda producirse el fenómeno que analizamos, se debe dar necesariamente la “remisión”, del derecho nacional hacia un externo, pero comprendiendo que lo hace aceptando el concepto total del derecho extranjero al que realiza ese envío.

Vemos que es totalmente necesario que la remisión que se ocasione, esto es la norma de conflicto de foro, se entienda hecha al derecho extranjero globalmente.

El estudio realizado la Dra. Mónica Guzmán Z, en su obra de Derecho Internacional Privado, nos lleva al análisis de la situación en la que se encontrará el juez que se encuentre a cargo de la solución de un conflicto de esta clase, puesto que “*ni la norma de conflicto del foro localiza la situación bajo el ámbito de su ordenamiento, ni la norma de conflicto extranjera considera como competente para regular la cuestión al propio derecho material, sino que remite a otro ordenamiento*”.

Es necesario complementar estos planteamientos con un tema práctico que nos muestre que es lo que sucede, pues si bien los planteamientos doctrinarios son importantes,

igualmente serán necesarios manifestar los casos que se han presentado al respecto y su inminente repercusión en el Derecho Internacional Privado, de donde las sentencias que han expedidos los magistrados que han estado hecho cargo de dichos procesos, son dignas de estudiar y analizar pues estas nos conducen a solucionar actualmente los problemas jurídicos, rescatando de esta manera la repercusión que tiene la jurisprudencia dentro del Derecho.

Transcribimos una *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 849/2002 (Sala de lo Civil), de 23 septiembre de 1997.*

*SUCESION HEREDITARIA: LEGISLACION APLICABLE: nacional inglés residente y fallecido en España componiéndose la herencia únicamente de bienes inmuebles en España: aplicación de la ley española que es la única que regula toda la sucesión del causante: aceptación del reenvío de la ley inglesa: no fragmentación de la sucesión; LEGITIMA: PRETERICION: efectos: reducción de la institución de heredero hasta dejar a salvo la legítima del preterido: hija reconocida frente a viuda a quien se legan todos los inmuebles sitos en España con sustitución vulgar a favor de sus dos hijos: no restricción de los derechos del preterido siempre que no afecte a hipotéticos derechos de otros legitimarios también preteridos y no parte en el proceso.*

*El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia, con fecha 18-12-1996, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga.*

Es interesante la pronunciación que realiza el Tribunal de última instancia español respecto a este, puesto que los comentarios rescatados respecto a este problema, son válidos lógicamente para el problema que analizamos, pues el derecho inglés al igual que el ecuatoriano, tienen su punto de conexión en último domicilio del causante, y respecto a los inmuebles en el lugar donde estos se sitúan; mientras que como conocemos el derecho español se refiere específicamente como punto de conexión a la nacionalidad del causante. Así de esta manera el Reenvío se ve reflejado, cuando el ecuatoriano fallece en España, y la ley de este país realiza la consulta al país del causante, para ver que normas jurídicas son las aplicables.

Sin embargo no todas las opiniones son iguales respecto a este tema, pues como existen las argumentaciones que critican sobremanera el tema del Reenvío, argumentaciones favorables se refieren a considerar como positivo el respeto del Derecho extranjero, hasta en ocasiones llegando a verdaderos extremos, como pensar que el juez resolverá el problema como si se fuera nacional del país de cuyo Derecho se trata.

De este modo podemos recordar referencias históricas respecto al tema, como la celebre conocida del Juez inglés *Jenner*, todo esto en 1841, quien mientras se encontraba a cargo de un caso que versaba sobre el Reenvío, y en donde se planteaba la aplicación del Derecho belga, pronunció las siguientes frases:

***“Me considero como sentando en Bélgica”.***

La idea fundamental que se considera y de la cual se busca su aplicación, es aquella respecto a alcanzar una verdadera armonía legal respecto a los problemas de derecho internacional privado, intentando llegar a puntos coincidentes respecto de distintos fenómenos jurídicos.

El hecho de encontrar una legislación común internacional es una idea que se ha venido manejando ya por años, pero la cual en el sentido mismo de su aplicación resulta del todo complicado, puesto que cada Estado, muchas veces con conceptos errados de Soberanía, creen que esta sería atacada al tener instrumentos jurídicos similares entre los distintos países.

#### 4.- CLASES DE REENVÍO.

Atendiendo a las cuestiones de forma principalmente, la doctrina ha llegado a definir una clasificación respecto al Reenvío, encontrando entre estas la caracterización principal que es la siguiente:

1.- **Rückverweisung o Reenvío de Primer grado.**- es aquel al que se lo conoce como de remisión o de retorno, y se refiere al que se presenta cuando el ordenamiento jurídico del país llamado a resolver el problema, devuelve o retorna dicha competencia a la legislación del estado remitente.

La legislación ecuatoriana en el art. **483** del código de Comercio, recoge un claro ejemplo respecto a esta clasificación del Reenvío.

Al respecto se plantea una solución legal sobre las personas que han contraído una obligación respecto a la suscripción de una letra de cambio, el particular es que quienes la han suscrito para su país de origen son incapaces (por ejemplo menores de 21 años en Argentina), pero que para el país en donde realizaron la suscripción son capaces ante la ley para obligarse (ejemplo del caso ecuatoriano, mayoría de edad a los 18 años).

Planteado de esta manera el problema jurídico, la legislación ecuatoriana ha alcanzado regular el problema y otorgar una solución que además de justa, impedirá que se presenten situaciones de estafas, y que de esta forma se vean perjudicados los ciudadanos.

*“La solución legal, en este caso, es la de aplicar la legislación del lugar del pago, provocando, de este modo, un reenvío de primer grado<sup>29</sup>”.*

2.- **Weiterverweisung o Reenvío de Segundo Grado.**- en esta clasificación, las reglas del Derecho Internacional Privado, declaran aplicable (no su derecho interno), sino el derecho de un tercer país, en suma, el Derecho Internacional Privado del administrador de justicia, declara como ley competente a la del país X; pero el Derecho internacional privado de este país X, realiza una nueva operación y en aplicación a lo que dispone su

---

<sup>29</sup> COELLO, H; Derecho Internacional Privado, Pág. 286; Universidad del Azuay – Fundación Chico Peñaherrera, Cuenca-Ecuador, 2004.

ordenamiento jurídico declara aplicable el Derecho Del país Y; sin embargo el Derecho Internacional Privado del país Y, declara competente al ordenamiento de un tercer estado.

El planteamiento que se ha presentado, para muchos no tiene una solución válida, y lo consideran que es como un *verdadero salto a la oscuridad* o como *patinar con los ojos vendados*, estos criterios que se han vertido llegan a un extremo, puesto que el análisis y estudio que se deben dar para llegar a una solución válida en estos casos, se vuelve muy complicada, pero las tendencias del Derecho Internacional Privado, a lo largo de estos tiempos, han tratado de buscar las alternativas más idóneas para la solución de este tipo de casos que se presentan.

Se trata de esta manera del conflicto entre dos leyes, de estados diferentes (Ecuador y España), los cuales son igualmente soberanos, y no cabe la idea de un conflicto de leyes, puesto que ambas normas se encuentran en un mismo nivel, y ninguna puede ser tomada como superior.

## **5.- POSITIVIZACIÓN DEL REENVÍO.**

### **5.1. El Reenvío y la Legislación Ecuatoriana (Código Sánchez de Bustamante).**

Es de lamentar que nuestro ordenamiento jurídico no realice una referencia del todo clara respecto a este importante tema de Derecho Internacional Privado, al igual que los doctrinarios nacionales han descuidado este tema y la bibliografía al respecto resulta escasa, es por ello que para la elaboración de este tema hemos creído conveniente realizar un estudio al texto del Dr. Hernán Coello García, en el cual se encuentran valiosos aspectos de la legislación ecuatoriana y que a continuación se los estudia e investiga.

Es importante determinar que nuestra legislación simplemente contempla en su regulación al reenvío de primer grado, dejando al aspecto doctrinario al de segundo grado; como veíamos cuando describíamos la clasificación de este fenómeno, nuestro ordenamiento jurídico comercial, prevé la posibilidad de evitar fraudes con los títulos valores, llegando a la afirmación en el Art. 488 del Código de Comercio, de “ La capacidad de una persona para obligarse por medio de una letra de cambio se determina por su ley nacional. Si esta ley nacional declara competente la ley de otro Estado, se aplicará esta última”.

Además, dentro del mismo tema, se encuentran incorporados en los convenios internacionales maneras diferentes de tratar al reenvío, así en la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes vigentes en Ecuador, a partir del año de 1982, se expresa que la capacidad para obligarse por medio de un cheque se rige por la ley del lugar en donde la obligación ha sido contraída.

En el año de 1933, el presidente ecuatoriano Juan de Dios Martínez Mera, aprobó mediante Decreto Ejecutivo la “Convención de Derecho Internacional Privado”, celebrada en la Habana Cuba, el 20 de febrero de 1928; importante instrumento jurídico que fue ratificado por 15 países latinoamericanos, pero que lastimosamente 13 de ellos lo aceptaron con reservas. De esta manera en su texto se observa de manera clara que existe un rechazo marcado al tema del Reenvío, puesto que atenta a la naturaleza misma de su celebración, la cual fue que todos los países suscriptores alcancen un régimen similar respecto a sus normas de Derecho Internacional Privado, y en consecuencia de

factores de conexión, por lo cual, o todos los estados aplicarían el *domicilio* o la *nacionalidad*, dejando de lado la posibilidad que existan conflictos negativos de normas, y que de esta manera nazca el reenvío.

Sin embargo un aspecto que desde que se dio la Convención, ha sido criticado es el que se refiere a su **Art.7** “*Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad, o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior*”, pues del se deduce un principio de respeto a la soberanía e independencia de cada Estado suscriptor, y que a la final, da las pautas para que se produzcan los conocidos casos de Reenvío.

Respecto a los problemas de la sucesiones, en la cita de la Habana se llegó a la siguiente conclusión, que fue positivizada:

*Art.144.- “Las sucesiones intestadas y las testamentarias, incluso en cuanto al orden de suceder, a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de las disposiciones, se regirán, salvo los casos de excepción más adelante establecidos, por la ley personal del causante, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren”.*

Sin embargo es importante resaltar las disposiciones de la **Convención de Viena** sobre el derecho de los tratados, celebrada el 23 de Mayo de 1969, y que recién en el año 2004, el Ecuador se adhirió a este importante instrumento jurídico, permite así brindar mayor eficacia a las disposiciones de la Convención Sánchez de Bustamante, y así evitar que los Estados provoquen conflictos buscando la aplicación de su derecho interno; de esta manera es importante referirse a estos dos artículos que a continuación se transcriben:

*Art. 4.- Irretroactividad de la presente Convención.- Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a los que los tratados estén sometidos en virtud de Derecho Internacional independiente de la Convención, ésta sólo se aplicará a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención respecto a tales Estados.*

*Art. 27.- El derecho interno y la observancia de los tratados.- Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 46.*

Además, cabe señalar que el actual sistema de Derecho Internacional Privado ecuatoriano, admite la posibilidad de aplicación del derecho extranjero en tres casos:

1.- En todos los casos especiales, en los cuales sea el derecho ecuatoriano, quien ha tomado la decisión de que la ley competente para la resolución de un problema jurídico de trascendencia del Derecho Internacional Privado, sea efectivamente la ley extraterritorial.

Esto se presenta por ejemplo, en la “validez de un testamento otorgado en país extranjero”. Para lo cual las regulaciones del Código Civil, dicen al respecto:

*Art. 16.- La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil.*

*La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese.*

*Art. 1065.- Valdrá en el Ecuador el testamento escrito, otorgado en país extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciere constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo, en la forma ordinaria.*

2.- Se realizará la aplicación de una norma extraterritorial en el Ecuador, cuando un tratado internacional validamente celebrado, así lo exija.

3.- Y, por último cabe también la aplicación de la ley extranjera, cuando sean las partes incursas en el problema, quienes en su derecho de aplicación de la autonomía de la voluntad, han decidido que dicho conflicto se aplique a otro ordenamiento jurídico del que normalmente se hubiere tenido que aplicar.

Por último es importante referirnos a la jurisprudencia ecuatoriana que se ha pronunciado respecto a la sucesión por causa de muerte, donde se manifiesta que el último domicilio, al ser el que determina la ley aplicable debe necesariamente demostrarse, no aceptando la suposición que en el lugar donde se otorgó el testamento, se cree que fue el último domicilio.<sup>30</sup>

Mientras que otra sentencia de la Corte Suprema de Justicia, contenida en la Gaceta Judicial serie V N° 89 p. 2089, sostiene que la competencia del Juez del último domicilio se refiere a la liquidación de la mortuoria y no a otras obligaciones relacionadas con aquella.

---

<sup>30</sup> LARREA OLGUIN, J; Derecho Civil del Ecuador, “Gaceta Judicial Serie V. N° 136.p.3266, Sexta Edición, Manual de Derecho Internacional Privado, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 1998.

## 5.2. El Reenvío y la Legislación Española.

Es necesario realizar una pequeña introducción de tipo histórica, en la cual se observe la evolución que ha tenido la concepción del tema del reenvío en el derecho español, puesto que a lo largo de los tiempos se ha sufrido ligeras reformas que han cambiado considerablemente el fenómeno.

