

NOTA DE JURISPRUDENCIA**SUCESIÓN TESTAMENTARIA**

Partición de herencia (cuestión principal).

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: legislación aplicable: determinación del régimen económico del matrimonio y sucesión por causa de muerte del marido

ANA PALOMA ABARCA JUNCO /MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA*

Revista Española de Derecho Internacional (REDI)

Vol. LVII 2005(2), 378-384.

ISSN: 0034-9380

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Educación a Distancia
E- 28040 MADRID
mvargas@der.uned.es
Documento depositado en el repositorio institucional [e-Spacio UNED](#)



SUCESIÓN TESTAMENTARIA: Partición de herencia (cuestión principal). **DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:** legislación aplicable: determinación del régimen económico del matrimonio y sucesión por causa de muerte del marido: sujeción del matrimonio al régimen de gananciales vigente en Cuba y no al de separación de bienes de Cataluña: derechos del cónyuge viudo. **NACIONALIDAD ESPAÑOLA:** no procede: nacido en Cuba en 1909 de padres que, siendo originariamente españoles, perdieron la nacionalidad como consecuencia del Tratado de Paz de París de 1889. Conservación de la nacionalidad cubana del causante al momento de contraer matrimonio en España (1943): no obsta a ella la declaración con valor de simple presunción de su nacionalidad española en resolución de expediente registral de 1970 y la indicación de su nacionalidad española y vecindad catalana en otros documentos.

Preceptos aplicados: artículo 11.1 CE; artículos 6.2, 9.1 y 1214 C.c.; Tratado de Paz de España con los Estados Unidos (hecho en París, en 10 de diciembre de 1898).

[**Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1148/2004 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 2 diciembre.** Recurso de Casación núm. 3054/1998. Ponente: Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2004\7908.

Fundamentos de Derecho

Primero: Constituye el objeto del presente litigio decidir si Don Luis Andrés, esposo de la actora y causante de los demandados, fallecido en 1988, poseía o no la nacionalidad española a la fecha en que contrajo matrimonio con la actora en este procedimiento, doña Estefanía., el día 27 de noviembre de 1943, pues, otorgando el causante don Luis Andrés testamento válido el 11 de julio de 1983, por el que tras legar a su viuda, la actora, determinados bienes, instituía herederos universales a sus hermanos, los demandados, y tras otorgar entre las partes escritura de inventario, aceptación y adjudicación de la herencia, se partió de la base de que el causante era de nacionalidad española pese haber nacido en Santiago de Cuba y, atendido su domicilio, de vecindad civil catalana, se aplicó el régimen de separación de bienes, y en base a ello los herederos se adjudicaron tras la entrega de legados, la nuda propiedad de todos los demás bienes inventariados, criterio particional que hubiera sido distinto si se hubiera partido de la consideración de que el Sr. Luis Andrés era de nacionalidad cubana cuando contrajo matrimonio, por lo que el régimen aplicable era el de gananciales, vigente a la sazón en Cuba. Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Barcelona, en sentencia de 28-3-1996, estimó la demanda habida cuenta la nacionalidad cubana de ese causante, mientras que la Sección Dieciséis de la Audiencia Provincial de dicha Capital, en la suya de 27-4-1998, desestimó la misma, al declarar la nacionalidad española y la vecindad civil catalana del mismo, con vigencia del régimen de separación frente al de ganancialidad en su matrimonio. Recurre en Casación la actora.

(...)

Quinto. Los citados Motivos han de acogerse, por compartir la tesis del recurso de que, el difunto esposo de la Actora y, causante de la herencia discutida, tenía nacionalidad

