

LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN Y LEY REGULADORA DE LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO

Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo,
Sala Primera, de lo Civil Sentencia de 28 abril 2014
(Rec. 2105/2011)

ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA

Doctora en Derecho y profesora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Sevilla

Revista de Derecho Patrimonial 35
Septiembre – Diciembre 2014
Págs. 415 - 438

RESUMEN: aplicación del Derecho Internacional Privado para determinar la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo. El Tribunal señala que la regla del artículo 9.8, *in fine*, del Código Civil (CC) opera como una excepción a la regla general de la *lex successionis* del número primero del propio artículo 9. 8. Esta regla especial no puede considerarse como una quiebra a los principios de unidad y universalidad sucesoria sino que responde a la necesaria coordinación entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge supérstite y la ley aplicable a la disolución del correspondiente régimen económico matrimonial. En el supuesto que analizamos la ley que señala el artículo 9. 8, *in fine*, CC, la ley reguladora de los efectos del matrimonio, es la ley española (a la que remite la norma de conflicto del artículo 9. 2 CC), y no la ley italiana, que es la que regiría, en general, la sucesión del causante de nacionalidad extranjera residente en España. Distinta solución en el nuevo Reglamento europeo de sucesiones.

Palabras claves: ley sucesoria; excepciones; ley efectos del matrimonio.

ABSTRACT: application of the private international law to determine the law applicable to the succession rights of the widowed spouse. The Court he points out that the rule of article 9.8, *in fine*, of the Civil Code (CC) operates as an exception to the general rule of *lex mutuae* first own article 9. 8. This special rule cannot be considered a bankruptcy to the principles of unity and universality inheritance, but it responds to the necessary coordination between the law applicable to the succession of the surviving spouse and the law applicable to the dissolution of the corresponding marital economic regime. In the event that we analyze the law that designates the article 9. 8, *in fine*, CC, the law governing the effects of marriage, the law is Spanish (which forwards the rule of conflict in the article 9. 2 CC), and not the Italian law, which is govern it, in general, the succession of the deceased of foreign nationality and living in Spain. Different solution in the new European Regulation of succession.

Key words: inheritance law; exceptions; effects of marriage law.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 624/2013 de 28 abril. RJ 2014, 2795.

SUCESIÓN HEREDITARIA: ACEPTACIÓN DE HERENCIA: IMPROCEDENCIA: Nulidad de la escritura: matrimonio entre italiano y española con residencia legal en España contraído bajo el régimen de separación de bienes, sometiendo su matrimonio a la legislación española y siendo ley que rija los efectos del matrimonio la del derecho común: aplicación de la legislación española conforme al artículo 9.8 CC a la sucesión testamentaria del esposo fallecido: doctrina jurisprudencial.

Jurisdicción: Civil.

Recurso de Casación 2105/2011.

Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.

Los antecedentes necesarios para el estudio de la Sentencia se relacionan en su fundamento de derecho primero. El TS declara haber lugar al recurso interpuesto, casa y anula la Sentencia dictada el 22-06-2011 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, confirmando la dictada en la primera instancia, sin imposición de costas.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de abril de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación e infracción procesal interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 138/2010 (JUR 2012, 342338) por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm 926/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Torremolinos, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don Alejandro Ignacio Salvador Torres en nombre y representación de doña Nieves, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Jaime Pérez de Sevilla Guitard en calidad de recurrente y la procuradora doña Susana García Abascal en nombre y representación de doña Ariadna en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1. El procurador don Alejandro Ignacio Salvador Torres, en nombre y representación de doña Nieves interpuso demanda de juicio ordinario, contra don Agustín, doña Ariadna, doña Luz, doña María Virtudes, doña Fidela y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: «... I. Declare la nulidad de la escritura de manifestación y adjudicación de la herencia de don Pablo suscrita el 25 de julio de 2006, ante el Notario de Málaga Fernando Agustino Rueda, Protocolo 2535.

II. Declare que procede restituir al caudal hereditario de don Pablo, para su posterior partición y adjudicación, la totalidad de los bienes objeto de la manifestación y adjudicación de herencia suscrita el 25 de julio de 2006, ante el Notario de Málaga Fernando Agustino Rueda, Protocolo 2535.

III. Condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores manifestaciones y al pago de costas».

2. Por el procurador don Félix García Agüera, en nombre y representación de doña Fidela, se presentó escrito allanándose a la demanda interpuesta.

Por la procuradora doña Rosario Escobar León, en nombre y representación de doña María Virtudes, se presentó escrito allanándose a la demanda interpuesta.

El procurador don Martín Guijarro Hernández, en nombre y representación de doña Ariadna, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: «... se desestime la demanda interpuesta contra mi principal, absolviéndola de las pretensiones contra ella mantenidas y con expresa condena en costas a la actora».

El procurador don José Antonio López Espinosa Plaza, en nombre y representación de don Agustín, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: «... desestimando íntegramente la demanda y con declaración expresa de temeridad y mala fe se condene a la actora al pago de las costas causadas con motivo de este procedimiento».

3. Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Torremolinos, dictó sentencia con fecha 31 de julio de 2009, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO:... «QUE ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por doña. Nieves, representada por el Procurador don Alejandro Ignacio Salvador Torres y asistida del Letrado don Manuel Iglesias Fernández contra don Agustín, representado por el Procurador don José A. López-Espinosa Plaza y asistido de la Letrada doña Silvia Arena Gibilaro; doña Ariadna, representada por el Procurador don Martín Guijarro Hernández y asistida del Letrado don Salvador Jiménez Óliver; doña Luz, que ha permanecido en situación de rebeldía; doña María Virtudes, representada por la Procuradora doña Rosario Escobar León y asistida del Letrado D. Ignacio Jiménez Mayordomo; y doña Fidela, representada por el Procurador don Félix García Agüera y asistida del Letrado don José Luis Ortega:

1) DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia de don Pablo suscrita el 25 de julio de 2006 ante el Notario de Málaga don Fernando Agustino Rueda, protocolo 2535.

2) DEBO DECLARAR Y DECLARO que procede restituir al caudal hereditario de don Pablo para su posterior partición y adjudicación, la totalidad de los bienes objeto de la manifestación y adjudicación de herencia suscrita el

25 de julio de 2006 ante el Notario de Málaga don Fernando Agustino Rueda, protocolo 2535.

3) DEBO CONDENAR Y CONDENO a los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones.

4) DEBO CONDENAR Y CONDENO solidariamente a los demandados don Agustín, doña Ariadna y doña Luz al pago de las costas generadas en este procedimiento, sin especial condena en costas respecto de las codemandadas allanadas doña Fidela y doña María Virtudes».

SEGUNDO.—Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Ariadna, la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia con fecha 22 de junio de 2011 (JUR 2012, 342338), cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: «...Que estimándose el recurso de apelación formulado por doña Ariadna, representada en esta alzada por el procurador Sr. Osuna Jiménez, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Torremolinos, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en consecuencia, dejando sin efecto la misma, debemos desestimar y desestimamos la demanda entablada por doña Nieves contra don Agustín, doña Ariadna, doña Luz, doña María Virtudes y doña Fidela, absolviendo a los demandados de las pretensiones ejercitadas en su contra. Todo ello con imposición a la actora del pago de las costas ocasionadas en la instancia, salvo las relativas a las demandadas allanadas, que no son objeto de especial pronunciamiento, al igual que las ocasionadas en esta alzada».

TERCERO.—Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de doña Nieves con apoyo en los siguientes MOTIVOS:

Primero.—Infracción de los artículos 9.1, 9.2, 9.3, 9.8, 13 y 13 del CC (LEG 1889, 27).