Así, en España, antes de la reforma que se dio en el año de 1974 al Título Preliminar del código civil, se mantenía un rechazo total al reenvío, sin embargo ya existieron ciertas sentencias realizadas por tribunales inferiores en las cuales sus criterios eran muy contradictorios respecto a la admisibilidad o no de este problema jurídico, de esta manera ya en 1900, un tribunal de Barcelona, admitió el reenvío de retorno, mientras para otros tribunales la admisión de éste no tenía fundamento y es como en 1925, el Tribunal de Granada, en una de sus sentencias rechaza el reenvío. Todo este problema que se presentaba era dado por la falta de regulación clara por parte del ordenamiento jurídico español, pero como habíamos indicado, muchos jueces ya se pronunciaron al respecto sentando cierta jurisprudencia que serviría para la discusión posterior.

Con posterioridad, el máximo Tribunal de Justicia español, no se pronunciaba respecto a la duda que existía en la aplicación o no de este fenómeno, y prefirió callar hasta que se presentaron los proyectos de reforma al Código civil; y ya en 1944 sale a la luz un proyecto de reforma, pero en el cual el reenvío no era aceptado, mientras que el proyecto de 1962, ya lo consideraba, realizando un verdadero avance dentro de la normativa jurídica española de esos tiempos, y es así que en 1974, con la entrada en vigencia del reformado código Civil, se incluye el **Art. 12.2** *“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”*.

Sin embargo, a pesar de la regulación que se dio del Reenvío, esta ha sido constantemente criticada por diferentes autores, que piensan que en el contenido de éste se encuentran fuertes errores de redacción, pues se dice que es visible la contradicción que se plantea, ya que como se desprende del análisis, puesto que remite al derecho material, llamado a la participación del derecho extranjero, y a continuación explica que se tendrán en cuenta las normas de conflicto extranjeras si remiten al Derecho

español; y con respecto al segundo inciso, se dice que se puede admitir el llamado a la norma extraterritorial, solamente cuando ésta retorne el problema al derecho español.

Es lógico observar la redacción ultra nacionalista y con un concepto errado de Soberanía que lo único que refleja es una falta de apertura por parte de la legislación española a la aplicación del derecho extranjero.

*“En su favor se hizo valer, por un lado la certeza que generaba este planteamiento (al evitar al juez entrar en el conocimiento de leyes extranjeras), así como la ventaja de impedir infinitas remisiones.*

*De una disposición de esta naturaleza sólo podía derivarse una jurisprudencia tan escasa como vacilante y contradictoria”<sup>31</sup>.*

Lo que se desprende de este artículo es que si se llegan a ciertas soluciones respecto al reenvío, puesto que se admite el de primer grado, ya que se acepta la remisión de normas en conflicto extraterritoriales a favor de la legislación de España.

Así si ocurre un reenvío de retorno, las normas “extranjeras”, que se van aplicar, se las hará según las normas y reglas de interpretación utilizadas en el país de su expedición. En cambio, si sucede un reenvío de segundo grado o **Weiterverweisung**, y la norma de conflicto extraterritorial, remite la solución a un tercer país, esta no cabría, sino que tendrá que ser resuelta por el derecho español. Y por último, “*si la norma de conflicto extranjero es contraria al orden público internacional español, por ejemplo, por emplear puntos de conexión discriminatorios por razón de sexo, dicha norma no podrá ser tomada en cuenta, y deberá aplicarse la Ley material extranjera designada por la norma de conflicto española*”<sup>32</sup>.

Vemos que es importante el aspecto de libre decisión que la norma otorga al juez que se pronunciará sobre un caso de Reenvío, puesto que le dice que deberá “tener en cuenta” la remisión que dichas normas de conflicto extranjeras hagan a la Ley española, pero en ningún lugar dice que el reenvío será obligatorio, sino que podrá y tendrá que ser

---

<sup>31</sup> ABARCA, A (directora) y otros, Derecho Internacional Privado. Vol.1, Universidad Nacional de Educación a Distancia – Madrid – España, 2004.

<sup>32</sup> CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Derecho Internacional Privado. Vol.I y II, 6ª edición, Comares, Granada- España, 2005.

aplicado cuando conduzca a soluciones justas y racionales. Como se pronuncian los maestros Calvo y Carrascosa, que se cumplan ciertas condiciones, entre ellas las más importantes:

1.- Condición Básica del Reenvío.- que no produzca una vulneración de los principios de la norma española.

2.- En el tema de la sucesión, no se deberá aplicar si éste atenta al “fraccionamiento legal de la sucesión”, si se llegaría a producir tendría que rechazarse. De esta manera el máximo tribunal español, ha rechazado el reenvío en estos casos, como el de la sentencia de 15 de noviembre de 1996, que a continuación se transcribe la parte resolutive:

*“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 legitimarios 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”<sup>33</sup>.*

Luego de las reformas que se dieron en 1974 al Código civil, las jurisprudencia española ha realizado profundos cambios, entre los que se deben destacar la sentencia

---

<sup>33</sup> Sentencia Tribunal Supremo núm. 887/1996 (Sala de lo Civil), de 15 noviembre, Jurisdicción Civil, Recurso de Casación N° 3524 1992, RJ 1996 8212. (Ver en Anexos, Sentencia Completa).

de 11 de julio de 1995 de Badajoz<sup>34</sup>, en la que se “confiesa la complejidad y la dificultad de estas cuestiones de naturaleza de Derecho internacional privado”; lo que se hizo fue simplemente “*acoger la excepción procesal alegada y sin entrar en el fondo del asunto absolver en la instancia a la demandada, lo que implica que al ser esta resolución desestimatoria de la pretensión*”. No llegado de esta manera no llegó a pronunciarse respecto a la cuestión polémica de la admisión o no del reenvío, sino que aceptó una excepción de litis consorcio.

Respecto a las decisiones que se han dado respecto a la sucesión por causa de muerte, y a su factor de conexión de la nacionalidad del causante, que se recoge en el Art. 9.8 del Código Civil, se observa que en la aplicación de las sentencias se acepta el reenvío de retorno, pues se da una aplicación del principio de la universalidad en la transmisión de bienes (quedando la sujeción a una sola ley – la de la nacionalidad del causante). Sin embargo no todas las legislaciones mantienen los mismos factores de conexión, y es ahí donde el conflicto se agrava.

Lo que si se ha plasmado visiblemente es el carácter del Tribunal Supremo respecto a este tema, en el que se centra totalmente en la proyección de los valores materiales; y por ejemplo en el caso del derecho anglosajón, con quienes se presenta en mayor cantidad los problemas respecto a los factores de conexión, los jueces consideran “*la libertad de testar como valor imperante en el sistema norteamericano de referencia; por otro a al rechazar el reenvío a partir de la idea de universalidad de la transmisión, este valor material vigente en nuestro ordenamiento (bien que discutible, como indicara J.L. IRIARTE) sirve para rechazar el reenvío. Los valores del derecho material son pues determinantes de la solución*”<sup>35</sup>.

Por último creo que es importante referirnos como conclusión de este análisis a unas cuantas ideas claras respecto a la admisión del reenvío de primer grado admitido por el art. 12.2 Código civil español, puesto que particularmente en el tema de la sucesión por causa de muerte, hay que tener en cuenta que no es aplicable para todos los casos. Siendo de esta

---

<sup>34</sup> (Ver en Anexos, Sentencia completa).

<sup>35</sup> ABARCA, A (directora) y otros, Derecho Internacional Privado. Vol.1, Universidad Nacional de Educación a Distancia – Madrid – España, 2004.

manera, el reenvío de primer grado respecto al aspecto sucesorio, no es considerado de aplicación forzoso, sino que serán quienes imparten justicias, los llamados a pronunciarse teniendo en cuenta, determinados aspectos: el primero sería que la aplicación de éste, no podrá violar en ningún caso la esencia misma de la norma de conflicto, es decir la “ratio”; es así que solamente gracias a la jurisprudencia pronunciada en España a desde 1996 hasta 2002, se ha demostrado como actúan los jueces en estos casos.

Además hay que tener en cuenta que cada sentencia y en cada aplicación irá envuelta la importante carga que tiene la armonía internacional de las soluciones; puesto que el criterio que tiene el Tribunal Supremo español es muy particular, puesto que considera que la admisión del reenvío es válida, si en el caso específico de su aplicación, la ley extranjera otorga un resultado similar como si se hubiese aplicado la ley de España; de esta manera vemos como se limita de gran manera la aceptación del reenvío como tal, pues encuentra muchas trabas en su proceso.

Es necesario advertir que a través del nuevo concepto que utiliza el máximo Tribunal español, acerca de la “armonía internacional de soluciones”, se observa unos márgenes demasiado estrechos de superar para la aplicación del reenvío, aunque no quiméricos, y por esa razón que aún se debe pensar en su aplicación como un instrumento válido para la armonización y racionalización de los ordenamientos jurídicos mundiales.

## 6. CRITERIOS DE ACEPTACIÓN Y CRÍTICAS DEL REENVÍO

Desde ya el siglo XVIII, cuando los estatutarios realizaban sus complejos análisis, ya se dieron argumentos a favor y en contra del reenvío, puesto que como habíamos ya estudiado, no todas las doctrinas, ni tampoco los autores coinciden, puesto que para muchos se considera a la legislación extranjera como un todo indivisible, pero que genera demasiados conflictos, es así se puede presentar el conocido caso de la “raqueta de tenis”, en la cual se llega a un punto de imposible solución, donde ninguna de las legislaciones que tienen que ver con el problema jurídico quieren hacerse cargo de la solución de la situación, declarándose competentes.

Ya el maestro *Niboyet*, sostenía que era verdaderamente inadmisibles la aplicación del derecho extranjero, puesto que el reenvío se trataría más de un sistema y no de un medio, y se lo utilizaría para escapara de esta manera de obligaciones de tipo internacional; mientras que para *Pillet*, decía “cien años se estaría razonando en esta forma (se refiere a la remisión a la ley extranjera) sin llegar a la solución, y sin embargo, si se quiere ser lógico, una vez dado el primer paso es imposible detenerse puesto que las mismas razones que autorizan un primer reenvío, exigen en seguido un segundo y empujan al razonador a una pendiente que es imposible resolverse”.

Para *Savigny* en cambio, su teoría se centra en que el problema del reenvío se presentaba porque se olvidaba que las normas de conflicto de cada país tienen el carácter de reglas esencialmente nacionales; pero asimismo se sostenía que no se debe convertirse en una aplicación aún más rigurosa que la misma norma extraterritorial, de esta manera se pensaba que si la norma extranjera era competente para aplicarla, pero no se la debía aplicar si ella mismo se oponía, es decir en el caso de los ingleses domiciliados en Francia, si la ley inglesa no quería aplicar su ordenamiento, por qué razón obstinarse por su aplicación.

Aún algunos llegaron a explicar el fundamento de la aplicación del reenvío en la misma cortesía, cuestión que va en contra de los válidos argumentos jurídicos que se han manifestado, inclusive la jurisprudencia francesa siempre estuvo en contra de esta teoría, simplemente Inglaterra mantenía doctrinariamente esta teoría.

Mientras que quienes defienden la aplicación del reenvío, creen que este ayuda significativamente a que las sentencias dictadas tengan una fuerte eficacia internacional, dando de esta manera cierta uniformidad de la solución de conflictos.

Pero como veíamos *Pillet*, rechaza absolutamente el reenvío considerándolo como “*la negación de la base misma del Derecho internacional privado; su admisión, es contraria al fundamento de la soberanía y al principio de independencia de los Estados*”. Criterio que no lo compartimos, puesto que el concepto de soberanía de los Estados en los últimos tiempos ha cambiado considerablemente, pues los elementos que esta protege en la actualidad distan mucho de las consideraciones que se usaban en los tiempos en los que este maestro expresó dicha frase.

Y concluía que las únicas argumentaciones que podrían ser válidas para que se dé el reenvío era que se base en: permitir a los jueces aplicar su ley, siendo lo más cómodos (ley del mínimo esfuerzo), y la otra sería el reconocimiento de la cortesía internacional (carente de fundamento).

Doctrinarios que se han mantenido favorables a la aplicación del reenvío, incluso han buscado fórmulas de solución en otras legislaciones “el principio de mayor proximidad, Art. 28 de la ley de introducción al código civil alemán, aplicar este precepto para la resolución de un conflicto positivo entre reglas conflictuales a favor de la de un país distinto de aquel del que pertenece el juez” (paralelismo con el reenvío).

En muchas ocasiones el reenvío ha producido fenómenos en los cuales quienes son los mayores perjudicados son los propios litigantes, puesto que no se han visto satisfechas sus pretensiones procesales, como son muchos casos de jurisprudencia en los que se evita la resolución de aceptar o no el reenvío, y más bien el juez aplica cualquier otro impedimento de tipo procesal para no tener que emitir una opinión jurídica en sentencia.

Partiendo del hecho que el reenvío nace de la competencia negativo de los estados que se encuentran inmersos en el conflicto, los autores alemanes Ennerccerus, Kipp y Wolff, tienen la teoría a la que se le conoce como “las lagunas en la ley”, estos son los problemas que pueden llegar a presentarse por problemas en casos de falta de regulación, y que se ven en 4 casos:

1.- Leyes flexibles, las cuales dejan en libertad al juez, las que le otorgan solamente una guía de cómo deberá actuar, y más bien le lleva a que sea éste quien se acomode a cada circunstancia para la aplicación de la legislación, enrumado en busca de una sentencia justa.