cubana al momento de la celebración de su matrimonio en 26-11-43, si bien, ostentaba la vecindad catalana y, para ello basta con reiterar los hechos que se han constatado por la primera sentencia del Juzgado, no rebatidos por la recurrida, a saber: 1) La estancia de los padres del citado en Cuba a raíz del año 1898, y tras la vigencia del citado Tratado de Paz con USA de 10-12-1898, al no acogerse a la posibilidad de conservar su nacionalidad española de origen, determinó la pérdida automática por su renuncia de la misma y, la adquisición por acto voluntario no expreso de la cubana; el nacimiento posterior del causante en 1- 3-1909, su inscripción en el Registro Consular de Cuba en 24-3-1909 y, tras su regreso a España se mantuvo esa cualidad de cubana en la fecha relevante para el litigio que es cuando se celebra su matrimonio en 26-11-1943. 2) Porque, ante esas vicisitudes cronológicas, la aplicación de los vigentes artículos citados en el recurso, en especial el 9.1 C.c., derivan en la terminante sanción de que, la aplicación de su Ley Personal de esa persona física es la correspondiente a su nacionalidad, la cual habilitará su capacidad y estado civil y los derechos y deberes de familia en la sucesión por causa de muerte; y hasta rigen tanto el apartado 2º de ese precepto en cuanto al régimen de la Ley nacional y, sobre todo, el apartado 3º, respecto a su proyección de esa Ley a sus relaciones patrimoniales en el matrimonio. 3) Que, frente a ello no es posible, como entiende la Sala asignar a la resolución de un expediente registral de fecha Auto 13 de julio de 1970, que ese causante tenía la nacionalidad española y no con carácter constitutivo, cuyos efectos fueran “ex nunc”, ya que, esa cualidad la poseía ya por ser hijo de padres españoles, lo que, desde luego, desborda la referida normativa antes analizada, pues, “ope legis”, nació de padres que no eran ya españoles, siendo, además, inconsistente que esa atribución registral, al tener que apoyarse en su normativa específica -art. 95 de su Ley a la sazón y 335 y ss. de su Reglamento- fuera significativa, al subrayarse que, esa declaración de nacionalidad, opera como una presunción y, por lo tanto, sometida a su desvirtuación probatoria - así lo admite la propia Sala “a quo” en su F.J. 2º- que, curiosamente, trastoca la aniquilación de su verdad formal, al tener en cuenta hechos o sucesos que, en puridad, son irrelevantes, porque, por su entidad, nunca pueden alterar una atribución originaria de nacionalidad, pues, -bien evidente es que, hablar de adquisiciones inmobiliarias o, signos de un voluntarismo del interesado- en nada empecen a aquella nacionalidad cubana del afectado y, cuando menos, cabría admitir que sería, tras ese Auto de 13 de julio de 1970, cuando tendría esa nacionalidad española, pero nunca antes y, por tanto, en la fecha de su matrimonio en 26-11-1943 que es la relevante a los fines de la vigencia del régimen ganancial aplicable a la sazón en Cuba, proyección no cuestionada en el litigio, en los términos de los artículos 1344 y 1345 C.c.

Nota. 1. La cuestión que, con carácter principal, se debate en el litigio es la relativa a la impugnación de la partición y petición de nulidad de adjudicación de los bienes hereditarios del causante y respectivo inventario, que había sido realizada en virtud de las disposiciones testamentarias otorgadas en base a la existencia de un régimen de separación de bienes en el matrimonio, de tal forma que el testador había dispuesto de todos los bienes como privativos. La sentencia objeto de comentario plantea varios problemas al hilo de la cuestión principal. Como es sabido, el fallecimiento de uno de los esposos provoca la disolución del régimen económico matrimonial (y, en su caso, los derechos sucesorios del cónyuge viudo). Es la disolución de este régimen la que va a determinar los bienes que pertenecen al causante y, por lo tanto, sobre los que pudo disponer, de tal modo que es necesario dilucidar —como cuestión preliminar— la

relativa al régimen económico bajo el cual estuvieron casados. Como se ha indicado, el testamento había sido redactado en base a la existencia de un régimen de separación de bienes; de tal modo que, si el régimen matrimonial fuera el de gananciales, como sostiene la actora, el caudal hereditario hubiera sido otro.

2. Establecida de este modo la cuestión principal, su solución puede plantearse en atención a dos órdenes de problemas: el primero, la determinación del régimen económico del matrimonio; y, el segundo, la incidencia de éste en la validez o nulidad de las cláusulas testamentarias; es decir, la interrelación entre el régimen económico matrimonial y el sucesorio. Pero, para la adecuada respuesta, ya que la conexión de las normas de conflicto aplicables a ambas cuestiones tienen como punto de conexión la ley personal, será necesario determinar cuál era la nacionalidad del causante.