Segundo.—Infracción de los artículos 814, 816, 837, 838 Y 851 CC (LEG 1889, 27), en relación con el artículo 9.8 del CC (LEG 1889, 27).

Tercero.— Infracción, del artículo 1.7 CC (LEG 1889, 27), artículos 9.3 y 24.1 CE (RCL 1978, 2836), 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578) y artículos 394, 397 y 398 LEC (RCL 2000, 34).

CUARTO.—Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 18 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 317416) se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. La procuradora doña Susana García Abascal, en nombre y representación de doña Ariadna presentó escrito de impugnación al mismo.

QUINTO.—No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 2 de octubre del 2013, en que tuvo lugar, no habiéndose dictado la sentencia en el plazo establecido

debido a la excesiva carga de trabajo que pesa sobre el ponente y la complejidad del asunto.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—1. El presente caso, en el contexto de las normas de derecho internacional privado, plantea, como cuestión de fondo, el alcance e interpretación de la regla octava del artículo noveno del Código Civil (LEG 1889, 27), particularmente de su último párrafo en orden a la redacción dada por la reforma operada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre (RCL 1990, 2139), sobre reforma del Código Civil (LEG 1889, 27) en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo: «Los derechos que por ministerio de la Ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes».

2. Antecedentes

La parte actora en este procedimiento ejercita acción de impugnación de escritura de manifestación y adjudicación de herencia de fecha 25 de julio de 2006 solicitando en su virtud la restitución de los bienes para realización de nueva partición, y ello en atención a las siguientes consideraciones. El causante, D. Pablo era de nacionalidad italiana y con residencia legal en España, falleciendo en fecha de 26 de enero de 2006 en Benalmádena, en estado de casado con Dña. Ariadna, era de nacionalidad española, y habiendo otorgado testamento en fecha de 2 de marzo de 1973, en el que instituía herederos a sus hermanos D. Teresa y D. Agustín. El causante vivió desde sus primeros años en Benalmádena, donde desarrolló toda su actividad personal y empresarial con sus hermanos encontrándose en este país toda su masa hereditaria. Se casó con la Sra. Ariadna en fecha de 18 de febrero de 2004 que residía igualmente en España. El matrimonio se contrajo bajo el régimen de separación de bienes, en virtud de capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al mismo, en fecha de 17 de febrero de 2004, documento en que los cónyuges de forma expresa someten su matrimonio a la legislación española, al hacer constar que su residencia habitual común inmediatamente posterior al matrimonio va a ser la que consta en la comparecencia y de acuerdo con el artículo 9.2 del Código civil (LEG 1889, 27) la ley que rija los efectos del matrimonio sea la del derecho común. La demandante y las codemandadas Dña. Fidela, Dña. Luz y Dña. María Virtudes son hijas y herederas universales del hermano fallecido del causante, D. Teresa. El día 25 de julio de 2006 esta parte es citada, junto al resto de los litigantes, a firmar la aceptación y adjudicación de herencia de su tío, don Pablo, ante el Notario de Málaga, D. Fernando Agustino Rueda, sometiéndose en dicho documento los derechos del cónyuge superviviente Dña. Ariadna a la legislación italiana, cuando resulta que el artículo 9.8 del Código Civil (LEG 1889, 27) en su inciso final establece que los derechos que por 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, habiéndose sometido como se ha visto el matrimonio a la legislación española. El artículo 12.6 del Código civil (LEG 1889, 27) exige a los tribunales y autoridades la aplicación de oficio de las normas de conflicto del derecho español, entre ellas el citado artículo 9.8. La alusión intencionada y/o negligente de la norma de conflicto que imperativamente debería ser aplicable genera un evidente detrimento al resto de los herederos testamentarios frente a la viuda ya que utilizando dicha legislación italiana para determinar los derechos del cónyuge superviviente ésta tendría derecho a la mitad de la herencia en plena propiedad y aplicando la legislación española para determinar los derechos del cónyuge superviviente la viuda tendría derecho exclusivamente al usufructo de 2/3 partes de la herencia (artículo 838 del Código Civil (LEG 1889, 27)). Por todo ello se interesa la nulidad de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia referida por indebida aplicación de la ley italiana a los derechos del Cónyuge viudo.

Frente a esta pretensión los codemandados Dña. Fidela y Dña. María Virtudes se allanaron íntegramente a la demanda, permaneciendo la codemandada Dña. Luz en situación de rebeldía.

Por su parte la codemandada Dña. Ariadna se opuso a la demanda de contrario formulada en base a las siguientes consideraciones. Primeramente señala que en el testamento de 1973 del Sr. Agustín Simpático concurre la preterición no intencional de la viuda Sra. Ariadna, en tanto cuando se otorgó no se había contraído matrimonio. Resulta cierto que el causante vivió muchos años en España pero también en Italia y en Francia y lo que es un hecho es que nunca renunció a su nacionalidad italiana a favor de la española. En cuanto a la relación del causante con esta parte, mantuvieron aunque se silencie de contrario, relación de convivencia desde el año 1990. Respecto a las capitulaciones matrimoniales ha de matizarse lo señalado de contrario puesto que en dicho documento los otorgantes se someten no ya directamente a la legislación española sino al derecho común. Sería por tanto sólo por efecto de los criterios subsidiarios del artículo 9.2 del Código Civil (LEG 1889, 27) por lo que resultara de aplicación la ley española a los efectos del matrimonio pero no por elección directa de los otorgantes. Reconociendo como ciertos los hechos cuarto y quinto de la demanda respecto del sexto se alega que al ser preterida de forma no intencional la viuda en el testamento otorgado en el año 1973 la consecuencia es la prevista en el artículo 814 del Código Civil (LEG 1889, 27), esto es, al haberse preterido un heredero forzoso se anula la institución de heredero del testamento con lo que se abriría la sucesión intestada y por aplicación tanto de la ley española como de la italiana, al no existir otros herederos forzosos que esta parte, sería la única heredera del fallecido (acción de nulidad de la institución de heredero que se reserva esta parte para posterior litis). En cuanto a la firma de la escritura cuya nulidad se pretende destaca de inicio esta parte que con carácter previo a la misma se mantuvieron numerosas reuniones entre los herederos para decidir libremente la forma en que se iba a practicar la partición hereditaria, reuniones en las que las partes estaban debidamente asesoradas y asistidas por sus

letrados, y por todos los herederos libremente se decidió hacerla en la forma y con las consecuencias de la legislación italiana resultare de aplicación o no y ello en base al principio de libertad de distribución de la herencia del artículo 1058 del Código civil (LEG 1889, 27), comportándose la actora en contra de sus propios actos puesto que en dicha escritura de aceptación y adjudicación de herencia declaró estar conforme con las adjudicaciones realizadas. Y ello se muestra igualmente en el hecho de que la actora ha procedido a vender determinados bienes que conformaban la herencia partida y adjudicada en dicha escritura. Finalmente en cuanto a la pretendida nulidad de la citada escritura pública se opone esta parte en razón a la inaplicación del artículo 9.8 inciso final del Código civil (LEG 1889, 27), doctrina de los actos propios, principio del *favor partitionis*.