2.- La ley no dice nada y prefiere no pronunciarse, como sabemos, las normas no resuelven directamente cada caso específico, puesto que sería imposible poder tipificar todos los casos que se podrían llegar a presentar.

3.- *Interpretatio abrogans*, el derecho en su labor de estudio y avance, conjuntamente con la jurisprudencia, no siempre llenan todas las ausencias de regulación o “lagunas”, y es por ello que lo que sucede es que en ciertos casos se presenta cierta desviación de la ley, puesto que de manera artificial se crea una laguna, que debe ser resuelta; de esta manera se debe realizar por parte del administrador de justicia una “*desviación*” de la fórmula normal de la ley, y decidir como si fuera un legislador. Explicamos esto, puesto que no siempre el encargado de la creación de normas va a poder positivizar todas las disposiciones para solucionar todos los conflictos, es por ello que partiendo de la esencia de la ley, de la idea para la que fue creada, a realizar de acuerdo a las actuales necesidades a interpretarla, siempre en pro del interés de la colectividad.

4.- Y en el último caso, se da la situación en que es parte principal de nuestro tema en estudio, problemas de la sucesión por causa de muerte, la contradicción entre dos preceptos legales de igual jerarquía (Ecuador con el factor de conexión del último domicilio, y España con la última nacionalidad del causante), puesto que no podríamos decir que la ley de Ecuador y la de España es más importante, o tiene superioridad la una de la otra, es aquí donde según está teoría de los maestros alemanes, se produce un vacío de ley.

De esta manera será el juez que conoce del problema, quien tendrá que buscar una solución adecuada, y en la que se respete los aspectos jurídicos de ambos estados. Así, lo que se quiere aplicar son los principios generales del derecho, entendiéndolos como las diferentes posibilidades jurídicas que pueden presentarse para facilitar la solución

del problema, puesto que no se puede admitir la situación en la que un problema jurídico quede sin solución.

Por lo tanto, serán los miembros del Tribunal quienes apliquen la norma que ellos consideren que es la más conveniente y racional para la solución del problema, y que además ésta trate de ser lo más extenso para que en lo posterior pueda resolver casos similares que se lleguen a presentar.

Dentro de la calificación, se tendrá que aplicar la ley más próxima a la solución del problema que se encuentra controvertido; y de esta manera se aplicará la *lex fori* (es la ley del tribunal) y en el caso de nuestro análisis, una solución podría ser : “el juez podría resolver que la ley competente sea la ley de la situación de los bienes”, de esta manera se estarían abriendo las puertas de solución al problema.

Como sugiere en su obra de Derecho Internacional Privado, el maestro Hernán Coello : *“Se sugiere, la aplicación práctica de la doctrina desarrollada por Savigny, cuando quería que a cada relación de derecho se le aplique la ley que razonablemente corresponda a su naturaleza jurídica”*. Y luego de que se de esto, el juez puede optar, ya sea por aplicar la norma jurídica más próxima que resuelva el conflicto o, también, podría de acuerdo a la forma externa de los actos, optar por esta solución en el caso que se hubiese otorgado testamento.

## CONCLUSIONES

Durante el estudio del tema del “reenvío”, se ha podido apreciar que el tema ha sido poco estudiado en la doctrina ecuatoriana, mientras que tanto la doctrina española como la jurisprudencia se han pronunciado respecto al problema. De esta manera se ha podido acceder a diferentes fuentes tales como sentencias pronunciadas por el máximo tribunal español, así como los válidos criterios emitidos por importantes doctrinarios.

Así, se puede expresar que las legislaciones de los dos países no otorgan una solución adecuada al problema, puesto que del análisis que se ha tenido no todos coinciden con la aplicación del Reenvío, pues se nota que existe un concepto mal utilizado de soberanía, y de esta manera se cree que la aplicación de la norma extranjera, afectaría la independencia del estado, sin embargo creemos que en estos casos quien decidirá sobre la aplicación o no de la legislación foránea, será el juez, puesto es éste quien conoce específicamente sobre el problema, y siempre velará por la correcta aplicación de los principios universales del derecho; siendo de esta manera que, nunca llegaría a decidir sobre una situación que se vaya en contra de los intereses de las partes en conflicto.

Es necesario destacar que el tema se vuelve aún más complejo por la existencia en el derecho español del “derecho foral”, de esta manera cada comunidad autónoma se pronunciará de distinta manera respecto al problema, según sea o no conveniente para su orden público interno.

Las fórmulas de solución que se han vertido en la presente investigación, pasan a formar parte de la doctrina que se ha expresado respecto a este problema de Derecho Internacional Privado, y de igual manera es necesario expresar que conforme evolucione la sociedad, de la misma manera deberá ir avanzando el derecho, puesto que las normas jurídicas deben ser dictadas, como respuesta a las necesidades de la población, para que de esta forma se otorgue una solución.

Es recomendable que instrumentos jurídicos internacionales sean elaborados para que los conflictos jurídicos de esta clase entre los estados se puedan evitar, son necesarias las convenciones estatales, que creen tratados de aplicación interestatal, pues gracias a la positivización, los problemas serán evitados. Pero para esto, aún se debe dar grandes

cambios por parte de las autoridades políticas de los países, quienes aún piensan que el adherirse a tratados internacionales, afectan a la soberanía del estado.

Ya en Latinoamérica se han intentado realizar reuniones de este tipo que busquen la codificación de este tipo de normas de derecho internacional privado, aún no se han tenido éxitos respecto de las mismas, pero es necesario insistir en que temas como el reenvío se incluyan en las leyes del país, puesto que resulta muy fácil realizar críticas sobre la falta de regulación de estos temas, pero desde este tipo de investigaciones se pide que los verdaderos problemas jurídicos, como el que ha sido analizado en este trabajo, y que constituye en la actualidad un serio problema que aqueja a un grupo vulnerable, como el de los migrantes, sea resuelto a través de acuerdos entre los dos estados, o con la aplicación de principios jurídicos lógicos que lleguen a solucionar de una manera ágil esta serie de situaciones que se presentan con respecto a la sucesión por causa de muerte de los ecuatorianos en España.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

ABARCA, A (directora) y otros, Derecho Internacional Privado. Vol.1, Universidad Nacional de Educación a Distancia – Madrid – España, 2004.

ALBONICO, F, Manual de Derecho Internacional Privado, Editorial Jurídica de Chile. 1950.

ALFONSIN, Q, Régimen Internacional del Matrimonio. Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas de la Universidad de Montevideo, Uruguay, 1950.

ARELLANO, C, Derecho Internacional Privado. Editorial Porrúa S.A. México, 1980.

BOSSANO, G, Manual de Derecho Sucesorio, Primera Parte, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Pág. 59-60, Quito Ecuador, 1974.

CAICEDO, J, Derecho Internacional Privado. Editorial Temis, Bogota, 1963.

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Derecho Internacional Privado. Vol.I y II, 6ª edición, Comares, Granada- España, 2005.

COELLO, H; Derecho Internacional Privado, Universidad del Azuay – Fundación Chico Peñaherrera, 2004.

Colectivo Ioé, Cartillas sobre Migración N° 1, Plan Migración, Comunicación y Desarrollo, Pág. 7, Mayo del 2002.

ESTEVA – FANBREGAT, C, ENFOQUES PARA UNA ANTROPOLOGÍA DE LA MIGRACIÓN, Universidad de Barcelona - España, agosto de 2000.

FERNANDEZ, K. Curso de Derecho Internacional Privado. Editorial Civitas, segunda edición, 1997.

GUERRA, D, Derecho Internacional Privado, Caracas, 1990.

GUZMÁN y MILÁN, Curso de Derecho Internacional Privado. Editorial Jurídica de Chile, 1979.

HERRÁN, A, Compendio de Derecho Internacional Privado. Editorial Temis. Bogotá. 1959.

KEGEL, G, Derecho Internacional Privado. Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1982.

KRYLOV, The Sovereign State, International Law, 1947, pp.112, traducción Whiteman, Digest.

LARREA OLGUIN, J, Derecho Civil del Ecuador, Tomo X, La Sucesión por Causa de Muerte, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 1998.

LARREA OLGUIN, J, Manual de Derecho Internacional Privado, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 1998.

LASCANO, C, Derecho Internacional Privado. Editora Platense, Buenos Aires, 1965.

LECOMPTE, A, Derecho Internacional Privado. Editorial Temis. Bogotá, 1979.

MARMORA, L, Las políticas de migración internacionales, Cáp. 4, Pág. 113, Madrid España, 2001.

MONROY, M, Tratado de Derecho Internacional Privado. Editorial Temis, Bogotá. 1973.

MORALES,J; Texto Derecho Civil Sucesiones, Apuntes de Clase, Universidad del Azuay, Cuenca Ecuador, 2001.

NATES, B; Memorias Primer Seminario Internacional Sobre Territorio y Cultura Manizales Colombia; Ediciones Abya-Yala, Quito Ecuador, 1999.

NAVARRETE, J, El Reenvío en el Derecho Internacional Privado. Editorial Jurídica de Chile, 1969.

NIBOYET, J.P, Principios de Derecho Internacional Privado. Editora Nacional, México. 1969.

NUSSBAM, A, Principios de Derecho Internacional Privado. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947.

OSORIO y FLORIT, M, Enciclopedia Jurídica Ameba, DRISKILL.S.A. Buenos Aires, Argentina, 1984.

PARRA, G, Monografías Selectas de Derecho Internacional Privado, Caracas. 1984.

Revista ECUADOR DEBATE, Tema central, ¿La Nueva Tierra Prometida? El Éxodo Masivo a España, Pág. 75. Quito- Ecuador.

ROMERO DEL PRADO, V, Manual de Derecho Internacional Privado. Editorial La Ley, Buenos Aires. 1944.

SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, A, Derecho Internacional Privado. Editorial Caraza y Cía., La Habana. 1944.

SIMÓ, V, Derecho Sucesorio Comparado. Editoriales Tecnos, Madrid. 1957.

SOMARRIVA, M, Derecho Sucesorio, Versión de Rene Abeliuk, Editorial Nacimiento S.A. 1983. Santiago Chile.

SORENSEN, M, Manual of Public International Law, Fondo de Cultura Económica, México, D.F. Pág. 461. Octava Reimpresión, 2002.

VICO, C, Curso de Derecho Internacional Privado, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires. 1938.

## **Normativa .**

Ecuador, Codificación del Código Civil, Suplemento - Registro Oficial N° 46, 24 de Junio de 2005.

Ecuador, Codificación del Código de Procedimiento, Suplemento - Registro Oficial N° 58, 12 de Julio de 2005.

Ecuador, Constitución Política de la República, Registro Oficial N°. 1; 11 de agosto de 1998.

España, Código Civil, Real Orden, Aprobado por el Senado el 29 de julio de 1889.

España, Constitución Política, Aprobada en sesión conjunta por el Congreso y el Senado el 27 de diciembre de 1978.

## **ANEXOS**

AC 1996\2441

**Sentencia Audiencia Provincial Málaga** núm. 731/1996 (Sección 6ª), de 18 diciembre.

Jurisdicción Civil

Rollo de **Apelación** núm. 872/1995

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Diversas y complejas son las cuestiones que se plantean en el presente recurso de apelación, hasta el punto de que el orden expositivo normal debe ser alterado, de manera que la resolución de las excepciones dilatorias alegadas, en concreto las de falta de litisconsorcio pasivo necesario y falta de legitimación activa, no pueden resolverse con carácter previo a la cuestión de fondo, ya que no se puede proceder a aquéllas sin haber resuelto previamente la cuestión de la legislación aplicable al caso, pues sólo se podrá decidir si hay tal falta de legitimación o de litisconsorcio en el caso de que sea la española la legislación aplicable a la sucesión hereditaria y a los derechos de los parientes legitimarios.