3. Conviene anticipar que las circunstancias que rodean el caso no van a dar lugar a problemas de adaptación, como sucede cuando el régimen económico del matrimonio y la sucesión del cónyuge viudo tuvieran una conexión distinta y quedarán sometidos a ordenamientos jurídicos distintos e inspirados en principios contrapuestos y, también, cuando la nacionalidad hubiera cambiado con el transcurso del tiempo (entre la celebración del matrimonio y el momento de testar). La aplicación de la ley nacional—como ley rectora de ambos tipos de supuestos y la no alteración de la nacionalidad—evitará, en el caso que comentamos, el difícil problema de ajuste o adaptación entre ordenamientos jurídicos.

El examen de estas cuestiones se estructura en torno a la siguientes consideraciones:

4. *Régimen económico del matrimonio.* La sentencia trata la cuestión del régimen económico de un matrimonio mixto entre cubano y española celebrado en España. Esta circunstancia raramente se ha planteado ante los Tribunales españoles, cuestión que sin embargo sí se ha suscitado en el ámbito de la vecindad civil (véase jurisprudencia citada más abajo). Ahora bien, muchos de los problemas que se plantean en ambas situaciones (internacional e interregional) son similares (determinar la norma de conflicto aplicable al régimen económico del matrimonio y sucesión en el tiempo de las normas reguladoras, incidencia de las normas constitucionales e inmutabilidad del régimen) mientras que otros (ley aplicable, fundamentalmente) adquieren perfiles distintos cuando el problema se proyecta en el tráfico jurídico externo. Desde esta perspectiva, resulta pertinente —en el análisis de la sentencia que comentamos— hacer referencia a estas cuestiones.

5. En relación con los problemas comunes, uno de los más frecuentemente planteados en la práctica judicial española es el relativo a la determinación en el tiempo de la norma de conflicto aplicable al régimen económico del matrimonio; concreción necesaria por haberse producido un cambio de la norma de conflicto del foro. Estamos, por tanto, ante un problema de sucesión en el tiempo de las normas reguladoras. Cuestión que plantea problemas de derecho transitorio, agravados cuando éste se ve afectado por un cambio en los principios generales del ordenamiento jurídico producido por la Constitución española.

Doctrinalmente se han sostenido varias tesis (*vid.*, ABARCA JUNCO, A.P., “Problemas de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado”, en *Derecho internacional privado*, Vol. I., UNED; 2004, pp. 167 ss.), siendo la más razonable

aquella que propugna —desde la distinción entre situaciones perfectamente localizadas en el tiempo que agotan sus efectos jurídicos y reglamentación de los efectos sucesivos unidos a una situación duradera o permanente— la aplicación, al primer supuesto, de la norma de conflicto vigente en el momento en que se lleva a cabo el acto (en nuestro caso, el momento en que se celebró el matrimonio).

Teniendo en cuenta que en esta materia era la ley del marido —bien sea en la vecindad civil o en la nacionalidad— la que determinaba la ley aplicable, se ha suscitado el problema de la constitucionalidad de ambas normas y, consiguientemente, la aplicación retroactiva de la CE. Y si, según reiterada jurisprudencia, la CE tiene valor normativo inmediato en algunos de sus preceptos, su retroactividad sólo alcanza “a aquellas leyes, disposiciones, resoluciones o actos anteriores a ella” y que “no hubieran agotado sus efectos” con anterioridad a su promulgación (STC 43/1982 de 6 de julio).

Es jurisprudencia constante que tal aplicación retroactiva “tan solo podrá tener lugar cuando dichas situaciones no hayan agotado sus efectos con anterioridad a la promulgación de la Constitución” (entre otras, STS de 9.12.1986); y, en concreto, respecto al régimen del matrimonio “(...) no pueden juzgarse pues sino según la legislación vigente ininterrumpidamente a lo largo de todo el tiempo en que hubo relaciones personales, y consiguientemente económicas, entre los cónyuges” (entre otras, STS de 6.10.1986 y SAP Baleares de 10.9.2002 y Nota RODRÍGUEZ PINEAU, E., *REDI*, Vol. LV (2003) I, pp. 411-416).