Por su parte el codemandado D. Agustín se opuso a la demanda planteada, destacando el inicio de la enemistad entre la hoy actora y la viuda del causante, Sra. Ariadna así como la larga convivencia marital mantenida con ambos con carácter previo a la celebración de su matrimonio el día 26 de febrero de 2005. Respecto a la escritura cuya nulidad se insta señala esta parte que tanto la actora como el resto de parientes participaron por sí o por medio de sus maridos y/o abogados en todos los actos, concernientes a la herencia, especialmente en las reuniones previas en que se trató expresamente el punto sobre la ley aplicable y el reparto de bienes relictos, con intervención de letrados como D. Francisco Javier Fernández Ruíz (en representación de D. Pablo) y don Ramón Ramírez Luna (en representación de Dña. Luz y D. Pablo), don Salvador Martín Jiménez Oliver por Dña. Ariadna y la letrada suscribiente de esta contestación por don Agustín, manifestando la codemandada Dña. Fidela estar asesorada por el letrado D. José Luis Ortega. La escritura se firmó ante el Notario D. Fernando Agustino Rueda y ante el asesor fiscal D. Franco. Todos ellos asesoraron a las partes para finalmente firmarse la escritura, solicitándose una prórroga para la presentación del impuesto sucesorio por todos los herederos de común acuerdo. También se constituyó tras la firma de la escritura la comunidad de bienes «herederos de Pablo» para la gestión y administración de la herencia, habiéndose celebrado en estos años posteriores y hasta la fecha numerosas reuniones con asistencia y votación de todos los hoy litigantes (se aportan las actas como documento 5). Se apunta por esta parte que la actora, a espaldas de esta parte, ha vendido participaciones en algunas sociedades y otros bienes derivados de la herencia repartida, en los términos expuestos en su hecho séptimo y octavo. En cuanto a la invocación del último inciso del artículo 9.8 del Código civil (LEG 1889, 27), esta parte considera que para resolver este tema ha de partirse de los principios de universalidad y unidad de la sucesión, sin que la reforma de 1990 que introdujo tal inciso pretendiera, según esta parte, romper los citados criterios informadores de la sucesión hereditaria en nuestro ordenamiento. Se afirma además que este inciso sería solo aplicable la ley italiana número 218 de 31 de mayo de 1995 y Código Italiano Ley número 151 de 19 de mayo de 1975 en los términos que explica en su hecho noveno. Y finalmente esta parte se opone a la demanda presentada en base a la teoría de los actos propios.

3. Prueba practicada

A la vista de la prueba practicada han quedado acreditados los siguientes hechos:

D. Pablo, de nacionalidad italiana, falleció en fecha de 26 de enero de 2006 en la localidad de Benalmádena, en estado de casado con Dña. Ariadna, de nacionalidad española, con la que había mantenido previa convivencia marital durante años, residiendo ambos en Benalmádena, contrayendo matrimonio en fecha de 18 de febrero de 2004, y habiendo otorgado capitulaciones matrimoniales por las que acordaban el régimen económico matrimonial de separación de bienes mediante escritura pública de fecha 17 de febrero de 2004 en los términos recogidos en el documento 7 de la demanda.

En fecha de 2 de marzo de 1973 D. Pablo había otorgado testamento ante el Notario de Fuengirola D. Juan Carlos Gutiérrez Espada, en los términos recogidos en el documento 4 de la demanda.

El hermano de D. Pablo, D. Teresa falleció en fecha de 29 de diciembre de 1989, contando con tres hijas, Dña. Fidela, Dña. Luz y Dña. María Virtudes.

Tras numerosas reuniones entre los herederos de D. Pablo, a la que concurrieron diversos abogados en representación y asesoramiento de las partes, finalmente se firmó por D. Agustín, Dña. Ariadna, Dña. Fidela, Dña. Luz, Dña. Nieves y doña María Virtudes la escritura de aceptación, partición y adjudicación de herencia de don Pablo, en fecha de 25 de julio de 2006, en la Notaria de D. Fernando Agustino Rueda, firmando todas las partes con pleno conocimiento y con consentimiento del contenido de la escritura, en los términos recogidos en el documento 14 de la demanda.

Se creó con posterioridad a la firma de la escritura la comunidad de bienes «DIRECCION000» el día 6 de noviembre de 2006 (en los términos del documento 4 de la contestación de D. Agustín).

Con posterioridad a la firma de dicha escritura, doña Nieves ha vendido parte de los bienes que se le adjudicaron en la misma procedentes de la herencia de su tío D. Pablo.

4. La Sentencia de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda declarando la nulidad de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia y restituyendo al caudal hereditario los bienes que configuraron la misma. Y ello por entender que la ley aplicable es la española por ser la que rige los efectos del matrimonio conforme al artículo 9.8 del Código Civil (LEG 1889, 27).

La Sentencia de Segunda Instancia estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados, desestimó la demanda y absolvió a los demandados. En suma esta Sentencia entiende que el artículo 9.8 del Código Civil (LEG 1889, 27) conduce a aplicar la ley del causante en el momento del fallecimiento incluyendo en su ámbito los derechos correspondientes al cónyuge superviviente.

Recurso de casación

Derecho internacional privado. Artículo 9.8, *in fine*, del Código Civil (LEG 1889, 27): ley reguladora de los «efectos del matrimonio». Doctrina jurisprudencial aplicable. Improcedencia de la doctrina de los actos propios.

SEGUNDO.-1. La parte demandante, al amparo del ordinal segundo del artículo 477.2 LEC (RCL 2000, 34), interpone recurso de casación que articula en tres motivos, inadmitiéndose el motivo tercero, relativo a la imposición de costas, por exceder del ámbito del recurso de casación. En el primero de ellos por infracción de los artículos 9.1, 9.2, 9.3, 9.8, 12 y 13 del Código civil (LEG 1889, 27) en relación con los artículos 3 y 7 del citado Cuerpo legal. Y ello por cuanto la Sentencia recurrida mantiene que el contrato de partición y adjudicación que los herederos testamentarios y legítimos de D. Pablo suscribieron, el 25 de julio de 2006, debe reputarse válido y eficaz en tanto se ajustó al derecho italiano al fijar los derechos sucesorios que por ministerio de la ley corresponden al cónyuge superviviente en virtud de matrimonio contraído al amparo del derecho español, y ello produce la vulneración de los preceptos anteriormente citados en tanto que el derecho aplicable debe ser el español por ser el que regula los efectos del matrimonio de acuerdo con el inciso final del artículo 9.8 del Código Civil (LEG 1889, 27) en su redacción dada por la Ley 11/1990 de 15 de octubre (RCL 1990, 2139). El segundo motivo por infracción de los artículos 814, 816, 837, 838 y 851 del Código Civil (LEG 1889, 27) en relación con el artículo 9.8 del Código Civil (LEG 1889, 27) por cuanto a la cónyuge superviviente se le reconocen unas cuotas hereditarias a título de propiedad no coincidentes con las usufructuarias que la legislación española tiene establecidas y ello iría incluso en detrimento de los demás herederos.

2. En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser estimados.

3. En efecto, contrariamente a la fundamentación técnica seguida por la Audiencia, y conforme a lo desarrollado por la doctrina científica al respecto, se debe puntualizar que la regla del artículo 9.8, *in fine*, del Código Civil (LEG 1889, 27), que determina que «los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes «opera como una excepción a la regla general de la «lex successionis» previamente contemplada en el número primero del propio artículo nueve y reiterada en el párrafo primero de su número o apartado octavo (la Ley nacional del causante como criterio de determinación de la ordenación sucesoria).

En este sentido, la norma aplicable resulta plenamente determinada con la remisión que cabe efectuar en relación a los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil (LEG 1889, 27), reguladores de los efectos del matrimonio como criterio de determinación. Esta excepción o regla especial, no puede considerarse como una quiebra a los principios de unidad y universalidad sucesoria que nuestro Código, como se ha señalado, no recoge como una regla de determinación ab-

soluta, ya que responde, mas bien, a un criterio técnico o de adaptación para facilitar el ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge superviviente y la ley aplicable a la disolución del correspondiente régimen económico matrimonial: solución, además, armónica con los instrumentos internacionales vigentes, aun no habiéndose ratificado por el Reino de España, caso de las Convenciones de la Haya de 14 de marzo de 1978 y de 1 de agosto de 1989.