**SEGUNDO.-** En relación al problema de Derecho Internacional Privado planteada en la presente litis, por el hecho de hallarnos ante la sucesión «mortis causa» de un súbdito de nacionalidad inglesa, fallecido en España y propietario de diversos bienes inmuebles radicados en nuestro país, la demandada aduce en su apelación que el Derecho aplicable al fondo sería el derecho sucesorio inglés, entendiéndose que nuestro artículo 9.8 del Código Civil remite a la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, ley que aquí no es otra que la inglesa, por lo que, en principio, ésta sería la normativa aplicable en cuanto al fondo del asunto. **Sin embargo, no puede olvidarse que nuestro Código Civil permite, en su artículo 12.2 el llamado reenvío a la ley material española, cuando así lo establezca el propio derecho al que se remite,** y ha sido acreditado por la demandante, mediante dictamen emitido por dos Notarios londinenses, que el Derecho Inglés acude a la ley material donde se hallen los bienes inmuebles para resolver las disputas sobre los mismos, no sólo con carácter general, sino también en materia sucesoria, ante lo cual, y dado que en esta litis los bienes sobre los que recae el testamento otorgado por el fallecido señor W. son de naturaleza inmobiliaria, habrá que

aceptar el reenvío hecho a la legislación sucesoria española, sin que pueda atribuirse ningún valor probatorio en contra el informe aportado por la demandada y emitido por el Vicecónsul británico en Madrid, por no ser suficientemente específico en cuanto al supuesto que aquí se plantea, ya que afirma sin más que en Derecho Inglés existe libertad de testar, pero no se aporta la solución del Derecho Inglés cuando el testador es de nacionalidad inglesa pero testa en otro país, dejando bienes y además falleciendo en ese país, ante lo cual debe prevalecer el dictamen de los notarios londinenses, aplicándose el Derecho español a esta sucesión. Siendo además de una gran relevancia a estos efectos el hecho de que la demandada no haya podido acreditar la existencia de otros bienes inmuebles o de naturaleza mobiliaria fuera o incluso dentro de España, lo que podría haber acarreado una fractura del concepto unitario de herencia, pero ni se ha demostrado en momento alguno la existencia de joyas u otros bienes muebles del fallecido señor W. -sin que las ropas y efectos personales puedan tener la consideración de componentes hereditarios-, ni se ha aportado prueba cierta alguna de la tenencia por el causante en el momento de su fallecimiento de bienes inmuebles sitios en Bélgica o en Panamá, como alega la demandada en su escrito de contestación, por todo lo cual debe concluirse que los únicos bienes objeto de la sucesión son los inmuebles habidos en España, y que por tanto es el Derecho Español, y no el Inglés, el aplicable a la sucesión «mortis causa» de los mismos, respecto de los cuales fue designaba la demandada señora M. C. como sucesora «mortis causa» de los mismos por el testamento otorgado el 5 de septiembre de 1977, que debe considerarse válido y vigente entre las partes al no haber sido impugnado por la actora.

**TERCERO.-** Una vez resuelta la cuestión del derecho aplicable, procede entrar en las excepciones procesales alegadas de contrario por la parte demandada, siendo a la vista de lo anterior improcedente la excepción de falta de legitimación activa, por cuanto la actora ha acreditado que la menor Sophia W., en cuya representación interpuso la demanda, es efectivamente hija del causante, y que además, al ser aplicable la legislación española a la totalidad de la herencia del señor W., debe reconocérsele tal legitimación activa por ser hija del causante y tener en consecuencia la consideración de legitimaria, pudiendo por tanto entablar cuantas acciones permite a tales sujetos nuestro Ordenamiento jurídico, habiendo quedado manifiestamente claro que la actora interpone la demanda como heredera legitimaria, cuyo reconocimiento como tal pretende con la referida demanda, debiendo esta Sala confirmar la sentencia de instancia en este punto,

en cuanto que procede declarar a la menor Sophia W. como legitimaria en la sucesión de su difunto padre François Marie J. W.

**CUARTO.-** Más problemática resulta la procedencia o improcedencia de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, ya que de nuevo resulta cuestión previa que ha de resolverse la de la naturaleza del llamamiento hereditario realizado en favor del cónyuge del causante, señora M. C., en el testamento de 5 de septiembre de 1977, así como la clase de preterición sufrida por la menor Sophia W. respecto de la herencia de su difunto padre.

**QUINTO.-** En relación a la preterición, parece difícilmente cuestionable que la menor en cuya representación se interpuso la demanda, al no haber nacido en el momento de otorgamiento del citado testamento y no haberse efectuado una rectificación posterior del mismo para su inclusión, ha sido objeto de una preterición no intencional por parte del testador señor W., debiendo en consecuencia aplicarse el párrafo segundo del artículo 814 del Código Civil, y, aunque la referida menor no ha sido la única preterida, por cuanto los dos hijos matrimoniales del causante también fueron preteridos pues en el testamento que finalmente resultó aplicable a la sucesión simplemente se les designaba como sustitutos vulgares de su madre sin atribución concreta de bienes, esta Sala, en uso del principio dispositivo propio de los procesos civiles y al no intervenir en el proceso los otros hijos del causante, no puede entrar en la aplicación del número 1.º del citado artículo 814.2 y entender que han de anularse todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, por haber sido preteridos en el testamento, de una u otra forma, todos los descendientes legitimarios del causante, sino que debe aplicar el número 2.º del citado párrafo, que obliga en caso de preterición no intencional de un descendiente a anular la institución de heredero en primer lugar, y a continuación, si es necesario, las mandas y mejoras ordenadas por el testador.

**SEXTO.-** La aplicación al presente caso del artículo 814.2, número 2.º, del Código Civil, obliga de nuevo a examinar la calificación que a esta Sala le merece el llamamiento hecho en el testamento de 5 de mayo de 1977 en favor del cónyuge del testador, y a este respecto debe considerarse, siguiendo las tesis objetivas u objetivistas en la interpretación de las cláusulas testamentarias, que aun cuando la demandada señora M. C. fue llamada en concepto de «legado», término que se repite dos veces en el testamento, no puede olvidarse que el objeto de ese presunto «legado» ha pasado

finalmente, por los avatares sufridos por el patrimonio del causante, a estar integrado por la totalidad de los bienes hereditarios, ante lo cual no cabe sino calificar como auténtica heredera universal de los bienes al cónyuge del causante señora M., pues de conformidad con el artículo 660 del Código Civil, heredero es el que realmente sucede a título universal aun cuando el testador utilice la expresión «legado» y sea ésa su auténtica voluntad, pero puesto que las circunstancias han ocasionado que los bienes dejados por aquél a su muerte coincidan totalmente con los que fueron objeto de tal legado, no hay otra alternativa que calificar como «heredera universal» al cónyuge del testador, siendo, pues, de aplicación al caso el último inciso del referido número 2.º del artículo 814.2 CC, el cual ordena que «no obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas».

**SEPTIMO.-** Resuelta la cuestión de la naturaleza del llamamiento hereditario hecho en favor del cónyuge del señor W. en el sentido de entender que lo es en concepto de auténtico heredero, corresponde examinar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario opuesta por el Letrado de la demandada señora M., al considerarse inadecuadamente planteada señora M., al considerarse inadecuadamente planteada la demanda, ya que debía haberse dirigido no sólo contra aquélla sino además contra los dos hijos matrimoniales del causante, al ser también herederos con derecho de legítima y verse afectados por el contenido de la sentencia que se dicte; sin embargo, tal excepción no puede prosperar ante esta Sala, habida cuenta de que, por un lado, no existe indefensión de los restantes legitimarios por el hecho de no haberseles demandado, ya que siempre tienen a su alcance la posibilidad de reclamar su parte de los bienes relictos entablado demanda contra su madre como heredera universal testamentaria y atributaria de todos los bienes de la herencia; y, por otro, que la aplicación del antes citado párrafo último del artículo 814.2.2.º del Código Civil implica que la acción de reclamación de legítima por preterición no intencional, cuando se ha instituido al cónyuge como heredero universal, produce como única consecuencia o efecto la reducción de la institución de heredero en lo que lesione la legítima del reclamante descendiente, con la simple disminución del valor patrimonial que se le había asignado por testamento, pero sin que ello afecte a otros posibles sujetos interesados como son otros posibles legitimarios que en el futuro pudieran reclamar su parte en el caudal relicto, todo lo cual, en definitiva, supone que la relación jurídico-procesal esté adecuadamente constituida aunque sólo se reclame al cónyuge del

causante, sin perjuicio de la intervención de los referidos legitimarios a la hora de la asignación concreta de los bienes objeto de legítima, en aplicación de los artículos 841 y siguientes y de los preceptos generales sobre partición de la herencia, lo que no es objeto de la presente litis, por cuanto la actora en el número 2.º del Suplico de su demanda, únicamente pide que una declaración de que reduzca la institución de heredero en cuanto perjudique la legítima de la menor de edad, pero no se reclama una atribución concreta de bienes, para lo que sí sería necesaria la presencia y la llamada al proceso del resto de sujetos afectados.

**OCTAVO.-** No proceden finalmente las excepciones de falta de impugnación del título y de la inscripción o de falta de acción, al entenderse que ni están reguladas como excepciones dilatorias en el artículo 533 de la LECiv ni tienen relevancia alguna en cuanto al fondo del asunto.

**NOVENO.-** Vistas las anteriores consideraciones, procede estimar el recurso de apelación planteado por la actora en cuanto al punto segundo del Suplico de su demanda, debiendo declararse haber lugar a la reducción de la institución de heredero en que ha sido instituida la demandada señora M. C. en lo que perjudique a la legítima de la menor Sophia W.; pero sin que sea procedente en modo alguno la última petición del Suplico, relativa a la declaración como anulables de los posibles actos de disposición que haya realizado doña Victoria M. C., al no haberse acreditado en autos la realización por ésta de acto dispositivo alguno de los bienes hereditarios, y mucho menos que se haya producido perjuicio a la demandante.

**DECIMO.-** Estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandante, y desestimado íntegramente el planteado por la demandada, procede no hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de la apelación de la actora, e imponer a la demandada las costas causadas por su adhesión a la apelación.

**Sentencia Tribunal Supremo** núm. 887/1996 (Sala de lo Civil), de 15 noviembre

Jurisdicción Civil

Recurso de **Casación** núm. 3524/1992.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Audiencia en el primero de los fundamentos recoge esquemáticamente los hechos acreditados por la prueba y que conviene reproducir para el adecuado estudio del recurso:

A) Vicisitudes familiares del señor L.: 1.º) Don Jean Arthur L. era en vida ciudadano del Estado de Maryland, de los Estados Unidos de América, y residía en Málaga en una finca de su propiedad llamada «El Coronel»; estuvo casado con doña Dorothy N., de la cual se divorció en 5 de julio de 1959; 2.º) Parece ser que convivió con una española, doña Pilar S. de los H., de la que tuvo dos hijos: Jean Arthur Jr., nacido en 4 de julio de 1956, y Loretta, nacida en 10 de julio de 1959; 3.º) En 21 de agosto de este último año, una vez obtenido el divorcio, el señor L. contrajo nuevo matrimonio civil en Gibraltar con dicha doña Pilar S., madre de sus hijos; 4.º) Tiempo después, el señor L. interpone demanda de nulidad de su matrimonio con doña Pilar, pleito que es definitivamente resuelto por el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 julio 1965 (RJ 1965\3698), que confirma la declaración de nulidad del matrimonio, si bien conservando la esposa y los hijos todos sus derechos; 5.º) El señor L. contrae nuevo matrimonio con una súbdita sueca llamada Ana Margaretha W. L., que tiene ya un hijo de otro matrimonio anterior; fallece ésta sin darle nueva descendencia y el día 19 de junio de 1967 fallece en Londres el señor L.

B) Testamentos otorgados por el señor L.: 1.º) En 5 de agosto de 1970, el señor L. otorga un testamento abierto ante el Notario de Málaga señor A. P., en el que instituye heredera universal a su esposa doña Anne Margaretha W. L. y revoca expresamente cualquier testamento anterior; 2.º) En 20 de octubre de 1975, ante el mismo Notario, otorga otro testamento, del que no consta copia en las actuaciones, sino sólo la referencia del Registro Central de Ultimas Voluntades; mas, según la parte demandada, en dicho testamento, el señor L. instituye heredero de los bienes sitos en España al hijo de su difunta esposa, y en todo lo demás, a su hermano Albert G. L., 3.º) En 4 de diciembre de 1975, otorga otro testamento en Baltimore (Maryland), en el que excluye expresamente de la herencia a sus hijos Jean Arthur y Loretta, mantiene como heredero de los bienes en España al hijo de su última esposa e instituye en todo lo demás a su referido hermano; 4.º) En 3 de marzo de 1976, el señor L. otorga un último testamento ante el Notario de Málaga señor P. R. de A., en el que expone que tiene dos hijos, pero no los excluye expresamente de la herencia, instituye heredero en todos sus bienes a su hermano Albert y en caso de premoriencia a los hijos de éste, y revoca expresamente cualquier testamento anterior.

C) Actuaciones procesales posteriores a la muerte del señor L. 1.º) Muerto el señor L., su antigua esposa doña Pilar S. de los H. acude a un Tribunal de Baltimore en solicitud de que se le reconozcan sus derechos a la herencia como cónyuge supérstite, y el Tribunal de Apelaciones del Estado de Maryland resuelve en definitiva negando a la señora S. los derechos invocados, por estimar que el matrimonio había sido declarado nulo y la esposa había comparecido voluntariamente en el pleito de nulidad; 2.º) Doña Pilar y sus dos hijos promueven otro litigio en Baltimore para que se declare la nulidad del testamento otorgado en España en el año 1976 que revoca al anterior, pero el Tribunal testamentario americano entiende que son válidos y complementarios ambos testamentos; 3.º) Fallecido el heredero instituido don Albert L., sus hijos, los hoy demandados, manifiestan la herencia ante el Notario de Madrid don Aristónico G., y tras inscribir a su nombre en el Registro de la Propiedad la finca «El Coronel», promueven un procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946\342, 886 y NDL 18732) contra sus primos Jean Arthur y Loretta, que ocupan la finca; éstos interponen entonces una querrela criminal contra aquéllos y contra otras personas, acusándolas de un supuesto delito de estafa procesal, lo que da origen a unas diligencias ante el Juzgado de Instrucción número nueve de los de Málaga, que son sobreseídas por Auto de la Audiencia Provincial de 23 octubre 1985; 4.º) Y en 27 octubre de 1986, Jean Arthur y Loretta L. interponen la demanda que da origen a estos autos, en la que solicitan que se declare la nulidad del testamento otorgado por su padre en Málaga en el año 1976, por el que instituyó heredero a su hermano Albert y a sus descendientes, basándose en que, según la Ley del Estado de Maryland, la desheredación de los descendientes ha de ser expresa y nominal.