Otro problema común, íntimamente relacionado con el anterior, es el relativo a la inmutabilidad del régimen económico del matrimonio. Conviene dejar sentado que, bien sea el litigio de ámbito interno, bien de tráfico jurídico externo, el régimen del matrimonio es inmutable y queda por tanto fijado en el momento de celebración del matrimonio que es el que se toma en consideración para determinarlo (*vid.* Sentencias del TS 6.10.1986 y 9.12.1986 y las Sentencias de la AP Baleares de 15.7.2002 y de 10.9.2002). Esta es una cuestión de derecho necesario “sin que los actos propios de los cónyuges puedan desvirtuar la aplicación de las normas imperativas de que se trate” (SAP Baleares de 15.7.2002, FJ 3).

6. En relación con las soluciones diferenciadas, son distintas las normas de conflicto aplicables en ambas situaciones. Respecto de la vecindad civil, los preceptos aplicables al régimen económico del matrimonio serían el artículo 14 en relación con el 15 del Código civil en su redacción originaria (*Real Decreto de 24 de julio de 1889*), en los casos en que el matrimonio tuviera lugar antes de la reforma del Código civil (*LEY 14/1975, de 2 mayo*). En el caso de que se trate de un supuesto internacional, la norma aplicable sería el artículo 1325 C.c. (vigente en el momento de la celebración del matrimonio, 1943), como veremos a continuación.

7. La sentencia que comentamos se proyecta en el ámbito internacional ya que, según venimos poniendo de relieve, lo que se discute es la nacionalidad del causante. El matrimonio se contrajo en 1943, es decir, con anterioridad a la mencionada reforma del C.c. En estas circunstancias, al incluirse las relaciones patrimoniales entre los cónyuges en el ámbito del estatuto personal y en base a una interpretación del artículo 1325 C.c. (en su redacción originaria) defendida por la doctrina de manera unánime y por sentencias del Tribunal Supremo (entre ellas, la conocida de 1º de julio de 1955, Asunto

Borbón contra Patiño), la ley aplicable era la ley de la nacionalidad del marido en el momento de la celebración.

Recordemos que, aunque este artículo era incompleto, pues sólo se refería a los matrimonios celebrados fuera de España, fue posible la aplicación de la ley nacional del marido (siempre que no afectara a nuestro orden público) también en el caso de que un extranjero casara en España con mujer española, situación que es la del supuesto comentado. Y que, como acabamos de ver, este artículo no se aplicaba cuando el cónyuge varón fuera aforado, bien contrajera matrimonio dentro o fuera de España. Doctrina mantenida también recientemente por la SAP Baleares de 15.7.2002 en línea con sentencias anteriores (véanse SSTs 2.11.1965 y 20.11.1971, entre otras).

8. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo no desarrolla un razonamiento como el hasta aquí realizado. Básicamente su argumento puede reconducirse al acogimiento del Motivo Tercero del Recurso de Casación en relación a la aplicación del artículo 9.1 C.c. vigente, haciendo mención, además, tanto del apartado 2 como del 3, y, —en relación a este último apartado— “a la proyección de la ley nacional a las relaciones patrimoniales en el matrimonio, como fundamento jurídico de la aplicación de la ley personal de ‘esa persona física’ ”. Por tanto, la trascendencia del régimen matrimonial en la solución del supuesto no es desarrollado desde la perspectiva de la normativa aplicable en el momento en que se contrajo el matrimonio (art. 1325 y art. 9 en la redacción originaria del C.c.) como tampoco aborda las dos cuestiones anteriores (inconstitucionalidad de las conexiones y retroactividad o irretroactividad de las normas de conflicto aplicables). A pesar de ello, la solución del Tribunal Supremo en relación a los aspectos que nos interesan va a ser la misma.