Desde esta perspectiva se comprende que no quepa una interpretación de lo que deba entenderse por «efectos del matrimonio» que, en definitiva, modifique o restrinja el ámbito de aplicación de la regla especial reconocida y querida como tal, no sólo porque la propia norma no albergue distinción alguna a estos efectos entre las relaciones personales del vínculo matrimonial, ya generales o morales como los deberes de fidelidad o convivencia, o bien ligadas a un estatuto primario tales como el año de luto, ventajas, ajuar doméstico, etc, y las relaciones patrimoniales, propiamente dichas, sino por la consideración de los «efectos del matrimonio» como término o calificación jurídica que conceptualmente comporta un conjunto de derechos y deberes de contenido y proyección económica de innegable transcendencia, también en el ámbito sucesorio de los cónyuges.

4. En el presente caso, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, la aplicación sistemática de los artículos 9.2 y 9.8, *in fine*, del Código Civil (LEG 1889, 27) lleva a que los derechos sucesorios de doña Ariadna, como cónyuge superviviente, deban ser regulados de acuerdo con el sistema sucesorio español. Así se desprende de la escritura pública de capitulaciones prenupciales, de 17 de febrero de 2004, en donde los otorgantes, para el caso de celebración del proyectado matrimonio, hicieron constar su residencia habitual común en Benalmádena (Málaga) y la determinación del derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio.

Por otra parte, y dentro del debate planteado, también debe señalarse que, en el presente caso, no resulta aplicable la doctrina de los actos propios, [STS de 15 de junio de 2012, núm. 399/2012 (RJ 2012, 6719)], pues la mera disposición de algunos derechos o bienes de la herencia, por la aquí recurrente, no constituyen actos inequívocos y concluyentes en orden a la renuncia de los derechos hereditarios que legalmente le corresponden; de la misma forma que la aceptación o conformidad prestada, en su momento, en la escritura de manifestación y adjudicación de la herencia de don Pablo, el 25 de julio de 2006, no condiciona o desacredita el «interés jurídicamente atendible» de la pretensión ejercitada, máxime cuando se sustenta en la correcta aplicación de una regla imperativa dispuesta por la norma y, en donde, por lo demás, la parte recurrente resulta totalmente ajena a la causa de nulidad observada. (STS de 29 de octubre de 2012, núm. 619/2012 (RJ 2013, 2272)).

TERCERO.—Estimación del recurso y costas.

1. La estimación de los motivos planteados comporta la estimación del recurso de casación interpuesto.

2. Por aplicación del artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34) no procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.

3. Por aplicación del artículo 398.1 y 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34) procede hacer expresa imposición de costas de Primera y Segunda Instancia a la parte demandada, aquí recurrida.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Nieves contra la sentencia dictada, con fecha de 22 de junio de 2011 (JUR 2012, 342338), por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ª, en el rollo de apelación núm. 138/2010, que casamos y anulamos, confirmando en su lugar los pronunciamientos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Torremolinos, de 31 de julio de 2009, relativa a los autos de juicio ordinario núm. 926/2008.

2. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación interpuesto.

3. Procede hacer expresa imposición de costas de Primera y Segunda instancia a la parte demandada, aquí recurrida.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marín Castán, José Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.—Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Javier Orduña Moreno, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

COMENTARIO

SUMARIO. I. RELATO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. II. EL RAZONAMIENTO DEL ARTÍCULO 9.8 CC: LEYES APLICABLES A UNA SUCESIÓN INTERNACIONAL. III. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 9.2 CC: LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO. IV. LAS SOLUCIONES JURÍDICAS INTERNACIONALES DE LA SENTENCIA.

I. RELATO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Demanda presentada ante el Juzgado de Primera Instancia de Torremolinos de una sobrina (Doña Nieves) contra la escritura notarial de adjudicación de

la herencia de su tío de nacionalidad italiana (Don Pablo), firmada por todos los herederos testamentarios (entre los que se encuentra ella) y la viuda del causante (Doña Ariadna) de nacionalidad española, residentes en España.

La parte actora en este procedimiento ejercita acción de impugnación de escritura de manifestación y adjudicación de herencia de fecha 25 de julio de 2006 solicitando en su virtud la restitución de los bienes para realización de nueva partición.

El causante falleció el 26 de enero de 2006 en Benalmádena, en estado de casado con Doña Ariadna y habiendo otorgado testamento en fecha de 2 de marzo de 1973, en el que instituía herederos a sus hermanos Don Teresa (ya fallecido) y Don Agustín. El matrimonio se contrajo el 18 de febrero de 2004 bajo el régimen de separación de bienes, en virtud de capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al mismo, en fecha de 17 de febrero de 2004. Documento en que los cónyuges parecen querer someter los efectos de su matrimonio a la legislación española (al figurar que su residencia habitual común inmediatamente posterior al matrimonio va a ser la que consta en la comparecencia, en España, y de acuerdo con el artículo 9.2 del CC, la ley que rija los efectos del matrimonio sea la del derecho común).

La demandante y las codemandadas, Doña Fidela, Doña Luz y Doña María Virtudes, son hijas y herederas universales del hermano fallecido del causante, Don Teresa (junto a la codemandada, Doña Ariadna que es la esposa del causante).

El día 25 de julio de 2006 la parte demandante es citada, junto al resto de los litigantes, a firmar la aceptación y adjudicación de herencia de su tío ante el Notario de Málaga, sometiendo en dicho documento los derechos del cónyuge supérstite a la legislación italiana (ley sucesoria general), cuando resulta que el artículo 9.8 CC (norma de conflicto del Derecho Internacional Privado español que determina las leyes aplicables de una sucesión con elemento extranjero), en su inciso final, establece que los derechos que por 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): no es la ley determinada por la regla general del primer inciso del artículo 9.8, la ley italiana, sino la ley que rige los efectos del matrimonio, la legislación española, como analizaremos.

El artículo 12.6 CC exige a los tribunales y autoridades la aplicación de oficio de las normas de conflicto del derecho español, entre ellas el citado artículo 9.8. La no alusión intencionada y/o negligente de la norma de conflicto que imperativamente debería ser aplicable genera un evidente detrimento al resto de los herederos testamentarios frente a la viuda. Ya que utilizando dicha legislación italiana para determinar los derechos que por ministerio de la ley corresponden al cónyuge supérstite ésta tendría derecho a la mitad de la herencia en plena propiedad, sin embargo, aplicando la legislación española para determinar los derechos del cónyuge supérstite la viuda tendría derecho exclusivamente al usufructo de 2/3 partes de la herencia (como dispone el artículo 838 CC).

Por todo ello se interesa la nulidad de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia referida por indebida aplicación de la ley italiana a los derechos del cónyuge viudo.

Frente a esta pretensión, los codemandados Doña Fidela y Doña María Virtudes se allanaron íntegramente a la demanda, permaneciendo la codemandada Doña Luz en situación de rebeldía (todas ellas sobrinas del causante).

Por su parte la codemandada Doña Ariadna, la viuda, se opuso a la demanda de contrario formulada en base a las siguientes consideraciones.

Primeramente, señala que en el testamento de 1973 concurre la preterición no intencional de la viuda, en tanto cuando se otorgó no se había contraído matrimonio. Alega que la consecuencia es la prevista en el artículo 814 CC, esto es, al haberse preterido un heredero forzoso se anula la institución de heredero del testamento con lo que se abriría la sucesión intestada y, por aplicación tanto de la ley española como de la italiana, al no existir otros herederos forzosos que esta parte, sería la única heredera del fallecido. Sin embargo, la acción de nulidad de la institución de heredero se la reserva esta parte para posterior litigio.

En segundo lugar, resulta cierto que el causante vivió muchos años en España pero también en Italia y en Francia y lo que es un hecho es que nunca renunció a su nacionalidad italiana a favor de la española. En cuanto a la relación del causante con esta parte, mantuvieron aunque se silencie de contrario, relación de convivencia desde el año 1990. Respecto a las capitulaciones matrimoniales ha de matizarse lo señalado de contrario puesto que en dicho documento los otorgantes se someten no ya directamente a la legislación española sino al derecho común. Sería por tanto sólo por efecto de los criterios subsidiarios del artículo 9.2 CC por lo que resultara de aplicación la ley española a los efectos del matrimonio, pero no por elección directa de los otorgantes.

En cuanto a la firma de la escritura cuya nulidad se pretende destaca de inicio esta parte que con carácter previo a la misma se mantuvieron numerosas reuniones entre los herederos para decidir libremente la forma en que se iba a practicar la partición hereditaria, reuniones en las que las partes estaban debidamente asesoradas y asistidas por sus letrados, y por todos los herederos libremente se decidió hacerla en la forma y con las consecuencias de la legislación italiana, resultare de aplicación o no, y ello en base al principio de libertad de distribución de la herencia del artículo 1058 CC, comportándose la actora en contra de sus propios actos puesto que en dicha escritura de aceptación y adjudicación de herencia declaró estar conforme con las adjudicaciones realizadas. Y ello se muestra igualmente en el hecho de que la actora ha procedido a vender determinados bienes que conformaban la herencia partida y adjudicada en dicha escritura.

Finalmente en cuanto a la pretendida nulidad de la citada escritura pública se opone esta parte en razón a la inaplicación del artículo 9.8 inciso final CC, doctrina de los actos propios, principio del *favor partitionis*.

Por su parte el codemandado Don Agustín se opuso a la demanda planteada, destacando el inicio de la enemistad entre la hoy actora y la viuda del causante. Respecto a la escritura cuya nulidad se insta, señala esta parte que tanto la actora como el resto de parientes participaron, por sí o por medio de sus maridos y/o abogados, en todos los actos, concernientes a la herencia, especialmente en las reuniones previas en que se trató expresamente el punto sobre la ley aplicable y el reparto de bienes relictos, para finalmente firmarse la escritura. También se constituyó tras la firma de la escritura la comunidad de bienes para la gestión y administración de la herencia. Se apunta por esta parte que la actora, a espaldas de esta parte, ha vendido participaciones en algunas sociedades y otros bienes derivados de la herencia repartida. En cuanto a la invocación del último inciso del artículo 9.8 CC esta parte considera que para resolver este tema ha de partirse de los principios de universalidad y unidad de la sucesión (aplicar una sola ley a la sucesión del causante: la italiana), sin que la reforma de 1990 que introdujo tal inciso pretendiera, según esta parte, romper los citados criterios informadores de la sucesión hereditaria en nuestro ordenamiento. Y finalmente esta parte se opone a la demanda presentada en base a la teoría de los actos propios.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la nulidad de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia y restituyendo al caudal hereditario los bienes que configuraron la misma, por entender que era aplicable la ley española por ser la que rige los efectos del matrimonio (artículo 9.2 CC), conforme al artículo 9.8 CC.

La Audiencia Provincial de Málaga desestimó la demanda y absolvió a los demandados, por considerar que dicho artículo, el 9.8 CC, conduce a aplicar la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento, la ley italiana, incluyendo en su ámbito los derechos correspondientes al cónyuge superviviente.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante, casa la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia, estimando los motivos planteados:

El primero de ellos por infracción de los artículos 9.1, 9.2, 9.3, 9.8, 12 y 13 CC. Por cuanto la sentencia recurrida mantiene que el contrato de partición y adjudicación que los herederos testamentarios y legítimos de Don Pablo suscribieron, el 25 de julio de 2006, debe reputarse válido y eficaz en tanto se ajustó al derecho italiano al fijar los derechos sucesorios que por ministerio de la ley corresponden al cónyuge superviviente en virtud de matrimonio contraído al amparo del derecho español, y ello produce la vulneración de los preceptos anteriormente citados, en tanto que, el derecho aplicable debe ser el español por ser el que regula los efectos del matrimonio de acuerdo con el inciso final del artículo 9.8 CC (en su redacción dada por la Ley 11/1990 de 15 de octubre).

El segundo motivo por infracción de los artículos 814, 816, 837, 838 y 851 CC, en relación con el artículo 9.8 CC que conduce a la legislación material española para determinar los derechos que por ministerio de la ley corresponden al cónyuge viudo. Por cuanto al cónyuge superviviente se le reconocen unas cuotas hereditarias a título de propiedad no coincidentes con las usufructuarias

que la legislación española tiene establecidas y ello iría incluso en detrimento de los demás herederos.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado nos interesa analizar principalmente los artículos 9.8 y 9.2 CC¹, alegados en uno de los motivos estimados y que nos van a conducir a la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo en un asunto jurídico privado internacional.

II. EL RAZONAMIENTO DEL ARTÍCULO 9.8 CC: LEYES APLICABLES A UNA SUCESIÓN INTERNACIONAL

La regulación jurídica de las sucesiones *mortis causa* es muy diferente de país a país². Esta distinta regulación material del Derecho de sucesiones en los distintos ordenamientos jurídicos ha condicionado las soluciones del Derecho Internacional Privado en la materia.

En el Derecho Civil se pueden distinguir dos sistemas sobre la sucesión *mortis causa*³: la concepción seguida por el sistema romano puro⁴ y la concepción seguida por el sistema feudal y germánico⁵. El Derecho español, al igual que el Derecho italiano, portugués, alemán y de los Países Bajos, es reflejo de la primera.

Estas concepciones del fenómeno sucesorio en presencia se manifiestan también en el Derecho Internacional Privado.

Así, en los sistemas romanos, las normas de conflicto que señalan la ley aplicable a la sucesión internacional emplea puntos de conexión personales: el ejemplo español e italiano (ley nacional o domicilio del causante). Además, toda la sucesión queda regulada por el único derecho material estatal: con independencia de la naturaleza de los bienes y del lugar de su situación.

En los sistemas germánicos, la ley aplicable se determina con puntos de conexión territoriales: el ejemplo del derecho francés o belga (ley de situación de los bienes inmuebles). Ello implica la aplicación a la sucesión de distintos derechos materiales estatales: ley de situación de los bienes inmuebles y ley del último domicilio del causante, para los bienes muebles.

1. Solución, además, armónica con los instrumentos internacionales vigentes, no ratificados por el Reino de España (por lo que no entramos en su análisis), caso de las Convenciones de la Haya de 14 de marzo de 1978 y de 1 de agosto de 1989, sobre ley aplicable a la sucesión *mortis causa* y sobre administración de la herencia.
2. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y MARTÍNEZ NAVARRO, J. J. (dirs.), *Prontuario básico de derecho sucesorio internacional*, Granada, 2012, p. 11.
3. Sobre este tema *vid.* CASTELLANOS RUIZ, E., *Unidad vs pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, 2001.
4. Conforme a la concepción romana, la herencia es un patrimonio sujeto a reglas propias e independientes, la *hereditas* como *universitatis iuris*, y el heredero se subroga en la persona del causante continuando la personalidad del fallecido.
5. Los ordenamientos que siguen esta concepción restan importancia a la herencia como patrimonio único y a la subrogación, afirmando que la sucesión atribuye la titularidad sobre un patrimonio cuyo centro lo forman los bienes pertenecientes a la masa hereditaria.

La norma de conflicto en el Derecho Internacional Privado español que señala la ley aplicable a la sucesión internacional se encuentra en el artículo 9.8 CC. El Parlamento Europeo, en sesión de 13 de marzo de 2012, aprobó el Reglamento (UE) núm. 650/2012 de 4 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a «la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo». No obstante, este Reglamento no se aplicará hasta el 17 de agosto de 2015 (haremos alguna referencia al mismo en lo que aquí nos interesa).

En primer lugar examinaremos los rasgos generales de la normativa autónoma de derecho aplicable vigente. El artículo 9.8 CC contiene tres soluciones diferentes:

En general las sucesiones se rigen por la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento (primer inciso del artículo 9.8 CC).

Sin embargo, para mantener su validez, las disposiciones testamentarias, si existen, serán válidas sustancialmente conforme a ley nacional del testador en el momento de su otorgamiento (aunque sea otra la ley que rija la sucesión en general). Salvo las legítimas, que al igual que la sucesión intestada se regula por la ley sucesoria (segundo inciso del artículo 9.8 CC).

Y, en lo que en esta sentencia interesa, tenemos que estar a lo que dispone *in fine* el artículo 9.8 Cc. Así, a los derechos sucesorios del cónyuge superviviente se aplica la ley rectora de los efectos del matrimonio, a salvo las legítimas de los descendientes que se regula por la ley sucesoria.

En el Reglamento de sucesiones 650/2012⁶, que se aplicará a partir del 17 de agosto de 2015⁷, se delimita su ámbito de aplicación en el artículo 1, que establece que se aplicará a las sucesiones por causa de muerte, excluye una serie de materias de derecho fiscal, aduanero, administrativo, y en el apartado 3º excluye de su ámbito de aplicación cuestiones sobre: a) el estado civil de las personas físicas, así como las relaciones familiares y las relaciones que, con arreglo a la ley aplicable a las mismas, tengan efectos comparables; b) la capacidad jurídica de las personas físicas; c) las cuestiones relativas a la desaparición, la ausencia o la presunción de muerte de una persona física; d) las cuestiones relativas a los

6. Artículos interesantes sobre este Reglamento: BLANCO MORALES, P., «Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, enero-junio 2012; RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., «La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», *INDRET*, abril 2013; RODRÍGUEZ MATEOS, P., «La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión europea», *REEI*, mayo 2014. Y en la obra de CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 julio 2012. Análisis crítico», Granada, 2014.

7. No se aplica a Dinamarca y, de momento, el Reino Unido e Irlanda todavía no han manifestado su voluntad de participar en él. El régimen excepcional de estos países tiene su fundamento en el Protocolo núm. 22 sobre la posición de Dinamarca (*opting out*), anejo al Tratado de Funcionamiento de la UE y el Protocolo núm. 21 sobre la posición del Reino Unido e Irlanda (*opting in*), anejo al Tratado de Funcionamiento de la UE.

regímenes económicos matrimoniales, así como a los regímenes patrimoniales resultantes de las relaciones que la ley aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio; e) las obligaciones de alimentos distintas de las que tengan su causa en la muerte; f) la validez formal de las disposiciones *mortis causa* hechas oralmente; g) los bienes, derechos y acciones creados o transmitidos por título distinto de la sucesión, por ejemplo mediante liberalidades, propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del superviviente, planes de pensiones, contratos de seguros y transacciones de naturaleza h) las cuestiones que se rijan por la normativa aplicable a las sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, como las cláusulas contenidas en las escrituras fundacionales y en los estatutos de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, que especifican la suerte de las participaciones sociales a la muerte de sus miembros; i) la disolución, extinción y fusión de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas; j) la creación, administración y disolución de trusts; k) la naturaleza de los derechos reales, y l) cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo.

La exclusión del artículo 1.3.d) implica que la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial quedará regulado por lo dispuesto en la normativa autónoma de Derecho Internacional⁸, es decir por los artículos 9.2 o 9.3 CC (dependiendo si se han pactado o no capitulaciones matrimoniales), en el caso de aplicación de una norma de conflicto española a los efectos de un matrimonio con elemento extranjero. Sin embargo, los derechos hereditarios del cónyuge viudo estarán incluidos en la ley sucesoria que resulte aplicable conforme a este Reglamento. Así dispone el considerando 12 que, el presente Reglamento no debe aplicarse a las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales, incluidos los acuerdos matrimoniales tal como se conocen en algunos sistemas jurídicos en la medida en que no aborden asuntos sucesorios, ni a regímenes patrimoniales de relaciones que se considera que tienen efectos similares al matrimonio. No obstante, las autoridades que sustancien una sucesión con arreglo al presente Reglamento deben tener en cuenta, en función de la situación, la liquidación del régimen económico matrimonial o de un régimen patrimonial similar del causante para determinar la herencia de este y las cuotas hereditarias de los beneficiarios.

Así, en el Reglamento de sucesiones 650/2012, salvo disposición contraria, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión (incluidos los derechos sucesorios del cónyuge superviviente) será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento (artículo 21.1).

8. En el espacio judicial europeo existe, aún, una Propuesta de Reglamento de 11 de marzo de 2011 del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, por tanto, en esta cuestión las normas de conflicto son internas (sin que tampoco exista convenio internacional).

Si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado (artículo 21.2).

Sin embargo, cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento (artículo 22).

En el artículo 23 del Reglamento se establece el ámbito de esta ley aplicable, la ley determinada en virtud de los artículos 21 y 22 (siempre que no exista testamento⁹), dicha ley regirá en particular: la determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, «incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites».

Por tanto, como recoge la nueva regulación europea de sucesiones, a los derechos sucesorios del cónyuge viudo en una sucesión internacional se la aplicará la ley sucesoria que resulte aplicable a toda la sucesión del causante (la ley nacional elegida por el causante en el momento de la elección o en el momento del fallecimiento, y en defecto de elección, ley de su residencia habitual o ley de vínculos más estrechos). A diferencia de la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge supérstite, por los tribunales españoles, hasta que resulte aplicable el Reglamento de sucesiones.

Hasta entonces, y como dispone la sentencia que comentamos, la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo, será la que determina el artículo 9.8, *in fine*, CC: la ley que regule los efectos del matrimonio, es decir la ley que señala y a la que conduce el artículo 9.2 CC (como argumentaremos, matizando lo fallado por el Tribunal Supremo).

III. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 9.2 CC: LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO

Este artículo 9.2 CC dispone que los efectos del matrimonio (en general), se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cual-

9. Hay que tener también en cuenta, que conforme al nuevo Reglamento de sucesiones, si existe testamento el artículo 24 puede suponer la aplicación de una ley distinta para determinar la validez de las disposiciones contenidas en el mismo, entre ellas los derechos sucesorios del cónyuge supérstite. Así dispone este artículo 24 que las disposiciones *mortis causa* distintas de los pactos sucesorios se regirán, en cuanto a su admisibilidad y validez material, por la ley elegida por el disponente según las reglas del artículo 22 (artículo 24.2), o por la ley que habría sido aplicable a la sucesión del causante si este hubiese fallecido en la fecha de la disposición (artículo 24.1). Las mismas reglas se aplicarán para su modificación o revocación (artículo 24.3).

quiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.

Si los cónyuges han pactado en capitulaciones su régimen económico matrimonial, en este caso, lo que se podría plantear sería la validez o no de las mismas, atendiendo a la ley que fuese aplicable conforme a lo dispuesto en el artículo 9.3 CC («los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento»). Aunque si los pactos o capitulaciones establecen un entero régimen económico matrimonial elaborado por los cónyuges, o bien establecen un entero régimen matrimonial por remisión a disposiciones legales, la ley aplicable a la liquidación del mismo debe ser la ley estatal que con arreglo al artículo 9.3 CC considere válidos los pactos o capitulaciones. Se entiende que el artículo 9.3 CC señala también la ley aplicable al contenido de esos pactos o capitulaciones¹⁰.

La cuestión que se nos plantea es si el artículo 9.8 *in fine*, CC remite para regular los derechos sucesorios del cónyuge supérstite, sólo al artículo 9.2 CC o también al artículo 9.3 CC (si los pactos o capitulaciones establecen un entero régimen económico matrimonial elaborado por los cónyuges, o bien establecen este entero régimen matrimonial por remisión a disposiciones legales).

Así, en primer lugar, en el supuesto que analizamos, sobre la cuestión de la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo, la remisión del artículo 9.8, *in fine*, CC conduce, en principio, al artículo 9.2 CC. Este artículo dispone literalmente que «los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo...». Con la expresión «efectos del matrimonio» el artículo 9.2 CC persigue un claro objetivo: que todas las relaciones jurídicas entre los cónyuges ya sean de carácter personal o patrimonial que surgen del matrimonio, queden sujetas a una sola y única ley reguladora. El criterio seguido por el legislador es positivo, ya que no siempre es sencillo calificar ciertos efectos derivados del matrimonio como «personales» o «patrimoniales» y, además refuerza la seguridad jurídica, pues sólo una ley regula todos los efectos del matrimonio, lo que simplifica las relaciones jurídicas de los cónyuges en casos internacionales.

Por tanto, el artículo 9.2 CC señala la ley aplicable a tres aspectos distintos: las relaciones personales entre los cónyuges o efectos personales del matrimonio, las relaciones económicas entre los cónyuges (el régimen económico matrimonial) y los derechos sucesorios que legalmente corresponde al cónyuge viudo.

10. Sin embargo, las leyes aplicables a la capacidad para otorgar estos pactos o capitulaciones será la ley personal de cada uno de los disponentes (artículo 9.1 CC), y a la forma y publicidad de los mismos cualquiera a las que remita el artículo 11 CC.

Así, en lo que se refiere a todos los efectos que el matrimonio produce en relación con la situación económica de los esposos, la ley designada en el artículo 9.2 CC determinará: si el matrimonio produce el nacimiento «*ex lege*» de una sociedad de gananciales (como en el derecho español civil común), o de un régimen específico para los cónyuges o si no produce ningún efecto legal en la esfera económica de los cónyuges (como sucede en el derecho inglés); también determinará la ley aplicable al régimen matrimonial primario, es decir, las obligaciones de mantenimiento y de contribución impuestas por la ley a los esposos para afrontar las necesidades familiares, poderes de administración y representación recíprocas, responsabilidad frente a terceros por las deudas asumidas por uno de los cónyuges en interés de la familia; y, se incluirá del mismo modo, porque no es frecuente la conclusión de pactos y capitulaciones matrimoniales, el entero régimen económico matrimonial hasta la disolución y liquidación del mismo por cualquier causa (entre ellas el fallecimiento de uno de los cónyuges).

Por ello, el artículo 9.2 CC determinará la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo.

En segundo lugar, y como argumento a favor de que la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge superviviente se rige por lo dispuesto por el artículo 9.2 CC, nos encontramos con el artículo 9.8 CC que regula las leyes aplicables a la sucesión de una persona en un supuesto jurídico privado internacional. Y este artículo 9.8, después de fijar la ley aplicable a la sucesión en general y a las disposiciones testamentarias, en su apartado final establece una regla especial: «Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes». Expresamente, pues, el artículo 9.8 *in fine* remite a la «misma ley que regule los efectos del matrimonio», es decir al artículo 9.2 CC.

Esta solución la adopta el legislador, en la reforma de título preliminar del Código civil de 1990, para resolver el problema del ajuste entre la disolución del régimen económico matrimonial y los derechos sucesorios del cónyuge viudo, cuando estas dos situaciones relacionadas se someten a ordenamientos jurídicos distintos.

El Derecho Internacional Privado español ha aportado una solución jurídica al problema al agregar el inciso final en el artículo 9.8 CC, que es especial en relación con la regla general aplicable a una sucesión internacional, y que remite a otra norma de conflicto del Código civil: la que regula los efectos del matrimonio, para que se aplique la misma ley a la disolución del régimen económico matrimonial, en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, y a los derechos sucesorios del viudo.

Es la norma de conflicto del artículo 9.2 CC, la que regula la ley aplicable a los efectos del matrimonio en sentido amplio, la que determina la ley para la sucesión abintestato del cónyuge viudo, desapareciendo el desajuste entre la ley

aplicable a la disolución del régimen económico matrimonial y la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo.

Por tanto, no podría aplicarse la norma de conflicto del artículo 9.3 CC que regula las leyes aplicables a la validez y contenido de las capitulaciones matrimoniales, aunque éstas incluyeran la regulación de la disolución del régimen económico matrimonial. El artículo 9.8 CC en su último apartado remite, como hemos dicho, al artículo 9.2 CC, y como las normas de conflicto españolas son imperativas (artículo 12.6 CC), los tribunales españoles tienen que aplicar a los derechos sucesorios del cónyuge superviviente la ley que resulte aplicable conforme al artículo 9.2 CC, hasta que se aplique el Reglamento de sucesiones.

IV. LAS SOLUCIONES JURÍDICAS INTERNACIONALES DE LA SENTENCIA

La primera solución jurídica que aporta el Tribunal Supremo es la aplicación del artículo 9.8, *in fine*, CC, que determina que los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes. Entiende que opera como una excepción a la regla general de la *lex successionis* previamente contemplada en el número primero del propio artículo 9 y reiterada en el párrafo primero de su número o apartado octavo (la ley nacional del causante como criterio de determinación de la ordenación sucesoria).

En este sentido, dice el Supremo en esta sentencia, que la norma aplicable, a los derechos del cónyuge viudo, resulta plenamente determinada con la remisión que cabe efectuar en relación a los artículos 9.2 y 9.3 CC, reguladores de los efectos del matrimonio como criterio de determinación.

Sin embargo, y matizando lo establecido por el Tribunal, dado que el artículo 9.8, *in fine*, CC, remite para regular los derechos sucesorios del cónyuge viudo a «la misma ley que regule los efectos del matrimonio», habría que preguntarse, como argumentamos antes, si esa ley es la que establece tanto el artículo 9.2 CC como el artículo 9.3 CC. Dimos como respuesta que el artículo 9.8 CC en su último apartado conduce lógicamente y jurídicamente al artículo 9.2 CC. El Tribunal Supremo no remite de manera clara a esta norma de conflicto (como vemos en el fundamento de derecho segundo, punto tercero).

Si bien, la sentencia en el mismo fundamento de derecho segundo, en el punto cuarto y último, dispone que aplicando sistemáticamente los artículos 9.2 (ya no hace mención al artículo 9.3) y 9.8, *in fine*, CC, lleva a que los derechos sucesorios como cónyuge superviviente, deban ser regulados de acuerdo con el sistema sucesorio español. Así se desprende, dice la sentencia en el fundamento segundo punto cuarto, «de la escritura pública de capitulaciones prenupciales, de 17 de febrero de 2004, en donde los otorgantes, para el caso de celebración del proyectado matrimonio, hicieron constar su residencia habitual común en Benalmádena (Málaga) y la determinación del derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio». Con lo cual parece aplicar

conjuntamente los artículos 9.2 CC, que determina la ley aplicable a los efectos del matrimonio cuando no existen capitulaciones matrimoniales, y 9.3 CC, que regula la ley aplicable para determinar la validez y contenido de los pactos y capitulaciones matrimoniales.

Pero, aunque en este caso, los cónyuges pactaron capitulaciones matrimoniales (remitiendo al derecho común para regular su régimen económico de separación) válidas conforme a la ley española, que es una de las leyes que determinan la validez en el artículo 9.3 CC, expresamente, el artículo 9.8 *in fine*, CC remite al artículo 9.2 CC. Esta norma de conflicto es la que regula la ley aplicable a los efectos del matrimonio (sean estos personales o patrimoniales) y, por tanto, la ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo, para facilitar el ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge supérstite y la ley aplicable a la disolución del correspondiente régimen económico matrimonial (como se establece en el fundamento de derecho segundo en el tercer punto, segunda parte).

Por ello, y como segunda solución jurídica, la misma sentencia, en el fundamento de derecho primero, punto segundo, primera parte, parece ir en la misma línea que apuntamos. Aplica el artículo 9.2 CC, y dentro de esta norma de conflicto, el segundo punto de conexión. Así dice que, «el matrimonio se contrajo bajo el régimen de separación de bienes, en virtud de capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al mismo, en fecha de 17 de febrero de 2004, documento en que los cónyuges de forma expresa someten su matrimonio a la legislación española, al hacer constar que su residencia habitual común inmediatamente posterior al matrimonio va a ser la que consta en la comparecencia y de acuerdo con el artículo 9.2 del Código civil». Determina la ley aplicable a los efectos del matrimonio conforme al segundo punto de conexión del artículo 9.2, el de la elección expresa de ley por los cónyuges antes del matrimonio (aunque no aclara si en la escritura de capitulaciones existe expresamente esta elección de ley¹¹), en documento público ante notario, siendo esta elección la ley de residencia habitual de los cónyuges inmediatamente pos-

11. Esa remisión en las capitulaciones matrimoniales a la ley de residencia de los cónyuges también se puede entender a la regulación en nuestro ordenamiento jurídico común del régimen económico matrimonial de separación de bienes y no propiamente a la elección de la ley aplicable a todos los efectos del matrimonio. Así parece deducirse de lo alegado por la viuda demandada en el fundamento primero de la sentencia en el punto segundo, segunda parte: «Respecto a las capitulaciones matrimoniales ha de matizarse lo señalado de contrario puesto que en dicho documento los otorgantes se someten no ya directamente a la legislación española sino al derecho común. Sería, por tanto, sólo por efecto de los criterios subsidiarios del artículo 9.2 CC por lo que resultara de aplicación la ley española a los efectos del matrimonio pero no por elección directa de los otorgantes». La remisión sería válida conforme al artículo 9.3 CC que regula la ley aplicable a la validez y contenido de las capitulaciones matrimoniales, pero no se refiere a la ley aplicable a los derechos que por ministerio de la ley le corresponden al cónyuge viudo, que está regulada expresamente en el artículo 9.8 *in fine* CC que conduce a su vez al artículo 9.2 CC que dispone la ley aplicable a los efectos del matrimonio.

terior a contraer matrimonio (los cónyuges residen en España, por tanto sería la ley española). Además, al coincidir esta ley con la que determina el tercer punto de conexión del artículo 9.2 CC, en defecto de elección que cumpla los requisitos, la ley también sería la española.

La solución jurídica, pues, es aplicar la ley común española por la remisión del artículo 9.8, *in fine*, CC al artículo 9.2 CC, y no por el primer punto de conexión (ya que los cónyuges tienen nacionalidad distinta), sino por el segundo punto de conexión, como parece deducirse de la sentencia: la ley elegida en las capitulaciones matrimoniales que regule legalmente los efectos del matrimonio, siendo la elección antes de contraer matrimonio. Sin obviar, añadimos, que también la ley española sería aplicable a los derechos del cónyuge viudo, conforme al tercer punto de conexión de esta norma de conflicto: la ley de residencia habitual común del matrimonio inmediatamente después de contraído el mismo.

El Tribunal Supremo desestima el recurso porque la ley determinada para regular los derechos sucesorios del viudo no puede ser la ley italiana, aplicable a la sucesión del causante en general, la *lex successionis*, (ley nacional del causante en el momento del fallecimiento, como dispone el artículo 9.8 en su primer párrafo)¹², sino la ley que regule los efectos del matrimonio, artículo 9.2 CC: la ley española a la que conduce el segundo (o el tercer) punto de conexión de esta norma de conflicto (por aplicación del artículo 9.8, *in fine*, CC).

El artículo 12.6 CC exige a los tribunales y autoridades la aplicación de oficio de las normas de conflicto del derecho español, entre ellas el citado artículo 9.8, *in fine*. La no aplicación de la norma de conflicto que imperativamente debería ser aplicable genera, como establece la sentencia, un evidente detrimento al resto de los herederos testamentarios frente a la viuda, ya que utilizando dicha legislación italiana para determinar los derechos del cónyuge supérstite ésta tendría derecho a la mitad de la herencia en plena propiedad y aplicando la legislación española para determinar los derechos del cónyuge supérstite la viuda tendría derecho exclusivamente al usufructo de 2/3 partes de la herencia (artículo 838 CC). Por ello, se interesa la nulidad de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia referida, por indebida aplicación de la ley italiana a los derechos del cónyuge viudo (no resulta aplicable la doctrina de actos propios).

En conclusión, la ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo será la que determina el artículo 9.2 CC en su punto de conexión tercero, la ley de residencia habitual de los cónyuges inmediatamente después de contraer matrimonio (la ley española). Salvo que se entienda, como el Tribunal Supremo,

12. RODRÍGUEZ MATEOS, P., ob. cit., p. 4, señala esta autora que particularmente notable es la diversidad de soluciones ante la eventual inadaptación entre la ley sucesoria y la ley matrimonial. El Reglamento opta por una adaptación material, manteniendo, a diferencia del artículo 9.8 CC, la aplicación de la ley sucesoria general a los derechos del cónyuge viudo.

que la ley aplicable es la española porque a ella conduce el segundo punto de conexión del artículo 9.2 CC, el de la elección de ley por los futuros cónyuges antes de contraer matrimonio en documento público (en nuestro caso en las capitulaciones matrimoniales): la autonomía de la voluntad conflictual.

Sin embargo, la ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo no puede determinarla el artículo 9.3 CC, aunque los pactos o capitulaciones matrimoniales regulen todo el régimen económico matrimonial o remitan a una ley que regule todo este régimen incluido su disolución y liquidación (en nuestro supuesto la ley del derecho común español que regule la separación de bienes). Porque sería ir en contra de lo dispuesto en una norma de conflicto imperativa, el artículo 9.8, *in fine*, CC, que remite expresamente para regular los derechos que por ministerio de la ley corresponden al cónyuge superviviente a la misma ley aplicable a los efectos del matrimonio, que se encuentra regulada en el artículo 9.2 CC y que va a determinar la ley material aplicable dependiendo del punto de conexión.

En la sentencia analizada la ley determinada es la española aplicando el segundo o el tercer punto de conexión, pues coincide aplicando uno u otro criterio (no se da el primero porque los cónyuges tienen nacionalidad distinta). Si estos dos puntos de conexión condujeran a leyes distintas, habría que aplicar el segundo punto de conexión (son puntos de conexión de aplicación subsidiaria): el de la elección de ley aplicable, analizando si se dan todos los requisitos para que esta elección sea válida (elección antes del matrimonio, en documento público y que refleje de manera clara y expresa que los futuros cónyuges han querido elegir ambos esa ley para regular todo los efectos del matrimonio). A falta de algún requisito habría que acudir al siguiente punto de conexión, el de la residencia de los cónyuges establecida inmediatamente después del matrimonio, que determinaría la ley aplicable a los derechos del cónyuge superviviente.