**SEGUNDO.-** La Audiencia para declarar la nulidad de la institución de heredero contenida en el testamento otorgado por don Jean Arthur L. el día 3 de marzo de 1976 «en cuanto dicha institución afecte a bienes inmuebles del testador que se hallen situados en España y perjudique a los derechos de los demandantes don Jean Arthur L. Jr. y doña Loretta L. S.», razona en síntesis; 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 deduce la Audiencia que el Código a partir de la reforma del título preliminar de 1974 (RCL 1974\1385 y NDL 18760), admite el reenvío de primer grado y por ello ha de regirse la sucesión de los bienes sitos en España según el derecho español. Para conocer el derecho material de Maryland y sus normas de conflicto acudió la Audiencia, en uso del artículo 12, último párrafo, a la información de la Embajada de los Estados Unidos.

Sentado lo anterior, y producido el óbito del causante en 1977, su sucesión la decide con el texto del Código Civil que en sucesión es el fijado por Ley 24 abril 1958 (RCL 1958\760 y NDL 5660).

Continúa la Audiencia, el análisis, interpretación y valoración de los testamentos, la mención de los hijos sin dejarles nada, tras invocar su libertad de testar como le corresponde por ser ciudadano americano, para llegar a la conclusión de que los hijos fueron desheredados sin expresión de causa y que ello produce, según el artículo 851

del Código Civil, la nulidad de la institución de heredero en cuanto perjudique a los demandantes, no la del testamento, y así lo declara tras razonar que no es incongruente lo concedido, pues es menos de lo pedido.

**TERCERO.-** Los demandantes, hoy recurridos están legitimados para demandar lo que les corresponda, según la ley de la sucesión, puesto que tienen la condición de hijos matrimoniales del causante al no afectarles la nulidad del matrimonio de los padres, declarada por sentencia de esta Sala en la que explícitamente les reconoce derechos civiles inherentes a la filiación por aplicación del artículo 69 del texto vigente a la sazón del Código Civil.

Los Tribunales españoles tienen jurisdicción, pues así lo establece el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375), al decir «1. Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorios español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. 2. Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas de Derecho Internacional Público» y el 22 al establecer que en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes ... «en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español, o (como sucede en este caso) posea bienes inmuebles en España».

**CUARTO.-** El motivo primero, al amparo del número tercero del artículo 1692, dice que la sentencia recurrida quebranta las normas que rigen los actos y garantías procesales y concretamente el artículo 340, al haberse ordenado la práctica de diligencia para mejor proveer suplantando la falta de diligencia de la parte recurrida, y habiéndose producido con ello indefensión a la parte recurrente.

Pone de manifiesto que la transgresión denunciada, cometida en la segunda instancia, no pudo ponerse de manifiesto, por lo que fue imposible la subsanación. A continuación razona que pedida la nulidad del testamento, con apoyo en la Ley del Estado de Maryland y en el artículo 9.8 del Código Civil, conforme a los cuales entendían que la desheredación de los hijos tenía que expresarse en el testamento, los demandados limitaron su defensa a demostrar la libertad de testar existente en las leyes de Maryland. Sin embargo la Audiencia solicita informe sobre el derecho sucesorio de aquel país, y con base en el mismo resuelve el litigio alterando la causa de pedir.

El motivo no puede ser estimado; mezcla dos cuestiones, la incongruencia de la sentencia y la infracción del artículo 340. La primera cuestión nada tiene que ver con la infracción del artículo 340 y ha sido objeto especialmente en otro motivo en el que se tratará.

La infracción del artículo 340 no se ha producido porque, como dice reiteradísima jurisprudencia, **la facultad concedida por el precepto al Tribunal de acordar para mejor proveer diligencias de prueba, como actos de instrucción realizados por el propio órgano jurisdiccional para lograr su convicción sobre la materia del proceso, es ajena al impulso procesal de parte y al principio dispositivo** (v. SSTS 20 julio 1993 [RJ 1993\6167], 19 octubre 1992 [RJ 1992\8084]). **Deben efectivamente, como pone de manifiesto el recurrente, utilizarse con moderación y nunca para suplir deficiencias de las partes,** pero en el caso de autos en donde se litiga sobre la

sucesión de un ciudadano de los Estados Unidos de Norteamérica, en el que ambas partes alegan la existencia de unas normas legales contradictorias, con documentos que no lograron llevar al Tribunal a la convicción de su contenido y vigencia, que son como todo el derecho extranjero, cuestiones de hecho (vid. S. 23 de octubre de 1992 [RJ 1992\8280]) sobre las cuales ha de formar criterio para cumplir con la indeclinable obligación de fallar (artículo 1.7 Código Civil), no es contrario a los principios que rigen el artículo 340, hacer uso de las facultades que confiere, máxime cuando el propio artículo 12.6 del Código Civil dice que «el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas».

Oportuna fue la providencia en la que con apoyo en el citado precepto, solicita de la Embajada de los Estados Unidos, y de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia Español, informe sobre las normas de derecho internacional privado o de conflicto aplicables en el Estado de Maryland en materia de sucesiones.

**QUINTO.-** El motivo segundo por el cauce del número tercero del artículo 1692, denuncia quebrantamiento de las formas esenciales del juicio reguladoras de la sentencia, contenidas en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber incurrido en incongruencia.

La incongruencia la razona diciendo que la demanda insta la nulidad del testamento porque ha desheredado a los hijos sin manifestar en el testamento su voluntad de desheredar y tal manifestación no la realizó, antes al contrario, lejos de proceder a la desheredación en el propio testamento los vuelve a reconocer.

Frente a estos hechos, causa de pedir, la defensa de los demandados se contrae a demostrar que dicha norma alegada no existe, pero la Audiencia decide con apoyo en que la ley rectora de la sucesión testamentaria era la Ley Española, en lugar de la Ley de Maryland por aplicación de la regla «lex loci rei sitae».

El motivo no se estima porque el litigio, aunque efectivamente versa sobre la nulidad del testamento por no contener las causas de desheredación exigidas por el derecho vigente en Maryland, y que corresponde al caso como Ley Nacional del causante (artículo 9 del Código Civil), realmente lo que plantea es quién debe heredar los bienes inmuebles sitos en España. Para ello ha de conocerse el derecho extranjero y su contenido, y aunque el derecho extranjero deben alegarlo y probarlo las partes que sostienen su existencia y vigencia, es lo cierto que en el caso de autos, tras tantas vicisitudes procesales ocurridas en los dos países, puede llegarse a la conclusión de que la carga de la prueba pesaba sobre ambos, dadas sus posturas antagónicas y alegaciones de normas y contranormas impeditivas del reconocimiento de los respectivos derechos patrimoniales. Y en todo caso, el uso del «iura novit curia» una vez logrado el convencimiento de la existencia de la norma, no ha causado indefensión, ni tampoco se puede entender que sea incongruente limitar lo concedido a la nulidad de la institución de heredero (en lugar de la nulidad de testamento), puesto que conceder menos de lo pedido no está vedado por el principio de congruencia.

Por estos mismos razonamientos, se rechaza también el motivo tercero en el que plantea la misma cuestión (incongruencia, indefensión, quebrantamiento del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero ahora con apoyo en la Constitución, cuyo artículo 24

(RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) invoca al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Efectivamente este último precepto autoriza a fundar los recursos en precepto constitucional infringido, pero no lo infringe el Tribunal que decide con respeto a las normas procesales, constitucionalmente correctas, y que como se ha dicho no han causado indefensión al ser aplicadas, que de haberse producido habrían dado lugar a la estimación de los anteriores motivos, sin necesidad de tomar en vano el nombre de la Constitución.

**SEXTO.-** El motivo cuarto, por el número cuarto del artículo 1692, denuncia infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver el pleito, concretamente el artículo 12, apartado 6, último inciso, del Código Civil y jurisprudencia de la Sala contenida en las Sentencias de 30 junio 1962 (RJ 1962\3322), 28 octubre 1968 (RJ 1968\4850), 4 octubre 1982 (RJ 1982\5537) y 7 septiembre 1990 (RJ 1990\6855).

Con arreglo a estas sentencias, razona, el derecho extranjero debe probarse «no sólo en su exacta entidad, sino también en el sentido y alcance de la interpretación asignados por los Tribunales de su país» (S. 30 junio 1962). La Sentencia de 28 octubre 1968, entiende que hubo prueba en el pleito que resolvió con certificación legalizada del Consulado de Cuba y aclaraciones de juristas cubanos. La Sentencia de 7 septiembre 1990, también recuerda que el derecho extranjero es cuestión de hecho que ha de alegarse y probarse, de suerte que su aplicación no suscite dudas. Criterio que reitera la Sentencia de 15 marzo 1984.

A continuación expone que no se trata de una cuestión de hecho, sino de la interpretación de una norma jurídica, cual es el artículo 12 del Código Civil, que fija los requisitos para invocar el derecho extranjero y que en el caso de autos ninguno de los documentos que ha utilizado la Audiencia para decidir, constituyen prueba de la existencia y vigencia del derecho norteamericano aplicado.

El motivo decae, porque efectivamente el derecho extranjero tiene el tratamiento de hecho, y la afirmación por el Tribunal de su contenido y vigencia es una convicción lograda según reglas de la sana crítica, en uso de su función de apreciar las pruebas y su criterio debe prevalecer, salvo que sea ilógico o absurdo, y no tiene tales taras la afirmación hecha por la Sala de Instancia, según la cual en Maryland existe una norma de conflictos según la cual la sucesión de sus ciudadanos se rige en materia de inmuebles por la «lex rei sitae». Todo sin perjuicio de que dicha norma haya sido o no correctamente aplicada al presente caso; lo que no es cuestión a decidir en el presente motivo.

Las sentencias citadas, todas con doctrina absolutamente respetada, deciden, en sus respectivos casos, sobre la existencia y vigencia del derecho aplicable, pero ello no es óbice para que en el presente, se haya determinado el derecho extranjero con las simples pruebas documentales de autos, tenidas como suficientes por la Audiencia.

**SEPTIMO.-** El motivo quinto al amparo del número cuarto del artículo 1692, sostiene que la Audiencia infringió la doctrina de los actos propios contenida, entre otras, en las Sentencias de 1967, 28 febrero 1974 (RJ 1974\741), 27 diciembre 1976 (RJ 1976\5049), 5 octubre 1984 (RJ 1984\4758) y 16 octubre 1987 (RJ 1987\7292).

El cuerpo del motivo razona: si los actores, siempre reconocieron la validez del testamento, que han defendido incluso ante los Tribunales de Maryland, calificándolo de perfecto, válido y eficaz, sostener ahora lo contrario no lo permiten las sentencias indicadas.

La doctrina de los actos propios contenida en las Sentencias citadas y en las más recientes de 18 enero 1990 (RJ 1990\34), 22 julio 1990 (RJ 1990\6125), 14 mayo 1991 (RJ 1991\3668), 12 abril 1993 (RJ 1993\2995), 26 mayo 1993 (RJ 1993\3981), 9 octubre 1993 (RJ 1993\8174), 10 junio 1994 (RJ 1994\5225), etc., proclaman que **los actos propios son aquellos en los que sus autores al realizarlos, tienden a crear, modificar o extinguir algún derecho y que el propio acto es revelador de la voluntad expresa del autor o de la voluntad tácita deducible de los actos inequívocos realizados.** Que los recurrentes cuya única voluntad inequívoca es la de obtener los que entienden ser sus derechos sucesorios, no se contradicen cuando una vez más los impetran aunque sea ahora por el cauce de la aplicación al testamento del derecho sucesorio español, que es lo mismo que trataron de buscar en Maryland, aunque allí por la vía de entender revocado el testamento anterior; el que aquí impugnan por ser en él desheredados sin expresión de causas.

Por estas razones el motivo perece.

**OCTAVO.-** 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 si 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 legitimarios, 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 legitimarios 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.**

No se hace expresa declaración sobre pago de costas.

**Sentencia Audiencia Provincial Badajoz, de 11 julio 1995**

Jurisdicción Civil

Rollo de **Apelación** núm. 100/1995

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Como antecedentes de la cuestión litigiosa que constituye el «thema decidendi» de esta resolución debe partirse de los siguientes hechos:

A) Que el causante don John Anthony D. de nacionalidad inglesa falleció bajo testamento abierto otorgado en Almendralejo el 23 de noviembre de 1987 ante el Notario de esta localidad y por el que instituye heredera única y universal de sus bienes, derechos y acciones a su esposa doña Mercedes R. S., sin perjuicio de los derechos legitimarios que según su Ley Nacional pudieran corresponderles a sus tres hijos, llamados Sarah, Teresa y Timothy fruto de un anterior matrimonio con doña Diana R., de la que se divorció en el año 1950.

B) Que los actores, precisamente los referidos hijos del causante, de nacionalidad inglesa y norteamericana formulan demanda a fin de que se declare primero, que la sucesión de don John Anthony D. debe regirse por la legislación material española; segundo, que en base a la misma, los actores, en cuanto hijos del causante, tienen la cualidad de herederos legitimarios concurriendo con el cónyuge supérstite; tercero que en consecuencia se les debe reconocer en la participación las cuotas legitimarias legales y cuarto, que son nulos los actos de partición llevados a cabo entre el albacea señor M. V.-Z. y R. S., así como las adjudicaciones a la misma efectuada en escritura pública autorizada el 22 de octubre de 1990 por el Notario de Almendralejo don Tomás Agustín M. F. y quinto que es nula la inscripción registral practicada a favor de doña Celia Mercedes R. de S. en el Registro de la Propiedad de Jerez de los Caballeros y en cuya virtud se le atribuye el pleno dominio de la finca registral.

**SEGUNDO.-** Es de advertir que los actores hacen en la demanda una relación exhaustiva de los bienes que estiman que formen parte de la herencia y así enumeran los que consideran que forma parte del caudal relicto, éste según su pretensión está integrado por bienes inmuebles y muebles, los bienes inmuebles son una suerte de tierra de seis hectáreas, seis áreas y cuarenta centiáreas en término municipal de Salvatierra de los Barros y en la cual está ubicado el Castillo denominado de Salvatierra de los Barros estando esta finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Jerez de los Caballeros con el núm. 3178 y a continuación y bajo la rúbrica de bienes muebles se integra una lista de cuadros, muebles y obras de arte que se encuentran en el Castillo y otro conjunto, muy importante al parecer, de pinturas y esculturas que se encuentran en el Museo de Arte Moderno de la ciudad de Tolosa en Francia.

**TERCERO.-** También conviene significar que respecto de los cuadros, muebles y obras de arte que existen en el Castillo hay un acta de manifestaciones hechas por el causante don John Anthony D. ante el Notario de Almendralejo don Gabriel A. V. el 21

de mayo de 1987 en la que declara «que está casado con la también súbdita inglesa doña Celia Mercedes R. S. y que todos los muebles, cuadros, ropas y ajuar que en el día de hoy se encuentran en el Castillo de Salvatierra de los Barros, que es la actual vivienda de su esposa doña Celia Mercedes R. S. y mía, son de la exclusiva propiedad de ella, ya que han sido adquiridos de su peculio particular». También es importante consignar que con anterioridad a la presentación de la demanda, el día 16 de septiembre de 1993, la viuda doña Celia D., que dice cumplir la voluntad terminante de su esposo, manifestada ante varias personas, hizo donación ante Notario de todos los cuadros, esculturas y diversas obras de arte que se hallaban en el Museo de Arte Moderno de Tolosa a esta ciudad representada por su Alcalde. Completa este antecedente el que los actores hayan ejercitado acciones judiciales contra la demandada y el Ayuntamiento de Tolosa respecto de los cuadros depositados, acciones que no han tenido éxito, pues han sido desestimadas por los Tribunales franceses.

**CUARTO.-** Debe también quedar aclarado, porque la parte demandada ha hecho valer la circunstancia de que no es válido que personas extranjeras acudan con verdadero abuso a Tribunales Españoles, pretendiendo que se les apliquen Leyes españolas, que es preciso distinguir, entre las normas que regulan la competencia territorial internacional y las denominadas Leyes de fondo que en su caso haya que aplicar para decidir los negocios jurídicos que los extranjeros susciten ante los Tribunales españoles, Leyes de fondo que en unos casos serán las españolas y en otros, las extranjeras o nacionales del país del litigante. Respecto de las normas de competencia territorial internacional a aplicar, no existe uniformidad en el derecho comparado, en algunos países se aplica la Ley Nacional de las partes como criterio determinante de la competencia judicial internacional, en España se ha entendido siempre que las normas de procedimiento se rigen por la «lex fori» por ser una cuestión de orden público (**artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**) pero la cuestión de la norma de competencia internacional se ha mostrado más dudosa dada la dicción del **artículo 70 de la Ley de Enjuiciamiento Civil** ya que la norma de aplicación de la competencia de los Tribunales Españoles de difiere en definitiva a otras normas cuando se trate de extranjeros que acuden a Tribunales españoles, «cuando proceda que conozca la jurisdicción española con arreglo a las Leyes del Reino o a los Tratados con otras potencias» supuesto que, hoy hay que estimar, que los preceptos del Real Decreto 17 noviembre 1982 (NDL 12544), sobre extranjería han sido sustituidos por los **artículos 9.1; 9.2; 21 y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial** (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375), por lo que la competencia de la jurisdicción española para conocer del presente negocio aun tratándose de partes litigantes extranjeras, está fuera de toda duda, pese a la doctrina sentada por la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 22 febrero 1960 (RJ 1960\2774), que declaró la incompetencia de los Tribunales españoles para conocer de cuestiones entre extranjeros, bien porque se entienda con arreglo al **artículo 22.2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial** que las partes se han sometido tácitamente a los Tribunales españoles, bien porque no se haya puesto en tela de juicio que el domicilio de la demandada doña Celia Mercedes R. S. está ubicado en España (**artículo 22.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial**) ora porque se estime que esta cuestión está resuelta a favor de la «lex loci» por los Tratados suscritos por España. Aunque debe decirse en aras de la verdad, que también como cuestión nueva se ha alegado en el acto de la vista que la demandada no tiene su domicilio en España y se señala al efecto la sentencia francesa obrante al folio 316 que acredita que ha sido demandada por los actores en su domicilio de Rue des Saints Péres en la ciudad de París, sin embargo se ha de insistir en

que esta cuestión no fue alegada en la instancia por lo que ha quedado fuera de discusión.

**QUINTO.-** Dos cuestiones conviene igualmente despejar con carácter previo, una que hace relación a la excepción de arraigo en juicio propuesta por la demandada como perentoria al amparo de lo dispuesto en el **artículo 534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**, está «exceptio indicatum solvi» está transida del principio de reciprocidad; la parte argumentó ampliamente su aplicación en la instancia, pero pese a su desestimación la cuestión no ha sido reproducida en la alzada como motivo de impugnación de la sentencia, bien porque los razonamientos del juzgador de instancia hayan convenido al recurrente, bien porque al tratar de probar su existencia como derecho extranjero (Sentencia de 30 junio 1972) comprobó que los Jueces ingleses no estaban obligados necesariamente a imponer el arraigo a los extranjeros sino que dependía del criterio del Juez (punto 8, folio 340) por lo que en aras de la reciprocidad debe concederse a los Jueces españoles respecto de los nacionales ingleses igual facultad. No es ocioso señalar que la jurisprudencia significa la interpretación restrictiva de esta excepción y los criterios imperantes en el Convenio de la Haya sobre procedimiento civil de 1 de marzo de 1954 (BOE de 13 de diciembre de 1961 [RCL 1961\1775 y NDL 24699]), establece en su **artículo 17**, la voluntad firme de no exigir la «**la cautio indicatum solvi**» **a ninguna persona por razón de su condición de extranjero tanto para poder litigar como para asegurar el pago de costas, habiendo sido sustituido este precepto por lo dispuesto en el Convenio Internacional de 25 de octubre de 1980** (RCL 1988\684 y RCL 1989\784), tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia y que ha sido ratificado por España. Tratamiento diverso ha dado la parte demandada a la cuestión de si el causante don John Anthony D. de nacionalidad inglesa llegó a adquirir o no un domicilio en España y así el recurrente que en la instancia aceptó y no discutió que el causante tuviese domicilio en España, enfatizó largamente sobre esta cuestión, argumentando que don John Anthony D. no había perdido su domicilio inglés y en consecuencia no había podido adquirir uno nuevo, el problema desde luego se presenta como muy dudoso, pues el sistema inglés a diferencia del español (**art. 40 del Código Civil**) es muy riguroso en materia de pérdida y adquisición de domicilio, existe la presunción de que sus nacionales no quieren en ningún caso perder el domicilio inglés, conservando al menos el «ánimus», e incluso se ha exigido el cumplimiento de determinados requisitos formales para adquirir un nuevo domicilio en el país de residencia. La cuestión es importante porque la conexión para determinar la Ley aplicable se pretende establecer por la Ley domiciliar, siquiera esta cuestión al no haber sido debatida en la instancia se nos presenta ahora como cuestión nueva ya que según se ha indicado, el que el domicilio del causante estaba ubicado en España ha sido aceptado por el demandando. De todas formas el concepto objetivo del domicilio tiene, por efectos prácticos que prevalecer sobre el elemento de voluntad o puramente intencional y que ha sido puesto de relieve en Sentencia del Tribunal Supremo como la de 3 diciembre 1955 (RJ 1956\213).

**SEXTO.-** La clave de la cuestión litigiosa estriba en determinar cuál es la legislación aplicable a la sucesión de don John Anthony D. En principio y siendo éste de nacionalidad inglesa y habiendo otorgado testamento abierto en la localidad de Salvatierra de los Barros en España donde falleció, la Ley aplicable a su sucesión sería, de conformidad a lo dispuesto en los **artículos 9.º.1 y 9.º.8 la Ley Nacional de Causante, en este caso y en principio, la inglesa**, ya que don John D. era inglés y expresó además en testamento que su terminante voluntad era la de testar, según el

régimen sucesorio de su país, dejando todos sus bienes a la señora D., sin legar nada a sus hijos. Rige en derecho inglés el principio de la libertad de testar, desconociéndose el sistema de sucesión forzosa y por ende el de legítima; hay sobre todo a partir de 1925 y 1938 (Administration of Estates Act 1925 y Act 1938 Inheritance) (Famili Provisión), ciertas obligaciones específicas respecto de unos determinados parientes, sin medios o posibilidades o del cónyuge viudo, pero nada más lejos de la institución de legítimas español, el sistema podría quizás compararse a un simple derecho de alimentos.

**SEPTIMO.-** Sobre este punto de la libertad de testar las partes están totalmente de acuerdo pero a partir de aquí discrepan por completo, el actor sostiene que la referencia que en los **artículos 9.º.1; 9.º.8 y 12.º.2 del Código Civil** hacen a la Ley Nacional y material se refieren a la totalidad del derecho inglés comprendiendo a su vez sus normas de conflicto, éstas según la tesis del demandante, remiten respecto de los bienes inmuebles (**el castillo y su finca**) a la «Lex rei sitae», y respecto de los muebles cualquiera que sea el lugar en que se encuentren (por tanto también los situados en Francia) a la Ley del domicilio, en resumen y en ambos supuestos (bienes inmuebles y muebles) la Ley aplicable sería la española y por consiguiente los hijos tendrían derecho a su legítima y que el actor ha cuantificado en dos tercios, un tercio en nuda propiedad respetando de momento el usufructo del cónyuge viudo y otro ... tercio de la herencia en propiedad. Por su parte el demandado niega el reenvío y niega que el actor haya probado formalmente y como cuestión de hecho, la remisión al derecho español, en consecuencia los Jueces españoles deben de aplicar al supuesto la Ley Nacional del Difunto respetando su derecho de testar en libertad conforme a la Ley inglesa. Al demandado no le parece justo que unos extranjeros acudan a los Tribunales españoles y compren un fuero que por la nacionalidad de todos los implicados no les corresponde y contrariando la voluntad del testador que según su Ley Nacional no se halla limitada. El juzgador de instancia ha acogido en este punto la tesis del actor y su impugnación constituye el tercer motivo que en el acto de la vista artículo el demandado.

**OCTAVO.-** No es fácil decidirse sobre estas cuestiones, el sistema de **Derecho Internacional Privado Español** ha sido y es después de la reforma de 1974 (RCL 1974\1385 y NDL 18760), muy deficiente. Los autores discutían la posibilidad del reenvío y la escasa jurisprudencia resultaba contradictoria, la discusión continúa porque la redacción del actual **artículo 12.º.2 es muy deficiente y resulta muy contradictoria**, en general ha sido criticado por todos los autores, aunque algunos como Canillo-Salcedo dicen que la imprecisión del precepto permitirá a la jurisprudencia pronunciarse en libertad sobre estos problemas, otros señalan que el reenvío no tiene aplicación general en todos los supuestos o que es facultad del Juez aplicarlo según las conveniencias del caso. La mayoría de los autores: Simó Santonja, Borrás Rodríguez, Albaladejo, Canillo-Salcedo, Vallet de Goytisolo, estiman que con mayor o menor fortuna y extensión el reenvío de primer grado ha sido sancionado legislativamente en el derecho español. Desde el lado inglés el problema es a nuestro juicio aún más arduo. El derecho inglés carece de un sistema legal escrito de normas de conflicto (excepción la Lord Kindow's Act). Las reglas de conflicto de Gran Bretaña son establecidas por la jurisprudencia y pertenecen casi por completo al case Law. Por otra parte sus leyes materiales respecto de la herencia se inspiran contrariamente a las españolas (principio de unidad) en principios de escisión o fragmentación (no hay inconveniente en aplicar leyes distintas a los bienes del caudal hereditario). En esta materia es fundamental para el Juez inglés el principio de reciprocidad, principio que no informa el **Derecho Internacional Privado Español** y acostumbra el primero a colocarse en el lugar del

Juez de otro país para aplicar la Ley que hubiese aplicado el último. Por lo que respecta al reenvío las partes han discutido largamente sobre si existe el reenvío en el derecho inglés, si es aplicable al caso presente y si ha sido probado suficientemente como cuestión de hecho, con el affidavit y las sentencias aportadas y lo cierto es que esta cuestión no es de fácil solución, pues a partir del caso Annesley (21 de mayo de 1926) la jurisprudencia inglesa aplica el principio del doble reenvío de no fácil comprensión (Caso Ross; Duque de Wellington Caso Adams aportado al folio 356 por el demandado).

Este principio del doble reenvío presupone que en los casos en que la norma de conflicto inglesa remite a la legislación de otro país, es preciso examinar si ese país admite o rechaza el reenvío, si ese país lo rechaza, entonces se aplica la Ley inglesa, si lo admite el Juez inglés aplica la Ley Material del país extranjero, así cuando se juzga un caso de un país que admite el reenvío como Francia, el Juez inglés aplica el derecho material francés (Caso Annesley) si el país extranjero no admite el reenvío, entonces el Juez inglés aplica el derecho inglés (Caso Ross). Esta curiosa regla explica que el Caso Duque de Wellington y Caso Adams (folio 356) se saldara por el Juez inglés aplicando el derecho sucesorio inglés sobre la regla inicial de decir que en el derecho español no existe el reenvío y si eso resultaba dudoso en el caso del Duque de Wellington, resulta sorprendente afirmarlo después de la reforma de 1974. De seguirse esta regla si por cualquier causa de conexión un Juez inglés juzgase el caso de autos probablemente aplicaría respecto de la sucesión de don Jonh D. la Ley inglesa (libertad de testar) afirmando que en el derecho español no existe el reenvío.

**NOVENO.-** Las cuestiones apuntadas suscitadas por la parte recurrente han obligado a explicitar las anteriores respuestas pues el Juez español ha de aplicar las normas de conflicto españolas que le imponen aplicar las Leyes inglesas como Ley nacional del causante, si esta Ley inglesa en sus normas de conflicto remite a la legislación del lugar y del domicilio, que en ambos casos son españoles y si estimamos, pese a lo discutible del supuesto y a la falta de Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este concreto particular que esta legislación del lugar y del domicilio es la Ley material española que ya debe primar sobre lo dispuesto en los **artículos 9.º.1 y 9.º.8**, entonces la solución adoptada por el juzgador de instancia es correcta, en espera, al menos, de que tratados internacionales como el del Convenio sobre Ley aplicable en materia de sucesiones entren en vigor con su carácter «erga omnes» en el que se adoptan criterios de unidad de la herencia que prevalecen sobre los de fragmentación y que por el momento no ha sido ratificado por las partes, pero la complejidad y dificultad de estas cuestiones de naturaleza de **Derecho Internacional Privado** y que al mismo tiempo participan de lo competencial y de lo jurisdiccional, apunta ya a la idea que más tarde se desarrollará con mayor razonamiento y que impone que para la decisión de las mismas, los principios constitucionales y procesales que vedan la indefensión exigen que todas las personas a las que pueda afectar la decisión de aplicar en esta sucesión testada el sistema de legítimas o el de la libertad de testar debieron de ser llamados a este proceso.

**DECIMO.-** Supuesta la aplicación de la norma material española a la sucesión de don John D. la naturaleza ambigua de la pretensión que se ejercita y el no haberse concretizado la acción hacen que se torne muy difícil a nuestro juicio, la aplicación del derecho material a los puntos controvertidos y efectivamente los extremos en los que hizo más hincapié el recurrente fue tanto en la inexistencia del litisconsorcio pasivo necesario a fin de que fueren llamados al proceso el Ayuntamiento y el Museo de Arte

Moderno de Toulouse y se pidiere previamente A) la nulidad del acta de manifestación de don John D. ante el Notario de Almendralejo, significando que todos los muebles que se hallaban en el Castillo de Salvatierra eran propiedad de su esposa. B) La nulidad de la donación que la señora D. hizo al Ayuntamiento y Museo de Arte Moderno de Toulouse y C) nulidad del testamento otorgado por el causante ante el Notario de Almendralejo el 30 de noviembre de 1987.

**DECIMOPRIMERO.-** En una ambigüedad que el demandado acusa de calculada, el actor no deja claro en su demanda la clase de acción que ejercita, lo cual no es fácil de determinar pues por un lado hace efectivamente una relación exhaustiva de los bienes de la herencia tanto muebles como inmuebles para luego en el «petitum» pedir la declaración de que la sucesión se deba regir por la Ley española y que en base a la misma los actores tienen la cualidad de herederos legítimos así como que se deberá reconocer en la participación las cuotas legitimarias legales y que son nulos los actos de partición llevados a cabo entre el albacea señor M. V. Z. y la señora R. S. así como las adjudicaciones hechas a la misma en escritura pública autorizada por Notario de fecha 22 de octubre de 1990. Esta indefinición hace que no quede claro si la acción que se ejercita -siempre similar a la de petición de herencia- es una acción de condena y reintegradora de la masa hereditaria en funciones de reivindicatoria o si por el contrario se trataría de una acción meramente declarativa en la que los actores limitarían su pretensión a la de ser declarados «herederos legítimos» si bien esa condición habría de «reconocerse en la partición». Como luego veremos y a los efectos del litisconsorcio, la delimitación de la naturaleza de la acción de referencia es de importancia como luego se razonará, pero el actor no ha hecho uso de la réplica, último momento del período de alegaciones en que se puede, sin atentar al principio de preclusión y a su ínsito de la buena fe procesal, modificar el «petitum» (Sentencia de 15 abril 1970 [RJ 1970\2015]). El juzgador de instancia en el fundamento decimoquinto de su resolución («in fine») acepta la modificación o limitación de la pretensión hecha en el escrito de conclusiones, lo que resulta inaceptable por tratarse de una cuestión nueva fuera del debate, ya que así han de estimarse tanto las planteadas «in voce» en el acto de la vista como las suscitadas con posterioridad a los períodos de alegación. Por tanto en el escrito de réplica sí pueden hacerse modificaciones en el «petitum» de acuerdo con lo que previene el **artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**, el cual ha sido interpretado con criterio amplio por la jurisprudencia (Sentencias de 17 noviembre 1961 [RJ 1961\4096], y 7 julio 1971 [análoga a RJ 1971\1707]), que estima que dentro del concepto de modificación está también la posibilidad de reducir o suprimir alguna petición, no cabe pues aceptar que el actor ha reducido su pretensión pues por tal no han de tenerse sus declaraciones en el acto de conclusiones, pues la congruencia se forma en relación a los escritos de demanda y contestación y con carácter limitado con los de réplica y dúplica ya que la sentencia no puede hacerse cargo de una petición nueva formulada en el escrito de conclusiones (Sentencias de 9 mayo 1863; 7 febrero 1883; 27 junio 1894 y 17 marzo 1934 [análoga a RJ 1944\1392]), la Sentencia de 12 abril 1955 (RJ 1955\1128), dice que el cambio de posición, en pro de la tesis de la compraventa que encubrió una donación válida, alegado extemporáneamente en trámite de conclusiones fuera del período en que la relación procesal quedó definitivamente constituida no puede tener virtualidad alguna, de acuerdo con el principio «justa allegata et probata», en concordancia con las normas de preclusión en el proceso y menos virtualidad han de tener en este extremo las alegaciones de los actores que en el acto de la vista estimaron que a su juicio era perfectamente lícito conseguir ahora respecto de los bienes muebles del causante una abstracta declaración de derechos legítimos y

que formaba parte de su estrategia procesal válida el conseguir ahora esa declaración y utilizarla luego en procesos posteriores contra la viuda y contra el donatorio de los bienes muebles situados en Francia.

**DECIMOSEGUNDO.-** La sentencia de instancia conforme a lo indicado descompone o diversifica la pretensión y así estima que respecto de los inmuebles la acción ejercitada es una verdadera acción de petición de herencia y respecto de la pretensión de alcanzar derechos legitimarios la reconoce con un carácter meramente declarativo por lo que en definitiva deja imperejuzgada la cuestión referente al resto del caudal hereditario. Por su parte el demandado acusa y denuncia la incongruencia en que por ello incurre la sentencia, pero precisamente por la indefensión de la demanda, la pertinencia de la pretensión no debe ser impugnada por esta vía sino por la falta de la determinación de la acción al no haberse fijado con claridad y precisión lo que se pide (**artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**) y por falta del adecuado litisconsorcio.

**DECIMOTERCERO.-** Es preciso pues y para determinar con el necesario fundamento si se ha fijado con claridad y precisión la pretensión y se ha constituido debidamente la relación jurídico-procesal, un estudio de la acción de petición de herencia en relación a su naturaleza constitutiva o declarativa y un examen del concepto y naturaleza de su legítima en el derecho español y así y respecto de lo primero debemos decir que las notas esenciales para fijar las diferencias entre la acción declarativa y la constitutiva han sido establecidas en la Sentencia de 2 diciembre 1966 (RJ 1967\1), y «así la acción meramente declarativa es la que pretende que se declare o constate, con fuerza de cosa juzgada y por medio de un fallo judicial, la existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica puesta en duda o en controversia y únicamente se concede cuando el demandante tenga un interés legítimo en que esa relación jurídica sea inmediatamente declarada y no se pueda utilizar otra acción, luego el efecto más importante de esta declaración jurisprudencial y en relación al litisconsorcio es que aunque de acuerdo con la solución adoptada, a nuestro juicio incorrectamente, de estimar, que el actor respecto del caudal hereditario se limita o conforma con una programática o abstracta declaración de derechos legitimarios, esta acción aunque fuere meramente declarativa afectaría a los derechos de terceros que no han litigado en el pleito, pues como muy bien dice el actor y mediante esta estrategia procesal de tener un derecho reconocido por partes o en tiempos, después ejercitaría acciones de tipo reivindicatorio, acciones que estarían ya predeterminadas a su favor por el ejercicio previo de otras de constatación o declaración de derechos. Por ello debe declararse sin ambages que la acción meramente declarativa se integre contradictoriamente con todas las personas a quien pueda perjudicar o afectar lo mismo que si se tratase de una acción constitutiva o de condena, pues ya hemos visto como el Tribunal Supremo habla de relación jurídica del lado activo y del pasivo, es más, este Alto Tribunal alude a una nota más de la acción meramente declarativa de carácter negativo, nota que consiste precisamente en que debe existir en el actor un interés legítimo en que esa relación jurídica sea «inmediatamente declarada y **no pueda utilizar otra acción**», lo que tanto quiere decir que de poderse ejercitar acciones constitutivas y de condena que zanjen definitivamente la cuestión, no es lícito como hace el actor y precisamente para defenderse -siquiera sea extemporáneamente del litisconsorcio- decir que está utilizando una acción meramente declarativa, para la que no cabe la situación litisconsorcial, lo que además ni siquiera es cierto pues, aunque con la ambigüedad que caracteriza a la pretensión en el fundamento tercero de la demanda se solicita que como consecuencia de la declaración de herederos de los actores se les reconozca en la partición las cuotas legitimarias legales. En

consecuencia debió de traerse al proceso al Museo de Arte Moderno y al Ayuntamiento de la ciudad de Tolosa para ser oídos debidamente y puedan oponerse a todas las pretensiones de los actores, incluido el extremo de que debe de aplicarse a la sucesión la legislación material española y la declaración de herederos legitimarios de los actores con arreglo al derecho español, pues de accederse «inaudita parte» a esto las consecuencias predeterminarían indeclinablemente el marco y límites del debate en los pleitos posteriores afectando sin posibilidad de defensa útil a sus derechos, porque, y a los efectos que aquí nos interesan, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 septiembre 1966 (RJ 1966\4254), si bien la acción declarativa no es por lo general susceptible de ejecución propiamente dicha sí es susceptible de hacerla valer en otro proceso diferente y si va a afectar o predeterminar como dice la Sentencia de 2 diciembre 1966 al otro proceso con fuerza de cosa juzgada, no le es lícito al actor por más que diga que él puede dirigir su estrategia procesal como le convenga, al omitir traer al proceso a las personas a quien las resoluciones judiciales van a afectar y en una forma tal que ya no podrán defenderse adecuadamente en el pleito posterior. Por otra parte de aceptarse la tesis reduccionista del actor acogida en la sentencia de instancia y que consiste en síntesis en estimar que se ejercita una acción concreta de petición de herencia sobre el Castillo y la tierra que lo rodea y una acción meramente declarativa de los derechos legitimarios de los actores, prescindiendo de toda proyección o relación sobre los muebles situados en el Castillo y los ubicados en Francia, se produciría un curioso dilema y es que al pretender el actor prescindir de toda declaración o pronunciamiento sobre los bienes muebles que forman el caudal hereditario del causante, no habría motivo o razón alguna para establecer que conforme a las normas del Derecho Internacional Privado, la conexión del domicilio que es la que hace entrar a la legislación material española por el pretendido reenvío de la inglesa, pues, y volvemos a insistir, de acogerse la tesis del actor de que en este pleito no se dilucida derecho alguno sobre bienes muebles concretos no puede entrar en función la conexión que inconsecuentemente nos llevaría a declarar que los actores tienen derecho a los dos tercios de la herencia mobiliaria del causante y esta argumentación es una de las que nos llevó a afirmar en el fundamento de derecho noveno «in fine» que también por aplicación de las normas estrictas de conflicto propias del Derecho Internacional Privado debieron de ser llamadas al proceso todas las personas afectadas a fin de que intervinieran adecuadamente en su definición.

**DECIMOCUARTO.-** El estudio del concepto de legítima en el derecho español conduce al mismo resultado de proclamar la necesidad de integrar debidamente el contradictorio y este estudio hemos de hacerlo también en relación a la validez del testamento otorgado por don John D., ya que uno de los motivos de impugnación hace referencia a que los causantes no pueden atacar las disposiciones testamentarias, sin que previamente se declare la nulidad del testamento, y sabido es que son varias las posibilidades desde la que se puede contemplar la naturaleza de la legítima, pues puede ser considerada como «**pars hereditatis**» y seguir esta tesis sería una parte de la herencia bruta, esto es sin previa deducción de deudas y cargas y tiene su apoyo en numerosos artículos del Código Civil que denominan al legitimario heredero forzoso (**así, artículos 806 y 807 entre otros**). Los detractores de esta tesis señalan que en nuestro derecho, el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero o éste no comprenda la totalidad de los bienes (**art. 764 del Código Civil**), sin distinguir el precepto que haya o no legitimarios, lo que tanto quiere decir como que el legitimario no es heredero, lo que coincide con el **artículo 815 del Código Civil** a cuyo tenor resulta que la legítima puede dejarse por cualquier título (herencia, legado, donación,

combinando estos títulos, etc.) y no necesariamente nombrando heredero al legitimario y tampoco se conoce ninguna resolución del Tribunal Supremo que haya condenado a ningún legitimario a pagar las deudas hereditarias. Por tanto legítima es una cuota del caudal hereditario y el legitimario a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de lo que le corresponde puede reclamar el complemento de la misma (**artículo 815 del Código Civil**). Legítima «**pars valoris**»: El legitimario no ostenta sino un simple derecho de crédito contra la herencia, sin otra garantía que la personal. Este es el régimen de la legítima en Cataluña tras la Ley 9 abril 1990 (RCL 1990\964 y LCAT 1990\141), incorporada al vigente **Código de Sucesiones** de 30 de diciembre de 1991 (RCL 1992\456 y LCAT 1992\46 y LCAT 1992\205). Legítima «**pars valoris bonorum**», era la legítima en Cataluña antes de la mencionada **Ley 9 abril 1990**: la legítima es una parte del valor de los bienes. Aparece como un derecho de crédito pero garantizado con una afección real sobre todos los bienes de la herencia. Legítima «**pars valoris bonorum qua in specie heres solvere debet**»: Es un derecho de crédito garantizado con afección real igual que el anterior sólo que ha de ser pagado en especie (legítima de Ibiza y Formentera, según la compilación de Derecho Civil de Baleares de 6 de septiembre de 1990 [LIB 1990\118]). Legítima «**pars bonorum**»: Aquí el legitimario no es un simple acreedor, ni un acreedor garantizado, sino un **condómino** con derecho a una cuota indivisa sobre todos y cada uno de los bienes de la herencia. Por tanto es un partícipe, junto con los herederos en la comunidad hereditaria, habiendo todos de concurrir a la participación de conformidad a los **artículos 1060 y siguientes del Código Civil**, momento en que se concretarían los bienes que le correspondan. Nulos serán, pues, los actos de disposición que se hagan sin el concurso de todos los legitimarios ya que el legitimario tiene en definitiva un derecho real sobre los bienes. Esta es la posición muy mayoritaria de la doctrina española que avala sobre todo el **artículo 806 del Código Civil** cuando señala que la legítima es «una porción de bienes de que el testador no puede disponer» por tanto y del conjunto de la normativa se desprende que cuando el **Código** habla de herederos forzosos lo hace sin mucha exactitud y más bien como un residuo histórico.

**DECIMOQUINTO.-** Este concepto de la legítima como «**pars bonorum**» en el que el legitimario es un condómino con derecho a una cuota indivisa sobre todos y cada uno de los bienes de la herencia refuerza la idea de la necesidad del litisconsorcio pasivo necesario sin que sea posible relacionar de un lado todos los bienes de la herencia y luego pretender limitar la pretensión a una mera declaración de derechos ya la Sentencia de 24 julio 1986 (RJ 1986\4619), declaró que estamos ante una acción en la que con causa en los derechos legitimarios de los actores se solicita de la demandada la entrega, no de los bienes y derechos que genéricamente pudiera comprender una herencia, sino de unos bienes concretos y determinados y cuando parte de estos bienes están en poder de terceras personas no puede prosperar la demanda si no se acredita que los referidos bienes forman parte del caudal hereditario, todo lo cual concuerda con el concepto y naturaleza de la acción de petición de herencia, que como dice la doctrina no está regulada en nuestro Código Civil aunque se haga alusión a ella en los **artículos 192, 1016 y 1021 de dicho Código** y que es la que compete al heredero testamentario o legítimo contra cualquiera que posea la herencia o parte de ella como heredero o en simple posesión, mas no contra el que posea en virtud de un título singular, de lo que se deduce según consta que han de cumplirse tres presupuestos para el éxito de la acción: **a)** que el reclamante invoque para fundar su acción, su título de heredero o legitimario; **b)** que la acción se dirija contra quien posea todos los bienes hereditarios o parte de ellos, siempre que no los posea en virtud de un título singular y **c)** que se persiga como

finalidad la restitución de tales bienes y no sólo el reconocimiento o constatación de la cualidad de heredero, pues la teoría que asigna a la acción de petición de herencia naturaleza personal no tiene encaje en el derecho español y tampoco la que la construye como una acción compleja integrada por una acción declarativa del estado de heredero y otra restitutoria de los bienes hereditarios, pues como dice la Sentencia de 7 enero 1966 (RJ 1966\2), que el éxito de la acción supone que el poseedor a título sucesorio («**pro herede possesor**») o sin derecho alguno («**prossidem pro possessore**») retenga en su poder el demandado lo que equipare esta acción a la reivindicatoria. De lo que se deduce que siendo la viuda demandada respecto de los bienes muebles sitos en el Castillo, poseedora en virtud de un título presunto de dominio y siendo el Museo de Arte Moderno y la Ciudad de Toulouse presuntos adquirentes del dominio, en virtud de la donación, la acción de petición de herencia respecto de estos interesados no sería eficaz puesto que son poseedores a título singular y no se arrogan derechos hereditarios.

**DECIMOSEXTO.-** Alegó el demandado y sostuvo en el acto de la vista la necesidad para el éxito de la acción de ejercitar una acción previa o simultánea de nulidad del testamento. El actor no la ha ejercitado y cita en su demanda (folio 20) lo dispuesto en el **inciso segundo del artículo 9.8 del Código Civil**, cita que reiteró en el acto de la vista, y ello en apoyo del reenvío y de que tiene derecho a la legítima, pero el **artículo 9.8 en su inciso segundo** no es aplicable al supuesto de este litigio, en que se comienza por aplicar la Ley nacional del causante extranjero y luego por un reenvío de la Ley extranjera se acaba por aplicar la española, sino que el referido inciso segundo cuando dice: «sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento del otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la Ley que rijan la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán en su caso a esta última» se está refiriendo no a supuestos de reenvío (contrariamente a lo que sostiene el actor en dicho folio 20), sino a la regulación de un caso de los denominados conflictos móviles en el tiempo, es decir, al supuesto «**verbi gratia**» de una persona que siendo de nacionalidad belga otorga en ese momento testamento y luego adquiere la nacionalidad italiana y bajo esta nacionalidad fallece. No obstante, la alegación del demandado de la necesidad de la previa declaración de nulidad plantea interesantes problemas ya que se cita a los hijos en el testamento, pero no se les deja ningún bien, por lo que es dudoso de si con arreglo al derecho español que procedería aplicar, los hijos han sido pretéritos o desheredados, aunque en la cláusula segunda del testamento se deje a salvo los derechos de los hijos conforme al derecho inglés (derechos que con arreglo a tal legislación inglesa no existen). El notario autorizante, tal vez temiendo la concurrencia de una posible causa de nulidad del testamento, introduce tal cláusula en la que menciona a sus tres hijos reservándoles sus derechos conforme a la legislación inglesa nominándoles con sus nombres y apellidos. Pero, por un lado, la Ley inglesa que el notario no tenía porqué conocer, no otorga como ya hemos dicho ningún derecho legitimario a los hijos, pues como en algunos regímenes forales de España rige la libertad de testar y, por otro lado la aplicación de la Ley española da lugar a que la cláusula testamentaria citada tenga un curioso efecto completamente distinto al querido por el testador pues da lugar a una situación de desheredación o de preterición. La desheredación es como sabemos una privación expresa de la legítima, la preterición es una privación tácita de la legítima. Como los hijos han sido mencionados en el testamento pero luego no se les ha dejado nada parece ser que estamos en presencia de una desheredación, pero por el carácter impreciso del testamento ya que pretendemos aplicarle categorías sucesorias españolas podría igualmente pensarse en una preterición lo difícil sería, dadas las especiales

circunstancias del caso, definir si estamos ante una preterición intencional o ante una no intencional, esta última como se sabe produce la nulidad de las disposiciones de tipo patrimonial (**artículo 814.2 del Código Civil**). La primera al igual que la denominada desheredación injusta (**artículo 851 del Código Civil**) no anula el testamento y sólo se reducen la institución de heredero antes y los legados, mejoras y otras disposiciones en lo que no perjudique el testamento. El actor no ha planteado esta cuestión ni dice en qué preceptos se funda su acción de petición o de complemento de legítima salvo la referencia que hace al **artículo 9.8 inciso segundo (folio 20 de la demanda)** que no es aplicable al caso. No vamos a entrar en el problema de qué ha de entenderse por «dicha legítima», expresión que emplean el **artículo 851 y el 814.1 del Código Civil**, en el sentido de legítima larga o corta, pues los autores que afirman que en este supuesto sería de aplicación la legítima corta, ello sería porque en nuestro derecho sí caben las mejoras tácitas y si la voluntad del testador fue no dejar nada, como esto no es posible por aplicación del **artículo 806 del Código Civil**, sí sería factible dejar a los legitimarios el mínimo que permite la Ley, esto es la legítima estricta porque la voluntad del testador es la Ley de la Sucesión y no se vulnerarían normas imperativas (**Sentencia del Tribunal Supremo de 23 enero 1959 [RJ 1959\125]**). Estos problemas que afectan incluso a la determinación de la legítima surgen, como hemos dicho, de la aplicación de categorías sucesorias de un derecho como el español a un testamento inglés y hecho por una persona que creía testar con arreglo a su Ley natural. El causante no quería dejar nada a sus hijos, con arreglo a la Ley inglesa podía hacerlo, no cabe pues nada más que formalmente en pensar en problemas de desheredación o de preterición y de aquí surge la conclusión de que no siempre el reenvío es aconsejable y de que este supuesto es uno de los que exigirían mayor meditación (**Calvo Caravaca, Bonza Vidal, Blanco-Morales Limones**).

**DECIMOSEPTIMO.-** Tratando de sintetizar lo anteriormente expuesto habría que decir que la necesidad del litisconsorcio pasivo necesario a fin de integrar debidamente el contradictorio y evitar cualquier género de indefensión de los posibles afectados por esta resolución deviene de las siguientes causas: **A)** El Museo de Arte Moderno y el Ayuntamiento de Toulouse, debieron ser demandados, pues han de ser oídos en la forma de aplicación de las normas de conflicto y la admisión del reenvío así como si éste ha sido probado como hecho en la forma que exige la legislación española. **B)** Si la acción de petición de herencia es conforme a la doctrina una acción constitutiva, no puede sin embargo utilizarse contra los que poseen a título singular. **C)** No es lícito sustantiva y procesalmente en conclusiones limitar la acción para reducirla en parte a una simple acción declarativa, la conexión al domicilio respecto de los bienes muebles impone el reenvío de la norma inglesa y subsiguiente aplicación del derecho español, es necesario pues que consten sin ambigüedades los bienes muebles que constituyen la herencia a fin de establecer en su caso la conexión domiciliar. **D)** La referida acción simplemente declarativa afecta igualmente y en definitiva a personas que no han sido oídas en el juicio. **E)** La existencia de personas que poseen predeterminados bienes de la herencia a título singular exige para un buen orden de proceder que dichas personas sean citadas y que conjuntamente con la acción de petición se dirijan las acciones reivindicatorias y de nulidad que sean necesarias según enseñan las Sentencias citadas de 7 enero 1966 y de 24 julio 1986, lo que hace preciso demostrar que la demandada no es propietaria de los bienes muebles que se guardan en el Castillo y que el derecho de los legitimarios es preferente al de los donatarios, por ser además la donación efectuada por el cónyuge supérstite nula según la Ley que regula el derecho de los legitimarios. **F)** Que no es posible escindir la herencia ejercitando para los bienes inmuebles una acción

constitutiva y de condena y que sin embargo se enumeran detalladamente una serie de bienes sitos en España y Francia y no se ejercite una acción de reintegración a la masa respecto de estos concretos bienes, cuando constituyen con mucho el acerbo principal del caudal hereditario, pretendiendo sustituir dicha acción por una simple declaración de derechos y con la pretensión clara de evitar el litisconsorcio alegado por el demandado y predeterminar las acciones futuras a ejercitar contra estos terceros.

**DECIMOCTAVO.-** Procede pues acoger la excepción procesal alegada y sin entrar en el fondo del asunto absolver en la instancia a la demandada, lo que implica que al ser esta resolución desestimatoria de la pretensión, las costas de la primera instancia han de ser impuestas a los actores y sin que proceda por la naturaleza de esta resolución hacer expresa imposición de las costas de la alzada.