9. *Sucesión testamentaria.* Determinado que el régimen económico del matrimonio era el de gananciales (ley nacional del marido), como se desprende de las pruebas aportadas en el juicio de instancia por la actora, en un iter lógico se deberá acudir, como ya hemos dicho, a establecer la incidencia que en las disposiciones testamentarias tiene tal régimen. Para ello habría que acudir a nuestra norma de conflicto en materia sucesoria (art. 9.8 C.c.) que determina que será la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento la que rige el fondo del testamento y por tanto su nulidad o validez. Cuestión que no se plantea en la demanda y en la que no entra el TS. Siguiendo este razonamiento podemos ver —en hipótesis— dos escenarios según sea la nacionalidad del causante en el momento del fallecimiento.

10. En el caso de que fuera nacional cubano, no se daría ningún supuesto de adaptación, ya que el mismo ordenamiento jurídico regiría el régimen de bienes y la sucesión. Ahora bien, lo que sí resultaría posible —aún siendo la misma ley la aplicable a ambas cuestiones— es que el derecho material extranjero reclamado por el artículo 9.8 C.c. diera una solución distinta: por ejemplo, que el testamento fuera nulo por contrariedad con el régimen de bienes, pudiendo abrirse, entonces, la sucesión intestada, o por el contrario que fuera válido (todo ello desde una perspectiva teórica porque el derecho material cubano y el español son similares y no se suscitarían soluciones divergentes). En tales casos, y siempre que el derecho extranjero fuera alegado y probado por las partes, y en ausencia de reenvío, la solución no hubiera sido la que ha dado la sentencia (nulidad de adjudicación de la herencia y respectivo inventario. (*Vid.*, AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y AGUILAR GRIEDER, H., “Orden público y sucesiones” I y II, *BIMJ*, núms. 1984 y 1985, 2005); y RODRÍGUEZ BENOT, A., “Sucesión *mortis causa* y modelos

de familia en el tráfico jurídico externo” en *Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales* (CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ, E., Dirs), Colex, Madrid, 2004, pp. 675-704).

11. En el supuesto de que se determinara que el causante en el momento del fallecimiento había cambiado de nacionalidad y adquirido la española, la hipótesis sería la siguiente: nos encontraríamos con que, por una parte, al régimen matrimonial se le aplicaría el derecho cubano y, por otra, que a la sucesión testamentaria, se le aplicaría el derecho español. En tal caso, podría haberse planteado, teóricamente, un problema de adaptación. Pero, dado que ni las partes ni el TS han planteado el problema de la ley aplicable al testamento y, toda vez que el causante, como veremos a continuación, nunca adquirió la nacionalidad española, esta cuestión no es abordada por la sentencia.

12. *Nacionalidad*. La importancia de la nacionalidad del causante, que centra gran parte de la argumentación de la sentencia, se proyecta en varios aspectos. Primero, en la ley aplicable a su régimen matrimonial. Segundo, en la ley aplicable a la validez del testamento en cuanto al fondo (art. 9.8 C.c vigente). Cuestiones ambas que dependen de la nacionalidad, por ser la ley nacional el criterio de conexión en las dos normas.

13. Respecto de la primera cuestión, la ley aplicable al régimen matrimonial es, como hemos visto, la ley nacional del marido concretada en el momento del matrimonio por aplicación del artículo 1325 C.c en su redacción originaria, aunque el TS no aplique esta legislación.

En el momento del matrimonio, el causante gozaba de la nacionalidad cubana. En efecto, sólo podría haber tenido la nacionalidad española en base al *ius sanguinis* por aplicación del artículo 17.2 C.c. (en su redacción originaria) en el que se determinaba que “son españoles: (...) 2.- Los hijos de padre o madre españoles aunque hayan nacido fuera de España”. La nacionalidad de los padres es la que determina la del hijo y los hechos de la sentencia demuestran (FJ 5) que los padres habían perdido la nacionalidad española por no haber optado por ella en virtud de lo dispuesto en el *Tratado de Paz entre España y los Estados Unidos de 10 de diciembre de 1889* cuyo artículo IX disponía:

“Los súbditos españoles naturales de la Península residentes en el territorio cuya soberanía España renuncia ó cede por el presente Tratado, podrán permanecer en dicho territorio ó marcharse de él, conservando, en uno ú otro caso, todos sus derechos de propiedad, con inclusión del derecho de vender ó disponer de tal propiedad ó de sus productos; y además tendrán el derecho de ejercer su industria, comercio ó profesión, sujetándose á este respecto á las leyes que sean aplicables a los demás extranjeros. En el caso de que permanezcan en el territorio, podrán conservar su nacionalidad española, haciendo ante una oficina de registro, dentro de un año después del cambio de ratificaciones de este Tratado, una declaración de su propósito de conservar dicha nacionalidad; á falta de esta declaración, se considerará que han renunciado dicha nacionalidad y adoptado la del territorio en el cual pueden residir”.

14. En cuanto a la determinación en el tiempo de la ley aplicable a la sucesión, habrá de estarse al momento de su otorgamiento (1983). Sucede que en el año 1970, según la exposición de hechos de la Sentencia, y por Auto de 13 de julio de 1970, se declaró con valor de simple presunción mediante el correspondiente expediente registral la nacionalidad española del causante “por ser hijo de padres españoles”. La Sentencia declara que el causante no era español en 1943 (fecha celebración del matrimonio) pues, como bien indica, es irrelevante “tener en cuenta hechos o sucesos (...) porque, por su

entidad, nunca pueden alterar una atribución originaria de nacionalidad”, pero deja la duda de si lo era a partir de 1970 (“... y, cuando menos, cabría admitir que sería, tras ese Auto de 13 de julio de 1970, cuando tendría esa nacionalidad española, pero nunca antes ...”).

Desde estas premisas, cabe concluir que en dichas fechas tampoco lo sería pues en realidad nunca fue español de origen, como ha determinado esta sentencia, y nunca adquirió la nacionalidad española por naturalización, como se desprende del Registro Civil español. Y es que, esta declaración tiene valor de simple presunción y —como tal presunción— puede ser destruida en sentencia judicial firme recaída en el oportuno juicio, como ha ocurrido en el presente caso. Los tribunales pueden ser llamados a pronunciarse acerca de la nacionalidad de una persona, bien a título principal, bien como cuestión prejudicial. En el litigio sólo estaba en cuestión la nacionalidad del causante en el momento del matrimonio, anterior al Auto por el que se declaraba con valor de simple presunción su nacionalidad española. Y si el Tribunal hubiera sido llamado a pronunciarse sobre la nacionalidad del causante en el momento de la sucesión, la conclusión hubiera sido la misma: era de nacionalidad cubana.

15. Seguramente la cuestión hubiera sido distinta si el testamento se hubiere redactado tras la reforma del Código civil de diciembre de 1990 (*LEY 18/1990, de 17 de diciembre*) cuyo artículo 18 concede a la posesión y utilización de la nacionalidad española, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, fuerza suficiente para consolidar la nacionalidad utilizada, aunque se anule el título que la originó (véase el Apartado III de la *INSTRUCCIÓN DGRN de 20 de marzo de 1991, sobre nacionalidad*, en relación con la posesión de estado).

16. A modo de recapitulación, una nota crítica se impone a esta Sentencia, porque, aunque coincidamos en la solución del caso relativa a la nacionalidad del causante (cubana) y al régimen económico del matrimonio (ganancial), lo cierto es que la legislación aplicable para la determinación de este régimen debió de haber sido concretada de modo más correcto mediante las normas vigentes en el momento en que se contrajo el matrimonio y teniendo en cuenta el carácter internacional del litigio. A idéntica conclusión ha de llevarnos la quiebra del *iter* argumentativo lógico que conduce a plantearse la incidencia que en las disposiciones testamentarias tiene tal régimen. Para ello habría que haber acudido a nuestra norma de conflicto en materia sucesoria (art. 9.8 C.c) para determinar la nulidad o validez del testamento.

Ana Paloma ABARCA JUNCO
Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA